

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Nurullah KANTARCI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı  
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2016

AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Nurullah KANTARCI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

Danışman

Yrd. Doç. Dr. Mahmut KAPLAN

Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2016

**Akdeniz Üniversitesi**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,**

Nurullah KANTARCI'nın bu çalışması, jürimiz tarafından Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. İbrahim DÜLGER (İmza)

Üye (Danışmanı) : Yrd. Doç. Dr. Mahmut KAPLAN (İmza)

Üye : Yrd. Doç. Dr. R. Barış ATLADI (İmza)

Tez Başlığı: Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 15/06/2016

Mezuniyet Tarihi : 14/07/2016

(İmza)

Prof. Dr. Zekeriya KARADAVUT  
Müdür

## AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımda yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

...../...../ 2016

Nurullah KANTARCI

İmza

## İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ .....	v
ÖZET .....	vii
SUMMARY .....	viii
ÖNSÖZ .....	ix
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### CİNSELLİK KAVRAMI, CİNSELLİĞİN SINIRLANDIRILMASI, REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNUN TÜRK HUKUKUNDAKİ TARİHİ GELİŞİMİ, SUÇ TİPİNİN DİĞER ÜLKELERDEKİ GÖRÜNÜMÜ VE BENZER SUÇ TİPLERİYLE MUKAYESESİ

1.1 Cinsellik Kavramı.....	3
1.2 Cinselliğin Toplum ve Kanunlar Tarafından Sınırlandırılması.....	4
1.3 Çocuğun Cinsel Gelişimi ile Cinsel Davranışlara Rıza Gösterme Yaşı Arasındaki İlişki .....	8
1.4 Türk Hukukundaki Tarihi Gelişim .....	12
1.4.1 765 S. TCK Dönemi .....	13
1.4.1.1 Genel Açıklamalar .....	13
1.4.1.2 Reşit Olmayan Bir Kimse ile Rıza ile Cinsi Münasebette Bulunmak.....	13
1.4.1.3 765 S. TCK Açısından Reşit Olmayan Bir Kimse ile Rıza ile Cinsi İlişkide Bulunmak Suçu ile Diğer Cinsel Suçların Mukayesesi.....	17
1.4.1.3.1 Irza Geçme Suçu ile Mukayese .....	17
1.4.1.3.2 Irza Tasaddi Suçu ile Mukayese .....	21
1.4.1.3.3 Söz Atma ve Sarkıntılık Suçu ile Mukayese .....	23
1.4.1.3.4 Alacağım Diye Kandırıp Kızlık Bozma Suçu ile Mukayese.....	24
1.4.1.3.5 Zina Suçu ile Mukayese .....	27
1.4.2 Türk Ceza Kanunu Tasarılarındaki Düzenlemeler .....	28
1.4.2.1 1987 ve 1989 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarıları.....	28
1.4.2.2 1997 ve 2000 Türk Ceza Kanunu Tasarıları.....	29
1.4.2.3 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısı (Hükümet Tasarısı).....	31
1.4.2.4 Adalet Alt Komisyonunda Kabul Edilen Metin .....	31
1.5 5237 S. TCK Açısından Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Benzer Suç Tipleriyle Mukayesesi .....	32

1.5.1	Cinsel Saldırı Suçu (m.102) ile Mukayese .....	32
1.5.2	Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (m.103) ile Mukayese .....	37
1.5.3	Cinsel Taciz Suçu (m.105) ile Mukayese .....	42
1.6	Diğer Ülkelerdeki Görünüm .....	44
1.6.1	Almanya .....	44
1.6.2	İtalya .....	45
1.6.3	Fransa .....	47
1.6.4	İngiltere.....	48
1.6.5	İspanya.....	49
1.6.6	Kanada .....	50

## İKİNCİ BÖLÜM

### REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

2.1	Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler .....	52
2.2	Suçla Korunan Hukuki Değer.....	56
2.3	Suçun Unsurları .....	60
2.3.1	Tipikliğin Maddi Unsurları.....	60
2.3.1.1	Suçun Konusu.....	60
2.3.1.2	Fail .....	60
2.3.1.2.1	Genel Açıklamalar .....	60
2.3.1.2.2	Failin Cinsiyeti Bakımından Tartışmalar .....	64
2.3.1.2.3	Failin Yaşı ve Yasal Yollarla Erginliğini Elde Etmiş Olan Kişinin Fail Olup Olamayacağı Sorunu İle İlgili Tartışmalar .....	65
2.3.1.2.4	15-18 Yaş Aralığında Bulunan İki Çocuğun Rızalarıyla Cinsel İlişkiye Girmeleri Halinde Fail ve Mağdurun Kim Olacağı Sorunu .....	68
2.3.1.2.5	Failin Yaşına ve 15-18 Yaş Aralığında Bulunan İki Çocuğun Rızalarıyla Cinsel İlişkiye Girmeleri Halinde Kimin Fail Kimin Mağdur Kabul Edileceğine İlişkin Görüşümüz .....	71
2.3.1.3	Mağdur .....	74
2.3.1.3.1	Genel Açıklamalar .....	74
2.3.1.3.2	Mağdurun Cinsiyeti ve Yaşı .....	76
2.3.1.3.3	Mağdurun, Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneğinin Gelişmiş Olması .....	78
2.3.1.3.3.1	Genel Açıklamalar.....	78

2.3.1.3.3.2 Akıl Hastalarının Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Mağduru Olup Olamayacakları Sorunu .....	79
2.3.1.3.4 Evlenme Yoluyla veya Mahkeme Kararıyla Ergin Olmuş Kişinin Mağdur Olup Olamayacağı Sorunu.....	82
2.3.1.4 Fiil.....	87
2.3.1.4.1 Cinsel İlişki.....	87
2.3.1.4.1.1 Genel Açıklamalar.....	87
2.3.1.4.1.2 Cinsel İlişki Kavramını Dar Yorumlayan Görüşler .....	88
2.3.1.4.1.3 Cinsel İlişki Kavramını Geniş Yorumlayan Görüşler .....	90
2.3.1.4.2 Rızanın Varlığı .....	94
2.3.1.4.2.1 Rızanın Suçun Bir Unsuru Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorunu .....	94
2.3.1.4.2.2 Hukukun Kendisine Değer Atfettiği Bir Rızanın Varlığı.....	96
2.3.1.4.2.2.1 Genel Açıklamalar.....	96
2.3.1.4.2.2.2 Rızanın Şartları.....	97
2.3.1.4.2.3 Rızanın Cebir, Tehdit, Hile veya İradeyi Etkileyen Diğer Nedenlerle Sakatlanmamış Olması .....	102
2.3.1.4.2.3.1 Eylemin Cebir Olmaksızın İşlenmiş Olması .....	102
2.3.1.4.2.3.2 Eylemin Tehdit Olmaksızın İşlenmiş Olması .....	105
2.3.1.4.2.3.3 Eylemin Hile Olmaksızın İşlenmiş Olması .....	109
2.3.1.4.2.3.4 Eylemin İradeyi Etkileyen Diğer Nedenler Olmaksızın İşlenmiş Olması .....	113
2.3.1.4.2.4 Rızanın İspatı (Rızasızlığın İspatı) .....	116
2.3.2 Tipikliğin Manevi Unsuru .....	120
2.3.2.1 Genel Açıklamalar .....	120
2.3.2.2 Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Bakımından Kastı Kaldıran Hata Halleri .....	121
2.3.2.2.1 Mağdurun Yaşında Hata.....	121
2.3.2.2.2 Mağdurun Rızasında Hata .....	122
2.3.3 Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru .....	123
2.4 Suçun Nitelikli Halleri.....	124
2.4.1 Genel Açıklamalar .....	124
2.4.2 Suçun Mağdur ile Arasında Evlenme Yasağı Bulunan Kişi Tarafından İşlenmiş Olması .....	125

2.4.3 Suçun, Evlat Edineceği Çocuğun Evlat Edinme Öncesi Bakımını Üstlenen veya Koruyucu Aile İlişkisi Çerçevesinde Koruma, Bakım ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişi Tarafından İşlenmiş Olması.....	127
2.5 Kusurluluk .....	128
2.6 Suçun Özel Görünüş Biçimleri.....	129
2.6.1 Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme .....	129
2.6.2 İştirak .....	130
2.6.3 İçtima .....	131
2.6.3.1 Zincirleme Suç Hükümlerinin Uygulanması (TCK m.43) .....	131
2.6.3.2 Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu ile Bazı Suç Tipleri Arasındaki İçtima İlişkisi .....	132
2.6.3.2.1 Hayasızca Hareketler Suçu ile İçtima İlişkisi (TCK m.225) .....	132
2.6.3.2.2 Müstehcenlik Suçu ile İçtima İlişkisi (TCK m.226/3) .....	132
2.6.3.2.3 Fuhuş Suçu ile İçtima İlişkisi (TCK m.227/1) .....	133
2.6.3.2.4 Kötü Muamele Suçu ile İçtima İlişkisi (TCK m. 232) .....	134
2.6.3.2.5 Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu ile İçtima İlişkisi (TCK m.234/3) .....	135
2.6.3.2.6 Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu ile İçtima İlişkisi (TCK m.109/5) .....	136
2.7 Suçun Muhakemesi .....	137
2.7.1 Şikayet .....	137
2.7.1.1 Genel Açıklamalar .....	137
2.7.1.2 Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Şikayet Hakkının Kime Ait Olacağı Sorunu .....	139
2.7.2 Uzlaşma .....	145
2.7.3 Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması .....	147
2.7.4 Görevli ve Yetkili Mahkeme .....	147
2.8 Zamanaşımı .....	148
2.9 Yaptırım.....	148
2.10 İnfaza İlişkin Özellikler .....	148
<b>SONUÇ .....</b>	<b>151</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>157</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ .....</b>	<b>174</b>



## KISALTMALAR LİSTESİ

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz/bkz	: Bakınız
CD	: Ceza Dairesi
CGTİHK	: Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CHKD	: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev	: Çeviren
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dn	: Dipnot
E	: Esas
E.T	: Erişim Tarihi
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Fr.CK	: Fransız Ceza Kanunu
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	: Karar
Kn	: Kenar no
m	: Madde
MK	: Medeni Kanun
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
R.G	: Resmi Gazete
S.	: Sayılı
s.	: Sayfa

StGB	: Strafgesetzbuch
T	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vd	: Ve devamı
Vd.	: Ve diğerleri
Vol	: Volume
Yar	: Yargıtay
Yar.CGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

## ÖZET

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu TCK'nın 104. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasına göre cebir, tehdit ve hile olmaksızın 15 yaşını tamamlamış olan bir çocukla cinsel ilişkiye giren kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

Maddenin kabul edilen ilk halinde ikinci fıkrada yer alan “*fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır*” hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. 2014 yılında 6545 S. Kanun ile maddeye iki yeni nitelikli hal eklenmiştir. Buna göre suçun, mağdur ile aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından veya mağdurla koruyucu aile ilişkisi bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde fail hakkında şikayet aranmaksızın on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu mevcut düzenlemesi itibarıyla birçok sorunu bünyesinde barındırmaktadır. Madde başlığında “reşit” kavramı kullanılmış olmasına rağmen, madde metninde “on beş yaşını doldurmuş olan çocuk” ibaresinin kullanılmış olması, evlenme yoluyla ya da mahkeme kararıyla 18 yaşını doldurmadan reşit olan kişilerin bu suçun mağduru olup olamayacağı sorusunu akla getirmektedir. Ayrıca madde metninde yer alan “cinsel ilişki” kavramından ne anlaşılacağı tam olarak belli değildir. Maddede failin yaşına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından 15-18 yaş aralığında bulunan iki çocuğun rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde kimin fail kimin mağdur olacağı hususu da madde metninden anlaşılammamaktadır. Yine reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikayet hakkının kime ait olduğu da madde metninden tam olarak anlaşılammamaktadır.

Tüm bu tartışmaların dışında rızaya dayalı bir suç tipi olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bizzat kendisinin varlığı tartışmalıdır. Zira cinselliğin bir bireysel özgürlük problemi olarak kabul edilmesi karşısında, 15 yaşını doldurmuş, cinsel farkındalık döneminde bulunan ve işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan kişilerin rızalarıyla cinsel ilişkide bulunma haklarının neden kısıtlandığı tam olarak anlaşılammamaktadır. Kanaatimizce kanun koyucu, böyle bir suç tipini toplumsal kaygıları göz önünde bulundurarak düzenlemiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Cinsel İlişki, Reşit Olmayan, Cinsellik, Rıza, Şikayet Hakkı, Ensest, Eşcinsel İlişki.

**SUMMARY**  
**SEXUAL INTERCOURSE WITH THOSE WHO HAVE NOT ACHIVED**  
**ADULTHOOD IN THE TURKISH CRIMINAL CODE (TCC art.104)**

Crime of sexual intercourse with a nonadult is regulated in the article 104 of Turkish Criminal Code. In the first subclause of article 104, *“any person who is in sexual intercourse with a child who completed the age of fifteen, without using force, threat and deceit, is sentenced to imprisonment from six months to two years upon filing of a complaint.”*

Constitutional Court abrogated the second subclause of article 104 which was *“If the offender is older than the victim more than five years, the punishment to be imposed is doubled without seeking raise of a complaint.”* Two aggravated types of this crime was added to article 104 in 2014 with Code no 6545. According to these aggravated types, if the relation between the offender and the victim contains restraint of marriage or custodial parenting, the offender is sentenced to imprisonment from ten years to fifteen year without seeking raise of a complaint.

Existing regulation of crime of sexual intercourse with a nonadult contains a lot of problems within itself. Even though the term “adult” is used in the title of article 104, in the context of article 104, “any child who has completed the age of fifteen” is used, which brings the question of whether a person becoming an adult by getting married or becoming an adult with a court decision without completing the age of eighteen can be a victim of this crime. Besides it is not clear what to understand from the term “sexual intercourse”. In the context of article 104 there is not any regulation considering the age of offender which brings the questions of who will be the offender and who will be the victim in the case of two children who are between the age of fifteen and eighteen have sexual intercourse by their own wills. Furthermore, in sexual intercourse with a nonadult crime, it is not clear to understand from the context of article 104 who has the right to complain.

Apart from all these debates, the very existence of sexual intercourse with a nonadult crime is contradictive. Because, even though sexuality is considered as an individual freedom problem, it is not easy to understand why law-maker restricts the right of a person who has completed the age of fifteen, who has sexual awareness and who can understand the meaning and the results of his/hers action, to have sexual intercourse by his/hers will. In our opinion, law-maker regulated the sexual intercourse with a nonadult as crime by taking public sentiment into consideration.

**Keywords:** Sexual Intercourse, Nonadult, Sexuality, Consent, Right to Complain, Incest, Homosexual Relation.

## ÖNSÖZ

Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu başlıklı bu çalışma, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde yüksek lisans tezi olarak hazırlanmıştır.

Ülkemizde cinsel suç işleme oranının giderek artması ve bu suçlarla etkin bir şekilde mücadele edilememesi toplumumuzun ve hukukçularımızın ilgisini cinsel suçlar üzerine çekmiştir. Özellikle son dönemlerde lise çağındaki çocukların hukuken geçerli rızaları olmaksızın istismar edilmeleri ve medyaya yansıyan bu tarz olayların toplumda infial yaratması, gençlerin cinsel yaşamlarına ilişkin hukuki düzenlemelerin önemini daha da artırmıştır. Bu sebeple ben de tez danışmanımın önerisi üzerine yüksek lisans tezi olarak, bünyesinde birçok sorunu barındıran ve kendine özgü bir suç tipi olan “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu” üzerinde çalışmaya karar verdim.

Başlangıçta cinsel suçlar gibi zor ve hassas bir konu üzerinde çalışmak ve özellikle gençlerin cinsel yaşamlarını konu edinen reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin görüşlerimi özgürlükçü ve hukuki bir yaklaşım içerisinde dile getirmek beni tedirgin etmiş olsa da bu hususta beni cesaretlendiren, fikirleriyle çalışmama ışık tutan ve çalışmamın büyük bir bölümünde danışmanlığımı üstlenen, değerli hocam Yrd. Doç. Dr. M. Nihat KANBUR’a teşekkürü bir borç bilirim.

Resmi olarak kısa bir süre tez danışmanlığımı üstlenmiş olsa da mesleğe başladığım ilk günden bu yana bir hocadan ziyade bir ağabey gibi elimden tutan, tez çalışmalarımın başından sonuna kadar yardımlarını ve desteklerini benden esirgemeyen, birlikte çalışmaktan gurur duyduğum kıymetli hocam Yrd. Doç. Dr. Mahmut KAPLAN’a sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Bu vesileyle tez jürimde bulunarak beni onurlandıran ve değerli fikirleriyle çalışmama yön veren, sayın hocalarım Prof. Dr. İbrahim DÜLGER’e ve Yrd. Doç. Dr. R. Barış ATLADI’ya teşekkürlerimi arz ederim.

Ayrıca akademik camiaya adım atışımda büyük payı olan, ceza hukukuna dair birçok şeyi kendisinden öğrendiğim saygıdeğer hocam Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ’e kalbi teşekkürlerimi sunarım.

Asistanlığa başladığım ilk günden bu yana tecrübesiyle her daim bana yol gösteren, desteğini hiçbir zaman esirgemeyen ve tezimin Medeni Hukukla bağlantılı olan kısımlarında fikirleriyle çalışmama katkı sağlayan değerli hocam Yrd. Doç. Dr. A. Kürşat KARAUZ’a da müteşekkirim.

Yine üniversite yıllarından beri yan yana yürüdüğüm, her anımda yanımda olan kardeşlerim Arş. Gör. O. Levent ÖZAY'a ve Av. Burak AKTAŞ'a; uzun ve stresli tez çalışmalarım süresince yanımda olan ve desteğini benden esirgemeyen kardeşim ve mesai arkadaşım Arş. Gör. Cem Ümit BEYOĞLU'na, çalışmama fikirleriyle katkı sağlayan ve kaynakların temini hususunda bana yardımcı olan hocam Öğr. Gör. Gülden Atilla ÖZTÜRK'e de ayrı ayrı teşekkür ederim.

Son olarak bugünlere gelmemde çok büyük emekleri olan, haklarını hiçbir zaman ödeyemeyeceğim ve evlatları olmaktan her zaman gurur duyduğum annem ve babama sonsuz teşekkür ederim.

**Nurullah KANTARCI**  
**Antalya, 2016**

## GİRİŞ

Cinsel suçlar 765 S. TCK döneminde “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında düzenlenmekteydi. Bu dönemde cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarla bireyin cinsel dokunulmazlığından ziyade toplumun genel ahlakı korunmaktaydı. Dolayısıyla mülga TCK döneminde cinsel suçlar bireyi değil, toplumu odak noktası olarak düzenlenmiş idi. 5237 S. TCK’da ise cinsel suçlar, modern hukuk sistemlerindeki trende uygun olarak “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar” kısmında, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümü başlığı altında düzenlenmiştir. Böylece yeni kanun döneminde cinselliğin bir bireysel özgürlük problemi olduğu vurgulanmıştır.

Kanun koyucunun bir yandan bireyin cinsel dokunulmazlığını koruması gerekirken bir yandan da bireyin kendi cinsel yaşamı üzerinde serbestçe tasarrufta bulunma hakkını koruması gerekmektedir. Cinsellik kavramına birey odaklı yaklaşıldığında, bireyin cinsel dokunulmazlığının korunması ile cinsel yaşamı üzerinde özgürce tasarrufta bulunabilmesi arasında bir denge sağlanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucumuz, bu dengeyi sağlamak adına rıza dışı gerçekleşen cinsel davranışları ve belli bir yaşın altındaki çocuklar ile gerçekleştirilen cinsel davranışları suç olarak kabul etmiş; bu durumlar dışında bireylerin hukuken geçerli bir rızaya dayalı olarak gerçekleştirdikleri cinsel davranışları - genel ahlaka karşı işlenen suçlar bölümünde yer alan suç tiplerini ihlal etmemek şartıyla- suç olarak düzenlememiştir.

5237 S. TCK’nın 103. maddesinde 15 yaşını doldurmamış olan veya 15 yaşını doldurmuş olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak kabul edilmiştir. Kanununun 104. maddesinde ise 15 yaşını doldurmuş olan çocukla rızasıyla cinsel ilişkide bulunan kişilerin cezalandırılacağı belirtilmiş; yani reşit olmayanla cinsel ilişki suçu düzenlenmiştir. Düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere hukukumuzda cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlara karşı rıza yaşı 15 iken, cinsel ilişki boyutundaki fiiller bakımından bu yaş sınırı 18’e yükseltilmiştir. Kanun koyucunun hangi hukuki değeri korumak amacıyla yalnızca cinsel ilişki boyutuna varan davranışlar bakımından rıza yaşını yükselttiği, üzerinde tartışılması gereken bir husustur. Ayrıca kanun koyucunun rızaya dayalı bir suç tipi olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçuyla çocukların sağlıklı cinsel gelişiminin korunması ile bireyin cinsel özgürlüğü üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesi hakkı arasında ne denli bir denge sağladığı da üzerinde ayrıca durulması gereken bir problemdir.

İnceleme konusu olarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu tercih etmemizin nedeni, bu suç tipinin toplumsal kaygılarla kanunda yer aldığını ve varlığının sorunlu olduğunu düşünmemizdir. Ayrıca mevcut düzenlemesi itibarıyla reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun Türk Ceza Kanunu'nun en problemlili maddelerinden birisi oluşu da bizi bu alanda çalışma yapmaya yönlendirmiştir. Zira maddenin mevcut halinden suçun failinin ve mağdurunun kim olduğu; şikayet hakkının kime ait olduğu, eylem unsurunun hangi davranışları kapsadığı tam olarak anlaşılamamaktadır.

Çalışmamız iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde öncelikle cinselliğin bireyler açısından önemi, cinselliğin toplum tarafından sınırlandırılması ve çocukların cinsel gelişimi ile cinsel davranışlara karşı rıza yaşı arasındaki ilişki üzerinde durulmuştur. Bu kısımda özellikle cinselliğin bireyler açısından vazgeçilemez bir ihtiyaç olduğu ve cinsel yaşama gereksiz müdahalelerin bireyler açısından sakıncalı durumlar ortaya çıkarabileceği vurgulanmıştır. Cinselliğin özellikle sosyolojik ve psikolojik boyutlarının olması cinsel suçların incelenmesinde multidisipliner bir çalışmayı zorunlu kılmaktadır. Kanun koyucu cinsel davranışlara rıza yaşını belirlerken sosyolojik, psikolojik ve pedagojik incelemelerde bulunmalı ve cinselliğin özgürce yaşanması ile çocuğun cinsel yönden korunması arasında bir denge sağlamalıdır.

Yine çalışmamızın birinci bölümünde reşit olmayanla cinsel ilişki eyleminin Türk hukukundaki tarihi gelişimine ve benzer suç tipleriyle mukayesesine yer verilmiştir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından ortaya çıkan problemlerin çözümlenebilmesi adına suç tipinin tarihi gelişimi ve kanun koyucunun bütün cinsel suçlara karşı yaklaşımının göz önünde bulunması gerekmektedir.

Birinci bölümde ayrıca bazı ülkelerin cinsel suçlara ilişkin düzenlemeleri incelenmiş ve bu ülkelerde reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna benzer bir suç tipinin bulunmadığı tespit edilmiştir. Ayrıca incelenen ülkeler bakımından cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı tespit edilerek ülkemiz ile olan farklılıklara dikkat çekilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise suç tipinin incelenmesine yer verilmiştir. Bu bölümde özellikle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failinin ve mağdurunun kim olduğuna, bu suç tipi bakımından şikayet hakkının kime ait olduğuna ve reşit olmayanla cinsel ilişki bakımından rızanın ne anlama geldiğine ilişkin tartışmalar, doktrin ve Yargıtay görüşleri doğrultusunda incelenmiştir. Bu bölümde özellikle uygulamanın reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna olan klasik yaklaşımı eleştirilmiş, suç tipine ilişkin tartışmalar suçla korunan hukuki değer ve çocuğun üstün yararı ilkesi göz önünde bulundurularak çözümlenmeye çalışılmıştır.



# BİRİNCİ BÖLÜM

## CİNSELLİK KAVRAMI, CİNSELLİĞİN SINIRLANDIRILMASI, REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNUN TÜRK HUKUKUNDAKİ TARİHİ GELİŞİMİ, SUÇ TİPİNİN DİĞER ÜLKELERDEKİ GÖRÜNÜMÜ VE BENZER SUÇ TİPLERİYLE MUKAYESESİ

### 1.1 Cinsellik Kavramı

İnsanın varoluşunun kaynağı olan ve hayatının önemli bir parçasını oluşturan cinsellik kavramı<sup>1</sup>, oldukça geç bir dönemde, 19. yüzyıl başlarında ortaya çıkmıştır<sup>2</sup>. Her ne kadar kavram olarak geç bir dönemde ortaya çıkmış olsa da cinsellik<sup>3</sup>, ilk insandan bu yana bütün insanların fitratında bulunan inkar edilemez bir gerçektir<sup>4</sup>. Cinsellik, insan hayatında hava kadar, su kadar önemli rol oynayan zorunlu bir gereksinimdir<sup>5</sup>. Ancak insan hayatında bu denli önem arz eden cinsellik kavramından çıkarılan anlam herkes için aynı değildir<sup>6</sup>. Cinsellik en genel anlamıyla üremeyle ilgili olan her şey olarak tanımlansa da bu tanım, cinsel edimlerin büyük bir çoğunluğunun üremeyle alakalı olmaması karşısında oldukça yetersiz ve dar bir tanımdır<sup>7</sup>. Cinsellik sadece insanın üremesini sağlayan bir gereklilik olmayıp, aynı zamanda insanın<sup>8</sup> duygusal ve sosyal bütünlüğüne katkı sağlayan ve engellenmesi mümkün olmayan bir içgüdüdür<sup>9</sup>. Daha geniş bir anlatımla cinsellik, bireyin kendi cinsel kimliğini kabul etmesi, bir başkasına karşı cinsel yönden ilgi duyması, cinsel ilişki ve cinsel içerikli davranışlardan haz alması olarak tanımlanabilir<sup>10</sup>. Yine bir başka tanıma göre cinsellik, kişinin kendisinin veya bir başkasının bedeninin zevkine, yalnızca düşsel olarak da olsa bağlı olan duygulanımlar, fanteziler ve davranışlar bütünüdür<sup>11</sup>.

---

<sup>1</sup> Özgüven, 1997: 1.

<sup>2</sup> Foucault, 2003: 122.

<sup>3</sup> Eski Yunan'da cinsellik kavramı yerine "sunousia, homilia, mixis, ocheia, plesiasmos, ta aphrodisia" gibi kavramlar kullanılmıştır. Ancak bu kavramlar tam olarak cinsellik kavramını karşılamamaktadır. Bkz. Foucault, 2003: 145.

<sup>4</sup> İnanca göre yaratılan ilk insanlar olan Adem ve Havva'nın Cennet'ten kovulmasına sebep olan "Yasak Elma" bir sembol teşkil edip, aslında "cinsel ilişkiyi" temsil etmektedir. Bkz. Özgüven, 1997: 5.

<sup>5</sup> Ünver, 2014: 23.

<sup>6</sup> Özgüven, 1997: 2.

<sup>7</sup> Sponville, 2013: 125-126.

<sup>8</sup> Schopenhauer, "İnsan nedir" sorusuna "İnsan vücut bulmuş bir cinsel içgüdüdür." şeklinde cevap vererek, cinselliğin insan hayatındaki önemini vurgulamıştır. Bkz. Schopenhauer, 2011: 47.

<sup>9</sup> Şatıroğlu, 2008: 41.

<sup>10</sup> Özgüven, 1997: 2.

<sup>11</sup> Sponville, 2013: 127.

İnsanın temel içgüdülerinden birisi olarak kabul edilen cinsellik<sup>12</sup>, zannedilen aksine ergenlik çağına ulaştıktan sonra ortaya çıkmamakta, çocukluk çağının erken dönemlerinde de kendini göstermektedir<sup>13</sup>. Çok küçük yaşlardan itibaren cinsellikle iç içe yaşayan insanoğlu, her daim cinselliği sorgular ve cinsellik üzerine konuşmaktan zevk alır<sup>14</sup>. Fıtratından gelen bu özelliği, insanın sosyal yönünü de etkilemektedir. Nitekim insanoğlu, cinsel doyum ihtiyacını her zaman tek başına karşılayamayacağı için genellikle karşı cinsle sosyal ilişkiler içerisine girer<sup>15</sup>. Ancak toplumsal bir varlık olan insan, bu ihtiyacını karşılarken toplumun ürettiği kültürel ve etik ilkelere uyarak cinsel amaçlarını sevgi ve aşka<sup>16</sup> taşır ve bu kavramlar içerisinde yeniden inşa eder<sup>17</sup>. Dolayısıyla cinsellik, yalnızca bireyin kendisini değil aynı zamanda toplumu da ilgilendiren bir fenomendir. Bu anlamda cinselliğin köklerinin doyurulması, bireylerin ve bunun sonucu olarak da toplumun sağlıklı gelişimini sonuçlar<sup>18</sup>.

Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere cinsellik, bireyin vazgeçemeyeceği, hatta insanda ona ölümü bile kabul ettirecek kadar hayranlık yaratan bir işlemdir<sup>19</sup>. Cinselliğin insana saygı duyan bir anlayışla incelenmesi, cinselliği sorun olmaktan çok doğal bir olgu haline getirecektir<sup>20</sup>. Bu sebeple insan için temel bir ihtiyaç olarak kabul edilen cinselliğin; vazgeçilmezliği, birey ve toplum üzerindeki etkileri, cinsel suçlarla mücadele politikaları belirlenirken göz ardı edilmemeli; çocukların ve akıl hastalarının korunması dışında, suni gerekçelerle, ahlaki ve dini kaygılarla, bireyin cinselliğini özgürce yaşama hakkı sınırlandırılmamalıdır<sup>21</sup>.

Biz burada sadece cinselliğin insan hayatındaki önemini vurgulamakla yetinip, cinselliğin sınırlandırılmasıyla ilgili açıklamalarımızın detaylarını bir sonraki başlığa bırakıyoruz.

## 1.2 Cinselliğin Toplum ve Kanunlar Tarafından Sınırlandırılması

İnsanı hayvandan farklı kılan en önemli özelliklerden biri, hayvanların cinsel isteklerinin yılın belli dönemlerinde ortaya çıkmasına rağmen, insanlarda bu güdülerin yer ve

---

<sup>12</sup> Poroy, 2010: 17.

<sup>13</sup> Freud, 2003: 65.

<sup>14</sup> Foucault, 2003: 61.

<sup>15</sup> Özgüven, 1997: 9.

<sup>16</sup> Feurbach "cinsellik olmadan aşk; aşk olmadan ahlak yoktur." sözüyle aşkın temelinde cinselliğin bulunduğunu vurgulamıştır. Bkz. Sponville, 2013: 159; Schopenhauer'de aşkın temelinde cinsellik olduğunu, her türlü ahlaki, hukuki ve kültürel ögenin cinsel aşkın karşısında yenilgiye uğrayacağını belirtmektedir. Bkz. Schopenhauer, 2011: 47-59.

<sup>17</sup> Veysal, 2010: 53.

<sup>18</sup> Veysal, 2010: 54.

<sup>19</sup> Foucault, 2003: 115.

<sup>20</sup> Bengü, 1996: 19.

<sup>21</sup> Ünver, 2014b: 23.

zaman bakımından sınır tanımamasıdır<sup>22</sup>. Doğada cinsellik doğa kanunlarına tabi olup, etik bir değer değildir. Ancak insanın toplumsal bir varlık oluşu ve diğer insanlarla birlikte yaşama zorunluluğu karşısında cinsellik, doğa kurallarına tabi olduğu kadar toplumsal kurallara da tabi olmak zorundadır<sup>23</sup>. Dolayısıyla insanoğlu toplum halinde yaşamaya başladıktan sonra cinsel güdülerini sınırlamak ve bu konuda kendisine tabular koymak zorunda kalmıştır<sup>24</sup>.

Her ne kadar cinsellik hususunda tüm toplum için geçerli bir strateji belirlemenin mümkün olmadığı söylene de<sup>25</sup> her toplum, kendi değer yargılarına göre ortaya çıkan ve yazılı ya da yazılı olmayan kurallarla cinselliğin yaşanmasına sınırlar koyar<sup>26</sup>. Cinselliğin toplum ve yasalar tarafından sınırlandırılması tarihin her döneminde kendini göstermiştir. Örneğin Hammurabi Yasalarında evli kadının zinası suç olarak düzenlenmiştir. Yine Asurlar döneminde eşcinsellik, ceza yaptırımına tabi tutulmuştur<sup>27</sup>. Eski Roma döneminde ise erkekliğin önemli değerleri ihlal edilmedikçe cinsel fiiller toplumu ilgilendirmemiştir<sup>28</sup>. Bu dönemde hür erkeğin pasif eşcinsel ilişkisi yasaklanmasına rağmen<sup>29</sup>, evli kadının bir başka erkekle zina yapması yasaklanmamış; ancak o kadının efendisinin sorunu olarak görülmüştür. Germen Hukukunda namuslu kadına karşı işlenen ırza geçme fiilleri suç olarak kabul edilmiş ancak suçun mağdurunun fuhşu meslek haline getirmiş bir kadın olması durumunda cezalandırma cihetine gidilmemiştir<sup>30</sup>.

Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere cinselliğe ilişkin sınırlamalar toplumdan topluma farklılık göstermekte, her toplum kendi cinsel ahlakını, cinsel sınırlamalarını kendi değer yargılarına göre, uzun bir zaman dilimi içerisinde oluşturmaktadır<sup>31</sup>.

Toplumların cinselliğe ilişkin kurallarının oluşumunda dini, kültürel, ekonomik ve bilimsel dinamikler rol oynar. Özellikle dini kurallar, toplumların cinsel ahlakının oluşumunda önemli bir etkiye sahiptir<sup>32</sup>. 18. yüzyılın ilk yarısına kadar Avrupa toplumlarında suç ile günah özdeş olarak görülmüş ve dolayısıyla cinsel ahlak da din kurallarının etkisi altında şekillenmiştir<sup>33</sup>. Yine İslam Hukukunun uygulandığı toplumlarda dinin cinsellik üzerindeki etkileri yoğun bir biçimde görülür. Örneğin İslam Hukukuna göre zina fiilleri suç

<sup>22</sup> Can, 2012: 299.

<sup>23</sup> www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/cinselsuclar.doc, (erişim tarihi: 27.04.2016).

<sup>24</sup> Taner, 2013: 33.

<sup>25</sup> Foucault, 2003: 79.

<sup>26</sup> Poroy, 2010: 24; Can, 2012: 300.

<sup>27</sup> Can, 2012: 296.

<sup>28</sup> Roma Döneminde cinsel yaşamın ayrıntıları için bkz. Akço, 1996: 121-125.

<sup>29</sup> Antik Yunan'da ise erkeğin eşcinsel ilişkisi toplumda çok fazla görülmüş ve yasalara uygun kabul edilmiştir. Bkz. Poroy, 2010: 39.

<sup>30</sup> Dülger, 1998: 10; Konan, 2011: 151.

<sup>31</sup> Poroy, 2010: 18.

<sup>32</sup> Poroy, 2010: 26.

<sup>33</sup> Can, 2012: 152; Kılıç 2008: 183.

olarak kabul edilmiş<sup>34</sup> ve hadd cezası ile cezalandırılmıştır<sup>35</sup>. Hatta toplumun zinaya yaklaşmaması için giyim kuşamla ilgili sınırlar koyulmuş, insanlar evlenmeye teşvik edilmiş ve cinsel ihtiyaçların evlilik birliği içerisinde giderilmesi öngörülmüştür<sup>36</sup>.

İslam Hukukunun uygulandığı toplumlar haricinde de birçok toplumda evlilik kurumuna cinselliği kontrol altına alma misyonu yüklenmiştir<sup>37</sup>. Özellikle tutucu toplumlar, evlilik öncesi dönemde kişilerin cinsel davranışlarını kontrol etmeye, onları cinsel ilişkiden uzak tutmaya çalışırlar<sup>38</sup>. Geçmişteki kadar yoğun olmasa da günümüzde de hala geçerli olan "bekaretin kutsallığı anlayışı" bu düşüncenin tezahürü niteliğindedir<sup>39</sup>. Bu anlayışa göre evlilik öncesi cinsel ilişkiye girmek ve bunun sonucu olarak da bekareti kaybetmek, toplum tarafından onaylanmayan ve ahlaksızlık, namussuzluk olarak nitelendirilen bir durumdur<sup>40</sup>. Nitekim özellikle kırsal kesimlerde görülen, evlilik öncesi veya evlilik dışı cinsel ilişkisi olan kadının namus adına öldürülmesi<sup>41</sup>; evlilik öncesi cinsel ilişki yaşama olasılığını azaltmak amacıyla kız çocuklarının küçük yaşta evlendirilmesi<sup>42</sup> gibi örnekler toplumun, cinselliğin evlilik kurumu içerisinde yaşanmasına dair ne denli katı kurallarının olduğunu kanıtlar niteliktedir.

Cinsellik kavramı gibi toplumların cinselliğe bakış açıları da sürekli değişmekte olan bir olgudur. Özellikle endüstrileşme sonucu kadınların sosyal ve ekonomik hayata daha fazla karışması, toplumların cinselliğe bakış açısını oldukça etkilemiştir<sup>43</sup>. Bu sayede kadınların bir üreme aracı olmadığı ve birçok konuda olduğu gibi cinsel özgürlükleri üzerinde de serbestçe tasarruf edebilecekleri anlayışı ortaya çıkmıştır. Buna ek olarak iletişim ve haberleşme imkanlarının gelişmesi de toplumun cinsellik algısında büyük bir değişikliğe neden olmuştur<sup>44</sup>. İletişim imkanlarının artması sonucu insanlar, cinsellik konusunda daha fazla bilgi ve talep sahibi olmuş, cinselliğe ilişkin toplumsal tabular yıkılmaya başlamıştır. Bu gelişmeler sonucu cinsel yaşam üzerinde ahlaki ve dini değerlerin etkisi azalmış, cinsellik daha çok birey

---

<sup>34</sup> Kuran'ı Kerim'de İsra Suresi'nin 32. ayeti şu şekildedir; "Zinaya yaklaşmayın. Çünkü o bir hayasızlıktır. Pek kötü bir yoldur." Bkz. ([http://www.kuranmeali.org/17/isra\\_suresi/32.ayet/kurani\\_kerim\\_mealleri.aspx](http://www.kuranmeali.org/17/isra_suresi/32.ayet/kurani_kerim_mealleri.aspx)). (erişim tarihi: 29.04.2016).

<sup>35</sup> Konan, 2011: 152; Kuran'ı Kerim'de zinanın cezası yüz celd (sopa) olarak belirlenmiştir. Zannedilenin aksine Kuran'da recm cezası öngörülmemiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çelen, 2006: 62, 128.

<sup>36</sup> Çelen, 2006: 29, 31, Kasapoğlu, 2003: 17.

<sup>37</sup> Taner, 2013: 39; Özgüven, 1997: 10.

<sup>38</sup> Özgüven, 1997: 17.

<sup>39</sup> Poroy, 2005: 41; Gölge ve Yavuz, 2007: 13.

<sup>40</sup> Bugün Türkiye'nin kırsal kesimlerinde hala gerdek gecesi genç kızın bekaretinin ve namusunun ispatı olarak kanlı çarşaf gerdek odasının önünde koyulmakta ve insanlara gösterilmektedir. Türkiye'de bekaret kavramının önemi için bkz. Poroy, 2005: 50-65.

<sup>41</sup> Namus cinayetlerinin tanımına ve içeriğine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Khan, 2000: 122-130.

<sup>42</sup> Yüksel Kaptanoğlu ve Ergöçmen, 2012: 131.

<sup>43</sup> Taner, 2013: 40; Can, 2012: 351.

<sup>44</sup> Özgüven, 1997: 12.

merkezli bir konuma sahip olmuştur<sup>45</sup>. Kısacası cinsel suçların cezalandırılması tarihsel süreç içerisinde önce tabuların, sonra din ve ahlak kurallarının korunması amacını gütmüş, günümüzde gelinen noktada ise bireyin cinsel özgürlüğünün korunması amacı ön plana çıkartılmıştır<sup>46</sup>. Geçmişte çeşitli toplumlarda suç olarak kabul edilen zina, eşcinsellik, zoofili, nekrofil<sup>47</sup> gibi bireyin cinsel özgürlüğü ile ilgili olmayan ve daha çok genel ahlaki değerleri koruma amacı güden davranışların cinsel liberalizasyon hareketleri çerçevesinde dekriminalize edilerek<sup>48</sup> ceza hukukunun koruma alanı dışına çıkarılması; günümüzde ise LGBT (Lezbiyen-Gay-Biseksüel-Transeksüel)<sup>49</sup> hakları, eş değiştirme (swinger) uygulamaları gibi kavramların tartışılıyor olması bu görüşü destekler niteliktedir<sup>50</sup>.

Her ne kadar toplumun cinsellik kavramını şekillendirdiğini ve sınırladığını kabul etsek de tarih boyunca insanları cinsel eylemde bulunmaktan alıkoyma çabaları her zaman olumsuzlukla sonuçlanmış<sup>51</sup>. Freud'a göre toplumun ve hukukun uyguladığı cinsel baskıdan kurtulmak isteyen bireyin yalnızca üç yolu bulunmaktadır. Bunlar; nevroz<sup>52</sup>, sapkınlık ya da kuralları hiçe sayarak serbestçe cinsel ilişkide bulunmaktır<sup>53</sup>. Yani birey, cinsel baskının yoğun olduğu bir toplumda ya cinsel dürtülerini bastırarak nevrotik olacak ya da bu baskıya sapkınlık veya suç işleme yoluyla karşı çıkacaktır<sup>54</sup>. Böylece, kişilik bozuklukları<sup>55</sup>, düşük gelir düzeyi<sup>56</sup>, eğitim ve kültür seviyesinin düşük olması<sup>57</sup> gibi etkenlerin yanı sıra bir de toplumsal baskı sonucu cinsel doyumsuzluk ve erişememişlik duygusunun ortaya çıkması, toplumda cinsel şiddetin artmasına sebep olacaktır<sup>58</sup>. Cinselliğin engellendiği her yerde şiddetin hortlaması kaçınılmaz bir sonuçtur<sup>59</sup>.

---

<sup>45</sup> Can, 2012: 352.

<sup>46</sup> Can, 2012: 464.

<sup>47</sup> Kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Artuk, 1995: 31-33

<sup>48</sup> Alman Ceza Kanununda da önceleri suç olarak kabul edilen homoseksüellik, zoofili ve zina fiilleri 1969 reformu ile suç olmaktan çıkartılmıştır. Bkz. Hörnle, 2000: 639-640.

<sup>49</sup> Günümüzde bazı devletler eşcinsel evliliği yasal olarak tanımakta (Belçika, Hollanda, İspanya, Norveç, İsveç gibi), bazıları ise medeni birliktelik, kayıtlı birliktelik gibi statüler ile bu sorunu çözmektedir. Eşcinsel evliliklerin uluslararası hukukta düzenlenişinin ayrıntıları için bkz. Sirmen, 2009: 827.

<sup>50</sup> Benzer yönde açıklamalar için bkz. Aydın, 2006: 284.

<sup>51</sup> Poroy, 2005: 105.

<sup>52</sup> Freud, nevrozu sapıklığın negatifi olarak tanımlamıştır. Bkz. Freud, 2014: 36.

<sup>53</sup> Can, 2012: 319.

<sup>54</sup> Can, 2012: 320.

<sup>55</sup> Daha önce fiziki ve cinsel istismar görmüş olan, yetersiz cinsel eğitim alan ve aile içerisinde şiddete tanık olan kişilerde cinsel suçlara yönelimin daha fazla olduğu görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yücel, 2007: 70.

<sup>56</sup> Alberto Godenzi tarafından yapılan araştırmalarda cinsel şiddete yönelen kişilerin büyük bir çoğunluğunun gelir seviyesinin düşük olduğu tespit edilmiştir. Bkz. Godenzi, 1992: 92.

<sup>57</sup> Cinsel suçlara yönelen kişilerin genellikle düşük sosyo-ekonomik düzeyde olduklarına dair Türkiye'de yapılan bir araştırma için bkz. Cantürk ve Koç, 2010: 51.

<sup>58</sup> Godenzi, 1992: 96; Bu düşüncenin aksine, tutuklu tecavüzcüler üzerine yapılan bir incelemede, cinsel hayal kırıklığı ve cinsel yoksunluğun cinsel şiddet ve tecavüzü tetiklemediği sonucu ortaya koyulmuştur. Bkz. Scully, 2014: 91.

<sup>59</sup> Bengü, 1996: 22.

Farklı ülkelerin düzenlemeleri karşılaştırılmalı olarak incelendiğinde de cinsel baskının fazla olduğu ülkelerde sapık davranış sayısının daha yüksek olduğu sonucuna ulaşılmaktadır<sup>60</sup>. Bu durum cinsel baskının az olduğu toplumlarda bireylerin cinsel yönden daha fazla doyum sağlamaları sonucunda sapıklık teşkil edebilecek davranışlara yönelmemelerinin bir sonucudur.

Görüldüğü gibi cinsel baskıların fazla olduğu toplumlarda bireylerin sağlıklı bir cinsel hayata sahip olması pek mümkün gözükmemektedir. Bu sebeple bireylerin cinsel baskıdan mümkün olduğunca uzak tutulması gerekir. Elbette ki bireyin rızası olmadan cinsel özgürlüğünün ihlal edilmesi hukuk düzenince yasaklanmalıdır. Ancak toplumsal cinsel baskının azaltılması gerekliliğinin bir sonucu olarak bireylerin rızası ile gerçekleştirdiği cinsel davranışların mümkün olduğunca serbest bırakılması gerektiğini düşünmekteyiz. Bu noktada toplum ve kanunlar ahlak bekliliği yapmamalı<sup>61</sup>; değişen dünya koşulları çerçevesinde bu tarz davranışlar hukuksal dış denetim yerine bireyin iç denetimine bırakılmalıdır<sup>62</sup>. Unutulmamalıdır ki doğası gereği çoğu kez yaptırımsız kalması gereken her suçta ceza, suça kışkırtıcı bir dürtü olarak karşımıza çıkacaktır<sup>63</sup>.

Çalışmamızın konusunu oluşturan ve rızaya bağlı bir suç tipi olan reşit olmayanla cinsel ilişki fiilleri de bu hususta önem arz etmektedir. Cinsel baskıların cinsel suçluluğu artırdığı görüşü karşısında<sup>64</sup>, bu tarz rızaya dayalı fiillerin suç olarak kabulüne ihtiyatla yaklaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Bir sonraki başlık altında değerlendireceğimiz üzere eğer 15-18 yaş arasındaki çocuklar cinsel yönden gelişimini tamamlamış kabul edilirse, bu suç tipi çocuğun korunmasından ziyade ahlaki değerlerin koruma amacına hizmet edecek, bu durum ise günümüz ceza hukukunun cinsel suçlar konusunda geldiği nokta ile ters düşecektir.

### 1.3 Çocuğun Cinsel Gelişimi ile Cinsel Davranışlara Rıza Gösterme Yaşı Arasındaki İlişki

Cinsel davranışlara rıza yaşı ile erginlik yaşı farklı kavramlar olup dünyanın hemen her yerinde erginlik yaşı 18 olmasına rağmen, cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı 14 ila 18 arasında değişmektedir<sup>65</sup>. Dünyada ve ülkemizde yapılan araştırmalara göre toplumsal, ekonomik ve kültürel değişimler sonucu gençler arasında cinsel ilişkide bulunma oranı

<sup>60</sup> Malinowski'nin ulaştığı bu sonuç için bkz. Can, 1995: 100.

<sup>61</sup> Benzer açıklamalar için bkz. Taner, 2013: 47; Kılıç, 2008: 183.

<sup>62</sup> Özgüven, 1997: 18.

<sup>63</sup> Beccaria, 2010: 162.

<sup>64</sup> Can, 2012: 311.

<sup>65</sup> Dönmezer, 2008: 251; Memiş Kartal, 2014: 10; Taner, 2013: 325.

geçmişe göre giderek artmakta ve ilk cinsel ilişki yaşı da giderek düşmektedir<sup>66</sup>. İlk cinsel ilişki yaşı toplumdan topluma, kültürden kültüre farklılık göstermektedir. Örneğin farklı ülkelerde yapılan araştırmalara göre gençlerin 17 yaşından önce cinsel ilişkiye girme oranları Amerika'da %64, Brezilya'da %63, Jamaika'da ise %76 olarak tespit edilmiştir<sup>67</sup>. Ülkemizde ise ilk cinsel ilişkide bulunma yaşının 15-19 yaşları arasında olduğu bilinmektedir<sup>68</sup>. Bu sebeple cinsel ilişkiye ve cinsel fiillere karşı verilen rızanın hangi yaştan itibaren geçerli olacağını belirlemek önem arz etmektedir<sup>69</sup>. Rıza yaşının belirlenmesiyle, bu yaşın altında olan çocuklara karşı işlenen cinsel davranışlar çocuğun cinsel istismarı olarak kabul edilmeli, bu yaşın üzerinde rızasıyla cinsel davranışlarda bulunan çocuğa karşı işlenen fiiller ise ceza hukukunun koruma alanı dışında bırakılmalıdır.

Kempe, cinsel istismarı olgunlaşmamış çocukların anlamadan veya kendileri istemeden cinsel ilişkide kullanılmaları olarak tanımlamıştır. Margolin ise cinsel istismarı, psikoseksüel gelişimini tamamlamamış ve yaşı küçük olan bir çocuğun bir yetişkin tarafından cinsel uyarım ve doyum için kullanılması olarak tanımlar<sup>70</sup>. Sheldrick'e göre cinsel istismar; bağımlı ve gelişimsel olarak olgunlaşmamış çocukların ve ergenlerin, tam olarak kavrayamadıkları, bilerek onay verme durumunda olmadıkları ve aile rollerine ait sosyal tabuları ihlal eden cinsel faaliyetlere karıştırılmasıdır<sup>71</sup>.

Bu tanımlara göre çocuğun hangi yaşta olgunlaştığının ve psikoseksüel gelişimini tamamladığının tespit edilmesi rıza yaşının belirlenmesinde önem arz edecektir. Ceza kanunlarında cinsel ilişkiye ve cinsel davranışlara karşı rıza yaşı belirlenirken çocuğun cinsel gelişim süreci göz önünde bulundurulmalı; çocuğun sağlıklı cinsel gelişiminin korunması ile cinsel özgürlüğü üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesi hakkı arasında bir denge sağlanmalıdır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi zannedilenin aksine cinsellik dürtüsü insanlarda ergenlik çağında değil, çocukluğun erken çağlarında ortaya çıkmaktadır<sup>72</sup>. 2-3 yaş aralığına gelen çocuklar, cinsel kimliklerinin farkına varmaya ve cinsellikle ilgili sorular sormaya

---

<sup>66</sup> Korkmaz Çetin, 2012: 45.

<sup>67</sup> Santrock, 2012: 193

<sup>68</sup> Korkmaz Çetin, Bildik, Erermiş, Demiral, Özbaran, Tamar ve Aydın, 2008: 394.

<sup>69</sup> TCK m.103'de 15 yaşın altındaki çocuklara ve 15-18 yaş aralığında olup fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı işlenen her türlü cinsel davranış, çocuğun rızası olsa da cinsel istismar olarak kabul edilmiştir. Ayrıca 15-18 yaş aralığındaki çocuklara karşı cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar da cinsel istismar olarak kabul edilmiştir. TCK m.104'de ise 15-18 yaş aralığındaki çocukla rızasıyla yalnızca "cinsel ilişkiye girmek" suç olarak kabul edilmiş, diğer cinsel davranışlarda bulunulması suç olarak kabul edilmemiştir.

<sup>70</sup> Kempe ve Margolin'in cinsel istismar tanımları için bkz. Polat, 2007: 94.

<sup>71</sup> Sheldrick'in cinsel istismar tanımı için bkz. Topçu, 2009: 18.

<sup>72</sup> Reich, 2004: 69.

başlar<sup>73</sup>. Çocukluğun erken dönemlerindeki cinsellik hissi, üreme ve cinsel haz alma anlamında olmayıp, daha çok cinsel kimliğin farkına varılması ve cinsiyetlerin sorgulaması şeklindedir<sup>74</sup>. Bu dönemdeki cinsellik, yaş sınırları itibarıyla çalışma alanımızın dışında kaldığından bu konunun ayrıntılarına girmiyoruz. Ancak burada bir hususun altının çizilmesi önem arz etmektedir. Bilinenin aksine çocuklarda cinsellik çok erken yaşlarda ortaya çıkan bir olgudur ve cinsel yönden sağlıklı bireyler yetiştirebilmek ve cinsel suçlarla daha etkin mücadele edebilmek için çocuğun cinsel eğitimine erken yaşlardan itibaren başlanmalıdır. Bu sayede hem çocuğun cinsel suç mağduru olması engellenebilecek hem de gelecekte cinsel suç faili konumuna düşmesinin önüne geçilebilecektir<sup>75</sup>.

Konumuz açısından önem arz eden nokta, çocuğun cinsel yönden gelişim süreci göz önünde bulundurularak, cinsel fiillere hangi yaştan itibaren rıza gösterebileceğinin tespit edilmesidir. Bu tespit yapılırken öncelikle ergenlerin cinsellik konusunda yetişkinlere göre daha gözü kara olduğu ve cinselliğe ilişkin risk alma konusunda daha cüretkâr olduğu gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır<sup>76</sup>. Zira ergenlik döneminde birçok genç işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını tam olarak kavramadan, sırf cinsel meraktan dolayı erken cinsel ilişki deneyimi yaşayabilmektedirler<sup>77</sup>.

Bu noktada çocukluk sınırının yaş ile mi, cinsel olgunluğa erişmek ile mi yoksa zihinsel olgunluğa erişmek ile mi son bulacağı tartışmalı bir husustur<sup>78</sup>. Bize göre bilimsel olarak çocuğun cinsel ve zihinsel gelişimi birlikte değerlendirilmeli ve buna göre bir rıza yaşı sınırı tespit edilmelidir. Nitekim doktrinde bir görüşe göre rıza yaşı tespit edilirken çocuğun kronolojik yaşına değil onay verebilme yeteneğine bakılmalıdır ve bu yetenek de çocuktan çocuğa değişiklik gösterecektir<sup>79</sup>. Rıza yaşının bilimsel olarak doğru tespit edilmesi, hem çocuğun cinsel yönden sağlıklı gelişimini sağlayacak hem de cinsel olgunluğa erişmeden yaşanan cinsel ilişkiler sonucu meydana gelen hastalıkların ve istenmeyen gebeliklerin sayılarının azaltılmasına katkıda bulunacaktır<sup>80</sup>.

<sup>73</sup> Reich, 2004: 90; Bengü, 1996: 26-27; Yalçın, 2010: 296-297.

<sup>74</sup> Freud, çocuktaki cinsel dürtünün amacını, erojen bölgenin uygun bir biçimde uyarılması ile elde edilen kısmi bir doyum olarak açıklar. Bkz. Freud, 2014: 54.

<sup>75</sup> Kır, 2013: 797; Erken yaşlarda cinsel suç mağduru olan çocukların ileride cinsel suç işleme potansiyellerinin normal bireylere göre daha yüksek olduğu belirtilmektedir. Bkz. Freeman-Longo ve Wall, 1986: 58.

<sup>76</sup> Şatıroğlu, 2008: 42.

<sup>77</sup> Ergenler üzerinde yapılan bir araştırmada ergenlik döneminde cinsel ilişkiye girmiş olan çocukların %32'si, bu ilişkiyi yalnızca cinsel meraktan dolayı gerçekleştirdiklerini belirtmişlerdir. Bkz. Drobac, 2006: 42.

<sup>78</sup> Kır, 2013: 786.

<sup>79</sup> Topçu, 2009: 23.

<sup>80</sup> Erken yaşlarda ve bilinçsizce yaşanan cinsel ilişkilerin istenmeyen gebeliklere ve cinsel yolla bulaşan enfeksiyonlara neden olduğuna dair bkz. Set, Dağdeviren, Aktürk, 2006: 139.



Psikiyatri biliminde 11-14 yaş aralığı erken ergenlik<sup>81</sup>, 14-17 yaş aralığı orta ergenlik<sup>82</sup>, 17-20 yaş aralığı da geç ergenlik dönemi olarak adlandırılmaktadır<sup>83</sup>. Buna göre ortalama bir bireyin ergenliğe girme yaşı 14-17 yaş aralığıdır<sup>84</sup>. Çocukluk çağında kısmi hazlardan oluşan cinsellik algısı, ergenlik çağında yerini karşı cinse ilgi duyma ve üreme bölgesinin üstünlüğü anlayışına bırakır<sup>85</sup>. Böylece ergenlik çağına girmiş olan birey, gerçek anlamda cinselliğin ve cinsel davranışların ne anlama geldiğini kavramaya başlar.

Bu aşamadan sonra ergenlik çağı içerisinde hangi yaştan itibaren cinsel davranışlara verilen rızanın geçerli kabul edileceği tespit edilmelidir. Cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı tespit edilirken çocuğun bedensel gelişimi yanında zihinsel gelişimi ve işlediği davranışların anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine de bakılmalıdır<sup>86</sup>. Ergenler üzerinde yapılan bir araştırmada 16-17 yaşında bulunan gençlerin zihinsel yeteneklerinin yetişkinlerden çok fazla bir farklılık göstermediği sonucuna ulaşılmıştır<sup>87</sup>.

Tarafı olduğumuz Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesinin 18/1. maddesine göre<sup>88</sup> tarafların her biri iç hukuk hükümlerine göre cinsel etkinlikler için yasal yaşa ulaşmamış çocukla yapılan cinsel etkinlikleri suç olarak düzenlemek zorundadır<sup>89</sup>. Sözleşmenin 18/2. maddesine göre de tarafların her biri, çocukla cinsel etkinliklere girişme bağlamında hangi yaş sınırının altındakiler için yasak konacağına karar verecektir<sup>90</sup>. Görüldüğü gibi sözleşme herhangi bir yaş sınırı belirtmemiş, yaş sınırının belirlenmesini taraf devletlere bırakmıştır. Kanun koyucu bu yaş sınırını belirlerken elbette ki çocuğun üstün yararını gözetmekle yükümlüdür. Zira

<sup>81</sup> Ergenlik; çocukluk döneminin bitişiyle başlayan ve fizyolojik olarak erişkinliğe ulaşıncaya kadar geçen dönemdir. Bu dönem kızlarda adetle ve göğüslerin büyümesiyle, erkeklerde ise yüzde kılların çıkması ve sesin kalınlaşmasıyla başlar. Bkz. Koç, 2004: 233; Kız çocukları açısından bu yaş aralığı, normal ergenlik yaşı olarak görülmektedir. Bkz. Poroy, 2005: 107.

<sup>82</sup> Ergenliğe girme yaşı kızlarda ve erkeklerde farklılık göstermesine rağmen, ergenlik döneminin tamamlanması ortalama olarak aynı yaşlardadır. Bkz. Kır, 2013: 138.

<sup>83</sup> Kır, 2013: 138.

<sup>84</sup> Ergenliğe girme yaşı ırk, iklim, beslenme şartları gibi değişik faktörlere bağlıdır. Örneğin Akdeniz ikliminin hakim olduğu yerlerde kızlar 8-10 yaşları arasında ergenlik dönemine girerken, kutuplarda yaşayan Eskimolarda bu süre 20'li yaşlara kadar uzayabilmektedir. Bkz. Koç, 2004: 233; Bu sebeple ceza kanunumuzda cinsel fiillere rıza yaşı belirlenirken ülkesel özelliklerimizin de dikkate alınması gerekir.

<sup>85</sup> Freud, 2003: 77.

<sup>86</sup> 2008 yılına kadar Kanada'da cinsel davranışlara rıza yaşı 14 iken 2008 yılında yapılan bir değişiklik ile rıza yaşı 16'ya yükseltilmiştir. Bu değişiklik üzerine Kanada'da ergenler üzerinde yapılan bir araştırmada 14-15 yaşlarında bulunan ergenlerin 16-17 yaşlarında bulunan ergenlere göre daha fazla risk altında bulunduğu dair herhangi bir sonuca ulaşılamamış; 14-17 yaşlarında bulunan ergenlerin cinsellik yönünden benzer davranışlarda buldukları tespit edilmiştir. Bkz. Miller, Cox, Saewyc, 2010: 116.

<sup>87</sup> MacArthur tarafından yapılan bu araştırmanın sonuçları için bkz. Drobac, 2006: 25-26.

<sup>88</sup> Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. Aykaç, 2008: 558.

<sup>89</sup> Benzer bir düzenleme tarafı olduğumuz Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 34. maddesinde de yer almaktadır. Anılan maddeye göre taraf Devletler, çocuğu, her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suiistimale karşı koruma güvencesi verirler. Sözleşme metni için bkz. ([http://www.unicef.org/turkey/crc/\\_cr23e.html](http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23e.html)). (erişim tarihi: 11.02.2016).

<sup>90</sup> Sözleşmenin, Türk Hukuku ile kıyaslanması açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Nuhoğlu, 2010: 287-300.

çocuğun sağlıklı cinsel gelişiminin korunması, devletin anayasal görevlerinden biridir<sup>91</sup>. Ancak bize göre özellikle 16-18 yaş grubundaki bireylerin rızalarıyla yaşadıkları erken cinsellik sonucu ortaya çıkabilecek olumsuzluklardan korunması, bu fiillerin suç olarak kabul edilmesiyle değil, genç bireyleri düşünmeden ve sonuçlarını tartmadan cinselliğe yönlendiren çevresel risk faktörlerinin azaltılmasıyla mümkün olacaktır. Özellikle gençlerin alkol ve madde bağımlılığı, bozuk aile ve akran ortamı gibi risk etkenlerinden uzak tutulması ve cinsel yönden eğitilmeleri, kendi cinsel yaşamları üzerinde daha sağlam kararlar vermelerini sağlayacaklardır<sup>92</sup>. Ceza hukuku ancak eğitim, önleme ve aydınlatma tedbirlerinin yeterli olmadığı ve hukuksal açıdan korunması gereken bir hukuki değer mevcut olduğu hallerde, çocukların etkili bir biçimde korunması amacıyla, cinselliğin yaşanmasına müdahalede bulunmalıdır<sup>93</sup>.

Özetle, cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı tespit edilirken çocuğun cinsel ve zihinsel gelişimi göz önünde bulundurulmalı ve buna uygun bir yaş sınırı tespit edilmelidir. Bize göre bu yaş 14-17 yaş aralığında bir yaş olabilir<sup>94</sup>. Ancak yaş sınırı düşük de olsa yüksek de olsa belirlenen sınırın üzerinde çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi suç teşkil etmemelidir. Ayrıca belirlenecek rıza yaşına göre yine ikili bir ayırım yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim henüz cinsellik konusunda gelişim göstermemiş olan ve ergenlik çağına dahi girmemiş olan 0-12 yaş aralığındaki çocuklara karşı işlenen cinsel fiillerin ağırlığı ve sonuçları çok daha büyük olacaktır<sup>95</sup>. Bu nedenle örneğin 0-12 yaş aralığındaki çocuklara karşı işlenen cinsel fiiller, 12-16 yaş aralığındaki -rıza yaşı 16 olarak kabul edildiği takdirde- çocuklara karşı işlenen fiillere göre çok daha ağır cezayı gerektirmelidir.

#### 1.4 Türk Hukukundaki Tarihi Gelişim

Çalışmamızın bu bölümünde suç tipinin Türk Hukukundaki tarihi gelişimi üzerinde duracağız. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, hukukumuzda 765 S. TCK döneminde girdiği için açıklamalarımızı 765 S. TCK düzenlemeleri ve Türk Ceza Kanunu Tasarıları ile sınırlandıracağız. Bu bölümde, suç tipinin daha iyi anlamlandırılabilmesi ve bu dönemdeki diğer cinsel suç tipleriyle farklarının ortaya koyulabilmesi adına, 765 S. TCK'da düzenlenen diğer cinsel suç tipleriyle ilgili genel bilgiler de verilecektir.

<sup>91</sup> Anayasa m.41/4; "Devlet her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbiri alır."

<sup>92</sup> Şatıroğlu, 2008: 43.

<sup>93</sup> Schöch, 1999: 3.

<sup>94</sup> Fransız Ceza Hukukunda cinsel ilişkiye rıza yaşı 15 olmasına rağmen, 2004 yılında, çocuğun 13 yaşından itibaren cinsel ilişki teklifini ve sonuçlarını anlayabileceği öne sürülerek rıza yaşının 13'e indirilmesi teklif edilmiş, ancak teklif kabul edilmemiştir. Bkz. Memiş Kartal, 2014: 11.

<sup>95</sup> Aydın, 2004: 160; Benzer bir düşünce için bkz. Yalçın Sancar, 2002: 6.

### 1.4.1 765 S. TCK Dönemi

#### 1.4.1.1 Genel Açıklamalar

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar 765 S. TCK'nın "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" yani "Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiş idi<sup>96</sup>. Bölüm başlığından da anlaşılacağı üzere bu suçlarda korunan hukuki değer, bireyin cinsel dokunulmazlığından ziyade genel ahlak ve aile düzeni idi<sup>97</sup>. Yani bu dönemde cinsel suçlarda kanun koyucu, bireyin cinsel özgürlüğünü değil, genel adap ve aile düzeni kavramlarını ön planda tutmuş idi<sup>98</sup>.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların genel adap ve aile düzenine karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmesi, ar, hayâ, edep duygusu gibi kavramların sübjektif nitelik taşıdığı ve bu sebeple cinsel dokunulmazlığa ilişkin suçların uygulanmasında hakim ve savcının kişisel değerlerinin ön plana çıktığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>99</sup>. Doktrinde kanun koyucuyu o dönemde böyle bir düzenleme yapmaya götüren nedenin, özellikle çocukların rızalarına dayalı veya rıza dışı cinsel saldırılara muhatap olmaları halinde suçun failini, mağdurunu, maddi konusunu ve şikayet hakkının hamilini ayırt etme zorunluluğu olduğu ifade edilmektedir<sup>100</sup>.

765 S. TCK'nın 8. babında yer alan Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler, 6 fasıldan oluşmaktaydı. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bu bölümün birinci faslında (m.414-m.427) düzenlenmekteydi. Biz bu bölümde yer alan suçlardan öncelikle reşit olmayan ile cinsi münasebet (m.416/3) suçunu inceleyeceğiz. Daha sonra, ırza geçme (m.414 ve 416/1), ırza tasaddi ( m.415 ve m.416/2 ), söz atma ve sarkıntılık (m.421) ve alacağım diye kandırıp kızlık bozma (m.423) suçları üzerinde açıklamalar yapıp, bu suçların reşit olmayan ile cinsi münasebet suçundan farklarını ortaya koyacağız. Ayrıca suç tipimizle ilişkisi bakımından, kanununun 440 ve 441. maddelerinde düzenlenmiş olan ve Anayasa Mahkeme'si tarafından iptal edilen zina suçu üzerinde de açıklamalar yapacağız.

#### 1.4.1.2 Reşit Olmayan Bir Kimse ile Rıza ile Cinsi Münasebette Bulunmak

765 S. TCK'nın ilk halinde mevcut olmayan reşit olmayan bir kimse ile cinsi münasebette bulunma suçu, 1953 yılında 6123 S. Kanun ile 416. maddenin üçüncü fıkrasına

<sup>96</sup> 765 S. TCK'nın 414 vd. düzenlenmiş olan cinsel suçların, mehzaz kanun olan 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan aynen iktibas edilmediği, ülkenin ve toplumun özellikleri göz önüne alınarak eklemeler yapıldığı ve ayrıca 1274 tarihli Ceza Kanunu'ndan bazı hükümlerin nakledildiği belirtilmiştir. Bkz. Dönmezer, 1983: 42.

<sup>97</sup> Yokuş Sevük, 2005: 245-246.

<sup>98</sup> Centel, 1997: 61.

<sup>99</sup> Ünver, 2001: 294-295.

<sup>100</sup> Hafizoğulları: 2.

eklenmiştir<sup>101</sup>. Buna göre *"Reşit olmayan bir kimse ile rızası ile cinsi münasebette bulunanlar, fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde, altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*<sup>102</sup>

Görüldüğü gibi reşit olmayan ile rızasıyla cinsi münasebette bulunma suçu 765 S. TCK'nın ırza geçme suçunu düzenleyen 416. maddesi içerisinde düzenlenmiştir. Doktrinde bir görüşe göre bu fiiller, rıza ile cinsel ilişki olarak değil, mefruz cebirle ırza geçme olarak değerlendirilmiştir<sup>103</sup>. Bir diğer görüş ise, suç tipinin rızaya bağlı olduğunu ve bu sebeple mefruz cebrin söz konusu olmadığını belirtmiş ve bu fiillerin ırza geçme suçu içerisinde değil bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür<sup>104</sup>.

765 S. TCK'nın 416/3. maddesinde düzenlenmiş olan reşit olmayan ile cinsi münasebet suçunun özelliklerini şu şekilde açıklayabiliriz;

- a) Mağdurun yaşı 15'ten büyük fakat 18 den küçük olmalıdır.
- b) Doktrinde suçun failinin yalnızca erkek olabileceği belirtilmiş olsa da<sup>105</sup> bu dönemde failin erkek veya kadın olabileceği görüşü de ileri sürülmüştür.
- c) Suçun mağdurunun erkek veya kadın olması mümkündür.
- d) Reşit olmayan ile cinsi münasebet suçunun oluşabilmesi için mağdurun rızasının olması şarttır. Mağdurun rızasının olmadığı hallerde diğer suç tipleri uygulama alanı bulabilecektir.
- e) Fail ile mağdur arasında cinsi münasebet gerçekleşmiş olmalıdır. Bu dönemde cinsi münasebet, aktif failin tenasül aletini diğerinin vücuduna normal veya anormal yoldan kısmen veya tamamen ithal etmesi olarak tanımlanmıştır<sup>106</sup>. Buna göre mağdurenin cinsel birleşme olmaksızın, örneğin parmakla kızlığının bozulması, ya da duhül olmadan hamile bırakılması bu madde kapsamında suç teşkil etmeyecektir<sup>107</sup>. Dolayısıyla 15-18 yaş aralığında reşit olmamış bir kişiye, rızasıyla tasaddi boyutunda kalan cinsel davranışlarda bulunmak fıkranın kapsamı dışında bırakılmıştır<sup>108</sup>.

<sup>101</sup> Değişiklik öncesi 15 yaşını doldurmuş ve ergin olmamış bir kimseyle rızasıyla cinsel ilişkide bulunmak, diğer şartların da mevcut olması kaydıyla, ergin olmayan bir kişinin cebir, şiddet, tehdit veya hile olmaksızın, rızasıyla şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılması veya alıkonulması suçu (m.430/2) veya evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu (m.423) kapsamında değerlendirilmekteydi. Bkz. Dülger: 137.

<sup>102</sup> Yapılan bu değişiklik, o dönemde doktrinde bazı yazarlar tarafından eleştirilmiş ve 15 yaşından büyüklerle rızaya dayalı cinsel ilişkilerin suç olarak düzenlenmemesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Bakıcı, 1985.

<sup>103</sup> Dönmezer, 1983: 84.

<sup>104</sup> Önder, 1985: 242-243; Dülger: 138.

<sup>105</sup> Dönmezer, 1983: 57; Önder, 1985: 224; aksi yönde Dülger: 73.

<sup>106</sup> Dönmezer, 1983: 53-54.

<sup>107</sup> Otacı, 2000: 72; Bu gibi durumlarda diğer şartların oluşması halinde alacağım diye kızlık bozma suçu (m.423) gündeme gelebilecektir.

<sup>108</sup> Önder, 1985: 244.

f) Reşit olmayanla cinsi münasebet suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Failde cinsi münasebet kastının bulunması yeterli olup, suçun oluşabilmesi için ayrıca bir şehvet kasti aranmayacaktır<sup>109</sup>.

g) Mağdurun reşit olmayan bir kimse olması gerekmektedir. Eğer mağdur evlenme yoluyla reşit olmuş ise artık bu fıkranın uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Nitekim madde metninde açıkça "reşit olmayan" ibaresinin yer alması bizi bu sonuca götürmektedir. Evlenme yoluyla reşit olmuş olan kişinin rızası ile eşi dışında bir kişi ile cinsel ilişkiye girmesi de bu kapsamda suç oluşturmayacaktır. Bu durumda diğer şartların da mevcut olması halinde zina suçu gündeme gelebilecektir<sup>110</sup>.

Burada bir noktaya dikkat çekmek istiyoruz. 765 S. Kanun döneminde reşit olmayan ile cinsi münasebet suçunu düzenleyen 416. maddenin 3.fikrasında açıkça "reşit olmayan" ibaresi kullanılarak uygulamada çıkabilecek olan sorunların önüne geçilmiştir. Oysa 5237 S. TCK'nın reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenleyen 104. maddesinin madde başlığı "reşit olmayan ile cinsel ilişki" olmasına rağmen, madde metninde "15 yaşını doldurmuş çocuk" ibaresi kullanılmıştır. Bu durum uygulamada, evlenme yoluyla reşit olmuş, 15-18 yaş aralığında bulunan çocukların suçun mağduru olup olamayacağı noktasında tereddütlere yol açmıştır. Söz konusu tartışmanın detaylarına ikinci bölümde girilecektir.

h) Bu dönemde doktrinde reşit olmayanla cinsi münasebet suçuna eksik teşebbüsün mümkün olduğu ancak tam teşebbüsün mümkün olmadığı ileri sürülmüştür<sup>111</sup>.

Suç tipinin genel özelliklerini açıkladıktan sonra reşit olmayanla cinsi münasebet suçu açısından cezayı ağırlaştırıcı haller üzerinde durmak istiyoruz. 765 S. TCK'nın 417. ve 418. maddeleri ırza geçme ve ırza tasaddi suçlarının tamamı açısından nitelikli haller olarak belirtilmiştir. 417. madde suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesini veya maddede sayılan ilgili kişiler tarafından işlenmesini cezayı ağırlatıcı hal olarak düzenlemiştir<sup>112</sup>. 418. madde de ise işlenen fiiller sonucu mağdurun ölmesi veya sağlığına büyük bir zarar verilmiş olması ya da ayıplı hale gelmesi (mayubiyet) halinde cezanın artırılacağı düzenlemiştir<sup>113</sup>. Mayubiyet uygulamasında genellikle kızlık zarının yırtılması olarak anlaşılmış ve ırz ve namus anlayışına

<sup>109</sup> Bakıcı, 1994: 119.

<sup>110</sup> Önder, 1985: 244.

<sup>111</sup> Bakıcı, 1994: 120; Malkoç, 2001: 103.

<sup>112</sup> 417.madde " (1) Yukarıdaki maddelerde yazılan fiil ve hareketler birden ziyade kimseler tarafından işlenir veya usûlden biri veya veli ve vasi veya mürebbi ve muallimleri ve hizmetkarları veya terbiye ve nezaret veya muhafazaları altına bırakılan veya buna duçar olanların üzerlerine hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından vüku bulursa kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar artırılır.

<sup>113</sup> 418. madde " (1)Yukarıdaki maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa faile müebbet ağır hapis cezası verilir.

(2) Eğer bu fiil veya hareketler bir marazın sirayetini veya mağdurun sıhhatine sair büyük bir nakisa i'rasını veya maluliyet veya mayubiyetini müstelzim olursa cezanın yarısı ilave edilerek hükmolunur.

göre kişide önemli bir eksikliğe neden olduğu kabul edilmiştir<sup>114</sup>. Bu dönemde doktrindeki bir görüşe göre, ırza geçme sonucunda eğer mağdurun kızlık zarı yırtılmamışsa bu nitelikli halin uygulanması mümkün olmayacaktır<sup>115</sup>. Görüldüğü gibi nitelikli halin uygulanması, kızlık zarının bozulup bozulmamasına endekslenmiştir. Belirtmek gerekir ki ırza geçme sonucu bekareti bozulan mağdurun "ayıplı" olarak nitelendirilmesi insan onuruyla bağdaşan bir düzenleme değil idi. Her ne kadar bu düzenleme mağduru daha fazla korumak amacıyla koyulmuş olsa da, mağduru ayıplı konumuna düşüren böyle bir düzenlemenin ceza kanununda bulunması doğru değildi<sup>116</sup>. Nitekim 5237 S. TCK'da böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Burada son olarak evlenmenin dava ve ceza ilişkisine etkisi üzerinde durmakta fayda vardır. 765 S. TCK'nın 434. maddesine göre kaçırma, alıkoyma, ırza geçme, ırza tasaddi ve reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunma suçlarında fail, daha sonra mağdur ile evlenmiş ise fail hakkında kamu davasının açılması ve eğer ceza verilmiş ise cezanın çektirilmesi ertelenecektir<sup>117</sup>. Eğer fail zamanaşımı süresi içerisinde kusurlu davranışı ile boşanmaya sebep olursa kamu davası kaldığı yerden devam edecek, ceza daha önceden tespit edilmiş ise cezanın çektirilmesine karar verilecektir. Ayrıca yine mezkur madde hükmü gereğince failin, mağdurla evlenmesi halinde diğer şerikler hakkında da davanın ve cezanın düşmesi söz konusu olacaktır.

Bu dönemde doktrinde hükmün konuluş amacının, cinsel suç mağduru kadının uğradığı zararın giderilmesi, toplum nezdinde temizlenmesi ve kurulmuş olan ailenin huzur ve sükûnunun sağlanması olduğu belirtilmiştir<sup>118</sup>. Ancak bu düzenleme, cinsel suç mağduru kadını koruyucu bir düzenleme olarak gözüксе de kadın açısından daha vahim sonuçlara yol açabilecek bir düzenleme idi. Nitekim bu durum, tecavüze uğrayan bir kadının ailesinin ve

<sup>114</sup> Akkay, 1985: 656.

<sup>115</sup> Dülger: 180; aksi yönde; Otacı, 2000: 116; "Ancak cinsel birleşme sonucu mağdurun kızlık zarı yırtılmamış olmasına rağmen mağdur hamile kalmış ise doğum anı beklenmelidir. Normal doğum ile doğum ile doğum gerçekleşmiş ise bu durumda kızlık zarı zorunlu olarak bozulacağından nitelikli hal faile uygulanmalıdır. Doğum sezeryan ile gerçekleşmiş ise kızlık zarı bozulmayacağından nitelikli hal uygulanmamalıdır." Bkz. Bakıcı, 1994: 201; Önder, 1985: 259; Bu dönemde Yargıtay'ın da aynı yönde kararları mevcuttur; " ...mağdure'nin kızlık zarı halkavi ve duhule müsait bulunduğu takdirde bekareti izale edilmeden de ırzına geçilebileceği ve doğumun sezeryan usulü ile olması halinde kızlık zarının yırtılmayacağı da göz önüne alınarak kızlığın bozulup bozulmadığı ve doğum yapmış ise sezeryanla olup olmadığı raporla saptanmadan TCK' nın 418/2. maddesiyle cezanın artırılması..." (Yar.5.CD, 22.4.1999, 1694/1639). Karar için bkz. Otacı, 2000: 121.

<sup>116</sup> Nuhoglu, 2004: 627-628.

<sup>117</sup> 434. madde: " (1) Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkumlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur.

(2) Mürruru zaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektirilir.

(3)Bu madde hükümleri 414, 415 ve 416. maddeler hakkında da caridir.

(4)Evlenme maznun veya mahkum hakkında hukuku amme davasının veya cezanın tecilini müstelzim olan haller fiilde medhali olanlar hakkında dava ve cezanın düşmesini müstelzimdir.

<sup>118</sup> Önder, 1985: 261.

çevresinin baskısıyla tecavüzcüsüyle evlenmek zorunda bırakılabileceği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmekteydi<sup>119</sup>. Ancak ırza geçme ve ırza tasaddi suçları açısından sıkıntılı olan bu düzenlemeye, rızaya dayalı bir suç tipi olan reşit olmayanla cinsi münasebet suçu açısından farklı yaklaşılmalıdır. 765 S. TCK döneminde takibi re'sen gerçekleştirilen bu suç karşısında, örneğin rızalarıyla cinsel ilişkiye girmiş 17 yaşındaki iki gencin daha sonra evlenmeleri durumunda, eğer davanın ertelenmesi kabul edilmez ise, 17 yaşındaki erkek çocuk hapse girecek ve verilen ceza amacından sapmış olacaktır<sup>120</sup>. Bu sebeple ırza geçme ve ırza tasaddi suçları açısından sakıncaları olan bu madde, reşit olmayanla cinsi münasebet suçu açısından olumlu sonuçlar doğurabilecek bir düzenleme idi. Nitekim 5237 S. TCK'ya alınmamış olan bu düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun takibinin şikayete bağlanması ile sağlanmak istenmiştir<sup>121</sup>.

#### **1.4.1.3 765 S. TCK Açısından Reşit Olmayan Bir Kimse ile Rıza ile Cinsel İlişkide Bulunmak Suçu ile Diğer Cinsel Suçların Mukayesesi**

##### **1.4.1.3.1 Irza Geçme Suçu ile Mukayese**

Irza geçme suçu<sup>122</sup>, 765 S. TCK'nın 414. ve 416/1. maddelerinde mağdurun yaşı esas alınmak suretiyle düzenlenmişti<sup>123</sup>. Kanunun 414. maddesinde 15 yaşını doldurmamış olan çocuklara karşı işlenen ırza geçme suçu<sup>124</sup>, 416/1. maddesinde ise 15 yaşını doldurmuş olan kişilere karşı işlenen ırza geçme suçu yer almaktaydı<sup>125</sup>.

15 yaşını doldurmamış olan çocuklara karşı işlenen ırza geçme suçunu düzenleyen 414. maddenin 1. fıkrasında cebir, tehdit ve hilenin varlığından söz edilmemiş, "*her kim on beş yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırzına geçerse*" ifadesi kullanılmıştı. Dolayısıyla bu fıkra

<sup>119</sup> Yalçın Sancar, 2000: 16; Centel: 6, Bkz. (<http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf>). (erişim tarihi: 30.04.2016).

<sup>120</sup> Dönmezer, 2008: 280.

<sup>121</sup> Aynı yönde bkz. Malkoç, 2014: 150.

<sup>122</sup> 5237 S. TCK'da "ırza geçme" kavramına yer verilmemiş, bunun yerine "vücuda organ veya sair cisim sokulması" ibaresi kullanılmıştır. Yeni kanunda, kadını rencide eden ve onu kullanılmış, kirletilmiş bir kimse konumuna düşüren "ırz" kavramına yer verilmemesi doktrinde olumlu karşılanmıştır. Bkz. Aydın, 2004b: 160-162; Taner, 2012: 603; Eraslan, 2004: 140.

<sup>123</sup> 765 S. TCK döneminde ırza geçme suçu olarak cezalandırılan fiiller, 5237 S. TCK'nın cinsel saldırı suçunun nitelikli halini düzenleyen 102/2. maddesine veya -m.103/1-a ve m.103/1-b deki şartların oluşması durumunda-103/2. maddesine karşılık gelmektedir.

<sup>124</sup> 414. Madde: (1) *Her kim on beş yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırzına geçerse beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkum olur.*

(2) *Eğer fiil cebir ve şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dolayı veya failin kullandığı hileli vasıtalarla fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir küçüğe karşı işlenmiş olursa ağır hapis cezası on seneden aşağı olamaz.*

<sup>125</sup> 416/1. Madde: (1) *On beş yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçen veyahut akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolayı fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işleyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.*

cebir, tehdit ve hilenin varlığı aksi kanıtlanamayan bir karine olarak kabul edilmiş, yani mefruz cebirle ırza geçmeye yer verilmişti<sup>126</sup>. Maddenin ikinci fıkrasında ise fiilin cebir ve şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dolayı veya failin kullandığı hileli vasıtalarla fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir küçüğe karşı işlenmesi cezayı artıran nitelikli hal olarak kabul edilmişti.

15 yaşını doldurmuş olan kişilere karşı işlenen ırza geçme suçunun düzenlendiği 416/1. madde de ise fiilin cebir ve şiddet veya tehdit kullanılmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dolayı veya failin kullandığı hileli vasıtalarla fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kişiye karşı işlenmesi suçun unsuru yani temel şekli olarak kabul edilmişti.

Bu dönemde doktrindeki bir görüşe göre ırza geçme suçu, maddi cebir ve manevi cebir, kullanmak suretiyle iki farklı şekilde işlenebilmekte, mefruz cebir halleri ise manevi cebir başlığı altında incelenmekteydi. Bu görüşe göre 15 yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet kullanılarak ırzına geçilmesi maddi cebir halini, yine 15 yaşını bitiren bir kimsenin tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçilmesi de manevi cebir halini oluşturmaktaydı. Hiç bir şart olmaksızın 15 yaşını doldurmamış olan çocuğun ırzına geçilmesi, akıl ve beden hastalığından dolayı faile direnemeyecek olan 15 yaşını doldurmuş kişinin ırzına geçilmesi, failin kullandığı hileli araçlardan dolayı fiile direnemeyecek halde olan 15 yaşını bitirmiş kişinin ırzına geçilmesi ve failin fiilinden başka bir sebepten dolayı fiile direnemeyecek olan 15 yaşını bitirmiş kişinin ırzına geçilmesi halleri ise mefruz cebir halleri olarak kabul edilmekte idi<sup>127</sup>.

Doktrindeki bir diğer görüş ise ırza geçme suçunun, cebren ve mefruz cebir kullanmak suretiyle iki farklı şekilde işlenebileceğini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre ise maddi ve manevi cebir halleri, suçun cebren işlenmesi başlığı altında, diğer araç unsurları ise mefruz cebir başlığı altında yer almaktadır<sup>128</sup>.

765 S. TCK'da ırza geçme kavramının tanımı yapılmamıştı. Bu dönemde doktrinde ırza geçme; aktif failin tenasül organını cebren diğerinin vücuduna normal veya anormal yoldan kısmen veya tamamen ithal etmesi olarak tanımlanmıştır<sup>129</sup>. Buna göre mağdurun

<sup>126</sup> Önder, 1985: 221.

<sup>127</sup> Dönmezer, 1983: 52-53.

<sup>128</sup> Önder, 1985: 222-223; Dülger: 104.

<sup>129</sup> Dönmezer, 1983: 52-54; Önder, ırza geçmeyi, bir erkeğin bir insan ile, cebren, tabi ya da gayrı tabi bir şekilde cinsi münasebette bulunması olarak tanımlamıştır. Bkz. Önder, 1985: 223; Dülger ise ırza geçme suçunun failinin erkek veya kadın olabileceği gerekçesini ileri sürerek ırza geçmeyi; herhangi bir kimsenin, rızası bulunmayan ya da rızası hileli yol ve yöntemlerle elde edilen ya da kanunen rızaya ehil kabul edilmeyen bir



vajina ya da anüsüne cinsel organ dışında herhangi bir cisim ya da parmağın sokulması ırza geçme suçunu değil ırza tasaddi suçunu oluşturmaktaydı<sup>130</sup>.

Yukarıdaki tanım esas alındığında 765 S. Kanun döneminde ırza geçme suçunun failinin yalnızca erkek olabileceği sonucu ortaya çıkmakta idi<sup>131</sup>. Buna göre bir kadının kendi ırzına geçilmesi için bir erkeği zorlaması halinde, pasif kişinin bu suçun fail olması mümkün olmadığından, ırza geçme suçu oluşmayacak, ırza tasaddi, tehdit, özgürlüğü kısıtlama, müessir fiil gibi diğer suçlar gündeme gelebilecek idi<sup>132</sup>. Buna karşılık suçun mağdurun hem erkek hem de kadın olabileceği kabul edilmişti<sup>133</sup>.

Mağdurun yaşı, ırza geçme suçunun oluşumu bakımından önemli olmamakla birlikte, suç tipinin belirlenmesi ve ceza miktarının tayininde önem arz etmekte idi. Nitekim 15 yaşından küçüklere karşı işlenen ırza geçme fiillerinde 765. S TCK'nın 414.maddesi<sup>134</sup>; 15 yaşından büyüklere karşı işlenen ırza geçme fiillerinde ise 765 S. TCK'nın 416/1. maddesi uygulama alanı bulmakta idi.

765 S. TCK döneminde evlilik birliği içerisinde eşe karşı işlenen ırza geçme fiillerinin suç oluşturup oluşturmayacağı hususu da tartışmalı idi. Bu dönemde, kocanın karısıyla zorla cinsel ilişki kurması halinde ırza geçme suçunun oluşmayacağı kabul edilmiş, cinsel ilişkinin zorla anormal yoldan kurulması halinde ise aile fertlerine fena muamele suçunun (m.478) oluşacağı ileri sürülmüştü<sup>135</sup>. Yargıtay'da aynı görüşü paylaşmaktaydı<sup>136</sup>. Bu görüşe göre evlilik, kocaya karısının vücudu üzerinde tasarruf etme yetkisi vermekte ve ırza geçme suçu açısından hukuka uygunluk sebebi teşkil etmekteydi. Anılan bu görüş, doktrinde bazı yazarlar tarafından, kanunda evlilik birliği içerisinde gerçekleşen ırza geçme fiilleri açısından açık bir düzenleme bulunmadığı ve dolayısıyla suçun oluşabilmesi için fiilin evlilik birliği dışında işlenmesinin şart olmadığı, evliliğin kocaya, kadın üzerinde tasarruf yetkisi vermediği,

---

kimse ile kanunda belirtilen şartlarda normal ya da anormal yollarla cinsel ilişkide bulunması olarak tanımlamıştır. Dülger: 67.

<sup>130</sup> Erem, 1993: 1860; Dülger: 220; 5237 S. TCK'nın 102/2.maddesinde "vücuda organ veya sair cisim sokma" formülasyonu kullanılarak suç tipi cinsel birleşme ile sınırlı tutulmamış; vücuda parmak ya da sair cisim sokulması hallerinde de TCK m.102/2'nin uygulanması sağlanmıştır. Bkz. Taner, 2013: 153.

<sup>131</sup> Aksi yönde bkz. Dülger: 73-74; Dülger'e göre bu suçun faili kadın da olabilecektir. Ancak bu dönemde cinsel ilişki kavramı doğal yollu cinsel ilişki olarak yorumlandığından yazar, bir kadının başka bir kadına karşı ırza geçme suçunun faili olamayacağını belirtmektedir. Ayrıca bkz. Nuhoglu, 2004: 615.

<sup>132</sup> Bakıcı, 1994: 4-5.

<sup>133</sup> Dönmezer, 1983: 58; Önder, 1985: 225; Dülger: 79.

<sup>134</sup> Yargıtay, 27.10.1954 tarihli, 21/20 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile mağdurun aşırı küçük yaşta olması halinde, "failin fiilinden başka bir nedenden dolayı mağdurun fiile direnemeyecek halde olması" nitelikli halinin (m.414/2) uygulanacağına karar vermiştir. Bu dönemde Adli Tıp Genel Kurulu ise 18.3.1993 tarihli mütalaasında aşırı yaş küçüklüğünün sınırını 11 yaşını bitirip 12 yaşından gün almak olarak belirlemiştir. Bkz. Akço, 1996: 140; Yargıtay'ın anılan İçtihadı Birleştirme Kararının metni için bkz. Bakıcı, 1994: 32-34.

<sup>135</sup> Dönmezer, 1983: 59; Önder, 1985: 225; Bakıcı, 1994: 9.

<sup>136</sup> (Yar.4.CD, E:1996/4409, K:1996/5504, T:19.6.1996). Kararın için bkz. Dönmezer, 2008: 267-268.

evlilikle kadının vücut bütünlüğü ve cinsel özgürlüğünden vazgeçmediği gibi gerekçeler ileri sürülerek eleştirilmiştir<sup>137</sup>.

765 S. TCK döneminde ırza geçme suçuna eksik teşebbüsün mümkün olduğu, ancak tam teşebbüsün mümkün olmadığı kabul edilmekte idi. Fail icra hareketlerine başladıktan sonra elinde olmayan sebeplerle tenasül organını mağdurun vücuduna ithal edememiş ise eylem eksik teşebbüs aşamasında kalmakta idi. Tam teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için ise failin icra hareketlerini tamamlaması ve elinde olmayan nedenlerle neticenin gerçekleşmemesi gerekmekte idi. Irza geçme suçunun tamamlanabilmesi için failin tenasül organını, mağdurun vücuduna tamamen sokması şart olmayıp kısmen dahil ettirmesi yeterli olduğundan ve ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi aranmadığından ırza geçme suçuna tam teşebbüsün mümkün olmadığı ileri sürülmekteydi<sup>138</sup>.

Irza geçme ve reşit olmayanla cinsi münasebet suçlarının ortak noktası, her iki suç tipinin de cinsel ilişki şeklinde gerçekleştirilmesinin zorunlu olmasıdır. Ancak reşit olmayanla cinsi münasebet suçunda cinsel ilişki, mağdurun rızasıyla gerçekleştirilirken, ırza geçme suçunda mefruz cebir ya da maddi ve manevi cebir aracılığı ile gerçekleştirilmektedir. 765 S. TCK döneminde 15 yaşından küçük çocukların cinsel ilişki fiillerine gösterdikleri rızaya geçerlilik tanınmadığından, bu kişiler ile kurulan cinsel ilişki her halükarda ırza geçme suçunu oluşturmaktaydı. Ancak 15-18 yaş aralığında bulunan çocuklar ile kurulan cinsel ilişkilerde durum farklı idi. Bu yaş aralığında bulunan ve reşit olmayan kişilerle gerçekleştirilen cinsel ilişkilerde fiilin mağdurun rızası ile mi işlendiği yoksa cebir, tehdit veya hile kullanmak suretiyle ya da mağdurun akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir sebepten dolayı fiile mukavemet edemeyecek olmasından yararlanılarak mı işlendiğinin doğru tespit edilmesi gerekmekteydi. Nitekim cinsel ilişki, mağdurun rızası ile gerçekleşmişse reşit olmayanla cinsi münasebet suçu (m.416/3), yukarıda anılan araç unsurlar kullanılarak gerçekleştirilmiş ise ırza geçme suçu (m.416/1) oluşacak idi. Örneğin bu dönemde Yargıtay bir kararında, sanığın mağdureye, diğer sanık ile olan cinsel ilişkisini ailesine söyleyeceğini bildirerek, mağdure ile cinsel ilişkiye girmesi eyleminde tehdidin bulunmadığı sonucuna ulaşmış, eylemin m.416/son (reşit olmayanla cinsi münasebet) kapsamında kaldığını belirtmiştir<sup>139</sup>. Karardan da anlaşılacağı üzere somut olayda m.416/1'de sayılan araç

<sup>137</sup> Artuk, 1999: 64-65; Yazarlar bu dönemde evlilik birliği içerisinde gerçekleştirilen ırza geçme fiillerinin suç sayılmamasının yanlış uygulama ve doktrin görüşlerinden kaynaklandığını belirtmektedirler. Bkz. s.68; Centel: 7-8; Nuhoğlu, 2004: 616; Bu konuda ayrıca bkz. Dülger, 2006: 554-556; Örcü, 1992:90-105.

<sup>138</sup> Dönmezer, 1983: 63-64; Önder, 1985: 248; Dülger: 187-188; Yargıtay eski tarihli uygulamalarında ırza geçme suçuna tam teşebbüsün mümkün olduğu yönünde kararlar vermiş olsa da daha sonra bu yöndeki uygulamalarından vazgeçmiştir. Bkz. Bakıcı, 1994: 19.

<sup>139</sup> (Yar. 5.CD, 16.02.1983, 153/488). Karar ve kararın eleştirisi için bkz. Nuhoğlu, 2004: 619-620.

unsurların gerçekten var olup olmadığının tespiti suç tipinin belirlenmesi açısından önem arz etmekte idi.

#### 1.4.1.3.2 Irza Tasaddi Suçu ile Mukayese

765 S. TCK döneminde ırza tasaddi suçu mağdurun yaşı esas alınmak suretiyle düzenlenmiş idi<sup>140</sup>. Kanunun 415. maddesinde 15 yaşını tamamlamamış olan küçüğe karşı işlenen ırza tasaddi fiilleri cezalandırılmaktaydı<sup>141</sup>. Bu düzenlemeye göre 15 yaşını doldurmamış olan çocuğun, ırza tasaddi fiilleri açısından gösterdiği rızaya geçerlilik tanınmamış ve çocuğun rızasıyla gerçekleştirilmiş olan tasaddi fiilleri suçun temel şekli olarak kabul edilmiştir. Irza tasaddi fiillerinin çocuğun rızası olmadan, cebir, tehdit, hile kullanılarak ya da mağdurun akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir nedenden dolayı fiile direnemeyecek halde oluşundan yararlanarak işlenmesi hali ise suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir.

Kanunun 416. maddesinin 2. fıkrasında ise 15 yaşını tamamlamış olan kişiye karşı işlenen ırza tasaddi fiilleri cezalandırılmaktaydı<sup>142</sup>. 416. maddenin 1. ve 2. fıkrasında yer alan düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesiyle ortaya çıkan sonuca göre, 15 yaşını doldurmuş olan kişiye karşı, rızası olmadan işlenen tasaddi niteliğindeki fiiller ırza tasaddi suçunu oluşturmaktaydı. Bu düzenlemeye göre 15 yaşını doldurmuş olan kişilerin ırza tasaddi boyutunda kalan fiillere karşı gösterdikleri rıza geçerli kabul edilmekte idi. Dolayısıyla 15-18 yaş aralığından bulunan ve reşit olmayan kimselerin de cinsel ilişki boyutuna varmayan ve tasaddi boyutunda kalan fiillere gösterdikleri rızaya geçerlilik tanınmıştı<sup>143</sup>.

765 S. TCK'da ırza tasaddi kavramının tanımı yapılmamış idi. Bu dönemde doktrinde ırza tasaddi; aynı veya ayrı cinsten bir kimse üzerinde icra edilen ve fakat ırza geçme veya

<sup>140</sup> 765 S. TCK'da ırza tasaddi olarak cezalandırılan fiiller, 15 yaşından büyük kişilere karşı işlendiğinde 5237 S. TCK'nın cinsel saldırı suçunun basit halinin düzenlediği 102/1. maddesine, 15 yaşından küçük kişilere karşı işlendiğinde ise çocuğun cinsel istismarı suçunun düzenlediği 103/1. maddesine denk gelmektedir. Keskin Kızıroğlu, 2008: 997,1001; 5237 S. TCK'da "ırza tasaddi" kavramına yer verilmemiştir. Yeni kanunda çağdaşlaşma amacıyla "ırza tasaddi", "ırza geçme" gibi kavramlara yer verilmemesi, uygulama açısından kavram kargaşasına yol açacağı ve yerleşmiş içtihatları değiştireceği gerekçesiyle eleştiriye uğramıştır. Bkz. Tezcan, 2004: 158-159; aynı yönde bkz. Artuk, 2004: 150-152.

<sup>141</sup> 415. Madde : " Her kim 15 yaşını bitirmeyen bir küçüğün ırz ve namusuna tasaddiyi mutazammın bir fiil ve harekette bulunursa iki seneden dört seneye ve bu fiil ve hareket yukarıdaki maddenin ikinci fıkrasında yazılı şartlar içinde olursa üç seneden beş seneye kadar hapsolünür."

<sup>142</sup> 416/2. Madde : " Yine bu suretle ırz ve namusa tasaddiyi tazammun eden bir fiil ve harekette bulunursa üç seneden beş seneye kadar hapsolünür."

<sup>143</sup> " Hazırlık aşamasında tespit edilen iddia ve savunmaya uygun oluşa göre, sanığın 15 yaşını bitiren mağdurenin rızası ile cinsel organını onun apış arasına on dakika sürtmekten ibaret eyleminin ırz ve namusa tasaddi niteliğinde kaldığı, bu itibarla da suç teşkil etmeyeceği düşünülmeden yazılı şekilde cinsi münasebete tam teşebbüsten mahkumiyetine karar verilmesi..." (Yar.5.CD., 18.09.1992, 2595/2744) Karar için bkz. Bakıcı, 1994: 149.

ırza geçmeye teşebbüs veya sarkıntılık niteliğinde olmayan, bedeni temas gerektiren ve devamlılık arz eden şehvani hareketler olarak tanımlanmıştır<sup>144</sup>.

ırza tasaddi suçunda failin kastı, cinsel ilişki boyutuna varmayan ve objektif karakteri itibarıyla şehvani nitelikte olan fiilleri<sup>145</sup>, mağdur üzerinde işlenmeye yöneliktir<sup>146</sup>. ırza geçme suçundan farklı olarak bu suçta failin cinsel ilişkide bulunma kastı yoktur. Bu husus ırza geçme fiillerinin teşebbüs aşamasında kalması durumunda, ırza geçmeye teşebbüs ve ırza tasaddi suçlarının ayrımı noktasında önem arz eder. Böyle bir durumda failin kastı belirleyici unsur olarak ele alınmalı ve failde cinsel ilişki kastı varsa ırza geçmeye teşebbüs, yoksa ırza tasaddi suçunun oluştuğu kabul edilmelidir<sup>147</sup>.

Bu durumun reşit olmayanla cinsi münasebet suçu açısından ayrıca değerlendirilmesinde fayda vardır. Bilindiği gibi 765 S. TCK döneminde 15-18 yaş aralığında bulunan ve reşit olmayan kişilere karşı, rızalarıyla ırza tasaddi niteliğindeki fiillerin işlenmesi suç teşkil etmemekteydi<sup>148</sup>. Bu sebeple, bu dönemdeki fiiller açısından failin kastının doğru tespit edilmesi oldukça önem arz etmekte idi. Failin kastı reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunmak olup ve fakat suç teşebbüs aşamasında kalmış ise fail, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna teşebbüsten cezalandırılmıyordu. Aksi durumda, failin kastı cinsel ilişkide bulunmak olmayıp yalnızca ırza tasaddi niteliğindeki fiillerin işlenmesine yönelik ise ya da fail kastettiği cinsel ilişki fiilini işlemekten gönüllü olarak vazgeçmiş ise<sup>149</sup> artık bu fiiller suç teşkil etmemekteydi. Nitekim bu dönemde 15-18 yaş aralığında bulunan ve reşit olmayan bir çocukla rızasıyla cinsel ilişkide bulunmaya teşebbüs eden kişi, eylemin hatalı bir şekilde ırza tasaddi olarak değerlendirilmesi sonucunda cezasız kalabilmekteydi<sup>150</sup>.

<sup>144</sup> Artuk, 1995: 43,44; Dönmezer, 1983: 100; Yargıtay ise tasaddi kavramını; *mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan, devamlılık gösteren şehvi hareketler* olarak tanımlamıştır. Bkz. Bakıcı: 87.

<sup>145</sup> Bu dönemde doktrinde suçun manevi unsuruna yönelik farklı görüşler mevcut idi. Bir görüşe göre hareketlerin objektif olarak şehvi nitelikte bulunmaları yeterli olup, ayrıca failin şehvet kastıyla (özel kast) hareket etmesine gerek yoktur. Bkz. Dönmezer, 1983: 103; ÖNDER, fiillerin tasaddi niteliğinde kabul edilebilmesi için objektif ve sübjektif kriterlerin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmekte, failin cinsel dürtü ile hareket etmesi gerekliliğinin failin saiki olmayıp, eylemin hukuka aykırılık yokluğunu belirlediğini kabul etmektedir. Bkz. Önder, 1985: 277-278. Yargıtay'ın benimsediği görüşe göre ise ırza tasaddi suçunun oluşabilmesi için failin şehveti tatmin kastıyla hareket etmesi gerekmektedir. Bu konudaki görüşler ve gerekçeleri için ayrıca bkz. Artuk, 1995: 45-46.

<sup>146</sup> Dönmezer, 1983: 104; Önder, 1985: 271; Artuk, 1995: 44.

<sup>147</sup> Dülger: 220.

<sup>148</sup> "Oluş ve dosya içeriğine göre, sanık Latif'in mağdure ile cinsel ilişkide bulunmadığı, mağdureye yönelik eylemin tasaddi niteliğinde kaldığı, mağdurenin yaşı ve rızası dikkate alındığında eylemin suç teşkil etmediği..." (Yar. 5.CD, E: 2000/1959; K: 2000/5666). Bkz. Baytemir, 2002: 242.

<sup>149</sup> "Livata eylemine bir engelle karşılaşmadan ihtiyarı ile son veren sanığın tamamlanan suçu, ırz ve namusa tasaddi niteliğinde olup, 15 yaşını bitirmiş olan mağdureye rızasıyla yapıldığı takdirde suç teşkil etmez." (Yar.5.CD, 05.11.1991, 3883/4706) Karar için bkz. Otacı, 2000: 93.

<sup>150</sup> Sancar, 2000: 10.

#### 1.4.1.3.3 Söz Atma ve Sarkıntılık Suçu ile Mukayese

Söz atma ve sarkıntılık suçu 765 S. TCK'nın 421. maddesinde düzenlenmiştir<sup>151</sup>. Bu maddeye göre kadınlara ve erkeklere<sup>152</sup> söz atanlar veya sarkıntılık edenler cezalandırılmaktaydı<sup>153</sup>. Söz atma ve sarkıntılık fiillerinden ne anlaşılacağı kanunda açıkça tanımlanmamış idi. Bu dönemde doktrinde söz atma; sarkıntılık derecesine varmayan, sadece sözle gerçekleşen, ani olan ve devamlı olmayan tecavüzler olarak tanımlanmıştır<sup>154</sup>. Dolayısıyla söz atma suçu sadece sözle gerçekleştirilebilen ve ani şekilde işlenebilen bir suçtur. Bu sebeple eylemin temas halinde gerçekleştirilmesi ya da sözlü bir şekilde devamlılık arz edecek şekilde işlenmesi halinde sarkıntılık suçu oluşacaktır<sup>155</sup>.

Sarkıntılık fiillerinin kanunda tanımlanmaması uygulamada bu fiillerin ırza tasaddi, söz atma ve alenen hayasızca hareketler suçlarından ayrılmasını oldukça güçleştirmiştir<sup>156</sup>. Bu dönemde sarkıntılık; fail tarafından belirli bir kimseye karşı<sup>157</sup>, aleniyet şartı aranmaksızın, ırza geçme ve tasaddi boyutuna varmayan, mağdur üzerinde devamlılık arz etmeyen ve fakat vücuda temasın da şart olmadığı, temelinde cinsel dürtü bulunan fiillerin işlenmesi olarak tanımlanmıştır<sup>158</sup>.

Vücuda temas halinde gerçekleştirilen, ırza tasaddi boyutuna ulaşmayan, ani, kesik ve süreksiz hareketler sarkıntılık suçunu oluşturacaktır<sup>159</sup>. Ancak sarkıntılık suçunun oluşabilmesi için her zaman vücuda temas şart değildir. Vücuda temas olmaksızın söz atma niteliğinde olan, tekrar eden ve sırnaşıkça hareketler boyutuna ulaşan fiiller de sarkıntılık suçunu oluşturacaktır<sup>160</sup>. Sarkıntılık suçunun bu şekilde işlenmesi halinde eylem teselsülü

<sup>151</sup> 421.Madde: "Kadınlara ve erkeklere söz atanlar üç aydan bir seneye ve sarkıntılık edenler altı aydan iki seneye kadar hapsolunur."

<sup>152</sup> Maddenin ilk halinde genç erkeklere söz atılması cezalandırılmaktaydı. Ancak maddede yer alan "genç" ibaresi, 20.03.2002 tarihinde, Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. (AYM, 20.03.2002, E: 2000/39, K: 2002/35, R.G. Sayısı: 24772, T: 01.06.2002).

<sup>153</sup> Söz atma ve sarkıntılık suçuna 5237 S. TCK'da doğrudan yer verilmemiştir. 765 S. TCK'nın 421. maddesinde yer alan söz atma ve bedeni temas olmaksızın gerçekleştirilen sarkıntılık fiilleri, 5237 S. TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçuna, bedeni temas şeklinde gerçekleştirilen sarkıntılık fiilleri ise mağdurun çocuk olup olmamasına göre, 102. maddede düzenlenen cinsel saldırı suçuna ya da 103.maddede düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçuna karşılık gelmektedir. Nitekim 5237 S. TCK'nın 105.maddesinin gerekçesine göre cinsel taciz oluşturan eylemlerin vücuda temas etmemesi gerekir. Bkz. Ünver, 2009: 123; Yokuş Sevik, 2005: 272.

<sup>154</sup> Dönmezer, 1983: 187; Yargıtay bu dönemde, "Kocandan boşan benim metresim ol", "Allah be, şu dudaklara bak", "Bana bir kere ver, seni hamamda yıkarım" ifadelerini söz atma olarak kabul etmiştir. Bkz. Artuk, 1995: 37.

<sup>155</sup> Önder, 1985: 317; Artuk, 1995: 37; Nuhuğlu, 2004: 635.

<sup>156</sup> Önder, 1985: 317.

<sup>157</sup> Sarkıntılık teşkil eden fiillerin belirli bir kimseye karşı işlenmiş olması bu suçu hayasızca hareketler suçundan ayırır. Bkz. Artuk, 1995: 37.

<sup>158</sup> Önder, 1985: 317; Benzer bir tanım için bkz. Dönmezer, 1983: 190.

<sup>159</sup> Artuk, 1995: 42

<sup>160</sup> Yargıtay içtihatlarına göre mağdurun dudaklarından şehvetle bir kez öpmek, kalçasını giysisinin üzerinden okşamak, elini omzuna koyarak cinsel ilişkide bulunmayı teklif etmek, yüzüne karşı gül koklamak, mağdura cinsel organını göstermek, sarkıntılık olarak kabul edilmiştir. Bkz. Bakıcı, 1994: 233-234.

içerisinde barındıracağından teselsül sebebiyle (765 S. TCK m.80) cezanın artırılması yoluna gidilemeyecektir<sup>161</sup>.

Bu dönemde söz atma ve sarkıntılık fiilleri açısından mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktaydı. Ancak mağdurun 15 yaşından küçük olması durumunda rızasına geçerlilik tanınmamıştır<sup>162</sup>. 765 S. TCK döneminde 15-18 yaş aralığında bulunan ve reşit olmayan çocuklar açısından ise sadece cinsel ilişki boyutuna ulaşan fiiller yasaklanmış olduğundan, bu yaş aralığında bulunan çocukların söz atma ve sarkıntılık fiillerine rıza göstermeleri, hukuka uygunluk sebebi teşkil etmekteydi<sup>163</sup>.

#### 1.4.1.3.4 Alacağım Diye Kandırıp Kızlık Bozma Suçu ile Mukayese

Alacağım diye kandırıp kızlık bozma suçu 765 S. TCK'nın 423. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre on beş yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırarak kızlığını bozan kişi altı aydan iki yıla kadar cezalandırılacaktır<sup>164</sup>.

Bu dönemde, suç ve ceza politikası açısından böyle bir suç tipinin gerekli olup olmadığı doktrinde tartışmalı idi. Bir görüşe göre, evlenme çağındaki genç kızların bekaretleri toplum nazarında önem arz ettiğinden, böyle bir suç tipinin ceza kanunumuzda yer alması, o günün şartlarında yerinde görülmüştür<sup>165</sup>. Bir kısım yazarlar ise, böyle bir suç tipinin "koruma aşırılığının" bir örneği olduğunu, suç tipi düzenlenirken cinsel suçlardaki yeni trendlerin göz önünde bulundurulması gerektiğini ve ayrıca ilerlemiş yaşta bulunan bir kızın evlenme vaadi ile aldatılmasının her zaman mümkün olmayacağını ileri sürmüş ve suç tipinin gerekli olmadığını belirtmişlerdir<sup>166</sup>.

Kadınların cinsel dokunulmazlığının korunmasından ziyade "bekaret kavramını" korumayı amaçlayan ve mağdur kadınlar arasında bakire-bakire olmayan ayrımı yapan<sup>167</sup>

<sup>161</sup> " Sanığın telefonla vaki söz atma eyleminin kısa fasıllarla tevali ederek sırnaşıkça bir hal aldığı ve araya kastın yenilendiğini gösteren uzunca bir zaman girmedeği halde tümü nazara alınarak tek sarkıntılık fiilini meydana getireceği ve bu hali ile bünyesinde teselsülü de kapsadığı gözetilmeyerek TCK'nın 421/2 maddesi ile verilen cezanın ayrıca 80.madde ile artırılması..." (Yar. 5.CD, 23.11.1993, 3850/4185). Karar için bkz. Bakıcı, 1994: 243.

<sup>162</sup> Yargıtay'ın 1969 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararına göre, 15 yaşını doldurmamış fakat mümeyyiz olan küçüklerin söz atma ve sarkıntılık fiillerine rıza göstermesi suçun oluşumuna engel olmayacaktır. (YİBK, 10.02.1969, E:1968/5, K:1969/2). Bkz. Bakıcı, 1994: 237.

<sup>163</sup> " Suç tarihinde 15 yaşını bitirdiği anlaşılan mağdurenin, rıza ve muvafakatiyle işlendiği kabul edilen sarkıntılık eylemleri suç teşkil etmeyeceği ve şikayet yokluğu da nazara alınmadan yazılı şekilde sanığın mahkumiyetine karar verilmesi..." (Yar. 5.CD, 15.02.1994, 4755/512). bkz. Bakıcı, 1994: 242.

<sup>164</sup> 423.Madde: (1)Her kim on beş yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsolunur.

(2)Evlenme vukuu halinde dava ve ceza tecil olunur. Şu kadar ki, beş sene içinde koca aleyhine boşanmaya hükmolunursa hukuku amme davası avdet eder ve evvelce ceza hükmolunmuşsa çektirilir.

<sup>165</sup> Dönmezer, 1983: 198.

<sup>166</sup> Bu konudaki tartışmalar için bkz. Selçuk, 1996: 19-20; Önder, 1985: 285.

<sup>167</sup> Centel: 7.

"evlenme vaadiyle kızlık bozma" suçuna 5237 S. TCK'da yer verilmemiş olmasını yerinde bulduğumuzu belirtmek istiyoruz<sup>168</sup>.

765 S. TCK'nın 423. maddesinde düzenlenmiş olan "alacağım diye kandırıp kızlık bozma" suçunun özelliklerini ve ilgili noktalarda reşit olmayan ile cinsi münasebet suçundan farklarını şu şekilde açıklayabiliriz;

a) Suç tipinin maddi unsuru evlenme vaadi ile kızlık bozma olduğundan, bu suçun faili yalnızca erkekler olabilecektir. Failin evli olup olmaması suçun oluşumu açısından önem arz etmemektedir. Ancak 765 S. Kanun döneminde mağdurun, sanığın evli olduğunu bilmesi durumunda, evli olan sanığın Medeni Kanun hükümlerine göre tekrar evlenmesinin mümkün olmadığı, ve dolayısıyla evlenme vaadinin de aldatıcı olmadığı gerekçesiyle suçun oluşmayacağı ileri sürülmüştür<sup>169</sup>.

b) Bu suçun oluşabilmesi için failin, mağduru evlenme vaadiyle kandırıp kızlığını bozması gerekir. Evlenme sözü verilmemiş ise bu suç tipi oluşmayacaktır. Evlenme vaadinin cinsel ilişkiden önce verilmiş olması zorunludur. Cinsel ilişki kurulduktan sonra failin evlenme vaadinde bulunması halinde suç oluşmayacaktır<sup>170</sup>. Fail evlenme vaadiyle mağdurun kızlığını bozduktan sonra haklı bir nedenle evlenmekten vazgeçerse, ya da mağdur haklı bir neden olmadan evlenmekten vazgeçerse yine suç oluşmayacaktır<sup>171</sup>.

Görüldüğü gibi evlenme vaadiyle kızlık bozma suçunda failin evlenme vaadinde bulunarak cinsel ilişkiye girmesi gerekirken, reşit olmayanla cinsi münasebet suçunda failin herhangi bir hileye başvurması ya da herhangi bir vaatte bulunması aranmamış ve mağdurun rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi yeterli görülmüştür.

c) 423. maddenin metninde bu suçun mağdurunun on beş yaşını doldurmuş olan kızlar olabileceği belirtilmiş idi. 1953 yılında 6123 S. Kanun ile 416/3. maddeye reşit olmayanla cinsi münasebet suçunun eklenmesiyle, 15-18 yaş aralığındaki reşit olmamış kız çocuklarıyla evlenme vaadi ile ilişkiye girilmesi sonucu kızlıklarının bozulması halinde 423. maddenin mi yoksa 416/3. maddenin mi uygulanacağı tartışmalı hale geldi. Uygulamada ortaya çıkan sorunlar, Yargıtay'ın 1956 yılında vermiş olduğu bir içtihadı birleştirme kararı ile çözüme kavuşturuldu. Karara göre; 15 yaşını bitirip 18 yaşını doldurmamış olan bir kızla rızaen cinsi ilişkide bulunulması halinde, 765 S. TCK'nın 423. maddesinde gösterilen suçun unsurlarının

<sup>168</sup> Benzer düşünce için bkz. Yalçın Sancar, 2013: 125.

<sup>169</sup> Bakıcı, 1985: 38; Önder, 1985: 289 Aksi yönde görüş için bkz. Selçuk, 1996: 31; Yazar bu konuda mutlak bir kural koymanın mümkün olmadığını, anılan durumda evlenme vaadinin aldatıcı olup olmadığını her somut olay açısından ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

<sup>170</sup> Dönmezer, 1983: 201; Selçuk, 1996: 39.

<sup>171</sup> Dönmezer, 1983: 203; Bakıcı, 1985b: 36; Failin haksız hareketleri sonucu mağdur evlenmekten vazgeçerse bu durum 423. maddenin uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir. Bkz. Önder, 1985: 288.

oluşturup oluşmadığına bakılmaksızın kanunun 416. maddesinin 3. fıkrası uygulama alanı bulacaktır<sup>172</sup>. Bu karara göre reşit olmayanla cinsi münasebet suçunun kanunun 416/3. maddesine eklenmesiyle, 423. maddenin uygulama alanı 15-18 yaş aralığındaki kızlar açısından zımnen ilga edilmiş idi<sup>173</sup>. Dolayısıyla evlenme vaadiyle kızlık bozma suçunun mağduru ancak 18 yaşını doldurmuş bir kız olabilecekti.

d) Evlenme vaadi ile kızlık bozma suçunun oluşabilmesi için kızlığın bozulmuş olması gerekmektedir. Burada iki önemli hususun tespit edilmesi gerekir. Birincisi kızlığın cinsel ilişki sonucu bozulmasının zorunlu olup olmadığı hususudur.

Bu dönemde doktrindeki bir görüşe göre, cinsel ilişki dışında, parmakla ya da sair bir cisimle kızlığın bozulması halinde bu suç tipi oluşmayacaktır<sup>174</sup>. Yargıtay'ın uygulaması da bu yönde idi.

Bir diğer görüşe göre ise madde metninde cinsel ilişkiden bahsedilmemiş ve sadece kızlığın bozulmasından söz edilmiştir. Dolayısıyla korunan hukuki değer kızlık zarı olduğuna göre cinsel ilişki dışında örneğin parmakla kızlığın bozulması halinde de 423. madde uygulama alanı bulmalıdır<sup>175</sup>.

İkincisi ise cinsel ilişki gerçekleşmesine rağmen kızlık bozulmamış ise suçun oluşup oluşmadığının belirlenmesidir. Bu dönemde suçun oluşabilmesinin yalnızca kızlık zarının bozulmasına endekslenmesi eleştirilmiş ve suçla korunan hukuki değer kızlık zarı olmayıp, kızın el değmemişliği, erdenliği olduğu ileri sürülerek, evlenme vaadiyle cinsel ilişki sonucunda kızlık bozulmasa bile suçun oluşacağı belirtilmiştir<sup>176</sup>. Ancak doktrindeki ağırlıklı görüş ve Yargıtay'a göre suçun oluşabilmesi için kızlık zarının yırtılmış olması şart idi<sup>177</sup>. Dolayısı ile bu görüşe göre cinsel ilişki sonucunda kızlık zarının elastiki yapısı nedeniyle bozulmaması halinde suç tamamlanmayacak ve teşebbüse de elverişli olmadığından cezalandırma cihetine gidilemeyecekti<sup>178</sup>.

Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere 765 S. Kanun dönemindeki ağırlıklı doktrin görüşüne göre; evlenme vaadiyle kızlık bozma suçunun oluşabilmesi için kızlık zarının yırtılması şarttı. Oysa reşit olmayanla cinsi münasebet suçunda, suçun oluşabilmesi

<sup>172</sup> Bkz. (YİBK, 25.04.1956, E:5, K:2); Kararın ayrıntıları ve muhalefet şerhleri için bkz. Malkoç, 2001: 107-110.

<sup>173</sup> Dönmezer, 1983: 86.

<sup>174</sup> Dönmezer, 1983: 205; Selçuk, 1996: 42; Önder, 1985: 289.

<sup>175</sup> Bakıcı, 1994: 267. Yazar daha eski tarihli bir makalesinde bu suçun oluşabilmesi için cinsel ilişkinin şart olduğunu belirtmiştir. Bkz. Bakıcı, 1985b: 38.

<sup>176</sup> Selçuk, 1996: 21-28; Bu dönemde, benzer yönde düşünce ve suç tipinin yeniden düzenlenmesine dair bkz. Ünver, 2001: 323-325.

<sup>177</sup> Dönmezer, 1983: 204; Önder, 1985: 289.

<sup>178</sup> Bu görüşe göre kızlığın bozulması objektif cezalandırma şartı niteliğinde olduğundan, cinsel ilişki sonucunda kızlık zarının bozulmaması halinde teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır. Bkz. Dönmezer, 1983: 20; Bakıcı, 1985; Aksi yönde bkz. Selçuk, 1996: 56.



için kızlık zarının yırtılmış olması aranmamakta, cinsi münasebet sonucunda mağdurun kızlığının bozulması yukarıda da açıklandığı üzere suçun nitelikli hali olarak kabul edilmekte idi.

#### 1.4.1.3.5 Zina Suçu ile Mukayese

Zina suçu 765 S. TCK'nın 440-444. maddeleri arasında düzenlenmişti<sup>179</sup>. Bu dönemdeki düzenlemelere göre zina suçunun oluşabilmesi için faillerden birinin evli olması ön koşul idi<sup>180</sup>. Dolayısıyla evli olmayan iki kişinin gerçekleştirmiş olduğu cinsel ilişki fiilleri zina suçunu oluşturmamaktaydı. Kanunun 440. maddesinde kadının zinası<sup>181</sup>, 441.maddesinde ise erkeğin zinası<sup>182</sup> yer almaktaydı. Bu düzenlemelere göre hem kadının zinası hem de erkeğin zinası suç olarak kabul edilmekle birlikte kadının zinası, suçun unsurları itibarıyla erkeğin zinasına göre daha kolay işlenebilir nitelikte idi<sup>183</sup>. Kadının evlilik dışı bir kez cinsel ilişkide bulunması<sup>184</sup> suçun oluşumu açısından yeterli görülmüş iken erkeğin zinasının suç teşkil edebilmesi, bekar bir kadınla devamlı surette karı koca gibi yaşaması şartına bağlanmıştı<sup>185</sup>. Bu düzenlemeye göre erkeğin bekar bir kadınla bir kez cinsel ilişkide bulunması zina suçunu oluşturmayacaktı. Nitekim Anayasa'nın eşitlik ilkesine açıkça aykırılık teşkil eden bu hükümlerden<sup>186</sup> kocanın zinasını düzenleyen 441. madde 1996 yılında<sup>187</sup>, kadının zinasını düzenleyen 440.madde ise 1998 yılında<sup>188</sup> Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir<sup>189</sup>. Anayasa Mahkemesi, iptal kararlarında eşitlik ilkesine vurgu yapmış ancak

<sup>179</sup> Zina suçu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hafizoğulları, 1983

<sup>180</sup> Hafizoğulları, 1983: 95; Bakıcı, 1985c: 263.

<sup>181</sup> 440.madde: "*Zina eden karı hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası tertip olunur. Karının evli olduğunu bilerek bu fiile ortak olan kimse hakkında da aynı cezaya hükmolunur.*

<sup>182</sup> 441.madde: "*(1)Karısıyla birlikte ikamet etmekte olduğu hanede yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için nikahsız bir kadın tutmakta olan koca hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hükmolunur.*

*(2) Erkeğin evli olduğunu bilerek bu fiilde şerik olan kadın hakkında da aynı ceza verilir.*

<sup>183</sup> Kanbur, 2012: .3.

<sup>184</sup> Bu dönemde zina suçunun oluşabilmesi için cinsel ilişkinin (cima) gerçekleşmesi zorunlu kabul edilmiştir. Bu görüşe göre öpüşmek, karı ve kocanın kendilerine yapılan hayasızca hareketlere müsamaha göstermesi gibi cinsel ilişki boyutuna varmayan fiiller zina suçunu oluşturmayacaktır. Bkz. Şensoy: 81; Ancak doktrinde kocanın zinası açısından cinsel ilişkinin değil, karı koca gibi aynı evde birlikte yaşamanın zina suçunu oluşturduğu görüşü mevcuttu. Bkz. Bakıcı, 1985c: 468; Aksi yönde bkz. Hafizoğulları, 1983: 206-207.

<sup>185</sup> Bakıcı: 264.

<sup>186</sup> Öğretide bir kısım yazarlar sosyal bakımdan kadının zinasının erkeğe nispetle çok daha ağır sonuçlara sebep olduğunu ileri sürmüşler ve kadın ile erkeğin zinasının farklı şartlara tabi tutulmasını eşitlik ilkesine aykırı görmemişlerdir. ŞENSOY, s. 84-85; Aksi yönde bkz. Dönmezer, 1983: 403-404.

<sup>187</sup> AYM, 23.09.1996, E: 1996/15, K: 1996/34, R.G. Sayısı: 22860, T: 27.12.1996.

<sup>188</sup> AYM, 23.06.1998, E: 1998/3, K: 1998/ 28, R.G. Sayısı: 23638, T: 13.03.1999.

<sup>189</sup> Düzenlemelerin kadın aleyhine olmasına rağmen kocanın zinasını düzenleyen maddenin, kadının zinasını düzenleyen maddeden önce eşitliğe aykırı bulunarak iptal edilmesinin eleştirisi için bkz. Kanbur, 2012: 4-5.

çağdaş gelişmeler karşısında zinanın ceza hukukunu ilgilendiren bir konu olmadığı<sup>190</sup> hususuna hiç değinmemiştir<sup>191</sup>. Buna karşın iptal kararlarından sonra zina suçu ile ilgili herhangi bir yasal düzenleme yapılmaması ile birlikte zina fiilleri suç olmaktan çıkmıştır<sup>192</sup>.

Zina suçu ile ilgili yapılan genel açıklamalardan sonra bu suçun reşit olmayan ile rızasıyla cinsi münasebet suçu ile ilişkisi üzerinde durmak istiyoruz. Öncelikle belirtmek gerekir ki her iki suç tipinde de karşılıklı rızanın bulunması şarttır. Eğer taraflardan birinin cinsel ilişkiye rızası yoksa bu durumda zina suçu ya da reşit olmayanla cinsi münasebet suçu oluşmayacak, diğer cinsel suçlar gündeme gelebilecektir.

Zina suçunun oluşabilmesi için taraflardan en az birinin evli olması gerekirken, reşit olmayanla cinsi münasebet suçunda mağdurun reşit olmaması ve dolayısıyla evlenme kişiyi ergin kılacağından evli olmaması gerekmektedir. Buna göre 15-18 yaş aralığında bulunan evli kadının rızasıyla cinsel ilişkide bulunması, reşit olmayanla cinsi münasebet suçunu değil zina suçunu oluşturacaktır<sup>193</sup>.

15-18 yaş aralığında bulunan ve ergin olmayan kadın ile evli bir erkeğin rızalarıyla, kocanın zinası suçunun unsurlarını oluşturacak biçimde, cinsel ilişkiye girmeleri ihtimalinde ise kadın m.441/2 hükmü gereğince zina suçuna iştirak etmekten sorumlu tutulacak, erkek açısından ise hem zina suçu hem de zincirleme şekilde (m.80) işlenmiş reşit olmayanla cinsi münasebet suçu oluşacaktır. Bu dönemde Yargıtay'ın yerleşmiş kararlarına göre erkek, içtima hükümleri gereğince (m.79), yalnızca reşit olmayanla cinsi münasebet suçundan sorumlu tutulmuştur<sup>194</sup>.

## 1.4.2 Türk Ceza Kanunu Tasarılarındaki Düzenlemeler

### 1.4.2.1 1987 ve 1989 Türk Ceza Kanunu Ön Tasarıları

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, 1987 TCK Ön Tasarısı'nın "Genel Ahlak ve Adaba Karşı Suçlar" başlığı altında yer almakta idi<sup>195</sup>.

<sup>190</sup> Nitekim cinsiyet ahlakına karşı suçların tartışıldığı IX. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresinde (La Haye Kongresi) zina fiillerinin suç olarak düzenlenmemesi temennisinde bulunulmuştur. Bkz. Dönmezer, 1964: 454-459.

<sup>191</sup> Ünver, 2001: 320; Benzer yönde eleştiri için bkz. Yalçın Sancar, 2013: 174.

<sup>192</sup> 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın 329. maddesinde zina fiilleri suç olarak yer almıştır. Yine 5237 S. TCK'nın TBMM'de görüşülmesi esnasında kanunda yer almamasına rağmen zinanın suç olarak düzenlenmesi tartışılmıştır. Bkz. Sancar: 174.

<sup>193</sup> Bakıcı, 1985c: 265.

<sup>194</sup> Bakıcı, 1985e: 469; " Zina suçunun zorunlu faili olan Gülhan'ın olay tarihinde 18 yaşını bitirmediği anlaşılmasına göre, sanığın Gülhan ile cinsel ilişkiye girip kızlığını bozarak karı koca gibi yaşamasından ibaret eylemi nedeniyle TCK'nın 79.maddesi delaletiyle aynı yasanın 430/2, 416/3, 418/2, 80. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeden ayrıca zina suçundan da hüküm verilmesi.." (Yar.5.CD., E: 1997/4220, K: 1997/4561, T: 11.12.1997). Karar için bkz. Baytemir: 239.

<sup>195</sup> Bkz. Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı, Komisyonca Hazırlanan Metin, Ankara 1987, Öztekin Matbaacılık, s.130-132.

Reşit olmayan ile cinsel ilişki suçuna karşılık gelen fiiller ise tasarının " Küçüklerin Irzına Geçilmesi" başlıklı 270. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmekte idi. Bu düzenlemeye göre; tasarının 269/1.maddesinde ifade edilen hallerden herhangi birisi mevcut olmaksızın<sup>196</sup>, 15 yaşını bitirmiş olup da 18 yaşını doldurmamış bir kişi ile cinsel ilişkiye giren kişi hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilecekti. Suçun mağdurun rızası ile işlenebileceğine dair ifadeye madde metninde açıkça yer verilmemiş, bu durum tasarının 269. maddesinin gerekçesinde açıklanmış idi<sup>197</sup>.

Tasarının 270. maddesinin 3. fıkrasında ise hükmen veya evlenme suretiyle reşit olan veya kılınanlar ile cinsel ilişkiye girilmesi halinde, bu fiillerin suç teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.

1987 TCK Ön Tasarısı gerekçesi ile birlikte yayımlandıktan sonra çeşitli çevrelerden gelen eleştiriler toplanmış ve 1989 TCK Tasarısı meydana getirilmiştir. 1989 yılında yayınlanan bu metinde, cinsel suçlarla ilgili düzenlemeler hemen hemen aynı şekilde kaleme alınmış; 1987 tarihli tasarının 270. maddesinde yer alan "Küçüklerin Irzına Geçilmesi" suçunun madde başlığı, 1989 tarihli tasarının 306. maddesinde "Küçüklerin ve Çocukların Irzına Geçilmesi" şeklinde değiştirilmiştir<sup>198</sup>.

#### 1.4.2.2 1997 ve 2000 Türk Ceza Kanunu Tasarıları

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, 1997 tarihli TCK Tasarısı'nın ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının altıncı bölümünde yer alan "Cinsel Özgürlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmişti<sup>199</sup>.

765 S. TCK' dan farklı olarak bölüm başlığında "Cinsel Özgürlük" ifadesinin kullanılmış olması, tasarıda cinselliğin bir bireysel özgürlük sorunu olarak kabul edildiği izlenimini uyandırır da, gerek bölüm başlığında "Cinsel Özgürlük" kavramının yanında "Edep Töreleri" kavramına da yer verilmiş olması, gerekse bu suçların "Kişilere Karşı Suçlar" yerine "Topluma Karşı Suçlar" kısmında düzenlenmiş olması, kanun koyucunun cinsel suçlarla ilgili geleneksel bakış açısını çok da fazla değiştirmedeğini kanıtlar niteliktedir<sup>200</sup>.

<sup>196</sup> Bu haller; fiilin cebir ve şiddet, hile veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi ya da mağdurun, akıl veya beden hastalığından ya da failin fiilinden başka bir sebepten dolayı fiile karşı koyamayacak halde olmasıdır.

<sup>197</sup> Dülger, 2000: 100.

<sup>198</sup> Dülger, 2000: 102.

<sup>199</sup> Bkz. T.C Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı (1997), Ankara 1997, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Özel Seri: 3, s.96 vd.

<sup>200</sup> Aksoy, 2010: 22-23; Tasarıda bu suçların "Topluma Karşı İşlenen Suçlar" kısmında yer almasının doğru olmadığı görüşü için bkz. Artuk ve Çınar, 2004: 60; Benzer yönde bkz. Hacıoğlu, 2000: 100.

1997 TCK Tasarısı'nın 310. maddesinde "Irza Geçme Suçu", 311. maddesinde "Küçüklerin ve Çocukların İrzına Geçilmesi Suçu", 312 ve 313. maddelerinde ise "Irza Tasaddi Suçu" düzenlenmekteydi.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık gelen fiiller tasarının 311. maddesinin 1. fıkrasında yer almakta idi<sup>201</sup>. Bu düzenlemeye göre 15 yaşını bitirmiş fakat 18 yaşını doldurmamış olan bir çocuğun rızasıyla ırzına geçen kişiye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilebilecekti. Maddenin üçüncü fıkrasında hükmen veya evlenme suretiyle reşit olan bir kişi ile rızasıyla cinsel ilişki kurulması halinde bu madde hükmünün uygulanmayacağı belirtilmiş idi.

Tasarının 310. maddesinin son fıkrasında 765 S. TCK ve daha önceki tasarılarından farklı olarak ırza geçmenin tanımı yapılmıştı. Maddede ırza geçme, "*hangi nitelikte olursa olsun bir kişiye cinsiyet uzvunun ithali*" şeklinde tanımlanmış idi. Maddenin gerekçesinde ise cinsel organ ithali, erkek cinsel organının kadının cinsel organına, kadın veya erkeğin anüsüne veya ağzına sokulması şeklinde açıklanmış idi. Tasarıdaki bu düzenleme ile ırza geçme suçunun sınırları - ve dolayısıyla 311. maddede küçüklerin rızası ile ırzına geçilmesinden bahsedildiği için bu suçun sınırları- genişlemiş olacaktı<sup>202</sup>.

1997 TCK Tasarısı'nın dikkat çeken bir diğer hükmü ise 313. maddenin 1.fıkrasıdır. Buna göre; 15 yaşını bitirmiş fakat 18 yaşını doldurmamış olan bir küçüğün rızası ile ırzına tasaddi eden kimseye üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilecek idi. Bu düzenleme yasalaşmış olsa idi, örneğin 17 yaşındaki bir çocuğun vücuduna rızasıyla cinsel anlam ifade eden bir şekilde elleyen bir kimse dahi bu hüküm gereğince cezalandırılacaktı. Cinsel özgürlüğe gereğinden fazla müdahale eden ve cinselliğin özgürce yaşanması hususunda 765 S. TCK'nın dahi gerisinde kalan bu hükmün yasalaşmamış olması ve daha sonraki tasarılar da yer almaması yerinde olmuştur<sup>203</sup>.

1997 TCK Tasarısı'nın gözden geçirilmesi ile oluşturulmuş olan 2000 TCK Tasarısı'nın cinsel suçlarla ilgili hükümleri, bir kaç farklılık dışında 1997 TCK Tasarısı ile paralellik göstermekte idi<sup>204</sup>. "Küçüklerin ve Çocukların Rızası ile İrzına Geçilmesi Suçu", 2000 TCK Tasarısı'nın 314. maddesinde yer almaktaydı ve 1997 TCK Tasarısı'nın

<sup>201</sup> 1997 TCK Tasarısı m.311 : (1) On beş yaşını bitirmiş olup da henüz on sekiz yaşını doldurmamış olan bir küçüğün rızası ile ırzına geçen kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) On beş yaşını bitirmemiş olan bir çocuğun rızası ile ırzına geçen bir kimseye dört yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Hükmen veya evlenme suretiyle reşit olan veya kılınanlara karşı işlenen fiiller hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.

<sup>202</sup> Dülger, 2000: 103.

<sup>203</sup> Tasarıdaki bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Ünver, 2001: 338-339

<sup>204</sup> 2000 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sancar, 2000: 1-25

düzenlemesi ile aynı idi. Ancak 1997 TCK Tasarısı'ndan farklı olarak 2000 TCK Tasarısı'nda, 15-18 yaş aralığındaki küçüğün rızası ile ırzına tasaddi edilmesi fiilleri suç olarak düzenlenmemiş idi.

#### 1.4.2.3 2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısı (Hükümet Tasarısı)

12.05.2003 tarihinde TBMM' ye sevk edilen tasarı, bazı değişiklikler dışında 2000 TCK Tasarısı'nın aynısı idi<sup>205</sup>.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, tasarının ikinci kitabının "Topluma Karşı Suçlar" başlığını taşıyan ikinci kısmının altıncı bölümünde "Cinsel Bütünlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiş idi<sup>206</sup>. Tasarının 315. maddesinde "Zorla Irza Geçme Suçu", 316.maddesinde "Küçüklerin ve Çocukların Rızası ile Irzına Geçilmesi Suçu", 317. maddesinde " Zorla Irza Tasaddi Suçu" ve 318. maddesinde ise " Çocukların Rızası İle Irzına Tasaddi Suçu " yer almaktaydı.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık gelen fiiller tasarının 316. maddesinin 1. fıkrasına karşılık gelmekte idi. Bu düzenleme 1997 TCK Tasarısı ve 2000 TCK Tasarısı düzenlemeleri ile aynı idi.

#### 1.4.2.4 Adalet Alt Komisyonunda Kabul Edilen Metin

Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen TCK Tasarısı<sup>207</sup>, 1985 yılından 2004 yılına dek üzerinde çalışılan TCK Tasarılarından tamamen farklı bir felsefe kabul etmiş ve 2003 Hükümet Tasarısı üzerinde büyük değişiklikler yapmıştır<sup>208</sup>.

Tasarının hazırlanma sürecinde sistematik yerine oldukça zor karar verilen cinsel suçların "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar" bölümü başlığı altında düzenlenmesiyle birlikte cinsel suçlara karşı olan geleneksel bakış açısı değişmiş, cinsellik bir özgürlük değeri olarak kabul edilmiştir<sup>209</sup>.

Adalet Alt Komisyonu tarafından hazırlanan tasarıda, 765 S. TCK ve önceki tasarılarından farklı olarak cinsel suçlarla ilgili düzenlemelerde "ırza geçme" , "ırza tasaddi" gibi soyut olduğu düşünülen kavramlara yer verilmemiş; bunlar yerine "cinsel saldırı",

<sup>205</sup> İki tasarı arasındaki farklılıklar için bkz. Artuk ve Çınar, 2004: 65-66

<sup>206</sup> Tasarıda cinsel suçların " Kişilere Karşı Suçlar " kısmında yer alması ve bölüm başlığının da sadece "Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar" olarak düzenlenmesi görüşü için bkz. Nuhoğlu, 2004: 609-613

<sup>207</sup> Adalet Alt Komisyonu tarafından hazırlanan bu tasarı, TBMM Genel Kurulu görüşmeleri esnasında bazı değişikliklere uğramış ve 26.09.2004 tarihinde kabul edilerek, 5237 S. Kanun numarası ile 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>208</sup> Uzun yıllar üzerinde çalışılan DÖNMEZER Tasarısı'nın kısa bir süre içerisinde tamamen değiştirilmesi, bu dönemde birçok akademisyen tarafından eleştirilmiştir. Bkz. Artuk ve Çınar, 2004: 67; BAYRAKTAR, 2004: 21-37; Yarsuvat, Bayraktar ve Kocasakal, 2004: 285-319; Tezcan ve Erdem, Mustafa Ruhan, 2004: 327-357.

<sup>209</sup> Aydın, 2004: 108.

"cinsel taciz" gibi daha çağdaş olduğu düşünülen kavramlar kullanılmıştır<sup>210</sup>. Ayrıca tasarıda, kadın-kız ayırımına son verilmiş, evlilik içinde ırza geçme fiilleri suç olarak kabul edilmiş, ırza geçme suçlarında fail ile mağdurun evlenmesi durumunda fail açısından şahsi cezasızlık sebebi öngören hükme ve evlenme vaadiyle kızlık bozma suçuna yer verilmeyerek cinsel suçlar konusunda yeni trendlere uygun düzenlemeler yapılmaya çalışılmıştır<sup>211</sup>.

"Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar", Adalet Alt Komisyonu tarafından hazırlanan tasarının 105-108.maddeleri arasında düzenlenmişti. Tasarının 105. maddesinde "cinsel saldırı", 106. maddesinde "çocukların cinsel istismarı", 107. maddesinde "reşit olmayanla cinsel ilişki", 108. maddesinde ise "cinsel taciz " suçları yer almakta idi.

Tasarının reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenleyen 107. maddesi şu şekilde idi;

*(1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş 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.*

Adalet Alt Komisyonu tarafından yapılan bu düzenleme, büyük ölçüde 5237 S. TCK düzenlemesi ile örtüştüğünden tasarının bu düzenlemesi ile ilgili tartışmalara -özellikle 2. fıkradaki yaş farkı ile ilgili tartışmalara- çalışmamızın ikinci bölümde yer vermeyi uygun bulduk.

## **1.5 5237 S. TCK Açısından Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Benzer Suç Tipleriyle Mukayesesi**

### **1.5.1 Cinsel Saldırı Suçu (m.102) ile Mukayese**

Cinsel saldırı suçu, 5237 S. TCK'nın 102. maddesinde düzenlenmektedir. Cinsel saldırı suçu üzerinde, 18.6.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 S. Kanunun 58. maddesi ile önemli değişiklikler yapılmıştır<sup>212</sup>.

<sup>210</sup> Eraslan: 140.

<sup>211</sup> Aydın, 2004b: 152.

<sup>212</sup> 6545 S. Kanun ile değişik 102. madde şu şekildedir;

*(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.*

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

*(3) Suçun;*

*a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,*  
*b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,*  
*c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,*  
*d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,*

Daha önce de açıkladığımız üzere 765 S. TCK' da yer alan ve ayrı maddelerde düzenlenmiş olan "ırza geçme", "ırza tasaddi" ve "sarkıntılık ( vücuda temas ile işlenen kısmı açısından)" suçları, 5237 S. TCK' nın 102. maddesinde bir araya getirilmiş ve daha geniş kapsamlı olarak, tek bir suç halinde düzenlenmiştir<sup>213</sup>.

Cinsel saldırı suçu ile korunan hukuki değer bireyin cinsel özgürlüğüdür<sup>214</sup>.

Bu suçun faili herkes olabilir. Dolayısıyla failin kadın veya erkek olmasının bir önemi yoktur<sup>215</sup>. Suçun mağduru ise ancak 18 yaşından büyük kişiler olabilir. Nitekim 18 yaşından küçük kişilere rızaları hilafına işlenen cinsel davranışlar, cinsel istismar suçu kapsamında (m.103) cezalandırılmaktadır<sup>216</sup>.

Mağdur bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise eşin bu suçun mağduru olup olamayacağı sorunudur<sup>217</sup>. 765 S. Kanun döneminde kanunda bu yönde açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen ırza geçme suçunun mağdurunun eş olamayacağı kabul edilmekte idi<sup>218</sup>. 5237 S. TCK'nın 102/2. maddesinde ise cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi, mağdurun şikayetine tabi tutulmuş, dolayısıyla nitelikli cinsel saldırı fiillerinin eşe karşı işlenmesi açıkça suç olarak kabul edilmiştir. Buradaki eş kavramından Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde kurulmuş evlilik birliği içerisindeki kişileri anlamak gerekmektedir<sup>219</sup>.

Madde gerekçesinde evlilik birliğinin eşlere karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü getirdiği, ancak cinsel arzuların tatminine yönelik taleplerin tıbbi ve hukuki sınırlar içerisinde kalması gerektiği belirtilmiştir<sup>220</sup>. Gerekçedeki bu açıklamaya göre eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı fiillerinin, tıbbi ve hukuki sınırlar

---

e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

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

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

<sup>213</sup> Yokuş Sevük, 2005: 247; Taner, 2013: 135; Korkusuz, 2013: 820

<sup>214</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2015: 314; Üzülmöz, 2009b: 252; Memiş Kartal, 2013: 94-95.

<sup>215</sup> Soyaslan, 2014b: 236; Akçin, 2006: 101-102.

<sup>216</sup> Üzülmöz: 253; Korkusuz, 2013: 825.

<sup>217</sup> Karşılaştırmalı hukukta evlilik için nitelikli cinsel saldırı fiillerine üç farklı yaklaşım bulunmaktadır. Bazı ülkelerde nitelikli cinsel saldırı suçunun açık bir biçimde evlilik birliği dışında işlenmesi gerektiği düzenlenirken bazı ülkelerde ise fiilin evlilik birliği içerisinde işlenmesi açıkça suç olarak düzenlenmektedir. Bir takım ülkelerde ise kanun koyucu bu konuda sessiz kalmış ve sorunun çözümünü uygulamaya bırakmıştır. Örneğin Alman Ceza Kanununun 177. maddesinin 1. fıkrasının eski halinde "evlilik dışında" bu fiillerin işlenmesi suç olarak kabul edilmişken, 1997 yılında "evlilik dışında" ibaresi kaldırılarak evlilik için nitelikli cinsel saldırı fiilleri suç olarak kabul edilmiştir. Bkz. Artuk ve Yenidünya: 58-61; Dülger, 2006: 551.

<sup>218</sup> Bu dönemdeki görüşler için bkz. "İrza Geçme Suçu ile Mukayese" başlığı.

<sup>219</sup> Koca ve Üzülmöz, dini nikahla ya da nikahsız olarak karı-koca gibi birlikte yaşayan kişilerin de eş olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. Yazarlar bu görüşlerine herhangi bir gerekçe belirtmemişlerdir. KOCA, Mahmut; Üzülmöz, 2015: 284; Aksi yönde bkz. Şen, (<http://www.baroturk.com/sarkintilik-ve-cinsel-saldiri-234yy.htm>). (erişim tarihi: 03.05.2016).

<sup>220</sup> Madde gerekçesi için bkz. Özgenç, 2005: 819.

içerisinde kalması şartıyla suç teşkil etmeyeceği savunulabilecektir. Bu görüşün TCK'nın cinselliği bir özgürlük meselesi olarak kabul eden anlayışı ile bağdaşmayacağını belirtmek gerekir<sup>221</sup>. Gerekçenin bağlayıcı olmadığı ve madde metninde de tıbbi ve hukuki sınırlardan bahsedilmediği göz önünde bulundurulduğunda, eşin rızası bulunmadan eşe karşı işlenen nitelikli cinsel saldırı fiilleri suç teşkil edecektir<sup>222</sup>.

Doktrinde suç tipinin doğası ve tipikliği gereği eşin zaten mağdur olabileceği belirtilmiş ve bu hususun ayrıca düzenlenmesinin gereksiz ve kafa karıştırıcı olduğu ileri sürülmüştür<sup>223</sup>. Gerçekten de 102. maddenin 2. fıkrasında suçun eşe karşı işlenmiş olması hali açıkça belirtilmişken suçun temel şeklinin düzenlendiği 102. maddenin 1. fıkrasında eşe ilişkin özel bir düzenlemenin bulunmaması, sanki suçun temel şeklinin eşe karşı işlenemeyeceği şeklinde bir izlenim uyandırmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre suçun temel şeklinde bu yönde ayrıca bir düzenleme yapılmadığından cinsel saldırı suçunun temel şeklini oluşturan hareketlerin eşe karşı işlenmesi ceza hukukunun müdahalesini gerektirir nitelikte değildir<sup>224</sup>. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise 102/1. maddede düzenlenen suçun temel şekli eşe karşı işlenebilecektir<sup>225</sup>. Kanun koyucunun zaten soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi olan cinsel saldırı suçunun temel şeklinde eşe ilişkin özel bir düzenleme yapmamış olması, bu suçun eşe karşı işlenemeyeceği anlamına gelmemektedir. Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin düzenlendiği 102. maddenin 2. fıkrasında eşe ilişkin özel bir düzenleme yapılmış olması, kural olarak re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçun, eşe karşı işlendiğinde şikayete bağlı olarak soruşturulacağını ve kovuşturulacağını göstermekte olup; suçun yalnızca nitelikli halinin eşe karşı işlenebileceği, temel şeklinin eşe karşı işlenemeyeceği şeklinde yorumlanmamalıdır<sup>226</sup>.

Cinsel saldırı suçunun temel şeklini oluşturan hareket "*cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali*" olarak belirtilmiştir<sup>227</sup>. Bu maddede yer alan "cinsel davranış" ibaresinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir<sup>228</sup>. Cinsel davranış ibaresinden objektif anlamda cinsel hareketlerin mi yoksa sübjektif anlamda cinsel hareketlerin mi anlaşılması

<sup>221</sup> Üzülmez: 256.

<sup>222</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 326.

<sup>223</sup> Ünver, 2008: 297-298; Yokuş Sevük, 102/2. maddeye paralel olarak cinsel saldırının temel şeklinin düzenlendiği 102/1. maddede de suçun eşe karşı işlenebileceğinin düzenlenmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Yokuş Sevük, 2005: 260.

<sup>224</sup> Koca ve Üzülmez: 285; Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 326.

<sup>225</sup> Ünver, 2008: 298; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 315.

<sup>226</sup> Taner, 2013: 89; Dursun, 2014: 65-66.

<sup>227</sup> Soyaslan: 237; Akçin, 2006: 104.

<sup>228</sup> Bu hükmün eleştirisi için bkz. Yarsuvat, Bayraktar ve Kocasakal, 2004: 308.



gerektiği çalışmamızın kapsamını oldukça genişleteceğinden bu hususun detaylarına girmeyeceğiz<sup>229</sup>.

Madde gerekçesine bakıldığında suçun temel şeklinin oluşabilmesi için failin cinsel arzularını tatmin amacına yönelik davranışlarla mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi gerekmektedir<sup>230</sup>. Ancak doktrindeki ağırlıklı görüşe göre madde metninde bulunmayan bir unsurun gerekçe ile madde metnine dahil edilmesi mümkün olmayıp, suçun temel şeklinin oluşabilmesi için failin şehvi hislerini tatmin etme amacıyla hareket etmiş olması aranmamalı, fiilin objektif olarak cinsel nitelikte olması yeterli görülmelidir<sup>231</sup>.

Suçun temel şeklinin oluşması için failin gerçekleştirdiği cinsel davranışın mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için failin mağdura fiziksel temasta bulunması şarttır<sup>232</sup>. Yargıtay'da yerleşik uygulamalarında bedensel temas kriterini aramaktadır<sup>233</sup>. Bu kritere göre bedensel temasın bulunduğu her türlü cinsel davranış cinsel saldırı suçunu, bedensel temasın bulunmadığı cinsel davranışlar da diğer şartların da mevcut olması halinde cinsel taciz suçunu oluşturacaktır<sup>234</sup>. 6545 S. Kanun değişikliği öncesinde bedensel temas olan her türlü cinsel davranışın cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği, ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren cinsel davranışların cinsel taciz suçunu oluşturduğu görüşü<sup>235</sup> mevcut olsa da anılan kanun değişikliği ile 102. maddeye suçun sarkıntılık boyutunda kalması hali -yani fiilin ani-süreksiz-kesintili olması<sup>236</sup>- eklenmiş, dolayısıyla bedensel temas içeren her türlü cinsel davranışın cinsel saldırı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanuni olarak temellendirilmiştir<sup>237</sup>.

<sup>229</sup> Doktrinde bir davranışın cinsel nitelikte olup olmadığı tespit edilirken davranışın objektif olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak fiilin yalnızca objektif olarak değerlendirmesi suç tipinin uygulama alanını oldukça genişleteceğinden, bir davranışın objektif olarak cinsel nitelik taşıdığı tespit edildikten sonra fail ile mağdur arasındaki sübjektif ilişkiye de bakılmalı ve buna göre davranışın cinsel olarak kabul edilip edilmeyeceği tespit edilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Taner, 2013: 92-112; Şimşek, 2015: 312-313

<sup>230</sup> Bkz. Özgenç, 2005: 819.

<sup>231</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 340; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 334; Ünver, 2008: 298; Centel, 2012: 273; Korkusuz, 2013: 832; aksi yönde bkz. Koca ve Üzülmöz: 286; Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2014: 221; Yokuş Sevik, 2005: 252.

<sup>232</sup> Artuk, Gökçen ve Yenidünya: 208; Şişman, 2010: 69; TANER, vücuda temas kriterini kabul etmekle birlikte, hareketin cinsel saldırı suçunu oluşturabilmesi için cinsel özgürlüğü ihlal etmeye elverişli olması gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Taner, 2013: 142-143; Koca ve Üzülmöz: 289. Yazarlar cinsel saldırı suçunun çoğunlukla bedensel temas ile gerçekleştirileceğini belirtmektedirler. Ancak mağdurun cinsel organını zorla açtırıp seyretmek örneğinde bedensel temas bulunmamakla birlikte dolaylı faillik müessesesinden yola çıkarak cinsel saldırı suçunun oluşacağını ileri sürmektedirler.

<sup>233</sup> Tuğrul, 2010: 73; Kafes, 2014: 65.

<sup>234</sup> Bu konuda çeşitli Yargıtay kararları için bkz. Çakıcı Gerçek, 2011: 58-63.

<sup>235</sup> Akçin, 2006: 109.

<sup>236</sup> Sarkıntılık kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üzülmöz, 2002: 1017 vd.

<sup>237</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, eserlerinin 6. Baskısında yoğunluk ve anlam itibarıyla cinsel saldırı boyutuna ulaşmayan ve bedensel temas içeren hareketlerin cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2013: 353. Ancak yazarlar 6545 S.

6545 S. Kanunla 102. maddeye eklenen sarkıntılık kavramı, 765 S. Kanunun 421. maddesinde düzenlenmiş olan sarkıntılık suçu ile bire bir aynı olmayıp, vücut dokunulmazlığını ihlal eden ve fakat ani ve süreksiz cinsel davranışları kapsayıcı niteliktedir<sup>238</sup>. Dolayısı ile 765 S. Kanun döneminde sarkıntılık suçu kapsamında değerlendirilen mağdura cinsel organını göstermek, mağduru takip ederek sırnaşıkça hareketlerde bulunmak gibi fiiller, bedensel temas bulunmadığı için cinsel saldırı suçunu değil, cinsel taciz suçunu oluşturacaktır<sup>239</sup>. 5237 S. TCK bakımından sarkıntılığın cinsel saldırı/istismar suçunun basit halinden önceki aşamayı ifade ettiği söylenebilecektir<sup>240</sup>.

102. maddenin 2. fıkrasında fiilin mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması şeklinde işlenmesi suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiştir. Bu maddenin formülasyonunda, 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundaki gibi "cinsel ilişki" ibaresi kullanılmamış, bunun yerine "vücuda organ veya sair cisim sokma" hipotezi tercih edilmiştir. 102/2. maddede organ veya sair cismin vücudun neresine sokulacağı açıklanmamış; gerekçede ise bu nitelikli halin oluşabilmesi için mağdura vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cisim sokulması gerektiğinden bahsedilmiştir<sup>241</sup>. Ayrıca bu hüküm, 102. maddenin gerekçesindeki "*bu fıkırada tanımlanan nitelikli halin oluşabilmesi için gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir*" ifadesi ile birlikte değerlendirildiğinde, örneğin mağdurun vücuduna iğne sokulması bile nitelikli halin oluşması bakımından yeterli olabilecek niteliktedir<sup>242</sup>. Doktrinde gerekçede yer

---

Kanun değişikliği ile bu tarz hareketlerin de sarkıntılık boyutunda kalan cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2015: 321; Tezcan, Erdem ve Önok, olması gereken hukuk açısından, bedensel temas ile gerçekleştirilen her türlü hareketin cinsel saldırı suçu olarak değerlendirilmesinin yerinde bir düzenleme olmadığı görüşündedir. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 337.

<sup>238</sup> Koca ve Üzülmöz: 300; Şen, (<http://www.baroturk.com/sarkintilik-ve-cinsel-saldiri-234yy.htm>); Şimşek, 2015: 328.

<sup>239</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 338; Doktrinde mağdurun vücuduna dokunmadan kıyafetlerine dokunmanın da (örneğin mağdurun eteğini kaldırmak) sarkıntılık kapsamında kalacağı ileri sürülmektedir. Ancak sarkıntılığın oluşması için elbisenin beden ile zorunlu bir içerisinde bulunması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Şimşek, 2015: 329- 330.

<sup>240</sup> Şimşek, 2015: 331.

<sup>241</sup> Koca ve Üzülmöz'e göre vajinal, anal veya oral bölge dışarısında, örneğin kulak deliğine cisim sokulması sokma fiiline cinsel davranış niteliği kazandırmadığından nitelikli halin oluşması için elverişli bölgeler değildir. Bkz. Koca ve Üzülmöz: 293; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe'ye göre ise vücuda sokulan cisim ile cismin veya organın sokulduğu bölge arasında cinsel bir bağ kurulabiliyorsa suçun nitelikli hali oluşacaktır. Örneğin; failin cinsel organını mağdurun kulağına sokması gibi. Bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 324.

<sup>242</sup> Ünver: 299. Yazar bu bahsedilen durumda suçun, kasten yaralama suçundan ayrımının mümkün olmayacağına dikkat çekmektedir.; Korkusuz, 2013: 826-828. Yazara göre maddenin 1. fıkrasında yer alan "cinsel davranışlarla " ibaresi suçun nitelikli halinin düzenlendiği 2. fıkrası açısından da geçerli kabul edilmeli ve cinsel davranış niteliğinde olmayan fiiller suçun nitelikli halini oluşturmamalıdır. Benzer yönde görüş için bkz. Kafes: 69.

alan ifadelerin madde metninde yer alması gerektiği ileri sürülerek, bu düzenlemenin kanunilik ve belirlilik ilkelerine aykırı olduğu belirtilmiştir<sup>243</sup>.

Cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için mağdura karşı işlenen cinsel davranışların mağdurun rızası hilafına işlenmiş olması gerekmektedir. 102. maddenin tipikliğinde suçun işlenmesinde cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir nedenin bulunmasından bahsedilmemiştir<sup>244</sup>. Her ne kadar bu araç unsurlar, suçun işlenişinde kullanılabilir olsa da bu unsurların cinsel saldırı suçunun gerçekleşmesi için zorunlu olmadığı vurgulanmalıdır<sup>245</sup>.

102. maddenin 3. fıkrasında cinsel saldırı suçunun diğer nitelikli halleri düzenlenmiştir. 6545 S. Kanun ile fıkra yeni nitelikli haller eklenmiştir. Maddenin 5. fıkrasında yer alan, suç sonrasında mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde cezanın artırılacağı öngören düzenleme ilga edilmiştir<sup>246</sup>.

102. maddede düzenlenen cinsel saldırı suçu ile 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, esasen iki noktada birbirinden ayrılmaktadır. İlk olarak cinsel saldırı suçunun mağduru 18 yaşından büyük bir kimse olmak zorunda iken reşit olmayan ile cinsel ilişki suçunun mağduru 15-18 yaş aralığında bir kimse olmalıdır. İkinci husus ise cinsel saldırı suçu mağdurun rızası hilafına işlenebilen bir suç iken reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşabilmesi için 15-18 yaş aralığındaki mağdurun rızası ile onunla cinsel ilişki kurulması gerekmektedir<sup>247</sup>. Ayrıca daha önce de belirttiğimiz gibi cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin düzenlendiği 102. maddenin 2. fıkrasında vücuda organ veya sair bir cisim sokulması hipotezi kullanılmışken, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği 104. maddede "cinsel ilişki" ibaresi kullanılmıştır. Bu iki farklı hipotezin ortaya çıkardığı sonuçları çalışmamızın ikinci bölümünde inceleyeceğiz.

## 1.5.2 Çocukların Cinsel İstismarı Suçu (m.103) ile Mukayese

Çocukların cinsel istismarı suçu TCK' nın 103. maddesinde düzenlenmiş olup, söz konusu suç tipi 6545 S. Kanunla önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır<sup>248</sup>.

<sup>243</sup> Taner, 2013: 153; Yokuş Sevük, 2005: 257.

<sup>244</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 327-328.

<sup>245</sup> Taner, 2013: 117. Yazar bu duruma suçun sürpriz hareketlerle işlenmesi halini (örneğin mağdurun kalçasının hızlıca okşanması) örnek vermektedir. Artuk, Gökçen ve Yenidünya ise bu gibi durumlarda fiilin cehren işlendiğini kabul etmektedirler. Bkz. Artuk, Gökçen ve Yenidünya: 210; Soyaslan: 236.

<sup>246</sup> Söz konusu değişiklikler için bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 328-332.

<sup>247</sup> Şişman, 2010: 138.

<sup>248</sup> 6545 S. Kanun ile değişik 103. madde şu şekildedir;

(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

Maddenin düzenlemesine bakıldığında kanun koyucu, 15 yaşından küçük çocukların cinsel davranışlara karşı gösterdikleri rızaya geçerlilik tanımamış, 15-18 yaş aralığındaki çocukların ise yalnızca cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlara rıza gösterebileceklerini belirtmiştir. Nitekim 15-18 yaş aralığında bulunan çocuk ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunmak 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır.

Çocukların cinsel istismarı suçu ile korunan hukuki değer çocuğun cinsel yönden istismar edilmeme hak ve özgürlüğüdür<sup>249</sup>.

Suçun faili herkes olabilir. Madde metninde failin yaşına ilişkin herhangi bir kısıtlama bulunmadığından fail "çocuk" da olabilecektir<sup>250</sup>. Kanun koyucunun cinsel suçlar açısından 15 yaşından küçük çocukların rızalarına geçerlilik tanımadığı hususu da göz önünde bulundurulduğunda, 15 yaşından küçük iki çocuğun rızalarıyla birbirlerine karşı cinsel davranışlarda bulunması halinde kimin fail, kimin mağdur olacağı hususu tartışmalıdır<sup>251</sup>.

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

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

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

*(3) Suçun;*

*a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,*

*b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,*

*c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,*

*d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,*

*e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

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

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

*(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.*

<sup>249</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 342; Taner, 2013: 269; Memiş Kartal, 2014: 143.

<sup>250</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 362.

<sup>251</sup> Koca ve Üzülmöz, bu durumda faillik ve mağdurduk sıfatlarının aynı kişide birleşmeyeceğini belirterek suç oluşmayacağını ileri sürmektedirler. Bkz. Koca ve Üzülmöz: 311; Taner'e göre bu sorun faillerin isnat yeteneklerinden yola çıkılarak çözülebilecektir. Bu görüşe göre 12 yaşından küçüklerin zaten isnat yetenekleri bulunmamaktadır. 12-15 yaş aralığındaki çocuklar ise cinsel davranışın anti sosyallliğini anlayamayacak durumda olduklarından, bu gruptaki çocukların isnat yeteneklerinin olmadığı kabul edilmelidir. Ancak yazar bu çözümün failin cezalandırılmasını önlese de suçun oluşumunu ve dolayısıyla faile güvenlik tedbiri uygulanmasını önleyemediği için yetersiz olduğunu belirtmekte ve Türk Hukuku'nda da tıpkı İtalya'da olduğu gibi aralarında belirli bir yaştan az fark olan kişilerin birbirlerine karşı cinsel davranışlarda bulunması halinin şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Taner, 2013: 288-294; Memiş Kartal'da kanuna benzer şekilde bir hüküm ilave edilmesi gerektiğini düşünmektedir. Bkz. Memiş Kartal, 2014: 158.

Suçun mağduru ancak bir çocuk olabilir. Fakat çocukların cinsel istismarı suçunu düzenleyen TCK'nın 103. Maddesi, mağdurun yaşı bakımından bir ayrıma gitmiştir. Buna göre;

- 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,
- 15-18 yaş aralığında bulunan çocuklara karşı ise yalnızca cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır.

Cinsel istismar suçu ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun ayrımında sayılan bu iki unsur önem arz etmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki 15 yaşının altında bulunan bir çocuğa karşı işlenen cinsel davranışlar her halükarda cinsel istismar suçunun oluşturacaktır.

15-18 yaş aralığında bulunan çocuklara karşı işlenen cinsel davranışlarda ilk olarak mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçları kavrama yeteneğine sahip olup olmadığı tespit edilmelidir. Eğer mağdur bu yeteneğe sahip değilse işlenen fiil cinsel istismar suçunu oluşturacak; bu yeteneği haiz ise ve cinsel davranış cinsel ilişki boyutuna varmış ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu gündeme gelecektir.

İkinci olarak da 15-18 yaş aralığında bulunan çocuğa karşı gerçekleştirilmiş olan cinsel davranışların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen diğer başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği araştırılacaktır. Eğer ki fail, fiilinde sayılan bu araç unsurları kullanmışsa cinsel istismar suçu; kullanmamışsa ve fiil cinsel ilişki boyutuna varmış ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği 104. maddede fiilin cebir, tehdit ve hile olmaksızın işlenmesinden bahsedilmiş, madde metninde iradeyi etkileyen diğer nedenlere yer verilmemiştir. 103. maddenin açık düzenlemesi gereği olayda mağdurun iradesini etkileyen diğer bir neden varsa cinsel istismar suçu oluşacaktır.

Uygulamada 15-18 yaş aralığındaki çocuk ile cinsel ilişki kurulurken failin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka nedenleri araç unsur olarak kullanılıp kullanmadığının doğru tespit edilmesi oldukça sorunlu bir mevzu olarak karşımıza çıkmaktadır. Cinsel istismar suçu ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun ceza miktarları arasındaki fark da göz önünde bulundurulduğunda, somut olaylarda sayılan bu araç unsurların mevcut olup olmadığının ciddi bir hassasiyetle tespit edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer unsurları çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı olarak inceleyeceğimizden bu kavramların detaylarına burada girmeyeceğiz.

Suçun maddi unsuru çocuğun cinsel yönden istismar edilmesidir<sup>252</sup>. Yukarıda da açıkladığımız üzere cinsel istismar kavramından ne anlaşılacağı 103. maddenin 1. fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde belirtilmiştir. Buna göre cinsel istismardan; *"15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış"* ve *"diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar"* anlaşılacaktır.

Madde metninde "her türlü cinsel davranış" şeklinde muğlak bir ifadenin kullanılmış olması, 15 yaşından küçük çocuğa karşı işlenen ve bedensel temas içermeyen davranışların çocuğun cinsel istismarı suçunu mu yoksa cinsel taciz suçunu mu oluşturacağı hususunda tereddütlere yol açmaktaydı. Doktrindeki bir görüşe göre cinsel istismarın oluşabilmesi için vücut teması şart olmayıp, anılan çocuklara karşı işlenen her türlü cinsel davranış cinsel istismar suçunu oluşturacak idi<sup>253</sup>. Bu görüşe cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenmesi mümkün değildi<sup>254</sup>. Diğer bir görüşe göre ise cinsel istismar suçunun oluşumu için bedensel temas şart olup, bedensel temas içermeyen cinsel davranışlar cinsel taciz suçunu oluşturacaktı<sup>255</sup>.

Kanun koyucu 6545 S. Kanununun 61. maddesi ile cinsel taciz suçunun düzenlendiği 105. maddeye çocukların bu suçun mağduru olabileceklerine dair bir hüküm eklemiş ve bu sayede tartışmalara son vermiştir<sup>256</sup>. Ancak kanaatimizce yine de 103. maddede yer alan "her türlü cinsel davranış" ibaresinin kanunilik ilkesi gereğince somutlaştırılması gerekmektedir.

6545 S. Kanununun 59. maddesi ile 103. maddenin 1. fıkrasına cinsel istismar suçunun sarkıntılık boyutunda kalması hali eklenmiş ve sarkıntılık düzeyinde kalan fiilin failinin de çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlanmıştır.

103. maddenin 2. fıkrasında suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokmak suretiyle işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Ancak söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi

<sup>252</sup> Cinsel istismar kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Memiş Kartal, 2014: 5-111; Ayrıl, 2010: 1-40.

<sup>253</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2013: 332-334; Kaya, 2010: 103-109; Üzülmüş, vücuda temas olmasa da failin cinsel istismar kastıyla hareket ettiği durumlarda cinsel istismarın oluşacağını belirtmekte, ancak çocuğa söz atmanın cinsel istismar kapsamında değerlendirilemeyeceğini ileri sürmekteydi. Bkz. Üzülmüş, 2009a: 31.

<sup>254</sup> Bu dönemde Dülger çocuklara karşı cinsel taciz suçunun işlenemeyeceğini ve çocuklara karşı işlenen her türlü cinsel davranışın çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacağını savunmakla birlikte, cinsel tacizin düzenlendiği 105. maddeye cinsel taciz fiilinin çocuklara karşı işlenmesinin nitelikli hal olarak eklenmesiyle sorunun çözüme kavuşturulabileceğini ileri sürmüştür. Bkz. Dülger, 2010: 41.

<sup>255</sup> Artuk, Gökçen ve Yenidünya: 305; Ünver, 2008: 313; Taner, 2013: 287; Horozgil, 2011: 122-123.

<sup>256</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 378; Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 367.

tarafından 12.11.2015 tarihinde iptal edilmiş ve yürürlüğü bir sene geriye bırakılmıştır<sup>257</sup>. Yüksek Mahkeme iptal kararının gerekçesinde söz konusu hükmün özellikle failin de çocuk olduğu ve fail ile mağdurun fiilden sonra evlenmiş olduğu durumlarda, çocuklar bakımından ikinci bir mağduriyet yaratacak nitelikte olduğuna ve onarıcı adalet kurumu bakımından yetersiz kaldığına işaret etmiş; hükmün yaptırımının (on altı yıldan aşağı olmamak üzere) ölçsüz olduğunu belirtmiştir. Belirtmek gerekir ki kanun koyucunun iptal tarihinden itibaren bir yıllık süre içerisinde yeni bir düzenleme yapmaması halinde daha önce TCK m.103/2'den hüküm altında olanlar bakımından lehe kanun uygulaması gündeme gelecek ve bu kişiler hakkında TCK m.103/2 hükmü yerine TCK m.103/1 hükmü uygulama alanı bulabilecektir<sup>258</sup>. Kanaatimizce kanun koyucu söz konusu sorunun çözümüne ilişkin yakın bir zamanda yeni bir düzenleme yapacaktır.

TCK'nın 103. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında cinsel istismar suçunun diğer nitelikli halleri düzenlenmiş, 6545 S. Kanun ile 3. fıkraya yeni nitelikli haller eklenmiş, daha önce 6. fıkra düzenlenmiş olan "mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması" nitelikli hali ilga edilmiştir.

Bu başlık altında son olarak cinsel istismar suçunun 2. fıkrasında düzenlenen nitelikli hal ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun ceza miktarları ve takip usulleri arasındaki farka dikkat çekmek istiyoruz. 103/2. maddeye göre suçun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde fail on altı yıldan aşağı olmamak üzere cezalandırılacaktır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işleyen fail hakkında ise iki yıldan beş yıla kadar cezaya hükmolunabilecektir. Ayrıca 103/2. maddeye göre soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılacakken, 104. maddenin 1. fıkrasında yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şeklinin işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi şikayete tabi tutulmuştur.

Görüldüğü gibi iki suç tipi arasındaki ceza miktarları ve soruşturma ve kovuşturma usulleri oldukça farklıdır. Bu sebeple yukarıda da açıkladığımız üzere adaletsiz uygulamalara yol açmamak adına, özellikle 15-18 yaş aralığında bulunan bir çocukla cinsel ilişkiye girilmesi durumlarında ilişkinin rızaya dayalı olup olmadığı ve mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek nitelikte olup olmadığı büyük bir hassasiyet ile tespit edilmelidir.

<sup>257</sup> Bkz. AYM., E: 2015/26, K: 2015/100, T: 12.11.2015, R.G Sayısı: 29559.

<sup>258</sup> Söz konusu iptal kararının değerlendirilmesi ve sorunun çözümüne ilişkin öneriler için bkz. Taner, 2016: 221-246.

### 1.5.3 Cinsel Taciz Suçu (m.105) ile Mukayese

Cinsel taciz suçu TCK'nın 105. maddesinde düzenlenmiş olup 6545 S. Kanununun 61. maddesi ile önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır<sup>259</sup>.

Cinsel taciz suçu ile cinsel saldırı boyutuna ulaşmayan ancak kişiyi cinsel yönden rahatsız eden diğer davranışların cezalandırılması amaçlanmış, dolayısı ile kişinin cinsel özgürlüğünün daha geniş bir çerçevede korunmasına olanak sağlanmıştır<sup>260</sup>.

Cinsel taciz suçunun faili ve mağduru herkes olabilir. Yukarıda da açıkladığımız üzere 6545 S. Kanun değişikliği öncesinde çocukların bu suçun mağduru olup olamayacakları tartışmalı idi. 6545 S. Kanun değişikliği ile çocukların cinsel taciz suçunun mağduru olabilecekleri madde metninde açıkça belirtilmiş ve bu tartışmalara son verilmiştir.

Daha önce de açıkladığımız üzere cinsel taciz suçu vücuda temas olmaksızın işlenebilmekte, vücuda temas halinde işlenen cinsel davranışlar mağdurun yaşına göre cinsel saldırı veya cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır<sup>261</sup>.

Suçun maddi unsuru bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etmektir<sup>262</sup>. Cinsel tacizden ne anlaşılması gerektiğine dair madde metninde herhangi bir açıklamaya yer verilmemiş<sup>263</sup>; madde gerekçesinde ise cinsel taciz; kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağduru rahatsız edici nitelikte olan cinsel davranışlar şeklinde tanımlanmıştır<sup>264</sup>. Öğretide hangi davranışların cinsel taciz sayılacağı hususunda

<sup>259</sup> 6545 S. Kanun ile değişik 105. madde şu şekildedir;

(1) *Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

(2) (Değişik: 18/6/2014-6545/61 m.) Suçun;

a) *Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,*  
b) *Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,*  
c) *Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,*  
d) *Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,*  
e) *Teshir suretiyle,*

*işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.*

<sup>260</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 384; Kurt, madde gerekçesinde cinsel tacizin "cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi" olarak tanımlanmasından yola çıkarak bu suçla cinsel dokunulmazlığın yanı sıra kişinin ahlak anlayışı ve utanma duygusunun korunduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Kurt, 2008: 514.

<sup>261</sup> Artuk, Gökçen ve Yenidünya: 251.

<sup>262</sup> Saygılar Kırıt, 2013: 145.

<sup>263</sup> Cinsel Taciz kavramının doktrindeki farklı tanımları için bkz. Taner, 2013: 361-362.

<sup>264</sup> Madde gerekçesi için bkz. Özgenç, 2005: 825; Madde gerekçesinde cinsel tacizin "ahlak temizliği" gibi muğlak ve değişken bir kavrama dayanılarak tanımlanmaya çalışılması doktrinde eleştiriye maruz kalmıştır. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 385; Yokuş Sevük, 2005: 272.



madde metninde her hangi bir açıklama bulunmaması, hükmün kanunilik ilkesini ihlal edebilecek ölçüde geniş yorumlamaya müsait olduğu gerekçesi ile eleştiriye uğramıştır<sup>265</sup>.

Cinsel taciz suçu serbest hareketli bir suç olup, belirli bir mağdur hedef alınarak, sözle, yazıyla, el kol hareketleri ile işlenebilir<sup>266</sup>.

Cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için işlenen fiilin objektif olarak mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal etmeye elverişli olması gerekli ve yeterli olup ayrıca mağdurun rahatsızlık hissi duyup duymadığı aranmayacaktır<sup>267</sup>.

Yine cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için failin cinsel amaçlı olarak hareket etmesi gerekmektedir<sup>268</sup>. Arkadaşlık teklifinde bulunmak, sevgilisinin olup olmadığını sormak gibi davranışlar cinsel amaç taşımadığı için cinsel taciz suçunu oluşturmayacaktır<sup>269</sup>. Failin cinsel amaç gütmeyen mağduru rahatsız etmek ya da mağdura hakaret etmek maksadıyla işlediği davranışlar da cinsel taciz suçunu değil diğer şartların da mevcut olması durumunda kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunu ( TCK m.123) veya hakaret suçunu oluşturacaktır<sup>270</sup>.

105. maddenin 2. fıkrasında cinsel taciz suçunun nitelikli halleri yer almakta olup, söz konusu fıkra 6545 S. Kanun ile büyük ölçüde değişikliğe uğramış, fıkraya suçun "*posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle*" ve "*teşhir suretiyle*" işlenmesi gibi nitelikli haller eklenerek nitelikli hallerin kapsamı genişletilmiştir.

105. maddenin 1. fıkrasında düzenlenmiş olan cinsel taciz suçunun temel şeklinin soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikayetine tabi tutulmuştur. Ancak suçun nitelikli hallerinin düzenlendiği 2. fıkra da şikayet koşuluna ilişkin her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle suçun nitelikli hallerinin re'sen mi yoksa şikayete bağlı olarak mı takip edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Doktrindeki baskın görüşe göre şikayet istisnai

<sup>265</sup> Yokuş Sevik, 2005: 270; Kurt, 2008: 514; Saygılar Kırt, 2013: 145-146; Pamuk, 2013: 1473. Söz konusu hüküm, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmüş, ancak Anayasa Mahkemesi iptal istemini reddetmiştir. Bkz. R.G. Tarihi: 22.06.2010, R.G. Sayısı: 27619, E: 2008/55, K: 2010/41.

<sup>266</sup> Artuk, 2006: 36-37.

<sup>267</sup> Taner, 2013: 365; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 384-385; aksi yönde; Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 386; Kurt, 2008: 518; Yazarlara göre cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için fiilin mağduru rahatsız edici nitelikte olması gerekmektedir.

<sup>268</sup> Artuk, 2006: 39; aksi yönde; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 384

<sup>269</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 386; Yargıtay arkadaşlık teklifinin ısrarlı olması durumunda cinsel taciz suçunun oluşacağına hükmetmektedir. "...suç tarihinden önceki dönemde tanışıp arkadaş olmak istediği on beş yaşındaki mağdureden olumsuz yanıt alan suça sürüklenen çocuğun izleyen dönemde ısrarla mağdureyi takip edip sevdiğini beyanla arkadaşlık teklif etmeyi sürdürmek suretiyle cinsel tacizde bulunmasının ardından..." (Yar.14.CD. E: 2015/2650, K: 2015/10311, T: 6.11.2015). (www.kazanci.com).

<sup>270</sup> Saygılar Kırt, 2013: 150.

bir düzenleme olduğundan ve 105. maddenin 2. fıkrasında açıkça belirtilmediğinden suçun nitelikli hallerinin re'sen soruşturulması ve kovuşturulması gerekir<sup>271</sup>.

## 1.6 Diğer Ülkelerdeki Görünüm

### 1.6.1 Almanya

Cinsel suçlar, Alman Ceza Kanunu'nun "Kişinin Kendi Cinsel Davranışlarını Tayin Hakkına Karşı Suçlar" (Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung) bölümü başlığı altında §174- §184 arasında düzenlenmektedir<sup>272</sup>. Bölüm başlığından da anlaşılacağı üzere bu bölümde düzenlenen suçlar ile bireyin kendi cinsel kaderini serbestçe tayin edebilme hakkı korunmaktadır<sup>273</sup>.

Alman Ceza Kanunu'nda doğrudan reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık gelen bir suç tipi bulunmamaktadır. Alman Ceza Kanunu §176'da çocukların cinsel istismarı suçu düzenlenmiş ve 14 yaşını tamamlamayan bir çocuğa cinsel davranışlarda bulunan kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir<sup>274</sup>. §176a hükmünde ise 18 yaşını tamamlamış olan bir kişinin bir çocukla (14 yaşını tamamlamamış) cinsel ilişkide bulunması veya çocuğun vücuduna bir şey sokulması ile bağlantılı benzer bir cinsel davranışı gerçekleştirmesi halinde cezalandırılacağı düzenlemesi yer almaktadır. §176a hükmünde yer alan düzenleme TCK m.103/2'de düzenlenmiş olan çocukların nitelikli istismarı suçunu karşılar niteliktedir<sup>275</sup>.

§174'de kişinin himayesine verilen çocuğa karşı işlemiş olduğu cinsel istismar eylemleri cezalandırılmış ve çocuk üzerinde nüfuzu bulunan kişiler bakımından cinsel davranışlara rıza yaşı 16 ve 18'e yükseltilmiştir<sup>276</sup>. Buna göre örneğin fail, kendisine öğrenim amacıyla teslim edilen 16 yaşından küçük çocuğa veya kendi altsoyu olan 18 yaşından küçük bir çocuğa cinsel davranışlarda bulunursa cezalandırılacaktır.

Alman Ceza Kanunu §182'de ise "Gençlerin Cinsel İstismarı" (Sexueller Mißbrauch von Jugendlichen) suçu düzenlenmiştir<sup>277</sup>. Bu maddenin 1. fıkrasına göre;

<sup>271</sup> Artuk, 2006: 41; Taner, 2013: 389; Artunç, 2007: 111; Ayrıca belirtmek gerekir ki 105. maddenin 2. fıkrasında değişiklik yapan 5377 S. Kanunun gerekçesinde suçun nitelikli hallerinin re'sen takip edileceği belirtilmiştir. Bkz. Özgenç, 2005: 825; aksi yönde bkz. Kurt, 2008: 524.

<sup>272</sup> Cinsel suçlar daha önceden Alman Ceza Kanunu'nun "Genel Ahlaka Karşı İşlenen Suçlar" bölümü başlığı altında düzenlenmiş olmasına rağmen, bu alanda 1960'lı yıllarda başlayan reform hareketleri sonucunda "Bireyin Kendi Cinsel Davranışlarını Tayin Hakkı" bölümü başlığı altında düzenlenmiştir. Bu dönemde cinsel davranışların genel ahlaki değil bireyin cinsel özgürlüğünü etkilediği ve bu suçların düzenlenmesinde bireyin merkeze alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Eser: 218-220, (<https://www.freidok.uni-freiburg.de/fedora/objects/freidok:3708/datastreams/FILE1/content>). (erişim tarihi: 21.04.2016)

<sup>273</sup> Koç, 2009: 244.

<sup>274</sup> Yenisey ve Plagemann, 2009: 244.

<sup>275</sup> Memiş Kartal, 2014: 104.

<sup>276</sup> Bkz. Yenisey ve Plagemann, 2009: 240-241.

<sup>277</sup> Bu düzenleme Alman Ceza Kanunu'na 1994 yılında yapılan değişiklik ile girmiştir. 1994 yılından önce yalnızca 16 yaşından küçük kız çocuklarının cinsel ilişkiye girmek amacıyla ayartılması fiilleri

18 yaşını tamamlamış olan bir kişi, henüz 16 yaşını tamamlamamış olan bir diğer kişiyi, içinde bulunduğu zor durumu kötüye kullanmak suretiyle<sup>278</sup> veya ivaz karşılığında cinsel yönden istismar ederse beş yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. Yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre 21 yaşını tamamlamış olan bir kişi, 16 yaşını tamamlamamış olan bir kişiyi, cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmamasından faydalanarak cinsel yönden istismar ederse üç yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacaktır. Maddenin 4. fıkrasında ise 1. ve 2. fıkraya giren hallerde kendisine karşı suç işlenen kişinin davranışları göz önünde bulundurulduğunda, fiilin haksızlık içeriğinin az olması durumunda mahkemenin ceza vermektan imtina edebileceği belirtilmiştir. §182'den çıkan sonuca göre bazı istisnai haller dışında bir yetişkin ile bir gencin (14 yaşından büyük) rızaya dayalı cinsel davranışlarda bulunmaları yasaklanmamıştır<sup>279</sup>.

Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Alman Ceza Kanunu'nda cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı kural olarak 14'tür. Ancak Alman kanun koyucusu failin çocuk üzerinde nüfuz sahibi olduğu durumlarda veya gençlerin cinsel davranışlara karşı savunma imkanlarının düşük olduğu durumlarda cinsel davranışlara rıza yaşını -duruma göre- 16 veya 18'e yükseltmiştir. Ayrıca kanun koyucu, gençlerin cinsel istismarı suçunda failin yaşını kanunda açıkça göstererek gençlerin kendi aralarında rızaya dayalı gerçekleştirmiş oldukları cinsel davranışları cezasız bırakmıştır<sup>280</sup>.

## 1.6.2 İtalya

İtalyan Ceza Kanunu'nda da doğrudan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun karşılık gelen bir suç tipi mevcut değildir<sup>281</sup>. İtalyan Ceza Kanunu'nun 609bis maddesi cinsel saldırıya ilişkin genel bir düzenlemedir. Söz konusu madde şu şekildedir<sup>282</sup>;

*“ Her kim, cebir veya tehdit veya otoritenin kötüye kullanılması suretiyle bir başkasını cinsel davranışlar yapmaya veya bunlara katlanmaya zorlarsa 5 yıldan 10 yıla kadar hapis ceza ile cezalandırılacaktır.”*

1) *Fiil sırasında mağdurun fiziksel veya psikolojik zayıflığından yararlanarak,*

---

cezalandırılmaktaydı. 1994 yılında yapılan değişiklik ile cinsiyete dayalı bu ayırım kaldırılmıştır. Bkz. Hörnle, 2000: 664.

<sup>278</sup> Mağdurun içinde bulunduğu zor duruma uyuşturucu bağımlılığı, evsizlik, mağdurun evden kaçmış olması gibi durumlar örnek olarak verilebilir. Ancak örneğin failin çocuğun cinsel merakını uyandırıcı hareketlerde bulunmak suretiyle çonunla cinsel ilişkiye girmiş olması halinde çocuğun içinde bulunduğu zor durumdan bahsedilemeyecektir. Bkz. Laubenthal, 2012: 681-683.

<sup>279</sup> Hörnle, 2000: 664-665.

<sup>280</sup> Laubenthal, kn.671.

<sup>281</sup> Taner, 2013: 293.

<sup>282</sup> Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Memiş Kartal, 2014: 98-99.

2) Failin kendisi yerine başka bir kişiymiş gibi mağduru aldatarak bir başkasını cinsel davranışlar yapmaya veya bunlara katlanmaya sürükleyen kişi de aynı ceza ile cezalandırılır.

*Fiilin hafifliği halinde ceza üçte ikisine kadar indirilir.*

Bahsedilen maddenin devamı olan 609ter maddesi ise suçun çocuklara karşı işlenmesi halini nitelikli hal olarak düzenlemektedir. Bu hükmün ilgili kısımları ise şu şekildedir;

*609bis maddesindeki fiiller,*

- 1) 14 yaşını bitirmemiş kişilere karşı,
- 5) 16 yaşını bitirmemiş kişilere karşı olup da üst soy, ebeveyn, evlat edinen veya vasi tarafından işlendiğinde hapis cezası 6 yıldan 12 yıla kadardır.

*Fiil, 10 yaşını bitirmemiş kişilere karşı işlenmiş ise ceza 7 yıldan 14 yıla kadardır.*

İtalyan Ceza Kanunu'nun çocuklara karşı işlenen cinsel davranışlara ilişkin bir diğer hükmü ise 609quarter maddesidir. Söz konusu madde şu şekildedir<sup>283</sup>;

*“Her kim 609bis maddesinde öngörülen haller dışında*

- 1) *Fiil anında 14 yaşını bitirmemiş kişiyle*
- 2) *Üstsoy, ebeveyn, evlat edinen veya onunla birlikte yaşayan kişi, vasi veya bakım, terbiye, eğitim, gözetim veya nezaret nedeniyle küçüğün bırakıldığı başka bir kişi veya bu kişiyle birlikte yaşayan kişi olup da, 16 yaşını bitirmemiş kişiyle*

*Cinsel davranışlarda bulunursa 609bis maddesinde belirlenen cezayla cezalandırılır.*

*609bis maddesinde öngörülen haller dışında, üstsoy, ebeveyn, evlat edinen veya onunla birlikte yaşayan kişi, vasi veya bakım, terbiye, eğitim, gözetim veya nezaret nedeniyle küçüğün bırakıldığı başka bir kişi veya bu kişiyle birlikte yaşayan kişi pozisyonuna ilişkin yetkilerini kötüye kullanarak 16 yaşını bitirmiş küçükle cinsel davranışlarda bulunursa 3 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.*

*609bis maddesinde öngörülen haller dışında 13 yaşını bitirmiş bir küçükle cinsel davranışlarda bulunan küçük, aralarındaki yaş farkı üçü aşmıyorsa cezalandırılmaz.*

*Fiilin hafifliği halinde ceza üçte ikiye kadar indirilir.*

*Mağdur 10 yaşını bitirmemiş ise 609ter maddesinin ikinci fıkrası uygulanır.*

609quarter maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için 609ter maddesinden farklı olarak mağdur çocuğun iradesini etkileyecek bir baskı unsuru bulunmamalıdır<sup>284</sup>. Buna göre örneğin 14 yaşını tamamlamamış olan bir çocukla cebir veya tehdit ile cinsel ilişkiye girilmesi

<sup>283</sup> Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Memiş Kartal, 2014: 99-100.

<sup>284</sup> Taner, 2013: 272, dn. 42.

halinde 609ter; cebir ya da tehdit olmaksızın çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girilmesi halinde 609quarter hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere İtalya’da da kural olarak cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı 14 olarak belirlenmiş; failin mağdur üzerinde nüfuz sahibi olması durumunda rıza yaşı 16’ya yükseltilmiştir<sup>285</sup>. 10 yaşından küçük mağdurlar bakımından cezanın artırılması öngörülmüştür. Ayrıca mağdurun 13 yaşını doldurmuş olması durumunda fail ile mağdur arasında 3 yaştan az fark var ise ve eylem rıza ile gerçekleştirilmiş ise fail cezalandırılmayacaktır.

### 1.6.3 Fransa

Fransız Ceza Kanunu’nda cinsel suçların bir kısmı “Cinsel Saldırıları” başlığı altında (Fr.CK. 222-22 ila 222-31-1) bir kısmı da “Küçüklere ve Aileye Karşı Suçları” bölümü başlığı altında (Fr.CK. 227-25 ila 227-27) düzenlenmektedir. Cinsel saldırılar başlığı altında düzenlenen suçlar bakımından cebir, tehdit ve hile suçun unsurları olarak kabul edilmiş; bu suçların çocuklara karşı işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiştir<sup>286</sup>.

Cinsel davranışların cebir, tehdit ve sürpriz hareketler olmaksızın küçük çocuklara karşı işlenmiş olması ise Fransız Ceza Kanunu’nun 227-25 ve 227-27. maddelerinde düzenlenmiştir.

227-25. maddeye göre yetişkin bir kişi, şiddet, baskı, korkutma veya hile olmaksızın 15 yaşını doldurmamış olan bir çocuğa karşı cinsel davranışlarda bulunursa cezalandırılacaktır<sup>287</sup>. Bu düzenleme TCK’nın 103. maddesinde yer alan çocukların cinsel istismarı suçuna karşılık gelmektedir. Zira her iki madde de 15 yaşından küçük olan çocukların cinsel davranışlara karşı göstermiş oldukları rızaya değer atfetmemiştir.

Kanunun 227-27. maddesinde ise cinsel davranışın 15 yaşını doldurmuş olan çocuğa karşı, üst soy veya çocuk üzerinde nüfuz sahibi olan bir kimse tarafından, şiddet, baskı, korkutma veya sürpriz hareketler olmaksızın işlenmesi yaptırım altına alınmaktadır<sup>288</sup>.

Görüldüğü gibi Fransız Ceza Hukuku’nda kural olarak cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı 15’tir. Ancak kanun koyucu failin mağdur üzerinde nüfuz sahibi olduğu

<sup>285</sup> Taner, 2013: 272, dn. 41.

<sup>286</sup> Memiş Kartal, 2014: 92.

<sup>287</sup> Maddenin İngilizce metni için bkz. (<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>) (erişim tarihi: 23.4.2016).

<sup>288</sup> Maddenin İngilizce metni için bkz. ([http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=342991](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=342991)). (erişim tarihi: 23.4.2016); Maddenin önceki halinde mağdurun 15 yaşını doldurmuş ve fakat evlilikle reşit olmamış bir kişi olması gerektiği belirtilmekteydi. Ancak 2013 yılında evlilikle reşit olmamış olmak şartı madde metninden kaldırılmıştır. Böylece 15 yaşını tamamlamış olan çocuk evlilik ile reşit olsa dahi bu suçun mağduru olabilecektir. Bkz. Memiş Kartal, 2014: 94.

durumlarda rıza yaşını yükseltmiştir. Dolayısıyla Fransa'da da doğrudan reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık gelen bir suç tipi mevcut değildir.

#### 1.6.4 İngiltere

İngiltere'de cinsel suçlar 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu'nda (Sexual Offences Act 2003) ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Söz konusu kanun 3 bölüm ve 142 maddeden oluşmaktadır<sup>289</sup>. Kanunun 1. maddesinde tecavüz<sup>290</sup>, 2. maddesinde duhül yoluyla cinsel saldırı, 3. maddesinde ise dokunma yoluyla cinsel saldırı suçları düzenlenmektedir. Kanunun 5. ve 29. maddeleri arasında çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel suçlar oldukça ayrıntılı bir biçime düzenlenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki Cinsel Suçlar Kanunu'nda doğrudan reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık gelen bir düzenleme yer almamaktadır. Biz mezkur kanunun çocuklara ilişkin hükümlerinin detaylarına girmeden yalnızca cinsel ilişkiye rıza yaşını tespit etmekle yetineceğiz.

Kanun'un 5 ila 8. maddeleri arasında 13 yaşından küçüklere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar ağır bir şekilde cezalandırılmaktadır<sup>291</sup>. Kanun'un 9 ila 15. maddeleri arasında ise 18 yaşını doldurmuş olan bir kişinin 16 yaşını ve 13 yaşını doldurmamış olan çocuklara karşı gerçekleştirdiği cinsel davranışlar yaptırım altına alınmış ve ceza miktarları bir önceki gruba göre daha az olarak belirlenmiştir<sup>292</sup>. 16 ila 24. maddeler arasında fail ile mağdurun arasında güven ilişkisinin bulunduğu durumlarda gerçekleştirilen cinsel davranışlar cezalandırılmış ve rıza yaşı 18'e yükseltilmiştir. Son olarak da 25. ve 29. maddeler arasında aile içi cinsel ilişkiler yaptırım altına alınmış ve yine yaş sınırı 18'e yükseltilmiştir.

Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere İngiltere'de cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı kural olarak 16'dır. 16 yaşından küçük olan çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel davranış, mağdurun rızası olsa da davranışın niteliğine ve mağdurun yaşına göre (13 yaşından büyük olup olmamasına göre) cezalandırılacaktır<sup>293</sup>. Kanun, failin mağdur üzerinde nüfuz sahibi olduğu durumlarda rıza yaşını 18'e yükseltmiştir.

<sup>289</sup> Kanun metni için bkz. (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>). (erişim tarihi: 23.4.2016).

<sup>290</sup> Kanun'un 1. maddesine göre tecavüz suçunun oluşabilmesi için erkeğin penisini bir başka kişinin vajinasına, anüsüne ya da ağzına sokması gerekmektedir. Buna göre Cinsel Suçlar Kanunu'na göre ırza geçme suçunun faili yalnızca erkekler olabilmektedir. Kadınların gerçekleştirdikleri cinsel davranışlar diğer maddeler kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. Elliott ve Quinn, 2008: 162.

<sup>291</sup> 5. maddede failin 13 yaşından küçük çocuğun vajinasına, anüsüne veya ağzına penis sokması; 6. maddede aynı bölgelere failin vücudunun başka bir bölümünü veya sair bir cismi sokması; 7. maddede duhul olmaksızın 13 yaşından küçük çocuğun vücuduna dokunulması; 8. maddede ise 13 yaşından küçük çocukların cinsel faaliyette bulunmasına sebep olunması cezalandırılmaktadır.

<sup>292</sup> Memiş Kartal, 2014: 108.

<sup>293</sup> Molan, 2008: 354.

Ayrıca belirtmek gerekir ki Kanunun 13. maddesi uyarınca 18 yaşından küçük bir kimsenin aynı kanunun 9 ila 12. maddeleri arasında yer alan suçları işlemesi halinde cezası 18 yaşını tamamlamış olan bir kimseye göre indirilerek verilecektir<sup>294</sup>. Kanunun bu düzenlemesi gereğince iki küçüğün rızaları dahilinde birbirleriyle cinsel ilişkide bulunmaları cezalandırılabilir hale gelmiştir<sup>295</sup>.

### 1.6.5 İspanya

Cinsel suçlar İspanyol Ceza Kanunu'nun (1995) 8. Kısımında "Cinsel Özgürlüğe ve Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir<sup>296</sup>. Kanunun 178-180. maddeleri arasında cinsel saldırı (şiddet ve korkutma ile) suçu, 181-183. maddeleri arasında cinsel istismar suçu (şiddet, korkutma ve geçerli bir rıza olmaksızın)<sup>297</sup> ve 184. maddesinde ise cinsel taciz suçu düzenlenmiştir<sup>298</sup>. Yine öncelikle belirtmek gerekir ki İspanyol Ceza Kanunu'nda da doğrudan reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık gelen bir suç tipi bulunmamaktadır.

İspanyol Ceza Kanunu çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışları iki farklı gruba ayırarak düzenlemiştir. Kanunun 183. maddesine göre 13 yaşının altında bulunan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturmaktadır. Aynı maddede suçun şiddet ve korkutma yoluyla işlenmesi ve suçun vajinal, anal veya oral yoldan organ ya da sair cisim sokulması yoluyla işlenmesi nitelikli haller olarak düzenlenmiştir.

<sup>294</sup> 13 - *Child sex offences committed by children or young persons*

(1) *A person under 18 commits an offence if he does anything which would be an offence under any of sections 9 to 12 if he were aged 18.*

(2) *A person guilty of an offence under this section is liable—*

(a) *on summary conviction, to imprisonment for a term not exceeding 6 months or a fine not exceeding the statutory maximum or both;*

(b) *on conviction on indictment, to imprisonment for a term not exceeding 5 years.*

<sup>295</sup> Khan, 2004: 220-221. Kanunda karşılığı olmamasına rağmen -uygulamada- böyle bir durumda küçüklerin suçlanıp suçlanmayacağına savcının takdir yetkisinde olduğu ve savcılarında bu değerlendirmeyi ilgili kanunun (Code For Crown Prosecutors) genel prensiplerine göre yapacağı belirtilmektedir. Bkz. Khan, 2000: 221, dn.9.

<sup>296</sup> Kanunun İngilizce metni için bkz. (<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>). (erişim tarihi: 25.4.2016).

<sup>297</sup> İspanyol Ceza Kanunu'nda Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak eylemin cebir, tehdit ve geçerli bir rıza bulunmaksızın işlenmesi hali -mağdur yetişkin dahi olsa- cinsel saldırı değil istismar olarak adlandırılmıştır. 13 yaşından küçük çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismar eylemleri ise ayrı bir maddede (m.183) düzenlenmiştir. Cinsel istismar suçunu düzenleyen 181.madde şu şekildedir;

*“ Her kim cebir, tehdit ve geçerli bir rıza olmaksızın bir başkasının cinsel özgürlüğüne ve dokunulmazlığına karşı suç işlerse cinsel istismar suçundan sorumlu olur ve 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezası 18 aydan 24 aya kadar para cezası ile cezalandırılır.”*

<sup>298</sup> Doktrinde 5237 S. TCK'nın cinsel suçlar kısmının düzenlenmesinde, İspanyol Ceza Kanunu'nda öngörülen bu ayırmadan esinlendiği ileri sürülmüştür. Bkz. Artuk, 2004: 151; İspanyol Ceza Kanunu'nun cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerinin bir bütün halinde TCK'ya alınmadığı görüşü için ayrıca bkz. Taner, 2013: 60-61.

Kanunun 182. maddesi ise 13-16 yaş aralığında bulunan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışları düzenlemektedir. Bu maddeye göre 13-16 yaş aralığında bulunan bir çocuğa hile ile cinsel davranışlarda bulunan kişiler cezalandırılacaktır. Maddenin 2. fıkrasında ise yine suçun vajinal, anal veya oral yoldan organ ya da sair cisim sokulması yoluyla işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi İspanya'da cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı kural olarak 13'tür ve cinsel davranışın hile ile gerçekleştirilmesi durumunda yaş sınırı 16'ya yükseltilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir failin mağdur üzerindeki nüfuzunu kullanarak cinsel davranışı gerçekleştirmiş olması da istismar suçu (m.181/3) olarak kabul edilmektedir.

### 1.6.6 Kanada

Cinsel suçlar, Kanada Ceza Kanunu'nun 150. maddesi ve devamında düzenlenmiştir. Kanada Ceza Kanunu'nda yüz yılı aşkın bir süredir cinsel davranışlara rıza yaşı 14 olmasına rağmen, erken ergenlik çağında bulunan çocukların geç ergenlik çağındaki çocuklara göre daha fazla risk altında olduğu ve cinsel davranışlara gösterdikleri rızanın anlam ve sonuçlarını tam olarak kavrayamadıkları gerekçe gösterilerek, 2008 yılında yapılan bir değişiklik ile cinsel davranışlara rıza yaşı 14'den 16'ya yükseltilmiştir<sup>299</sup>.

Kanunun 150. maddesinde yapılan düzenlemeye göre 12-13 yaşında bulunan çocukların rızalarıyla kendisinden 2 yaştan daha fazla büyük olmayan bir kimseyle cinsel davranışlarda bulunması; 14-15 yaşında bulunan çocukların ise rızalarıyla kendisinden 5 yaştan daha fazla büyük olmayan bir kimseyle cinsel davranışlarda bulunması cezalandırılmayacaktır<sup>300</sup>. Ayrıca m.150/2.1'e göre 14-15 yaşında bir çocukla rızasıyla cinsel davranışta bulunan bir kimse daha sonradan bu çocukla evlenmiş ise cezalandırılmayacaktır.

Kanada Ceza Kanunu'nun dikkat çeken bir diğer maddesi ise 159. maddedir. Söz konusu maddede anal yoldan cinsel ilişkiye girme eylemleri ayrı bir suç olarak düzenlenmiş ve anal ilişkiler bakımından rıza yaşı 18'e yükseltilmiştir<sup>301</sup>. Maddenin ikinci fıkrasında karı-koca arasında rızaya dayalı gerçekleşen anal ilişkilerin ve 18 yaşından büyük iki kişi arasında

<sup>299</sup> Miller, Cox ve Saewyc: 106.

<sup>300</sup> Maddenin İngilizce metni için bkz. (<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>). (erişim tarihi: 29.4.2016)

<sup>301</sup> (*Anal intercourse*) 159. (1) *Every person who engages in an act of anal intercourse is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable on summary conviction.*

(*Exception*) (2) *Subsection (1) does not apply to any act engaged in, in private, between*

(a) *husband and wife, or*

(b) *any two persons, each of whom is eighteen years of age or more, both of whom consent to the act.*

Maddenin İngilizce metni için bkz. (<http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>). (erişim tarihi: 29.4.2016).



rızaya dayalı gerçekleşen anal ilişkilerin cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Bahsedilen hüküm cinsel davranışlar ile anal ilişkiler bakımından farklılık yarattığı için bu yönüyle TCK'da düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçuyla benzerlik göstermektedir.

## İKİNCİ BÖLÜM

### REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

#### 2.1 Suç Tipi Hakkında Genel Bilgiler

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar 765 S. TCK'da “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş iken 5237 S. TCK'da yeni trende uygun olarak “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Böylece cinsellik bir genel ahlak sorunu olmaktan ziyade bir özgürlük problemi olarak kabul edilmiştir<sup>302</sup>.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu da TCK'nın 104. maddesinde “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” bölümü başlığı altında düzenlenmiştir. 6545 S. Kanunun 60. maddesi ile söz konusu suç tipi üzerinde değişiklikler yapılmış<sup>303</sup>; suçun temel cezasında artırıma gidilirken, maddenin 2. ve 3. fıkrasına yeni nitelikli haller eklenmiştir. 104. maddenin 6545 S. Kanun ile değişik son hali şu şekildedir;

#### ***Reşit olmayanla cinsel ilişki***

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

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

(3) (***Ek: 18/6/2014-6545/60 m.***) *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 ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.*

Maddenin 2005 yılında yürürlüğe giren ilk halinde yer alan 2. fıkrası, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Söz konusu düzenlemeye fail başlığı altında değinilecektir.

<sup>302</sup> 765 S. TCK döneminde doktrinde bir çok yazar cinsel suçların bir genel ahlak problemi değil bireysel özgürlük problemi olduğunu ve dolayısıyla bu suçların “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Yarsuvat, 1977: 678-679; Ünver, 2001: 294-295; Nuhoglu, 2004: 609-613; Dülger: 232-233.

<sup>303</sup> Maddenin değişikliğe uğramadan önceki hali şu şekildedir;

Madde 104:

(1) *Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(2) (***İptal: AYM'nin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile***)

Çalışmamızın konusunu oluşturan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kanuni düzenlemesi itibarı ile birçok sorunu bünyesinde barındırmaktadır.

Öncelikle rızaya dayalı bir suç tipi olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bizatihi kendisinin varlığı tartışılmalıdır<sup>304</sup>.

5237 S. TCK'nın hazırlanması sürecinde TBMM'de grubu bulunan iki siyasi partinin ortak iradesiyle 15 yaşını tamamlamış olan çocukların aslında cinsel farkındalık dönemine girmiş olmalarına rağmen kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması ve cinsel ilişkinin bireysel ve toplumsal sonuçlarını yeterince kavrayamayacak düzeyde olmaları farz edilerek bu çocuklarla cinsel ilişkide bulunmak suç olarak ihdas edilmiştir<sup>305</sup>.

Tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler<sup>306</sup> ve Anayasa'mızın 41. maddesi gereğince devlet cinsel istismara karşı çocukları koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Elbette ki devlet söz konusu tedbirleri alırken ceza hukuku enstrümanını kullanabilecek ve çocuğun korunması amacıyla gerekli olan suç tiplerini ihdas edebilecektir. Ancak devlet bu yükümlülüğünü yerine getirirken çocuğun sağlıklı cinsel gelişiminin sağlanması ile cinsel yaşamı üzerinde özgürce tasarruf edebilme hakkı arasında bir denge sağlamalıdır. Dolayısıyla cinsel gelişimini tamamlamış ve cinsel erginlik yaşına gelmiş olan çocuğun kendi cinselliği üzerinde özgürce tasarruf edebilmesi gerekmektedir.

Birçok gelişmiş ülkede bu tarz fiillere karşılık gelen bir suç bulunmamakta ve cinsel farkındalık dönemine giren çocukların cinsel ilişkiye verdikleri rızaya geçerlilik tanınmaktadır. Örneğin Almanya, Avusturya ve İtalya'da bazı istisnai haller dışında cinsel ilişkiye rıza gösterme yaşı 14; Danimarka, Fransa ve İsveç'te 15 olarak tespit edilmiştir<sup>307</sup>.

Cinsel farkındalık döneminde bulunan 15-18 yaş aralığındaki kişilerin her türlü cinsel davranışa karşı gösterdikleri rıza geçerli kabul edilirken cinsel ilişki boyutuna varmış olan davranışlara karşı gösterdikleri rızanın kabul edilmemesi cinselliği bir ahlak sorunu değil bir özgürlük sorunu olarak kabul eden günümüz modern ceza hukuku anlayışı ile bağdaşmamaktadır<sup>308</sup>.

<sup>304</sup> Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cinsel İstismar Kliğini tarafından hazırlanmış olan cinsel suçlarla ilgili öneri kanun metninde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuyla korunan hukuki bir menfaatin olmadığı gerekçe gösterilerek, böyle bir suç tipine yer verilmemiştir. Bkz. "Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cinsel İstismar Kliniği Öğrencileri Tarafından Hazırlanan TCK'nın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" ve "Aile Düzenine Karşı Suçlar" Bölümleri Hakkında Kanun Taslağı, in: TBBD., (122), Yıl: 2016, (Çalışma Koordinatörü: Fahri Gökçen Taner): 439-458.

<sup>305</sup> Özgenç, 2005: 823-824.

<sup>306</sup> Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 19. ve 39. maddeleri ve Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesinin 18. maddesi yasal yaşa ulaşmamış çocukların cinsel istismara karşı korunmalarını düzenlemektedir. Uluslararası Sözleşmelerde çocuğun cinsel yönden korunmasına dair ayrıntılı bilgi için bkz. Memiş Kartal, 2014: 69-90; Savaşçı, 2013: 39-44.

<sup>307</sup> Dönmezer, 2008: 270.

<sup>308</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 323; Taner, 2013: 70-71; aksi yönde bkz. Aydın, 2014: 87.

Nitekim Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre 17 yaşında ve olağanüstü durumlarda 16 yaşında evlenmesi mümkün olan bireyin eşiyle cinsel ilişki yaşaması mümkün olmasına rağmen, aynı yaşta ve aynı cinsel gelişmişlik düzeyinde bulunan ve fakat evli olmayan bireyin kendi cinselliği üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesinin kanun koyucu tarafından neden kısıtlandığı anlaşılamamaktadır<sup>309</sup>.

Yeri gelmişken ifade etmek gerekir ki bugün suç olarak varlığı bile tartışılan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun cezasının 2014 yılında 6545 S. Kanun ile artırılması yerinde olmamıştır.

Maddenin düzenlemesine bakıldığında cinsel ilişki kavramından ne anlaşılacağı, evlenme veya diğer kanuni yollarla reşit olmuş kişilerin suçun mağduru olup olmayacağı, 15-18 yaş aralığında bulunan iki çocuğun rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde kimin fail, kimin mağdur olacağı, şikayet hakkının mağdura mı yoksa velisi veya vasisine mi ait olacağı kesin olarak tespit edilememektedir<sup>310</sup>.

Nitekim TCK'nın 104. maddesi, madde metninden failin ve mağdurun kim olduğunun tam olarak anlaşılamadığı, şikayet hakkının kime ait olduğunun belirlenemediği, rıza açıklamaya ehil olan ve fiilden önce rızasını açıklayan kişinin TCK'nın 26/2 hükmü gereğince mağdur kabul edilemeyeceği ve anılan sebeplerden dolayı söz konusu hükmün Anayasa'nın kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülerek Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmiştir<sup>311</sup>.

Anayasa Mahkemesi, izlenen suç ve ceza siyaseti gereğince kanun koyucunun hangi eylemlerin suç teşkil edeceğini ve bunların kovuşturma usulünün nasıl olacağını belirlemede takdir yetkisi bulunduğunu, düzenlemenin mevcut haline bakarak mağdurun kim olduğunu ve şikayet hakkının kime ait olduğunu belirlemenin mümkün olduğunu belirterek söz konusu

<sup>309</sup> Erem, TCK Şerhi -Özel Hükümler-, s.1862; Yarsuvat, 1977: 661; Toroslu, 2007: 67; Yokuş Sevik, 2005: 294.

<sup>310</sup> Adalet komisyonu görüşmeleri esnasında Sözüer tarafından madde üzerindeki sorunlar dile getirilmiş; cebir, tehdit ve hile olmadan - cinsel istismar halleri dışında- suçun oluşamayacağı ve faili belli olmayan bir suç düzenlenemeyeceği ileri sürülerek maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilmiştir. Ancak Sözüer'in bu uyarıları komisyon tarafından dikkate alınmamıştır. Adalet Komisyonu görüşme tutanakları için bkz. Güney, Özdemir ve Balo, 2004: 349.

<sup>311</sup> "...Bu açıklamalar ışığında; kanun koyucunun hangi hareketin suç teşkil edeceği ve ne gibi cezai yaptırıma bağlanacağını belirleme yetkisinin olduğu tartışmasızdır. Ancak, ceza normları anlaşılır olmalı, suçun unsurları açıkça ifade edilmelidir. Çelişkili düzenlemeler suçun kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği gibi kişiler eylemlerinin bir suç teşkil edip etmediğini bilemeyeceklerdir. Bu nedenle 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesindeki düzenlemede; şikayet hakkının kime ait olup olmadığına açıkça belirlenememesi, reşit olmayan, rıza açıklamaya ehil olan, fiilden önce rızasını açıklayan kişinin TCK 26/2 maddesine göre mağdur sayılmayacağı, reşit olmayan 15 yaşını bitirmiş iki çocuk arasındaki ilişkinin yaptırıma bağlanmış olup olmadığına anlaşılamaması, bu madde ile yaptırıma bağlandığının kabulü halinde suçun mağduru kim, sanığının kim olduğunun nasıl belirleneceği madde metninden anlaşılmamaktadır. Bu düzenlemenin Anayasamızın 38/1. maddesine aykırı olduğu düşüncesiyle T.C. Anayasası'nın 152/1. maddesi gereğince bu kanun hükmünün itiraz yolu ile iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmak gerektiği kanaatine varılmıştır."

hükümün kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmediğine karar vermiş ve iptal istemini reddetmiştir<sup>312</sup>. Ayrıca yüksek mahkeme kararında, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ilgilinin rızasının TCK m 103'de düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçundan farklı olarak suçun bir unsuru olduğunu, ilgilinin rızasının yalnızca hukukten tanınan sınırlar çerçevesinde hukuka uygunluk sebebi teşkil edeceğini, kanun koyucunun 15 yaşından büyük çocukların cinsel ilişkiye karşı gösterdikleri rızaya hukukten geçerlilik tanımadığını ve dolayısı ile bu rızanın hukuka uygunluk sebebi teşkil etmeyeceğini de vurgulamıştır.

Burada öncelikle bu suç tipi açısından rızanın tipikliğin bir unsuru mu olduğu yoksa bir hukuka uygunluk sebebi mi teşkil ettiği tartışmalarına girmeden belirtmek isteriz ki Anayasa Mahkemesi'nin de kararında vurguladığı üzere rızanın hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilmesi için kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkın söz konusu olması ve kişinin bu hakla ilgili rıza açıklamaya ehil olması gerekmektedir<sup>313</sup>. Kanun koyucu 15 yaşından büyük çocukların cinsel ilişki boyutuna varan davranışlara karşı gösterdikleri rızaya hukukten geçerlilik tanımamıştır. Dolayısıyla bu yaş grubundaki çocukların cinsel ilişki boyutuna varan davranışlar açısından üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hak mevcut değildir. Esasen mağdurun bu fiillere rızasının olması, bu suç tipi açısından bir hukuka uygunluk sebebi olmayıp, söz konusu fiillerin TCK m. 103 kapsamında mı yoksa TCK m.104 kapsamında mı değerlendirileceğini belirleyen bir unsurdur. Kanaatimizce bu suç tipinde rızanın (cebir, tehdit ve hilenin olmayışı) bir unsur olarak belirtilmesi Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemektedir. Ancak bu durum -eğer böyle bir suç tipinin varlığına ihtiyaç duyuluyorsa- kanun yapma tekniği açısından göz önünde bulundurulabilir.

Anayasa Mahkemesi kararında mağdurun kim olduğu hususunda yüzeysel açıklamalarda bulunarak ve şikayet hakkının kime ait olduğu konusunu cevapsız bırakarak maddenin mevcut halinin belirsizlik içermediğine hükmetmiş ve söz konusu maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında

<sup>312</sup> AYM, E: 2006/17, K: 2009/33, R.G. Tarihi: 26.2.2009, R.G. Sayısı: 27246 ( www.kazanci.com).

*"...İtiraz konusu kurala göre suç sayılan fiilin "cebir, şiddet ve hile olmaksızın", bir başka ifadeyle mağdurun rızasıyla işlenmesi gerekmektedir. Bundan, belli yaş grubuna dahil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile on beş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda sözü edilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu'nun evlenme ve velayete ilişkin hükümlerinin bu yaş grubu çocuklar açısından değerlendirilmesi de varılan bu sonucu desteklemektedir. Aynı sonuç mağdurun kim olduğuyla şikayet hakkının kime ait bulunduğu dair iddialar açısından da geçerlidir. Düzenlemenin bu haliyle belirsizlik içermediği, sayılan hususların ilgili mevzuat hükümleriyle somut olayın özelliklerine göre yargı organları tarafından çözülebilmeye elverişli olduğu anlaşılmalı, kuralın Anayasanın 38. maddesine aykırı bir yönü de görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir."*

<sup>313</sup> Koca ve Üzülmöz, 2015: 278-281; Çocuğun Rıza açıklama ehliyeti için ayrıca bkz. Aygün Eşitli, 2013: 277-290.

belirlilik ilkesini göz ardı etmiş ve uygulamadaki tereddütleri gidermemiştir<sup>314</sup>. Kanaatimizce reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK'nın 104. maddesi, kanunilik ilkesinin bir alt unsuru olan belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir<sup>315</sup>. Belirlilik ilkesine göre suç ve ceza içeren normların, suç tipi ve hukuki sonuçları yönünden açık olması gerekmektedir<sup>316</sup>. Madde metnine bakıldığında failin 18 yaşından küçük bir kimse olup olamayacağı, şikayet hakkının kime ait olacağı gibi hususlar net bir biçimde tespit edilememektedir. Bu sebeple, eğer böyle bir suç tipinin varlığına ihtiyaç duyuluyorsa- madde üzerindeki belirsizliklerin kanuni düzenleme ile giderilmesi gerekmektedir.

## 2.2 Suçla Korunan Hukuki Değer

Günümüz modern ceza hukukunda cinsel suçlarla korunan hukuki değer bireyin cinsel özgürlüğü olduğu anlayışı benimsenmiştir<sup>317</sup>. Bu anlayışa paralel olarak 5237 S. TCK'da cinsel suçlar, birey merkezli bir bakış açısı ile kanunun "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar" kısmının "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" bölümünde<sup>318</sup> düzenlenmiş ve dolayısıyla bu suçlarla korunan hukuki değer bireyin cinsel dokunulmazlığı olduğu vurgulanmıştır. Nitekim TCK'nın cinsel saldırı suçunu düzenleyen 102. maddesinin gerekçesinde bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukuki değer kişilerin cinsel dokunulmazlığı olduğu belirtilmiştir<sup>319</sup>. Ancak kendine özgü bir yapısı bulunan ve esasen rızaya dayalı bir suç tipi olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu korunan hukuki değer bakımından diğer cinsel suçlardan ayrılmaktadır<sup>320</sup>.

Doktrindeki bir görüşe göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçuyla korunan hukuki değer çocuğun cinsel dokunulmazlığıdır<sup>321</sup>.

<sup>314</sup> Ünver, 2014: 16-17.

<sup>315</sup> TCK m.104'ün kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiğine dair bkz. Hafızoğulları ve Güngör, 2007: 39-40.

<sup>316</sup> Koca ve Üzülmöz, 2015a: 53; "Belirlilik İlkesi" için ayrıca bkz. Alacakaptan: 8-11, (<http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/432.pdf>) (erişim tarihi: 03.11.2015); Aygün Eşitli, 2013: 236.

<sup>317</sup> Ünver, 2014b: 24.

<sup>318</sup> TANER'e göre TCK'da cinsel suçların yer aldığı bölümün başlığının "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" olarak düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Bu görüşe göre cinsel özgürlüğün ikili bir görünümü bulunmakta, cinsel özgürlüğün negatif yönü kişiyi hukuka aykırı cinsel müdahalelerden korurken, pozitif yönü bireyin kendi cinselliği üzerinde özgürce tasarruf edebilmesini sağlamaktadır. Yazar cinsel dokunulmazlığın cinsel özgürlük kavramının negatif yönünü oluşturduğunu, dolayısıyla cinsel dokunulmazlığın korunan hukuki değer değil ancak hukuki korumanın bir sonucu olabileceğini belirtmiş, bölüm başlığının "Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar" olarak düzenlenmesinin daha yerinde olacağını ileri sürmüştür. Taner, 2013: 31, 62-67; Benzer yönde eleştiriler için bkz. Aydın, 2004a: 102; Centel, 2013: 6-7; Sancar: 97-101.

<sup>319</sup> Bkz. Özgenç, 2005: 818-819.

<sup>320</sup> Taner, 2013: 326.

<sup>321</sup> Koca ve Üzülmöz: 328; Ünver, 2008: 317. Yazar, cinsel dokunulmazlık kavramı yerine cinsel özgürlük kavramını kullanmaktadır.; Parlar ve Banko, 2014: 327; Aydın, 2014: 88. Yazar suçun maddi konusu olan çocuğun vücudunu da suçun hukuki konusu içerisinde değerlendirmiştir.; Aksakal, 2014: 258; Polat, 2010: 190.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre bu suçla korunan hukuki değer çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişimidir<sup>322</sup>. Bu görüşe göre kanun koyucu, 15 yaşını tamamlamış olan çocukların, temyiz kudretini haiz olsalar bile, cinsel ilişkinin hukuki ve fiili sonuçlarını tam olarak algılayamayacaklarını kabul etmiş ve bu çocukların cinsel bütünlüklerini koruma altına almıştır.

Benzer bir görüşe göre bu suçla korunan hukuksal değer karma nitelikte olup bu suçla bir yandan çocuğun cinsel özgürlüğü bir yandan da çocuğun yararı korunmaktadır<sup>323</sup>. Bu görüşe göre kanun koyucu, 15-18 yaş grubunda bulunan çocukların cinsel duyguların etkisi altında cinsel ilişkiye karşı verdikleri rızanın sağlıklı bir rıza olmadığını düşünerek böyle bir suç ihdas etmiştir.

Öğretide bu suçun düzenlenme sebepleri arasında toplumun ve ailenin erken yaşta meydana gelen cinsel ilişkileri kabul edemeyişi sebebiyle kamu düzeninin bozulacağı endişesinin yer aldığı da ileri sürülmektedir<sup>324</sup>. Yine bu görüşe benzer bir şekilde bu suçla çocuğun kişisel gelişiminin yanı sıra aile hayatı ve toplum ahlakının da korunduğu belirtilmektedir<sup>325</sup>. Korunan hukuki değer açısından kişilere karşı işlenen suçlar kısmında düzenlenen bir suç ile kamu düzeninin, toplumsal ahlakın ve aile hayatının da korunduğunu söylemenin pek mümkün olmayacağı kanısındayız. Ancak kanun koyucunun bu suç tipini ihdas ederken toplumsal kaygıları da göz önünde bulundurmuş olabileceği hususunda yazarların haklılık payının bulunduğunu düşünmekteyiz<sup>326</sup>.

Doktrinde yer alan bir diğer görüşe göre ise bu suçla korunan hukuki değer çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimidir<sup>327</sup>. Bu görüşe göre cinselliğin bir özgürlük problemi olarak kabul edilmesi karşısında rızaya dayalı bir suç tipinin özgürlük kavramıyla bağdaştırılması mümkün değildir. Dolayısıyla bu suçla korunan hukuki değer cinsel dokunulmazlık ya da cinsel özgürlük olduğunun savunulması mümkün gözükmemektedir. Bu görüşü savunan yazarlardan bazıları esasen reşit olmayan ile cinsel ilişki suçuyla korunması gereken hukuki bir değer olmadığını, bu nedenle fiilin suç olmaktan çıkartılması gerektiğini; eğer fiilin suç

<sup>322</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 362; Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 377; Kanbur, 2015: 4142; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 3496; Tuğrul, 2010: 502; Beyazıt, 2010: 296. Yazar esasen bu suçla korunan hukuki değer cinsel dokunulmazlık olduğunu kabul etmekte, ancak bu suçla küçüklerin zamansız cinsel deneyimlerden uzak tutulmalarının amaçlandığını belirtmektedir.

<sup>323</sup> Yokuş Sevük, 2005: 295.

<sup>324</sup> Soyaslan: 256.

<sup>325</sup> Memiş Kartal, 2014: 132-134. Yazar bu suçla toplum ahlakı, çocukların erken yaşta yanlış cinsel deneyimlerden uzak tutulması, ruhsal ve bedensel gelişimlerinin sağlıklı bir biçimde tamamlanması, istenmeyen gebeliklerin önüne geçilmesi gibi birçok değer korunduğunu ifade etmektedir.

<sup>326</sup> Aynı yönde bkz. Üzülmöz:5, (www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc), (erişim tarihi: 5.11.2015).

<sup>327</sup> Taner, 2013: 328; Köksal, 2015: 689.

olarak kalması düşünülüyor ise de kanun sistematigindeki yerinin değiştirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir<sup>328</sup>.

Kanaatimizce de mağdurun rızasına dayalı bir suç tipi ile kişinin cinsel özgürlüğünün korunduğunun söylenebilmesi pek mümkün gözükmemektedir. TCK m.103/1-a hükmüne göre cinsel davranışın on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı işlenmesi halinde çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Demek ki 104. maddenin mağduru aslında fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olan çocuktur. İşlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girmesinin yasaklanması ile çocuğun cinsel özgürlüğünün korunduğunu söylemenin tutarlı olmayacağı kanaatindeyiz.

Bu suçla korunan hukuki değerın çocuğun düzgün cinsel gelişimi olduğunu ileri sürmek daha tutarlı gibi gözükmemektedir. Ancak burada bir hususu vurgulamakta fayda görüyoruz. Bu suçla korunan hukuki yararın çocuğun cinsel gelişimi olduğunu belirten yazarların bazıları maddede yer alan "cinsel ilişki" kavramını dar yorumlayarak (bir penisin vajinal veya anal yoldan vücuda girmesi olarak) kendileri ile çelişkiye düşmektedirler<sup>329</sup>. Bu görüşün ulaştığı sonuca göre, bu yaş grubunda bulunan çocuklara anal veya vajinal yoldan cinsel organ ithal edilmesi çocuğun cinsel gelişimini bozmakta; buna karşın söz konusu çocuklara yine vajinal veya anal yoldan sair cisim sokulması ya da bu çocuklarla oral ilişkiye girilmesi çocuğun cinsel gelişimini bozmamaktadır. Bu tartışmanın detaylarına eylem kısmında, "cinsel ilişki" kavramını açıklarken gireceğimizden burada yalnızca doktrin görüşlerindeki çelişkiye dikkat çekmekle yetiniyoruz.

Ayrıca bu suçla çocuğun düzgün cinsel gelişimi korunuyor ise suçun neden şikayete tabi kılındığı anlaşılammamaktadır. Nitekim şikayet eden çocuğun cinsel gelişiminin korunması; şikayet etmeyen ya da çeşitli sebeplerden dolayı edemeyen çocuğun cinsel gelişiminin korunmaması çelişki arz etmektedir<sup>330</sup>.

Kanaatimizce maddede yasaklanan fiiller ceza hukukunun müdahale alanına girmesi gereken fiiller olmayıp, ortada bu madde ile korunması gereken bir hukuksal değer de bulunmamaktadır. Bu suç ile çocuğun düzgün cinsel gelişiminin korunduğu ileri sürülebilirse de en azından mevcut düzenlemesi itibarıyla madde bu amacı yerine getirmekten uzak

<sup>328</sup> Taner, 2013: 328-329.

<sup>329</sup> Yokuş Sevük, 2005: 297; Köksal, 2015: 707; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 3499-3500; Tuğrul, 2010: 507-508; Beyazıt, 2010: 300; Tezcan, Erdem ve Önok, cinsel ilişki kavramını dar yorumlamakla birlikte, korunan hukuksal değer açısından maddenin yalnızca cinsel ilişki boyutuna varan fiilleri yasaklamasının doğru olmadığını belirtmektedirler. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 381.

<sup>330</sup> Yokuş Sevük, 2005: 295.



gözükmektedir. Esasen fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olan çocuğun yalnızca cinsel ilişki boyutuna varmış olan fiillerinin yasaklanmış olması; Türk Medeni Kanunu'nun 16 ve 17 yaşında kişinin evlenmesine ve dolayısıyla eşiyile cinsel ilişki kurmasına izin vermesine rağmen, aynı yaşta ve evli olmayan kişilerin cinsel ilişki kurmalarının kanun tarafından kısıtlanması, bu suçun ihdas edilmesinde farklı amaçlar güdüldüğünü hissettirmektedir. Toplumsal kaygılarla kanunda yer aldığını düşündüğümüz bu madde ile sanki toplumsal ahlakın korunması ve bireylerin evlilik öncesi cinsel ilişkiden uzak tutulması amaçlanmaktadır.

Ceza hukukunun asli ödevi salt ahlaki veya dini kurallara aykırılıkları suç haline getirmek olmayıp, ancak onlar birer hukuksal değer haline geldiklerinde müdahalede bulunmaktır<sup>331</sup>. Ortada korunması gereken bir hukuksal değer olmadan, yaptırım uygulamak suretiyle ahlaki standartların kabul ettirilmeye çalışılması, ceza hukukunun amaçları ile bağdaşır nitelikte değildir<sup>332</sup>. Hukuksal bir değeri korumayan ya da hukuksal bir değeri korumak amacıyla düzenlenmekle birlikte ceza hukukunun müdahale alanına girmemesi gereken düzenlemelerin suç olmaktan çıkartılması gerekmektedir<sup>333</sup>. Bize göre mevcut düzenlemesi itibarıyla çocuğun cinsel gelişimini korumaktan ziyade başka amaçlara hizmet eden ve ceza hukukunun müdahale alanı dışında kalması gerektiğini düşündüğümüz söz konusu madde yürürlükten kaldırılmalıdır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun yürürlükten kaldırılması yönündeki fikrimiz ile doğrudan cinsel davranışlara rıza yaşının 15'e düşürülmesini savunmamaktayız. Bize göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçu yürürlükten kaldırılarak çocukların cinsel istismarı suçunda yer alan 15 yaş sınırı 16'ya yükseltilebilir<sup>334</sup> (Kanun koyucunun Medeni Kanun'da yer alan olağanüstü evlenme yaşını kaldırması şartıyla bu yaş sınırı 17 olarak da tespit edilebilir) ve bu yaş sınırına ulaşmayan çocuklarla gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, çocuk istismarı olarak değerlendirilebilir. Ayrıca TCK m.103'de, ceza miktarları bakımından küçük çocuklar (örneğin 0-12 yaş grubu) ve ergenlik çağında bulunan çocuklar (örneğin 12-16 yaş grubu) açısından farklılık yaratılarak küçük çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar daha ağır cezalandırılabilir.

---

<sup>331</sup> Ünver, 2003: 1025.

<sup>332</sup> Yarsuvat, 1977: 679-680; Hukuk normu ve ahlak arasındaki ilişki için ayrıca bkz. Türkbağ, 2008: 29-36.

<sup>333</sup> Ünver, 2003a: 641

<sup>334</sup> Failin mağdur üzerinde nüfuz ve hiyerarşi sahibi olduğu durumlarda yaş sınırı daha yüksek tespit edilmeli (örneğin 18) ve bu yaştan küçük mağdura karşı, failin gerçekleştirmiş olduğu cinsel davranışlar cinsel istismar olarak değerlendirilmelidir. Yine eylemin cebir ya da tehditle işlenmesi halinde veya eylemin fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği olmayan bir çocuğa karşı işlenmesi halinde yaş sınırı daha yüksek (örneğin 18) tespit edilebilir.

## 2.3 Suçun Unsurları

### 2.3.1 Tipikliğin Maddi Unsurları

#### 2.3.1.1 Suçun Konusu<sup>335</sup>

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun konusunu, cinsel ilişkiye girilen küçüğün vücudu oluşturmaktadır<sup>336</sup>. Doktrinde suçun mağduru ve konusunu aynı olarak değerlendiren bir görüşe göre ise bu suçun konusu, 15-18 yaş aralığında bulunan ve kendisine yönelik fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayabilecek durumda olan çocuktur<sup>337</sup>.

#### 2.3.1.2 Fail

##### 2.3.1.2.1 Genel Açıklamalar

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şeklinin düzenlendiği TCK'nın 104. maddesinin 1. fıkrasında suçun faili hususunda herhangi bir özellik belirtilmemiştir. Ancak suç tipinin kanuni düzenlemesi, failin yaşı ve yasal yollarla ergin olmuş kişinin bu suçun faili olup olamayacağı hususlarına tam olarak cevap verememektedir. Ayrıca doktrinde failin cinsiyeti hususunda da tartışmalar bulunmaktadır.

Bahsedilen tartışmalara girmeden önce 5237 S. TCK'nın ilk halinde yer alan ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen TCK'nın 104/2. maddesi üzerinde durmak istiyoruz. Söz konusu hükme göre “*fail mağdurdan beş yaş daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın cezası iki kat artırılacak idi*<sup>338</sup>.” Bu düzenlemenin sonucu olarak fail mağdurdan 5 yaş daha büyük ise kovuşturma re'sen yapılacak ve faile verilecek ceza iki kat artırılacak idi. 5237 S. TCK kanunlaşmadan önce, tasarı görüşmeleri esnasında bu hükmün yetişkinleri, aralarında çok fazla yaş farkı bulunan çocuklardan uzak tutmak amacıyla ihdas

<sup>335</sup> Doktrinde bir çok yazar “suçla korunan hukuki değer” kavramını ifade etmek için “suçun hukuki konusu” kavramını; suçun konusu kavramını ifade etmek için ise “suçun maddi konusu kavramını” kullanmaktadırlar. Örnek için bkz. Taner, 2013: 326, 329; Hafizoğulları ve Özen, 2015: 159. Suçun hukuki konusu ve maddi konusu için ayrıca bkz. Erem, 1968; Ünver, 2003a: 124-148. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe ise eserlerinde korunan hukuki değeri ifade etmek için “suçla korunan hukuki değer” kavramını tercih etmiş ancak, “suçun maddi konusu” kavramına karşılık gelecek şekilde bu kavram yerine “suçun hukuki konusu” kavramını kullanmışlardır. Bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 362. Yazarlar genel eserlerinde neden suçun maddi konusu kavramı yerine suçun hukuki konusu kavramını kullandıklarına dair herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Ancak yazarlar bazı suçlarda cismani nitelikte bir konu bulunmadığı görüşünü kabul ederek bu suçları da içine alacak şekilde daha geniş bir başlık kullanmak düşüncesiyle suçun maddi konusu kavramı yerine “suçun hukuki konusu” kavramını tercih etmiş olabilirler. Yine de yazarlar eserlerinde bazı suç tiplerinin incelenmesinde “suçun maddi konusu” kavramını kullanarak kendi sistemleri içerisinde bütünlük sağlayamamışlardır. Bu konuda örnekler için bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 525, s.652, s.666.

<sup>336</sup> Koca ve Üzülmüş: 330; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 362; Kanbur, 2015: 4143. Tuğrul, 2010: 507; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 3499. Tuğrul ve Yaşar, Gökcan ve Artuç suçun konusunu üzerinde cinsel saldırı gerçekleştirilen çocuğun vücudu ve cinsel bütünlüğü olarak belirtmektedirler. Kanaatimizce yazarlar burada cinsel saldırı ifadesi ile TCK m.102 de yer alan cinsel saldırı terimini kastetmemektedirler.

<sup>337</sup> Toroslu, 2007: 67; Taner, 2013: 329; Köksal, 2015: 689.

<sup>338</sup> Tasarının ilk halinde “3 yaş” olarak belirlenen bu fark, Adalet Komisyonu görüşmeleri esnasında “5 yaş” olarak değiştirilmiş ve bu şekilde kanunlaşmıştır. Bkz. Güney, Özdemir ve Balo, 2004: 349-350.

edildiği belirtilmiş<sup>339</sup>; ancak mezkur düzenleme, maddede yer alan yaş ölçütünün herhangi bir bilimsel temele dayanmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>340</sup>. Ayrıca düzenleme, yargıya intikal eden olayların büyük çoğunluğunun belirtilen yaş sınırının (tasarının ilk düzenlemesi itibarıyla üç yaş fark) üzerinde olan failer tarafından işlendiği ve dolayısıyla suçun temel şekli olarak yer alan düzenlemenin istisnai olarak uygulanabilen bir düzenleme haline geldiği gerekçesiyle de eleştiriye maruz kalmıştır<sup>341</sup>.

Doktrinde böyle bir yaş kriterinin düzenlenmesinde yabancı ülkelerin kanunlarından esinlenilmiş olabileceği ileri sürülmüş, ancak bu ülkelerde yer alan benzer düzenlemelerin içeriği ve sonuçları itibarıyla ülkemizde yapılan düzenlemeden tamamen farklı olduğu belirtilmiştir<sup>342</sup>.

Örneğin İtalyan Ceza Kanununun 609-quarter maddesinde yer alan düzenleme 14 yaşından küçüklerle rızasıyla cinsel davranışta bulunma fiillerini suç olarak düzenlemiş, ancak fail ile 13 yaşını doldurmuş mağdur arasında 3 yaştan az bir fark olması halinde failin cezalandırılmayacağı belirtilmiştir<sup>343</sup>.

Yine Alman Ceza Kanunu §182/2’de yer alan düzenlemeye göre 21 yaşını tamamlamış olan bir kişi, 16 yaşını tamamlamamış olan bir kişiyi mağdurun cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmamasını kötüye kullanarak cinsel yönden istismar ederse hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılacaktır<sup>344</sup>. Alman Ceza Kanunundaki düzenlemeye göre belirtilen fiillerin soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi tutulmuş, özel kamu yararının bulunduğu hallerde re’sen kovuşturma hakkı saklı tutulmuştur. Ayrıca fiilin haksızlık içeriğinin az olması durumunda mahkemenin ceza vermektен imtina edebileceği belirtilmiştir. Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere Alman Ceza Kanunu’nda yer alan yaş farkı ile ilgili düzenleme, yine cinsel istismar suçu için öngörülmüştür ve nitelik ve sonuçları itibarıyla TCK’da yer alan düzenlemeden farklıdır<sup>345</sup>.

<sup>339</sup> Eraslan: 162-163.

<sup>340</sup> Öztürk, 2004: 144; Doktrinde ergenlik dönemine girmiş ve kendisinden en az 5 yaş küçük olan çocuğa karşı cinsel yönelimde bulunmak pedofilinin bir türü olarak belirtilmiştir. Bkz. İpekçioğlu, 2011: 109. Bir başka tanıma göre pedofilinin varlığı için çocuğun on üç yaşından küçük olması veya çocuk ile yetişkin arasında en az beş yaş fark olması gerekmektedir. Bkz. Yücel, 2014: 143; Doktrinde kanun koyucunun “beş yaş” kriterini düzenlerken yukarıda bahsedilen görüşlerden etkilenmiş olabileceği ileri sürülmektedir. Bkz. Kanbur, 2015: 4145. Ancak gerek madde gerekçesinde gerekse Adalet Komisyonu görüşme tutanaklarında yaş sınırı ile ilgili bilimsel verilere dayandırılan bir açıklamaya rastlanmamaktadır.

<sup>341</sup> Apaydın, 2004: 159. Benzer yönde bkz. Soysal, 2005: 4237.

<sup>342</sup> Ünver, 2008: 317. Aydın, eserinde söz konusu yaş kriterinin bir çok ülkede mevcut olduğunu belirtmiştir. Aydın, 2004b: 160. Ancak yukarıda açıklandığı üzere diğer ülkelerde yer alan düzenlemeler nitelikleri itibarıyla TCK’daki düzenlemeden farklıdır.

<sup>343</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 378; Taner, 2013: 291-294.

<sup>344</sup> Madde metni için bkz. Yenisey ve Plagemann, 2009: 256-257.

<sup>345</sup> Ünver, 2008: 317; Taner, 2013: 293.

Avusturya Ceza Kanunu'nun 206. maddesinde düzenlenen ergin olmayanların ağır cinsel istismarı suçunda da maddede sayılan cinsel davranışların mağdurdan 3 yaştan fazla büyük olmayan fail tarafından işlenmesi halinde, eğer mağdur da 13 yaşından küçük değilse, failin cezalandırılmayacağı belirtilmiştir (206/4)<sup>346</sup>.

Görüldüğü gibi farklı ülkelerin ceza kanunlarında yer alan bu düzenleme yaşları birbirine yakın olan çocukların birbirlerine karşı gerçekleştirdikleri cinsel davranışları cezalandırmamak amacıyla öngörülmüştür. Oysa TCK'nın ilk halinde yer alan düzenleme, bu yaş farkını bir cezasızlık sebebi olarak değil, tam aksine eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edecek bir şekilde cezayı artıran bir sebep olarak düzenlemiştir<sup>347</sup>.

Anayasa Mahkemesi anılan düzenlemeyi, aynı yaşta olan mağdurlara aynı eylemleri gerçekleştiren faillerin arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli olmadığı ve düzenlemenin adalet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle iptal etmiştir<sup>348</sup>.

<sup>346</sup> Madde metni için bkz.

([https://www.jusline.at/206\\_Schwerer\\_sexueller\\_Mi%C3%9Fbrauch\\_von\\_Unmuendigen\\_StGB.html](https://www.jusline.at/206_Schwerer_sexueller_Mi%C3%9Fbrauch_von_Unmuendigen_StGB.html)) (erişim tarihi: 6.1.2016)

<sup>347</sup> Yokuş Sevik, TCK'daki düzenlemeyi yerinde bularak, fail ile mağdur arasında belirlenecek olan bir yaş farkının failin daha fazla ceza almasını gerektiren bir hal olarak düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Yokuş Sevik, 2005: 295

<sup>348</sup> AYM, E: 2005/103, K: 2005/89, T: 23.11.2005. (www.kazanci.com) Kararın gerekçesi şu şekildedir; "5237 sayılı Yasa'nın 104. maddesi uyarınca, suç tarihinde on beş yaşını bitirmiş çocukla rızayla cinsel ilişki kuran faille ilişki kurduğu çocuk arasında beş yaştan az fark varsa, yakınma olmadığı ya da hükmün kesinleşmesinden önce vazgeçildiği takdirde, ilgili hakkında kovuşturma yapılmayacak ya da dava düşürülerek ceza verilmeyecek, aynı yaştaki mağdurla ilişkiye giren fail arasındaki yaş farkı beşten fazla ise, şikayet olup olmadığına bakılmaksızın fail hakkında kovuşturma açılarak suçun sübutu halinde temel ceza iki kat artırılacaktır. Bu durumda, on beş yaşını bitirip on sekiz yaşını doldurmuş çocuğun, rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan az fark olması halinde eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna eriştiği kabul edilerek, suçun takibi şikayete bağlı tutulmasına karşın, aynı yaştaki çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan fazla fark olması halinde, eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna erişmediği kabul edilerek, suçun takibi şikayete bağlı tutulmamaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemler değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konulardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devletinin de öncelikle eşitlik ve adaleti esas alan bir yapılanmayı öngördüğü kuşkusuzdur. Hukuk devletinin bu temel niteliklerini yaşama geçirmekle yükümlü olan yasa koyucunun, Anayasa'nın ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı, suç ve suçluların özelliklerini de gözetererek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunlara verilecek cezanın türünü, miktarını, artırım ve indirim nedenlerini, bunların oranları ile suçun takibine ilişkin yöntemleri belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de bu yetki kullanılırken suç ile ceza arasındaki adil dengenin korunması ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi hususların da dikkate alınması zorunludur.

Ceza hukukunda yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanması da kuşkusuz, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özellikleri göz ardı edilerek her yönden aynı kurallara bağlı tutulmalarını gerektirmemektedir. Mağdurun veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanması sonucunu doğurabilir. Ancak, suçun takip şekli veya failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri, kuralla korunmak istenen hukuki

Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı yerindedir<sup>349</sup>. Gerçekten de söz konusu düzenleme hem -Anayasa Mahkemesi'nin de kararında belirttiği üzere- eşitlik ilkesine aykırı hem de uygulamada bazı sorunlara neden olabilecek bir düzenleme idi. Örneğin 17 yaşındaki bir kişi ile 23 yaşındaki bir kişinin ileride evlenmek niyetiyle kendi rızalarıyla cinsel ilişkiye girmesi halinde söz konusu düzenleme gereğince soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılacağından bu kişiler daha sonra evlense dahi 23 yaşındaki kişi cezalandırılacak ve aile düzeninin bozulması sebebiyle ortaya ikinci bir mağduriyet çıkmış olacaktı<sup>350</sup>. 5237 S. TCK'da 765 S. TCK'nın 434. maddesindeki gibi evlenme halinde dava ve cezanın ertelenmesine olanak tanıyan telafi edici ve onarıcı<sup>351</sup> bir hüküm de bulunmadığından mağdur olarak kabul edilen kişi, eşinin ceza almasıyla birlikte tekrar mağdur edilmiş olacak idi<sup>352</sup>.

---

*yarar bakımından sonuca etkili değilse, bu durumda faillerin farklı durumda oldukları kabul edilerek aralarında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.*

*İtiraz konusu kuralla faillerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failler arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failler arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, Kural'ın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.*

*Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”*

Üye Osman Ali Feyyaz Paksüt, karara muhalif kalmış ve karşı oy gerekçesinde söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın eşitlik, ailenin korunması, hukuk devleti ve ölçülülük ilkelerine aykırı olmadığını belirtmiştir. Paksüt'e göre fıkranın iptalinin yaratacağı yaptırım boşluğu, çocuk fuşunu artıracak ve aile ve medeni nikah kurumuna zarar verecektir. Bu sebeple fıkra iptal edilmeden yasama organının -suçun temel şeklini 2.fıkra da yer alan düzenleme olarak belirlemek kaydıyla- yeni bir düzenleme yaparak sorunları çözmesi gerektiği belirtilmiştir.

<sup>349</sup> Doktrinde birçok yazar Anayasa Mahkemesi'nin kararını yerinde bulmaktadır. Bkz. Ünver, 2008: 317; Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 378; Kanbur, 2015: 4173; Taner, 2013: 332; Şen, 2006: 408.

<sup>350</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 378; Bahsedilen gerekçe ile TCK m.104/2'de yer alan düzenlemenin Anayasa'nın 41. maddesinde yer alan Ailenin Korunması hükmüne de aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Bkz. Soysal: 4239. Söz konusu iddia iptal davasında, Anayasa'ya aykırılık gerekçesinde de yer almasına rağmen, Anayasa Mahkemesi anılan hükmün Anayasa'nın 41. maddesi açısından incelenmesine gerek görmemiştir. (AYM, E: 2005/103, K: 2005/89, T:23.11.2005).

<sup>351</sup> Modern ceza hukukunda kabul edilen “onarıcı adalet” sisteminin ilkelerinden ilki mağdurun desteklenmesi ve iyileştirmenin önceliği prensibidir. TCK'nın 104/2. maddesinde yer alan düzenleme, -yukarıda bahsedilen olasılık açısından- mağduru iyileştirme amacından uzak olduğu gibi ikinci bir mağduriyete yol açacak nitelikte olduğundan onarıcı adalet anlayışı ile de bağdaşır nitelikte değildir. Onarıcı adalet kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, 2015: 59-86.

<sup>352</sup> Benzer bir sorun çocukların cinsel istismarı suçunda da (TCK m.103) ortaya çıkmaktadır. Özellikle toplumda yaygın olarak görülen 15 yaşından küçük bir çocuğun yine 15 yaşından büyük bir çocukla geleneksel olarak evlendirilmesi (resmi olmayan evlilik) halinde 15 yaşından büyük olan çocuk ileride resmi evlilik yapılırsa dahi, TCK m.103 de düzenlenen suç tipi re'sen kovuşturulduğundan, cezalandırılmakta ve mağdur açısından ikinci bir mağduriyet ortaya çıkmakta idi. Doktrinde ÖZGENÇ'e göre bu gibi durumlarda somut olayın özelliklerine göre TCK'nın 30/4. maddesinde yer alan haksızlık yanılıgısı hükümleri uygulama alanı bulabilecek ve failin hatası kaçınılmaz ise failin cezalandırılmaması yoluna gidilebilecektir. Bkz. Özgenç, 2013: 452-453, dn.834; Aynı yönde bkz. Koca ve Üzülmöz: 318-319.

Söz konusu problemin çözülmesi adına 6545 S. Kanun ile TCK'nın 103.maddesinin 1.fikrasına “ sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlıdır.” hükmü eklenmiştir. Adalet Komisyonu görüşmeleri esnasında Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, bahsedilen değişiklik ile ilgili şu açıklamalarda bulunmuştur; “Şu anda özellikle bu 15

### 2.3.1.2.2 Failin Cinsiyeti Bakımından Tartışmalar

Madde metninde failin cinsiyetine ilişkin herhangi bir ayırım yer almamaktadır. Dolayısıyla bu suçun faili bir kadın veya bir erkek olabilecektir<sup>353</sup>. Ancak buna rağmen doktrinde failin cinsiyetine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Azınlıkta kalan bir görüşe göre bu suçun faili yalnızca erkekler olabilecek, kadınlar bu suçun doğrudan faili olamayacaklardır<sup>354</sup>. Cinsel suçlarla ilgili klasik anlayışın tezahürü olan bu görüş 5237 S. TCK'nın cinsel suçlara olan yaklaşımıyla uyuşmamaktadır<sup>355</sup>. Gerçekten de sırf cinsel organının duhül ettirmeye müsait olmamasından dolayı kadınların bu suçun faili olamayacağını söylemek eşitlik ilkesi ile bağdaşır nitelikte değildir. Ayrıca madde metninde cinsel organın duhül ettirilmesinden değil, "cinsel ilişki" kavramından bahsedildiğine göre bu suçun faili pek tabii bir kadın da olabilecektir.

Doktrinde ağırlıklı olarak bu suçun failinin bir kadın da olabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu suçun bir kadın tarafından başka bir kadına kaşı işlenip işlenemeyeceği hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre bu suçun bir erkek tarafından başka bir erkeğe veya bir kadına yahut bir kadın tarafından bir erkeğe işlenebilmesi mümkün iken bir kadın tarafından başka bir kadına karşı işlenebilmesi mümkün değildir<sup>356</sup>. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir<sup>357</sup>. Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise bu suçun bir kadın tarafından başka bir kadına karşı işlenebilmesi de mümkündür<sup>358</sup>.

---

*yaşını henüz doldurmamış olan bir çocukla 15 yaşını doldurmuş fakat henüz 18 yaşını doldurmamış olan bir gencin evlenmesi hâlinde, bunu düğün dernek şeklinde yapmamız hâlinde dahi kaçınılmaz bir şekilde cezalandırma yoluna gidiyoruz. Bunun sistemimiz bakımından ortaya çıkardığı ciddi bir sorun vardır. Daha sonra mesela bilahare kişi kazai rüşt yaşına ulaştığında " Biz evlendik, bir sorunumuz yok." dediğinde dahi biz " hayır" diyebiliyoruz. Şu anda bu formülasyon. Yargıtay'ın önümüzü kilitlediği bir noktada bize yol açıcılık özelliği taşıyan bir formülasyondur." (bkz. Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi, T: 29.05.2014, s.31). Kanaatimizce yapılan değişiklik sarkıntılık boyutunda kalmış cinsel istismar fiillerini kapsayıcı nitelikte olduğundan geleneksel evlilik sonucu ortaya çıkacak problemleri çözücü nitelikte değildir. Nitekim yapılan bu evliliklerin birçoğunda fiil sarkıntılık boyutunu aşmakta ve cinsel ilişki düzeyine ulaşmaktadır. Böylece bu fiiller yine re'sen soruşturulur hale gelmektedir. Aynı yönde bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 352.*

<sup>353</sup> Koca ve Üzülmöz: 328; Yokuş Sevik, 2005: 295.

<sup>354</sup> Baytemir, 2014: 301; Erol: 2045.

<sup>355</sup> Koca ve Üzülmöz: 329.

<sup>356</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 377; Özbek, 2008: 637; Şen, 2006: 405; Taner, 2013: 329; Ataç, 2013: 132; Köksal, 2015: 691; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 3496; Beyazıt, 2010: 300; 765 S. TCK döneminde Dülger, kadınların da irza geçme suçunun faili olabileceklerini kabul etmiş, ancak cinsel ilişki terimini dar yorumlayarak bir kadının başka bir kadına karşı bu suçu işleyemeyeceğini ileri sürmüştür. Bkz. Dülger: 92.

<sup>357</sup> "Mahalli mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle dosya incelenerek gereği düşünüldü: Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK'nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında, mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, kayden 10.06.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşını doldurmuş olan mağdureyle rızası ile öpüşüp seviştiği sırada mağdurenin cinsel organına parmağını soktuğu anlaşılan hemcinsi sanığın, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışları nedeniyle hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan beraati yerine, yazılı şekilde düşme karar verilmesi..." (Yar. 14.CD., E: 2012/6729, K: 2014/5373, T: 21.04.2014 ).

<sup>358</sup> Ünver, 2014b: 44; Kanbur, 2015: 4146.

Esasen bu tartışma “cinsel ilişki” kavramına yüklenen anlam üzerinden ortaya çıkmaktadır. Cinsel ilişkiyi dar yorumlayan görüşe göre (duhül niteliğindeki doğal yollu cinsel ilişki) bir kadının bir başka kadına karşı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işleyebilmesi mümkün değil iken, geniş yorumlayan görüşe göre (mağdura cinsel organ dışında sair bir cisim sokulmasını da cinsel ilişki olarak kabul eden görüş) ise bir kadının bu suçu başka bir kadına karşı işleyebilmesi mümkündür. Biz cinsel ilişki kavramını geniş yorumlayan görüşe katıldığımızdan, bu suçun bir kadın tarafından başka bir kadına işlenebileceğini kabul etmekteyiz. Bu konudaki açıklamalarımızın detaylarını cinsel ilişki kavramını açıklayacağımız “fiil” başlığı altında belirteceğiz.

### 2.3.1.2.3 Failin Yaşı ve Yasal Yollarla Erginliğini Elde Etmiş Olan Kişinin Fail Olup Olamayacağı Sorunu ile İlgili Tartışmalar

Madde metninde failin yaşına ilişkin özel bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre bu suçun failinin 18 yaşından büyük olması gerekmektedir<sup>359</sup>. Bu görüşü savunan yazarlardan ÖZGENÇ’e göre; kimin fail kimin mağdur olduğunu belirleme imkanı bulunamayan bir suç tanımı olamayacağından bu suçun 18 yaşını doldurmuş olan kişiler tarafından 15-18 yaş aralığında bulunan çocuklara karşı işlenebileceğinin kabul edilmesi gerekir. KANBUR ise failin 18 yaşından büyük olması gerektiğini madde başlığından yorum yoluyla çıkarmaktadır. Yazar madde başlıklarının metnin ayrılmaz bir parçası olduğunu kabul ederek hükmün reşit olan bir kimsenin reşit olmayan bir kimse ile cinsel ilişkiye girmesini suç olarak düzenlediğini ileri sürmektedir<sup>360</sup>. Ancak yazara göre madde metninde mağdur açısından “on beş yaşını bitirmiş çocuk” ibaresi kullanılmış olduğundan ve fail de bu duruma göre belirleneceğinden, fail ancak 18 yaşını doldurmuş olan bir kimse olabilecek, bunun dışında 18 yaşını tamamlamadan yasal yollarla erginliğini kazanmış olan bir kimse bu suçun faili olamayacaktır. Uygulamada da failin 18 yaşından büyük bir kimse olması gerektiği yönünde kararlar verildiğine rastlanmaktadır<sup>361</sup>.

Doktrindeki bir diğer görüşe ise bu suçun faili 18 yaşından küçük bir kişi de

<sup>359</sup> Özgenç, 2005: 824; Koca ve Üzülmöz: 328; Toroslu, 2007: 67; Kanbur, 2015: 4146; Aydın, 2014: 90.

<sup>360</sup> Kanbur, 2015: 4146-4147; aynı yönde bkz. Hafizoğulları ve Özen, 2015: 168.

<sup>361</sup> “...Söz konusu suçun ancak 18 yaşını doldurmuş olan kişiler tarafından işlenebilir olması, buna göre söz konusu suçun faili 18 yaşını doldurmuş olan bir kişi, mağduru ise 15 yaşını doldurmuş olmakla birlikte henüz 18 yaşını doldurmamış bir kişi olması ilkesinden hareketle burada fail/sanık 18 yaşından küçük olduğuna göre atılı suçun failce işlenmesinin söz konusu olmaması yani suçun kanuni tanımının bulunmaması nedeniyle atılı bu suçtan CMK’ nın 223/2-c maddesi gereğince açılı bulunan kamu davasından beraatine karar verilmelidir.” aktaran: Arslantürk, 2014: 410. (Yazar kararın Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verildiğini belirtmekle birlikte kararın künyesini belirtmemiştir.)

olabilecektir<sup>362</sup>. Bu görüşe göre madde metninde yer alan 15-18 yaş sınırlaması yalnızca mağdur açısından öngörülmüş olup, fail açısından böyle bir sınırlama yapılmamıştır. Bu görüşü savunan ÜNVER'e göre madde metninde failin yaşına ilişkin herhangi bir sınırlama olmadığından failin yalnızca 18 yaşından büyük bir kimse olabileceğini kabul etmek kanunilik ilkesi ile bağdaşır nitelikte değildir. ÜNVER'in görüşüne göre fail 15-18 yaş aralığında ve hatta 15 yaşından küçük bir kimse dahi olabilecektir<sup>363</sup>. Dolayısıyla failin yaşının genel hükümler dışında herhangi bir özelliği bulunmamaktadır<sup>364</sup>. Yargıtay da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failinin 18 yaşından küçük bir kimse olabileceğini kabul etmektedir<sup>365</sup>.

Söz konusu maddenin 5237 S. TCK'daki ilk hali yorumlandığında failin 18 yaşından küçük bir kimse de olabileceği ileri sürülebilecektir. Nitekim 5237 S. TCK'nın ilk halinde 104. maddenin 2. fıkrası failin mağdurdan 5 yaştan daha büyük olması durumunu nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla fail ile mağdur arasında 5 yaştan daha az fark olması durumlarında suçun temel şekli (m.104/1) uygulama alanı bulabilecekti. Eğer bir de failin 18 yaşından büyük bir kimse olması gerektiği kabul edilirse suçun temel şekli olarak yer alan düzenlemenin uygulama alanı oldukça sınırlandırılmış olacaktı. Örneğin mağdurun 15 yaşında olduğu bir durumda suçun temel şeklinin uygulanabilmesi için failin ancak 19 ya da 20 yaşında olması gerekecekti. Dolayısıyla kanun koyucunun çok sınırlı durumlar için bir

---

<sup>362</sup> Ünver, 2008: 317; Yurtcan, 2015: 188; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 3496; Malkoç, 2013: 1826; Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararında sanığın cezalandırılması hususunda mağdur ile aynı yaş grubunda olup olmamasının ve reşit olmasının bir önem arz etmeyeceğini belirterek sanığın 18 yaşından küçük bir kimse de olabileceğini kabul etmiştir. Bkz. AYM, E: 2006/17, K: 2009/33, T: 26.02.2009.

<sup>363</sup> Ünver, 2014b: 44-45.

<sup>364</sup> Bu görüş kabul edildiği takdirde 12-15 yaş aralığında bulunan çocukların cinsel suçlar açısından cezai sorumlulukları üzerinde ayrıca durulmalıdır. TCK m. 31/2 hükmü uyarınca 12-15 yaş aralığında bulunan çocukların işledikleri fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde ceza sorumlulukları yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

Bu yaş grubunda bulunan çocukların cinsel suçlar açısından irade yeteneklerinin önemli ölçüde zayıfladığı ve hatta bazen kusur yeteneklerinin tamamen kalktığı; söz konusu çocukların cinsel davranışın anti sosyalliğini anlamalarının oldukça güç olduğu rahatlıkla ileri sürülebilecektir. Bkz. Özgeç, 2013: 381-382; Taner, 2013: 289; Balo, 2015: 141, 142. Nitekim kanun koyucu 15 yaşından küçük çocukların cinsel davranışlara gösterdikleri rızayı mutlak geçersiz kabul ederek (TCK m.103) aslında 15 yaşından küçük çocukların cinsel içerikli fiillerin anlam ve sonuçlarını yeterince kavrayamayacağını kabul etmiş olmaktadır. Ancak mağdur çocuğu korumak amacıyla ortaya koyulan bu hüküm, doğrudan 15 yaşından küçük her cinsel suç failinin de işlediği cinsel davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamadığı şeklinde yorumlanmamalı, failin işlediği cinsel suç açısından kusur yeteneğinin olup olmadığı hakim tarafından ayrıca incelenmelidir. 12-15 yaş aralığında bulunan çocukların cezai sorumlulukları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aslan, 2014: 68-83.

<sup>365</sup> “ Kayden 10.05.1993 doğumlu olup, suç tarihinde 15 yaşını tamamlayıp, 18 yaşını tamamlamayan mağdurenin, suça sürüklenen çocukla rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği ve şikayetçi olduğu, suça sürüklenen çocuğun reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, mağdurenin rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi nedeniyle suçun oluşmayacağı şeklindeki yasal olmayan gerekçeyle beraat hükmü kurulması...” (Yar.14.CD. E: 2012/9853, K: 2014/7117, T: 28.05.2014). Karar için bkz. Gündüz, 2015: 291.



suçun temel şeklini düzenlemeyeceği ileri sürülerek bu suçun failinin 18 yaşından küçük bir kimse de olabileceği ileri sürülebilecektir<sup>366</sup>.

Esasen failin yaşı hususunda ortaya çıkan bu problem, 15-18 yaş aralığında bulunan iki çocuğun rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde kimin fail kimin mağdur olacağına madde metninden çözülememesinden kaynaklanmaktadır. Doktrindeki yazarlardan birçoğu söz konusu sorunun çözümlenebilmesi adına failin 18 yaşından büyük olması gerektiğinin madde metnine açıkça yazılması gerektiğini ileri sürmüşlerdir<sup>367</sup>. Biz benzer gerekçelerle failin 18 yaşından büyük bir kimse olması gerektiğini kabul etsek de kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan belirlilik ilkesi gereğince failin yaşının 18'den büyük olması gerektiğinin madde metnine açıkça yazılması gerektiğini düşünüyoruz.

Faillik statüsü ile ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus, 18 yaşını doldurmadan yasal yollarla erginlik kazanmış olan bir kişinin bu suçun faili olup olamayacağı tartışmasıdır. Örneğin 16 yaşında evlenme ya da kazai rüşt yoluyla ergin olan bir kimse ile 17 yaşında bulunan bir çocuk rızalarıyla cinsel ilişkiye girerlerse acaba 17 yaşında olan çocuk mağdur kabul edilirken 16 yaşında ve ergin olan kişi fail kabul edilecek midir? Daha önce de belirttiğimiz gibi maddenin düzenlemesinde “bu suçun faili kimdir?” sorusuna net bir cevap verilememiştir. Bu sebeple 18 yaşını doldurmadan yasal yollarla erginliği kazanmış olan kişinin bu suçun faili olup olamayacağı hususu da maddenin yorumlanmasıyla ortaya koyulmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre bu suç reşit olan bir kimse ile reşit olmayan bir kimsenin cinsel ilişkiye girmesini yaptırım altına aldığından, 15-18 yaş aralığında bulunan ve evlenme ya da kazai rüşt yoluyla ergin olan bir kimse de bu suçun faili olabilecektir<sup>368</sup>.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, kişinin erginlik durumuna göre değil resmi yaşına göre bir düzenleme getirmektedir ve dolayısıyla 18 yaşını tamamlamadan diğer kanuni yollarla reşit olmuş olan bir kimse bu suçun faili olamayacaktır<sup>369</sup>. Bu görüşü savunan yazarlardan bazılarının göre yaş grupları aynı olan çocukların sırf yasal usullerle ve farklı amaçlarla verilmiş olan reşitlik sebebiyle farklı uygulamalara tabi tutulması, eşitlik ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacaktır.

<sup>366</sup> Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Ünver, 2014b: 44.

<sup>367</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 365; Koca ve Üzülmöz: 329; Kanbur, 2015: 4152; Taner, 2013: 337; Ataç, 2013: 131; Aksakal, 2014: 263; 765 S. TCK döneminde benzer bir görüş için bkz. Yarsuvat, 1977: 681.

<sup>368</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 378; Hafizoğulları ve Özen, 2015: 168; Keskin Kızıroğlu: 1004.

<sup>369</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 363; Taner, 2013: 331; Ünver, 18 yaşından küçük kimselerin de bu suçun faili olabileceğini kabul etmesine rağmen eserinin farklı bir yerinde mahkeme kararıyla ve fiilden önce kesinleşmiş bir hükümlerle ergin olmuş bir kişinin bu suçun faili olamayacağını belirtmiştir. Bkz. Ünver, 2014b: 46.

Dolayısıyla 18 yaşını doldurmadan kanuni usullerle reşit olan bir kimse bu suçun faili olamayacaktır<sup>370</sup>.

Yine bu görüşü savunan bazı yazarlara göre TCK m.104’de yer alan “reşit olmak” kriteri suçun mağduru açısından öngörülmüş olup bu kriterin fail açısından uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla fail açısından reşitlik kıstası değil yaş kıstası göz önünde bulundurulmalı ve failin 18 yaşından büyük bir kimse olabileceği kabul edilmelidir<sup>371</sup>.

Bize göre aynı yaşta ve aynı cinsel gelişmişlik düzeyinde olan çocukların sırf kanuni usullerden dolayı farklı uygulamalara tabi tutulması yerinde değildir. Ayrıca henüz 18 yaşını doldurmamış olmakla birlikte yasal yollarla ergin olan kimsenin cezai sorumluluğunun 18 yaşını doldurmuş olan bir kimse gibi belirlenmesi, TCK’nın çocuklara ilişkin genel hükümleri ile (TCK m.6/1-b; TCK m.31) ve Çocuk Koruma Kanunu ile (ÇKK m.3) çelişki arz edecektir<sup>372</sup>. Nitekim ÇKK m.3/1-a hükmüne göre daha erken yaşta ergin olmuş olsa bile 18 yaşını doldurmamış olan kişi (Çocuk Koruma Kanununun uygulanması açısından) çocuk olarak kabul edilmiştir. Sonuç olarak bize göre de 18 yaşını doldurmadan yasal yollarla ergin olmuş olan bir kimse reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili olamayacaktır.

#### **2.3.1.2.4 15-18 Yaş Aralığında Bulunan İki Çocuğun Rızalarıyla Cinsel İlişkiye Girmeleri Halinde Fail ve Mağdurun Kim Olacağı Sorunu**

TCK’nın 104. maddesinde failin yaşına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından, 15-18 yaş aralığında bulunan iki çocuğun rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde kimin fail kimin mağdur olacağı tam olarak tespit edilememektedir<sup>373</sup>.

Öncelikle belirtmek gerekir bu suçun failinin yalnızca erkek olabileceğini ileri sürerek ilişkide erkek olan tarafın fail olarak kabul edilmesi 5237 S. TCK’nın cinsel suçlara olan yaklaşımıyla bağdaşır bir çözüm değildir<sup>374</sup>. Daha önce de belirttiğimiz üzere bu suçun faili hem erkek hem de kadın olabilecektir.

<sup>370</sup> Bkz. Kanbur, 2015: 4150, dn:41; Ancak bu yorum 104. maddenin düzenlemesi itibarıyla maalesef mağdur açısından geçerli olamamaktadır. Cinselliği bir bireysel özgürlük problemi olarak gören 5237 S. TCK, 17 yaşında evlenmiş bir kişinin eşiyle cinsel ilişkiye girmesini hukuka uygun olarak görürken (Medeni Kanun hükümleri gereğince), aynı yaşta ve fakat evli olmayan bir kişinin rızasıyla cinsel ilişkiye girme özgürlüğünü kısıtlamıştır. Kanbur’un fail bakımından ileri sürdüğü görüşün mağdur bakımından da kabul edilmesi ve mutlaka 104. madde üzerinde radikal bir değişiklik yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

<sup>371</sup> Şen, 2006: 405.

<sup>372</sup> Benzer yönde bkz. Balo, 2015: 39.

<sup>373</sup> Söz konusu problem, Adalet Komisyonu görüşmelerinde Prof. Dr. Adem SÖZÜER tarafından dile getirilmiş ve mevcut düzenlemeden suçun failinin kim olduğunun anlaşılacağı ileri sürülmüştür. Adalet Komisyonu Görüşme Tutanakları için bkz. Güney, Özdemir ve Balo, 2004: 349; Aynı yönde bkz. Mahmutoglu, 2004: 373.

<sup>374</sup> Aydın, söz konusu hükmün ikisi de reşit olmayanlar arasında gerçekleşen cinsel ilişkide erkeği fail konumuna düşürdüğünü belirtmiş, ancak toplumsal anlayış sonucu yalnızca erkeği fail konumuna düşüren bu düzenlemenin gözden geçirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Aydın, 2004a: 104; Yokuş Sevük de böyle bir kabulün eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini belirtmiştir. Yokuş Sevük, 2005: 296.

15-18 yaş aralığında bulunan iki çocuğun rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde kimin fail kimin mağdur kabul edileceğine dair doktrinde birçok görüş ileri sürülmüştür.

Doktrindeki bir görüşe göre burada fail ve mağdur sıfatı birleşeceğinden her iki tarafın da TCK m.104 kapsamında sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir<sup>375</sup>. Elbette ki fail ve mağdur sıfatlarının birleştiği durumlarda suçun tipiklik unsuru oluşmayacağından kişinin cezalandırılması söz konusu olmayacaktır<sup>376</sup>. Ancak kanaatimizce burada fail ve mağdur sıfatının birleştiğinden söz edilemez. Nitekim fail ve mağdur sıfatının birleşmesi için ortada intihar etme, kendi kendini yaralama, kendi malını çalma eylemlerinde olduğu gibi tek bir fiilin olması gerekir. Ayrıca kendini askerliğe elverişsiz hale getirme (As.CK. m.79) ve sigorta bedelini almak amacıyla kendi malını tahrip etme (TCK m.158/1-k) örneklerinde olduğu gibi işlenen fiil sonucunda başka kişiler de mağdur edilmiş ise fail ve mağdur sıfatlarının birleştiğinden söz edilemeyecektir<sup>377</sup>. Bize göre iki kişinin cinsel ilişkiye girmesi, fiziki görünüş itibarıyla tek bir fiil olarak görülse de hukuki olarak tek fiil kabul edilemeyecek<sup>378</sup>; her bir çocuk kendi fiili açısından fail, diğerinin fiili açısından mağdur olarak kabul edilebilecektir<sup>379</sup>. Dolayısıyla fail ve mağdur sıfatlarının birleştiği gerekçesi ile kişilerin cezalandırılmayacağı gerekçesini yerinde bulmamaktayız.

Doktrindeki bir diğer görüş fail ve mağdur sıfatının birleşmesi hususunda ortaya çıkacak tereddütleri gidermek adına cinsel ilişkiye ikna eden tarafın fail olarak kabul

<sup>375</sup> Yenedünya, 2005: 3305.

<sup>376</sup> Zafer, 2013: 159; Koca ve Üzülmmez, 2015a: 107.

<sup>377</sup> Toroslu, 1970: 174; Değirmenci, 2008: 38-39.

<sup>378</sup> “...5237 sayılı TCK'nun 103. maddesinde düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçunun failinin cinsiyet farkı gözetilmeksizin herkes olabileceği, 15 yaşından küçüklerin birbirleriyle cinsel ilişkiye girmesi ve cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda vücuda organ sokan failin eyleminin TCK'nun 103/2. maddesinde yer alan suçu oluştururken vücuduna organ sokulan failin eyleminin TCK'nun 103/1. maddesinde ver alan suçu oluşturacağı cihetle; suç tarihinde 14 yaş 11 ay 25 günlük olan katılan mağdur Edanur ile 14 yaş 10 ay 19 günlük olan suça sürüklenen çocuk Oğuzhan'ın karşılıklı istekleriyle cinsel ilişkiye girdikleri böylece her ikisinin çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu işledikleri iddiasıyla görülen davada, mahkemece “suçun işlenmesinde kimin etkin yani kimin fail veya mağdur olduğunun anlaşılamadığı” gerekçesiyle taraflar hakkında beraat kararları verildiği, bu kararın yalnızca katılan mağdur Edanur vekilince temyiz edildiği gözetilerek yapılan incelemede; Katılan mağdurun aşamalarda beyanı, suça sürüklenen çocuğun ikrara yönelik savunmaları ve tüm dosya içeriğine göre; suça sürüklenen çocuk Oğuzhan'ın 15 yaşını bitirmemiş katılan mağdura yönelik çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu işlediği sabit olduğu halde, bu suçtan mahkûmiyeti yerine yerinde olmayan gerekçeyle beraatine hükümlenmesi...” (Yar.14.CD, E: 2012/7112, K: 2014/5614, T: 24.04.2014). (Karar UYAP'tan alınmıştır). Çocukların Cinsel İstismarı suçu ile ilgili olarak Yargıtay'ın önüne gelmiş olan bu davada; iddianamede yerinde bir değerlendirme ile her iki çocuğun fiilleri farklı fiiller olarak nitelendirilmiş; ilk derece mahkemesi fail ve mağdur sıfatlarının birleşmesi gerekçesiyle her iki çocuk hakkında da beraat kararı vermiş; Yargıtay ise gerekçesini belirtmeden erkek olan çocuğu fail olarak kabul etmiştir.

<sup>379</sup> Kanbur, 2015: 4151; Taner, 2013: 336; Doktrinde ÜNVER, cinsel ilişki esnasında birden fazla eylemin olup olmadığına göre bir değerlendirme yapmaktadır. Yazara göre cinsel ilişki sırasında taraflar birbirini takip eder şekilde sırasıyla önce aktif sonra pasif rol almışlar ise ortada birden fazla eylem vardır ve fail ve mağdur sıfatlarının birleşmesinden söz edilemeyecektir. Ancak yazarın bu açıklamalarından ortada tek bir cinsel ilişkinin olduğu durumlarda fail ve mağdur sıfatlarının birleştiği sonucuna ulaşılmaktadır. Öte yandan yazar eserinin bir başka kısmında bu gibi durumlarda aktif tarafın fail olacağı görüşünü ileri sürmektedir. Bkz. Ünver, 2014b: 44-45.

edilmesini önermektedir<sup>380</sup>. Her somut olay bakımından kimin kimi ikna ettiğinin tespit edilmesi mümkün olmayacağından bu öneri sorunları çözebilecek nitelikte değildir<sup>381</sup>. Yargıtay bahsedilen görüşün aksine, 15 yaşında iki çocuğun rızalarıyla cinsel ilişkiye girdikleri bir olayda cinsel ilişki teklifini ilk sunan kız çocuğunu mağdur, aldığı teklif üzerine cinsel ilişkiye giren erkek çocuğunu ise fail olarak kabul etmiştir<sup>382</sup>. Görüldüğü gibi Yargıtay bu kararında failin 18 yaşından küçük bir kimse de olabileceğini ve cinsel ilişkiye ikna eden kişinin değil, cinsel ilişkide organ sokan kişinin fail olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay'ın bu kararına hem failin yaşı hem de cinsiyeti bakımından katılmamaktayız.

Anılan görüşlerden farklı bir görüşe göre ise madde ile korunan hukuki değer çocuğun cinsel gelişimidir ve bu koruma sadece çocuğun reşit olana karşı değil, birbirlerine karşı korunmasını da içine alır. Ayrıca TCK m.103 açısından suç olarak kabul edilen eylemlerin (yazarlar 15 yaşından küçük iki çocuğun rızalarıyla birbirlerine karşı işledikleri cinsel davranışların suç teşkil ettiği görüşündedirler) TCK m.104 bakımından suç olmaktan çıkartılması yerinde değildir. Dolayısıyla bu görüşe göre hükmün lafzına ve amacına bakıldığında her iki taraf içinde TCK m.104 hükmünün uygulanması dışında herhangi bir seçenek kalmamaktadır<sup>383</sup>. Yazarlara göre kanun koyucu bu tarz fiilleri cezalandırmak istemiyorsa mutlaka bir kanun değişikliği ile failin yaşının 18'den büyük olabileceği hususunu tip içerisinde düzenlemelidir.

Doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre 15-18 yaş aralığında bulunan iki çocuğun rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde aktif olan tarafın fail olarak kabul edilmesi gerekir<sup>384</sup>. Bu görüşe göre cinsel ilişkide karşı tarafın vücuduna organ veya sair cisim sokan aktif kişi fail; bu davranışların kendi vücudu üzerinde gerçekleştirmesine rıza gösteren pasif kişi mağdur olarak kabul edilecektir<sup>385</sup>. Yargıtay da yakın tarihlerde verdiği bir kararında, 16

<sup>380</sup> Artuk, Gökçen ve Yenidünya: 244.

<sup>381</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 377, dn.294; TCK m.103 bakımından aynı değerlendirme için bkz. Memiş Kartal, 2014: 158.

<sup>382</sup> "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 haddten ceza tayini..." (Yar.14.CD., E: 2012/8899, K: 2014/1766, T: 17.02.2014); (Karar UYAP'tan alınmıştır.)

<sup>383</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 364; Yazarlar eserlerinin önceki baskılarında bu suçun failinin sadece 18 yaşını doldurmuş bir kimse olabileceğini ileri sürmekteydi. Bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 345. Soyaslan da her iki tarafın mağdur kabul edileceğini ancak şahısların karşılıklı olarak şikayetlerinden vazgeçmeleri halinde davanın düşeceğini belirtmektedir. Soyaslan: 256; aynı yönde bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 3496; Polat, 2010: 191

<sup>384</sup> Ünver, 2014b: 45.

<sup>385</sup> Bu görüş kabul edildiği takdirde ortaya ayrı bir problem daha çıkmaktadır. Söz konusu görüş aktif hareketleri gerçekleştiren kişinin (vücuda organ veya sair cisim sokan kişi) fail olduğunu ve 15 yaşından küçük çocukların da suçun faili olabileceğini kabul ettiğinden, 14 yaşında bir erkekle 16 yaşında bir kız çocuğunun rızalarıyla

yaşında bulunan iki erkek çocuğun rızalarıyla anal yollu cinsel ilişkiye girmeleri şeklinde gerçekleşen olayda aktif olan tarafın fail, pasif olan tarafın ise mağdur olacağına hükmetmiştir<sup>386</sup>.

Bize göre suçun failini vücuda organ veya sair cisim sokan kişi olarak belirlemek yerinde bir uygulama olmayacaktır<sup>387</sup>. Nitekim böyle bir kabul bir erkek ve bir kız çocuğunun cinsel organlarının birleşmeleri suretiyle girdikleri cinsel ilişkilerde yalnızca erkeğin fail olabileceği gibi bir sonuç ortaya çıkarmaktadır.

Doktrindeki ağırlıklı görüş reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failinin 18 yaşından büyük bir kimse olabileceğini kabul etmekte ve dolayısıyla 15-18 yaş aralığında bulunan iki çocuğun rızalarıyla cinsel ilişkiye girme eylemlerinin TCK m.104 bakımından tipik bir eylem olmadığını ileri sürmektedir<sup>388</sup>. Buna göre bu yaş grubunda bulunan çocukların rıza ile kendi aralarında gerçekleştirdikleri cinsel ilişki eylemleri ceza hukukunun müdahale alanı dışında kalmaktadır ve bu sorun -bu durumun bir sorun oluşturduğu düşünüldüğü takdirde- ancak toplum ve aile disiplini çerçevesinde çözümlenebilecek bir sorundur<sup>389</sup>.

### **2.3.1.2.5 Failin Yaşına ve 15-18 Yaş Aralığında Bulunan İki Çocuğun Rızalarıyla Cinsel İlişkiye Girmeleri Halinde Kimin Fail Kimin Mağdur Kabul Edileceğine İlişkin Görüşümüz**

Yukarıda açıkladığımız üzere 15-18 yaş aralığında bulunan iki çocuğun rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde kimin fail kimin mağdur olacağı madde metninden tam olarak çözülememektedir. Doktrindeki baskın görüş, amaçsal yorum yoluyla bu suçun failinin 18 yaşından büyük bir kimse olabileceğini ileri sürmektedir.

Biz bu sorunun çözümünde, failin 18 yaşından büyük bir kimse olabileceği görüşünün gerekçelerine ek olarak tarafı olduğumuz “Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı

---

cinsel ilişkiye girmeleri halinde aktif olan yani organ sokan kişi 14 yaşında bulunan erkek ise 16 yaşında bulunan kişi açısından reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır. Bu görüş yalnızca vücuda organ veya sair cisim duhül ettiren aktif kişiyi fail kabul ettiğinden söz konusu olayda 14 yaşındaki çocuk açısından çocukların cinsel istismarı suçunun oluşmayacağı sonucuna ulaşılmış olacaktır ki bu sonuç kanun koyucunun çocukların cinsel gelişimini koruma amacıyla ve TCK m.103'ün düzenlemesiyle bağdaşır nitelikte değildir. Kanaatimizce failin 18 yaşından küçük bir çocuk olabileceği kabul edilse dahi organların birleşmesi suretiyle meydana gelen cinsel ilişki fiili işteş bir fiil olduğundan ve her iki çocuk açısından fiziki olarak aynı görünse de hukuken farklı fiiller olarak kabul edileceğinden, bahsedilen olayda her bir çocuğun kendi fiilinden sorumlu tutulması gerekmektedir. Buna göre 14 yaşındaki çocuk eğer işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek nitelikteyse TCK m.104 hükmüne göre; 16 yaşındaki çocuk da TCK m.103 hükmüne göre sorumlu tutulmalıdır.

<sup>386</sup> (Yar. 14.CD., E: 2012/13961, K: 2013/467, T: 24.01.2013); Aktaran: Kanbur, 2015: 4151.

<sup>387</sup> Benzer yönde bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 378, dn.295.

<sup>388</sup> Özgenç, 2005: 824; Koca ve Üzülmez: 328-329; Kanbur, 2015: 4150-4151; Taner, 2013: 336-337; Savaşçı, 2013: 113; Köksal, 2015: 695; Aydın, 2014: 90; Aksakal, 2014: 262; Beyazıt, 2010: 299.

<sup>389</sup> Özgenç, 2005: 824.

Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin"<sup>390</sup> (Lanzarote Sözleşmesi) 18. maddesinin göz önünde bulundurulması gerektiğini düşünüyoruz<sup>391</sup>. Sözleşmenin 18/1-a hükmü, taraflara ulusal yasaya göre cinsel faaliyet için yasal yaşa ulaşmamış olan bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmanın suç olarak düzenlenmesi yükümlülüğünü yüklemektedir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise 1. fıkranın a bendinde yer alan hükümlerin, küçük yaştaki çocuklar arasındaki karşılıklı rızaya bağlı cinsel faaliyetleri düzenleme amacının bulunmadığı belirtilmektedir. Görüldüğü gibi tarafı olduğumuz "Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi" küçüklerin kendi aralarında rızayla gerçekleştirdikleri cinsel faaliyetlerin suç kapsamı dışında bırakılması gerektiğini belirtmiştir.

Burada öncelikle bu sözleşmenin 18. maddesinin 3. fıkrasının doğrudan iç hukuka uygulanıp uygulanamayacağı belirlenmesi gerekir. Bilindiği üzere Anayasa'nın 90/5. maddesine göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir<sup>392</sup>. Dolayısıyla tarafı olduğumuz milletlerarası andlaşmalar iç hukukun doğrudan bir parçasıdır. Ancak bir milletlerarası andlaşma hükmünün iç hukuka doğrudan uygulanabilmesi için hükmün açık ve kendiliğinden uygulanabilir nitelikte olması gerekmektedir<sup>393</sup>. Sözleşme hükmünün bir kanun hükmü gibi doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadığı, daha çok taraflara belli yükümlülükler yüklediği durumlarda, sözleşme hükümlerinin bağlayıcı hüküm ve sonuç doğurabilmeleri için taraf devletlerin iç hukukta ayrıca düzenleme yapmaları gerekir<sup>394</sup>. Mezkur Sözleşmenin 18/3. maddesi, küçük yaştaki çocuklar arasındaki karşılıklı rızaya bağlı cinsel faaliyetlerin suç kapsamı dışında bırakılması

<sup>390</sup> Sözleşme, Türkiye tarafından 6084 S. Kanun ile 25.11.2010 tarihinde kabul edilmiş, 10.12.2010 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

<sup>391</sup> Sözleşmenin 18. Maddesi şu şekildedir;

*1. Tarafların her biri, aşağıdaki kasti davranışların suç teşkil etmesinin sağlanması için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır:*

*a. ulusal yasanın ilgili hükümlerine göre cinsel faaliyet için yasal yaşa ulaşmamış bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak;*

*b. çocukla aşağıdaki koşullarda cinsel faaliyetlerde bulunmak:*

– baskı, zorlama, tehdit kullanılması veya,  
– aile içi de dahil olmak üzere, tanınmış bir güven, otorite veya nüfuzun suiistimal edilmesi veya,  
– çocuğun, zihinsel veya fiziksel bir engeli veya bağımlı durumda olması nedeniyle, özellikle zayıf durumunun suiistimal edilmesi.

*2. Yukarıdaki 1.fıkranın amacına uygun olarak, tarafların her biri, çocukla hangi yaşın altında cinsel faaliyetlere girişilemeyeceğine karar verecektir.*

*3. 1.fıkranın a bendinde yer alan hükümlerin, küçük yaştaki çocuklar arasındaki karşılıklı rızaya bağlı cinsel faaliyetleri düzenleme amacı bulunmamaktadır. (Sözleşmenin Türkçe çevirisi için bkz. Aykaç, 2008: 558)*

<sup>392</sup> Anayasa m.90/5: *Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*

<sup>393</sup> Sur, 2010: 49; Can, 2009: 56.

<sup>394</sup> Aksar, 2013: 120.

gerektiğine işaret etmiştir. Ancak bu hüküm bir kanun hükmü gibi doğrudan uygulanabilecek kadar açık ve net bir hüküm değildir. Örneğin aralarında kaç yaş fark bulunan küçüklerin bu fıkra kapsamında değerlendirileceği belli değildir. Dolayısıyla bu hüküm, doğrudan iç hukuka uygulanabilecek nitelikte bir hüküm olmayıp, taraflara bu konuda düzenleme yapılmasına ilişkin yükümlülük yükleyen bir hükümdür.

Böyle bir durumda doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan sözleşme hükümleri - ceza hukukunda kanunilik ilkesini ihlal etmemek şartıyla- ancak mevcut kanun hükmünün yorumlanmasına yardımcı olabilir<sup>395</sup>. Dolayısıyla söz konusu düzenlemenin iç hukukta doğrudan uygulanamayacak olması, TCK m.104'ün failinin kim olacağına ilişkin tartışmalarda göz önünde bulundurulmasına engel değildir<sup>396</sup>.

TCK'nın 104. maddesi, 15-18 yaş aralığında bulunan çocukların rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde kimin fail kimin mağdur olacağı problemini çözememektedir. Ve bu sebeple en azından bu konuda bir kanuni düzenleme yapılana kadar doktrindeki görüşlerden biri kabul edilerek bu sorun çözülmeye çalışılacaktır. Dolayısıyla ya iki çocuk da ayrı ayrı cezalandırılacak, ya da bu suçun failinin 18 yaşını tamamlamış bir kimse olabileceği kabul edilerek söz konusu iki çocuğun fiilleri tipik olmaktan çıkartılacaktır.

Kanaatimizce bu suçun failinin 18 yaşından büyük bir kimse olabileceğini kabul etmek hem TCK m.104'ün düzenlenme amacıyla hem de tarafı olduğumuz “Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi” ile daha uyumludur. Böylece küçükler arasında rızaya dayalı cinsel ilişkiler suç olarak kabul edilmemiş olacaktır. Bu sayede en azından iç hukukumuzda açık bir kanuni düzenleme yapılana kadar uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerimizi de ihlal etmemiş olacağız.

Önemle belirtmek isteriz ki eğer kanun koyucu 15 yaşını doldurmuş olan çocuklar ile rızaları dahilinde cinsel ilişkiye girme eylemlerini suç olarak kabul etme iradesini devam ettirecek ise mutlaka “Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi” ile kabul ettiği yükümlülükleri iç hukuk bakımından

---

<sup>395</sup> Aybay, 2007: 207.

<sup>396</sup> Yeni tarihli iç hukuk kuralının bir hükmü eski tarihli uluslararası andlaşmanın bir hükmüne açıkça aykırı olmamakla birlikte, aykırı olma ihtimali varsa, yeni tarihli iç hukuk kuralının ilgili hükmü eski tarihli uluslararası andlaşmanın ilgili hükmüne uygun bir şekilde yorumlanmalıdır. Bkz. İnan, 1995: 778. Benzer bir yorumun tam tersi durumda da yapılabileceğini düşünmekteyiz. Yani eski tarihli iç hukuk hükmü, yeni tarihli, usulüne uygun olarak kabul edilmiş ve fakat iç hukukta doğrudan uygulama kabiliyeti olmayan (doğrudan uygulama kabiliyeti var ise zaten zaman bakımından uygulama kuralları geçerli olacaktır) bir uluslararası andlaşmanın bir hükmüne açıkça aykırı olmamakla birlikte, aykırılık teşkil etme ihtimali varsa, iç hukuk hükmü - ceza hukuku bakımından kanunilik ilkesi ihlal edilmemek kaydıyla- uluslararası sözleşmeye uygun olarak yorumlanabilecektir.

uygulanır hale getirmeli<sup>397</sup> ve kanuna küçüklerin kendi aralarında rıza ile gerçekleştirdikleri cinsel davranışları cezasız bırakacak açık bir hüküm eklemelidir<sup>398</sup>. Bu düzenleme TCK m.104 bakımından failin yaşının 18'den büyük olması gerektiğinin açıkça kanuna yazılması şeklinde olabileceği gibi aralarında belli bir yaştan az fark bulunan (örneğin 3 yaş) kişilerin işledikleri rızaya dayalı cinsel ilişki fiillerinin cezalandırılmayacağına ilişkin bir hükmün kanuna eklemesi suretiyle de yapılabilecektir<sup>399</sup>.

### 2.3.1.3 Mağdur

#### 2.3.1.3.1 Genel Açıklamalar

Madde metninde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru 15 yaşını tamamlamış çocuk olarak belirlenmiştir. Ancak madde metninde 15 yaşını doldurmuş olan çocuk ifadesi kullanılmışken, madde başlığında “reşit olmayanla cinsel ilişki” ifadesinin kullanılması çelişki yaratmaktadır. Mevcut düzenlemeye göre 18 yaşını doldurmadan evlenme yoluyla (MK m.11/2) ya da mahkeme kararıyla (MK m.12) ergin olan bir kişinin bu suçun mağduru olup olamayacağı tartışmalı hale gelmektedir<sup>400</sup>.

Burada öncelikle madde başlıklarının metne dahil olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. TBMM Adalet Komisyonu'nun TCK Tasarısına ilişkin raporunda “*Tasarıda yer alan her bir madde kapsamında madde başlığı, madde metni ve madde gerekçesine yer verilmiştir. Madde başlığı ve gerekçesi, madde metninin ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Bu husus, madde hükümlerinin yorumlanması açısından büyük bir önem taşımaktadır.*” ifadelerine yer verilmiştir<sup>401</sup>. Görüldüğü gibi madde başlıkları suç tipinin yorumlanması açısından önemli bir yere sahip olsa da suç tipine dahil kabul edilmemelidir<sup>402</sup>. Madde başlıkları maddenin konusunu belirleyici fonksiyona sahip olmakla birlikte suçun ve

<sup>397</sup> NUHOĞLU, söz konusu sözleşmenin kabul edilmesiyle TCK'da sözleşmeye aykırı hükümlere ilişkin düzenleme yapılması zorunluluğu doğduğunu belirtmiştir. Bkz. Nuhoglu, 2010: 288.

<sup>398</sup> Benzer yönde bkz. Yokuş Sevük, 2015: 75-76; TCK m.103 bakımından benzer yönde görüş için bkz. Nuhoglu, 2010: 291.

<sup>399</sup> TANER, bu sorunun yaş farkı formülasyonu ile çözülmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Taner, Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi: 237-241; Yazar ayrıca böyle bir düzenlemenin şahsi cezasızlık sebebi şeklinde kanuna eklenmesi gerektiğini ve böylece suça azmettiren ebeveynlerin cezasız kalmasının önüne geçilebileceğini belirtmektedir.

<sup>400</sup> 765 S. TCK döneminde yer alan düzenlemede (m.416/3) maddenin tipikliğinde “reşit olmayanla cinsi münasebet” ibaresi kullanıldığından bu dönemde böyle bir problem ortaya çıkmamakta; herhangi bir şekilde ergin olan bir kimse bu suçun mağduru olarak kabul edilmemekteydi. Ancak 5237 S. TCK'da madde başlığı 765 S. TCK ve TCK Tasarılarındaki gibi “reşit olmayanla cinsel ilişki” olarak bırakılmış, fakat maddenin tipikliğinde 765 S. TCK ve TCK Tasarılarından farklı olarak reşit olmayan ifadesi yerine on beş yaşını doldurmuş çocuk ifadesi kullanılmıştır. Böylece 18 yaşından önce yasal yollarla ergin olmuş olan bir kişinin bu suçun mağduru olup olmayacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Bkz. Ünver, 2008: 318.

<sup>401</sup> TBMM Adalet Komisyonu'nun TCK Tasarısına ilişkin 3 Ağustos 2004 tarih ve Esas 1/593, Karar 60 sayılı Raporu. Bkz. Özgenç, 2005: 81.

<sup>402</sup> Ünver, madde başlıklarının metne dahil olmadığını belirtmektedir. Bkz. Ünver, 2008: 318.



yaptırımın asıl düzenlendiği yer maddenin tipikliğidir. Dolayısıyla madde metni ile madde başlığı çeliştiğinde madde metninin esas alınması gerekir<sup>403</sup>. Böylece TCK m.104’de yer alan suçun mağduru belirlenirken madde başlığında yer alan “reşit olmayan” ibaresi değil madde metninde yer alan “on beş yaşını doldurmuş çocuk” ibaresi dikkate alınmalıdır<sup>404</sup>.

Tartışılması gereken bir diğer husus da 18 yaşını doldurmadan evlenme yoluyla veya mahkeme kararıyla ergin olan bir kimsenin “çocuk” sayılıp sayılmayacağıdır. Nitekim bu kişi çocuk olmaktan çıkmış kabul edilirse reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olamayacaktır.

Tarafı olduğumuz Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin<sup>405</sup> 1. maddesinde çocuk; *“Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.”* şeklinde tanımlanmıştır. Hükümden de anlaşılacağı üzere sözleşmeye göre reşit olan bir kişi artık çocuk kabul edilmeyecektir.

TCK’nın 6/1-b hükmünde çocuk; *“henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi”* olarak tanımlanmıştır. Maddede 18 yaşından önce reşit olan kişilerin çocuk kabul edilmeyeceğine dair bir hükme yer verilmeyerek bu kişilerin de çocuk olarak değerlendirileceği zımnen kabul edilmiş olmaktadır<sup>406</sup>.

Çocuk Koruma Kanunu’nun 3/1-a hükmünde ise çocuk; *“Bu kanunun uygulanmasında çocuk; daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi.”* şeklinde tanımlanmıştır. Çocuk Koruma Kanunu açıkça 18 yaşını doldurmamış kişiyi daha önce reşit olsa bile çocuk olarak kabul etmiştir<sup>407</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre her ne kadar TCK m.6/1-b hükmünde ayırıcı bir ifade yer almasa da TCK’da yer alan çocuk tanımı, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne

<sup>403</sup> TCK’da madde başlığı ile madde metninin çeliştiği başka suç tiplerine de rastlanmaktadır. Örneğin TCK m.99’un başlığında “çocuk düşürtme” ifadesi kullanılmıştır. Ancak maddenin düzenlemesi “rahim tahliyesine” yöneliktir. Çocuk deyiminden 18 yaşını doldurmamış kişinin anlaşılacağı göz önünde bulundurulduğunda madde metninin suç tipine dahil olduğu kabul edilirse garip bir sonuç ortaya çıkacaktır. Bkz. Kurt, 2013: 68.

<sup>404</sup> DÜLGER bu görüşün aksine madde gerekçesinde “reşit olmayan kişiyle cinsel ilişkide bulunmak bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır” ifadesinin yer aldığını; madde başlığı ve madde gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda 18 yaşını doldurmadan reşit olan bir kimsenin bu suçun mağduru olamayacağı görüşünü ileri sürmüştür. Bkz. Dülger, 2010: 41.

<sup>405</sup> Türkiye, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’ni 17, 29 ve 30.maddelerine ihtirazi kayıt koyarak 14.09.1990 tarihinde imzalamış; sözleşme 27.01.1995 tarihinde 22184 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bkz. İnan: 776.

<sup>406</sup> Balo, 2015: 39.

<sup>407</sup> Doktrinde ÇKK’da yer alan bu çocuk tanımının yalnızca ÇKK bakımından uygulama alanı bulabileceği ileri sürülmektedir. Zira bu kanunda yer alan tanımın TCK uygulamasında esas alınacağına ilişkin bir hüküm ya da atıf bulunmamaktadır. Bkz. Dülger, 2010: 41.

uygun yorumlanmalı ve Medeni Kanun hükümlerine göre reşit kabul edilen kişiler cinsel suçlar açısından çocuk olarak kabul edilmemelidir<sup>408</sup>.

Bize göre 18 yaşını doldurmamış bir kimse, yasal yollarla daha önce ergin olsa da çocuk olarak kabul edilmelidir<sup>409</sup>. Her ne kadar tarafı olduğumuz Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 18 yaşından daha önce reşit olmuş kişileri çocuk olarak kabul etmese de TCK ve ÇKK 18 yaşını doldurmamış herkesi çocuk olarak kabul etmiş ve hatta ÇKK, bu hususu “daha erken yaşta reşit olsa dahi çocuk kabul edilir” şeklinde vurgulamıştır. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında benzer gerekçelerle 18 yaşını doldurmamış olan bir kişinin daha önce ergin olmuş olsa da çocuk kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>410</sup>.

Görüldüğü gibi iç hukukumuzda yer alan düzenlemeler mağdur ve hatta fail olan çocukların korunması bakımından daha ileri düzeydedir<sup>411</sup>. İç hukukta yer alan düzenlemelerin uluslararası andlaşma hükümlerinden daha ileri düzeyde olması durumunda iç hukukta yer alan hükümler uygulama alanı bulacaktır<sup>412</sup>.

### 2.3.1.3.2 Mağdurun Cinsiyeti ve Yaşı

Madde metninde mağdurun cinsiyetine ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu sebeple reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru hem kız hem de erkek çocuk olabilecektir<sup>413</sup>. Daha önce de açıkladığımız üzere doktrinde bir kısım yazarlar bu suçun failinin kadın olduğu durumlarda mağdurun kadın olamayacağını ileri sürmektedirler<sup>414</sup>.

TCK m.103/1-a hükmü de göz önünde bulundurulduğunda, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru, 15 yaşını tamamlamış ancak henüz 18 yaşını tamamlamamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilen çocuktur. Dolayısıyla reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşup oluşmadığı bakımından mağdurun yaşının tespiti önem arz etmektedir<sup>415</sup>.

<sup>408</sup> Akbulut, 2013: 547-548; Şen, 2006: 404; Özbek de müstehcenlik suçu (TCK m.226/1) ile ilgili yaptığı açıklamalarda evlenme yoluyla ergin olmuş kişilerin TCK kapsamında çocuk sayılmaması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Özbek, 2009: 55.

<sup>409</sup> Sokullu Akıncı, 2013: 12; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 345; Üzülmöz, 2009a: 30.

<sup>410</sup> “...5237 sayılı TCK'nın 2 ve 5395 sayılı ÇKK'nın 3. maddeleri karşısında; suçun mağdurunun on sekiz yaşını bitirmemiş olması durumunda çocuk olarak kabul edilmesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca herhangi bir sebeple on sekiz 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 on sekiz yaşını doldurmamış olması durumunda, buna karşı gerçekleştirilen eylemlerin çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır...” (Yar.14.CD., E: 2014/582, K: 2014/14622, T: 22.12.2014), (www.kazanci.com).

<sup>411</sup> Memiş Kartal iç hukukumuzda yer alan çocuk tanımlarının Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'deki tanıma göre daha yerinde olduğunu belirtmiştir. Bkz. Memiş Kartal, 2014: 9

<sup>412</sup> Başlar, 2004: 314.

<sup>413</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 380; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 3497; Baytemir, 2014: 303; Arslantürk: 402.

<sup>414</sup> Bu konudaki görüşler için bkz. “Failin Cinsiyeti Bakımından Tartışmalar” başlığı.

<sup>415</sup> Kanbur, 2015: 4155.

Mağdurun yaşının tespiti için öncelikle onaylı nüfus kaydı bilgileri incelenmelidir. Eğer mağdurun nüfus cüzdanındaki yaşına bir itiraz söz konusu ise ya da hakim mağdurun gerçek yaşı ile nüfus cüzdanında görünen yaşı arasında bir çelişki olduğunu düşünüyorsa mağdurun gerçek yaşı araştırılmalıdır<sup>416</sup>. Söz konusu araştırma CMK m.218/2 hükmü gereğince Nüfus Hizmetleri Kanunu hükümleri göz önünde bulundurularak ilgili ceza mahkemesi tarafından yapılacaktır<sup>417</sup>. Bu araştırma yapılırken mağdurun doğumu resmi bir sağlık kurumunda gerçekleşmiş ise bu kurumdan mağdurun doğum tutanakları istenerek incelenmeli; mağdurun doğumu resmi bir kurumda gerçekleşmemiş ise kemik grafileri çektilirmek suretiyle içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu bir sağlık kurulundan rapor alınarak yaş tespit edilmelidir<sup>418</sup>. Mağdurun yaşı bu işlemlere rağmen tespit edilemiyorsa Adli Tıp Kurumundan görüş alınmalıdır<sup>419</sup>. Mağdurun gerçek yaşı tespit edilirken bilirkişi tarafından yapılan incelemeler dışında mağdurun diğer kardeşlerinin yaşı, okul kayıtları gibi diğer veriler de göz önünde bulundurulmalıdır<sup>420</sup>. Sonuç olarak mağdurun gerçek yaşı fiilin işlendiği tarihte 15-18 aralığında ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan uygulama yapılmalıdır.

<sup>416</sup> Memiş Kartal, 2014: 154; Taner, 2013: 276-277; Küçüklerin yaş tespiti konusunda ayrıca bkz. Balo, 2015: 180-185; Aslan, 2014: 125-132.

<sup>417</sup> CMK m.218/2; “Kovuşturma evresinde mağdur veya sanığın yaşının ceza hükümleri bakımından tespitiyle ilgili bir sorunla karşılaşılması halinde; mahkeme, ilgili kanunda belirlenen usule göre bu sorunu çözerek hükmünü verir.”

<sup>418</sup> Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, eğer mağdur resmi bir kurumda doğmamışsa, yaş tespitinin mutlaka içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu bir heyetten sağlık kurulu raporu alınarak yapılması gerektiğini belirtmiş ve içinde radyoloji uzmanı olmayan heyetten alınan raporu bozma sebebi saymıştır:

“...Suçun oluşumuna ve niteliğine etkisi nazara alınarak mağdurenin yaş tespitine esas olacak şekilde tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınması, duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan görüş alınarak gerçek yaşının bilimsel olarak saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, Bakırköy Dr. Sadi Konuk Eğitim ve Araştırma Hastanesi bünyesinde oluşturulup içerisinde radyoloji uzmanı bulunmayan heyetçe düzenlenen 14.03.2003 tarihli rapora istinaden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması.” (Yar.14.CD., E: 2015/310, K: 2015/11259, T: 02.12.2015). Ayrıca bkz. (Yar.14.CD., E: 2014/857, K: 2015/10488, T: 11.11.2015), (Yar.14.CD., E: 2013/3362, K: 2014/13127, T: 24.11.2014); (Kararlar UYAP’tan alınmıştır.)

<sup>419</sup> “Sanık Ş... müdafinin duruşmada, mağdurenin sanıklara on sekiz yaşından büyük olduğunu söylediği yönündeki savunmasının yaşa itiraz niteliği taşıması ve mağdurenin nüfus kaydında doğum tarihi 10.10.1995 olmasına rağmen nüfusa 06.11.2003 günü tescil edilmesi karşısında, suç niteliklerine etkisi nazara alınarak öncelikle mağdurenin hastane doğumlu olup olmadığı hususu araştırılıp hastane doğumlu olmadığının tespiti durumunda yaş tespitine esas olacak şekilde kemik grafileri çektilirli tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınması, duraksama halinde de Adli Tıp Kurumundan görüş alınarak suç tarihindeki gerçek yaşının bilimsel şekilde saptanmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi,” (Yar.14.CD., E:2014/1631, K: 2015/12305, T: 30.12.2015) (www.kazanci.com)

<sup>420</sup> (Yar.14.CD., E: 2012/14684, K: 2013/9974, T: 01.10.2013); Karar için bkz. Aydın, 2014: 199.

### 2.3.1.3.3 Mağdurun, Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneğinin Gelişmiş Olması

#### 2.3.1.3.3.1 Genel Açıklamalar

TCK'nın 103/1-a hükmüne göre 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır. Çocukların cinsel istismarı suçunda yer alan bu düzenleme göz önünde bulundurulduğunda, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru ancak 15 yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan bir çocuk olabilecektir.

15 yaşını doldurmuş olan bir çocukla rızasıyla cinsel ilişkiye girilmiş ise eylemin hangi suç tipi kapsamında değerlendirileceği, mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olup olmadığının tespit edilmesine bağlıdır. Mahkeme bu tespiti her somut olay bakımından re'sen yapmalıdır<sup>421</sup>.

Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarının algılayabilme yeteneği, TCK'nın yaş küçüklüğünü düzenleyen 31/2. maddesinde, akıl hastalığını düzenleyen 32/1. maddesinde ve geçici nedenler, alkol ve uyuşturucu madde etkisinde olmayı düzenleyen 34/1. maddesinde, failin işlediği fiilden sorumlu tutulabilmesi için aranan bir kriterdir. Doktrinde bir görüşe göre failin işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesi için aranan böyle bir kriterin, TCK'nın 103. maddesinde mağdur bakımından aranması yerinde değildir ve bu düzenlemenin TCK m.102/3-a hükmünde olduğu gibi "mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olması" şeklinde değiştirilmesi gerekir<sup>422</sup>. TCK m.103/1-a hükmünde yer alan düzenleme, sanki failin hangi suçtan sorumlu tutulacağı (TCK m.103 veya m.104) mağdurun isnat yeteneğine göre belirleneceği şeklinde anlaşılabilir. Ancak bu düzenleme esasen mağdurun fiile gösterdiği rızanın geçerli bir rıza olup olmadığının tespit edilmesi için öngörülmuş bir kriterdir<sup>423</sup>. Kanun koyucu belli bir fiziksel ve ruhsal olgunluğa erişmeyen çocukların cinsel davranışlara karşı göstereceği rızaya değer atfetmemiş ve bu çocukların rızalarını mutlak olarak geçersiz kabul etmiştir<sup>424</sup>.

Doktrinde birçok yazar "mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olması" ifadesinin yerinde bir düzenleme olmadığını ve bu

<sup>421</sup> Şen, 2006: 396; Değerlendirmenin talep halinde ya da Cumhuriyet Savcılığı veya mahkeme tarafından gerekli görülen hallerde yapılması gerektiğine dair bkz. Tuğrul, 2010: 281; Köse Şahin, 2009: 51.

<sup>422</sup> Ünver, 2008: 315; Aydın, "fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği" ibaresinin ceza hukukunda fail için kullanılan bir ölçüt olduğunu, mağdur açısından bu ölçütün aranmasının yerinde olmadığını ve bunun yerine çocuğun cinsel olgunluğa erişmemiş olmasının aranması gerektiğini ileri sürülmüştür. Bkz. Aydın: 160

<sup>423</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 364; Ataç, 2013: 115.

<sup>424</sup> Yenidünya, 2005: 3303; Memiş Kartal, 2014: 149.

düzenlemenin “mağdurun fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olması” şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>425</sup>. Gerçekten de 15 yaşını bitirmiş olan bir çocuğun kendisine karşı işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını her zaman için bilebilmesi mümkün değildir. Algılama yeteneğinin varlığının tespiti bakımından kişinin işlediği (bu düzenleme bakımından kendisine karşı işlenen) fiilin sosyal değerini idrak edebilmesi yeterli olup, hukuki anlam ve sonuçlarını bilmesine gerek yoktur<sup>426</sup>. Dolayısıyla mağdurda aranması gereken özellik, mağdurun fiilin hukuksal açıdan ne anlama geldiğini bilmesi değil; kendi vücudu ve cinsel bütünlüğü üzerinde ne anlam ifade ettiğini anlayabilmesidir<sup>427</sup>. Yargıtay da vermiş olduğu bazı kararlarda “fiilin hukuki anlam ve sonuçları” ifadesi yerine fiilin anlam ve sonuçları ifadesini kullanmayı tercih etmiştir<sup>428</sup>.

Mağdurun fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayacak olduğu durumlara mağdurun akıl hastalığı, akıl zayıflığı, zeka, bilgi ve görgü geriliği örnek olarak verilebilecektir<sup>429</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki akıl hastalığı veya akıl zayıflığının mevcut olduğu her durumda mağdurun verdiği rızanın doğrudan geçersiz olduğunu savunmak mümkün değildir. Akıl hastalarının durumuna ayrıca dikkat çekmek istediğimizden bu hususu ayrı bir başlık altında değerlendirmek istiyoruz.

### 2.3.1.3.3.2 Akıl Hastalarının Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Mağduru Olup Olamayacakları Sorunu

Yukarıda da açıkladığımız üzere 15-18 yaş aralığında bulunan çocukla cinsel ilişkiye girilmesi halinde TCK m.103’ün mü yoksa TCK m.104’ün mü uygulanacağı, mağdurun fiilin anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamamasına göre belirlenmektedir<sup>430</sup>. Acaba 15-18 yaş

<sup>425</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 364; Şen, 2006: 398; Taner, 2013: 271; Memiş Kartal, 2014: 152; Ersözoğlu, 2010: 42.

<sup>426</sup> Hakeri, 2015: 380; Koca ve Üzülmüş, 2015a: 296; Toroslu, 2015: 16; Özgenç fail bakımından yaptığı değerlendirmede, failin işlediği fiilin haksızlık teşkil ettiği hususunda bilgi sahibi olmasının yeterli olduğunu, ayrıca failin işlediği fiilin cezaya layık bir fiil olup olmadığı hususundaki bilgisinin araştırılmasına gerek olmadığını belirtmektedir. Bkz. Özgenç, 1993: 254.

<sup>427</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 344; Taner, 2013: 271; Horozgil, 2011: 124.

<sup>428</sup> “... mağdurun kendisine karşı işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olup olmadığı konusunda Adli Tıp Kurumundan rapor alındıktan sonra, sonucuna göre hüküm kurulması...” (Yar.14.CD, E: 2011/22180, K: 2013/11403, T: 12.11.2013). Karar için bkz. Aydın, 2014: 262; Ayrıca bkz. (Yar.5.CD., E: 2009/12807, K: 2010/317, T: 25.01.2010). Karar için bkz. Tuğrul, 2010: 365.

<sup>429</sup> Soyaslan: 250; Özbek, 2008b: 628.

<sup>430</sup> “Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan sanıklar S.S., Y.O., A.C., T.A. ve S.A.’ın yapılan yargılamaları sonunda; atılı suçtan eylemlerinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğunun kabulüyle şikâyet yokluğu sebebiyle sanıklar hakkındaki kamu davalarının düşürülmesine dair Aksaray Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 25.3.2008 gün ve 2007/96 Esas, 2008/63 Karar sayılı hükümlerin süresi içinde Yargıtay’ca incelenmesi katılan vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğname ile Daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü: “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 algılama yeteneğinin gelişmiş olup olmadığı

aralığında bulunan mağdur, aynı zamanda akıl hastası ise doğrudan mağdurun fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamadığı gerekçesiyle çocukların cinsel istismarı suçunun oluştuğu mu kabul edilecektir; yoksa akıl hastası olan mağdurun cinsel ilişkiye verdiği rızaya bir değer atfedilerek reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluştuğu ileri sürülebilecek midir<sup>431</sup>?

Akıl hastalıklarının cinsellik ve cinsel hayat üzerinde önemli etkilerinin olduğu muhakkaktır<sup>432</sup>. Akıl hastalarının cinselliği anlama ve cinsel ihtiyaçlarını karşılama fırsatları normal insanlara göre daha kısıtlı olduğundan, cinsel istismara uğrama riskleri daha yüksektir<sup>433</sup>. Özellikle akıl hastası olan çocuklar kendilerine gösterilen yakınlık ve ilgiyi bir sevgi gösterisi olarak değerlendirebilir ve cinsel bir yakınlaşmayı sömürdüklerinin farkında olmadan sessizce kabul edebilirler<sup>434</sup>. Bu sebeple 15-18 yaş aralığında bulunan ve akıl hastası olan çocukların cinsel davranışlara karşı gösterdikleri rızaya hukuken değer atfederken çok ihtiyatlı olunmalıdır. Ancak -her ne kadar aksi yönde görüşler mevcut olsa da- akıl hastalarının da cinsel hislerinin ve cinsel yaşamlarının var olduğu inkar edilemez bir realitedir<sup>435</sup>. Bu sebeple akıl hastalarının cinsel davranışlara karşı gösterdikleri rızanın mutlak surette geçersiz olduğunu kabul etmek doğru bir yaklaşım olmayıp<sup>436</sup>; söz konusu akıl hastalığının “mağdurun fiilin anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğini” ne ölçüde etkilediği araştırılmalıdır<sup>437</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında 18 yaşından büyük ve akıl hastası olan mağdurun cinsel davranışlara karşı göstereceği rızanın mutlak surette geçersiz olacağına hükmetmiştir<sup>438</sup>. Kararın ilgili bölümü şu şekildedir;

*“...Bu koşullara göre uyumsuzluğun sağlıklı bir hukuki zemine oturtulabilmesi için, akıl ve ruh hastalıkları sebebiyle fiil ehliyeti bulunmayan 18 yaşından büyüklerin cinsel dokunulmazlıkları ile bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlüklerinin bulunup bulunmadığının, dolayısıyla da bu konudaki*

---

*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...”* (Yar. 14.CD, E: 2011/3898, K: 2012/8630, T: 19.9.2012) (www.kazanci.com).

<sup>431</sup> 765 S. TCK döneminde akıl veya beden hastalığından dolayı fiile mukavemet edemeyecek bir kişinin ırzına geçen kişi m.416/1 (ırza geçme suçu) kapsamında sorumlu tutuluyordu. Yani akıl hastalığı mefruz cebirin bir türü olarak öngörülmüştü. Bkz. Önder, 1985: 240; Dülger: 130.

<sup>432</sup> Östman, 2008: 355.

<sup>433</sup> Topçu, 2009: 144; Kır, 2013: 793.

<sup>434</sup> Yıldırım Doğru: 82.

<sup>435</sup> Doyle, 2010: 118.

<sup>436</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 354; Türkiye'nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesinin 22. maddesine göre “hiçbir engellinin özel hayatına, ailesine, konutuna, haberleşmesine ve diğer tür iletişimine keyfi veya hukuka aykırı şekilde müdahale edilemeyecektir.” Bkz. Doyle, 2010: 129. Dolayısıyla akıl hastalarının cinsel hayatlarına hukuka aykırı bir şekilde müdahale edilemeyecektir.

<sup>437</sup> Her akıl hastalığı mağdurun algılama yeteneğini aynı şekilde ve aynı ölçüde etkilemez. Örneğin oligofreninin (zeka geriliği) bir türü olan embesillerde algılama ve kavrama yeteneği çok düşük olup, bu kişiler genellikle sosyal normları dahi öğrenemezler. Bkz. Ünver, 1989: 29. Dolayısıyla embesil olan bir kişinin cinsel davranışların anlamını ve sonuçlarını anlaması pek mümkün gözükmemektedir.

<sup>438</sup> (Yar.CGK., E: 2011/5-230, K: 2011/273, T: 20.12.2011). (www.kazanci.com)

*rızalarının geçerli olup olmadığının belirlenmesi zorunluluğu doğmaktadır. Bunun için de Medeni Yasaya başvurulması gerekmektedir.*

*4721 Sayılı Medeni Kanununun 13. maddesinde, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu, 10. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyetinin bulunduğu, 11. maddesinde, erginliğin on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlayacağı, 14. maddesinde, ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyetinin olmadığı, 15. maddesinde de, kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı hüküm altına alınmıştır.*

*Bu düzenlemelere göre, akıl ve ruh hastalıklarıyla akıl zayıflığı nedenlerinden dolayı akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olan 18 yaşından büyüklerin cinsel dokunulmazlıkları ile bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlükleriyle ilgili açıkladıkları rızalarının geçerli olmadığı, buna bağlı olarak da rızalarının hukuka uygunluk nedeni olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.”*

Kararın tamamı incelendiğinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun psikolojik problemleri olan mağdurun kendisine karşı yapılan cinsel davranışların anlamını ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olup olmadığı ve dolayısıyla akıl hastalarının da belli şartlarda cinsel özgürlüklerinin olabileceği hususunda herhangi bir değerlendirme yapmadığı görülmektedir. Söz konusu karara katılmamız mümkün değildir<sup>439</sup>.

Somut olay bakımından öncelikle akıl hastalığı bulunan mağdurun cinsel davranışlara rıza gösterme ehliyetinin olup olmadığı tespit edilmelidir. Kararda yapılan açıklamalara bakıldığında Yargıtay'ın rıza gösterme ehliyetini hukuki işlem ehliyetine eşdeğer gördüğü anlaşılmaktadır<sup>440</sup>. Bize göre ceza hukuku bakımından rıza ehliyetinin olup olmadığı tespit edilirken, kişinin somut olay bakımından rıza gösterdiği fiilin anlamını, kişisel ve sosyal sonuçlarını anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olup olmadığına bakılmalıdır<sup>441</sup>. Dolayısıyla akıl hastasının hukuki işlem ehliyetine sahip olmaması doğrudan kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlara rıza gösteremeyeceği anlamına gelmemelidir. Aksinin kabulü akıl hastalarıyla cinsel ilişkiye giren herkesin suçlu kabul edilmesini ve akıl hastalarının cinsel hayatlarının yok olmasını sonuçlayacaktır<sup>442</sup>.

Akıl hastası kişinin cinsel ilişkiye gösterdiği rızaya hukuken değer atfederken herhangi bir zorlama olmadan kendi isteği ile cinsel ilişkiye girmesi, cinsel ilişkiden herhangi bir fiziksel veya psikolojik zarar görmeyip bilakis zevk alıyor olması, cinsel ilişkiye girdiği kişiyle maddi veya manevi bir bağımlılığının bulunmaması, cinsel davranışa sözlü veya

<sup>439</sup> Kararın eleştirisi ve akıl hastalarının da cinsel özgürlüklerinin olabileceğine dair bkz. Yücel, [www.vehukuk.org](http://www.vehukuk.org) (erişim tarihi: 20.02.2016).

<sup>440</sup> Rıza ehliyetinin belirlenmesine ilişkin görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekici Şahin, 2012: 136-150.

<sup>441</sup> Ekici Şahin, 2012: 150.

<sup>442</sup> Taner, 2013: 165.

fiziksel direnme ve tepki gösterme imkanı varken direnç göstermemiş olması, failin mağdurun mevcut durumunu kötüye kullanmamış olması gibi kriterler göz önünde bulundurulabilecektir<sup>443</sup>. Ancak tüm bu şartlar sağlanmış olsa da geçerli bir rızanın bulunması için kişinin rıza gösterdiği cinsel davranışın anlam ve sonuçlarını algılayabiliyor olması gerekmektedir<sup>444</sup>. Mevcut olan akıl hastalığının, kişinin cinsel davranışların anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğini etkileyip etkilemediği belirlenirken bilirkişiye başvurulmalıdır<sup>445</sup>. Yargıtay bu tespitin bilirkişiye başvurmaksızın yapılmasını eksik inceleme sayarak bozma sebebi kabul etmektedir<sup>446</sup>.

Bize göre 15-18 yaş aralığında bulunan ve akıl hastası olan kişilerle cinsel ilişkiye girilmesi halinde doğrudan cinsel istismar suçunun oluşacağını kabul etmek doğru bir yaklaşım değildir. Bu yaş grubunda olup akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olan kişilerin de bazı durumlarda cinsel ilişkiye gösterdikleri rızaya hukuken önem atfedilerek reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olabilecekleri söylenebilir. Ancak söz konusu tespitin büyük bir titizlikle yapılması gerekmektedir. Nitekim mevzu bahis olan kişinin hem akıl hastası hem de çocuk olduğu ve bu sebeple normal olan yaşlılarına oranla daha fazla korumaya muhtaç olduğu göz ardı edilmemelidir.

#### **2.3.1.3.4 Evlenme Yoluyla veya Mahkeme Kararıyla Ergin Olmuş Kişinin Mağdur Olup Olamayacağı Sorunu**

Bilindiği üzere MK m. 124 hükmüne göre 17 yaşını dolduran bir kimse kanuni temsilcisinin rızası ile; 16 yaşını dolduran bir kimse de olağanüstü durumların veya pek önemli sebeplerin varlığı halinde hakimın izni ile evlenebilecektir<sup>447</sup>. MK m. 11/2' ye göre

<sup>443</sup> Doyle, 2010: 118-119; Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 354.

<sup>444</sup> Doyle, 2010: 121.

<sup>445</sup> Doktrinde özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasının zorunlu olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. Dülger, 2007: 662.

<sup>446</sup> *Ordu Devlet Hastanesinin 31.1.2013 tarihli kati raporunda hafif düzeyde mentalretarde olduğu fiilin hukuki sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yaşına uygun düzeyde gelişmediği, kendisini savunabilecek düzeyde olmadığı saptanan mağdurenin dava dosyasıyla birlikte Adli Tıp Kurumuna sevkiyle suç tarihi itibarıyla fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olup olmadığı, maruz kaldığı fiile beden ve ruh bakımından mukavemet edip edemeyeceği herhangi bir akıl hastalığının bulunup bulunmadığı, var ise durumunun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı ve ifadelerine itibar edilip edilemeyeceği hususlarında rapor alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi, (Yar.14.CD., E: 2014/7208, K: 2014/11334, T: 20.10.2014), (www.kazanci.com). Ayrıca bkz. (Yar.14.CD, E: 2014/872; K: 2014/1878; T:18.02.2014). (Karar UYAP'tan alınmıştır.)*

<sup>447</sup> Medeni hukukta 16 yaşındaki bir çocuğun hamile kalmış olması olağanüstü hal veya pek önemli bir sebep olarak kabul edilmekte ve çocuğun evlenmesine izin verilebilmektedir. Bkz. Öztan, 2015: 134. Bize göre bir taraftan söz konusu çocuğun evlenmesine izin verilerek bir anlamda girmiş olduğu cinsel ilişkiye onay verilirken bir taraftan da bu eylemi ceza hukuku anlamında suç kabul ederek faili cezalandırmak çelişki arz etmektedir.



evlenmek kişiyi ergin kılar. Yine MK m.12 hükmünce on beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilecektir.

Görüldüğü gibi Medeni Kanun hükümleri gereğince bir kimse 18 yaşını doldurmadan da ergin olabilmektedir. Bu durumda 18 yaşını doldurmadan evlenme yoluyla veya mahkeme kararıyla ergin (reşit) olan bir kimsenin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olup olamayacağı hususu tartışmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre 104. maddenin başlığı “reşit olmayanla cinsel ilişki” olduğundan 18 yaşından önce evlenme yoluyla veya mahkeme kararıyla reşit olan bir kimse artık bu suçun mağduru olamayacaktır<sup>448</sup>. Bu görüşe göre reşit olmuş bir kimseyle cinsel ilişkiye girmek TCK m.104 bakımından tipik değildir. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda bu görüş doğrultusunda reşit olan bir kişinin bu suçun mağduru olamayacağını belirtmiştir<sup>449</sup>.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise evlenme kişiyi ergin kılacağından ve artık evlenen kişinin cinsel olgunluğu kabul edildiğinden bu kişinin hem eşiyle hem de eşi dışında bir kimseyle rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi suç oluşturmayacaktır. Ancak aynı yazar mahkeme kararıyla ergin olan kişiyle cinsel ilişkiye girilmesi halinde suç oluşacağını, zira mahkeme kararıyla ergin kılınan kişinin henüz cinsel olgunluğa ulaşmadığını ileri sürmektedir<sup>450</sup>.

---

<sup>448</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 380; Koca ve Üzülmöz: 329-330; Yokuş Sevük, 2005: 296; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 3497; Tuğrul, 2010: 507; Aydın, 2014: 91; Memiş Kartal eserinde herhangi bir şekilde “reşit” olmuş bir kimsenin bu suçun mağduru olamayacağı görüşünü kabul etmektedir. Esasen yazarın kabul ettiği bu görüşe göre reşit olmuş bir kişinin hem eşiyle hem de eşi dışında bir kimseyle cinsel ilişkiye girmesi TCK m.104 bakımından tipik değildir. Ancak yazar, eserin bir başka yerinde evlenme yoluyla ergin olan kişinin eşiyle yaşadığı cinsel ilişkinin suç teşkil etmediğini, buna karşın eşi dışında bir başkasıyla cinsel ilişkiye girmesinin suç teşkil edeceğini belirtmektedir. Bkz. Memiş Kartal, 2014: 131-132; Beyazıt madde başlıklarının metne dahil olduğunu belirterek herhangi bir şekilde “reşit” olan bir kişinin bu suçun mağduru olamayacağını kabul etmiştir. Yani yazar eylemin tipik olmadığı görüşündedir. Ancak yazar eserin farklı bir yerinde evlenme yoluyla reşit olan kişinin eşiyle girdiği cinsel ilişkiyi hakkın kullanılması olarak değerlendirmiştir. Yazarın söz konusu eylemi, tipik olmadığı gerekçesiyle mi yoksa hukuka uygunluk sebebinden dolayı mı suç kabul etmediği net olarak anlaşılmamaktadır. Bkz. Beyazıt, 2010: 296, 302.

<sup>449</sup> “ ... *saniğin mağdure ile rızası ile cinsel ilişkide bulunduğu 17.02.2004 gününden önce mağdurenin evli olduğu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 11/2.maddesinin 'evlenme kişiyi ergin kılar' hükmü karşısında, reşit olan kişi ile rızası ile cinsel ilişkide bulunmanın suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden...*” (Yar.14.CD, E: 2011/12610, K: 2012/460, T: 19.01.2012). Karar için bkz. Gündüz, 2015: 297. Olay 765 S. TCK döneminde yaşanmış olsa da Yargıtay'ın lehe kanun bakımından herhangi bir değerlendirme yapmamış olması, 5237 S. TCK döneminde de “reşit” olan bir kimsenin bu suçun mağduru olamayacağını düşündüğünü göstermektedir.

<sup>450</sup> Taner, 2013: 330-331. Yazarın evlenme yoluyla ergin olan kimse ile cinsel ilişkiye girme fiillerinin TCK m.104 bakımından tipik olmadığını düşündüğü anlaşılmaktadır. Ancak bu görüşten yola çıkıldığında mahkeme kararıyla ergin olan kişinin de bu suçun mağduru olarak kabul edilmemesi gerekirdi. Zira madde başlığından yola çıkılıyor ise her iki şekilde ortada reşit olmuş bir kimse bulunmaktadır. Ayrıca yazar eserin “Fail” başlığı altında, mağdur bakımından yapılan açıklamaların fail bakımından de geçerli olduğunu belirtmiş ancak 18 yaşından önce evlenme yoluyla ergin olan kişinin gerçek yaşına göre uygulama yapılması gerektiğini dolayısıyla bu suçun faili olamayacağını ileri sürmüştür. Bkz. Taner, 2013: 331.

Doktrindeki üçüncü bir görüşe göre TCK m.104 hükmü mağduru medeni durumu itibarıyla değil yaş itibarıyla belirlemiştir. Bu sebeple bu görüşe göre 18 yaşını tamamlamadan mahkeme kararıyla ergin olan kişi bu suçun mağduru olabilecektir. Ancak aynı görüş evlenme ile ergin olma durumunda cinsel ilişkinin eş ile ya da eş dışında üçüncü bir kişi ile gerçekleştirilmesini ayrı değerlendirmektedir. Buna göre Medeni Kanun eşlere evlilik birliği içerisinde birbirleri üzerinde cinsel tasarrufta bulunma hakkı verdiğiinden 18 yaşından önce evlenme yoluyla ergin olan kişinin eşiyle rıza dahilinde gerçekleştirdiği cinsel ilişkiler hakkın kullanılması olarak değerlendirilecek ve hukuka uygun kabul edilecektir. Ancak söz konusu kişinin eşi dışında üçüncü bir kişiyle cinsel ilişkiye girmesi suç teşkil etmeye devam edecektir. Zira kişi henüz 18 yaşını tamamlamamıştır ve evlenmeden kaynaklanan hukuka uygunluk sebebi de yalnızca eş bakımından uygulama alanı bulabilecektir<sup>451</sup>.

Biz de mağdurun belirlenmesi bakımından üçüncü görüşün isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Yukarıda da açıkladığımız üzere her ne kadar madde başlığı “reşit olmayanla cinsel ilişki” olarak düzenlenmiş olsa da, madde başlığı metne dahil değildir ve ancak maddenin yorumlanmasında göz önünde bulundurulabilir. Madde metni ise suçun mağdurunu yalnızca yaş kıstasını göz önünde bulundurarak belirlemiş, mağdurun reşit olup olmamasına önem vermemiştir.

Ayrıca burada 18 yaşını doldurmadan evlenme yoluyla ya da mahkeme kararıyla ergin olmanın hukuk düzenimiz bakımından etkileri de incelenmelidir. Medeni hukuk düzenine göre 18 yaşını doldurmadan ergin olan kimse bütün hakları kendi başına kullanabilmektedir. Ancak bir hakkın kullanılması kanun tarafından belli bir yaşın doldurulması şartına bağlanmış ise kişi kanunda belirtilen yaşa ulaşmadan bu hakkı kullanamayacaktır. Örneğin 15 yaşında mahkeme kararıyla ergin kılınan bir kimse, yasal evlenme yaşına gelmeden evlenemeyecektir. Dolayısıyla kişinin ergin kılınmış olması 18 yaşını doldurduğu anlamına gelmeyecek, küçük aynı yaşında kalmaya devam edecektir<sup>452</sup>. Ceza hukukumuz da kişinin serbestçe cinsel ilişkiye girme hakkını kullanabilmesi için 18 yaşını doldurmuş olma şartı aramaktadır. Bu sebeple 18 yaşını doldurmamış olan bir kimse, daha önce ergin olsa dahi bu hakkını serbestçe kullanamayacak, daha doğru bir ifadeyle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olmaya devam edecektir.

<sup>451</sup> Kanbur, 2015: 4161-4162; aynı yönde bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 366-367; Soyaslan: 252; Köksal, 2015: 692-693; Gündel, 2009: 150; Malkoç, TCK'nın ilk yürürlüğe girdiği dönemlerde herhangi bir şekilde reşit olan kişinin bu suçun mağduru olamayacağı görüşünü savunmuş, fakat daha sonra görüş değiştirerek 18 yaşını doldurmamış herkesin bu suçun mağduru olabileceğini kabul etmiştir. Ancak yazar evlilik birliği içerisinde gerçekleşen cinsel ilişkilerin durumuna dair herhangi bir tespit bulunmamıştır. Bkz. Malkoç, 2013: 1821.

<sup>452</sup> Akipek, Akıntürk ve Ateş Karaman, 2013: 300; Oğuzman, Seliçi ve Oktay Özdemir, 2013: 68.

Ancak burada 18 yaşını doldurmadan evlenme yoluyla ergin olan kişinin bu suçun mağduru olup olamayacağı hususu üzerinde ayrıca durmakta fayda vardır. Nitekim madde metninde 15 yaşını doldurmuş çocuktan bahsedildiği için burada sanki 17 yaşında evlenen bir çocuğun eşiyle cinsel ilişkiye girmesi suç teşkil edecekmiş gibi bir izlenim doğmaktadır<sup>453</sup>. Bize göre kişinin eşiyle ve eşi dışında üçüncü bir kişiyle girdiği cinsel ilişki eylemlerini ayrı ayrı değerlendirmekte fayda vardır.

Medeni Kanun hükümleri eşlere evlilik birliğinin mutluluğunu temin etme (MK m.185/2) ve birbirlerine karşı sadık kalma (MK m.185/3) yükümlülüğü yüklemiştir. Evlilik birliği maddi, manevi ve cinsel anlamda bir birlik olduğundan eşler tüm bu konularda birbirlerine karşı yardım etmekle ve sadık kalmakla yükümlüdür<sup>454</sup>. Evlilik birliğinin eşlere yüklediği bu yükümlülükler, aynı zamanda bir hak da teşkil etmektedir ve her eş diğerinden bu hakkı talep edebilecektir<sup>455</sup>. Dolayısıyla evlilik birliği eşlere birbirleri ile cinsel ilişkiye girme hakkı tanımaktadır. Bu sebeple 18 yaşını doldurmadan evlenme yoluyla ergin olmuş kişinin rıza dahilinde eşiyle cinsel ilişkiye girmesi bir hakkın kullanılması olarak kabul edilecek ve hukuka uygunluk sebebi teşkil edecektir<sup>456</sup>. Burada gerçekleştirilen fiil, kişi “reşit” olduğu için değil, medeni hukuktan doğan hakkın kullanılması sebebiyle suç teşkil etmeyecektir<sup>457</sup>. Yani esasen fiil TCK m.104 kapsamında tipiktir fakat ortada bir hukuka uygunluk sebebi mevcut olduğundan suç teşkil etmeyecektir<sup>458</sup>.

Ancak bir hususun altını önemle çizmekte fayda vardır. Burada hakkın kullanılması olarak nitelendirilen durum eşlerin birbirleriyle rıza dahilinde cinsel ilişkiye girmesi halidir.

<sup>453</sup> Ünver, Bu düzenlemeye göre 15-18 yaş aralığında bulunan evli çocuğun eşiyle cinsel ilişkiye girmesinin de suç teşkil edeceğini ve bu düzenlemenin evlilik kurumunun mantığı ile çeliştiğini; bu sebeple “reşit olmamış” ifadesinin madde metnine eklenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Ünver, 2008: 318. Ancak yazar daha önceki bir eserinde TCK Tasarısı’nın 316/3. maddesinde yer alan ve hükmen veya evlenme suretiyle reşit olan veya kılınan kişilerin bu suçun mağduru olamayacağını düzenleyen hükmü eleştirmiş, söz konusu suçun kişinin medeni haline göre değil yaşına göre düzenlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Ünver, 2003: 68.

<sup>454</sup> Öztan, 2015: 197-198; Dural, Ögüz ve Gümüş, 2013: 157.

<sup>455</sup> Öztan, 2015: 202.

<sup>456</sup> Kanbur, 2013: 39; Taner bu görüşü, eşlerin evlilik birliği içerisinde zorla da olsa birbirleri ile cinsel ilişkiye girme yükümlülükleri varmış gibi yorumlamış ve eleştirmiştir. Bkz. Taner, 2013: 87. Oysa söz konusu görüşte hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilen hak, bir eşin diğeriyle zorla cinsel ilişkiye girme hakkı değil, eşlerin evlilik birliği içerisinde “rıзалarıyla” cinsel ilişkiye girme haklarıdır. Ekici Şahin’ de 16-18 yaş aralığında bulunan kişinin rızasıyla eşiyle cinsel ilişkiye girmesinin suç teşkil etmeyeceğini, ancak eşi dışında başka bir kimseyle rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi halinde eylemin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağını belirtmektedir. Ancak yazar bu durumun bir hukuka uygunluk sebebi teşkil edip etmeyeceği yönünde herhangi bir açıklamada bulunmamıştır. Bkz. Ekici Şahin, 2015: 422

<sup>457</sup> Doktrinde Şimşek, 16-18 yaş aralığında bulunan eşin, eş sıfatının değil de yaş durumunun göz önünde bulundurulması halinde eşler arasında gerçekleştirilen cinsel ilişkinin TCK m.104 bakımından suç teşkil etmeye devam edeceğini ileri sürmekte ve evlilik birliğinin bu ilişkiyi hukuka uygun hale getirmeyeceğine işaret etmektedir. Bkz. Şimşek, 2015: 342; Ancak yazar bu görüşünde eşler arasında rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel ilişkilerin Medeni Kanun kapsamında bir hakkın kullanılması olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunu göz ardı etmektedir.

<sup>458</sup> Kanbur, 2015: 4179.

Yoksa bir eşin rızası olmadan eşiyile cinsel ilişkiye girmesi elbette ki bir hakkın kullanılması olarak değerlendirilemeyecek ve bu eylem suç teşkil etmeye devam edecektir<sup>459</sup>.

Evlenme yoluyla ergin olmuş kişinin eşi dışında bir kişiyle rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi halinde eylem yine reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında değerlendirilecektir. Zira evlilik birliğinden kaynaklanan “hakkın kullanılması” hukuka uygunluk sebebi yalnızca eşler bakımından uygulama alanı bulabilecektir.

Doktrindeki bir görüşe göre 18 yaşını doldurmadan evlenme yoluyla ergin olmuş bir kişinin eşiyile rıza dahilinde cinsel ilişkiye girmesi hukuka uygun kabul edilirken, aynı kişinin eşi dışında bir kişiyle, örneğin nişanlısı ya da erkek arkadaşıyla cinsel ilişkiye girmesi suç teşkil edecek ve bu durum eşitlik ve adalet ilkelerine aykırılık teşkil edecektir<sup>460</sup>.

Her ne kadar pozitif hukuk düzenlemelerinin sonucu olarak kişinin eşiyile gerçekleştirdiği cinsel ilişki eylemlerinin hukuka uygun olduğu, eşi dışındaki kişilerle gerçekleştirdiği cinsel ilişki eylemlerinin ise suç olma vasfını devam ettirdiği sonucuna ulaşmış olsak da olması gereken hukuk açısından yukarıdaki görüşe katılıyoruz. Bize göre bir kişinin eşiyile gerçekleştirdiği cinsel ilişkiler bakımından cinsel gelişimini tamamladığını; eşi dışında başka bir kimseyle gerçekleştirdiği cinsel ilişkiler bakımından ise cinsel gelişimini henüz tamamlamadığını öne sürmek tutarlı bir görüş değildir<sup>461</sup>. Aksinin kabulü bu suçla cinsel özgürlüğün ve çocuğun cinsel gelişiminin değil toplumsal bazı değerlerin korunduğu sonucunu ortaya çıkartacaktır.

Burada Kanuna (1997 Tasarısında yer alan hükme benzer bir şekilde) “*evlenme yoluyla ergin olan kişilere karşı işlenen fiiller hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.*” şeklinde bir hüküm eklenmek suretiyle sorunun çözümlenebileceği ileri sürülebilir. Ancak bu durumda da aynı cinsel gelişmişlik düzeyinde ve aynı yaşta olan iki kişiden evli olanın cinsel özgürlüğü üzerinde serbestçe tasarrufta bulunmasına imkan verilirken, evli olmayanın cinsel özgürlüğü üzerinde tasarruf hakkı kısıtlanmış olacaktır.

Kanaatimizce eğer bir kimse hukuk düzeninin kabul ettiği evlenme yaşını tamamlamış ise o kişinin artık cinsel özgürlüğü üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesine de izin verilmelidir.

<sup>459</sup> Eşin cinsel birliktelikten kaçınması diğer şartlar da mevcut ise ancak bir boşanma sebebi olarak kabul edilebilecektir. Bkz. Öztan, 2015: 684. Ayrıca bkz. (Yar. 2.HD., E: 2013/8470, K: 2013/22050, T: 26.09.2013), (www.kazancı.com). Ancak bu durum asla kişiye eşiyile zorla cinsel ilişkiye girme hakkı vermeyecektir. Bkz. Ünver, 2011: 241.

<sup>460</sup> Memiş Kartal, 2014: 132.

<sup>461</sup> Aynı yönde bkz. Akbulut: 548; Köksal, görüşümüzün aksine evlenme yoluyla ergin olan kişinin eşiyile yaşadığı cinsel ilişki sebebiyle cinsel gelişiminin zarar görmeyeceğini, eşi dışında üçüncü bir kişiyle cinsel ilişki yaşaması halinde ise bu durumun kişinin doğru ve düzgün cinsel gelişimine zarar vereceğini belirtmektedir. Bkz. Köksal, 2015: 693.

Bu sebeple hukuk düzenimiz açısından bir kişinin 16 yaşını tamamlamakla cinsel hayatı üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesine imkan sağlayacak bir düzenleme yapılabilir.

#### 2.3.1.4 Fiil

TCK'nın 104. Maddesinde, failin 15 yaşını doldurmuş olan bir çocukla cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkide bulunması suç olarak düzenlenmiştir. Aşağıda detaylı olarak açıklayacağımız üzere eylemin cebir, tehdit, ve hile olmaksızın işlenmiş olması, doktrinde eylemin mağdurun rızası ile işlendiği şeklinde yorumlanmaktadır. Bu açıklamalar ışığında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun fiil unsurunu rıza ile cinsel ilişkide bulunmak oluşturmaktadır. Çalışmamızda öncelikle cinsel ilişki kavramını açıklayıp, daha sonra rıza bahsi üzerinde duracağız.

##### 2.3.1.4.1 Cinsel İlişki

###### 2.3.1.4.1.1 Genel Açıklamalar

TCK'nın 104. maddesinin tipikliğinde “ *on beş yaşını doldurmuş olan çocukla cinsel ilişkide bulunma*” ifadesi kullanılmış, 103. maddenin aksine “cinsel davranış” ibaresine yer verilmemiştir. Kanunun bu düzenlemesi itibarıyla, 15 yaşını doldurmuş olan çocuklar cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlara rıza gösterebilecektir<sup>462</sup>. Ancak kanunda cinsel ilişki kavramından ne anlaşılacağına ilişkin herhangi bir tanım yer almamaktadır.

Daha önce de açıkladığımız üzere 765 S. TCK döneminde cinsel ilişki doktrin ve Yargıtay tarafından “*aktif failin tenasül organını diğerinin vücuduna normal veya anormal yoldan kısmen veya tamamen sokması*” olarak tanımlanmaktaydı<sup>463</sup>. Bu tanıma göre failin mağdurun vücuduna cinsel organ dışında sair cisim sokması cinsel ilişki kapsamında değerlendirilmiyordu<sup>464</sup>.

5237 S. TCK'nın 104. maddesinde, TCK'nın 102/2 ve 103/2. maddelerinde yer alan “*vücuda organ veya sair cisim sokma*” hipotezinin terk edilip “*cinsel ilişki*” ibaresine yer verilmesi sonucu, mağdura cinsel organ dışında başka bir organ ya da sair cisim sokulması

<sup>462</sup> “...mağdureyle cinsel ilişkiye girmek isteyen sanığın mağdurenin acı duyduğunu söylemesi ve istememesi üzerine ilişkiden gönüllü olarak vazgeçtiğinin anlaşılması karşısında sevişme şeklindeki cinsel ilişki içermeyen, cinsel nitelikteki eylemlerin mağdurenin yaşı ve rızası dikkate alındığında suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden...” (Yar.14.CD., E: 2011/9297, K: 2013/2448, T: 11.03.2013). (www.kazanci.com).

<sup>463</sup> Dönmezer, 1983: 53-54; Önder, 1985: 234; Bakıcı, 1994: 9. Ayrıca bkz. (Yar.CGK., E: 1990/5-101, K: 1990/156, T: 4.6.1990). (www.kazanci.com). Bu dönemdeki bazı görüşlere göre gayri tabi (doğal olmayan) cinsi münasebetler de cinsel ilişki kapsamına girmeyecektir. Bkz. Erem, 1986: 232.

<sup>464</sup> Bahsedilen cinsel ilişki tanımı bu dönemde, insanların cinsellikle ilgili yeni tercihlerini hiç dikkate almadığı, mağdurun cinsel dokunulmazlığına aynı boyutta zarar veren diğer yoğun cinsel davranışları kapsam dışı bıraktığı gerekçesiyle eleştiriye maruz kalmıştır. Bkz. Akço, 1996: 136.

veya mağdurun ağızına cinsel organ sokulması (oral ilişki) gibi davranışların “cinsel ilişki” kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorunu ortaya çıkmıştır<sup>465</sup>.

Bu soruların cevabı cinsel ilişki kavramının sınırlarının çizilmesiyle ortaya çıkacaktır. Doktrinde cinsel ilişki kavramını dar ve geniş yorumlayan görüşler bulunmaktadır.

#### 2.3.1.4.1.2 Cinsel İlişki Kavramını Dar Yorumlayan Görüşler

Bu görüşe taraftar olanlar cinsel ilişkiyi “*erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi*” şeklinde tanımlamaktadırlar<sup>466</sup>. Bu görüşe göre cinsel ilişki, vajinal yoldan gerçekleştirilebileceği gibi anal yoldan da gerçekleştirilebilecektir<sup>467</sup>. Ayrıca bu tanımın ortaya çıkardığı sonuca göre oral ilişki ve mağdura cinsel organ dışında başka bir organ veya sair cisim sokulması cinsel ilişki kapsamında değerlendirilemeyecektir<sup>468</sup>. Dolayısıyla bir kadının başka bir kadına penis duhül ettirmesi fiziken mümkün olmadığından bu suç iki kadın arasında işlenemeyecektir.

Cinsel ilişki kavramının bu şekilde dar yorumlanması halinde heteroseksüel ve erkek eşcinsel ilişkiye rıza yaşı 18; lezbiyen ilişkiye rıza yaşı ise 15 olarak kabul edilmiş olacaktır. Cinsel yönelimler arasında makul gerekçelere dayanmayan bu ayırım, AİHS m.8’den (Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı) yararlanılması bakımından ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edebilecek niteliktedir<sup>469</sup>.

Doktrinde bir görüş ise esasen cinsel ilişki kavramını dar yorumlamasına rağmen oral ilişkiyi de cinsel ilişki kapsamında değerlendirmektedir<sup>470</sup>. Bu görüş cinsel ilişkiyi cinsel organın mağdura vajinal, anal veya oral yoldan ithal edilmesi olarak kabul etmekte, cinsel organ dışında sair bir cismin mağdura sokulmasını cinsel ilişki kapsamı dışında bırakmaktadır.

<sup>465</sup> Yenidünya’ya göre TCK m.102 ve m.103’de yer alan terminolojinin terk edilmesi sonucunda mağdurun vücuduna sair bir cisim sokulması hali cinsel ilişki olarak değerlendirilemeyecektir ve bu noktada kanunda bir boşluk söz konusudur. Bkz. Yenidünya, 2005: 3304, 3305. Polat da burada cinsel ilişki kavramıyla ilgili bir yorum sorunu olmadığını; kanunda bir boşluk sorunu olduğunu belirtmektedir. Bkz. Polat, 2010: 191.

<sup>466</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 381; Şen, 2006: 405; Yokuş Sevük, 2005: 297; Köksal, 2015: 707; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 3499; Baytemir, 2014: 305; Taner, cinsel ilişki kavramını dar yorumlamakla birlikte böyle bir suç tipinin varlığında ısrar edilecekse maddenin “vücuda organ ya da sair cisim sokma” şeklinde formüle edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Taner, 2013: 334-335.

<sup>467</sup> “... mağdurun rızasıyla anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinin de TCK’nın 104 ve 43. maddelerinde düzenlenmiş olan zincirleme reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması...” (Yar.5.CD., E: 2011/2970, K: 2011/4134, T: 23.05.2011). Karar için bkz. Yurtcan, 2015: 198-199.

<sup>468</sup> Doktrinde oral ilişkinin bilinen cinsel ilişki tanımının dışında kaldığı ve bu sebeple cinsel ilişki olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bkz. Taner, 2013: 334; Ayrıca bkz. Gündel, 2009: 148; Beyazıt, 2010: 300; Ersözoğlu: 12, Elmas, 2010: 30.

<sup>469</sup> Aksakal, 2014: 273.

<sup>470</sup> Özbek, 2008b: 638; Parlar ve Banko, 2014: 330.

Yargıtay oral ilişkinin ve vücuda cinsel organ dışında başka bir organ veya sair cisim sokulmasının cinsel ilişki kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmekte ve cinsel ilişki kavramını dar yorumlamaktadır.

Yargıtay'ın oral ilişkiyi cinsel ilişki kapsamında değerlendirmedeği bir kararı şu şekildedir;

*"... sanığın, rızasıyla mağdurun ağızına 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 mahkumiyetine karar verilmesi...<sup>471</sup>".*

Burada önemine binaen Yargıtay'ın cinsel ilişki kavramını dar yorumlamış olduğu bir kararını daha aktarmak istiyoruz. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir;

*"... Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK'nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında, mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, kayden 10.6.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşını doldurmuş olan mağdureyle rızası ile öpüşüp seviştiği sırada mağdurenin cinsel organına parmağını soktuğu anlaşılan hemsinsi sanığın, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışları sebebiyle hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan beraati yerine, yazılı şekilde düşme karar verilmesi...<sup>472</sup>".*

Biz Yargıtay'ın bahsedilen kararlarına ve cinsel ilişkiyi dar yorumlayan doktrin görüşlerine katılmamaktayız. Kanaatimizce reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile korunan hukuki değer in çocuğun düzgün cinsel gelişimi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, cinsel ilişki kavramını dar yorumlamak mümkün değildir. Zira çocuğa vajinal ya da anal yoldan cinsel organ ithal edildiğinde çocuğun cinsel gelişiminin bozulduğunu; buna karşın cinsel organ dışında başka bir organ (parmak gibi) ya da sair bir cisim (yapay cinsellik organı gibi) sokulduğunda çocuğun cinsel gelişiminin bozulmadığını kabul etmek maddenin düzenleniş amacıyla bağdaşmayacaktır<sup>473</sup>. Nitekim söz konusu fiiller cinsel içerik itibarıyla aynı anlam ve yoğunlukta<sup>474</sup>. Aksi bir kabul, kanun koyucunun mağdura cinsel organ sokulmasını suç olarak kabul ederken neden sair bir cisim sokulmasını suç olarak kabul etmediği sorusunu akla getirecektir. Burada bir an için bu suç tipiyle kanun koyucunun istenmeyen

<sup>471</sup> (Yar. 14.CD., E: 2011/7214, K: 2013/240, T: 16.01.2013). Karar için bkz. Gündüz, 2015: 295. Ayrıca bkz. (Yar.14.CD., E: 2014/9737, K: 2015/11240, T: 02.12.2015). (www.kazanci.com).

<sup>472</sup> (Yar.14.CD., E: 2012/6729, K: 2014/5373, T: 21.04.2014). (www.kazanci.com).

<sup>473</sup> Kanbur, 2015: 4170; Malkoç, 2013: 1823.

<sup>474</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 370; Alman Ceza Kanunu §177/2'de de cinsel davranışın cinsel ilişki ya da benzer şekilde gerçekleştirilmesi suçun nitelikli hali olarak kabul edilmiş; hem cinsel ilişki hem de benzer nitelikteki eylemler bakımından aynı ceza öngörülerek bu davranışların aynı anlam ve yoğunlukta oldukları vurgulanmıştır. Bkz. Koç, 2004: 248-249.

gebeliklerin<sup>475</sup> ve doğumların önüne geçmeyi amaçladığı düşünülebilirse de bu durumda cinsel ilişkinin anal yoldan gerçekleşmesi ya da failin iktidarsız olması durumları kapsam dışı kalacaktır<sup>476</sup>.

Ayrıca belirtmek gerekir ki çocuğa cinsel organ dışında sair cismin sokulduğu bazı durumlarda söz konusu eylemler çocuğun cinsel ve ruhsal gelişimine daha fazla zarar verebilecek niteliktedir. Yaşanmış bir örnek verecek olursak mağdurun cinsel organına ağaç dalı sokulması cinsel organ sokulmasına göre çok daha ağır travmalar yaratacak bir eylemdir<sup>477</sup>. Verilen örnek bakımından çocuğa cinsel organ sokma eyleminin suç olarak kabul edilmesi; buna karşın çok daha vahim bir eylem olan mağdura ağaç dalı sokmanın suç olarak kabul edilmemesi çocuğun üstün yararının korunması ilkesi ile bağdaşmayacaktır.

Son olarak belirtmek isteriz ki cinsel ilişki kavramını dar yorumlayan görüşe karşı çıkmamız ile bu suç tipinin gerekli olmadığına ilişkin görüşlerimiz birbiriyle çelişir nitelikte değildir. Bize göre reşit olmayanla cinsel ilişki gibi bir suç tipinin varlığı sorundur. Ancak kanun koyucu çocuğun cinsel gelişimini korumak amacıyla böyle bir suç ihdas etmiş ise maddenin korunan hukuki değere uygun olarak yorumlanması gerekir. Böyle bir suç tipinin varlığının sorunlu olması, suç tipinde yer alan cinsel ilişki kavramının dar yorumlanarak uygulama alanının daraltılmasını sonuçlamaz.

### 2.3.1.4.1.3 Cinsel İlişki Kavramını Geniş Yorumlayan Görüşler

Doktrinde bir görüşe göre cinsel ilişki ifadesinden flört aşamasını aşan ilişkileri anlamak gerekir<sup>478</sup>. Zira 15 yaşını doldurmuş çocuklar açısından flört aşamasını aşmayan davranışlara TCK m.103/1-b hükmü gereğince izin verilmektedir. Bu görüşün ulaştığı sonuca göre cinsel ilişki mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokulmasıdır.

Ünver, cinsel ilişki ifadesinin hem nitelikli hem de basit cinsel davranışları kapsayacak şekilde anlaşılmaya müsait olduğunu, buna rağmen TCK m.103/1-b hükmü gereğince kanun koyucunun 15-18 yaş aralığında bulunan çocuklara basit cinsel saldırı eylemlerine rıza gösterme hakkı tanıdığını ve dolayısıyla cinsel ilişki kavramının nitelikli cinsel saldırı

<sup>475</sup> Esasen ergenlik döneminde istenmeyen gebeliklerle başa çıkabilmenin yolu bu dönemde cinselliğin yasaklanması değil cinsel eğitimin ve korunma yöntemlerine ulaşılabilirliğin artırılmasıdır. Bkz. Santrock, 2012: 206.

<sup>476</sup> Malkoç, 2013: 1824.

<sup>477</sup> Amerika'da yaşanan bir olayda fail, mağdurun cinsel organına ağaç dalı sokmuş ve bu durum davanın hakimi tarafından normal bir cinsel ilişkiye göre çok daha vahşi bir saldırı olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Donald, 2002: 27.

<sup>478</sup> Soyaslan, 2014b: 256.



eylemleri olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>479</sup>. Yazara göre cinsel ilişki eylemi TCK m.103/2 hükmü gibi vücuda organ ya da sair cisim sokmak olarak anlaşılmalıdır.

Cinsel ilişki kavramını geniş yorumlayan başka bir görüşe göre cinsel ilişki " *kişinin cinsel arzularını tatmin amacıyla, karşısındaki kişi ile kuracağı, kendisini veya onu tatmine yarayan ve cinsel arzuları tatmine elverişli organlara girme ile sonuçlanan tüm eylemler*" olarak kabul edilmelidir<sup>480</sup>. Bu görüşe göre mağdura vajinal, anal, oral yoldan cinsel organ sokulmasının yanında aynı bölgelere sair cisim sokulması da cinsel ilişki kapsamında değerlendirilecektir.

Yukarıda belirtilen görüşlerin ulaştığı ortak sonuca göre cinsel ilişki kavramı mağdurun vücuduna organ ya da sair cisim sokulması şeklinde anlaşılmalıdır. Nitekim doktrinde TCK m.104'ün düzenlemesinde TCK m.102/2 ve 103/2 'deki terminolojinin terk edilmiş olması eleştirilmiş ve bu maddede de doğrudan "vücuda organ ya da sair cisim sokma" formülasyonunun kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>481</sup>. Biz esasen cinsel ilişki kavramını geniş yorumlayan görüşe taraftar olmakla birlikte düzenlemenin "vücuda organ ya da sair cisim sokulması" şeklinde yapılmasının tıpkı TCK m.102/2 ve TCK m.103/2'deki gibi sorunlara yol açacağını düşünmekteyiz<sup>482</sup>. Bize göre maddenin formülasyonu daha spesifik ve şu ihtimalleri kapsayacak şekilde yapılmalıdır;

- *Mağdurun vücuduna cinsel organ sokulması veya failin kendi vücuduna cinsel organ sokturması*
- *Mağdura vajinal veya anal yoldan cinsel organ dışında başka bir organ ya da sair cisim sokulması.*
- *Mağdurun penisine sair cisim sokulması.*

Doktrinde Kanbur da cinsel ilişki teriminin cinsel uzuvların birleşmesini, cinsel organlara cinsel uzuv dışında başka organların ve sair cisimlerin sokulmasını ve ağza cinsel organ sokulmasını (oral ilişki) kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir<sup>483</sup>.

<sup>479</sup> Ünver, 2014b: 47. Benzer yönde bkz. Aksakal, 2014: 260; Üzülmöz, bu görüşün aksine TCK m.104'de yer alan cinsel ilişki kapsamına girmeyen (dar görüş anlamında) organ ve sair cisim sokmaların bu madde kapsamında değerlendirilemeyeceğini ve dolayısıyla suç oluşturmayacağını belirtmektedir. Bkz. Üzülmöz, 2009a: 34.

<sup>480</sup> Aydın, 2014: 93.

<sup>481</sup> Ünver, 2014b: 48; Koca ve Üzülmöz: 331.

<sup>482</sup> TCK m.102/2 ve m.103/2'de organ veya sair cismin vücudun hangi bölgelerine sokulacağı açıkça belirtilmemiştir. Ancak 102.maddenin gerekçesinde sokmanın "vajinal, anal veya oral yoldan" olması gerektiği belirtilmiştir. Bu düzenlemeler karşısında örneğin mağdurun kulağına, burnuna veya ağzına sair bir cisim sokmanın nitelikli cinsel saldırı olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışması ortaya çıkmaktadır. Söz konusu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Taner, 2013: 152-156.

<sup>483</sup> Kanbur, 2015: 4170-4172. Ancak yazar eserinin başka bir bölümünde öpme, yalama gibi eylemlerin geniş anlamda cinsel ilişki olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir. Ayrıca yazar kanun metnindeki cinsel ilişki kavramının cinsel davranışlar ya da hareketler olarak değiştirilmesinin daha uygun bir düzenleme olacağını ileri sürmektedir. Bkz. Kanbur, 2015: 4158, 4159. Kanaatimizce maddenin bu şekilde düzenlenmesi, 15-18 yaş

Yazar bu sonuca; -yukarıda da açıkladığımız gibi- madde ile korunan hukuki değer in çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi olduğunu ve cinsel ilişki kavramının bu menfaate uygun olarak yorumlanması gerektiğini belirterek ulaşmaktadır. Yazara göre mağdurun cinsel organına yapay cinsellik organı, parmak gibi cisimler sokulması ya da ağzına cinsel organ ithal edilmesi de en az mağdura cinsel organ sokulması kadar yoğun cinsel anlam içermektedir. Ayrıca yazar cinsel ilişki kavramının geniş yorumlanmasına ilişkin görüşüne bir diğer gerekçe olarak TCK m.225'de düzenlenen hayasızca hareketler suçunun<sup>484</sup> madde gerekçesinde yer alan cinsel ilişki tanımını göstermektedir. Söz konusu maddenin gerekçesinde cinsel ilişki kavramı "*cinsel arzuların tatmini amacına yönelik her türlü davranış*" olarak açıklanmıştır<sup>485</sup>. Yazara göre hem TCK m.104 hem de TCK m.225 de kullanılmış olan "cinsel ilişki" terimi, her iki suç bakımından farklı yorumlanamayacağından TCK m.104'de yer alan cinsel ilişki kavramı da TCK m.225'e paralel olarak geniş yorumlanmalıdır. Ancak bu gerekçenin kabulü halinde örneğin failin mağdurun göğüslerini öpmesi, cinsel organını ellemesi (ve hatta gerekçeye göre öpüşme eylemleri) gibi eylemler de cinsel ilişki kapsamında değerlendirilmiş olacaktır. Böyle bir sonuca ulaşılması durumunda kanun koyucunun 104. maddede cinsel davranışlar ibaresi yerine cinsel ilişki ibaresini kullanmış olması anlamsızlaşacaktır.

Bize göre cinsel ilişkinin varlığından söz edilebilmesi için ilk olarak eylemin içerisinde mutlak cinsel organ sayılabilecek bir organ (vajina-penis-anal bölge) bulunmalıdır<sup>486</sup>. İkinci olarak da eylemde ya bu cinsel organlara herhangi bir organ ya da sair cisim sokulmalı ya da bu organlar (penis) vücudun herhangi bir boşluğuna sokulmalıdır. Böylece mağdurun vajinasına parmak sokulması, ağzına penis sokulması (oral ilişki), -mümkün olduğu takdirde- mağdurun kulağına, burun deliklerine veya göbek deliğine cinsel organ sokulması gibi örnekler cinsel ilişki kapsamında değerlendirilmiş olacaktır. Ancak bu kabule göre mağdurun burnuna veya ağzına kalem ya da parmak sokulması gibi eylemler

---

aralığında bulunan ve esasen cinsel gelişimini büyük ölçüde tamamlamış olan çocukların cinsel özgürlüklerine gereğinden fazla müdahale edilmesi anlamına gelecektir. Benzer yönde bkz. Taner, 2013: 335.

<sup>484</sup> TCK m.225; "*Alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.*"

<sup>485</sup> Madde gerekçesi için bkz. Özgenç, 2005: 977; Doktrinde hayasızca hareketler suçu bakımından cinsel ilişki terimi, öpüşmeden daha yoğun cinsel davranışlar olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Artuk, Gökçen ve Yenedünya: 686.

<sup>486</sup> 765 S. Kanun döneminde zina suçu bakımından cinsel ilişki kavramı yorumlanırken hareketin, içerisinde ancak bir cinsel organ olduğu durumlarda cinsel ilişki olarak kabul edileceği görüşü ileri sürülmekteydi. Bkz. Hafizoğulları, 1983: 125.

somut olayda mutlak cinsel bir organ olmadığından cinsel ilişki kapsamında değerlendirilemeyecektir<sup>487</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre kanun koyucunun TCK'nın 104. maddesinde cinsel davranış yerine cinsel ilişki terimini kullanmış olması karşısında cinsel ilişki kavramının geniş yorumlanması mümkün değildir. Bu görüşe göre cinsel ilişki kavramının geniş yorumlanması halinde vücut temasına dayalı her türlü cinsel davranış cinsel ilişki kapsamında değerlendirilebilecek ve bu durum kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir<sup>488</sup>.

Elbette ki cinsel davranış ile cinsel ilişki kavramları farklı kavramlardır ve kanun koyucu cinsel ilişki terimi ile basit cinsel davranışlardan (TCK m.103/1 anlamında) daha yoğun cinsel eylemleri kastetmektedir<sup>489</sup>. Ancak bu durum cinsel ilişki kavramının bir penisin vajinal ya da anal yoldan mağdura sokulması şeklinde yorumlanmasını gerektirmemelidir. Zira cinsel ilişkinin geniş yorumlanması durumunda da basit cinsel davranışlar cinsel ilişki kapsamında kabul edilmemektedir ve fakat basit cinsel davranış boyutunu aşan eylemler (TCK m.103/2 boyutunda) cinsel ilişki kapsamına alınmaktadır. Esasen yapılan faaliyet kanunilik ilkesinin ihlal edilmesi değil kanunda tanımlanmayan ve sınırı çizilmeyen cinsel ilişki kavramının anlamlandırılmasıdır.

Sonuç olarak belirtmek gerekir maddenin düzenleniş amacı, TCK m.103 ve TCK m.104 de yer alan düzenlemeler birlikte göz önüne alındığında cinsel ilişki kavramının geniş yorumlanması gerekir. Ancak -eğer bu fiillerin suç olarak kabul edilmesi yönündeki irade devam edecekse- maddenin belirlilik ilkesine uygun ve bahsedilen tartışmaları çözecek şekilde yeniden formüle edilmesi gerekmektedir.

---

<sup>487</sup> Yargıtay da TCK m.103/2 bakımından vermiş olduğu bir kararında benzer değerlendirmelerde bulunmuştur; Kararın ilgili kısmı şu şekildedir; "...sokulmak istenen organ ile içine sokulmaya çalışıldığı vücut bölgesinden en az birinin cinsel özellik taşıması gerektiği, failin cinsel organını mağdurun ağızına sokması, vücuda organ sokulması niteliğinde ise de, ağza parmak sokulması veya somut olayımızda olduğu gibi dilin mağdurun ağızına sokulmasının her iki organın da cinsel özellik taşımaması nedeniyle vücuda organ sokulması niteliğinde kabul edilemeyeceği gözetilmeden..." (Yar.14.CD., E: 2014/3281; K: 2014/7140, T: 28.05.2014). Karar için bkz. Gündüz, 2015: 258.

<sup>488</sup> Şen, 2006: 405; benzer yönde bkz. Taner, 2013: 335.

<sup>489</sup> 765 S. Kanun döneminde zina suçu bakımından ileri sürülen görüşlerde zina suçunun maddi unsurunun "cinsel birleşme" değil bu kavrama göre daha geniş bir kavram olan "cinsel ilişki" olduğu ileri sürülmekteydi. Söz konusu görüşler için bkz. Hafizoğulları, 1983: 124-126. Bu görüşün cinsel ilişki kavramı bakımından ulaştığı sonuç ile 5237 S. TCK'nın 104. maddesi bakımından ulaşılan sonuçlar aynı olmamakla birlikte, bahsedilen görüş, cinsel ilişki kavramının anlamlandırılması bakımından göz önünde bulundurulabilir. Aynı yönde değerlendirmeler için bkz. Kanbur, 2015: 4158, dn.55.

### 2.3.1.4.2 Rızanın Varlığı

#### 2.3.1.4.2.1 Rızanın Suçun Bir Unsuru Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceği Sorunu

TCK'nın 103/1-b hükmünde 15-18 yaş aralığında bulunan çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacağı düzenlenmiştir.

TCK m.103/1-b ve TCK m.104 hükmü birlikte göz önünde bulundurulduğunda 15 yaşını bitirmiş bir çocukla cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmadan cinsel ilişkiye girilmesi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacak, bu araç unsurların bulunması halinde çocukların cinsel istismarı suçu gündeme gelecektir<sup>490</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki TCK m.103/1-b'de cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenlere yer verilmesine rağmen TCK m.104'de yalnızca cebir, tehdit ve hileden bahsedilip “iradeyi etkileyen diğer nedenlere” yer verilmemesi yerinde olmamıştır. Zira cebir, tehdit ve hile kapsamına girmeyen ve fakat iradeyi etkileyen diğer durumların mevcut olduğu hallerde (örneğin mağdurun sarhoş olması) esasen gerçekleştirilen eylem TCK m.104' ün tipikliğine uymaktadır. TCK m.104'ün TCK m.103'den farklı bir suç tipi olduğu göz önünde bulundurulduğunda iradeyi etkileyen diğer nedenlere dayalı olarak 15 yaşını bitirmiş bir çocukla cinsel ilişkiye girilmesi durumunda hem TCK m.103/1-b hem de TCK m.104'ün oluşacağı gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır<sup>491</sup>.

Esasen buradaki asıl problem kanun koyucunun m.103/1-b'de “mağdurun rızasına aykırı olarak” ve m.104'de “mağdurun rızası ile” ifadelerini kullanmak yerine cebir, tehdit ve hile kavramlarından (ayrıca m.103/1-b bakımından iradeyi etkileyen diğer nedenlerden) bahsetmiş olmasıdır.

765 S. TCK'nın 416/3. maddesinde “reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunan” kişilerin cezalandırılacağı hükmü yer almaktaydı. Bu düzenlemede “mağdurun rızası” ifadesi doğrudan madde metninin içerisinde tipikliğin bir unsuru olarak öngörülmüş idi. Ancak 5237 S. TCK'nın 104. maddesinde fiilin “cebir, tehdit ve hile

<sup>490</sup> “...sanık D.H.'nin on beş 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 yanlıya düşülerek yazılı şekilde beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi...” (Yar.14.CD., E: 2015/7489, K: 2015/11316, T: 3.12.2015). (www.kazanci.com)

<sup>491</sup> ŞEN, görüşümüzün aksine TCK m.104'de rızayı etkileyen diğer nedenlerden bahsedilmemesinin yerinde olduğunu, esasen m.103/1-b'de bu ifadeye yer verilmesinin doğru bir tercih olmadığını belirtmektedir. Yazar bu sonuca anılan ifadenin kanunilik ilkesine aykırı bir şekilde maddenin uygulama alanını genişleteceğini belirterek ulaşmıştır. Bkz. Şen, 2006: 397-398.

olmaksızın” işlenmiş olmasından bahsedilmiş, “mağdurun rızası” ifadesine yer verilmemiştir<sup>492</sup>.

Mağduru yetişkin kişiler olabilen cinsel saldırı suçunun düzenlendiği 102. maddede cebir, tehdit ve hile araç unsurlarının varlığından bahsedilmemiştir. Maddenin gerekçesine bakıldığında bu suçun cebir, tehdit veya hile araç unsurları ile işlenebileceği gibi bu araç unsurlar olmadan da (örneğin uyku hali ya da mağdurun bilincinin kapalı olması gibi) işlenebileceği belirtilmiştir<sup>493</sup>. Ayrıca 102. maddenin metninde “kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadede yer alan “ihlal” kelimesi de esasen bünyesinde rızasızlık kavramını barındırmaktadır. Zira rızanın olması ihlalin olmayacağı anlamına gelecektir<sup>494</sup>. Bu sebeplerle her ne kadar madde metninde açıkça rızadan bahsedilmemiş olsa da TCK’nın 102. maddesi rızasızlık üzerine kurulmuştur ve rızasızlık tipikliğin bir unsurudur<sup>495</sup>. Kanun koyucunun mağduru yetişkin kimseler olabilen cinsel saldırı suçunu rızasızlık üzerine kurmuş olmasına rağmen cinsel istismar ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda bu tercihten vazgeçip söz konusu suçları cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer sebeplerin varlığı üzerine kurması yerinde olmamıştır<sup>496</sup>. Zira bu dört araç unsur çok büyük çoğunlukla mağdurun fiile rızasının olmadığı durumları kapsıyor olsa da rızasızlığın olduğu tüm halleri açık bir şekilde kapsayıcı nitelikte değildir.

Örneğin TCK m.103/1-b kapsamında 17 yaşındaki bir çocuğun vücuduna ani bir hareketle ellenip kaçılması olayını ele alalım. İleride de detaylı olarak açıklanacağı üzere burada cebir, tehdit veya hile mevcut değildir<sup>497</sup>. İradeyi etkileyen diğer nedenler kavramı da dar yorumlandığı takdirde olayda iradeyi etkileyen herhangi bir nedenin olduğundan da bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla söz konusu olayda çocuğun fiile rızası olmamasına rağmen sayılan araç unsurlardan da hiçbiri mevcut değildir. Doktrinde bazı yazarlara göre bu olay bakımından çocukların cinsel istismarı suçu (TCK m.103) değil cinsel saldırı suçu (TCK m.102) uygulama alanı bulacaktır<sup>498</sup>.

<sup>492</sup> Yokuş Sevük, 2005: 297.

<sup>493</sup> Bkz. Özgenç, 2005: 818. Aynı yönde açıklamalar için bkz. Üzülmöz: 254.

<sup>494</sup> Akçin, 2006: 105; Korkusuz, 2013: 833-834.

<sup>495</sup> Ekici Şahin, 2012: 102; 765 S. TCK döneminde irza geçme suçu bakımından benzer görüş için bkz. Önder, 1992: 210; Rızanın bu suç tipinde hukuka uygunluk sebebi olduğuna dair bkz. Ünver, 2008: 300; Üzülmöz: 255; Yokuş Sevük, 2005: 251; ŞEN, maddede rızadan hiç bahsedilmemesinin daha geniş bir koruma alanı oluşturduğunu, böylece kişinin haberi olmadan işlenen cinsel davranışlarında bu suç kapsamına alındığını belirtmiştir. Bkz. Şen, 2006: 377.

<sup>496</sup> Taner, 2013: 117; Memiş Kartal, 2014: 167.

<sup>497</sup> Doktrinde bazı yazarlar cebir kavramını geniş yorumlayarak cinsel davranışın sinsice ve ani bir şekilde işlenmesi halinde mağdurun karşı koyamayacağı bir cebirin etkisi altına girdiğini (visabsoluta) kabul etmektedirler. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 329; Artuk, Gökçen ve Yenidünya: 210.

<sup>498</sup> Taşkın: 86-88.

Görüldüğü gibi maddede sayılan araç unsurların bulunmadığı her durumda mağdurun rızasının bulunduğundan bahsedilememektedir<sup>499</sup>. Bu durumda ya cebir veya iradeyi etkileyen diğer nedenler kavramı geniş yorumlanarak söz konusu problem giderilmeye çalışılacak ya da yukarıdaki görüş doğrultusunda cinsel saldırı suçunun oluştuğu kabul edilecektir.

Doktrinin büyük bir çoğunluğu amaçsal ve düzeltici yorum yaparak TCK m.104'de yer alan “cebir, tehdit ve hile olmaksızın” ibaresinin mağdurun fiile rızası olduğu şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>500</sup>. Gerçekten de kanun koyucunun amacı bu suç tipini rızaya dayalı olarak düzenlemek olmalıdır. Ancak maddenin düzenleniş tarzı doğrudan bu sonucu ortaya çıkaracak nitelikte değildir. Zira suçun mağdurun rızasıyla işlenebileceğinin anlamı TCK m.103/1-b'nin göz önünde bulundurulması ve iradeyi etkileyen diğer nedenler kavramının yorumlanmasıyla ortaya çıkmaktadır.

Biz de cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenlerin bileşiminin rızasızlık anlamına geleceği sonucuna ulaşmaktayız. Ancak belirtmek isteriz ki bu sonuca yorum yoluyla ulaşmaktansa kanun koyucunun açık bir düzenleme ile 104.maddeye “*mağdurun rızası ile*” ibaresini eklemesi daha yerinde olacaktır<sup>501</sup>.

### **2.3.1.4.2.2 Hukukun Kendisine Değer Attığı Bir Rızanın Varlığı**

#### **2.3.1.4.2.2.1 Genel Açıklamalar**

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşabilmesi için mağdurun hukuken geçerli bir rızasının olması şarttır. Elbette ki söz konusu rıza, eylemi hukuka uygun hale getiren bir rıza olmayıp, yalnızca suç tipini değiştiren bir rızadır. Aslında ortada hukuken geçerli bir rıza olmasına karşın kanun koyucu, 15-18 yaş aralığında olan mağdurun yaşının küçüklüğü nedeniyle cinsel ilişkiye verdiği rızayı muteber saymamış<sup>502</sup>; söz konusu rızaya çocukların cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarının ayırımında bir kıstas olarak değer atfetmiştir.

Biz burada yalnızca konumuzun sınırları kapsamında hukuken muteber sayılan bir rızanın şartlarına değinmekle yetinip, ceza hukukunun en çetrefilli konularından biri olan rızanın detaylarına girmeyeceğiz.

<sup>499</sup> Memiş Kartal, 2014: 167.

<sup>500</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 381; Soyaslan: 256; Hafizoğulları ve Özen, 2015: 168; Ünver, 2008: 319; Koca ve Üzülmöz: 330; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 344; Ekici Şahin, 2012: 92; Taner, 2013: 333; Ataç, 2013: 132.

<sup>501</sup> Ünver, 2014b: 48; Memiş Kartal, 2014: 175; Taner, 2013: 117.

<sup>502</sup> Dönmezer, 2008: 260.

### 2.3.1.4.2.2 Rızanın Şartları

**Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edilebilecek Bir Hakkın Varlığı:** Hukuken geçerli bir rızanın varlığından bahsedebilmek için kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkın mevcut olması gerekmektedir<sup>503</sup>. Eğer suçla korunan hukuki değer ile suç tipinde belirtilen konu aynı kişiye ait ise kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir haktan söz edilebilecektir<sup>504</sup>. Bu sebeple yalnızca kişiye ait hukuksal değerleri koruyan suç tipleri bakımından rıza açıklaması mümkün olabilecek; kamusal nitelikte olan, devletin ve toplumun yararlarını ilgilendiren alanlarda rıza açıklaması mümkün olamayacaktır<sup>505</sup>. Normal şartlarda kişiler cinsel özgürlükleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilme hakkına sahiptir. Ancak kanun koyucu 15 yaşından küçüklerin her türlü cinsel davranışa karşı; 15-18 yaş aralığında bulunan çocukların ise yalnızca cinsel ilişki boyutuna varan davranışlara karşı (18 yaşından büyük bir kimse ile gerçekleştirilen cinsel ilişki) gösterdiği rızayı geçerli kabul etmemiştir<sup>506</sup>. Dolayısıyla 15-18 yaş aralığında bulunan çocukların cinsel ilişkiye girmeleri, üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hak bulunmadığından, suç teşkil etmeye devam edecektir.

**Rıza Ehliyetine Sahip Olma:** Rıza ehliyetinin nasıl belirleneceği oldukça tartışmalı bir konudur. Doktrinde rıza ehliyetini özel hukuktaki hukuki işlem ehliyetine göre veya ceza hukukundaki kusur ehliyetine göre belirleyen görüşler bulunmaktadır<sup>507</sup>. Bu husus çalışmamız kapsamına girmediğinden konunun detaylarına girmeyeceğiz.

Doktrinde kanun koyucunun özel bir düzenleme getirmediği suç tipleri bakımından rıza ehliyeti belirlenirken kişinin somut olay bakımından işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını anlayıp anlamadığı ve hangi menfaatlerden vazgeçtiğinin farkında olup olmadığı hususlarının göz önünde bulundurulması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>508</sup>. Eğer kişi rıza gösterdiği eylemin etki ve sonuçlarının farkındaysa ve herhangi bir illegal dış baskı olmadan özgür iradesiyle bir seçim yapmışsa artık kişinin gösterdiği rızaya hukuken saygı duyulmalıdır<sup>509</sup>.

Ancak kanun koyucu kanunda mağdurun yaşını özel olarak düzenlemişse artık bu yaştan küçük olanların rızası, işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılayabilecek nitelikte olsalar dahi, hukuken geçerli değildir<sup>510</sup>. Birçok ülkenin ceza kanununda çocukları ve gençleri, yaşlı insanların uygunsuz cinsel davranışlarından korumak için rıza yaşı özel olarak

<sup>503</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2015: 345; Hakeri, 2015: 365; Artuk, Gökçen, Yenidünya, 2013: 434.

<sup>504</sup> Önder, 1992: 213.

<sup>505</sup> İçel, 2016: 382; Koca ve Üzülmöz, 2015a: 278.

<sup>506</sup> Koca ve Üzülmöz, 2015a: 281; Hakeri, 2015: 366.

<sup>507</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ekici Şahin, 2012: 136-148.

<sup>508</sup> Önder, 1992: 211; İçel, 2016: 383; Soyaslan, 2014a: 373; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2013: 439; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2015: 355-356; Yenerer Çakmut, 2003: 205-206.

<sup>509</sup> Herring, 2002: 190.

<sup>510</sup> Dönmezer ve Erman, 1994: 71; Koca ve Üzülmöz, 2015a: 280-281; Ekici Şahin, 2012: 132-133.

düzenlemektedir<sup>511</sup>. Türk Ceza Kanunu da 15-18 yaş aralığında bulunan çocukların rızalarıyla cinsel ilişkiye girmelerini yasakladığından bu yaş grubunda bulunan çocukların cinsel ilişki eylemlerine karşı rıza gösterme ehliyetleri mevcut değildir.

**Rızanın Açıklanması:** Hukuken geçerli bir rızadan bahsedebilmek için rızanın açıklanması gerekmektedir<sup>512</sup>. Rıza fiilin işlenmesinden önce veya en geç fiilin işlenmesi esnasında açıklanmalıdır<sup>513</sup>. Fiil işlendikten sonra açıklanan rıza (icazet) fiilin suç teşkil etme vasfını ortadan kaldırmaz. Açıklanan rızanın eylem boyunca geri alınmamış olması gerekmektedir. Eğer açıklanan rıza geri alınmış ise geri alma anından sonra işlenen fiiller suç teşkil edecektir<sup>514</sup>. Rızanın geçerli olabilmesi için eylemin mağdurun açıkladığı rızanın kapsamı içerisinde kalması gerekmektedir<sup>515</sup>. Örneğin mağdur vajinal yoldan cinsel ilişkiye rıza göstermiş fakat fail anal yoldan cinsel ilişkiye girmiş ise eylem açıklanan rızanın kapsamı dışında kalacaktır<sup>516</sup>. Rıza açıklaması belirli bir şekil şartına tabi olmayıp açık veya zımni olabilecektir<sup>517</sup>. Kişi rızasını sözlü olarak açıklayabileceği gibi başını sallayarak, göz kırparak veya başka türlü davranışlarla da açıklayabilecektir (sınırlı irade açıklaması teorisi)<sup>518</sup>. Ancak rıza açıklamasının zımni de olabileceğini kabul etmek özellikle cinsel suçlar alanında durumu daha da karmaşık hale getirecektir. Bu durumda mağdurun cinsel davranışa karşı direnmemesinin zımni rıza olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunu ortaya çıkacaktır. Yine mağdurun sözlü iradesiyle bedensel davranışlarının çelişkili olduğu durumlarda rızanın geçerliliği tartışma yaratacaktır.

#### **a) Mağdurun Fiile Direnmemesi Halinde Rızasının Olup Olmadığı Hususunun Değerlendirilmesi;**

Cinsel suçlar açısından mağdurun fiile direnme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ve mağdurun fiile direnmemesi halinde bunun hukuken geçerli bir rıza olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu oldukça tartışmalı ve tespiti zor bir husustur. Örneğin 19 yaşındaki fail 17 yaşındaki sevgilisiyle cinsel ilişkiye girmekte fakat 17 yaşındaki çocuk cinsel ilişkiye herhangi bir direnç göstermemekle birlikte açık bir onay da vermemektedir. Acaba bu durumda reşit olmayanla cinsel ilişki suçu mu yoksa çocukların cinsel istismarı suçu mu

<sup>511</sup> Walsh: 8, (<http://www.inter-disciplinary.net/wp-content/uploads/2010/04/kwalshpaper.pdf>). (erişim tarihi: 1.3.2016).

<sup>512</sup> Hakeri, 2015: 362; Heinrich, 2014: 302; Doktrinde aksi yöndeki bir görüşe göre rıza iradesinin dışarı yansıtılması gerekmiyep, kişinin bilincinde olması yeterlidir. Bkz. Cassani, 2008: 246. Ayrıca bkz. Ekici Şahin, 2012: 167-168.

<sup>513</sup> İçel, 2016: 388; Hakeri, 2015: 362-363; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2015: 357; Zafer: 334.

<sup>514</sup> Padfield, 2008: 239; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2013: 439-440; Hakeri, 2015: 363.

<sup>515</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 329; Sırma, 2011: 187

<sup>516</sup> Elliott ve Quinn, 2008: 165; Koca ve Üzülmez, 2015b: 291.

<sup>517</sup> İçel, 2016: 387; Soyaslan, 2014a: 374; Ekici Şahin, 2012: 170.

<sup>518</sup> Dönmezer ve Erman, 1994: 72; Ekici Şahin, 2012: 170; Yenerer Çakmut, 2003: 210; Sırma, 2011: 82-83.



oluşacaktır? Bu sorunun cevabı fiile direnmemenin rıza anlamına gelip gelmeyeceği hususunun tespitine göre belirlenecektir.

Doktrinde bir görüşe göre suçun oluşabilmesi için (cinsel istismar suçunun) mağdurun cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir neden olmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranışa karşı direnmesi zorunludur<sup>519</sup>. Aksi takdirde mağdurun direnmemesi örtülü bir rıza anlamına gelecektir ve suçun oluşmasını (cinsel istismar suçunu) engelleyecektir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında bu görüş doğrultusunda mağdurun eyleme direnme yükümlülüğü altında bulunduğuna işaret etmiştir<sup>520</sup>.

Karşıt görüşe göre ise mağdurun cinsel davranışa rızasının olmaması yeterli olup, bunun dışında mağdurdan fiile direnmesi beklenmeyecektir<sup>521</sup>. Zira mağdur içinde bulunduğu durumdan, şoka uğramış olmasından veya güçsüzlüğünden dolayı fiile direnmemiş olabilir<sup>522</sup>. Yargıtay'ın bu görüş doğrultusunda vermiş olduğu kararlar da bulunmaktadır<sup>523</sup>.

Bu hususla ilgili olarak 1997 yılında Alman Ceza Kanununda yapılan bir değişiklik ile eylem sırasında mağdurun savunmasız durumda olması veya direnç göstermesinin anlamsız olması halinde cebrin varsayılacağı kabul edilmiştir<sup>524</sup>.

Common Law düzeninin geçerli olduğu ülkelerde de mağdurun vücut bütünlüğüne zarar geleceğinden korkması, cinsel davranışın anlamını kavrayamaması, şuurunun bulanık olması ve cinsel davranışın hile ile gerçekleştirilmesi gibi durumlarda mağdurdan fiile direnmesinin beklenmeyeceği belirtilmektedir<sup>525</sup>.

<sup>519</sup> Şen, 2006: 388; Cinsel suç failleri üzerinde yapılan bir araştırmada faillerin önemli bir kısmının “hiç bir kadına rızası dışında tecavüz edilemeyeceği” ve bu sebeple fiile direnmeyen kadının rızası olduğunu düşündükleri sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. Godenzi, 1992: 28.

<sup>520</sup> “...dosya içeriğine göre, suç tarihinde on yedi yaşında olan mağdurun, mahalleden tanıdığı sanıkla arasında fazla yaş farkının olmadığı, bu nedenle mağdurun rızası dışında gerçekleştirildiğini iddia ettiği fiili livata eylemine buldukları 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., 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 yanılıya düşülerek TCK'nın 103/2. maddesi uyarınca hüküm kurulması...” (Yar.14.CD., E: 2012/15410, K: 2014/10316, T: 23.09.2014). (www.kazanci.com).

<sup>521</sup> Yalçın Sancar, 2013: 201; Aydın, 2004b: 158; Taner, 2013: 120-121; Dursun, 2013: 12-13.

<sup>522</sup> Sancar: 203; Aydın, 2004b: 158.

<sup>523</sup> “...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 tehdidine maruz kaldığı, bu tehditlerin babalık otoritesinin ötesinde bir davranış olduğu ve içinde yaşadığı ortam ve koşullarda mağdurenin cinsel eyleme direnmesini engelleyecek ölçüde korkutucu bir etkisinin bulunduğu da açıktır...” (Yar.CGK., E: 2002/5324, K: 2003/55, T: 25.03.2003). (www.kazanci.com).

<sup>524</sup> Laubenthal, kn.58.

<sup>525</sup> Lippman, 2009: 327.

Yine AİHM de vermiş olduğu bir kararında mağdurun aktif mukavemette bulunmamasının cinsel ilişkiye rıza gösterdiği şeklinde yorumlanamayacağına hükmetmiştir<sup>526</sup>.

Kanaatimizce mağdurun sessiz kalması ve fiile direnmemesi tek başına rızanın var olduğu anlamına gelmeyecektir<sup>527</sup>. Ancak mağdurun sessiz kalması ve fiile direnç göstermemesi mağdurun diğer tutum ve davranışlarıyla, faille olan ilişkisiyle ve somut olayın özellikleri ile birlikte değerlendirildiğinde fiili onaylama sonucuna götürüyorsa rızanın varlığı kabul edilebilecektir<sup>528</sup>. Örneğin sevgilisi ile cinsel ilişkiye giren kişinin başlangıçta fiile sessiz kalmasına ve herhangi direnç göstermemesine rağmen çok kısa bir süre sonra ilişkide aktif ve istekli hareketlerde bulunması bizi başlangıçta da fiile rızası olduğu sonucuna götürebilecektir<sup>529</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki salt mağdurun (özellikle kadın mağdurların) cinsel yönden faili tahrik ettiği, vücut dilinin davetkar olduğu, cinsel ilişkiden mağdurun da zevk aldığı gibi soyut gerekçelere dayanılarak mağdurun eyleme zımni rıza gösterdiği sonucuna varılmamalıdır<sup>530</sup>. Söz konusu durumlar mutlaka mağdurun eyleme onay verdiği anlamına gelen davranışlarla desteklenmelidir.

#### **b) Mağdurun Fiile Yalnızca “Hayır” Demesi, Rızasının Olmadığı Anlamına Gelir mi?;**

Yukarıda mağdurun cinsel eyleme direnme yükümlülüğünün olmadığı açıklanmış idi. Bu hususla bağlantılı olarak mağdurun eyleme yalnızca hayır demesinin rızasızlık anlamına gelip gelmeyeceği tartışılmalıdır. Yani “*hayır hayır demektir.*” ifadesi her zaman geçerli olacak mıdır?

Erkek cinsel suç failleri üzerinde yapılan araştırmalarda faillerin kadının sözlü olarak “hayır” demesine rağmen fiile direnmemesini “evet” olarak anladıkları sonucuna ulaşılmaktadır<sup>531</sup>. Bu düşüncenin bir yansıması olarak doktrinde mağdurun eyleme yalnızca hayır demesinin tek başına yeterli olmadığı, fiile direnmesi ve karşı koyması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>532</sup>. Bu düşünceye göre mağdurun fiile direnmeden yalnızca hayır demesinin rızasızlık olarak kabul edilmesi, mağdurun gerçekten rızasının olup olmadığı hususunda bir ispat problemi ortaya çıkartacaktır. Gerçekten de mağdurun eyleme direnme, çılgılık atma,

<sup>526</sup> M.C/ Bulgaristan Kararı, Başvuru No: 39272/98, Karar Tarihi: 4.12.2003, paragraf: 181 (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61521>). (erişim tarihi: 15.3.2016).

<sup>527</sup> Ekici Şahin, 2012: 171.

<sup>528</sup> Hakeri, 2015: 362.

<sup>529</sup> Şen, 2006: 378; Tuğrul, 2010: 81.

<sup>530</sup> Taner, 2013: 169; Korkusuz, 2013: 835. Yapılan araştırmalarda cinsel suç mağdurlarının eylemden cinsel bir haz almadıkları, bilakis eylem sonrası psikolojik sorunlar yaşadıkları tespit edilmiştir. Bkz. Scully, 2014: 122-123.

<sup>531</sup> Scully, 2014: 119; Donald, 2002: 24.

<sup>532</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 328; Şen, 2006: 388; Dursun, 2013: 28.

etraftan yardım talep etme gibi tepkiler vermesi rızasızlığın var olduğuna dair ciddi kanıtlar olarak değerlendirilebilecektir<sup>533</sup>.

Bize göre mağdurun gerçeği yansıtan bir iradeyle eyleme hayır demesi rızasızlığını göstermesi bakımından yeterli görülmelidir<sup>534</sup>. Zira mağdurun fiile katlanmak zorunda olması, rıza göstermiş olduğu anlamına gelmeyecektir. Aksinin kabulü zaten mağdur olan kişiye bir de yaralanma, dayak yeme ve hatta hayatını tehlikeye atma gibi yükümlülükler yüklenmesi anlamına gelecektir.

Ancak hayırın hayır anlamına gelebilmesi için mağdurun gerçek iradesini yansıtan anlamda bir “hayır” olması gerekmektedir. Kişi sözlü olarak hayır dese de bu “hayır” naz yapma, kur yapma gibi anlamlara gelecek nitelikteyse; yani kişi hayır dese de gerçek iradesi eyleme onay vermek yönündeysen ve bunu da davranışları ile gösteriyor ise artık rızanın var olduğu kabul edilmelidir<sup>535</sup>.

### c) Varsayılan Rızaya Dayalı Olarak Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu İşlenebilir mi?;

İlgilinin rızası fiil işlendiği anda alınamıyor olmasına rağmen eğer o anda ilgiliye sorulsaydı fiile rıza gösterirdi şeklinde bir çıkarımda bulunulabiliyorsa varsayılan rızadan söz edilir<sup>536</sup>. Tanımdan da anlaşılacağı üzere varsayılan rızada esasen bir irade açıklaması olmamasına rağmen rıza varsayılmaktadır<sup>537</sup>.

Örneğin 17 yaşındaki sevgilisi ile daha önce defalarca cinsel ilişkiye girmiş olan bir kişiyi ele alalım. Acaba bahsedilen kişi gece aynı yatakta uyuduğu sevgilisi uyurken onunla cinsel ilişkiye girse varsayılan rızadan söz edilebilecek midir? Zira daha önce defalarca cinsel ilişkiye girmiş olmaları ve aynı yatakta uyuyor olmaları sanki o anda ilgiliye sorulsaydı ilgilinin eyleme rıza göstereceği şeklinde düşünülebilecektir.

Doktrindeki bir görüş bahsedilen olayda varsayılan rızanın söz konusu olduğunu kabul etmektedir<sup>538</sup>.

<sup>533</sup> “...beş kişinin yattığı bir odada, sanığın mağdureyi bacağından tutup yanına çekmesi, mağdurenin sesini çıkarmaması, olayı gören ninenin müdahale etmesi, evde yorganın altında mağdurenin altında, sanığın üstte görülmesine rağmen mağdurenin karşı koymaması, sesini çıkarmaması, aynı odada bulunanlardan yardım istememesi olayda zor olmadığını göstermektedir...” (Yar.CGK., E: 1999/5, K: 1999/240, T: 26.10.1999). Karar için bkz. Gündüz, 2015: 228 .

<sup>534</sup> Yalçın Sancar, 2013: 201; Yokuş Sevik, 2005: 250; Taner, 2013: 121; Tuğrul, 2010: 80.

<sup>535</sup> Genellikle cinsel suç failleri, mağdurun eyleme “hayır” demesine rağmen direnmemesini mağdurun kur yaptığı şeklinde yorumlamaktadırlar. Bkz. Scully, 2014: 120.

<sup>536</sup> Önder, 1992: 215; Kangal, 2011: 224; Doktrinde Koca ve Üzülmaz varsayılan rızanın özel hukuktan ceza hukukuna aktarılan uydurma bir kavram olduğunu belirtmektedirler. Bkz. Koca ve Üzülmaz, 2015a: 282.

<sup>537</sup> Hakeri, 2015: 372; Sırma, 2011: 83.

<sup>538</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 328; Taner, 2013: 168; Benzer yönde, eşler arasında gerçekleştirilen ve sarkıntılık boyutunda kalan cinsel davranışlarda varsayılan rızanın kabul edilmesi gerektiğine dair bkz. Şimşek, 2015: 346.

Bize göre böyle bir olayda varsayılan rızadan söz etmek mümkün olmamalıdır. İlgilinin rızasının alınabildiği veya rızasının alınabilmesi için beklemenin mümkün olduğu durumlarda varsayılan rızadan söz edilemez<sup>539</sup>. Doktrinde varsayılan rızanın ancak kişinin rızasının zamanında alınmadığında yaşamı ve sağlığı açısından ağır bir tehlikenin ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğu durumlarda uygulama alanı bulabileceği ileri sürülmektedir<sup>540</sup>. Ayrıca failin mağdur yararına değil kendi yararına hareket ettiği durumlarda varsayılan rızadan söz edebilmenin mümkün olmadığı da belirtilmektedir<sup>541</sup>.

Uykuda olan bir kişinin pek tabii uyandırılarak açık rızasının alınması mümkün olduğundan ve ilgilinin yararına bir eylem de söz konusu olmadığından bahsedilen olayda varsayılan rızadan söz edebilmek mümkün değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki ilgilinin aynı eyleme daha önce rıza göstermiş olması o hukuki değer terkedildiği anlamına gelmeyeceğinden her cinsel ilişki açısından yeniden ilgilinin rızasının alınması gerekmektedir<sup>542</sup>.

Verilen örnek bakımından varsayılan rıza kabul edilemeyeceğinden takibi şikayete bağlı olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, re'sen takip edilen çocukların cinsel istismarı suçu gündeme gelecektir. Fakat mağdur belki de uyanık olsaydı eyleme gerçekten rıza gösterecek idiyse ve hatta eylemi öğrendikten sonra icazet vermiş ise ne olacaktır? Zira bu durumda teorik olarak suç oluşmuş olacak ve re'sen takip edilecektir. Bu durumda mağdur fiile daha önce rıza gösterdiğini ve şikayetçi olmadığını belirterek faili ceza almaktan kurtarabilecek ve işlenen suçu tabiri caizse karanlıkta bırakabilecektir. Ancak teorik olarak böyle bir olayda çocukların cinsel istismarı suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekecektir.

### **2.3.1.4.2.3 Rızanın Cebir, Tehdit, Hile veya İradeyi Etkileyen Diğer Nedenlerle Sakatlanmamış Olması**

#### **2.3.1.4.2.3.1 Eylemin Cebir Olmaksızın İşlenmiş Olması**

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun çocukların cinsel istismarı suçundan ayrılması için cinsel ilişkinin cebir olmaksızın gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir<sup>543</sup>. Cebir kavramı

<sup>539</sup> Ekici Şahin, 2012: 242; Kangal: 233.

<sup>540</sup> Ekici Şahin, 2012: 245.

<sup>541</sup> Artuk, Gökçen ve Yenidünya, 2013: 440; Failin kendi yararına hareket ettiği durumlarda varsayılan rızanın geçerli olup olmayacağına ilişkin görüşler için bkz. Kangal: 241-243.

<sup>542</sup> Dönmezer ve Erman, 1994: 81; Soyaslan, 2014a: 370.

<sup>543</sup> "...olay günü çalıştığı su satış istasyonuna gelen mağdureye karşı sanık tarafından, yaşı nedeniyle dosyası tefrik edilen suça sürüklenen çocuk M.F. ile beraber cebirle ve ruh sağlığını bozacak şekilde birbirini takiben organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismarda bulunulduğunun sabit olması karşısında, sanığın eylemine uyan TCK'nın 103/2, 103/3, 103/6, 43. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi yerine suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek eylemin reşit olmayanla cinsel ilişki kabulü ile şikayet yokluğu nedeniyle

ceza hukukunun tartışmalı alanlarından birini oluşturmaktadır. Doktrinde cebir kavramını dar ve geniş yorumlayan görüşler mevcuttur<sup>544</sup>.

Dar yorumu benimseyen görüşe göre cebir; *“kişiyeye karşı bedenen hissedebileceği şekilde maddi kuvvet kullanmak suretiyle onun davranışları üzerinde zorlayıcı bir etkinin meydana getirilmesi”* olarak tanımlanmıştır<sup>545</sup>. Bu görüşe göre cebirden söz edebilmek için failin, mağdura bedenen acı verecek şekilde bir fiziki kuvvet kullanması zorunlu olup; mağdura acı vermeyen bayıltma, hipnoz, uyuşturucu madde verme gibi davranışlar cebir olarak kabul edilemeyecektir<sup>546</sup>.

Cebri geniş yorumlayan görüşe göre ise *“yoğunluk ve etkinliğine 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”* cebir olarak kabul edilmelidir<sup>547</sup>. Bu görüşe göre ise zorlamanın bedene yönelik olması yeterli olup, bedene temas etmesine veya vücuda acı vermesine gerek yoktur. Buna göre mağdurun hipnoz edilmesi veya mağdura uyuşturucu madde verilmesi cebir olarak değerlendirilmelidir.

Doktrinde cebir *“vis absoluta”* (mutlak kuvvet) ve *“vis compulsiva”* (zorlayıcı kuvvet) olarak ikiye ayrılmaktadır. *“vis absoluta”* iradenin oluşumunu ve karar verme özgürlüğünü mutlak surette ortadan kaldıran cebir olarak tanımlanırken, *“vis compulsiva”* kişinin irade göstermesini mutlak surette ortadan kaldırmayan fakat iradesinin oluşumu üzerinde önemli bir etkiye sahip olan cebir olarak tanımlanmaktadır<sup>548</sup>. Cebir kavramını dar yorumlayan görüşe göre *“vis absolute”* kavramı içerisinde değerlendirilen mağdurun hipnoz edilmesi, bayıltılması, mağdura uyku ilacı verilmesi gibi eylemler kişinin irade oluşumu üzerinde etkili olmayıp iradesini tamamen bertaraf ettiği için cebir olarak kabul edilmemektedir<sup>549</sup>.

TCK'nın 108. maddesinin gerekçesinde cebir *“kişiyeye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri (zorlayıcı) bir etki meydana getirilmesi”* olarak tanımlanmıştır<sup>550</sup>. Ayrıca yine gerekçede cebir, kasten yaralamaya eşdeğer görülmüş ancak cebirin etkisiyle kişinin vücudunda bir acı hissetmesi

---

*kamu davasının düşmesine karar verilmesi...*” (Yar.14.CD., E: 2015/7610, K: 2015/11355, T: 7.12.2015). (www.kazanci.com)

<sup>544</sup> Cebir kavramı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Cihan, 1978.

<sup>545</sup> Üzülmöz, 2007a: 48.

<sup>546</sup> Üzülmöz, 2007a: 46-47; Artuk, Gökçen ve Yenidünya: 268 Memiş Kartal bir eserinde cebir suçunun fiziki bir temas olmaksızın işlenebileceğini belirtmektedir. Yazarın bu ifadesiyle cebir kavramını dar mı yorumladığı yoksa geniş mi yorumladığı tam olarak anlaşılamamaktadır. Bkz. Memiş Kartal, 2010: 1039, 1040. Ancak yazar daha sonraki tarihli bir eserinde cebir kavramını dar yorumladığını belirtmektedir. Bkz. Memiş Kartal, 2014: 168.

<sup>547</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 426. Aynı yönde bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 408; Soyaslan, 2014b: 265; Ekici Şahin, 2012: 194.

<sup>548</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 426.

<sup>549</sup> Üzülmöz, 2007a: 175-176. Aksi yönde bkz. Dursun, 2013: 10.

<sup>550</sup> Bkz. Özgenç, 2005: 830-831.

gerektiğine vurgu yapılmıştır<sup>551</sup>. Görüldüğü gibi madde gerekçesi cebri dar anlamıyla kabul etmiştir.

Ceza Kanunumuzun cebre olan yaklaşımının belirlenebilmesi için TCK'nın 148/3. maddesinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Söz konusu hükme göre mağdurun, herhangi bir vasıta ile kendisini bilmeyecek veya savunamayacak hale getirilmesi de yağma suçunda cebir sayılacaktır. Kanun koyucu yağma suçu bakımından bir cebir karinesi öngörmüş ve aslında cebir kavramı içerisinde değerlendirmedeği uyuşturucu madde verme, hipnoz etme gibi davranışları yağma suçu bakımından cebir olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla bu düzenleme gereği bahsedilen davranışlar yağma suçu bakımından cebir olarak kabul edilecekken diğer suçlar bakımından cebir olarak kabul edilemeyecektir<sup>552</sup>.

Buna göre cinsel ilişki gerçekleştirilirken mağdurun kolunun bükülmesi<sup>553</sup>, boğazının sıkılması, bağırması için ağzının kapatılması<sup>554</sup>, eylem esnasında yüzüne yastık kapatılması, motorlu araçla yerde sürüklenmesi gibi örnekler cebir olarak kabul edilecek; mağdura uyuşturucu veya narkoz vermek veya bilincini kaybettirecek başka ilaçlar vermek cebir olarak kabul edilemeyecektir<sup>555</sup>.

Esasen cinsel ilişki eyleminin mağdura uyku ilacı veya narkoz vermek gibi araç unsurlarla gerçekleştirilmesi halinde bu eylemlerin cebir olarak kabul edilmemesi suç tipinin tespiti açısından herhangi bir eksiklik yaratmayacaktır. Zira bu araç unsurlar “iradeyi etkileyen diğer nedenler” içerisinde kabul edilecektir ve cinsel ilişkinin söz konusu araç unsurlar kullanılarak işlenmiş olması halinde yine reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır.

Cinsel ilişkiyi gerçekleştirmek için araç unsur olarak kullanılan cebrin eylemin devamı süresince uygulanması şart olmayıp, aşamalardan herhangi birinde kullanılmış olması

<sup>551</sup> Doktrinde cebrin varlığı için mağdurun vücudunda acı hissetmesinin zorunlu olduğu kabul edilerek cebrin, kasten yaralamayı oluşturan seçimlik hareketlerden yalnızca vücuda acı veren türdekilerine eşdeğer olduğu; buna karşın mağdurun algılama yeteneğinin ya da sağlığının bozulmasının cebir olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Bkz. Üzülmöz, 2007a: 171-174. Ayrıca doktrinde kasten yaralama düzeyine ulaşmayan zorlayıcı hareketlerin (örneğin kişiyi bir yere kilitlemek gibi) cebir olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir. Bkz. Koca, 2005: 2806.

<sup>552</sup> Koca ve Üzülmöz: 587-588; Doktrinde esas itibarıyla cebir kavramı içerisinde değerlendirilmesi gereken bu durumun yağma suçunda ayrıca düzenlenmesinin gereksiz olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 618.

<sup>553</sup> “...Sanığın, mağdureyi olay yeri olan caminin tuvaletinin içine soktuktan sonra duvara yaslayıp üzerini çıkarmaya çalıştığı, mağdurenin direnmesi üzerine, direncini kırmak amacıyla kollarından bastırarak hareketsiz hale getirip, bağırması için de ağzını kapattığının anlaşılması karşısında, eylemini cebir kullanmak suretiyle işlediğinin kabulü...” (Yar.14.CD., E: 2015/1989, K: 2015/6807, T: 2.6.2015). (www.kazanci.com)

<sup>554</sup> “...dosya içeriğine göre, suça sürüklenen çocuğun eylemini gerçekleştirdiği sırada mağdurenin ağzını kapatmak suretiyle cebir kullandığının anlaşılması karşısında...” (Yar. 14.CD., E: 2015/3421, K: 2015/8155, T: 9.9.2015). (www.kazanci.com).

<sup>555</sup> Örnekler için bkz. Laubenthal, kn.171.

yeterlidir<sup>556</sup>. Ayrıca cebir bizzat mağdur üzerinde icra edilmelidir. Mağdurdan başka bir kimse ya da eşya üzerinde kuvvet kullanılması ile mağdurun cinsel ilişkiye zorlanması, mağdura karşı cebir değil tehdit olarak değerlendirilecektir<sup>557</sup>.

### 2.3.1.4.2.3.2 Eylemin Tehdit Olmaksızın İşlenmiş Olması

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşabilmesi için cinsel ilişki eyleminin tehdit olmaksızın gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.

Doktrinde manevi cebir olarak da adlandırılan tehdit; failin mağdurdan bir şey yapmasını veya yapmamasını istemesi ve istenilenin yapılmaması halinde gelecekte kendisine kötü bir şey yapılacağına mağdura bildirilmesi olarak tanımlanabilir<sup>558</sup>.

Tehdidin konusunu oluşturan kötülüğün bizzat mağdura karşı işleneceğinin beyan edilmesi zorunlu olmayıp, üçüncü bir kişiye karşı işleneceğinin mağdura bildirilmiş olması da tehdit kapsamı içerisinde değerlendirilecektir<sup>559</sup>.

Tehdidin konusu kötülüğün gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesi ya da failin bunu isteyip istememesi önemli olmayıp, tehdidin mağdurun iradesini etkilemiş olması yeterlidir<sup>560</sup>.

Tehdidin objektif olarak ciddi olması yani belli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekmektedir<sup>561</sup>. Örneğin failin mağdura kendisiyle cinsel ilişkiye girmemesi halinde kendisine küseceğini ya da kendisinden ayrılacağını bildirmesi objektif olarak belli bir ağırlığa ulaşmadığından tehdit olarak kabul edilemeyecektir<sup>562</sup>.

Doktrinde tehdidin objektif olarak ciddi olması şartıyla muhatabın bundan etkilenmemiş olmasının önem arz etmeyeceği belirtilmektedir<sup>563</sup>. Bize göre cinsel suçlar bakımından tehdidin varlığı tespit edilirken objektif ve sübjektif ölçütler birlikte değerlendirilmelidir<sup>564</sup>. Bu suçlar bakımından önemli olan husus, davranışın TCK m.106

<sup>556</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 329; Soyaslan, 2014b: 237; Koca ve Üzülmöz: 287; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 317.

<sup>557</sup> Centel, 2012: 274; Dülger: 111-112; Yenidünya, 2005: 3289; Üzülmöz, 2009a: 32. Yazar başka bir eserinde 108. maddenin gerekçesinde cebir kavramı tanımlanırken kullanılan “onun veya bir üçüncü kişinin iradesi üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesi” ibaresine dayanarak cebrin mağdur dışındaki 3. kişilere de uygulanabileceğini kabul etmiştir. Bkz. Üzülmöz, 2007a: 177-178; Cebrin 3. kişilere veya eşyaya yönelebileceği görüşü için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 426. Alman doktrinde bazı görüşlere göre mağdur üzerinde fiziksel etki doğurmayan eşya üzerindeki kuvvet kullanımları cebir olarak kabul edilmemekte, ancak 3. kişi üzerinde kullanılan kuvvet kullanımları cebir olarak kabul edilmektedir. Bkz. Laubenthal, kn.173-174.

<sup>558</sup> Dülger: 114; Üzülmöz, 2007a: 50.

<sup>559</sup> Sözüer, 1994: 130.

<sup>560</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 401; Sözüer, 1994: 129.

<sup>561</sup> Koca ve Üzülmöz: 287; Ekici Şahin, 2012: 195.

<sup>562</sup> Ancak failin mağdura kendisiyle cinsel ilişkiye girmemesi halinde intihar edeceğini bildirmesi, mağdurun iradesini baskı altına alabilecek boyutta olduğundan tehdit olarak değerlendirilmelidir. Üzülmöz, 2007a: 57. Aksi yönde bkz. Dülger: 117.

<sup>563</sup> Sözüer, 1994: 130; Üzülmöz, 2007a: 53

<sup>564</sup> Tehdidin varlığının tespiti bakımından objektif ve sübjektif ölçütlerin birlikte uygulanması gerektiğine dair görüşler için bkz. Üzülmöz, 2007a: 54; Gürkan ve Uğuz, 2007: 252.

anlamında tehdit suçunu oluşturup oluşturmadığı değil, somut olay bakımından mağdurun iradesini etki altına alıp almadığıdır. Bu sebeple çocukların cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçları bağlamında tehdidin varlığı tespit edilirken önce tehdidin objektif olarak ciddi olup olmadığı belirlenmeli; daha sonra objektif olarak ciddi kabul edilen tehdidin mağdurun iradesini ve serbest seçim özgürlüğünü etkileyip etkilemediği tespit edilmelidir<sup>565</sup>.

Örneğin fail mağdura “*benimle cinsel ilişkiye girmezsen seni öldüresiye döverim*” şeklinde bir beyanda bulunmuş, fakat mağdur bu tehditten hiç etkilenmemiş olmasına rağmen faili beğendiği ve onunla birlikte olmak istediği için cinsel ilişkiye rıza göstermiş olsun. Böyle bir olayda tehdit objektif olarak ciddi olmasına rağmen subjektif olarak mağdurun iradesini etkilemediği için cinsel ilişki tehditle gerçekleştirilmiş sayılamayacaktır. Ayrıca söz konusu olayda cinsel ilişki ile tehdit arasında nedensellik bağının mevcut olmadığı da söylenebilir<sup>566</sup>. Zira cinsel ilişkinin tehditle gerçekleştiğinden bahsedilebilmesi için cinsel ilişki ile tehdit arasında nedensellik bağının bulunması şarttır<sup>567</sup>.

Yargıtay’ın tehdidin objektif olarak ciddi olmasına ilişkin vermiş olduğu bir karar şu şekildedir;

“...15-18 yaş aralığında bulunan mağdurenin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir neden olmaksızın ilki suça sürüklenen çocuk ile olmak üzere, suça sürüklenen diğer iki çocuk, adı geçen sanık ve sonrasında hakkında takipsizlik kararı verilen kişi ve adı geçen ile cinsel ilişkiye girdiğinin kendi kabulünde bulunduğu, mağdurenin yaşı, yaşam biçimi, sosyal konumu ve olayın intikal şekli de dikkate alındığında mağdureye yöneldiği iddia olunan suça sürüklenen çocuğun “... ile ilişkiye girmişsin, benimle de gireceksin”, suça sürüklenen çocuk ve sanığın “*ilişkiye girdiğimizi annene söylerim*” şeklindeki sözlerinin, aynı kişilerle daha önce de zor olmaksızın ilişkiye giren mağdure üzerinde objektif olarak ciddi bir mahiyet arz etmeyip, sonuç almaya elverişli, yeterli ve uygun sözler olmaması sebebiyle tehdit niteliğinde sözler sayılamayacağı, sonuç olarak da sanık ve suça sürüklenen çocukların isnat edilen suçu tehditle işlemedikleri anlaşıldığından, cinsel istismar suçlarından açılan kamu davalarında eylemlerinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğunun kabulüyle, sanık yönünden şikayetten vazgeçme, suça sürüklenen çocuklar yönünden ise soruşturmanın başından beri şikayetin bulunmadığı gözetilerek düşme kararı, yasal unsurları oluşmayan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından ise beraatleri yerine mahkûmiyetlerine hükmolunması hukuka aykırıdır<sup>568</sup>”.

Söz konusu kararda Yargıtay’ın mağdurun sanıkla daha önceden rıza ile cinsel ilişkiye girmiş olması sebebiyle “*ilişkiye girdiğimizi annene söylerim*” şeklindeki beyanın objektif olarak ciddi bir tehdit kabul edilemeyeceği gerekçesine katılmamaktayız. Bize göre olayda

<sup>565</sup> Ünver, 2014b: 32-33. Ayrıca Ünver, somut olay bakımından mağdurun iradesini etkilemeyen ve rızasını fesada uğratmayan bağımsız bir tehdit suçunun cinsel suçlar bakımından tehdit olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir.

<sup>566</sup> Dülger: 115-116.

<sup>567</sup> Dönmezer, 1983: 78; Bakıcı, 1994: 114.

<sup>568</sup> (Yar.14.CD., E: 2013/6701, K: 2014/48/37, T: 10.04.2014). (www.kazanci.com).



kullanılan sözler objektif olarak ciddi bir tehdit kabul edilebilecek niteliktedir. Ancak bu tehdidin somut olayda mağdurun iradesini etki altına alıp almadığı (sübjektif koşul) hususu ayrıca değerlendirilmelidir. Bize göre mağdurun daha önceden sanıkla rızasıyla cinsel ilişkiye girmiş olması doğrudan böyle bir tehditten etkilenmeyeceği anlamına gelmemeli, bu tehdidin son cinsel ilişki eylemi bakımından mağdurun iradesini etkileyip etkilemediği tespit edilmelidir.

Tehdidin konusu ancak hukuken korunan bir değer olabileceğinden ve tehdidin gerçekleştirilebilir olması gerektiğinden batıl inançlara veya hayal dünyasına dayalı kötülüklerin gerçekleştirileceğinin beyan edilmesi tehdit olarak kabul edilemeyecektir<sup>569</sup>. Örneğin failin mağdura kendisi ile cinsel ilişkiye girmezse cehenneme gideceğini söylemesi, ona büyü yapacağını veya cinlerini üzerine salacağını beyan etmesi tehdit kapsamı içerisinde değerlendirilmemelidir<sup>570</sup>.

Doktrinde failin cinsel ilişki kurmak için gerçekleştireceğini beyan ettiği tehdide konu olan zararın, cinsel ilişki sonucunda uğranılacak zarardan daha ağır olması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>571</sup>. Yargıtay'ın konuyla ilgili vermiş olduğu bir karar şu şekildedir;

*“15 yaşını tamamlamış fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar suçlarında varlığı kabul edilen tehditin, suçun zor unsurunu oluşturabilmesi için, cinsel istismara uğraması nedeniyle uğrayacağı zarardan daha önemli bir zarara uğratılacağı korkusunun mağdur üzerinde oluşması, tehdide maruz kalanın iki seçenekten kendisine daha az zarar vereni tercihe zorlanması gerekir. Olayımızda her bir eylemde de seçeneklerden birinin ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceği, diğerinin ise, eylemin gerçekleştiği yere sanığı mağdurun kendi motosikleti ile götürmesi ve cinsel istismara rıza göstermesidir. Evli olan sanığın, eylemin ortaya çıkmasıyla kendisinin de zarara uğrayacağı aşıkardır. Keza olayın ortaya çıkmasıyla içinde bulunduğu durumu çevresine mazur göstermek isteyen mağdurun, 9 ay süreyle devamlı tehdit ve baskı altında kaldığının kabulü de mümkün değildir. Nitelikli cinsel istismar ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemlerinin cebir ve tehditle gerçekleştirildiğini kabule elverişli yasal, kuşkudan uzak ve somut delillerin bulunmadığı anlaşıldığından, mağdurun suç tarihindeki yaşına göre TCK'nun 26. maddesi gereğince rızanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilini hukuka uygun hale getirdiği, mağdurun rızasıyla anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinin de,*

<sup>569</sup> Koca ve Üzülmez: 354; aynı yönde bkz. Hafizoğulları ve Özen, 2015: 178.

<sup>570</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 402; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 391; Ekici Şahin, 2012: 196; Toroslu, esasen hayal ürünü olan kötülük bildirimlerinin de tehdit kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Toroslu, 2007: 79. Soyaslan, tehdidin korkutma kapasitesine sahip olması gerektiğini, mağdur eğer metafizik olgulara inanmış ise metafizik zararların da tehdit kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Soyaslan, 2014b: 282.

<sup>571</sup> Artuk, Gökçen ve Yenidünya: 210-211; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 317; Ünver, yukarıda belirtilen görüşe taraftar olmakla birlikte söz konusu zararlar arasında değerlendirme yapılırken mağdurun sübjektif durumunun göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Ünver, 2008: 305; Dülger: 118; Yenidünya, 2005: 3290; Dursun, 2013: 11; Tuğrul, 2010: 84; Aydın, 2014: 34.

*TCK'nın 104 ve 43. maddelerinde düzenlenmiş olan zincirleme reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma suçunu oluşturduğu gözetilmelidir.*<sup>572</sup>

Karardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay da tehdidin konusunu oluşturan zararın, cinsel ilişki sonucunda ortaya çıkacak zarardan daha ağır olması gerektiği görüşünü benimsemektedir.

Kanaatimizce tehdidin objektif olarak ciddi olması ve mağdurun iradesini etkilemiş olması yeterli kabul edilmeli, ayrıca ortaya çıkacak zararlar arasında bir tartım yapılmamalıdır<sup>573</sup>. Zira önemli olan mağdurun iradesinin baskı altına alınmış olması ve bu sebeple eyleme göstereceği rızanın özgür iradesine dayanmamasıdır. Aksinin kabulü cinsel suçlar bakımından tehdidin yalnızca kişinin veya herhangi bir yakınının hayatına veya vücut bütünlüğüne yönelik olabileceği sonucunu doğuracaktır. Nitekim tehdidin yönelmiş olduğu birçok hukuki değer kişinin cinsel dokunulmazlığı kadar önem arz etmeyecektir.

TCK'nın 104. maddesinde eylemin cebir, tehdit, hile olmaksızın (ve 103/1-b hükmü gereğince iradeyi etkileyen diğer nedenler olmaksızın) işlenmiş olmasından bahsedilmiş, cinsel ilişkinin şantaj suçunu oluşturan eylemler (TCK m.107) aracılığı ile gerçekleştirilmesi haline ilişkin özel bir düzenleme yapılmamıştır. Acaba 15-18 yaş aralığında bulunan mağdurla şantaj yoluyla (örneğin mağdura *“benimle cinsel ilişkiye girmezsen çıplak fotoğraflarını sosyal medyada yayınlarım”* denmesi suretiyle) cinsel ilişkiye girilmesi halinde nasıl bir uygulama yapılacaktır?

Doktrinde bir görüşe göre şantaj, tehdidin özel bir şeklini oluşturduğundan 103/1-b ve 104. madde kapsamında tehdit unsuru içerisinde yani suçun unsuru olarak değerlendirilmelidir<sup>574</sup>. Bizim de iştirak ettiğimiz bu görüşe göre hem TCK m.107/1 ( Hakkı olan veya yükümlü olduğu bir şeyi yapacağından veya yapmayacağından bahisle, bir kimseyi kanuna aykırı veya yükümlü olmadığı bir şeyi yapmaya veya yapmamaya ya da haksız çıkar sağlamaya zorlama) hem de TCK m.107/2'de (Kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla bir kişinin şeref veya saygınlığına zarar verecek nitelikteki hususların açıklanacağı veya isnat edileceği tehdidinde bulunma) yer alan şantaj hipotezleri esasen konu bakımından sınırlandırılmış birer tehdit olarak kabul edilmektedir<sup>575</sup>. Bu görüşün ulaştığı sonuca göre tehdidin özel bir şekli olarak kabul edilen şantaj eylemleri, TCK m.103/1-b

<sup>572</sup> (Yar.5.CD., E: 2011/2970, K: 2011/4134, T: 23.05.2011). (www.kazanci.com).

<sup>573</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 331; Taner, 2013: 128; Memiş Kartal, 2014: 170.

<sup>574</sup> Artuk, Gökçen ve Yenidünya: 267; Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 416; Taner, 2013: 129.

<sup>575</sup> Hafizoğulları ve Özen, 2015: 182; Taner, 2011: 129. Doktrinde TCK m.107/1'de yer alan düzenlemede esasen bir kötülük beyanı bulunmadığı, dolayısıyla ortada teknik anlamda bir tehdit olmadığı, ancak failin tehditle ulaşabileceği sonuçlara bir hakka sahip olmanın veya yükümlülük altında bulunmanın sağlamış olduğu imkanlarla ulaştığı ve sonuç olarak bu eylemin geniş anlamda tehdit olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Üzülmüş, 2007a: 134-135.

bakımından suçun bir unsuru olarak kabul edilecektir ve faile ayrıca şantaj suçundan ceza verilmeyecektir<sup>576</sup>.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre TCK m.103/1-b ve m.104 de ayrıca sayılmayan şantaj fiilleri tehdit kapsamında değil iradeyi etkileyen diğer nedenler kapsamında değerlendirilmelidir<sup>577</sup>. Esasen şantaj fiillerinin tehdit ya da iradeyi etkileyen diğer nedenler hipotezi içerisinde değerlendirilmesi pratikte farklı bir sonuç doğurmayacak; her iki durumda da eylemin şantajla gerçekleştirilmiş olması çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır.

Doktrinde yer alan üçüncü bir görüşe göre kanun koyucunun TCK m.103/1-b' de tehdide açıkça yer vermiş olmasına rağmen şantaja ayrıca yer vermemiş olması sebebiyle, kanunilik ilkesi gereğince, şantajla cinsel ilişkinin gerçekleştirildiği durumlarda gerçek içtima uygulanması gerekecektir<sup>578</sup>. Bu görüşün kabul edilmesi halinde şantajla cinsel ilişkiye girilmesi durumunda ortada cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmadığından cinsel istismar suçunun değil reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşacağı sonucuna varılacaktır<sup>579</sup>. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira şantaj ile cinsel ilişkinin gerçekleştirildiği durumlarda mağdurun iradesi baskı altına alınmaktadır ve bu sebeple şantaj olarak nitelendirilen eylemler ya “tehdit” ya da “iradeyi etkileyen diğer nedenler” hipotezi içerisinde değerlendirilmeli yani cinsel istismar suçunun bir unsuru (bileşik suç) olarak kabul edilmelidir.

### 2.3.1.4.2.3.3 Eylemin Hile Olmaksızın İşlenmiş Olması

Hile; gerçekte mevcut olmayan bir şeyi varmış gibi göstermek ya da mevcut olan bir hususu olduğundan farklı arz etmek suretiyle kişinin yanılığa sevk edilmesidir<sup>580</sup>. Bu suç

<sup>576</sup>“...sanıkların mağdureye ellerinde çıplak görüntüler bulunduğunu söylemek suretiyle şantaj yaparak cinsel ilişkide bulduklarının anlaşılması karşısında, sanık S'nin çocuğun nitelikli cinsel istismarı, sanıklar A ve B'nin zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu işledikleri gözetilmeden...” (Yar.14.CD., E: 2013/1981, K: 2014/10745, T: 1.10.2014). (www.kazanci.com).

<sup>577</sup> Şen, 2006: 396.

<sup>578</sup> Memiş Kartal, 2014: 171.

<sup>579</sup> “...Sanık Özer'in, suç tarihinde 26/01/1996 doğumlu olup 18 yaşından küçük katılan mağdur ile arkadaş oldukları, arkadaşlık ilişkisi devam ederken katılan mağdur Serap'ın kendi rızasıyla sanık Özer'e ait evde cinsel ilişkiye girdiği, sanık Özer'in cinsel ilişki anını telefonuna kaydettiği, sanık Özer'in mağdurla ikinci kez cinsel ilişkiye girebilmek için, mağdur ile kendisine ait cinsel ilişki videolarını yayacağını söyleyerek şantajda bulunduğu ve ikinci kez cinsel ilişkiye girdiği, daha sonra diğer sanıklar Kani ve Hasan Hüseyin'e bahse konu cinsel ilişki görüntülerini dağıtarak ifşa ettiği, sanıklar Kani ve Hasan Hüseyin'in de, mağdura ait cinsel ilişki görüntülerini Gölarmara ilçesinde dağıttıklarının iddia edilmiş olması karşısında, iddianamedeki anlatımın içeriğinden, şantaj ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarının yanında, TCK'nun 226. maddesinin 3. fıkrasında tanımlanan müstehcenlik suçundan da dava açıldığı anlaşılmalıdır...” (Yar.12.CD., E: 2015/2700, K: 2015/16071, T: 21.10.2015). (www.kazanci.com). Söz konusu olay Yargıtay 12. CD'nin önüne gelmiş ve fakat 12.CD görevsizlik kararı vererek dosyayı 18. CD'ye göndermiştir. Kanaatimizce olayda ilk cinsel ilişki bakımından reşit olmayanla cinsel ilişki, şantajla gerçekleştirilen ikinci cinsel ilişki bakımından ise çocukların cinsel istismarı suçu oluşmuştur.

<sup>580</sup> Sözüer, 1994: 126.

bakımından ise hile; cinsel ilişkiye rıza göstermesini sağlamak amacıyla mağdurun iradesinin aldatıcı davranışlarla fesada uğratılması olarak tanımlanabilir<sup>581</sup>.

Hilede mağdur aldatıcı davranışlarla belli bir yönde davranması gerektiğine inandırılmakta; mağdurun olaya ilişkin oluşturduğu irade yanıtılmaktadır<sup>582</sup>. Dolayısıyla mağdurun iradesi tamamen bertaraf edilmemekte, yalnızca aldatılmaktadır. Bu sebeple bize göre iradenin tamamen devre dışı bırakıldığı mağdurun hipnoz edilmesi, mağdura uyku ilacı verilmesi gibi olaylarda hilenin varlığından söz edilemeyecektir<sup>583</sup>. Bir sonraki başlıkta açıklanacağı üzere söz konusu araç unsurların kullanılması “iradeyi etkileyen diğer nedenler” kapsamında değerlendirilecektir<sup>584</sup>.

Hile sınırları geniş bir kavram olduğundan hangi tür hareketlerin çocukların cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçları bakımından hile olarak kabul edileceğinin belirlenmesi gerekir.

Doktrinde bir görüşe göre ihlaline rıza gösterilen hukuksal değere ilişkin olmayan hile önemsizdir. Bu görüşe göre kişinin hile ile aldatıldığının kabul edilebilmesi için rıza gösterdiği fiilin türü, niteliği ve sonuçları konusunda aldatılmış olması gerekir<sup>585</sup>. Bunun dışında mağdurun saik hatasına düşürülmesi ya da vaat edilen bir menfaat sebebiyle kandırılması hile olarak kabul edilemeyecektir<sup>586</sup>. Örneğin failin kendisine para vereceğini vad ederek 16 yaşındaki mağdurla rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi ve fakat daha sonra bu vaadini yerine getirmemesi olayında, mağdur beklenen bir menfaate dayanarak cinsel ilişkiye

<sup>581</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 317; Taner, 2013: 130.

<sup>582</sup> Üzülmöz, 2007a: 58.

<sup>583</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 318; Üzülmöz, 2007a: 60-61; Memiş Kartal, 2014: 175; aksi yönde bkz. Dönmezer, 1983: 91; Önder, 1985: 241-242; Dülger: 134; Tezcan, Erdem ve Önok, bu durumların fail tarafından yaratılmış olması halinde cebir veya hilenin söz konusu olacağını belirtmektedirler. Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 365; Yenidünya, 2005: 3290; Yokuş Sevik, 2005: 251; Taner, 2013: 130.

<sup>584</sup> Yargıtay vermiş olduğu bir kararında mağdurun içeceğine uyuşturucu katılmasını görüşümüzün aksine hile kapsamı içerisinde değerlendirmeye tabi tutmuştur. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir; “...*mağdurenin kolasına uyuşturucu katılması sonucu tecavüz edildiğini ifade etmiş olması karşısında, dosya kapsamına göre nitelikli cinsel istismar suçunun hile unsurunun oluşumuna yetecek nitelikte sübuta yeter delil bulunmadığı...*” (Yar.14.CD., E: 2014/4514, K: 2014/10774, T: 1.10.2014). (www.kazanci.com).

<sup>585</sup> İngiltere’de yerel mahkemenin vermiş olduğu bir kararda failin HIV virüsü taşıdığı mağdurdan saklayarak onunla cinsel ilişkiye girmesi durumunda mağdurun geçerli bir rızasından söz edilemeyeceği ve failin tecavüzden sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme, hilenin yalnızca cinsel davranışın doğasına yönelik olabileceği, bahsedilen durumun mağdurun rızasının geçerliliğine etki etmeyeceği gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozarak sanığın tecavüzden sorumlu tutulamayacağına hükmetmiştir. Bkz. Molan, 2008: 332.

<sup>586</sup> Alman doktrininde Arzt tarafından ileri sürülen bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ekici Şahin, 2012: 204. Temelde Arzt’ın görüşünü benimseyen Roxin, hukuksal değere ilişkin olmayan bir hilenin de, somut olayın özellikleri dikkate alındığında mağdurun özerk iradesiyle karar vermesini önemli ölçüde etkilemesi halinde rızanın geçerliliğini etkileyeceğini belirtmektedir. Bkz. Ekici Şahin, 2012: 205-206.

rıza gösterdiğinden, mağdurun bu rızası hile ile ifsat edilmiş sayılmayacak, geçerli kabul edilecektir<sup>587</sup>.

Doktrinde cinsel ilişki eylemleri bakımından hilenin ancak failin mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstereceği bir kişinin yerine geçmesi ve mağduru buna inandırması durumuyla sınırlı olması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>588</sup>. Örneğin 17 yaşındaki A ile 19 yaşındaki B sevgilidir. B'nin tek yumurta ikiz kardeşi olan C, A'ya kendisini B olarak tanıtarak A ile rızasıyla cinsel ilişkiye girer. Bu olayda C, kimliği hususunda A'yı hileli davranışlarla kandırdığı için A'nın rızası geçersiz kabul edilecektir.

Benzer şekilde kadın olan failin dış görünüş itibarıyla kendisini erkeğe benzeterek, ilişki esnasında mağdurun gözünü bağlamak ve yapay erkeklik organı kullanmak suretiyle mağdurla cinsel ilişkiye girmesi olayında hilenin varlığı kabul edilmelidir<sup>589</sup>. Zira olayda mağdur bir erkekle cinsel ilişkiye girdiğini zannetmekte ve buna rıza göstermektedir.

Ancak belirtmek gerekir ki fail, çok zengin olduğunu ya da makam mevki sahibi olduğunu söyleyerek mağdurun rızasını elde etmiş ve onunla cinsel ilişkiye girmişse artık bu durumda mağdurun rızası geçerli kabul edilecektir<sup>590</sup>. Yukarıda da açıkladığımız üzere mağdurun saiki ya da failden olan beklentisi rızanın geçerliliğini etkilemeyecektir.

Bu kısımda mağdurun evlenme vaadiyle kandırılarak cinsel ilişkiye rıza göstermesi halinde evlenme vaaadinin hile olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu üzerinde ayrıca durulmalıdır<sup>591</sup>.

Doktrinde bir 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<sup>592</sup>.

<sup>587</sup> İngiliz Temyiz Mahkemesi “*R v. Linekar*” davasında bir hayat kadınıyla para ödeme vaadiyle cinsel ilişkiye giren kişinin cinsel ilişkiye girdikten sonra ödeme yapmamasını -olayda failin kişiliğine ya da cinsel davranışın niteliğine ilişkin bir yanlış bulunmadığından- hile olarak kabul etmemiş, hayat kadınının cinsel ilişkiye gösterdiği rızayı geçerli kabul etmiştir. Bkz. Herring, 2002: 184.

Benzer bir olayda Yargıtay hilenin var olduğu sonucuna ulaşmıştır. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir; “...*olay tarihinde 15-18 yaş aralığında bulunan mağdurenin sosyo-ekonomik durumunun da zayıf olmasından faydalanmak suretiyle “sana para vereceğim” diyerek hileli davranışta bulunması olarak değerlendirilip, TCK'nın 103/1-b'de düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacağı gözetilmeden...*” (Yar.14.CD., E: 2011/22998, K: 2013/11802, T: 20.11.2013). Karar için bkz. Aydın, 2014: 107.

<sup>588</sup> Taner, 2013: 131; İngiliz Hukukunun olaya yaklaşımı da bu yöndedir. Bkz. Herring, 2002: 183-184.

<sup>589</sup> 2013 yılında İngiltere’de yaşanan böyle bir olayda mahkeme mağdurun rızasının geçerli olmadığına karar vermiştir. Medyaya yansıyan olay için bkz. (<http://www.liverpoolecho.co.uk/news/liverpool-news/fake-penis-trial-gayle-newland-10433079>). (erişim tarihi: 23.3.2016).

<sup>590</sup> Taner, 2013: 130.

<sup>591</sup> 765 S. Kanun döneminde ırza geçme suçu bakımından (m.416) evlenme vaadi hile olarak kabul edilmiyordu. Buna gerekçe olarak da 765 S. TCK'nın 423. maddesinde düzenlenen evlenme vaadiyle kızlık bozma suçunun cezasının ırza geçme suçundan daha az olması gösteriliyordu. Zira ırza geçme suçu bakımından evlenme vaaadinin hile olarak kabul edilmesi halinde haksızlık içeriği evlenme vaadiyle kızlık bozma suçundan daha az olan evlenme vaadiyle ırza geçme eylemlerinin daha ağır cezalandırılması gibi bir sonucun ortaya çıkacağı belirtiliyordu. Bkz. Dönmezer, 1983: 92; Önder, 1985: 242.

Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre ise salt evlenme vaadi hile olarak kabul edilmemelidir<sup>593</sup>. Bu görüşe göre evlenme vaadi esasen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği olan mağdurun irade serbestisini ortadan kaldırmamaktadır. Mağdur böyle bir vaade rağmen cinsel ilişkiye rıza gösterip göstermeme hususunda serbesttir. Eğer mağdur cinsel ilişkiye girme hususunda evlilik kurumuna değer atfediyorsa pek tabii evlenme vaadine rağmen evlilik gerçekleşene kadar cinsel ilişkiden ve diğer cinsel davranışlardan uzak kalma tutumunu devam ettirebilir<sup>594</sup>. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarında evlenme vaadinin hile olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmektedir<sup>595</sup>. Bize göre de mağdurun cinsel ilişkiye rıza gösterirken güttüğü amaç ve beklediği menfaat önem arz etmediğinden evlenme vaadi hile olarak kabul edilmemelidir.

Ancak örneğin mağdurun evlenmeden önce cinsel ilişkiye rıza göstermemesi üzerine fail, sahte bir evlenme merasimi tertip etmek ve mağduru kendisiyle resmi olarak evlendiğine inandırmak suretiyle mağdurla cinsel ilişkiye girerse nasıl bir yol izlenecektir? Öncelikle belirtmek gerekir böyle bir olayda evlenme vaadi söz konusu olmayıp, fail mağduru kendisiyle resmi olarak evlendiği hususunda aldatmıştır. Kanaatimizce burada beklenen bir vaat söz konusu olmadığından ve mağdur, failin sıfatında ve eylemin niteliği ve sonuçları hususunda aldatıldığından cinsel ilişkinin hile ile gerçekleştirildiği kabul edilmelidir. Zira mağdur faile eşi sıfatıyla rıza göstermiş ve cinsel ilişkiyi geçerli bir evlilik birliği içerisinde kurduğunu düşünmüştür<sup>596</sup>. Yargıtay da benzer bir olayda mağdurun iradesinin hile ile ifsat edildiğine hükmetmiştir<sup>597</sup>.

<sup>592</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 332; Memiş Kartal evlenme vaadinin hile olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunda ikili bir ayırım yapmakta; yetişkin kimselere karşı kullanılan evlenme vaadinin hile olarak kabul edilemeyeceğini, ancak mağdurun 15-18 yaş aralığında bulunması halinde evlenme vaadinin hile olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Memiş Kartal, 2014: 172. Aynı yönde bkz. Köse Şahin, 2015: 56.

<sup>593</sup> Ünver, 2014b: 38; Taner, 2013: 132; Akçin, 2006: 107; Tuğrul, 2010: 87; Aydın, 2014: 34-35; Gürkan ve Uğuz, 2007: 252.

<sup>594</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 318.

<sup>595</sup> “Oluşa ve kabule göre; sanığın suç tarihinde 15-18 yaş aralığında bulunan ve dosya içeriğine göre akıl hastalığı da bulunmayan mağdure ile birden fazla kez rızaen cinsel ilişkiye girme eyleminin, sanığın mağdureye kendisiyle evleneceğini söylemesi hile olarak kabul edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu...” (Yar.14.CD., E: 2012/7531, K: 2014/515, T: 20.01.2014). Karar için bkz. Gündüz, 2015: 292;

“...suça sürüklenen çocuğun suç tarihlerinde 15-18 yaş grubunda yer alıp dosya içeriğine göre akıl hastalığı da bulunmayan mağdure ile birden fazla rızaen cinsel ilişkiye girmesi eyleminde, suça sürüklenen çocuğun evlenme vaadinde bulunması mağdurenin iradesini bertaraf edip fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta bir hile olarak kabul edilemeyeceğinden, mevcut haliyle eylemlerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup...” (Yar.14.CD., E: 2014/1552, K: 2015/5994, T: 30.4.2015). (www.kazanci.com).

<sup>596</sup> Benzer bir olayda Avustralya Yüksek Mahkemesi geçerli bir evlilik hususunda mağdurun hataya düşmesinin cinsel davranışın niteliğini etkilemeyeceğinden bahisle mağdurun rızasının geçerli olduğuna hükmetmiş ve faili sorumlu tutmamıştır. Bkz. Herring, 2002: 185.

<sup>597</sup> “...sanığın internet ortamında kendisini bekar, mimar ve Mısır vatandaşı Ü.C. olarak mağdureye tanıttığı, bir süre internette görüştüğünden sonra mağdureye evlenme teklifi ettiği, 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 resmi nikah işlemlerini yapacağını söyleyerek mağdureyi Ankara'ya çağırdığı, sanığın Çankaya Belediyesi'nde tanıdıkları olduğuna, bu sebeple nikahı evde

Üzerinde durulması gereken bir diğer örnek de mağdurun dini duygularının veya hayali inançlarının kullanılması suretiyle cinsel ilişkiye ikna edilmesinin hile olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Yargıtay'ın konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararın ilgili kısmı şu şekildedir;

*“...Tarikat lideri olduğunu iddia ederek dergah açan sanığın, mağdurları cinsel organını ağzına alarak ve erekte ettikten sonra çıkan meniye yutarak badelenmeleri, daha da mertebelerinin yükselmelerini istiyorlarsa, sır odası denilen kapalı mekanda kapıyı kilitledikten sonra mağdurelerle vajinal, mağdurlarla anal yoldan ilişkiye girmelerini ve kendisine bu şekilde tabi olmalarını, bunun Allah'a yaklaşmak amacıyla yapılmasının gerekli olduğunu anlatarak ve içeriğinin ne olduğu anlaşılamayan bir sudan mağdurların rızaları ile içmemeleri halinde zorla ağızlarından akıtılarak 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...<sup>598</sup>”.*

Karardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay, mağdurların Allah'a yaklaşmak amacıyla tarikat şeyhiyle cinsel ilişkiye girmeleri olayında, mağdurların rızalarının şeyh tarafından hileli davranışlarla ifsat edildiğine karar vermiştir. Yargıtay'ın ahlaki gerekçelerle vermiş olduğunu düşündüğümüz bu kararına katılabilmemiz mümkün değildir. Cinsel ilişki eyleminin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olan kişilerin kural olarak bu eyleme hangi saikle rıza gösterdikleri hukuken önem arz etmemelidir<sup>599</sup>. İlgili kişiler kendi iç dünyalarında böyle bir beyana (tarikat şeyhi ile cinsel ilişkiye girmeleri halinde Allah'a yaklaşacakları) inanıp inanmamak hususunda tamamen serbest olup, bu beyana inanmaları halinde rızaları geçerli kabul edilmelidir.

#### 2.3.1.4.2.3.4 Eylemin İradeyi Etkileyen Diğer Nedenler Olmaksızın İşlenmiş Olması

Daha önce de açıkladığımız üzere TCK'nın 104. maddesinde iradeyi etkileyen diğer nedenlerin varlığından söz edilmemiştir. Ancak TCK'nın m.103/1-b hükmünün açık

---

*yapacaklarını söylemesi ile, 20.8.2008 tarihinde elinde bir defterle eve gelen ve kimliği tespit edilemeyen, sanığın nikah memuru olduğunu belirttiği bir kişi tarafından deftere imzaları alınarak mağdureye evlenme cüzdanının verildiği... bu tören ve düğün merasimlerinden sonra mağdurenin gerçekte evli olduğunu zannettiği sanıkla hile ile elde edilen rızası dahilinde cinsel ilişkiye girdiği mağdurenin önce Kütahya Belediyesi evlendirme memurluğuna sonra da nüfus müdürlüğüne giderek sorması ile evli olmadığını öğrenmesi üzerine 30.9.2009 günü sanık hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na şikayette bulunduğu... yukarıda anlatılan ve sübut bulan hali ile mağdurenin sanıkla cinsel ilişkiye girme rızasının sanığın kandırıcı nitelikte yoğun ustaca sergilenen hileli davranışlarla elde edildiği, mağdurenin gerçekte evlendiği inancı ile ve zincirleme şekilde sanıkla cinsel ilişkiye girdiği, ancak buradaki rızasının gerçek iradesini yansıtmadığı...” (Yar.14.CD., E: 2014/1933, K: 2014/5982, T: 5.5.2014). (www.kazanci.com).*

<sup>598</sup> (Yar.14.CD., E: 2012/11328, K: 2012/9412, T: 3.10.2012). Ayrıca bkz. (Yar.14.CD., E: 2013/8814, K: 2014/1117, T: 5.2.2014). Kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

<sup>599</sup> Taner, 2013: 133. Aksi yönde görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 332.

düzenlemesi gereği, 15-18 yaş aralığında bulunan mağdurla iradeyi etkileyen bir nedene dayalı olarak cinsel ilişkiye girilmesi halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır.

Kanun koyucunun iradeyi etkileyen nedenler ibaresi ile neyi kastettiği tam olarak anlaşılammamaktadır ve söz konusu düzenleme kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan belirlilik ilkesine aykırılık teşkil edebilecek nitelikte bir düzenlemedir<sup>600</sup>. Bu ifade tarzı karşısında mağdurun iradesinin çeşitli vaatlerle ya da soyut yalanlarla etkilenmesinin yani cinsel ilişkiye bir şekilde ikna edilmesinin iradeyi etkileyen nedenler kapsamında değerlendirilebilip değerlendirilemeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır<sup>601</sup>.

TCK m.103'ün gerekçesinde “...*fikranın (b) bendinde söz konusu edilen cinsel istismar bakımından, çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, iradeyi etkileyen neden ifadesi kullanılmıştır...*” şeklinde yer alan açıklamalara bakıldığında sanki mağdurun iradesinin etkilenmesi suretiyle fiile ikna edilmesinin iradeyi etkileyen nedenler kapsamında kalacağı sonucuna ulaşılmaktadır<sup>602</sup>. Ancak böyle bir kabulde maddenin uygulama alanı kanunilik ilkesine aykırı bir biçimde genişletilmiş olacak; mağdurun iradesini etkileyen basit davranışlar dahi (örneğin mağdura hediye alınacağı vaadiyle onunla cinsel ilişki kurmak gibi) bu kapsamda değerlendirilebilecektir.

Doktrinde “iradeyi etkileyen diğer nedenler” ifadesinin “*geçici bir nedenle, alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle*” mağdurun davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması veya önemli ölçüde azalması şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>603</sup>. Bize göre de söz konusu ibare, mağdurun cinsel davranışa karşı irade oluşturma yeteneğini ortadan kaldıran, önemli ölçüde azaltan ya da mağdurun cinsel davranışa karşı irade oluşturmaya fırsat vermeyen durumlar olarak anlaşılmalıdır<sup>604</sup>. Böylece “cebir, tehdit, hile veya iradeyi

<sup>600</sup> Doktrinde bu düzenlemenin, 765 S. Kanun'un 414/2. maddesinde yer alan “*failin fiilinden başka bir sebepten dolayı mağdurun fiile mukavemet edemeyecek halde olması*” hipotezi düşünülerek ihdas edildiği ileri sürülmüştür. Bkz. Memiş Kartal, 2014: 174-175.

<sup>601</sup> Şen, 2006: 397; Taner, 2013: 283.

<sup>602</sup> Madde gerekçesi için bkz. Özgenç, 2005: 822.

<sup>603</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 365; Memiş Kartal, 2014: 174; Ataç, 2013: 120; Baytemir, 2014: 203; ŞEN, TCK m.103/1-b hükmünün cebir, tehdit veya hile yoluyla etkilenen irade olarak anlaşılması gerektiğini; kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eden iradeyi etkileyen diğer nedenler ifadesinin göz ardı edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Şen: 397- 398

<sup>604</sup> Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından mümkün olmasa da çocukların cinsel istismarı bakımından mümkün olan mağdurun cinsel dokunulmazlığının ani bir hareketle ihlal edilmesi örneğinde mağdurun irade oluşturmaya fırsat verilmemesi dolayısıyla iradeyi etkileyen bir neden söz konusu olduğunu düşünmekteyiz. Yargıtay'da vermiş olduğu bir kararında söz konusu durumu iradeyi etkileyen neden kapsamında değerlendirmiştir. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir;

“...*mağdurenin suç tarihinde 17 yaş içerisinde olduğunun anlaşılması karşısında, olay günü sanığın motosikletiyle seyir halindeyken yol kenarında yürüyen mağdureye yaklaşarak kalçasını ellemeye kalkışması şeklindeki mağdurenin vücuduna onun iradesini açıklamasına olanak tanımadan ani hareketle gerçekleştirdiği eyleminin, cebir, tehdit ve hile içermese bile iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak işlendiğinin*



etkileyen diğer nedenler ile” ifadesi de “mağdurun rızası olmaksızın” anlamına eş değer hale gelmiş olacaktır.

Buna göre mağdurun uyku halinde veya baygın olması, içeceğine uyku ilacı katılması, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olması, hipnoz edilmesi gibi durumlar “iradeyi etkileyen diğer nedenler” olarak kabul edilecektir<sup>605</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki bahsedilen durumların fail tarafından yaratılmasına gerek olmayıp, mağdurun bu durumlar içerisinde bulunması yeterli kabul edilecektir<sup>606</sup>. Dolayısıyla mağdurun bizzat kendisi alkol ya da uyuşturucu madde kullanmak suretiyle böyle bir durumun içerisine düşmüş olsa dahi iradeyi etkileyen diğer nedenler hipotezi uygulama alanı bulacaktır<sup>607</sup>. Ancak Yargıtay yakın tarihte vermiş olduğu bir kararında yerinde olmayan bir gerekçeyle mağdurun kendisinin alkol almış olmasını iradeyi etkileyen neden kapsamında değerlendirmemiştir<sup>608</sup>.

Mağdurun alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olması hallerinin iradeyi etkileyen diğer nedenler kapsamında değerlendirilebilmesi için bu maddelerin mağdurun irade oluşturma yeteneğini önemli ölçüde etkilemiş olması gerekmektedir<sup>609</sup>. Örneğin mağdurun bir bira içmesi irade oluşturmalarını etkileyecek düzeyde değilse bu kapsamda değerlendirilmemelidir. Yine mağdura şehveti artırıcı bazı ilaçların verilmesi durumunda bu ilaçların mağdurun irade oluşturmalarını ne düzeyde etkilediği araştırılmalı, eğer verilen ilaçlar mağdurun irade oluşturmalarını önemli ölçüde etkiliyorsa bu kapsamda değerlendirilmelidir<sup>610</sup>.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre mağdurun zor durum ve çaresizlik içerisinde bulunması sebebiyle cinsel ilişkiye rıza göstermesi halinde iradeyi etkileyen bir nedenin

---

*kabulüyle, fiilin TCK'nın 103/1-b. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden...” (Yar.14.CD., E: 2013/1842, K: 2014/12249, T: 5.11.2014). (www.kazanci.com).*

<sup>605</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 318; Koca ve Üzülmöz: 288; Akçin, 2006: 106; Aydın, 2014: 35.

<sup>606</sup> Doktrinde bir görüş söz konusu durumların fail tarafından yaratılması halinde çoğunlukla hilenin var olacağını belirtmektedir. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 365; Savaşçı, 2013: 66.

<sup>607</sup> Taner, 2013: 283; Horozgil, 2011: 126; Tuğrul, 2010: 280; Nişancı, 2015: 220.

<sup>608</sup> “...suç tarihinde on yedi yaş içerisinde bulunan mağdurenin, olay günü sanık ve suça sürüklenen çocukla buluşup, çarşıdan alkollü içecek aldıktan sonra sanığın arkadaşının evine gittiği, burada alkol aldıktan sonra önce sanık ardından suça sürüklenen çocukla cinsel ilişkiye girmesinin ardından dışarıya çıkıp suça sürüklenen çocukla diskoya giderek burada da bira içtikten sonra birlikte yolda giderken polisler tarafından yakalandıkları olayda, sanık ve suça sürüklenen çocuğun mağdureye yönelik eylemlerinde cebir, tehdit veya hile kullandıklarına ilişkin mağdurenin dahi bir beyanda bulunmadığının ve alkollü rızasıyla aldığı anlaşılması karşısında, sanık ile suça sürüklenen çocuğun eylemlerinin TCK'nın 104/1. maddesinde tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki ve TCK'nın 234/3. maddesinde yer alan çocuğun kaçırılması ve alkonulması suçlarını oluşturduğu gözetilerek, bu suçlardan mahkûmiyetler kurulması gerekir...” (Yar.14.CD., E: 2015/5752, K: 2015/10400, T: 10.11.2015). (www.kazanci.com).

<sup>609</sup> “...olay günü tanık D.'nin zorlamasıyla uyuşturucu hap içtiğini belirtmesi ve olaydan sonra mağdurenin Balıklı Rum Hastanesinde yapılan testleri sonucu adı geçen kurumca düzenlenen 26.7.2006 tarihli raporda mağdurede 963 mg/ml miktarda metilen dioksi amfetamin isimli maddenin tespit edildiğinin belirtilmesi karşısında, bu maddenin mağdurenin vücudunda tespit edilmesinin mağdurenin iradesini etkileyen bir neden oluşturup oluşturmayacağı konusunda Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinden rapor alınmasının ardından...” (Yar.14.CD., E: 2012/11610, K: 2014/9378, T: 9.7.2014). (www.kazanci.com).

<sup>610</sup> 765 S. Kanun döneminde bu örnek hile olarak değerlendirilmekteydi. Bkz. Dülger: 135.

varlığı kabul edilmelidir<sup>611</sup>. Bize göre kişinin çaresizlik ya da hassas psikoloji içerisinde bulunması iradeyi etkileyen bir neden olarak kabul edilmemeli, bu gibi hallerde kişinin verdiği rıza geçerli kabul edilmelidir<sup>612</sup>. Bu gibi durumlarda esasen kişinin eyleme irade oluşturma yeteneği mevcuttur. Ayrıca bu durumların iradeyi etkileyen diğer nedenler hipotezi içerisinde değerlendirilmesi suç tipinin uygulama alanını oldukça genişletecek ve ispat noktasında sıkıntılar yaratacaktır<sup>613</sup>.

#### 2.3.1.4.2.4 Rızanın İspatı (Rızasızlığın İspatı)

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından en çetrefilli konulardan birisi de suç tipinin bir unsuru olan rızanın ispatıdır. Esasen ispatlanması gereken husus -şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince- mağdurun rızası değil rızasızlığıdır<sup>614</sup>. Mağdurun rızasızlığı şüpheden uzak bir biçimde ispatlanamıyorsa -konumuz bakımından- fail, çocukların cinsel istismarı suçundan değil reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılabilir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından rızanın varlığı ya da yokluğu değerlendirilirken bu suçun mağdurunun 15-18 yaş aralığında bulunan bir çocuk olduğu göz ardı edilmemelidir. Zira bu yaş grubundaki çocukların, cinsel istek ve merakları sebebiyle cinsel ilişkiye rıza göstermiş olmalarına rağmen, aile ve toplum baskısıyla eylemin kendi istekleri dışında gerçekleştiğini ileri sürebilmeleri mümkündür<sup>615</sup>.

Cinsel ilişki eylemleri genellikle gözlerden uzakta, yalnızca fail ile mağdurun bilgisi dahilinde gerçekleşir ve bu sebeple olayın rıza dahilinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin ispatı diğer suçlara nazaran çok daha güçtür<sup>616</sup>.

Rızanın yokluğu hususunda özellikle mağdurun vücudunda fiziksel şiddet belirtilerinin bulunup bulunmaması göz önünde bulundurulabilir. Genel kabul mağdurun vücudunda fiziksel şiddet izleri varsa eylemin rıza olmaksızın gerçekleştirildiği yönündedir<sup>617</sup>. Mağdurun vücudunda fiziksel şiddet izlerinin bulunması, eylemin rızasız olarak gerçekleştirildiği yönünde ciddi bir karine oluştursa da bu husus mutlaka diğer delillerle desteklenmelidir.

<sup>611</sup> Üzülmöz, 2009a: 33; Dursun, 2013: 12; Alman Ceza Kanunu'nda (§182) çocuğun zor durum içerisinde cinsel davranışlara gösterdiği rızaya geçerlilik tanınmamıştır.

<sup>612</sup> Ekici Şahin, 2012: 197, 202; Centel, psikolojik baskının da iradeyi etkileyen neden kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. Centel, 2012: 274.

<sup>613</sup> Mağdurun çaresizliğinden yararlanarak rızasının elde edilmiş olması hali insan ticareti (m.80) ve fuhuş (m.227/4) suçlarında açıkça düzenlenmiş ve bu suçlar bakımından mağdurun çaresizliğinden yararlanılarak elde edilen rızanın geçersiz olacağı kabul edilmiştir. TCK m.103/1-b hükmü bakımından açıkça düzenlenmeyen çaresizlik hallerini iradeyi etkileyen diğer nedenler hipotezi içerisine sokmak kıyasa yol açacak ve kanunilik ilkesini zedeleyecek niteliktedir.

<sup>614</sup> Korkusuz, 2013: 825.

<sup>615</sup> Demircan, 2010: 1096; Çelik, 2014: 25

<sup>616</sup> Yalçın Sancar, 2013: 198; Korkusuz, 2013: 843.

<sup>617</sup> Tuğrul, 2010: 663; Korkusuz, 2013: 844.

Nitekim mağdurun cinsel fanteziler veya çeşitli gerekçeler sebebiyle cinsel eylem esnasında fiziksel şiddete de rıza göstermiş olabileceği ihtimali göz ardı edilmemelidir<sup>618</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki AİHM vermiş olduğu bir kararında kişinin eziyet boyutuna varan veya ağır bedensel zararlara neden olabilecek nitelikteki cinsel davranışlara karşı göstereceği rızanın geçerli olmadığına hükmetmiştir<sup>619</sup>.

Cinsel suçlarda özellikle olayda fiziksel bulgular olmadığında rızanın tespiti, fail ve mağdurun ifadelerine endekslenerek ve bu iki süjenin de birbiriyle çelişen ifadeler vermeleri halinde vaka daha da içinden çıkılmaz bir hal alacaktır<sup>620</sup>.

Doktrinde cinsel ilişki eylemlerinde tanık bulmanın genellikle mümkün olmaması sebebiyle ispat külfetinin yer değiştirmesi ve rızanın yokluğunun değil varlığının ispat edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>621</sup>.

İngiltere’de Cinsel Suçlar Kanunu’nun 75. maddesinde rızanın ispatı hususunda aksi ispatlanabilir bir karine hükmü öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre fail, mağdura cebir uygulamış ya da mağduru tehdit etmiş ise; mağduru hukuka aykırı olarak alıkoymuş ise, mağdur uyku halinde ya da bilinci kapalı bir halde ise ya da fiziksel bir rahatsızlığından dolayı rızasını sözlü olarak açıklayamayacak durumda ise karine olarak rızanın yokluğu kabul edilecek ve ispat külfeti yer değiştirerek failin eylemin rıza dahilinde gerçekleştiğini ispat etmesi gerekecektir<sup>622</sup>.

Uygulamada Yargıtay’ımız ise rızanın tespiti hususunda mağdurun beyanlarını değerlendirirken şu kriterleri göz önünde bulundurmaktadır;

- *Mağdurun beyanlarının tutarlı olup olmadığı*<sup>623</sup>

<sup>618</sup> Soyaslan, 2014b: 238; Dülger: 108-109; Günümüzde feminist teori taraftarları, insan onuruyla bağdaşmayan cinsel davranışlara karşı gösterilen rızanın geçersiz olması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bkz. Simard, 2015: 66.

<sup>619</sup> *Laskey ve Diğerleri/Birleşik Krallık Kararı*, Başvuru No: 21627/93; 21628/93; 21974/93, Karar Tarihi: 19.02.1997, Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":\["Laskey"\], "documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58021"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{). (erişim tarihi: 8.3.2016). Söz konusu kararda yer alan şahıslar mahkeme kararında homoseksüel olarak belirtilmiştir (bkz. paragraf 8). Mahkeme, benzer konuda daha önce vermiş olduğu bir kararında (*R v Wilson*) rızaya dayalı şiddet içeren karı-koca arasındaki cinsel ilişkilere (heteroseksüel) müdahale edilemeyeceğine karar vermiştir. Söz konusu kararlar ve mahkemenin -cinsel hayata müdahale bakımından- homoseksüel-heteroseksüel ayrımı yapmış olmasının eleştirisi için bkz. Moran: 83, 84, (<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-2230.00129/pdf>), (erişim tarihi: 8.3.2016).

<sup>620</sup> Birtek, 2016: 558; Demircan, 2010: 1091.

<sup>621</sup> Nuhoğlu, 2002: 62. 6545 S. Kanun’un komisyon görüşmeleri esnasında “Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu” temsilcisi tarafından cinsel suçlarda genellikle olayda tanık bulunmadığı, bu sebeple mağdurun beyanlarının tanık beyanı olarak kabul edilmesi ve mağdurun beyanlarına üstünlük tanınması gerektiği önerilmiştir. Bkz. Adalet Komisyonu Görüşme Tutanakları, Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, T: 29.05.2014, s.5. Ancak kanun değişikliğinde bu yönde bir düzenleme yapılmamıştır.

<sup>622</sup> Elliott ve Quinn, 2008: 167.

<sup>623</sup> “...mağdurenin ilk beyanlarıyla çelişkili şekilde ifadelerde bulunduğu, sanıkların kendisiyle zorla ilişkiye girdiklerinin ifade ettiği halde, yetkili makamlara durumu bildirme imkanı varken herhangi bir müracaatının

- *Mağdur ile fail arasında husumet bulunup bulunmadığı*<sup>624</sup>
- *Mağdurun olayı uzun süre saklayıp saklamadığı*<sup>625</sup>. (Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında mağdurun eylemi uzun süre saklamış olmasının doğrudan eyleme rıza gösterdiği şeklinde yorumlanamayacağına hükmetmiştir<sup>626</sup>.)
- *Mağdur ile fail arasındaki daha önceki ilişki ve beyanın hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı*<sup>627</sup>
- *Mağdurun eyleme direnip direnmediği ve yardım isteme imkanı varken bu yola başvurup vurmadığı*<sup>628</sup>
- *Mağdurun olayı çevresine mazur gösterme düşüncesinde olup olmadığı*<sup>629</sup>.

---

*olmayışı, olayın ortaya çıkış şekli, sanıkla anneannesinin tek odalı evinde anneannesinin yanında kendisiyle zorla ilişkiye girdiğine dair hayatın olağan akışına aykırı beyanı...*” (Yar.14.CD, E: 2013/6432, K: 2013/9439, T: 20.09.2013). Ayrıca bkz. (Yar.14.CD, E: 2014/3166, K: 2014/5695, T: 28.04.2014). (www.kazanci.com)

<sup>624</sup> “... *taraflar arasında mağdurenin sanığa iftira atmasını gerektirir aktif bir husumetin bulunmaması ve tüm dosya içeriğinden, sanığın eyleminin TCK'nun 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğunun anlaşılması karşısında...*” (Yar.14.CD, E: 2012/7282, K: 2014/5995, T: 5.5.2014) (www.kazanci.com). Ayrıca bkz. (Yar.5.CD., E: 2006/2639, K: 2010/1839, T: 04.03.2010) Karar için bkz. Tuğrul, 2010: 361

<sup>625</sup> “... *mağdurenin irza geçme eylemini ve buna bağlı hamileliğini uzun bir süre gizlediği, kendi başına evlerinin bahçesinde doğum yapıp çocuğu yakındaki samanlığa gizlediği, bebeğin sesini duyup bulan annesi ve kardeşinin durumu jandarmaya bildirdiği, mağdure ve çocuk hastaneye götürülüp doğum yapanın mağdure olduğunun anlaşılması üzerine olayı açıkladığı, tanık beyanlarına göre sanık ile aralarında arkadaşlık bulunduğu, irza geçmenin cebir şiddet kullanılarak yapıldığına dair iddiasının durumunu çevresine mazur gösterme düşüncesinden kaynaklandığı...*” (Yar.5.CD., E: 2006/11252, K: 2007/1, T: 22.01.2007). Bkz. Tuğrul, 2010: 454.

<sup>626</sup> “... *Mağdurenin hamileliği anlaşılınca kadar tecavüz olayından aile çevresine bahsetmemiş olması da cinsel ilişkinin rızaya dayalı olduğunu göstermez. Zira, mağdurenin olayı açıklaması üzerine babaannesinin kolluk kuvvetlerinin yanında kendisine saldırmaması, bilahare amcası ile diğer yakınlarının ifadesini değiştirmesi için üzerinde baskı kurup tehdit etmeleri ve olayın açığa çıkmasından sonra mağdurenin köyde kalamayıp annesinin yanına sığınmak zorunda kalması da, önceki suskunluğunun nedeni olan öngörülerinin haklılığını ortaya koymaktadır. Kaldı ki mağdure, babasının kendisine yönelik davranışlarını güvendiği bir arkadaşına kısmen anlatmış ve evden kaçarak babasından kurtulmak istediğini de söylemiştir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, sanığın manevi cebir (tehdit) kullanmak suretiyle zincirleme olarak ve ayıplı bırakacak biçimde öz kızı olan mağdurenin ırzına geçtiği bellidir...*” (Yar.CGK, E: 2002/5-324, K: 2003/55, T: 25.03.2003). (www.kazanci.com)

<sup>627</sup> “*Mağdurun herhangi bir cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene maruz kalmaksızın tekrar kendisine karşı daha önceden basit cinsel istismar niteliğinde birçok hareketlerde bulunan sanığın bulunduğu kuaför dükkanına gitmesi, kendi arkadaşlarının oradan uzaklaşmasını isteyip sanık ile baş başa kalması ve gece vakti sanık ile birlikte kimsenin bulunmadığı pasajın üst katına çıkmasının hayatın olağan akışına uygun olmayıp, mahkemenin eylemlerin rızanın gerçekleştiğini kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden...*” (Yar.14.CD., E: 2011/4406, K: 2012/10797, T: 06.11.2012). Ayrıca bkz. (Yar.14.CD., E: 2011/15, K: 2011/39, T: 13.07.2011). Kararlar için bkz. Gündüz, 2015: 160, 297

<sup>628</sup> “... *Mağdurenin aşamalarda tutarlı anlatımları, tanık beyanları, zor durumda olduğuna, kurtulamadığına ve yardım isteğine ilişkin cep telefonu mesajları, mağdurenin vücudundaki darp ve cebir bulgularını tespit eden ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte yaralanma bulunduğuna işaret eden doktor raporları ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın olay günü parkta erkek arkadaşı ile oturup öpüşmekte olan mağdureyi, arkadaşını tehditle uzaklaştırdıktan sonra zorla alıkoyduğu, devamında direnci kırılan mağdurenin vücuduna zorla organ sokmak suretiyle nitelikli cinsel istismar suçunu gerçekleştirdiği anlaşıldığı halde daha önceden tanımadığı sanık tarafından zorla alıkonulan mağdurenin rızası ile cinsel ilişkiye girdiği kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması...*” (Yar.5.CD., E: 2009/5434, K: 2009/7694, T: 17.06.2009). (www.kazanci.com)

<sup>629</sup> “*Mağdurenin olayı uzun bir süre gizleyip hiç kimseye anlatmaması ve şikayetçi olmaması, doktora sevk edilip kızlığa ilişkin raporu alındıktan sonra açıklama yapması gözetildiğinde, nitelikli cinsel istismarın cebir, şiddet ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılmanın zor kullanılarak yapıldığına dair iddiasının durumunu çevresine mazur*

Ayrıca Yargıtay “*iffetli bir kadının kendi iffetine gölge düşürecek şekilde başkasına iftira etmeyeceğini*” belirterek mağdurun beyanını esas alan kararlar vermektedir<sup>630</sup>. Bize göre bu ifade, kadınlar arasında iffetli-iffetsiz ayırımına yol açabilecek, ayrımcı bir ifadedir<sup>631</sup>. Böyle bir ayırım, genel adap ve ahlaktan ziyade bireyin cinsel özgürlüğünü koruyan günümüz ceza hukuku sistemiyle bağdaşır nitelikte değildir. Mağdurun kadın veya erkek, evli ya da bekar yahut iffetli veya iffetsiz olması hukuken farklılık yaratmayı gerektirecek nedenler değildir<sup>632</sup>.

İffetli bir kadının iffetine zarar verecek şekilde kimseye iftira atmayacağını kabul etmek, sanıktan, mağdurun kendisine iftira atmasını gerektirecek bir nedeni ispatlaması beklentisi doğuracak ve böylece ispat yükü sanığa yüklenmiş olacaktır<sup>633</sup>. Ayrıca onur, namus, iffet gibi kavramların değişken ve sübjektif kavramlar olduğu göz önünde bulundurulduğunda böyle bir kabulün her olay bakımından doğru sonuçlar vermeyeceği rahatlıkla söylenebilecektir<sup>634</sup>.

Belirtmek gerekir ki cinsel suçlarda ispat yükünün sanığa yüklenmesi şüpheden sanık yararlanır ilkesini ve masumiyet karinesini zedeleyici uygulamaların önünü açabilecek niteliktedir<sup>635</sup>. Böyle bir uygulamada fail, salt mağdurun beyanlarına dayanılarak cezalandırılabilir.

Cinsel ilişkinin rıza dahilinde işlenip işlenmediği tespit edilirken yukarıda açıklanan kriterlerin yanında doktor ve bilirkişi raporları<sup>636</sup>,<sup>637</sup>, tanık beyanları<sup>638</sup>, kriminal raporlar<sup>639</sup>,

---

*gösterme düşüncesinden kaynaklandığı...*” (Yar.5.CD., E: 2008/6658, K: 2008/7626, T: 16.07.2008). Ayrıca bkz. (Yar.5.CD., E: 2008/8952, K: 2008/7902, T: 22.09.2008) Kararlar için bkz. Tuğrul, 2010: 441, 446

<sup>630</sup> Bkz. (Yar.14.CD., E: 2013/523, K: 2014/12610, T: 13.11.2014); (Yar.14.CD., E: 2012/12005, K: 2014/8184, T: 17.06.2014); (Yar.14.CD., E: 2012/8259, K: 2014/499, T: 20.01.2014); (Yar.14.CD., E: 2011/21496, K: 2012/8620, T: 19.09.2012); (Yar.14.CD., E: 2013/2047, K: 2014/12628, T: 13.11.2014). (Kararların tamamı www.kazanci.com’dan alınmıştır.)

<sup>631</sup> Yalçın Sancar, 2013: 153

<sup>632</sup> Yalçın Sancar, 2013: 154

<sup>633</sup> ŞEN, Ersan, “Cinsel Suçlarda Müşteki Beyanının Kanıt Gücü”, (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1446786-cinsel-suclarda-musteki-beyanini-kanit-gucu>). (erişim tarihi: 06.03.2016); Taner, 2013: 250; Birtek, 2016: 567

<sup>634</sup> Taner, 2013: 250; Birtek, 2016: 566. Aksi yönde bkz. Nuhoğlu, 2002: 63

<sup>635</sup> Ünver, 2003: 61; Nuhoğlu cinsel suçlarda ispat yükünün yer değiştirmesinin masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmediğini düşünmektedir. Bkz. Nuhoğlu, 2002: 63

<sup>636</sup> “...On yedi yaş içerisindeki mağdurenin özellikle olay sonrası verdiği soruşturma beyanı, sanığın aşamalarındaki çelişkili savunmaları kovuşturması ayrı yürütülen dosyada suça iştirak eden M.F.’nin savunmalarının sanık savunması ile çelişkiler içermesi doktor raporları ve tüm dosya içeriğine göre...” (Yar.14.CD., E: 2015/7610, K: 2015/11355, T: 07.12.2015). (www.kazanci.com).

<sup>637</sup> Delil elde etmenin oldukça zor olduğu cinsel suçlarda delillerin çok hızlı kaybolma ihtimaline binaen bilirkişi tarafından yapılacak incelemelerin gecikmeksizin yapılması gerekmektedir. Bkz. Yenerer Çakmut, 2009: 157. Örneğin cinsel ilişkiden sonra ilk 24 saat içinde yapılan muayenelerde genital bölgede ekimoz bulunma ihtimalinin daha yüksek olduğu belirtilmektedir. Bkz. Linden, 2011: 835.

<sup>638</sup> “...Sanığın aşamalarda değişmeyen samimi savunmaları, tanık beyanları, olayın ortaya çıkış şekli, zamanı ve tüm dosya kapsamından, sanığın eylemlerini zorla gerçekleştirdiğine dair mağdurenin birbiriyle çelişen anlatımları dışında delil bulunmadığı anlaşılacakla, suç tarihinde on altı yaşında olan mağdureye yönelik cinsel ilişkide bulunma eyleminin 5237 sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen

eylemin gerçekleştirildiği yer<sup>640</sup>, fail ile mağdur arasındaki önceki ilişkiler, failin ifadeleri<sup>641</sup> gibi hususların tamamının göz önünde bulundurulması gerekir<sup>642</sup>. Elde edilen tüm deliller ışığında ceza muhakemesi hukukunda geçerli olan vicdani kanaate ulaşabilmek için akla ve mantığa uygun gerekçelere dayanan her türlü şüphe yenilmeli<sup>643</sup>, bunun sonucunda eylemin rıza ile ya da rıza olmadan işlendiği sonucuna ulaşılmalıdır. Yargılamada yeminsiz olarak dinlenen (CMK m.236/1) ve esasen taraf olan mağdurun yalan söyleme, gerçeği çarpıtma ya da herhangi bir sübjektif nedenle faile iftira atma olasılıkları göz ardı edilmemelidir. Dolayısıyla rızanın varlığı tespit edilirken sadece mağdurun soyut ifadelerine dayanılarak hüküm kurulmamalı, mağdurun ve failin ifadeleri birlikte değerlendirilerek mutlaka diğer delillerle desteklenmelidir<sup>644</sup>.

## 2.3.2 Tipikliğin Manevi Unsuru

### 2.3.2.1 Genel Açıklamalar

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ancak kasten işlenebilen bir suçtur<sup>645</sup>. Suçun oluşması bakımından genel kast yeterli olup, ayrıca özel kast aranmayacaktır. Dolayısıyla failin 15-18 yaş aralığında bulunan bir çocukla cinsel ilişkiye girdiğini bilmesi ve istemesi yeterli olup, ayrıca şehvi hisleri tatmin amacıyla hareket etmiş olması gerekmez<sup>646</sup>.

Kanun koyucu açık bir düzenleme ile doğrudan kastın varlığını aramadığından suç olası kastla işlenebilecektir<sup>647</sup>.

---

*reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu...* (Yar.14.CD., E: 2014/306, K: 2015/11883, T: 21.12.2015). (www.kazanci.com).

<sup>639</sup> "...sanıkların ise soruşturma aşamasında olay günü mağdure ile görüşmediklerini belirterek suçlamaları inkar etmelerine karşılık, kovuşturma aşamasında hazırlanan kriminal raporda mağdurenin külotunda vücut sıvılarının tespit edilmesi üzerine mağdure ile para karşılığı anlaşarak buluştuklarını ve cinsel ilişki olmaksızın sürtünme yoluyla seviştiklerini söylediklerinin ancak olaydan sonra düzenlenen raporda mağdurede livata bulgusu tespit edildiğine..." (Yar.14.CD., E: 2012/8790, K: 2014/6864, T: 26.05.2014). (www.kazanci.com).

<sup>640</sup> "...Olayı izah edebilmek ve mağdurenin hangi aşamada rızasının var olduğu hangi aşamada rızanın ortadan kalktığı hususunu belirleyebilmek için öncelikle mağdurenin ilk olay yerine hangi sebeple ve ne şekilde gittiği ortaya konulmalıdır. Nüfusu 100.000'i aşan Turgutlu İlçe Merkezinde onlarca kasap var iken mağdurenin et almak için sanık Mehmet'in arabasına binerek mezbahaneye gittikleri iddiası samimiyetten uzaktır..." (Yar.CGK., E: 2010/5-202, K: 2010/251, T: 7.12.2010). (www.kazanci.com).

<sup>641</sup> "Sanığın aşamalarda değişmeyen samimi savunmaları, tanık beyanları, olayın ortaya çıkış şekli, zamanı ve tüm dosya kapsamından, sanığın eylemlerini zorla gerçekleştirdiğine dair mağdurenin birbiriyle çelişen anlatımları dışında delil bulunmadığı anlaşılma, suç tarihinde onaltı yaşında olan mağdureye yönelik cinsel ilişkide bulunma eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu..." (Yar.14.CD., E: 2014/306, K: 2015/11883, T: 21.12.2015). (www.kazanci.com).

<sup>642</sup> Yalçın Sancar, 2013: 209; Tuğrul, 2010: 661-662; Köksal, 2015: 703-704.

<sup>643</sup> Feyzioglu, 2002: 185, 198.

<sup>644</sup> Şen, (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1446786-cinsel-suclarda-musteki-beyanini-kanit-gucu>); Taner, 2013: 250; Kafes: 67-68; Birtek mağdurun beyanının diğer delillerle desteklenmesinin zorunlu olmadığını, ancak bir delilin taşıması gereken nitelikleri haiz olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Birtek, 2016: 560.

<sup>645</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 382; Ataç, 2013: 133; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 3500.

<sup>646</sup> Şen, 2006: 406-407; Yokuş Sevik, 2005: 298; Taner, 2013: 339.

<sup>647</sup> Kanbur, 2015: 4180; aksi yönde bkz. Taner, 2013: 339; Memiş Kartal, 2014: 135.

Failin kastının cinsel ilişkiye, mağdurun yaşına ve rızasına (cebir, tehdit, hile, iradeyi etkileyen diğer nedenlerin olmaması) yönelik olması gerekir<sup>648</sup>. Failin suçun maddi unsurlarına (cinsel ilişki-mağdurun yaşı ve rızası) ilişkin hatası, kastı kaldıracığından (TCK m.30/1) suçun oluşumunu engelleyecektir<sup>649</sup>.

### 2.3.2.2 Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Bakımından Kastı Kaldıran Hata Halleri

#### 2.3.2.2.1 Mağdurun Yaşında Hata

Gerçekte mağdur 15-18 yaş aralığında bir çocuk olmasına rağmen fail, mağdurun 18 yaşından büyük olduğu zannıyla mağdurla cinsel ilişkiye girmiş ise söz konusu hata (hatanın varlığı kabul edildiği takdirde) failin kastını kaldıracak ve suçun oluşmasını engelleyecektir<sup>650</sup>. Örneğin fail, mağdurun nüfus cüzdanından yaşının 19 olduğunu görerek cinsel ilişkiye girmiş ve fakat gerçekte mağdurun yaşı 17 olmasına rağmen nüfus cüzdanına yanlış yazılmış ise, fail suçun maddi unsurlarında hataya düşmüş kabul edilecek ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan sorumlu tutulmayacaktır<sup>651</sup>.

Doktrinde failin tipikliğin maddi unsurları hakkında şüphe ile hareket etmesi halinde hatanın söz konusu olmayacağı, bu durumun olası kast ya da bilinçli taksir kapsamında değerlendirileceği ileri sürülmüştür<sup>652</sup>. Bu görüş kabul edildiği takdirde fail mağdurun yaşının 15-18 aralığında olabileceğini öngörmesine rağmen bunu kabullenerek cinsel ilişki eylemini gerçekleştirmiş ise olası kast ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işlemiş olacaktır<sup>653</sup>.

Gerçekte mağdur 15 yaşından küçük olmasına rağmen fail mağdurun 15-18 yaş aralığında olduğu zannıyla cinsel ilişki eylemini gerçekleştirmişse bu durumda nasıl bir yol izleneceği ayrıca üzerinde durulması gereken bir husustur. Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu kararlarında bu durumda failin TCK m.103 hükmü bakımından kasten hareket etmiş sayılmayacağını ve bu suçun taksirle işlenmesinin de mümkün olmadığını belirterek

<sup>648</sup> Kanbur, 2015: 4180.

<sup>649</sup> Koca ve Üzülmüş: 331.

<sup>650</sup> Hakeri, 2015: 454; Yokuş Sevük, 2005: 298; Dülger: 101.

<sup>651</sup> "...sanık, savunmalarında mağdurenin nüfus kaydına nazaran 21 yaşında olduğunu anlaması üzerine kendisi ile rızası ile cinsi münasebette bulunduğunu ileri sürmüştür. TCK'nın 45. maddesinde, cürüm kastı bulunmamasının cezayı kaldıracığı hakkında belirlenen kurala göre, failin cürümü oluşturan yaş unsurunda resmi bir belge olan nüfus hüviyet cüzdanındaki doğum tarihine inanıp hataya düşmesi halinde, bu hata sebebiyle suçluluğunun zail olması gerekli iken, bilahare mağdurenin mahkemece duruşmada düzeltilen doğum kaydına göre suç kastı bulunmadığı göz önüne alınmadan mahkumiyetine karar verilmesi, bozmayı gerektirmiştir..." (Yar.5.CD., E: 1983/800, K: 1983/1354, T: 20.04.1983). (www.kazanci.com).

<sup>652</sup> Koca, 2009: 86. Güngör, failin şüphenin varlığına rağmen bu riski göze alarak hareket etmesi halinde, kanun gerçeğin bilinmesini özellikle aramadığı sürece, failin kasten hareket etmiş kabul edileceğini belirtmektedir. Bkz. Güngör, 2007: 24. Aynı yönde bkz. Taner, 2013: 179.

<sup>653</sup> Aksakal, 2014: 265; Köksal, 2015: 708.

fail hakkında beraat kararı verilmesine hükmetmektedir<sup>654</sup>. Genel Kurul'un konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararın ilgili kısmı şu şekildedir;

*"...fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurun yaşına ilişkin bu hatasından yaralanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir...<sup>655</sup>".*

Kanaatimizce Yargıtay'ın vermiş olduğu bu karara katılmak mümkün değildir. Failin TCK m.103 hükmü bakımından hataya düşmüş olması bu suç bakımından kastını kaldıracak ve fail TCK m.103 kapsamında sorumlu tutulmayacaktır. Ancak bu durumda failin TCK m.104 kapsamında sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışılmalıdır. Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre fail yanılmamış olsa dahi fiil başka bir suç oluşturacaktı denilebiliyorsa bu durum failin iradesi lehine çözümlenmeli ve fail, somut olayda gerçekleşen suçtan değil işlemeyi kastettiği suçtan sorumlu tutulmalıdır<sup>656</sup>. Dolayısıyla bahse konu olayda failin beraatine değil reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkumiyetine (şikayet şartı sağlanmış ise) karar verilmelidir<sup>657</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki Yargıtay mağdurun yaşında hataya düşülmesi halinde söz konusu durumun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerektiğine ve bu hususta mahkeme tarafından re'sen bir araştırma yapılmayacağına hükmetmektedir<sup>658</sup>.

### 2.3.2.2.2 Mağdurun Rızasında Hata

15-18 yaş aralığında bulunan çocuğun gerçekte rızası bulunmamasına rağmen fail, rızanın var olduğunu zannederek cinsel ilişki eylemini gerçekleştirmiş ise bu hatasından

<sup>654</sup> (Yar.CGK., E: 2013/14-576, K: 2013/581, T: 03.12.2013); (Yar.CGK E: 2013/14-573, K: 2013/432, T: 05.11.2013). Kararlar için bkz. (www.kazanci.com).

<sup>655</sup> (Yar.CGK., E: 2014/14-88, K: 2014/334, T: 17.06.2014). (www.kazanci.com).

<sup>656</sup> İçel, 2016: 473; Özbek, 2008: 87; Hakeri, 2015: 455-456; Koca, 2009: 86; Güngör, 2007: 81.

<sup>657</sup> Bu durum doktrinde Erman tarafından şu şekilde açıklanmaktadır; *"...bir suç tipi diğerini bütünüyle kapsamakta, ancak suç tiplerinden biri diğerinden daha dar bir alanı düzenlediği için öncelikle uygulanmaktadır; yani iki suç tipi arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle, söz konusu örnekte fail işlemek istediği suçun bütün unsurlarını bilerek gerçekleştirmiş ve buna ek olarak başka bir suç tipinin maddi koşullarını kasıtlı olmadan yerine getirmiş olmaktadır. Bu nedenle de bir suç tipinden dolayı sorumlu tutulmazken, diğer suç açısından tam kapsamıyla ceza sorumluluğu doğmaktadır..."*. Bkz. Erman, 2006: 104-105.

<sup>658</sup> *"...suçun maddi unsurlarında hata hali faile dair bir durum olduğundan, bu hususun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmekte olup, kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşünülmediğine dair bir araştırma yapılmayacaktır..."*. (Yar.CGK., E: 2013/14-576, K: 2013/581, T: 03.12.2013). (www.kazanci.com).



yararlandırılacak ve çocukların cinsel istismarı suçundan değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan sorumlu tutulacaktır<sup>659</sup>.

Örneğin 17 yaşındaki mağdurun uyuşturucu madde etkisi altında cinsel ilişkiye rıza göstermiş olması halinde esasen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından geçerli bir rıza yoktur. Ancak eğer fail, mağdurun rızayı uyuşturucu madde etkisi altında verdiğini bilmiyorsa, bu durumda rızanın varlığı hususunda hataya düşmüş kabul edilebilecektir<sup>660</sup>.

Rızanın varlığında hataya düşülmesi halinde hangi hükmün uygulanacağını tespit edilmesi için rızanın bu suç tipi bakımından tipiklik unsuruna mı dahil olduğu yoksa hukuka uygunluk sebebi mi olduğu belirlenmelidir. Rıza tipikliğe dahil kabul edildiğinde TCK m.30/1 (suçun maddi unsurlarında hata) hükmü uygulama alanı bulacak ve failin rızanın varlığında yanılması kastı kaldıracaktır. Rıza hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilirse TCK m.30/3 hükmü uygulama alanı bulacak ancak bu durumda failin hatasından yararlanabilmesi için hatanın “kaçınılmaz” olması aranacaktır<sup>661</sup>. Rıza başlığında açıkladığımız üzere bu suç bakımından rıza tipikliğe dahil kabul edildiğinden failin mağdurun rızasında yanılığa düşmesi halinde TCK m.30/1 hükmü uygulama alanı bulacak ve hatanın kaçınılmaz olup olmadığı araştırılmayacaktır<sup>662</sup>.

### 2.3.3 Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun özelliği gereği bu suçta meşru savunma ve kanun hükmünü icra hukuka uygunluk sebeplerinin ortaya çıkması mümkün değildir.

İlgilinin rızası bu suç tipi bakımından bir hukuka uygunluk sebebi değil aksine suçun bir unsurudur<sup>663</sup>. Kanun koyucu 15-18 yaş aralığında bulunan çocukların cinsel ilişki boyutundaki eylemlere karşı gösterecekleri rızaya geçerlilik tanımamıştır. Ancak bu yaş grubundaki çocukların cinsel ilişki eylemine rıza göstermeleri halinde çocukların cinsel istismarı suçu değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu uygulama alanı bulacaktır.

Daha önce de açıkladığımız üzere eşlerin evlilik birliği içerisinde rızaları dahilinde cinsel ilişkiye girmeleri, evlilik birliğinden doğan bir hakkın kullanılması olarak

<sup>659</sup> Toroslu, 2007: 68; Taner, 2013: 298.

<sup>660</sup> Şen, 2006: 406.

<sup>661</sup> Ekici Şahin, 2012: 100-101; Koca'ya göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın TCK m.30/3 kapsamında değil TCK m.30/1 hükmü kapsamında ele alınması gerekir. Bu sebeple hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata hallerinde hatanın kaçınılmaz olup olmaması araştırılmayacaktır. Bkz. Koca, 2009: 97-98.

<sup>662</sup> Koca, 2009: 88; Taner, rızayı tipiklik unsuruna dahil kabul etmesine rağmen hatanın esaslı ve kaçınılmaz olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Taner, 2013: 339. Yazarın esaslı ve kaçınılmaz bir hata bulunması halinde kastın kalkacağı sonucuna ulaşması, hata müessesesine yaklaşımıyla alakalıdır. Nitekim doktrinde bir görüşe göre fiil üzerinde hatanın ceza sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırabilmesi için esaslı ve kaçınılmaz olması gerekmektedir. Bkz. Güngör, 2007: 55.

<sup>663</sup> Koca ve Üzülmez: 331.

değerlendirilecek ve hukuka uygun kabul edilecektir<sup>664</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki bu hukuka uygunluk sebebi yalnızca Medeni Kanun hükümlerine göre yapılan evlilikler bakımından uygulama alanı bulabilecek; Medeni Kanuna göre yapılmayan evlilikler (dini nikah gibi) bakımından geçerli olmayacaktır<sup>665</sup>.

## 2.4 Suçun Nitelikli Halleri

### 2.4.1 Genel Açıklamalar

5237 S. TCK'nın ilk halinde 104. maddenin 2. fıkrasında “*fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır.*” hükmü yer almaktaydı. Daha önce de açıkladığımız üzere söz konusu nitelikli hal, 23.11.2005 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir<sup>666</sup>.

Kanun koyucu 18.06.2014 tarih ve 6545 S. Kanun ile (m.60) 104. maddenin 2. ve 3. fıkralarına iki yeni nitelikli hal eklemiştir<sup>667</sup>. Söz konusu hükümler şu şekildedir;

- (2) *Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*<sup>668</sup>.
- (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.*

Doktrinde söz konusu düzenlemelerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçu içerisinde yapılması eleştirilmiş; mezkur düzenlemelerin çocukların cinsel istismarı suçu içerisinde, mağdur üzerinde hüküm ve nüfuzu bulunan kişiler bakımından cinsel davranışlara rıza yaşını yükseltecek şekilde, yapılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>669</sup>.

<sup>664</sup> Bkz. “Evlenme Yoluyla veya Mahkeme Kararıyla Ergin Olmuş Kişinin Mağdur Olup Olamayacağı Sorunu” Başlığı.

<sup>665</sup> Kanbur, 2015: 4179; Koca ve Üzülmmez, dini nikahla veya nikahsız olarak karı-koca gibi birlikte yaşayan kişilerin de eş olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Koca ve Üzülmmez: 284.

<sup>666</sup> Bkz. “Fail -Genel Açıklamalar-” Başlığı.

<sup>667</sup> Maddeye ilişkin Hükümet Tasarısındaki değişiklik gerekçesi şu şekildedir; “

*Maddeye eklenen ikinci fıkrayla, birinci fıkrada tanımlanan suçun, arasında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde şikâyet aranmaksızın, altı yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilmesi düzenlenmektedir. “Ensest” ilişkilerin birinci fıkrada tanımlanan suçta nazaran daha ağır cezayı gerektiren ve soruşturulması veya kovuşturulması şikâyete bağlı olmayan bir suç olarak tanımlanması suretiyle, bu suçta daha etkin mücadele edilebilmesi ve çocukların cinsel sömürsünün engellenmesi amaçlanmaktadır.*

*Bu düzenlemeye bağlı olarak, rızaya dayalı da olsa on beş yaşını doldurmamış olan çocuklarla olan ensest ilişkisinin, 103’üncü maddede tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçu bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur oluşturduğu göz önünde bulundurulmalıdır.*

*Maddeye eklenmesi öngörülen üçüncü fıkrayla, suçun koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından da işlenebileceği kabul edilerek, bu durumda, soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet şartının aranmayacağı ve ikinci fıkrada öngörülen cezaya hükmolunacağı düzenlenmektedir.”* Bkz. TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 592, s.22.

<sup>668</sup> Değişiklikten önce aralarında akrabalık ilişkisi bulunanlar bakımından nitelikli hal öngörülmemiş olmasının eleştirisi için bkz. Ünver, 2014b: 51.

<sup>669</sup> Taner, 2014: 63.

Kanaatimizce eğitici ve öğreticilerin çocuklar üzerindeki etkileri ve nüfuzları göz önünde bulundurulduğunda suçun eğitici ve öğreticiler tarafından işlenmiş olması halinin de - tıpkı TCK m.103/3-d hükmünde olduğu gibi- nitelikli hal olarak maddeye eklenmesi yerinde olurdu.

#### 2.4.2 Suçun Mağdur ile Arasında Evlenme Yasağı Bulunan Kişi Tarafından İşlenmiş Olması

TCK'nın 104. maddesinin 2. fıkrasında failin mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan bir kişi olması suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.

Evlenme yasağının kapsamı Medeni Kanununun 129. maddesine göre belirlenecektir. Söz konusu hüküm şu şekildedir;

***Madde 129;** Aşağıdaki kimseler arasında evlenme yasaktır:*

1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,
2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,
3. Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında.

Doktrinde bu düzenleme ile ensest fiillerinin TCK kapsamında suç olarak kabul edilip edilmediği tartışması yapılmıştır<sup>670</sup>. Öncelikle belirtmek gerekir ki 6545 S. Kanun düzenlemesinden önce de aralarında evlenme yasağı olsun ya da olmasın 15 yaşını doldurmuş olan bir çocukla rızasıyla cinsel ilişkiye girmek suç teşkil etmekteydi<sup>671</sup>. Ancak bu fiillerin soruşturulması ya da kovuşturulması şikayete tabi idi. Yeni düzenlemeye göre ise bu fiillerin soruşturulması ve kovuşturulması şikayet şartı aranmaksızın yapılacak ve cezası suçun basit haline göre daha fazla olacaktır.

Ayrıca bu düzenleme ile ensest olarak kabul edilen tüm fiiller yasaklanmış değildir. Ensest terimi; evlenmeleri ahlaken ve hukuken yasaklanmış yakın akrabaların birbiriyle cinsel ilişkide bulunmaları anlamında kullanılmaktadır<sup>672</sup>. Bu tanıma göre evlenmeleri yasak olan 18 yaşından büyük iki kişinin rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri de ensest kapsamındadır<sup>673</sup>. Oysa Ceza Kanunumuz aralarında evlenme yasağı bulunan 18 yaşından büyük iki kişinin

<sup>670</sup> Bkz. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 371; Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 376.

<sup>671</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 376.

<sup>672</sup> Polat, 2010: 159; IX. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi'nde ensestin (fücur) suç olarak kabul edildiği ülkelerde bu suçun usul, fûru ve kardeşler arasında gerçekleşen cinsel münasebetlere hasredilmesi gerektiği tavsiye kararı alınmıştır. Bkz. Dönmezer, 1964: 454.

<sup>673</sup> Doktrinde ceza hukuku anlamında ensestin "evlenmeleri yasak olan reşit kişiler arasında rızaya dayalı gerçekleşen cinsel ilişkiler" şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Yalçın Sancar ve Yaşar, 2009: 247.

rızalarıyla cinsel ilişkiye girmelerini yasaklamamış<sup>674</sup>,<sup>675</sup>; yalnızca failin arasında evlenme yasağı bulunan 18 yaşından küçük bir çocuk ile cinsel ilişkiye girmesini TCK m.103/3-c ve m.104/2’de nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla ceza hukukumuzda 18 yaşını tamamlamış ve aralarında evlenme yasağı bulunan iki kişinin (örneğin baba-kız) rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri suç teşkil etmemektedir. Bu tercih kanun koyucunun izlediği ceza politikasının bir sonucudur<sup>676</sup>. Doktrinde de eylemin salt ahlaka aykırı olmasının ceza hukukunun müdahalesini gerektirmeyeceği ileri sürülerek ensest eylemlerinin (18 yaşından büyük kimselerin rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri anlamında) kanunda suç olarak düzenlenmemesi gerektiği belirtilmiştir<sup>677</sup>.

Biz her ne kadar 16 yaşından büyük kimselerin kendi cinsel özgürlüklerini tayin etme hakkına sahip olmaları gerektiğini savunsak da ensest eylemleri bakımından bu yaş sınırının 18’e yükseltilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Zira 15-18 yaş grubunda bulunan çocukların ensest ilişkiye karşı hukuken geçerli bir rıza gösterdiklerinin ispatı oldukça güçtür<sup>678</sup>. Bu yaş grubundaki çocukların mevzu bahis kişilere olan yakınlıkları ve bağımlılıkları (özellikle ekonomik bağımlılık)<sup>679</sup> göz önünde bulundurulduğunda cinsel eylemlere boyun eğme ve razı olma ihtimalleri oldukça artmaktadır<sup>680</sup>. Bu sebeple ensest ilişkiler bakımından cinsel ilişkiye rıza yaşının normal rıza yaşına göre daha yüksek olması çocuğun korunması bakımından daha uygun olacaktır.

<sup>674</sup> Alman Ceza Kanunu § 173’de (Beischlaf zwischen Verwandten) altsoy-üstsoy ve kardeşler arasında yaşanan cinsel ilişki eylemleri suç olarak kabul edilmiş; fiil sırasında 18 yaşını doldurmayan hısımların ve kardeşlerin cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. Madde metni için bkz. ([https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_173.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_173.html)). (erişim tarihi: 2.4.2016). Söz konusu hüküm Anayasa aykırı olduğu gerekçesi ile 2008 yılında Alman Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelmiş fakat Yüksek Mahkeme ensest yasağının Anayasa’ya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi’nin kararı ve gerekçeleri için bkz. Yalçın Sancar ve Yaşar, 2009: 253-297.

<sup>675</sup> Yetişkinler arası ensest eylemleri İngiltere’de de Cinsel Suçlar Kanunu’nun (Sexual Offences Act) 64. ve 65. maddelerinde suç olarak düzenlenmiştir. Doktrinde bu düzenlemenin ahlaki kaygılar ile ya da akraba ilişkilerinden doğan handikaplı çocukları korumak adına yapılmış olsa dahi ceza hukukunun müdahale alanına girmemesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. Padfield, 2008: 250.

<sup>676</sup> Doktrinde kanun koyucunun ensest eylemlerinin toplumda zaten gerçekleşmeyeceği ön kabulü ile bu eylemleri suç olarak düzenlenmediği görüşü ileri sürülmüştür. Bkz. Dönmezer, 1964: 460; Yalçın Sancar ve Yaşar, 2009: 252; Genç ve Coşkun, 2013: 254.

<sup>677</sup> Yarsuvat, 1964: 50; Ünver, 2001: 332-333

<sup>678</sup> Ataç, 2013: 877.

<sup>679</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu’da enseste ilişkin vermiş olduğu bir kararında bu hususlara vurgu yapmıştır. Kararın ilgili kısmı şu şekildedir; “...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 tehdidine maruz kaldığı, bu tehditlerin babalık otoritesinin ötesinde bir davranış olduğu ve içinde yaşadığı ortam ve koşullarda mağdurenin cinsel eyleme direnmesini engelleyecek ölçüde korkutucu bir etkisinin bulunduğu da açıktır...” (Yar.CGK., E: 2002/5-324, K: 2003/55, T: 25.03.2003). ([www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)).

<sup>680</sup> Çocukların ensest eylemlerine fiziksel şiddet korkusu, istismarcıya olan duygular, güçsüzlük, istismarcının otorite konumunda olması gibi sebeplerle boyun eğmek zorunda kaldığı belirtilmektedir. Bkz. Topçu, 2009: 90; Ayrıca bkz. “Türkiye’de Ensest Sorununu Anlamak- Özet Rapor”, Hazırlayan: Bozbeyoğlu, 2009: 23.

Son olarak belirtmek isteriz ki ensest şeklinde gerçekleşen eylemlerin mağdurlar bakımından daha ciddi ve ağır sonuçlar doğurduğu<sup>681</sup> göz önünde bulundurulduğunda bu eylemlerin nitelikli hal olarak düzenlenmesini de yerinde bulmaktayız.

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

Bu fıkra iki farklı nitelikli hal düzenlenmektedir. Bunlardan ilki suçun evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen kişi tarafından işlenmiş olması halidir. Evlat edinme ilişkisinin resmi olarak kurulmasından sonra TCK m.104/2’de düzenlenen nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır. Ancak evlat edineceği çocuğun bakımını üstlenen kişi resmi olarak evlatlık ilişkisi kurulmadan 15-18 yaş aralığında bulunan çocukla rızasıyla cinsel ilişkiye girerse 104. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen nitelikli hal uygulanacaktır. Medeni Kanunumuzun 305/1. maddesi bir küçüğün evlât edinilebilmesini, evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması şartına bağlamıştır. Bu bir yıllık süre, çocuğun koruyucu aile sıfatıyla evlat edinmek isteyen kişilerin yanına verilerek geçirilebileceği gibi, evlat edinmek isteyen kişi tarafından fiilen bir yıl çocuğa bakılmak suretiyle de geçirilebilir<sup>682</sup>. Suçun koruyucu aile sıfatını taşıyan bir kimse tarafından işlenmesi fıkra düzenlenen diğer ihtimalin kapsamına girecektir. Kanaatimizce suçun evlat edinme öncesi çocuğun bakımını üstlenen bir kişi tarafından işlenmesi hali çocuğa fiili bir bakım değil evlat edinme başvurusu sonucu ortaya çıkan resmi bir bakım söz konusu olduğunda uygulanmalıdır<sup>683</sup>.

Fıkra yer alan ikinci nitelikli hal suçun koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmiş olmasıdır. Koruyucu aile müessesesi mevzuatımızda 2828 S. Sosyal Hizmetler Kanunu’nun 23. maddesinde<sup>684</sup> ve Koruyucu Aile Yönetmeliği’nde yer almaktadır<sup>685</sup>. Bu hükümler uyarınca koruyucu aile olarak belirlenmiş bir kişinin 15-18 yaş aralığında bulunan çocukla rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi halinde söz konusu nitelikli hal uygulama alanı bulacaktır.

<sup>681</sup> Topçu, 2009: 111; Saygılı ve Gönenli, 2008: 33.

<sup>682</sup> Baygın, 2003: 595-597

<sup>683</sup> “Küçüklerin Evlat Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük” hükümlerine göre resmi kuruma evlat edinme başvurusunda bulunan kişi ile eğer şartları sağlıyorsa bir geçici bakım sözleşmesi imzalanır ve Tüzüğün 11. maddesine göre küçük en az 1 yıl süreyle bu kişilerin yanına yerleştirilir. Tüzük Metni için bkz. (<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.5.200914729.pdf>) . (erişim tarihi: 3.4.2016).

<sup>684</sup> Madde 23 – “Mahkemece korunma kararı alınan korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi bu Kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda olduğu kadar kurumun denetim ve gözetiminde bir “Koruyucu Aile” tarafından da yerine getirilebilir...”

<sup>685</sup> Koruyucu aile kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, 2013: 145-170.

## 2.5 Kusurluluk

Kusurluluk bahsinde önem arz eden bir husus bulunmamaktadır. Ancak burada özellikle kırsal kesimlerde resmi olmayan nikahla (dini nikah gibi) evlendirilen kişilerden birinin çocuk olması durumunda (15-18 yaş aralığında) failin bu çocukla (eşi olarak düşündüğü kişiyle) cinsel ilişkiye girmesi eylemi bakımından kusurlu addedilip addedilemeyeceği hususu üzerinde ayrıca durulmalıdır. Bu durumun reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından mağdurun şikayetçi olmaması sonucu problem yaratmayacağı düşünülebilir. Ancak mağdur ve failin resmi olmayan evlilik ve cinsel ilişki sonrasında ayrılmaları veya ters düşmeleri halinde mağdurun şikayetçi olma ihtimali de bulunmaktadır.

Örneğin 16 yaşında bir kız çocuğu ile 19 yaşında bir kişinin kırsal kesimde medeni nikah olmaksızın, tamamen kendi örf adetlerine göre, aleni bir düğün yapılarak evlendirildiklerini ve daha sonra rızalarıyla cinsel ilişkide bulduklarını farz edelim. Bu olayda daha önce de belirttiğimiz üzere resmi bir evlilik söz konusu olmadığından Medeni Kanundan doğan hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi uygulama alanı bulmayacaktır. Acaba söz konusu olayda haksızlık yanılığsı (TCK m.30/4)<sup>686</sup> hükümleri uygulama alanı bulabilecek midir? Zira bu kişiler tamamen normal bir iş yaptıklarını düşünmekte ve hatta düğün merasimi ile olayı alenileştirmektedir. Doktrinde bu tarz durumlarda diğer şartların da sağlanması halinde haksızlık yanılığsı hükümlerinin uygulanabileceği ve somut olay bakımından kişilerin kusurunun kalkacağı ileri sürülmüştür<sup>687</sup>.

Haksızlık yanılığsı (TCK m.30/4) hükümlerinin uygulanabilmesi için hatanın “kaçınılmaz” olması gerekmektedir. Hatanın kaçınılmaz olarak kabul edilebilmesi için hareketin haksızlık teşkil ettiği fail tarafından bilinmemeli veya bilinebilecek durumda olmamalıdır<sup>688</sup>. Kaçınılmazlığın tespiti bakımından failin yaşı, bilgisi, görgüsü, eğitimi, mesleği, hayat tecrübesi, kültürel düzeyi, yaşadığı çevre gibi kıstaslar göz önünde bulundurulabilecektir<sup>689</sup>. Dolayısıyla yukarıda bahsedilen olay bakımından failin kaçınılmaz bir hatası olduğu sonucuna ulaşılabiliyorsa kusursuz olduğu kabul edilebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki günümüzde evlenmenin resmi olarak yapılma zorunluluğunun yaygın olarak bilindiği veya bilinebilecek durumda olduğu göz önüne alındığında bu tarz olaylar bakımından haksızlık yanılığsı hükümlerinin uygulanması oldukça güçleşecektir<sup>690</sup>.

<sup>686</sup> TCK m.30/4: “İşlediği failin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”

<sup>687</sup> Özgenç, 2013: 452-453; Koca ve Üzülmez: 318-319; Aksi yönde bkz. Aydın, 2014: 73.

<sup>688</sup> Hakeri, 2015: 473; Güngör, 2007: 156.

<sup>689</sup> Koca, 2009: 102; Soyer Güleç, 2008: 80.

<sup>690</sup> Doktrinde temel ceza kanunları bakımından kaçınılmaz bir hatanın çoğunlukla mümkün olmayacağı, zira bu durumlarda çoğunlukla fiile ilişkin durumları bilmenin zarar vermeye ilişkin kastı kendiliğinden kapsayacağı ileri sürülmektedir. Bkz. Roxin, 2006: 269.

## 2.6 Suçun Özel Görünüş Biçimleri

### 2.6.1 Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu “cinsel ilişki” gerçekleştiği anda tamamlanacaktır. Suçun tamamlanması bakımından cinsel ilişki eyleminin (duhulün) gerçekleşmesi yeterli olup eylemin belli bir süre devam etmiş olması ve failin cinsel tatmin sağlamış olması aranmayacaktır<sup>691</sup>. Suç teorik olarak teşebbüse elverişlidir<sup>692</sup>.

Cinsel ilişki eylemi öncesinde yapılan sevişme, öpme, dokunma, sürtünme gibi hareketler hazırlık hareketi niteliğindedir ve bu davranışlar cezalandırılmayacaktır. Ancak failin bu aşamadan sonra cinsel ilişki eylemine yönelik icra hareketlerine doğrudan doğruya başlaması ve fakat elinde olmayan sebeplerle eylemi tamamlayamaması halinde eylem teşebbüs aşamasında kalmış olur. Cinsel ilişki eylemi bakımından icra hareketlerine başlama ile büyük çoğunlukla cinsel ilişki eylemi tamamlanmış olacaktır. Ancak örneğin fail cinsel organını mağdurun vajinasına yerleştirdiği esnada yakalanmış ise bu durumda eylem teşebbüs aşamasında kalmış sayılacaktır. Doktrinde cinsel ilişki öncesinde yapılan eylemlerin (öpme, dokunma gibi) suç teşkil etmemesi sebebiyle failin cinsel ilişki başlamadan yakalanması halinde cinsel ilişki eylemi bakımından kastının ispatlanmasının çok zor olduğu ileri sürülmüştür<sup>693, 694</sup>.

Failin cinsel ilişki eylemi bakımından doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamış olmasına rağmen eylemden kendi isteği ile vazgeçmesi halinde gönüllü vazgeçme hükümleri (TCK m.36) uygulama alanı bulacak ve failin TCK m.104 bakımından sorumluluğu doğmayacaktır<sup>695</sup>. Eylemin tamamlanan kısmı da suç teşkil etmediğinden failin cezalandırılması cihetine gidilemeyecektir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında sanığın, mağdurenin cinsel ilişkiye girmekten vazgeçtiğini beyan etmesi üzerine cinsel ilişki eyleminden vazgeçmesini gönüllü vazgeçme olarak değerlendirmiş ve sanığın cezalandırılmayacağına hükmetmiştir<sup>696</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki cinsel ilişki tamamlandıktan sonra (yani duhulün gerçekleşmesiyle) failin eylemden gönüllü olarak vazgeçmesi halinde eylem artık tamamlanmış olduğundan gönüllü vazgeçme hükümleri

<sup>691</sup> Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 372; Aydın, 2014: 94.

<sup>692</sup> Kanbur, 2015: 4181; Taner, 2013: 340.

<sup>693</sup> Beyazıt, 2010: 302; Aksakal, 2014: 269.

<sup>694</sup> “Olayın gerçekleştiği yerin meskun mahal olması, sanık ile mağdurenin araç içerisinde buldukları tanık beyanlarından anlaşılan durumları ve üzerlerinin giyinik bulunması nedeniyle, sanığın mağdurun rızasıyla cinsel ilişkiye girmeye teşebbüs ettiğinin de kesin olarak kanıtlanmadığı, sanığın cinsel organını mağdurenin vücuduna duhul ettirmeksizin yalnızca onu öpmesi veya vücudunu okşamasının da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” (Yar.14.CD., E: 2011/7863 K:2013/320, 22.01.2013). Karar için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 3501, dn.1158.

<sup>695</sup> Koca ve Üzülmez: 332; Ataç, 2013: 133.

<sup>696</sup> (Yar.14.CD., E: 2011/9207, K: 2013/248, T: 11.03.2013). (www.kazanci.com).

uygulanamayacaktır<sup>697</sup>. Yargıtay'ın konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararın ilgili kısmı şu şekildedir;

*“...sanığın rızası ile mağdure ile cinsel ilişkiye başladıklarında mağdurenin acı duyduğunu söylemesi üzerine iradi olarak eylemini icradan vazgeçtiği anlaşılmasına göre, TCK'nun 61/son. maddesi uyarınca o ana kadar eylemin ırz ve namusa tasaddi niteliğinde kaldığı gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması...”<sup>698</sup>.*

Kanaatimizce bahse konu olayda cinsel ilişki eylemi gerçekleştirilmeye başladığından yani eylem tamamlanmış olduğundan gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır.

## 2.6.2 İştirak

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu iştirak bakımından özellik arz etmez. Suça azmettirme ve yardım etme mümkündür<sup>699</sup>. Örneğin on yedi yaşındaki bir çocuğun babası, çocuğun 18 yaşından büyük bir kimseyle (rızası dahilinde) cinsel ilişkiye girmesine aracılık etmiş ise suça iştirakten sorumlu tutulacaktır<sup>700</sup>. Yargıtay vermiş olduğu kararlarında reşit olmayan kişiyle cinsel ilişkide bulunması için sanığa ev temin eden kişinin yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiğine hükmetmektedir<sup>701</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre ihtimali düşük olsa da bu suç bakımından birlikte failliğin ortaya çıkması mümkündür<sup>702</sup>. Bu görüşe göre birden fazla failin aynı anda ve farklı duhul noktalarından çocukla cinsel ilişkiye girmeleri halinde birlikte faillikten söz edilebilecek; fakat bu durum TCK m.104'de birlikte faillığe ilişkin özel bir düzenleme yer olmadığından yalnızca cezanın bireyselleştirilmesinde (TCK m.61/1-a) göz önünde bulundurulabilecektir.

<sup>697</sup> Taner, 2013: 340.

<sup>698</sup> (Yar.5.CD., E: 2001/7639, K: 2002/4880, T: 24.06.2002). (www.kazanci.com).

<sup>699</sup> Koca ve Üzülmöz: 333; Yokuş Sevrük, 2005: 239.

<sup>700</sup> “...sanık R.'nin, suç tarihinde on beş yaşını tamamlamakla birlikte on sekiz yaşını bitirmeyen ve mağduru bulunduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olan kız kardeşi mağdureyi, cinsel ilişkiye girmesi için sanık R.'nin evine götürerek bu sanıkla cinsel ilişkiye girmelerini sağlamak ve bunun karşılığında sanık R.'den para almaktan ibaret eylemi hem TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna iştirak hem de TCK'nın 227/1-5. maddelerine uyan fuhuş suçunu oluşturduğundan...” (Yar.14.CD., E: 2015/5573, K: 2015/10993, T: 25.11.2015). (www.kazanci.com).

<sup>701</sup> “...sanık M.'nin evini sağlamak suretiyle sanık İ.H.'nin işlediği reşit olmayanla cinsel ilişki eylemine yardım eden sıfatıyla iştirak etmesi nedeniyle TCK'nın 104/1, 39, 43. maddeleri...uyarınca mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi...” (Yar.14.CD., E: 2013/7385, K: 2015/6774, T: 02.06.2015). (www.kazanci.com).

“...K.'nin anne ve babası olan sanıklar M. ve M.'in başlık parası karşılığında... suç tarihi itibarıyla on altı yaşta içerisinde bulunan mağdureyi K. ile gayri resmi olarak evlendirip kendi evlerinde kalmalarına müsaade ettikleri ve bu sürede K. ile mağdurenin bir kaç kez rızaen cinsel ilişkiye girdikleri dosya kapsamında anlaşıldığından, yardım eden sıfatıyla sanıklar M. ile M.'nin TCK'nın 104/1, 43/1 ve 39. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları yerine dosya içeriğine uygun düşmeyecek şekilde beraatlerine karar verilmesi...” (Yar.14.CD., E: 2015/4290, K: 2015/10517, T: 12.11.2015). (www.kazanci.com).

<sup>702</sup> Kanbur, 2015: 4184.



Ancak doktrinde farklı bir görüşe göre ise bahsedilen durumda iki ayrı cinsel ilişki dolayısıyla iki ayrı fiil bulunduğundan birlikte faillik söz konusu olmayacaktır<sup>703</sup>. Bize göre de reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bizzat işlenebilen bir suç olduğundan bu suç bakımından birlikte faillik söz konusu olmamalı, her fail kendi işlediği fiilden sorumlu tutulmalıdır<sup>704</sup>.

## 2.6.3 İçtima

### 2.6.3.1 Zincirleme Suç Hükümlerinin Uygulanması (TCK m.43)

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür<sup>705</sup>. Failin aynı suç işleme kararı kapsamında 15-18 yaş aralığında bulunan aynı çocukla değişik zamanlarda rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi halinde zincirleme suç hükümleri (TCK m.43/1) uygulama alanı bulacaktır.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için cinsel ilişki eylemlerinin farklı zamanlarda ve hukuki anlamda birden fazla gerçekleştirilmiş olması şarttır<sup>706</sup>. Dolayısıyla doğal anlamda birden fazla cinsel ilişki eylemi gerçekleşmiş olmasına rağmen bu eylemler zamansal ve mekânsal bir bütünlük oluşturuyorsa tek fiil olarak kabul edilmelidir. Örneğin fail aynı suç işleme kararı kapsamında mağdurla gece boyunca üç defa cinsel ilişkiye girmiş ise fiil doğal anlamda birden fazla olmasına rağmen hukuken tek kabul edileceğinden zincirleme suç hükümleri uygulanamayacaktır<sup>707</sup>. Yargıtay'ın konuyla ilgili vermiş olduğu bir kararın ilgili kısmı şu şekildedir;

*“...15 yaşından büyük olan mağdurenin olay tarihinden önce internet ortamında tanışıp msn yoluyla görüşmeye başladığı sanıkla olay günü tekrar görüşüp buluşmaya karar verdikleri ancak sanığın işi olduğunu belirterek buluşma yerine akrabası olan tanık Mustafa'yı gönderdiği, mağdureyle tanışın buluşup bir süre gezdikten sonra mağdurenin de rızasıyla sanığın evine gittikleri, daha sonra sanığın da eve geldiği ve beraber oturup yemek yedikten sonra mağdureyle sanığın ayrı bir odaya geçerek birden fazla kez cinsel ilişkiye girdikleri ve gece boyunca aynı yatakta yatıp uydukları, sabah olunca da sanığın evine gitmesi için mağdureyi dolmuş duraklarının olduğu yere götürüp bıraktığı, evine gitmeyen*

<sup>703</sup> Taner, 2013: 341; Beyazıt, 2010: 303; Aksakal, 2014: 269.

<sup>704</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 382; Baytemir: 307.

<sup>705</sup> 5237 S. TCK'nın ilk halinde cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağı belirtilmiş idi (TCK m.43/3). 29.6.2005 tarih ve 5377 Sayılı Kanun ile söz konusu suçlar bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağına dair ibare madde metninden çıkarılmış ve böylece bu suçlar bakımından da zincirleme suç hükümlerinin uygulanması sağlanmıştır. Ancak reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından hem TCK'nın ilk halinde hem de mevcut halinde böyle bir yasak öngörülmemiştir.

<sup>706</sup> “Tekrarlanan hareketler zaman bakımından birbirine çok yakındır ve ardi sıra gerçekleştirilmekte olup; objektif bir gözlemci nazarında tek bir zaman dilimi içinde gerçekleştiği algılanarak bir bütün olarak görülür. Buna karşılık zincirleme suçta hareketler arasında somut olayda aynı suç işleme iradesini yansıtmak kaydıyla zaman aralığı bulunur.” Bkz. Göktürk, 2013: 112. Ayrıca bkz. Yalçın Sancar, 1995: 63-66. Bu açıklamalara göre aralarında zamansal ve mekânsal birteliktelik olmak kaydıyla birden fazla cinsel ilişki eyleminin gerçekleştirilmesi tekrarlanan hareket olarak, hukuki anlamda tek fiil kabul edilecektir.

<sup>707</sup> Kanbur, 2015: 4185; Cinsel saldırı suçu bakımından aynı yönde görüş için bkz. Koca ve Üzülmez, 2015a: 490.

*mağdurenin 3 hafta boyunca tinerci olarak bilinen kişilerin yanında kalıp en son 15.11.2007 tarihinde babası tarafından bulunarak karakola götürüldüğünün anlaşılması karşısında, mağdurenin soyut ve çelişkili beyanları dışında sanığın eylemini cebir veya tehditle gerçekleştirdiğine dair delil bulunmadığı ve eylemin 5237 Sayılı TCK'nın 104 ve 43. maddelerinde öngörülen reşit olmayanla zincirleme şekilde cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden...<sup>708</sup>.*

Olaydan da anlaşılacağı üzere Yargıtay bir gece boyunca sanık ve mağdurenin birden fazla cinsel ilişkiye girmesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Yukarıda açıkladığımız gerekçelerden ötürü Yargıtay'ın bu kararına katılmamaktayız. Bize göre mezkur olayda cinsel ilişki eylemi birden fazla olsa da zaman ve mekan birliği göz önünde bulundurulduğunda hukuken tek fiil olarak kabul edilmeli ve zincirleme suç hükümleri uygulanmamalıdır.

Failin mağdur ile kurduğu cinsel ilişkiler mağdur 15 yaşını doldurmadan önce başlamış, 15 yaşını tamamladıktan sonra da devam etmiş ise bu durumda fail, mağdur 15 yaşını doldurana kadar işlediği fiiller bakımından zincirleme şekilde çocukların cinsel istismarı suçundan; mağdur 15 yaşını doldurduktan sonraki fiiller bakımından ise kendi arasında zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan sorumlu tutulacaktır<sup>709</sup>.

### **2.6.3.2 Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu ile Bazı Suç Tipleri Arasındaki İçtima İlişkisi**

#### **2.6.3.2.1 Hayasızca Hareketler Suçu ile İçtima İlişkisi (TCK m.225)**

TCK'nın 225. maddesine göre alenen cinsel ilişkide bulunan kişi cezalandırılacaktır. Buna göre failin, 15 yaşını doldurmuş olan bir çocukla rızasıyla “alenen” cinsel ilişkide bulunması halinde hem TCK m.104 hem de TCK m.225’de düzenlenen suçlar oluşacaktır. Bu durumda fail tek fiil ile birden çok suç işlediğinden fikri içtima hükümleri uygulanmalı ve faile cezası daha ağır olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm verilmelidir<sup>710</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olan çocuk da hayasızca hareketler suçunun faili olarak TCK m.225 kapsamında sorumlu tutulmalıdır.

#### **2.6.3.2.2 Müstehcenlik Suçu ile İçtima İlişkisi (TCK m.226/3)**

Müstehcenlik suçunun düzenlendiği 226. maddenin 3. fıkrasında müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanan kişinin cezalandırılacağı

<sup>708</sup> (Yar.14.CD., E: 2012/3956; K: 2013/8882; T: 10.09.2013). (www.kazanci.com)

<sup>709</sup> “...sanık E. hakkında, mağdurenin 15 yaşını ikmal ettiği 10.2.2007 tarihinden önce gerçekleşen cinsel ilişkiler için zincirleme şekilde işlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan, bu tarihten sonra gerçekleşen cinsel ilişkiler için ise zincirleme şekilde işlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan ayrı ayrı hükümler kurulması yerine yazılı şekilde karar verilmesi...” (Yar.14.CD., E: 2014/4536, K: 2014/9187, T: 7.7.2014). (www.kazanci.com).

<sup>710</sup> Önder, 1985: 312; Dülger: 202; Soyaslan, 2014b: 560

belirtilmiştir. Buna göre 15 yaşını doldurmuş olan çocukla rızasıyla cinsel ilişkiye giren ve bu ilişkiyi kayıt altına alarak müstehcen görüntü üreten kişi hem TCK m.104 hem de TCK m.226/3'de düzenlenen suçları işlemiş olacaktır<sup>711</sup>,<sup>712</sup>. Bu durumda failin cinsel ilişkiye girme ve bu ilişkiyi kayıt altına alma şeklinde iki ayrı fiili bulunduğundan gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve fail her iki suçtan da sorumlu tutulacaktır<sup>713</sup>.

### 2.6.3.2.3 Fuhuş Suçu ile İçtima İlişkisi (TCK m.227/1)

TCK'nın 227. maddesinin 1. fıkrasına göre çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi cezalandırılacaktır. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu suç ile cezalandırılan fuhuş yapmak değil çocukların herhangi bir şekilde fuhşa sevk edilmesi veya buna aracılık edilmesidir<sup>714</sup>. Dolayısıyla 15 yaşını bitirmiş çocuğun herhangi bir kimse tarafından fuhşa sevk edilmesi sonucu bu çocukla rızasıyla cinsel ilişkiye giren kişinin eylemi fuhuş değil reşit olmayanla

<sup>711</sup> "...Sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan mahkûmiyet ve çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan verilen beraat hükümlerinin incelenmesinde;..., reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan mahkûmiyet hükmü ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan verilen beraat kararının ONANMASINA,

Sanık hakkında özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan kurulan mahkûmiyet ve müstehcenlik suçundan kurulan beraat hükümlerinin temyiz incelemesine gelince;

Sanığın çocuk yaşta bulunan mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkiye girip, bu ilişkiye ait müstehcen görüntüleri mağdurenin bilgisi dahilinde kendisine ait cep telefonuna kaydettiği, bu görüntülerin CD'ye aktarılmasını sağladıktan sonra yine çocuk yaştaki tanıklar D. ve D.'nin görmesini sağlayan sanığın eylemlerinin ayrı ayrı TCK'nın 226/3-c-1 ve 226/5. maddesindeki suçları oluşturduğu gözetilmeden ..." (Yar.14.CD., E: 2015/2271, K: 2015/9553, T: 20.10.2015). (www.kazanci.com). Karardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay 15 yaşını doldurmuş olan çocuğun rızasını müstehcenlik suçu bakımından geçerli kabul etmemiştir.

<sup>712</sup> Yargıtay bu gibi durumlarda tek fiille hem müstehcenlik hem de özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun oluştuğunu, bu sebeple fikri içtima hükümleri gereğince müstehcenlik suçundan hüküm kurulması gerektiğini belirtmektedir.

"...Uyuşmazlık; 15 yaşından küçük mağdure ile girdiği cinsel ilişkiyi kayda alan, mağdurenin çıplak fotoğraflarını çeken ve bu kayıtları cep telefonunun hafıza kartında saklayan sanığın eyleminin, TCK'nın 226/3. Maddesindeki müstehcenlik suçunu mu yoksa aynı kanununun 134. maddesindeki özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu mu oluşturduğunun tespitine ilişkindir. Kanun koyucu TCK'nın 226. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesindeki suçun oluşumu için müstehcen görüntülerin profesyonel olarak hazırlanmasını aramamış, müstehcen ürünlerin şekli şartları ya da bu ürünlerin üretiliş biçimi ve amaçları konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Bunun yanında suçun unsurlarının oluşması bakımından müstehcen ürünlerin izlenmesi, izlettirilmesi, satılması ve dağıtılması gibi bir zorunluluk da söz konusu değildir. Bu müstehcen ürünlerin hiç izlenmemiş olması ya da bireysel amaç için üretilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir. Önemli olan bir çocuğun müstehcen ürün üretiminde kullanılmasıdır. Bu nedenlerle 15 yaşından küçük mağdure ile girdiği cinsel ilişkiyi kayda alan, mağdurenin çıplak fotoğraflarını çeken ve bu kayıtları cep telefonunun hafıza kartında saklayan sanığın eyleminin en ağır cezaı gerektiren TCK'nın 226. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesindeki müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukların kullanılması suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir. Diğer taraftan somut olayda olduğu gibi sanığın tek olan fiilinde kullandığı müstehcen görüntü, yazı veya sözlerin, ayrıca çocuğun özel hayatının gizliliğini ihlal niteliğini taşıması halinde TCK'nın 44. maddesi uyarınca sadece en ağır cezaı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılabilmesine karar verilebilecektir..." (Yar.CGK., E: 2014/14-603, K: 2015/66, T: 24.03.2015). (www.kazanci.com).

<sup>713</sup> Özbek, 2009: 140

<sup>714</sup> Ünver, 2008: 338; Atalay, 2013: 43

cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır<sup>715</sup>. Ancak 15 yaşını doldurmuş olan bir çocuğu fuhşa sevk eden veya çocuğun fuhşuna aracılık eden kişi işlediği fiil ile aynı zamanda reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yardım eden olarak iştirak etmiş ise bu durumda failliğin şerikliğe nazaran asliliği prensibi gereğince yalnızca faili olduğu fuhuş suçundan sorumlu tutulacaktır. Yargıtay benzer durumda fikri içtima hükümlerini uygulayarak faili yalnızca fuhuş suçundan sorumlu tutmaktadır<sup>716</sup>.

#### 2.6.3.2.4 Kötü Muamele Suçu ile İçtima İlişkisi (TCK m. 232)717

6545 S. Kanun değişikliği öncesinde cinsel ilişki eyleminin üstsoy tarafından 15 yaşını doldurmuş olan çocuk ile rızasıyla gerçekleştirilmesi halinde, eylemin -rıza dahilinde olsa dahi- rahim ve şefkat duygularıyla bağdaşmayacağı belirtilerek, hem reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun hem de kötü muamele suçunun oluşacağı ileri sürülmekteydi<sup>718</sup>. Bu görüşe göre mağdur eylemden şikayetçi olmuş ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile kötü muamele suçu arasında fikri içtima hükümleri uygulanacak ve fail cezası daha ağır olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan ceza alacaktı. Ancak mağdur şikayetçi olmamış ise bu durumda reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan uygulama yapılamayacak ve fakat fail re'sen takip edilen

<sup>715</sup> "...suç tarihinde 16 yaşını içerisinde bulunan mağdurenin bu arada Y. Kafede çalışan sanık N. İle tanışıp arkadaş olmasının ardından sanık N'nin evinde kalmaya başladığı ve N'nin mağdureyi erkeklerle birlikte olduğu takdirde çok para kazanacağını söyleyerek ikna etmesinden sonra mağdurenin değişik tarihlerde müşteri olarak eve gelip kendisiyle ilişkiye girmek için N.'ye muhtelif miktarlarda paralar veren diğer sanıklar A., H., ve M. İle rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanıklardan N.'nin eylemine uyan TCK'nın 227/1. Maddesi, sanıklar A., H., ve M.'nin ise TCK'nın 104/1. Maddesi gereğince cezalandırılması gerektiği gözetilmeden yazılı gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi..." (Yar.14.CD., E: 2011/23013, K: 2013/6799, T: 29.05.2013). Karar için bkz. Gündüz, 2015: 294

<sup>716</sup> "...Sanık R.'nin, suç tarihinde on beş yaşını tamamlamakla birlikte on sekiz yaşını bitirmeyen ve mağduru bulunduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olan kız kardeşi mağdureyi cinsel ilişkiye girmesi için sanık R.'nin evine götürerek bu sanıkla cinsel ilişkiye girmelerini sağlamak ve bunun karşılığında sanık R.'den para almaktan ibaret eylemi hem TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna iştirak, hem de TCK'nın 227/1-5. maddelerine uyan fuhuş suçunu oluşturduğundan, aynı Kanununun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükümleri uyarınca sanığın en ağır cezayı gerektiren fuhuş suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması..." (Yar.14.CD., E:2015/5573, K: 2015/10993, T: 25.11.2015); Ayrıca bkz. (Yar.5.CD., E: 2003/2701, K: 2004/882, T: 17.02.2004). Kararlar için bkz. (www.kazanci.com)

<sup>717</sup> Madde 232: (1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İdaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.

<sup>718</sup> Özbek, 2008b: 640; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe, 2013: 349; Kanbur, 2013: 53-54; benzer yönde bkz. Ünver, 2014b: 51-52; Yargıtay'a göre kötü muamele yaralama, hakaret ve tehdit gibi kanunun başka maddelerinde açıkça düzenlenmiş suçlar dışında aile bireylerine karşı işlenen çıplak gezdirme, aç bırakma, sürekli alay etme, korkutma gibi eylemleri kapsamaktadır. Bkz. (Yar. 3.CD., E: 2015/11132, K: 2015/29770, T: 27.10.2015). (www.kazanci.com).

kötü muamele suçundan cezalandırılacaktır<sup>719</sup>. 6545 S. Kanun değişikliği ile failin arasında evlenme yasağı bulunan bir çocukla (15 yaşını doldurmuş) cinsel ilişkiye girmesi suçun nitelikli hali olarak düzenlenmiş ve re'sen takip edileceği belirtilmiştir. Yukarıda belirtilen görüşe göre artık bahsedilen durumda şikayet şartı aranmaksızın fikri içtima hükümleri uygulama alanı bulacak ve cezası daha ağır olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm kurulacaktır<sup>720</sup>.

Doktrinde bir diğer görüşe göre ise cinsel nitelikli kötü muamelenin söz konusu olması için cinsel davranışların mağdurun rızası dışında gerçekleştirilmesi gerekmektedir ve dolayısıyla mağdurla rızası dahilinde cinsel ilişkiye girilmesi kötü muamele suçunu oluşturmayacaktır<sup>721</sup>. Bize göre de ikinci görüş daha kabul edilebilir niteliktedir. Zira eylemin rıza dahilinde gerçekleştirilmiş olması burada kötü muamele olmayacağını göstermektedir.

#### 2.6.3.2.5 Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu ile İçtima İlişkisi (TCK m.234/3)

TCK'nın 234/3. maddesine göre kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu rızasıyla da olsa ailesini veya yetkili makamları haberdar etmeksizin yanında tutan kişi şikayet üzerine cezalandırılacaktır.

234. maddenin 3. fıkrası Ceza Kanunumuza 5560 S. Kanun ile 2006 yılında eklenmiştir. Bu tarihten önce Yargıtay, 15 yaşını doldurmuş olan ve ayırtım gücüne sahip bulunan çocukların rızalarını “*kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun cinsel amaçlı olarak işlenmesi (TCK m.109/5)*” bakımından geçerli kabul etmiş ve bu fiilleri hukuka uygun saymıştır<sup>722</sup>. Dolayısıyla bu değişiklikten önce 15 yaşını bitirmiş bir çocuğu rızasıyla cinsel ilişkiye girmek maksadıyla yanında bulunduran ve cinsel ilişkiye giren kişi, yalnızca reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan sorumlu tutulmakta ve şikayetin yokluğu durumunda da cezalandırılmamakta idi. Bu durum doktrinde bir eksiklik olarak değerlendirilmekteydi<sup>723</sup>.

2006 yılında yapılan düzenlemeden sonra 15 yaşını tamamlamış olan ve kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden bir çocuğu “rızasıyla” yanında tutan ve yine rızasıyla bu çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi hem reşit olmayanla cinsel ilişki

<sup>719</sup> Tek fiil ile işlenen iki suçtan biri re'sen diğeri şikayet üzerine takip ediliyorsa, şikayet şartı gerçekleşmeyen suç fikri içtima ilişkisinde dikkate alınmaz ve faile daha az cezayı gerektiren ve fakat re'sen takip edilen suçtan ceza verilir. Bkz. Göktürk, 2013: 208.

<sup>720</sup> Kanbur, 2015: 4186.

<sup>721</sup> Zafer: 11, (<http://hamidezafer.com/wp-content/uploads/2012/05/42-K%C3%B6t%C3%BCMuameleSu%C3%A7u-HZ-AA-PDF.pdf>), (erişim tarihi: 8.4.2016); Tezcan, Erdem ve

Önok, 2014: 815; Taner, 2013: 342.

<sup>722</sup> “...suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip mağdureyi rızasıyla cinsel amaçlı olarak hürriyetini kısıtlamaktan ibaret eylem, 5237 sayılı TCK'nın 109/1-3/f-5. maddesi kapsamında olup, mağdurenin aynı Yasa'nın 26/2. maddesi kapsamındaki rızası, fiili suç olmaktan çıkararak hukuka uygun hale getirmektedir...” (Yar.CGK., E: 2007/5-253, K: 2008/52, T: 11.03.2008). (www.kazanci.com).

<sup>723</sup> Bkz. Ünver, 2008: 326.

suçundan hem de çocuğun kaçırılması veya alıkonulması suçundan sorumlu tutulacaktır<sup>724</sup>. Zira bu durumda failin işlediği iki ayrı fiil bulunmaktadır ve gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.

#### 2.6.3.2.6 Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu ile İçtima İlişkisi (TCK m.109/5)

Çocuğu cinsel amaçlı olarak “*rızası olmaksızın*” alıkoyan kişinin fiili, TCK m.234/3’de yer alan suç değil TCK m.109/3-f ve TCK m.109/5 hükmünde yer alan suçları oluşturacaktır<sup>725</sup>. Acaba 15 yaşını doldurmuş olan çocuk rızası olmaksızın<sup>726</sup> cinsel amaçlı olarak hürriyetinden yoksun bırakılmış ve fakat daha sonra rızasıyla fail ile cinsel ilişkiye girmiş ise nasıl bir uygulama yapılacaktır?

Doktrinadaki bir görüşe göre böyle bir olayda TCK m.109/5 ve TCK m.103 hükümleri uygulanmalı; fail reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan değil çocukların cinsel istismarı suçundan sorumlu tutulmalıdır<sup>727</sup>. Zira bu görüşe göre mağdurun rızası olmaksızın hürriyetinin kısıtlanması durumunda cinsel ilişkiye gösterdiği rıza hukuken geçerli bir rıza olarak kabul edilemeyecektir.

Kanaatimizce her ne kadar çocuğun rızası dışında alıkonulması ve çocukla cinsel ilişkiye girilmesi durumunda büyük çoğunlukla çocuğun rızasının cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen diğer nedenlerle elde edildiği ileri sürülebilirse de bu tarz bir genelleme yapmadan her somut olayda çocuğun cinsel ilişkiye gösterdiği rızanın hukuken geçerli bir rıza olup olmadığı ayrıca araştırılmalıdır.

<sup>724</sup> “...olay tarihinde 16 yaş içerisinde bulunan mağdurenin sanık ile buluşarak sanığın kaldığı eve gittikleri ve burada anal yoldan cinsel ilişkiye girdikleri, sanık tarafından bu ilişkinin kayda alındığı ve arkadaşlarına gösterildiği, bu durumun duyulması üzerine, olaydan yaklaşık dört ay sonra mağdurenin sanık hakkında kendisine nitelikli cinsel istismarda bulunduğunu belirterek şikâyetçi olduğunun anlaşılması karşısında, mağdurenin sanığın evine rızası ile gittiği ve kendi isteğiyle sanıkla cinsel ilişkiye girdiğinin kabulü gerektiği, sanığın eyleminin bu haliyle TCK’nın 104/1 ve 234/3. maddelerinde reşit olmayanla cinsel ilişki ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarını oluşturduğu...” (Yar.14.CD., E: 2013/2858, K: 2014/12496, T: 11.11.2014). (www.kazanci.com).

<sup>725</sup> Gülşen, 2013: 601.

<sup>726</sup> Uygulamada Yargıtay kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun cinsel amaçla işlenmesi bakımından ilgilinin rızasının geçerli olabilmesi için 15 yaş kriterini esas almakta, 15 yaşından küçüklerin rızalarını doğrudan geçersiz kabul etmekte ve TCK m.109/5’i uygulamaktadır. Cinsel suçlar bakımından öngörülen yaş sınırının kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından doğrudan uygulanamayacağına dair görüş ve eleştiriler için bkz. Üzülmöz, 2007b: 1201-1203.

<sup>727</sup> Şen, 2006: 407.

## 2.7 Suçun Muhakemesi

### 2.7.1 Şikayet

#### 2.7.1.1 Genel Açıklamalar

Suçun temel şeklinin soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır<sup>728</sup>. Şikayet hakkına sahip olan kişi bu hakkını TCK m.73 ve CMK m.158 hükümlerine göre kullanabilecektir. TCK m.73 hükmü gereğince suçtan zarar gören kişi fiili ve faili öğrendiği tarihten itibaren 6 ay içerisinde şikayette bulunabilecektir. Şikayet süresinin başlaması için fiilin ve failin ayrı ayrı öğrenilmiş olması gerekmektedir. 6 aylık süre hak düşürücü süredir ve bu sürenin dolmasıyla şikayet hakkı düşecektir<sup>729</sup>.

Doktrindeki bir görüşe göre fiilin öğrenilmiş olması, mağdurun fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesini de kapsamalıdır<sup>730</sup>. Bu görüşe göre mağdur yaşadığı cinsel ilişkinin suç teşkil ettiğini daha sonradan öğrenmiş ise şikayet süresi mağdurun fiilin suç olduğunu öğrendiği tarihten itibaren başlayacaktır<sup>731</sup>. Kanun hükmü fiilin bilinmesini yeterli görüp bunun suç teşkil edip etmediği hususunda ayrıca bir bilme aramadığından bu görüşe katılamamaktayız<sup>732</sup>.

CMK'nın 158/6. maddesine göre yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikayetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunacaktır<sup>733</sup>. Buna göre örneğin re'sen takip edilen çocukların cinsel istismarı suçundan dava açılmış ve fakat kovuşturma aşamasında suçun çocukların cinsel istismarı değil reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu anlaşılmış ise mağdur şikayetten açıkça vazgeçmedikçe yargılamaya devam olunacaktır<sup>734</sup>.

<sup>728</sup> Doktrinde çocuğun şikayetin anlam ve sonuçlarını yeterince anlamasının mümkün olmadığı belirtilerek bu suçun şikayete tabi tutulmuş olması eleştiriye maruz kalmıştır. Bkz. Tezcan ve Erdem, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, s.351.

<sup>729</sup> Yenisey ve Nuhoglu, 2014: 260; Şahin, 2015: 77.

<sup>730</sup> Kanbur, 2013: 60.

<sup>731</sup> Kanbur daha ileri tarihli bir eserinde "fiilin hukuka aykırılık oluşturduğu yönündeki bilginin", çocuğun yapılan fiillere vakıf olması ve cinsel ilişki eyleminin yaşandığını öğrenmiş olması şeklinde anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre mağdur cinsel ilişkiye rıza gösterip ilişkiden önce uyumuş ve ilişkiye girdiklerini üç gün sonra öğrenmiş ise şikayet süresi ilişkiden üç gün sonra başlamış olacaktır. Bkz. Kanbur, 2015: 4196-4197. Kanaatimizce yazarın sonraki tarihli eserinde önceki görüşüne dayanak olarak vermiş olduğu örnek olay, fiilin hukuka aykırılığının bilinmesi ile ilgili olmayıp yine fiilin kendisinin bilinmesi ile ilgilidir.

<sup>732</sup> Aynı yönde bkz. Taner, 2013: 346; Köksal, 2015: 720.

<sup>733</sup> Bu durum doktrinde şikayet süresinin bir istisnası olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Şahin, 2015: 77; Aksi yönde görüş için bkz. Ünver ve Hakeri, 2014: 90-91.

<sup>734</sup> "...cinsel istismar suçuna ilişkin TCK'nın 103/2. maddesi uyarınca açılan kamu davasında eylemin mağdurenin rızası ile gerçekleştiği ve TCK'nın 104/1. maddesine uyduğu gözetilerek, CMK'nın 158/6. maddesinde bir suça ilişkin kovuşturma evresine geçildikten sonra takibinin şikâyete tâbi olduğunun anlaşılması halinde mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam edilmesi gerektiği öngörüldüğünden, yargılamaya devam edilerek atılı suçun işlendiğinde ilişkin kesin ve yeterli delil bulunmadığından ve atılı suçun unsurları oluşmadığından beraat kararı verilmesi yerine şikâyetin süresinde

Söz konusu hüküm, kanun değişikliği veya iptali ile re'sen takip edilen bir suçun şikayete tabi kılınması halinde de uygulama alanı bulacaktır<sup>735</sup>. Örneğin daha önce de açıkladığımız üzere 5237 S. TCK'nın ilk haline göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağdur ile aralarında 5 yaştan fazla fark olan bir kimse tarafından işlenmesi halinde suç re'sen kovuşturulmakta idi. Ancak bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından 2005 yılında iptal edildi ve 2. fıkra kapsamında re'sen kovuşturulan haller 1. fıkra kapsamına girerek şikayete tabi bir hale geldi<sup>736</sup>. Dolayısıyla hükmün iptalinden önce re'sen açılmış olan davalara CMK m.158/6 hükmü gereğince mağdur şikayetinden açıkça vazgeçmediği takdirde devam olunacaktır<sup>737, 738</sup>. Yine 765 S. Kanun döneminde re'sen takip edilen bir suç olan reşit olmayanla cinsel ilişki eylemlerinin 5237 S. TCK ile şikayete tabi bir suç haline getirilmiş olması sonucunda eski kanun döneminde re'sen açılmış olan davalar, mağdur şikayetinden açıkça vazgeçmedikçe düşürülemeyecektir<sup>739</sup>.

Doktrinde bir görüşe göre mağdur fiili ve faili bilmesine rağmen 6 aylık süre içerisinde şikayet hakkını kullanmamış (ya da suçun re'sen takip edildiğini düşünerek ihbarda bulunmamış<sup>740</sup>) ve bu hak düşürücü süre dolduktan sonra savcı gözden kaçırarak dava açmış

---

*yapılmadığından bahisle düşme kararı verilmesi...*” (Yar.14.CD., E: 2011/19769, K: 2013/8783, T: 09.09.2013). (www.kazanci.com).

<sup>735</sup> Şahin, 2015: 77, dn.39.

<sup>736</sup> Burada şikayet kurumunun bir ceza muhakemesi kurumu olduğu ve bu sebeple derhal uygulama ilkesine tabi olduğu ileri sürülebilir. Dolayısıyla re'sen açılan bir davada muhakeme işlemi tamamlanmış olduğundan; tamamlanmış işlemler bakımından da derhal uygulama ilkesi geçerli olmayacağından açılan davada ayrıca şikayet şartı aranmayacaktır. Ancak doktrinde CMK'nın 158/6. maddesinde yer alan düzenlemenin şikayet açısından zaman bakımından uygulama kurallarına bir istisna getirdiği ve bahsedilen durumda suçtan zarar görenin şikayetten vazgeçip vazgeçmediğinin ayrıca belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Şahin, 2015: 62, dn.14.

<sup>737</sup> “...5237 sayılı TCK'nın 104/2. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 gün ve 2005/103-89 sayılı kararıyla iptal edilmiş olması ve suç tarihi itibarıyla 17 yaşta içerisinde bulunan mağdurenin hazırlıktaki beyanında sanıktan şikayetçi olmaması nedeniyle, rızaen cinsel ilişkide bulunma eyleminin aynı yasanın 104/1. maddesi olup 73/4. Maddesi gereğince de takibinin şikayete tabi olması karşısında...” (Yar.5.CD., E: 2008/15005, K: 2009/10552, T: 29.09.2009). Karar için bkz. Tuğrul, 2010: 544.

<sup>738</sup> “...reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenleyen ve dosya konusu olayda da uygulanan 5237 Sayılı Kanununun 104/2. fıkrası, Anayasa Mahkemesi'nin 2005/103 Esas, 2005/89 Karar ve 23.11.2005 tarihli kararıyla iptal edilmesi ve eylemin aynı Kanununun 104/1. maddesi kapsamında kalıp mağdurenin şikayetinin bulunmaması nedeniyle, düşme kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi...” (Yar.14.CD., E: 2012/7768, K: 2012/5369, T: 11.05.2012). (www.kazanci.com). Davanın düşürülebilmesi için mağdurun şikayetinden açıkça vazgeçmiş olması gerekmektedir. (Karardan tam olarak anlaşılacakla birlikte) Salt mağdurun daha önceden şikayetinin bulunmaması sebebiyle dava düşürülemeyecektir.

<sup>739</sup> “ 5271 sayılı CMK'nın 158/6. maddesinde, yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikayete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikayetten vazgeçmediği takdirde, yargulamaya devam olunacağına öngörülmesi, reşit olmayan mağdureyle rızasıyla cinsi münasebette bulunan sanığın eyleminin önceki 765 S. Yasada şikayete bağlı olmaması, kamu davasının açılmasından sonra bu eylemin 5237 S. TCK'nın 104. Maddesinin 1.fıkrası kapsamında şikayete tabi hale gelmesi ve ölen mağdurenin de şikayetten vazgeçmesinin mümkün bulunmaması nazara alınıp...karar verilmesi gerekirken...” (Yar.5.CD., E: 2008/10178, K: 2008/8503, T: 16.10.2008). Karar için bkz. Tuğrul, 2010: 554.

<sup>740</sup> Suçtan zarar gören şikayete tabi bir suçun re'sen takip edildiğini düşünerek ihbarda bulunursa bu ihbar şikayet olarak kabul edilecektir. Bkz. Dönmezer ve Erman, 1994: 328.



ise CMK 158/6 hükmü uygulanmamalıdır<sup>741</sup>. Zira bu görüşe CMK 158/6 hükmünün amacı ölmüş olan şikayet hakkını canlandırmak değildir. Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir<sup>742</sup>.

Şikayetten vazgeçmeden vazgeçme mümkün olmadığından eğer mağdur daha önce şikayetinden vazgeçmiş ise daha sonra aynı eyleme ilişkin olarak şikayetçi olamayacaktır<sup>743</sup>. Ancak mağdurun daha önce gerçekleşen bir cinsel ilişkiye yönelik şikayetinden vazgeçmiş olması, daha sonraki cinsel ilişkiler bakımından da şikayetinden vazgeçtiği anlamına gelmemelidir<sup>744</sup>.

### 2.7.1.2 Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Şikayet Hakkının Kime Ait Olacağı Sorunu

Kanun koyucunun TCK'nın 104. maddesinde -TCK m.102 ve TCK m.105'in aksine- "mağdurun şikayeti üzerine" ibaresi yerine "şikayet üzerine" ibaresini kullanmış olması, bu suçta şikayet hakkının mağdura mı yoksa mağdurun kanuni temsilcisine mi ait olduğu tartışmasını ortaya çıkarmıştır.

<sup>741</sup> Kanbur, 2015: 4192.

<sup>742</sup> "...2011 yılı Mart ayı içindeki cinsel ilişkinin mağdurenin rızası dışında gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı, bu itibarla eylemin soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olup 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, şikayetin ise altı aylık kanuni süresinden sonra 08.04.2012 tarihinde yapılması nedeniyle sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan açılan kamu davasında eylem reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmakla birlikte süresinde şikayette bulunulmadığı nazara alınarak kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerekirken dava konusu yapılmayan eylemleri de kapsayacak şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması..." (Yar.14.CD., E: 2014/504, K: 2015/11856, T: 17.12.2015). (www.kazanci.com)

<sup>743</sup> "...suç tarihinde on yedi yaşı içinde olan mağdurenin 02.03.2011 tarihli duruşmada sanıklardan şikayetçi olmadığını beyan ettiği ve her ne kadar 08.02.2012 tarihli celsede sanık ... ile rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini, ancak bu sanıktan şikayetçi olduğunu beyan etmiş ise de şikayetten vazgeçmeden rücuunun mümkün olmaması karşısında, sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan görülen kamu davasının şikayet yokluğu sebebiyle düşmesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyetine hükmedilmesi..." (Yar.14.CD., E: 2014/617, K: 2016/401, T: 19.01.2016). (www.kazanci.com).

"...suç tarihinde on beş yaşından büyük olan mağdurenin sanıkla rızaya dayalı olarak cinsel ilişkiye girdiğinin kabul edildiği, her ne kadar mağdure ... tarihli duruşmada sanıktan şikayetçi olduğunu beyan etmiş ise de, soruşturma evresinde kollukta alınan ... tarihli beyanında kimseden şikayetçi olmadığını beyan ettiği, bu durumda şikayetten vazgeçmeden vazgeçmenin söz konusu olamayacağı düşünüülerek, sanık hakkında reşit olmayan mağdure ile rızaya dayalı cinsel ilişkide bulunmak suçundan açılan kamu davasının şikayet yokluğu sebebiyle ... düşürülmesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi..." (Yar.14.CD., E: 2015/8229, K: 2016/539, T: 21.01.2016). (www.kazanci.com).

<sup>744</sup> "...mağdurenin Cumhuriyet Savcısı tarafından 13.11.2006 tarihinde alınan ifadesinde sanıktan şikayetçi olmadığını beyan etmesi nedeni ile sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan 29.12.2006 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği, bu olaydan sonra sanık ile mağdurenin 2008 yılı ocak ayına kadar birlikte aile hayatı yaşayıp cinsel ilişkiye girmeye devam ettikleri, sanığın evi terk etmesi, başkası ile evlenmesi üzerine mağdurenin nüfus kaydına göre 18 yaşını doldurmadığı, 24.03.2008 tarihinde sanıktan tekrar şikayetçi olması üzerine hakkında kamu davası açıldığı, mağdurenin ilk şikayetten vazgeçme beyanının daha sonraki eylemler yönünden geçerli olmayacağı gözetilmeden, 13.11.2006 tarihli şikayetten vazgeçme beyanına dayanılarak kamu davasının ... düşmesine karar verilmesi..." (Yar.14.CD., E:2012/7266, K: 2012/7488, T: 29.06.2012). Karar için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 3509; Ayrıca bkz. (Yar.14.CD., E: 2012/4984, K: 2013/12723, T: 05.12.2013). Karar için bkz. Aydın, 2014: 404.

Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre bu suç bakımından şikayet hakkı yalnızca mümeyyiz olan mağdur çocuğa aittir<sup>745</sup>. Bu görüşü savunan yazarlara göre suç kişilere karşı işlenen suçlar kısmında düzenlenmiş olduğundan şikayet hakkı yalnızca suçtan doğrudan zarar görene aittir<sup>746</sup>. Şikayet hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan suçtan dolayı olarak yani geniş anlamda zarar görenler, kanun açıkça belirtmedikçe şikayet hakkına sahip olamayacaklardır<sup>747</sup>. Dolayısıyla bu suç bakımından yalnızca suçtan doğrudan zarar gören çocuk şikayet hakkına sahip olacaktır.

Şikayet hakkının yalnızca çocuğa ait olduğunu savunan yazarlar, bu görüşlerine bir diğer gerekçe olarak da Yargıtay'ın 15.04.1942 tarihinde vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararını göstermektedirler. Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı'nın ilgili kısmı şu şekildedir;

*“...Kanunu Medeninin 16. maddesinde şahsa merbut olan haklarından dolayı mümeyyiz olan küçüklerin dava hakkına malik buldukları tasrih edilmek suretiyle suçtan zarar gören mümeyyiz küçüklerin kendi kendilerine dava ve şikayette bulunmaları kanunen tecviz edilmiş olmasına ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 344. maddesi hükmünce kanuni mümessillere şahsi dava açmak hakkının verilmesi, doğrudan doğruya suçtan zarar gören ve Kanunu Medeni hükmünce şahsa merbut olan haklarından dolayı dava açmağa filesas salahiyetleri mümeyyiz küçüklerin dava ve şikayette bulunmadıkları takdirde onların yerine kaim olarak menfaatlerini himaye etmekten ibaret bulunmasına nazaran kanuni mümessilinin rızası olsun olmasın mümeyyiz küçüklerin doğrudan doğruya şahıslarına karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikayet hakkına malik olduklarına karar verilmiştir...”<sup>748</sup>.*

Karardan da anlaşılacağı üzere Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, ayırtım gücüne sahip olan çocukların, kanuni temsilcisinin rızası olsun olmasın, doğrudan şahıslarına karşı işlenen suçlardan dolayı şikayet hakkına sahip olduklarına; kanuni temsilcilerin görevinin yalnızca mümeyyiz çocuğun şikayetçi olmaması durumunda onun yerine geçerek onun yararlarını korumak olduğuna hükmetmiştir.

Yargıtay da verdiği kararlarda istikrarlı bir şekilde bu suç bakımından şikayet hakkının mağdur çocuğa ait olduğuna hükmetmektedir<sup>749</sup>.

<sup>745</sup> Tezcan, Erdem ve Önok, 2014: 383; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız ve Tepe: 374; Soyaslan, 2014b: 256; Koca ve Üzülmöz: 333; Kanbur, 2015: 4192-4193; Taner, 2013: 344; Ataç, 2013: 134; Yaşar, Gökcan ve Artuç, 2014: 3503; Aydın, 2014: 95; Köksal, 2015: 719.

<sup>746</sup> Hafizoğulları ve Özen, 2015: 168; Taner, bu fiillerin suç olarak düzenlenmesinde ısrar edilmesi halinde suçun kişilere karşı işlenen suçlar dışında bir yerde düzenlenmesini ve şikayet hakkının kanuni temsilciye verilmesini önermektedir. Bkz. Taner, 2013: 345; Karakuş bu suç bakımından mağdurun ailesine şikayet hakkı tanınmasının cinselliği bir bireysel özgürlük sorunu olarak ele alan 5237 S. TCK'nın sistemiyle bağdaşmayacağını belirtmektedir. Bkz. Karakuş, 2012: 90-91.

<sup>747</sup> Öztürk, 2013: 54.

<sup>748</sup> (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, E: 1940/14, K: 1942/9, T: 15.04.1942). (www.kazanci.com).

<sup>749</sup> “...sanığın 15 yaşını tamamlamış mağdureye yönelik olarak işlediği iddia edilen eylemin...reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin olduğu, TMK'nın 16.maddesine göre, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şikayet hakkını kullanmak için kanuni temsilcilerinin iznine gerek olmayan mağdurenin soruşturma aşamasında vekil huzurunda alınan beyanında sanıktan şikayetçi olduğunu beyan etmesi karşısında...mağdurenin anne ve

Doktrinde bir diğer görüşe göre ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikayet hakkı çocuğun kanuni temsilcisine aittir<sup>750</sup>. Bu görüşe göre şikayet hakkının fiile rıza göstermiş olan çocuğa verilmesi maddenin ölü doğmasına yol açacaktır ve hakkın kötüye kullanılmasını meşrulaştıracaktır. Nitekim şikayet hakkının eyleme rıza göstermiş olan çocuğa verilmesi, daha sonradan çocuğun bu hakkını faile karşı bir silah olarak kullanarak hukuka aykırı menfaatler temin edebilmesine yol açacak niteliktedir. Ayrıca bu görüşü savunan yazarlara göre, suçun bireye karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenmiş olması, şikayet hakkının mutlaka çocuk tarafından kullanılabilmesi anlamına gelmemektedir. Zira bir hakka sahip olmak başka o hakkın kullanılabilmesi başka bir şeydir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından şikayet hakkının diğer cinsel suç tiplerindeki gibi doğrudan mağdura tanınmamış olması, şikayetin kanuni temsilciler tarafından kullanılabilmesine işaret etmektedir. Bu görüşün ulaştığı sonuca göre mevcut düzenlemeler ışığında şikayet hakkı kanuni temsilciye ait kabul edilmeli; ancak eğer böyle bir suçun varlığında ısrar edilecekse bu suçun re'sen kovuşturulan bir suç haline getirilmesi gerekmektedir.

Doktrinde üçüncü bir görüş ise şikayet hakkının hem mağdur çocuk hem de kanuni temsilcisi tarafından kullanılabilmesini ve her ikisinin de ayrı ayrı şikayet hakkına sahip olduğunu ileri sürmektedir<sup>751</sup>. Bu görüşe göre şahsa sıkı sıkıya bağlı olan şikayet hakkına öncelikle elbette ki mağdur çocuk sahip olacaktır. Ancak kanuni temsilcinin Türk Medeni Kanunu hükümleri gereğince çocuk üzerinde sahip olduğu koruma, gözetme ve üçüncü kişilere karşı çocuğu temsil etme hakkı (MK m.339 ve m.342) dikkate alındığında şikayet hakkının mağdur çocuk ve kanuni temsilcisi tarafından birlikte veya bağımsız olarak kullanılması da mümkün olacaktır<sup>752</sup>. Bu görüşün ulaştığı sonuca göre mağdur ölmüş ise,

---

*babasının şikayetten vazgeçmeleri nedeniyle sanık hakkında kamu davasının düşmesine karar verilmesi...*" (Yar.14.CD., E: 2011/14049, K: 2012/6281, T: 31.05.2012). Karar için bkz. Gündüz, 2015: 296.

"...5237 Sayılı TCK'nın 104/1.maddesi gereğince cebir, tehdit ve hile olmaksızın 15 yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan hakkında takibat yapılabilmesi şikayete tabi olup, şikayet hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan oluşu, mümeyyiz küçüklerin bu hakkı kanuni temsilcilerinden bağımsız olarak kullanabilecekleri, mümeyyiz küçük maktulenin bu hakkını kullanmadan ölmesi ve şikayet hakkının mirasçılara intikal etmemesi karşısında açılan kamu davasının ... düşürülmesi yerine yazılı şekilde mahkumiyete karar verilmesi..." (Yar.1.CD., E: 2007/8025, K: 2007/8442, T: 15.11.2007). Karar için bkz. Güngör, 2009: 49, dn.27.

"...Şikayet hakkının münhasıran 15 yaşından büyük olan mağdureye ait olduğunun ve dosya kapsamına göre mağdurenin yargılamanın her aşamasında sanıktan şikayetçi olduğunun anlaşılması karşısında..." (Yar.14.CD., E: 2012/3394, K: 2013/8965, T: 11.09.2013). Karar için bkz. Parlar ve Banko, 2014: 341.

<sup>750</sup> Ünver, 2014b: 49-51.

<sup>751</sup> Şen, (<http://www.hukukihaber.net/resit-olmayanla-cinsel-iliski-makale,4646.html>), (erişim tarihi: 27.02.2016). Aynı yönde bkz. Gündel, 2009: 148-149.

<sup>752</sup> Polat bu suçun şikayete bağlı bir suç olarak düzenlenmesine eleştirel yaklaşmakla birlikte şikayet hakkının hem mağdur çocuğa hem de kanuni temsilcisine tanınması gerektiğini, aksinin kabulünün ülkemizde kız kaçırma olaylarını artıracığını ve sosyal kaos yaratacağını belirtmektedir. Bkz. Polat, 2010: 193-194. Polat'ın bu gerekçesine katılamamaktayız. Zira ceza kanunumuz ailesinin rızası olmadan 18 yaşını doldurmuş bir çocuğu rızasıyla da olsa yanında bulunduran kişileri zaten cezalandırmaktadır (TCK m.234/3). Dolayısıyla bu hususta

herhangi bir şekilde şikayet hakkını kullanamayacak duruma gelmiş ise veya şikayet etmekten imtina ediyorsa kanuni temsilcisi şikayet hakkını kullanabilecektir. Ayrıca mağdur çocuk şikayetten vazgeçmiş olsa bile bu durum kanuni temsilcisinin şikayet hakkını etkilemeyecektir.

Askeri Yargıtay Daireler Kurulu da vermiş olduğu bir kararında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikayet hakkının hem mağdur çocuğa hem de kanuni temsilcisine ait olduğuna karar vermiştir<sup>753</sup>. Mahkeme kararına gerekçe olarak cinsel saldırı ve cinsel taciz suçlarında şikayet hakkına sahip olan kişiyi belirlemek için açıkça “mağdurun şikayeti üzerine” ibaresi kullanılmış olmasına rağmen, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda yalnızca “şikayet üzerine” ibaresinin kullanılmış olmasını ileri sürmüştür. Buna göre şikayet hakkına sahip olan kişi, diğer cinsel suçlarda olduğu gibi doğrudan kişiselleştirilmediğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda hem mağdur hem de mağdurun kanuni temsilcisi şikayet hakkına sahip olacaktır. Mahkemeye göre aksinin kabulü cinsel ilişkiye rıza yaşının 15’e indirilmesi sonucunu doğuracaktır ki bu durum kamu düzeni, genel ahlak ve çocuğun korunmasına ilişkin düzenlemelerle bağdaşmayacaktır.

Kanaatimizce suçun kanuni düzenlemesi ve düzenlendiği kısım dikkate alındığında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikayet hakkı yalnızca suçtan zarar gören çocuğa aittir. Medeni Kanunumuzun 16. maddesine göre ayırtım gücüne sahip olan küçükler, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken yasal temsilcilerinin rızasını almak zorunda değildirler. Şikayet hakkı da şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan mümeyyiz olan çocuk bu

---

bir boşluk bulunmamaktadır. Ayrıca bize göre şikayet hakkının kime ait olduğunu fiilin toplumsal sonuçlarına göre tespit etmek uygun bir çözüm yolu değildir.

<sup>753</sup> “...5237 Sayılı yeni TCK’nın altıncı bölümünde yer alan; “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen ve şikâyet ön şartına bağlanan 102, 105’inci maddelerde belirtilen suçlarla ilgili olarak, şikayette bulunacak tarafın; “mağdurun şikâyeti” demek suretiyle açıkça gösterilmesine karşın, söz konusu 104’üncü maddede; şikâyet ön-şartının, sadece “şikâyet üzerine” şeklinde, yalın ve genel bir kavramla ifade edildiği, ancak bu şikâyet hakkının kimin tarafından kullanılacağına kişiselleştirilerek belirtilmediği görülmektedir. Ard arda gelen bu maddelerin düzenlenme sistematigi göz önünde bulundurulduğunda, 104’üncü maddede öngörülen şikâyet hakkının, reşit (ehil) olmayan mağdur dışındaki ilgili kişiler tarafından da kullanılacağını açıkça ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, 5237 sayılı yeni TCK’nın 104’üncü maddesinde, suçtan zarar gören taraf olarak şikâyet hakkının, kimler tarafından kullanılacağına belirlenmesine yönelik olarak, Medenî Kanun hükümleri ile 5237 sayılı TCK’nın hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir... Bu itibarla, on beş yaşından büyük on sekiz yaşından küçük olan ve Medenî Kanun kapsamında ayırt etme gücüne haiz bulunan, ancak fiil ehliyetine sahip bulunmayan mağdur ile mağdurun rızası zımında cinsel ilişkiyi gerçekleştiren fail hakkında, suçtan zarar gören sıfatıyla, veli veya vasinin de şikâyet hakkının bulunduğu kabulü gerekir... Öte yandan, kişiye sıkı sıkıya bağlı kabul edilen şikâyet hakkının, suçtan zarar gören sıfatıyla, sadece ayırt etme gücünü haiz bulunan küçükler tanınması, koşulları da oluştuğunda, uygulamada ayırt etme gününü haiz bulunanlar açısından cinsel özgürlük yaşının on beş yaşına indirilmesi sonucunu doğurmaktadır ki, bu durumun, kamu düzeni, toplum ve aile yapısı, genel ahlak kuralları ve çocuğun korunmasını amaçlayan düzenlemelerle bağdaştırılması mümkün görülmemektedir.” (Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, E: 2007/44, K: 2007/44, T: 26.04.2007). Karar için bkz. Askeri Yargıtay Dergisi, Ankara 2007 (Genelkurmay Basım Evi): 441-450. (<http://www.msb.gov.tr/Content/Upload/Docs/asyar/Sayi20.pdf>). (erişim tarihi: 14.04.2016).

hakkını tek başına kullanabilecektir<sup>754</sup>. Ayrıca şikayet kurumunun ceza muhakemesinde istisnai bir kurum olması ve istisnaların da dar yorumlanması kuralı göz önünde bulundurulduğunda şikayet hakkına sahip olan “suçtan zarar gören” kavramının dar yorumlanması ve “suçtan doğrudan zarar gören” olarak anlaşılması gerekmektedir<sup>755</sup>. Dolayısıyla mağdur çocuğun ailesi suçtan dolayı olarak zarar görse de şikayet hakkına sahip olmamalıdır<sup>756</sup>.

Askeri Yargıtay’ın da vermiş olduğu kararda yerinde bir şekilde belirttiği üzere kanun koyucunun cinsel saldırı ve cinsel taciz suçlarında “mağdurun şikayeti üzerine” ibaresini kullanmışken, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda “şikayet üzerine” ibaresini kullanmış olması çelişki arz eder niteliktedir. Ancak bize göre bu düzenleme, kanun koyucunun bu suç bakımından şikayet hakkını hem mağdura hem de ailesine verdiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira bu suçlar arasında terim birliğinin bulunmaması kanun koyucunun bu ifadelerle farklı bir anlam yüklemiş olduğundan değil bir özensizliğin sonucu olsa gerektir<sup>757</sup>. Yukarıda da belirttiğimiz üzere şikayet hakkı yalnızca suçtan doğrudan zarar görene ait olup; suçtan dolayı olarak zarar gören yalnızca kanunun kendisine açıkça hak tanıdığı durumlarda (örneğin TCK m.131/2) şikayet hakkına sahip olabilir. Eğer kanun koyucu bu suç bakımından dolayı olarak zarar gören kanuni temsilciye şikayet hakkı tanımak isteseydi bunu açıkça düzenlemesi gerekirdi. Nitekim kanun koyucu, 6545 S. Kanun ile sarkıntılık boyutunda kalmış cinsel istismar eylemlerinin failinin de çocuk olması halinde şikayet hakkının mağdurun yanında veli ya da vasisine de ait olacağını açıkça düzenlemiş olmasına rağmen, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda böyle bir değişikliğe gitmemiştir. 6545 S. Kanun ile çocukların cinsel istismarı bakımından yapılmış olan bu değişiklik, kanun koyucunun reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikayet hakkının yalnızca mağdur tarafından kullanılabilmesi düşüncesinde olduğunu kanıtlar niteliktedir<sup>758</sup>.

Ayrıca burada şikayet hakkı kapsamında bahsetmiş olduğumuz 1942 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına değinmek gerekir. Biz her ne kadar şikayet hakkının yalnızca mağdura ait olduğunu savunsak da bu görüşümüze dayanak olarak mezkur içtihadı birleştirme kararına doğrudan dayanmamaktayız. Zira söz konusu karar incelendiğinde görülecektir ki bu kararda şikayet hakkının yalnızca mümeyyiz küçüğe ait olduğu sonucuna ulaşılmamaktadır.

<sup>754</sup> Şahin, 2015: 78; Koca ve Üzülmöz, 2015a: 361.

<sup>755</sup> Yenisey ve Nuhoglu, 2014: 259; Şahin, 2015: 59; Güngör, 2009: 45-46.

<sup>756</sup> Erem, Danişman, Artuk, 1997: 201.

<sup>757</sup> Kanbur, 2015: 4196.

<sup>758</sup> Şen, TCK m.104’de şikayet hakkının yalnızca mağdura ait olduğu yönünde açık bir düzenleme bulunmadığı ve TCK m.103/1’de yapılan değişiklikten sonra bu maddenin atfı ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda da veli ya da vasisinin şikayet hakkı olacağı görüşündedir. Bkz. Şen, (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1897410-resit-olmayanla-cinsel-iliskide-degisiklik>). (erişim tarihi: 18.4.2016).

Karara göre 1412 S. CMUK m.344/2<sup>759</sup> hükmü karşısında şahsi dava ve şikayet hakkına, mümeyyiz çocuk ve çocuğun şikayetçi olmaması durumunda onun haklarını savunmak adına kanuni temsilcisi sahiptir. Dolayısıyla bu içtihadı birleştirme kararının ulaştığı sonuca göre şikayet hakkı hem mümeyyiz çocuğa hem de kanuni temsilcisine aittir<sup>760</sup>. Bu karar 1412 S. CMUK m.344/2 hükmü karşısında uygulamada kanuni temsilcisi olan mümeyyiz çocuğun şikayet ve şahsi dava hakkının olmadığı kabul edilmesi sonucunda ortaya çıkmış ve sonuç olarak kanuni temsilci yanında mümeyyiz çocuğa da şikayet ve dava hakkı tanımış bir içtihadı birleştirme kararıdır. Ancak söz konusu kararın çok eski tarihli ve CMUK döneminde verilmiş bir karar olduğu göz ardı edilmemelidir. Kanaatimizce her ne kadar Yargıtay Kanunu m.45 hükmü gereğince<sup>761</sup> içtihadı birleştirme kararları bağlayıcı olsa da 5237 S. TCK ve 5271 S. CMK'nın yürürlüğe girmesiyle söz konusu içtihat geçerliliğini yitirmiştir<sup>762</sup>. Eski CMUK m.344/2 hükmü kanuni temsilcisi olan çocuklara karşı işlenen suçlarda şahsi dava hakkının kanuni temsilciye ait olduğunu belirtmiş; çocuklar arasında mümeyyiz olan veya olmayan şeklinde bir ayrıma gitmemiş ve bu düzenleme de uygulamada sorunlar yaratmıştır. Ancak 5237 S. TCK ve 5271 S. CMK hükümlerinde kanuni temsilciye şikayet hakkı veren böyle bir düzenleme yer almadığından söz konusu içtihadın yeni kanun döneminde geçerliliğinin kalmadığını düşünmekteyiz. Bize göre mevcut kanun hükümlerine göre şikayet hakkına kimin sahip olduğu genel ilkelere göre belirlenecektir. Buna göre şikayet hakkı çocuğun ayırtım gücüne sahip olduğu durumlarda yalnızca mağdur çocuğa, ayırtım gücüne sahip olmadığı durumlarda ise yalnızca kanuni temsilcisine aittir. Elbette ki ayırtım gücüne sahip olan çocuğun iradesine uygun olmak kaydıyla kanuni temsilci şikayet hakkının kullanılması hususunda çocuğa yardımcı olabilecektir. Ancak mağdur çocuk ile kanuni temsilcisi arasında bir irade uyumsuzluğu ortaya çıktığı zaman mümeyyiz çocuğun iradesine üstünlük tanımak gerekmektedir<sup>763, 764</sup>.

<sup>759</sup> CMUK m.344/2: “Mağdur olan kimsenin kanuni mümessili varsa şahsi dava açmak ona aittir.”

<sup>760</sup> Kanbur'a göre bahsedilen içtihadı birleştirme kararında şikayet hakkı yalnızca mümeyyiz çocuğa verilmiştir. Yazara göre kanuni temsilci, ancak çocuğun içine düştüğü bir acizyet sonucunda şikayet hakkını kullanamaması durumunda bu hakka sahip olacaktır. Bkz. Kanbur, 2015: 4193, dn.147.

<sup>761</sup> Yargıtay Kanunu m.45/5: “İçtihadı birleştirme kararları benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar.”

<sup>762</sup> Özgenç, bir içtihadı birleştirme kararının, karara konu teşkil eden husus hakkında kanuni düzenleme yapılması halinde işlevsiz kalacağını belirtmektedir. Bkz. Özgenç, 2013: 60.

<sup>763</sup> Koca ve Üzülmöz: 333; Taner, 2013: 344.

<sup>764</sup> “...mağdurenin babası sanıktan şikayetçi olmadığını belirttiğinden bahisle sanık hakkında düşme kararı verilmiş ise de; olay tarihinde on yedi yaş içerisinde olup kolluk beyanında sanıktan şikayetçi olduğunu belirten ve yargılama sırasında evlenmek suretiyle ergin olan mağdurenin, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikayet hakkına sahip olduğu gözetilmeden ve kovuşturma sırasında yeniden beyanı alınarak şikayetçi olup olmadığı hususu sorulmadan, babasının şikayetçi olmadığından bahisle düşme kararı verilmesi hatalı görülmüştür...” (Yar.14.CD., E: 2013/7341, K: 2015/6190, T: 07.05.2015). (www.kazanci.com).

Sonuç olarak mevzuatık dayanaklar göz önünde bulundurulduğunda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikayet hakkının yalnızca mağdur çocuğa ait olduğu söylenebilecektir. Ancak doktrinde belirtildiği üzere şikayet hakkının başlangıçta eyleme rıza göstermiş olan çocuğa verilmesi maddenin uygulama alanını oldukça daraltacaktır<sup>765</sup>. Ayrıca şikayet hakkının çocuğa tanınması, başlangıçta eyleme rıza göstermiş olan çocuğun bu hakkını daha sonra failden çeşitli menfaatler sağlamak amacıyla kötüye kullanılmasına sebep olabilecek niteliktedir<sup>766</sup>.

Kanaatimizce kanun koyucu, esasen reşit olmayanla cinsel ilişki eylemlerini suç olarak düzenlemek istememesine karşın toplumsal kaygılarla böyle bir suç tipi ihdas etmiş ve bu suçu da şikayete tabi tutarak uygulama alanını mümkün olduğunca sınırlamıştır<sup>767</sup>. Daha önce de belirttiğimiz üzere bize göre reşit olmayanla cinsel ilişki eylemleri suç olarak düzenlenmemelidir. Ancak eğer böyle bir suç tipinin varlığında ısrar edilecekse, yukarıda bahsedilen problemlerin çözülmesi adına suç ya re'sen kovuşturulur hale getirilmeli ya da şikayet hakkı açıkça kanuni temsilciye tanınmalıdır<sup>768</sup>.

## 2.7.2 Uzlaşma

Bilindiği üzere takibi şikayete bağlı olan suçlar uzlaşmaya tabidir. Ancak CMK'nın 253. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenlemeye göre soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa bile cinsel suçlarda uzlaşma hükümleri uygulanamayacaktır<sup>769</sup>. Dolayısıyla reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından uzlaşma hükümleri uygulanamayacaktır.

Uzlaşma kurumuna ilişkin düzenlemeler 5560 S. Kanun değişikliği öncesinde 5237 S. TCK'nın 73/8. maddesinde ve CMK'nın 253. maddesinde yer almaktaydı. TCK'nın 73/8. maddesine göre soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlarda uzlaşma hükümleri uygulanabilecekti. 5560 S. Kanun değişikliğine kadar ne TCK hükümlerinde ne de CMK hükümlerinde cinsel suçlar bakımında uzlaştırma uygulanamayacağına ilişkin bir hüküm yer

<sup>765</sup> Ünver, 2014b: 51.

<sup>766</sup> Köksal, 2015: 719; Aksakal, 2014: 271.

<sup>767</sup> Baytemir, 2014: 317. Şen, suçun soruşturulmasının ve kovuşturulmasının şikayete tabi tutulmasını, çocuğun cinsel özgürlüğünü yönlendirme hakkının ihlal edilmesini bir nebze olsun engellediği için yerinde bulmaktadır. Bkz. Şen, 2014: 129.

<sup>768</sup> Yokuş Sevük bu suçun re'sen takip edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Yokuş Sevük, 2005: 301; Taner ise bu fiillerin suç olmaktan çıkartılmaması halinde re'sen takip edilmemesi gerektiğini, suçun kişilere karşı işlenen suçlar bölümünden başka bir bölüme taşınarak şikayet hakkının kanuni temsilciye verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Taner, 2013: 345; Baytemir bu suç tipinin kanunda yer alması gerektiğini, ancak şikayet hakkının mağdura tanınmasının hakkın kötüye kullanılmasına sebep olacağını ve bu sebeple suçun re'sen takip edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Baytemir, 2014: 317-318.

<sup>769</sup> Doktrinde cinsel suçların şikayete tabi olanları hakkında uzlaşma yasağı koyulması eleştirilmiş, bu suçlar bakımından uzlaşmanın mağduru daha yararına sonuçlar doğurabileceği belirtilmiştir. Bkz. Ünver, 2014b: 57.

almamaktaydı<sup>770</sup>. Ancak 6.12.2006 tarih 5560 S. Kanun ile TCK'nın 73/8. maddesi yürürlükten kaldırılarak, uzlaşmaya ilişkin düzenlemelerin tamamı CMK'nın 253. maddesi içerisine alınmış ve 253. maddenin 3. fıkrasına da cinsel suçlarda uzlaştırma yapılamayacağına dair hüküm eklenmiştir.

Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere şikayete tabi bir suç olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından TCK ve CMK'nın yürürlük tarihi olan 1.6.2005 tarihi ile 6.12.2006 tarihleri arasında uzlaşma hükümlerinin uygulanamayacağına dair bir yasak bulunmamakta idi. Burada şöyle bir soru akla gelecektir; acaba 6.12.2006 tarihinden önce işlenmiş olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçları bakımından soruşturma ya da kovuşturmanın bu tarihten sonra yapılması halinde uzlaşma hükümleri uygulanabilecek midir? Bu sorunun yanıtı uzlaşma kurumunun bir muhakeme kurumu mu yoksa maddi ceza hukuku kurumu mu olduğu sorusunun cevabına göre değişecektir. Zira eğer uzlaşma maddi ceza hukuku konusu olarak kabul edilirse önceki kanun fail açısından daha lehe olduğu için önceki kanun hükümleri uygulanacaktır. Ancak uzlaşma bir muhakeme kurumu olarak kabul edilirse derhal uygulama ilkesi geçerli olacak ve yeni tarihli kanunda cinsel suçlar bakımından uzlaşma hükümlerinin uygulanmayacağı belirtildiğinden uzlaşma hükümleri uygulanmayacaktır.

Doktrindeki bir görüşe göre uzlaşma kurumu maddi ceza hukukuna ait bir kurum olduğundan 6.12.2006 tarihinden önce işlenmiş suçlar bakımından lehe kanun olan önceki kanun hükümleri uygulanacak ve bu tarihten önce reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işleyen fail hakkında uzlaştırma hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>771</sup>. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir<sup>772</sup>.

Doktrindeki bir diğer görüşe ise uzlaşma kurumu bir muhakeme kurumudur ve derhal uygulama kuralları geçerlidir<sup>773</sup>. Bu sebeple 6.12.2006 tarihinden önce işlenmiş olan cinsel suçların soruşturulmasına ve kovuşturulmasına bu tarihten sonra başlanmışsa derhal

<sup>770</sup> Bu dönemde şikayete tabi suçların tamamı bakımından uzlaşma hükümlerinin uygulanabiliyor olması eleştirilmiş; cinsel suçlar bakımından mağdura uzlaşma teklif edilmesinin mağdurun onurunu zedeleyebileceği ileri sürülmüştür. Bkz. Nuhoğlu, 2005: 284.

<sup>771</sup> Taner, 2013: 347; Kanbur, 2015: 4199; Beyazıt, 2010: 307; Ünver ve Hakeri'ye göre uzlaşma biçim itibarıyla bir muhakeme müessesesi olsa da sonuçları itibarıyla maddi ceza hukukuna ilişkin bir kurumdur. Bkz. Ünver ve Hakeri, 2014: 777; Kaymaz ve Gökcan da bir hukuki kurumun hangi kanunda düzenlendiğinin onun hukuki niteliğini tayin açısından tek ölçüt olamayacağını; uzlaşmanın birey ile devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdireceğinden muhakeme kurumu olmasının yanında maddi ceza hukuku kurumu da olduğunu ve bu sebeple karma bir yapıya sahip olduğunu belirtmektedirler. Bkz. Kaymaz ve Gökcan, 2007: 52-53.

<sup>772</sup> "...saniğin işlediği kabul edilen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu şikâyete tâbi olup uzlaşma kapsamında kaldığı, 5560 sayılı Kanun ile değişik CMK'nın 253/3. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmekle birlikte atılı suçun aleyhe düzenleme getiren bu değişiklikten önce gerçekleştiği ve 5237 sayılı TCK'nın 7/2. maddesi dikkate alınarak kovuşturma şartı olan uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiğinden..." (Yar.14.CD., E: 2012/2649, K: 2014/405, T: 16.01.2014). Ayrıca bkz. (Yar.5.CD., E: 2011/3458, K: 2011/4480, T: 07.06.2011). (www.kazanci.com).

<sup>773</sup> Şahin, 2015: 63.



uygulama ilkesi gereğince hangi kanunun failin lehine olduğuna bakılmaksızın yeni kanunda yer alan uzlaşma yasağına ilişkin hüküm derhal uygulanacak ve uzlaştırma yoluna başvurulamayacaktır.

### 2.7.3 Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

CMK'nın 231/5. maddesine göre sanık hakkında hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir. Her ne kadar reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şeklinin cezası 2 yıl ila 5 yıl arasında olsa da cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi<sup>774</sup> sonucu ortaya çıkan sonuç ceza 2 yıldan daha az ise -diğer şartlarında varlığı halinde- hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir. Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını değerlendirmemiş olmasını bozma gerekçesi saymaktadır<sup>775</sup>.

### 2.7.4 Görevli ve Yetkili Mahkeme

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şeklinin cezası 2 yıldan 5 yıla kadar olduğundan suçun temel şekli bakımından yetkili ve görevli mahkeme cinsel ilişki eyleminin gerçekleştirildiği yer asliye ceza mahkemesidir. Ancak belirtmek gerekir ki uygulamada birçok dava çocukların cinsel istismarı suçundan ağır ceza mahkemelerinde açılmakta ve mağdurun eyleme rızasının olduğu sonradan anlaşılmaktadır<sup>776</sup>. CMK'nın 6. maddesi gereğince de duruşmada suçun hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle görevsizlik kararı verilerek dosya alt dereceli mahkemeye gönderilemeyeceğinden açılmış olan bu davalara ağır ceza mahkemelerinde devam edilecektir.

6545 S. Kanun değişikliği ile maddenin 2. ve 3. fıkrasına eklenmiş olan nitelikli hallerin cezası on yıldan on beş yıla kadar olduğundan bu fıkralar bakımından görevli mahkeme ise ağır ceza mahkemesidir.

<sup>774</sup> TCK'nın 62. maddesinde sonuç ceza belirlenirken fail hakkında uygulanabilecek takdiri indirim nedenleri yer almaktadır. TCK m.62/2 hükmüne göre takdiri indirim nedenleri olarak failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilecektir. Bu hususlar maddede sınırlı olarak sayılmamıştır. Dolayısıyla hukuk kurallarını ve vicdanı rahatsız etmeyen her olay takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebilecektir. Örneğin mağdurun da kusurunun bulunması, gençlik heyecanı gibi. Bkz. Üzülmöz, 2006: 228.

<sup>775</sup> "...Sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm kurulurken iddianamede anlatım olmadığı halde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini, "sabıkasız oluşu, suç işleme konusundaki eğilimi, cezanın ertelenmesi halinde bir daha suç işlemeyeceği konusunda olumlu kanaat hasıl olduğu" gerekçeleriyle sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükümlerinin ertelenmesine rağmen, hükümlerin açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususunun tartışılmaması hukuka aykırıdır..." (Yar.14.CD., E: 2012/14793, K: 2014/9518, T: 08.09.2014). (www.kazanci.com).

<sup>776</sup> Kanbur, 2015: 4200; Taner, 2013: 347.

## 2.8 Zamanaşımı

Suçun temel şekli TCK m.66/1-e hükmü gereğince sekiz yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Suçun nitelikli halleri bakımından ise TCK m.66/1-d hükmü gereğince on beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki eylemleri zincirleme şekilde işlenmiş ise TCK m.66/6 hükmü gereğince zamanaşımı süresi son suçun işlendiği günden itibaren başlayacaktır. Yine TCK m.66/6 hükmü gereğince reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (çocuklara karşı) üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenmiş ise zamanaşımı süresi çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlayacaktır. Ancak bu hükmün uygulanabilmesi için suçtan zarar görenin fiili ve faili öğrendiği tarihten itibaren 6 ay içerisinde şikayet hakkını kullanmış olması gerekmektedir<sup>777</sup>.

## 2.9 Yaptırım

TCK'nın 104. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şeklinin cezası 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır. Maddenin 2. ve 3. fıkrasında yer alan nitelikli hallerin cezası ise 10 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. Ayrıca verilmiş olan mahkumiyet hükmü ile birlikte hükümlü hakkında TCK'nın 53. maddesinde yer alan hak yoksunlukları da uygulanacaktır<sup>778</sup>.

## 2.10 İnfaza İlişkin Özellikler

18.06.2014 tarihli ve 6545 S. Kanun değişikliği ile CGTİHK m.108/9'a şu hüküm eklenmiştir;

*“Birinci fıkradaki koşullu salıverme süreleri<sup>779</sup>, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103. maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan, 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanır. 188 inci madde hariç olmak üzere bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilir<sup>780</sup>:*

<sup>777</sup> Taner, 2008: 126-127.

<sup>778</sup> Kanbur, 2015: 4187.

<sup>779</sup> Madde 108- (1) Tekerrür hâlinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan;

a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuz dokuz yılının,

b) Müebbet hapis cezasının otu üç yılının,

c) Süreli hapis cezasının dörtte üçünün,

İnfaz kurumunda iyi hâlli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilir.

<sup>780</sup> Doktrinde tüm cinsel suçluların toplum açısından aynı risk düzeyinde bulunmaması sebebiyle özellikle kastrasyon yönteminin tüm cinsel suçlular bakımından uygulanamayacağı ileri sürülmektedir. Bkz. Yenidünya,

- a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak<sup>781</sup>
- b) Tedavi amaçlı programlara katılmak
- c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak
- d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşımdan yasaklanmak
- e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak
- f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak

Doktrinde yapılan bu düzenleme ile yeni bir özel tehlikeli suçlu kategorisi yaratıldığı ileri sürülmüştür<sup>782</sup>. Bu düzenlemeye göre TCK m.102/2, TCK m.103, ve TCK m.104/2-3 hükümlerinden hapis cezasına mahkum olanlar hakkında koşullu salıverilme kararı, ceza miktarının üçte ikisinin iyi halli olarak geçirilmesi halinde değil<sup>783</sup> dörtte üçünün iyi halli geçirilmesi durumunda verilebilecektir. Ayrıca bu suçlardan mahkum olanlar hakkında cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içerisinde yukarıda belirtilen tedavi ve yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hakimi tarafından karar verilebilecektir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şeklini işleyenler hakkında bu hükümler uygulanamayacak; yalnızca suçun nitelikli hallerini işleyenler hakkında söz konusu hükümler uygulama alanı bulabilecektir.

Belirtmek gerekir ki fıkranın “a” bendinde yer alan “hükümlünün tıbbi tedaviye tabi tutulması” kavramının içeriği belirli değildir<sup>784</sup>. Bu bent kapsamında cinsel suç failleri hakkında kastrasyon yönteminin<sup>785</sup> uygulanıp uygulanmayacağı tartışması ortaya

---

2013: 181, 182; Kanun koyucu da uygulanacak tedaviler ve hükümlüye yüklenecek yükümlüler bakımından failer arasında bir ayırım yapmış ve cinsel tacizden ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun basit halinden hükümlü olanları bu fıkra bakımından kapsam dışı bırakmıştır.

<sup>781</sup> Cinsel suç faillerinin tedavi edilerek topluma tekrar karışmasını sağlamak ve cinsel suçların tekerrürünü önlemek amacıyla benzer düzenlemeler Fransız Ceza Kanunu’nda sosyo-adli izleme adıyla düzenlenmektedir. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Kangal, 2002: 29-48.

<sup>782</sup> Özbek, 2015: 392.

<sup>783</sup> CGTİHK m.107/1’e göre olağan süre ceza miktarının üçte ikisinin iyi halli olarak infaz kurumunda geçirilmesidir.

<sup>784</sup> Adalet Komisyonu görüşmeleri esnasında Prof. Dr. Adem Sözüer’in hükme ilişkin eleştirileri şu şekildedir; “Şimdi, bu kimyasal kastrasyon meselesi çok tartışıldı. Dünyanın bazı ülkelerinde de var. Bu Türkiye’nin gündemine yanlış geldi, yanlış şey yapıldı. Dünyadaki uygulamaları çok sınırlı, farklı şekilde. Eğer bu getirilmek isteniyorsa bunun mutlaka açık düzenlemeyle getirilmesi lazım. Eğer bu tedavi içinde bu yapılır düşünüliyorsu bu yapılamaz. Çünkü, vücuda bu tür müdahalelerin yapılabilmesi için kanunda açıkça yazılması lazım. Bunu bir tarafa koyalım. Dolayısıyla, buradaki tıbbi tedaviden kimyasal kastrasyon veya benzeri müdahaleler anlaşılabilir. Peki, bu o değilse, tedavi ne demek? Bu kişiler hasta mı ki biz tedavi ediyoruz? Ha, hastaysa bu nedir? Akıl hastasıdır. O zaman zaten akıl hastasıyla ilgili hükümler var. Dolayısıyla, biz burada 2 madde söylüyoruz fakat neyin tedavi edileceği belli değil. O yüzden, bu, aslında çok yanlış uygulamalara da yol açabilir.” Bkz. Adalet Komisyonu Görüşme Tutanakları, Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, T: 29.05.2014, s.76.

<sup>785</sup> Kastrasyon; cerrahi kastrasyon (surgical castration) ve kimyasal kastrasyon (chemical castration) olmak üzere iki çeşittir. Cerrahi kastrasyon tıbbi bir operasyon ile bireyin testislerinin alınmasını ifade eder. Kimyasal kastrasyon ise bireyin testosteron seviyesinin düşürülmesi için bireye antiandrojen ilaçların enjekte edilmesini ifade eder. Bkz. Harrison, 2007: 17-20.

çıkabilecektir<sup>786</sup>. Kanaatimizce kastrasyon uygulaması kişinin temel hak ve hürriyetlerine bir müdahale niteliği taşıyacağından, eğer bu hüküm ile kastrasyon tedavisinin uygulanması amaçlanıyor ise bunun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekirdi<sup>787</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki eğer cinsel suçlular bakımından kimyasal kastrasyon yönteminin uygulanması öngörülecek ise bunun mutlaka hükümlünün rızasına dayalı olarak yapılması gerekmektedir<sup>788</sup>.

---

<sup>786</sup> Kanun tasarısının ilk halinde söz konusu hüküm “*testesteron etkisini önemli ölçüde azaltıcı tedaviye tabi tutulabilirler.*” şeklinde idi. Bu düzenleme ile faili cinsel suç işlemeye yönelen sebepler araştırılmaksızın tüm cinsel suçlular hakkında kastrasyon tedavisi uygulanabilecek idi ve kastrasyon bir tedavi yöntemi olarak değil adeta bir ceza olarak uygulanacak idi. Bkz. Işıka, 2012: 125-126.

<sup>787</sup> ÖZBEK kişinin temel hak ve hürriyetlerine müdahale niteliği taşıyan tedavi yöntemlerinin açıkça kanunda düzenlenmesi gerektiğini, bunların içeriğinin yönetmeliğe bırakılmasının müdahaleyi idarenin takdirine bırakmak anlamına geleceğini belirtmektedir. Bkz. Özbek, 2015: 393.

<sup>788</sup> Yücel, 2014: 161; İpekçioğlu: 120.

## SONUÇ

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu TCK'nın 104. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre 15 yaşını doldurmuş olan çocukla cebir, tehdit, hile olmaksızın cinsel ilişkiye giren kişi cezalandırılacaktır. Çalışmamızda öncelikle rızaya dayalı bir suç tipi olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun varlığı tartışılmıştır. Bize göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçu şeklinde bir suç tipi kanunda yer almamalıdır. Zira cinsel gelişimini büyük ölçüde tamamlayan ve TCK'nın 103. maddesiyle birlikte düşünüldüğünde işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan bireylerin cinsel özgürlükleri üzerinde rızalarıyla serbestçe tasarruf edebilmelerinin neden kısıtlandığı anlaşılamamaktadır. Kanaatimizce reşit olmayanla cinsel ilişki suçu toplumsal kaygılarla kanunda yer almış bir suç tipidir. Zira kanun koyucunun hem 15 yaşını doldurmuş olan bir çocukla rızasıyla cinsel ilişkiye girme eylemlerini suç olarak kabul etmesi hem de bu suçun takibini şikayete tabi tutması bu suç tipinin uygulama alanını oldukça kısıtlamaktadır. Bu düzenlemeyle kanun koyucu adeta hükmün ölü doğmasını istemektedir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mevcut haliyle kanunda yer almamasına ilişkin bir diğer gerekçemiz Medeni Kanun'un evlilik yaşına ilişkin hükümleridir. Medeni Kanuna göre kişi yasal temsilcisinin izniyle 17 yaşında; olağanüstü hallerin veya önemli sebeplerin mevcut olması halinde ise 16 yaşında evlenebilecektir. Bir yandan hukuken bireyin evlenmesine ve bunun doğal sonucu olarak rızasıyla cinsel ilişkiye girmesine izin verilirken bir yandan da aynı yaşta ve aynı cinsel gelişmişlik düzeyinde olan bireylerin sırf evli olmadıkları için cinsel yaşamları üzerinde serbestçe tasarruf edebilme imkanlarının kısıtlanması, cinselliğin bir bireysel özgürlük sorunu olması anlayışıyla ve eşitlik ilkesi ile bağdaşır nitelikte değildir. Zira 17 yaşındaki bir kişinin eşiyle rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğinde cinsel gelişiminin bozulmadığını; buna karşın 17 yaşında evli olmayan bir bireyin sevgilisi ile rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğinde cinsel gelişiminin bozulduğunu ileri sürmek, bu suç tipiyle korunan hukuki değerın çocuğun cinsel gelişiminden ziyade toplumsal ahlak veya aile düzeni olduğu sonucunu oraya çıkaracaktır ki bu durum cinsel suçlar ile ilgili yeni trendle ve 5237 S. TCK'nın cinsel suçlara olan yaklaşımıyla bağdaşmayacaktır.

Bize göre kanun koyucu bilimsel veriler ışığında cinsel davranışlara karşı rıza yaşını yeniden tespit etmelidir. Bu tespit yapılırken Medeni Kanun'un evlilik yaşına ilişkin hükümleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Kanaatimizce mevcut Medeni Kanun ve diğer gelişmiş ülkelerdeki düzenlemeler de göz önünde bulundurulduğunda cinsel davranışlara rıza yaşı 16 olarak tespit edilebilir. Ayrıca failin, mağdurun zor durumunu kullandığı ya da

mağdur üzerinde nüfuz sahibi olduğu durumlarda rıza yaşı 18'e yükseltilebilir. Yine failin cebir veya tehditle 18 yaşını doldurmamış olan bir çocuğa karşı cinsel davranışlarda bulunması ya da fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan bir çocuğa cinsel davranışlarda bulunması cinsel istismar olarak kabul edilebilir.

Bu tespit yapıldıktan sonra kanuni rıza yaşına ulaşmayan çocuklarla gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış çocukların cinsel istismarı olarak kabul edilmelidir. Bu hipoteze göre mevcut düzenlememizde 15 olan cinsel istismar suçu yaş sınırı 16'ya yükseltilecek, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ise kanunda yer verilmeyecektir. Suçun organ veya sair cisim sokma şeklinde işlenmesi ve cebir veya tehditle işlenmesi yine daha fazla cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmelidir. Ayrıca bize göre çocukların cinsel istismarı suçu içerisinde de ergenlik çağına ulaşmış çocuklar ile ergenlik çağına ulaşmamış çocuklar bakımından ayırım yapılmalıdır. Örneğin 0-12 yaş grubunda bulunan çocuklara karşı işlenen cinsel istismar, 12-16 yaş grubunda bulunan çocuklara karşı işlenen cinsel istismar fiillerine göre daha ağır cezalandırılmalıdır. Bunun dışında aralarında belli bir yaştan az fark bulunan çocukların rızalarıyla birbirlerine karşı cinsel davranışta bulunmaları şahsi cezasızlık sebebi olarak düzenlenmelidir. Böylece sistem çocuğun cinsel yönden düzgün gelişimi ile kendi cinsel yaşamı üzerinde serbestçe tasarruf edebilme özgürlüğü arasındaki dengeyi kurmuş olacaktır.

Eğer reşit olmayanla cinsel ilişki eylemlerinin suç olarak düzenlenmesinde ısrar edilecekse kanuni düzenlemenin ortaya çıkardığı problemlerin tespit edilerek belirlilik ilkesi çerçevesinde giderilmesi gerekmektedir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ortaya çıkan sorunları ve ulaştığımız sonuçları şu şekilde özetleyebiliriz;

- 1) Madde başlığı ile madde metni arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Maddenin başlığında reşit olmayanla cinsel ilişki ifadesi kullanılmasına rağmen madde metninde on beş yaşını doldurmuş olan çocuk ibaresine yer verilmiştir. Bu farklılığın sonucu olarak evlenme yoluyla veya mahkeme kararı ile reşit olmuş olan kişinin bu suçun mağduru olup olamayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce mağdurun belirlenmesinde madde başlığı değil madde metni esas alınmalıdır. Bu sebeple mağdur reşitlik durumuna göre değil yaş unsuruna göre tespit edilmelidir. Buna göre 18 yaşını doldurmadan evlenme ya da mahkeme kararıyla reşit olmuş olan bir kişi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olabilecektir.
- 2) Yukarıdaki sonuçtan ortaya çıkan sonuca göre evlenme yoluyla ergin olan kişinin rızasıyla eşiyile cinsel ilişkiye girmesi halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşup oluşmayacağı tespit edilmelidir. Bize göre bu durumda Medeni Hukuktan kaynaklanan bir hakkın kullanılması söz konusu olacağından eylem hukuka uygun

kabul edilecektir. Dikkat edilirse bahsedilen eylem tipik olmadığından değil olayda bir hukuka uygunluk sebebi bulunduğundan suç teşkil etmemektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki evlenme yoluyla ergin olan kişinin eşi dışında bir başkasıyla rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi durumunda eylem suç teşkil etmeye devam edecektir. Zira bu durumda evlilik birliğinden doğan hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi uygulanamayacaktır.

- 3) 15-18 yaş aralığında bulunan iki çocuğun rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde kimin fail kimin mağdur kabul edileceği madde metninden tam olarak tespit edilememektedir. Kanaatimizce maddenin düzenleniş amacı, düzenleniş şekli ve tarafı olduğumuz Lanzarote Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri dikkate alındığında bu suçun failinin ancak 18 yaşından büyük bir kimse olabileceği kabul edilmelidir. Dolayısıyla 15-18 yaş aralığında bulunan iki çocuğun rızalarıyla cinsel ilişkiye girmeleri TCK m.104 bakımından tipik değildir. Ancak bu sonuç madde metninden yorum yoluyla çıkarılmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun sorunu çözmek adına bu suçun failinin kim olacağına dair açık bir düzenleme yapması gerekmektedir.
- 4) TCK'nın 104. maddesinde cinsel ilişki eyleminin cebir, tehdit, hile olmaksızın işlenmiş olmasından bahsedilmektedir. Oysa TCK'nın 103/1-b hükmünde 15 yaşını doldurmuş olan çocuklara karşı cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenlere dayalı olarak cinsel davranışlarda bulunulması cinsel istismar olarak kabul edilmiştir. Araç unsur olarak iradeyi etkileyen diğer nedenler kavramına TCK m.103'de yer verilmişken TCK m.104'de yer verilmemiş olması yerinde olmamıştır. 15 yaşını doldurmuş olan bir çocukla iradeyi etkileyen bir nedene dayalı olarak cinsel ilişkide bulunulması çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır. Ayrıca bu eylem, TCK m.104'de yalnızca cebir, tehdit ve hile araç unsurları sayılmış olduğundan TCK m.104 bakımından da tipik gözükmemektedir. Bu durumda TCK'nın 103/1-b hükmü iradeyi etkileyen diğer nedenler araç unsurunu özel olarak düzenlediğinden çocukların cinsel istismarı suçu uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenlerin bileşimi doğrudan rızasızlık kavramına denk gelmemektedir. Ancak doktrinde düzeltici yorum yapılarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağdurun rızasıyla gerçekleşeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Her ne kadar pratikte önemli bir eksiklik teşkil etmese de kanaatimizce bu suç tipinde cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenler ifadeleri yerine doğrudan mağdurun rızasıyla ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır.

- 5) Madde metninde yer alan cinsel ilişki kavramından ne anlaşılacağı tam olarak belli değildir. Doktrinde cinsel ilişki kavramını dar ve geniş yorumlayan görüşler bulunmaktadır. Cinsel ilişki kavramını dar yorumlayan görüşlere göre cinsel ilişki, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan sokulmasıdır. Bu görüşe göre oral ilişki ya da mağdurun vücuduna cinsel organ dışında sair bir cisim sokulması cinsel ilişki kapsamında değerlendirilemeyecektir. Cinsel ilişki kavramını geniş yorumlayan görüşe göre ise cinsel ilişki, cinsel organlara sair cisim sokulmasını ve oral ilişkiyi de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Kanaatimizce de suçla korunan hukuki değerın çocuğun sağlıklı cinsel gelişimi olduğu göz önünde bulundurulduğunda cinsel ilişki kavramının geniş yorumlanması gerekmektedir. Zira birçok olayda çocuğun cinsel organlarına sair bir cisim sokulması çocuğun cinsel gelişimini ve psikolojisini normal bir cinsel ilişkiye göre daha fazla etkileyecek niteliktedir. Bize göre cinsel ilişkinin varlığından söz edebilmek için öncelikle olayda mutlak cinsel organ sayılabilecek bir organ (vajina-penis-anal bölge gibi) bulunmalıdır. İkinci olarak ise eylemde ya bu organlara herhangi bir organ ya da sair cisim sokulmuş olmalı ya da bu organlar vücudun bir boşluğuna sokulmalıdır. Böylece vajinaya parmak sokma, oral ilişki, mümkün olduğu takdirde göbek deliğine veya burun deliğine penis sokulması gibi örnekler cinsel ilişki kapsamında değerlendirilebilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki cinsel ilişki kavramı, tanımı kanunda yapılmayan ve içeriğinin belirlenmesi uygulamaya bırakılmış olan bir kavramdır. Kanaatimizce kanun koyucunun uygulamadaki sorunları gidermek adına madde metninde değişikliğe gitmesi ve cinsel ilişki kavramının içeriğini daha net belirleyen bir düzenleme yapması yerinde olacaktır. Bize göre cinsel ilişki kavramı, mağdurun vücuduna cinsel organ sokulması veya failin kendi vücuduna cinsel organ sokturması; mağdura vajinal veya anal yoldan cinsel organ dışında başka bir organ ya da sair cisim sokulması, mağdurun penisine sair cisim sokulması gibi ihtimalleri kapsayacak şekilde düzenlenmelidir. Böylece ağır cinsel davranış olarak nitelendirebileceğimiz ve çocuğun cinsel gelişimini önemli ölçüde etkileyebilecek olan davranışlar cinsel ilişki kavramı içerisinde değerlendirilmiş olacak, madde ile ulaşılmak istenen amaca ulaşılmış olabilecektir.
- 6) 6545 S. Kanun değişikliği ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun cezası artırılmış ve maddeye iki yeni nitelikli hal eklenmiştir. Yeni düzenlemeye göre suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmiş olması ve evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi



çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmiş olması durumları nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Öncelikle belirtmek isteriz ki kanunda varlığı bile tartışmalı olan bir suç tipinin temel şeklinin cezasının artırılması yerinde olmamıştır. Ayrıca söz konusu nitelikli hallerin TCK m.104 içerisinde düzenlenmesi yerine TCK m.103'de rıza yaşını 15 ten 18'e yükseltecek şekilde düzenlenmesi daha yerinde olabilirdi. Böyle durumlarda mağdur eyleme göstermiş olduğu rızanın zorlanmış bir rıza olma ihtimali daha yüksektir. Zira birçok ülkenin düzenlemelerinde failin mağdur üzerinde nüfuz sahibi olduğu durumlarda rıza yaşı normal rıza yaşına göre yüksek tutulmaktadır. Bunun dışında belirtmek gerekir ki mezkur nitelikli hallerin TCK m.104'e eklenmiş olmasına rağmen eylemin eğitici ve öğreticiler tarafından işlenmiş olması durumunun nitelikli hal olarak eklenmemesi yerinde olmamıştır. Böyle bir durumda da fail mağdur üzerindeki nüfuzunu kötüye kullanmaktadır. Bahsedilen nitelikli halin madde eklenmesi ve diğer nitelikli hallerde olduğu gibi re'sen takip edilmesi yerinde olacaktır.

- 7) Kanun koyucu cinsel saldırı ve cinsel taciz suçlarında şikayet hakkının mağdura ait olduğunu açıkça düzenlemiş olmasına rağmen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikayet hakkının kime ait olduğuna dair açık bir düzenleme yapılmamıştır. Doktrinde şikayet hakkının mağdura mı yoksa mağdurum kanuni temsilcisine mi ait olduğu hususu tartışmalıdır. Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre ve Yargıtay'ın uygulamalarına göre şikayet hakkı yalnızca ayırtım gücüne sahip olan çocuğa aittir. Bize göre de reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikayet hakkı yalnızca ayırtım gücünü haiz çocuğa ait olmalıdır. Ceza muhakemesinde şikayet hakkı suçtan zarar gören kimseye aittir. Şikayet kurumu istisnai bir kurum olduğundan ve istisnaların da dar yorumlanması gerektiğinden kanun ayrıca ve açıkça belirtmedikçe suçtan dolayı olarak zarar gören kimseler şikayet hakkına sahip olmamalı; suçtan zarar gören kavramı suçtan doğrudan zarar gören olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda kanun koyucu kanuni temsilciye ayrıca ve açıkça şikayet hakkı tanımadığından bu suç bakımından şikayet hakkı yalnızca suçtan doğrudan zarar gören mümeyyiz çocuğa ait olmalıdır. Kanun koyucunun 6545 S. Kanun ile çocukların cinsel istismarı suçunda yapmış olduğu değişiklik de bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Söz konusu değişikliğe göre cinsel istismar sarkıntılık düzeyinde kalmış ve fail de çocuk ise soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlı olacaktır. Görüldüğü kanun koyucu bu durumda mağdur çocuğun kanuni temsilcisine ayrıca ve açıkça şikayet hakkı tanımıştır. TCK'nın 103. maddesinde

kanuni temsilciye açıkça şikayet hakkı tanınmış olmasına rağmen 104. maddede bu yönde bir düzenleme yapılmamış olması bizi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda kanuni temsilcinin şikayet hakkına sahip olmadığı sonucuna götürmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki şikayet hakkının başlangıçta eyleme rıza göstermiş olan çocuğa tanınmış olması maddenin uygulama alanını oldukça daraltacak niteliktedir. Ayrıca bu hakkın eyleme rıza göstermiş olan çocuğa tanınmış olması daha sonradan şikayet hakkının çocuk tarafından kötüye kullanılması sonucunu da ortaya çıkarabilecektir. Kanaatimizce kanun koyucu böyle bir suç tipinin varlığında ısrar edecek ise suç ya re'sen soruşturulur ve kovuşturulur hale getirilmeli ya da şikayet hakkı açıkça kanuni temsilciye verilmelidir.

## KAYNAKÇA

- Adalet Komisyonu, (2014) Adalet Komisyonu Görüşme Tutanakları, Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, T: 29.05.2014.
- Akbulut, B., (2013) “Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması”, in: MÜHFHAD, 19(2) (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan).
- Akçin, İ., (2006) "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" in: Yargıtay Dergisi, 32(1-2), Ocak-Nisan 2006.
- Akço, S., (1996) Reşit Olmayanla Cinsel İlişkinin Suç Olarak Kabulü ve Ceza Ehliyeti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Akipek, J., (2013) Akıntürk, T., Ateş-Karaman, D., Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri -Kişiler Hukuku-, 1. Cilt, 10. Baskı, İstanbul.
- Akkay, E.,(1985) "Irza Geçme" in: İÜHFMD, (1-4).
- Aksakal, E., (2014) "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", in: İstanbul Barosu Dergisi, 88(2).
- Aksar, Y., (2013) Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk, 2. Baskı, Ankara.
- Aksoy, Ö.S., (2010) Cinsel Saldırı Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul.
- Alacakaptan, U., İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi, <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/432.pdf>, (erişim tarihi: 03.11.2015).
- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cinsel İstismar Kliniği Öğrencileri, (2016) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cinsel İstismar Kliniği Öğrencileri Tarafından Hazırlanan TCK'nın “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” ve “Aile Düzenine Karşı Suçlar” Bölümleri Hakkında Kanun Taslağı, in: TBBD., (122) (Çalışma Koordinatörü: Fahri Gökçen Taner)
- Apaydın, N., (2004) “Türk Ceza Kanunu Tasarısı'ndaki Bazı Suç Düzenlemeleri Üzerine Düşünceler”, in: Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar (İkinci Kitap), TBB Yayınları: 71, Ankara.
- Arslantürk, M., (2014) Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Ankara.
- Artuk, M.E., (2004) "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Adlı Podyum Tartışması", in: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Panel Kitabı (Birinci Kitap), Ankara.
- Artuk, M. E., (2006) "Cinsel Taciz Suçu", Çalışma ve Toplum Dergisi, (4).

- Artuk, M. E., (1995) "Cinsel Taciz ve Ceza Hukuku", in: Prof. Dr. Yılmaz Günal'a Armağan, Ankara.
- Artuk, M.E., Çınar, A.R., (2004) "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", in: Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar (İkinci Kitap), TBB Yayınları: 71, Ankara.
- Artuk, M.E., Gökçen, A., Yenidünya, C., (2014) Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara.
- Artuk, M.E., Gökçen, A., Yenidünya, C., (2013) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara.
- Artuk, M.E., Gökçen, A., Yenidünya, C., (1999) "Evlilik İçinde Irza Geçme" in: İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet'in 75. yılı Armağanı, İstanbul.
- Artunç, M., (2007) "Cinsel Taciz Suçu", in: Terazî Hukuk Dergisi, 2(11), Temmuz.
- Aslan, B., (2014) Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü, 3. Baskı, Ankara.
- Ataç, A.S., (2013) "Ceza Hukuku ve Enstest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış", in: MÜHFHAD, 19(2) (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan).
- Ataç, A.S., (2013) "Cinsel İstismar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişkiye Girme Suçu", in: Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Nur Centel, İstanbul.
- Atalay, A. Ö., (2013) Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu, İstanbul.
- Aybay, R., (2007) "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", in: TBBD, (70).
- Aydın, M., Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Aydın, Ö. D., (2004a) "Ceza Hukukunun Çağdaş İlkeleri ve Avrupa Birliği Kriterleri Açısından Türk Ceza Kanunu", in: TBBD., (53).
- Aydın, Ö. D., (2004b) "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" in: Hukuki Perspektifler Dergisi, (2).
- Aydın, Ö. D., (2006) "Yeni Türk Ceza Yasasında Cinsel Suçların Düzenleniş Biçimi", in: Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Cilt: 3.
- Aygün Eşitli, E., (2013) "Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti", in: TBBD, (106) (Mayıs-Haziran).
- Aygün Eşitli, E., (2013) "Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi", in: TBBD., (104).
- Aykaç, A.C., (2008) "Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi", İstanbul Barosu Dergisi, 82(1).

- Ayral, F., (2010) Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Bu Suçla Mücadele, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, İstanbul.
- Bakıcı, S., (1985a) "Ahlaka ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlarda Yapılması Gereken Değişiklikler" in: Ankara Barosu Dergisi, (42/5-6).
- Bakıcı, S., (1985b) "Evlenme Sözü Vererek Kızlık Bozma Suçu ve Unsurları", in: Ankara Barosu Dergisi, (1).
- Bakıcı, S., (1985c) "Uygulamada Zina Cürümleri - Birinci Kesim Genel Olarak Zina Suçu-", in: Ankara Barosu Dergisi.
- Bakıcı, S., (1985d) "Uygulamada Zina Cürümleri - İkinci Kesim Kadının Zinası-", in: Ankara Barosu Dergisi.
- Bakıcı, S., (1985e) "Uygulamada Zina Cürümleri II - Üçüncü Kesim Kocanın Zinası-", in: Ankara Barosu Dergisi.
- Balo, Y.S., (2015) Çocuk Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara.
- Başlar, K., (2004) "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine", in: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, (24/1-2), (Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan).
- Baygın, C., (2003) "Evlat Edinmenin Koşulları", in: AÜEHFD., 7(3-4), Aralık.
- Bayraktar, K., (2004) "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", in: Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar (İkinci Kitap), TBB Yayınları: 71, Ankara.
- Baytemir, E., (2002) Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara.
- Baytemir, E., (2014) Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar , Ankara.
- Beccaria, C., (2010) Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çev. Sami Selçuk), 2. Baskı, Ankara.
- Bengü, S., (1996) Cinselnâme, İstanbul.
- Beyazıt, Ö., (2010) "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", in: TAAD, Nisan 2010, (1).
- Birtek, F., (2016) Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Ankara.
- Bozbeyoğlu, A. Ç., (2009) Türkiye'de Ensest Sorununu Anlamak- Özet Rapor", Ankara.
- Can, C., (1995) "Sosyal Gerçeklik, Sosyo-Kültürel Etkenler ve Psikanaliz Bağlamında Cinsel Suçun Konumu", in: Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara.
- Can, C., (2012) Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Ankara.
- Can, H., (2009) "Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı", in: Yasama Dergisi, (12).

- Cantürk, N., Koç, S., (2010) "Adli Tıp Kurumlarında Değerlendirilen Cinsel Suç Sanıklarının Sosyo-Demografik Özellikleri ve Psikiyatrik Profilleri" in: Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, 63(2).
- Centel, N., (1997) "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması" in: Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul.
- Cassani, C., (2008) "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza", in: TBBD, (77), (Çev. Muharrem Özen-Mustafa Özen).
- Centel, N.; (2012) "5237 S. Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi", in: TBBD, (99).
- Centel, N., (2013) "Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor Mu?", in: Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Nur Centel, İstanbul.
- Centel, N., "Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın", (<http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadin.pdf>). (erişim tarihi: 30.04.2016).
- Cihan, E., (1978) Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul.
- Çakıcı-Gerçek, L., (2011) "Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu", in: AÜHFD, 60(1).
- Çelen, M., (2006) İslam Hukukunda Zina ve Recm, İstanbul.
- Çelik, D., (2014) Çocukluk Çağı Cinsel İstismar Olgularında Mağdur İfadesinin Delil Niteliği ve İfade Geçerlilik Analizi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul.
- Değirmenci, O., (2008) "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", in: TBBD, (77).
- Demircan, Y.T., (2010) "Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu ve Asılsız Cinsel Saldırı İddiaları", in: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2010/1) (Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt: 2).
- Doğan, R., (2013) "Bir Koruma Tedbiri Olarak Koruyucu Aile Kurumu ve Koruyucu Aile Yönetmeliği", in: Ankara Barosu Dergisi, 2013/2.
- Donald, B.B., (2002) "Amerikan Hukuku'nun Cinsel Suçlara Yaklaşımı", in: Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi, 2. Baskı, İstanbul.
- Doyle, S., (2010) "The Notion of Consent to Sexual Activity for Persons with Mental Disabilities", in: Liverpool Law Review, Vol: 31,.
- Dönmezer, S., (2008) "Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler", in: Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt 1, Ankara.

- Dönmezer, S., (1964) "IX. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi ve Cinsiyet Ahlakına Karşı Suçlar" in: İÜHFM, Cilt: 30.
- Dönmezer, S., Erman, S., (1994) Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku -Genel Kısım-, Cilt: II, 10. Baskı, İstanbul.
- Dönmezer, S., (1983) Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Baskı, İstanbul.
- Drobac, J. A., (2006) "Developing Capacity: Adolescent, Consent at Work, at Law, and in the Sciences of the Mind", in: UC Davis Journal of Juvenile Law&Policy, 10(1).
- Dural, M., Öğüz, T., Gümüş, M.A., (2013) Türk Özel Hukuku -Aile Hukuku-, Cilt: III, İstanbul.
- Dursun, İ., (2013) "Cinsel Saldırı Suçu", in: Legal Hukuk Dergisi, 11(130).
- Dursun, S., (2014) "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış", in: CHD, (24), Nisan 2014.
- Dülger, İ., (2000) "Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi", in: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, (6).
- Dülger, İ., (1998) Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlardan Irza Geçme Suçu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya.
- Dülger, İ., (2010) "Çocukların Cinsel İstismarı", in: Fasikül Hukuk Dergisi, 2(6), Mayıs 2010.
- Dülger, İ., (2007) "Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi", in: GÜHFD, 11(1-2).
- Dülger, M.V., (2006) "Evlilik Birliği İçerisinde Gerçekleşen Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu, Bu Suçun Mağdur Üzerindeki Etkileri ve Mağduru Korumaya Yönelik Önlemler, in: İstanbul Barosu Dergisi, 80(2).
- Ekici-Şahin, M., (2015) "Ceza Hukuku ve Zorla Evlendirme", in: Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt: I, Ankara.
- Ekici-Şahin, M., (2012) Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul.
- Elliott, C., Quinn, F., (2008) Criminal Law, 7. Baskı.
- Elmas, F., (2010) "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", in: Fasikül Hukuk Dergisi, 2(6) Mayıs 2010.
- Eraslan, O., (2004) "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Adlı Podyum Tartışması", in: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Panel Kitabı (Birinci Kitap), Ankara.
- Erem, F., (1968) "Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin", in: AÜHFD, 25(1-2).
- Erem, F., (1986) "Fücur İlişkisi", in: Yargıtay Dergisi, 12(3).
- Erem, F., (1993) Türk Ceza Kanunu Şerhi -Özel Hükümler-, Cilt: II, Ankara.

- Erem, F., (1997) Danışman, A., Artuk, M. E., Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara.
- Erman, R. B., (2006) Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul.
- Erol, H., Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt, Ankara (yayın yılı belirtilmemiş).
- Ersözöğlü, H., (2010) Türk Hukuku'nda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü -Kamu Hukuku-, Kocaeli.
- Eser, A., "Die Sexualität in der Strafrechtsreform", (<https://www.freidok.uni-freiburg.de/fedora/objects/freidok:3708/datastreams/FILE1/content>). (erişim tarihi: 21.04.2016)
- Feyzioğlu, M., (2002) Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara.
- Foucault, M., (2003) Cinselliğin Tarihi, (Çev. Hülya Uğur Tanrıöver), İstanbul.
- Freeman Longo, R., Wall, R., (1986) "Changing a Lifetime of Sexual Crime", in: Psychology Today, Mart 1986.
- Freud, S., (2014) Cinsellik Üzerine, (Çev. Hasan CAN), Ankara.
- Freud, S., (2003) Sevgi ve Cinsellik Üzerine, (Çev. Akın Kanat), İzmir.
- Genç, Ş., Coşkun, S., (2013) "Ensest", in: TBBD., (106).
- Godenzi, A., (1992) Cinsel Şiddet, (Çev. Sultan Kurucan Coşar- Yakup Coşar), İstanbul.
- Göktürk, N., (2013) Fikri İctima (Suçların İctimatı), Ankara.
- Gölge, B., Yavuz, F., (2007) "Cinsel Saldırı Olgularının Suç Motivasyonuna Göre Sınıflandırılması" in: Adli Tıp Dergisi, 21(2).
- Gülşen, R., (2013) "Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu", in: İÜHF.M., 71(1), (Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı'ya Armağan).
- Gündel, A., (2009) 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar-Cinsel Taciz-Rızaen Irza Geçme-Hürriyeti Kısıtlama-Alıkoyma-Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları, Ankara.
- Gündüz, R., (2015) Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara.
- Güney, N., Özdemir, K., Balo, Y.S., (2004) Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara.
- Güngör, D., (2007) "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", in: TBBD., (68).
- Güngör, D., (2009) 5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikayet Kurumu, Ankara.
- Güngör, D., (2007) Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara.
- Gürkan, Ş., Uğuz, A., (2007) "Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar", in: Adalet Dergisi, (27), Ocak 2007.



- Hacıoğlu, B.C., (2000) "1997 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Düşünceler", in: AÜEHFD, IV(1-2).
- Hafizoğulları, Z., Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, (www.baskent.edu.tr/~zekih/ogrenci/cinselsuclar.doc), (erişim tarihi: 27.04.2016.)
- Hafizoğulları, Z., Güngör, D., (2007) "Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi", in: TBBD., (69).
- Hafizoğulları, Z., Özen, M., (2015) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler-Kişilere Karşı Suçlar-, Ankara.
- Hafizoğulları, Z., (1983) Zina Cürümleri, İstanbul.
- Hakeri, H., (2015) Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara.
- Harrison, K., (2007) "The High-Risk Sex Offender Strategy in England and Wales: Is Chemical Castration an Option?", in: The Howard Journal of Criminal Justice, 46(1), February 2007.
- Heinrich, B., (2014) Ceza Hukuku Genel Kısım I, (Editör: Yener ÜNVER), Ankara.
- Herring, J., (2002) "Does Yes Mean Yes?" The Criminal Law and Mistaken Consent to Sexual Activity, in: Singapore Law Review, Citation: 22,.
- Horozgil, D., (2011) "Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli" in: TBBD, (93).
- Hörnle, T., (2000) "Penal Law and Sexuality: Recent Reforms in German Criminal Law", in: Buffalo Criminal Law Review, Vol: 3.
- Işıka, S., (2012) Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Kastrasyon, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, İstanbul.
- İçel, K., (2016) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yenilenmiş Bası, İstanbul.
- İnan, A.N., (1995) "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme", in: AÜHFD, 44(1).
- İpekçioğlu, P.A., (2011) "Cinsel Suçları Önlemede Kimyasal Kastrasyon Seçeneği", in: CHD, Aralık 2011, (17).
- Kafes, V., (2014) "Yargı Uygulaması Açısından Cinsel Saldırı Suçu", in: II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu -Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku-, (Editör: Yener Ünver), Ankara.
- Kanbur, M. N., (2015) "6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", in: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, İzmir, (DEÜHFD, Cilt: 16, Yıl: 2014).

- Kanbur, M. N., (2012) "Türk Hukukunda Kadına Yönelik Şiddete Karşı Ceza Hukuku Tedbirleriyle Mücadele Edilmesi Bakımından Gelişmeler" in: [www.e-akademi.org](http://www.e-akademi.org) (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), (128), Ekim 2012.
- Kanbur, M.N., (2013) "Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", in: CHD, 8(21), Nisan 2013.
- Kangal, Z., (2011) "Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza", in: GÜHFD, 15(4).
- Kangal, Z., (2002) "Fransız Ceza Hukukunda Cinsel Suç Faillerine Yönelik Yeni Yaptırımlar", in: İÜHFM, 60(1-2).
- Kaplan, M., (2015) "Onarıcı Adalet ve Türk Ceza Hukukuna Yansımaları", in: Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(1), Haziran 2015, (Araştırma Görevlisi Tolga Gündoğan'a Armağan).
- Karakuş, H., (2012) "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Şikayet Hakkı", in: Hukuk Gündemi Dergisi, 2012/2.
- Kasapoğlu, A., (2003) "Kuran'ın İffet Anlayışı-Batılı Cinsel Ahlak Anlayışlarıyla Bir Mukayese-" in: Din Bilimleri Akademik Araştırma Dergisi, (4).
- Kaya, M., (2010) "Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?" in: Terazi Hukuk Dergisi, 5(52), Aralık 2010.
- Kaymaz, S., Gökcan, H.T., (2007) Uzlaşma ve Ön ödeme, Ankara.
- Keskin Kızıroğlu, S., (2008) "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kadına İlişkin Düzenlemeler ve Cinsel Suçlar", in: Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt 2, Ankara.
- Khan, A., (2004) "Comment –Sexual Offences Act-", in: The Journal Of Criminal Law, 68(220).
- Khan, T., (2000) "Namus Cinayetleri -Tanımına ve İçeriğine Bir Bakış", in: Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi, (1), Mart 2000.
- Kılıç, A., (2008) "Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu", in: TBBD., (78).
- Kır, E., (2013) "Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve İstismara Karşı Önleyici Eğitim Çalışmaları" in: İÜHFM, LXXI(1).
- Koca, M., (2005) "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Yağma Suçu", Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 3, Ağustos 2005.
- Koca, M., (2009) "Türk Ceza Hukukunda Hata", in: 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, (Editör: Bahri Öztürk), Ankara.
- Koca, M., (2015a) Üzülmez, İ., Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara.

- Koca, M., (2015b) Üzülmez, İ., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara.
- Koç, M., (2004) "Gelişim Psikolojisi Açısından Ergenlik Dönemi ve Genel Özellikleri" in: Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 2004/2(17).
- Koç, Z., (2009) "Alman Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar Alanında Son Gelişmeler", in : Adalet Dergisi, (35), Eylül 2009.
- Korkmaz Çetin, S., (2012) "Ergenlerde Cinsellik: Cinsel Davranışlar ve Cinsel Bilgi Kaynakları" in: Türkiye'de Gençlik - Ne Biliyoruz? Ne Bilmiyoruz-, (Editörler: Mehmet Eskin, Çiğdem Dereboy, Hacer Harlak, Ferhan Dereboy), Ankara.
- Korkmaz Çetin, S., Bildik, T., Erermiş, S., Demiral, N., Özbaran, B., Tamar, M., Aydın, C., (2008) "Erkek Ergenlerde Cinsel Davranış ve Cinsel Bilgi Kaynakları: Sekiz Yıl Arayla Değerlendirme" in: Türkiye Psikiyatri Dergisi, 19(4).
- Korkusuz, G.; (2013) "Cinsel Saldırı Suçu", in: İÜHFM, 71(1), Yıl: (Prof. Dr. Füsün Sokullu Akıncı'ya Armağan).
- Köksal, A., (2015) "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu" in: Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt: 2, Ankara.
- Köse Şahin, B., (2009) Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Konya.
- Kurt, G., (2008) 5237S. Türk Ceza Kanununda Cinsel Taciz Suçu, in: Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt:1, İstanbul.
- Kurt, G., (2013) "Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları" in: Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, (Editör: Nur Centel), İstanbul.
- Laubenthal, K., (2012) Handbuch Sexual-Straftaten-Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Berlin.
- Lippman, M., (2009) Contemporary Criminal Law, 2. Baskı.
- Linden, J., (2011) "Care of The Adult Patient After Sexual Assault", in: The New England Journal of Medicine, 365(9).
- Mahmutoğlu, F.S., (2004) "TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", in: Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar (İkinci Kitap), TBB Yayınları: 71, Ankara.
- Malkoç, İ., (2001) Öğreti ve Uygulamada Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara.

- Malkoç, İ., (2004) "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Adlı Podyum Tartışması", in: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Panel Kitabı (Birinci Kitap), Ankara.
- Malkoç, İ., (2013) Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu, Cilt: II, Ankara.
- Memiş Kartal, P., (2010) "Türk Ceza Hukukunda Cebir Suçu", in: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2010/1) (Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt: II).
- Memiş Kartal, P., (2013) "Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu", in: Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Nur Centel, İstanbul.
- Memiş Kartal, P., (2014) Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul.
- Miller, B., Cox, D., Saewyc, E., (2010) "Age of Sexual Consent Law in Canada: Population-Based Evidence For Law and Policy", in: The Canadian Journal of Human Sexuality, 19(3).
- Molan, M., (2008) Cases And Materials On Criminal Law, 4. Baskı.
- Moran, L., "Laskey v The United Kingdom: Learning The Limits Of Privacy", in: The Modern Law Review, Vol: 61, Issue: 1, (<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-2230.00129/pdf>), (erişim tarihi: 8.3.2016.)
- Nişancı, D., (2015) "6545 S. Kanun ile Getirilen Yenilikler Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu", in: TBBD.
- Nuhoğlu, A., (2004) "Türk Ceza Kanununda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar" in: Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul.
- Nuhoğlu, A., (2002) "Cinsel Suç Mağdurunun Beyanı ve İspat", in: Kadına Yönelik Cinsel Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi, 2. Baskı, İstanbul.
- Nuhoğlu, A., (2005) "Uzlaşma Bakımından Şikayete Bağlı Suçlar", in: Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma", Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey, İstanbul.
- Nuhoğlu, A., (2010) Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi ve Türk Hukuku, in: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2010/1) (Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt: I).
- Oğuzman, K., Seliçi, Ö., Oktay-Özdemir, S., (2013) Kişiler Hukuku, 13. Baskı, İstanbul.
- Otacı, C., (2000) Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara.
- Önder, A., (1985) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1. Bası, İstanbul.
- Önder, A., (1992) Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, İstanbul.

- Örücü, E., (1992) “Karşılaştırmalı Hukukta Evlilik Birliği İçinde Irza Geçme”, in: İstanbul Barosu Dergisi, 66(1-2-3).
- Östman, M., (2008) “Severe Depression and Relationships: The Effect of Mental İllness on Sexuality”, in: Sexual and Relationship Therapy, 23(4), Kasım 2008.
- Özbek, V.Ö., Kanbur, M.N., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe, İ., (2013) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara.
- Özbek, V.Ö., Kanbur, M.N., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe, İ., (2015) Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Ankara.
- Özbek, V.Ö., Kanbur, M.N., Doğan, K., Bacaksız, P., Tepe, İ., (2015) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara.
- Özbek, V.Ö., (2008a) “Türk Ceza Kanununda Hata”, in: CHD, 3(7), Ağustos 2008.
- Özbek, V.Ö., (2008b) Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, İzmir Şerhi, Cilt: II, Ankara.
- Özbek, V.Ö., (2009) Müstehcenlik Suçu, Ankara.
- Özbek, V.Ö., (2015) İnfaz Hukuku, 7. Baskı, Ankara.
- Özgenç, İ., (1993) “Kusur Yargısı ve Yaş Küçüklüğü”, in: Fakültatis Decima Anniversaria - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10.Yılı Adliye ve Çocuk Suçluluğu Sempozyumu-, İstanbul.
- Özgenç, İ., (2013) Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara.
- Özgenç, İ., (2005) Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara.
- Özgülven, İ.E., (1997) Cinsellik ve Cinsel Yaşam, Ankara.
- Öztürk, B., (2004) "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Adlı Podyum Tartışması", in: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Panel Kitabı (Birinci Kitap), Ankara.
- Öztürk, B., vd., (2013) Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara.
- Öztan, B., (2015) Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara.
- Padfield, N., (2008) Criminal Law, 6. Baskı,.
- Pamuk, G., (2013) "Fransız ve Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu" in: MÜHFHAD, 19(2) (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan).
- Parlar, A., Banko, M., (2014) 6545 Sayılı Kanun İle Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Cinsel Suçlar, Ankara.
- Polat, H., (2010) "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri", in: CHD, (13), Ağustos 2010.
- Polat, O., (2007) Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı, Cilt: I, Ankara.
- Poroy, A., (2005) Türkiye'de Cinsellik, İstanbul.

- Poroy, A., (2010) Antikçağdan Günümüze Avrupa'da Cinsellik Tarihi, İstanbul.
- Reich, W., (2004) Gençliğin Cinsel Eğitimi, (Çev. Emel Yıldız), İstanbul.
- Roxin, C., (2006) “Yasağa İlişkin Yanılma”, (Çev. Osman İsfen) in: Suç Politikası- Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 5- (Claus ROXIN’e Armağan), Ankara.
- Santrock, J., (2012) Adolescence (Ergenlik), (Çeviri Editörü: Diğdem Müge Siyez), 14. Baskı,.
- Savaşçı, B., (2013) Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, İstanbul.
- Saygılar Kırıt, Y., (2013) “5237 S. Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu”, in: Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Nur Centel, İstanbul.
- Saygılı, S., Gönenli, S., (2008) “Aynı Ailede Görülen Çoklu Ensest”, in: Düşünen Adam - Psikiyatri ve Nörolojik Bilimler Dergisi, 21(1-4).
- Schopenhauer, A., (2011) Aşkın Metafiziği, (Çev. Turan Erdem), İstanbul.
- Schöch, H., "Ceza Muhakemesinde Cinsel Suç Mağduru Küçüklerin Korunması", (Çev. Nur CENTEL), in: AÜEHFD, III(1).
- Scully, D., (2014) Cinsel Şiddeti Anlamak -Tutuklu Tecavüzcü Erkekler Üzerine Bir İnceleme-, (Çev. Şirin Tekeli-Laleper Aytek), İstanbul.
- Selçuk, S., (1996) Kızlık Bozma Suçu, Ankara.
- Set, T., Dağdeviren, N., Aktürk, Z., (2006) "Ergenlerde Cinsellik" in: Genel Tıp Dergisi, 16(3).
- Sırma, Ö., (2011) Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İlgilinin Rızası, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Simard, D., (2015) “The Question of Sexual Consent: Between Individual Liberty and Human Dignity”, in: Sexologies, 24(3).
- Sirmen, K.S., (2009) "Eşcinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi" in: AÜHFD, Cilt: 58, Yıl: 2009/4.
- Sokullu Akıncı, F., (2013) “İstismar Mağduru Çocukların Suç Sonrası Sorunları ve Hukuksal Korunmaları” in: MÜHFHAD, 19(2) (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan).
- Soyaslan, D., (2014a) Ceza Hukuku Genel hükümler, 6. Baskı, Ankara.
- Soyaslan, D., (2014b) Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara.
- Soyer Güleç, S., (2008) “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı”, in: DEÜHFD., 10(1).
- Soysal, T., (2005) “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 104/II Maddesinin Anayasa’ya Aykırılığı Savıyla Anayasa Mahkemesi’ne Başvuru ve Bir Değerlendirme”, in: Legal Hukuk Dergisi, Aralık 2005, 3(36).

- Sözüer, A., (1994) "Tehdit Suçu", in: İÜHFM, LIV(1-4).
- Sponville, A.C., (2013) Cinsellik, Aşk ve Ölüm, (Çev. Canan Özatalay), İstanbul.
- Sur, M., (2010) Uluslararası Hukukun Esasları, 4. Baskı, İstanbul.
- Şahin, C., (2015) Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 6. Bası, Ankara.
- Şatıroğlu, H., (2008) Adolesan Sağlığı II, Sempozyum Dizisi No:63, Mart 2008.
- Şen, E., (2006) Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: I, İstanbul.
- Şen, E., (2014) Yorumluyorum -II-, 3. Baskı, Ankara.
- Şen, E., "Cinsel Suçlarda Müşteki Beyanının Kanıt Gücü", (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1446786-cinsel-suclarda-musteki-beyanini-kanit-gucu>). (erişim tarihi: 06.03.2016)
- Şen, E., "Reşit Olmayanla Cinsel İlişkide Değişiklik", bkz. (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1897410-resit-olmayanla-cinsel-iliskide-degisiklik>). (erişim tarihi: 18.04.2016)
- Şen, E., "Sarkıntılık ve Cinsel Saldırı", (<http://www.baroturk.com/sarkintilik-ve-cinsel-saldiri-234yy.htm>). (erişim tarihi: 03.05.2016)
- Şen, E., "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki", in: Hukuki Haber, (<http://www.hukukihaber.net/resit-olmayanla-cinsel-iliski-makale,4646.html>), (erişim tarihi: 27.02.2016)
- Şensoy, N., "Zina Cürmü", in: İÜHFM, VII(1-2).
- Şimşek, A., (2015) "Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçunun Hafif Şekli: Sarkıntılık", in: CHD, 10(28), Ağustos 2015.
- Şişman, S., (2010) Cinsel Saldırı Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Konya.
- T.C. Adalet Bakanlığı, (1997) Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Özel Seri: 3, Ankara.
- Taner, F.G., (2008) Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara.
- Taner, F.G., (2011) "Türk Ceza Hukukunda Şantaj Suçu", in: TBBD, (92).
- Taner, F.G., (2012) "Cinsel Saldırı Suçu ve Kadın", in: Uluslararası Katılımlı Kadına ve Çocuğa Karşı Şiddet Sempozyumu Bildiri Kitabı, II. Cilt, Ankara.
- Taner, F.G., (2013) Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Ankara.
- Taner, F.G., (2014) "6545 Sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme", in: Güncel Hukuk, Ağustos 2014.

- Taner, F.G., (2016) “Anayasa Mahkemesi’nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi”, in: TBBD., (124).
- Taşkın, C., “Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu”, in: Bursa Barosu Dergisi, 35(91).
- Tezcan, D., (2004) "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Adlı Podyum Tartışması", in: Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu Panel Kitabı (Birinci Kitap), Ankara.
- Tezcan, D., Erdem, M. R., (2004) "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", " Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", in: Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar (İkinci Kitap), TBB Yayınları: 71, Ankara.
- Tezcan, D., Erdem, M. R., Önok, R. M., (2014) Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Ankara.
- Topçu, S., (2009) Cinsel İstismar, Ankara.
- Toroslu, N., (1970) Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara.
- Toroslu, N., (2007) Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara.
- Toroslu, H., (2015) Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği, Ankara.
- Tuğrul, A.C., (2010) Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler, Ankara.
- Türkbağ, A.U., (2008) "Hukuk ve Ahlakın Kesişim Noktası Olarak Hukuk Normu", in: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/2.
- Ünver, Y., (1989) Ceza Hukukunda Akıl Hastalığı ve Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü, İstanbul.
- Ünver, Y., (2001) "Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum", in: Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul.
- Ünver, Y., (2003a) Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara
- Ünver, Y., (2003b) “Türkiye’de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri”, in: Türkiye’de Aile İçi Şiddet–Ülke Çapında Kriminolojik, Viktimolojik Alan Araştırması ve Değerlendirmeler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul.
- Ünver, Y., (2008) “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Kaşı Suçlar”, Türk Ceza Kanununun 2 Yılı -Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar-, İstanbul.



- Ünver, Y., (2009) "Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri" in: CHD, Aralık 2009, (11).
- Ünver, Y., (2011) "Yargıtay 5. Ceza Dairesinin Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara İlişkin Bazı Kararlarının Değerlendirilmesi", in: Yargıtay Kararları Çerçevesinde Ceza Hukuku Sempozyumu, İstanbul.
- Ünver, Y., (2014a) "Türk Yargı Kararlarının Kanunilik İlkesi ve Sonuçları Açısından Değerlendirilmesi", in: Alman ve Türk Ceza Hukukuna İlişkin Araştırmalar, Cilt: 3, Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi (Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht), (Editör: Yener Ünver), Ankara.
- Ünver, Y., (2014b) "Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi" in: II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu -Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku-, Ankara.
- Ünver, Y., (2014c) Hakeri, H., Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara.
- Üzülmez, İ., "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", ([www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc)), (erişim tarihi: 5.11.2015)
- Üzülmez, İ., (2002) "Söz Atma ve Sarkıntılık Suçları", in: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, ( Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan), (2), İstanbul.
- Üzülmez, İ., (2006) "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", in: EÜHFD., 10 (3-4).
- Üzülmez, İ., (2007a) Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara.
- Üzülmez, İ., (2007b) "Yeni Türk Ceza Kanununda Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu", in: GÜHFD., 11(1-2).
- Üzülmez, İ., (2009a) "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu" in: EÜHFD., IV(2).
- Üzülmez, İ., (2009b) "Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu" in: Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu Kitabı, Editör: Bahri Öztürk, Ankara.
- Veysel, Ç., (2010) "Cinsellik, Sevgi ve Aşkın Diyalektiği" in: Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, (9).
- Walsh K., "The Sexual Rights of Children and The Age of Consent", (<http://www.interdisciplinary.net/wp-content/uploads/2010/04/kwalshpaper.pdf>), (erişim tarihi: 1.3.2016)
- Yalçın Sancar, T., (1995) Müteselsil Suç, Ankara.
- Yalçın Sancar, T., (2002) "Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler" in: AÜHFD, 51(3).

- Yalçın Sancar, T., Yaşar, T.N., (2009) “Ensest, Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesi’nin Kararı”, in: TBBD., (80).
- Yalçın Sancar, T., (2013) Türk Ceza Hukukunda Kadın, Ankara.
- Yalçın, H., (2010) Çocuk Gelişimi, Ankara.
- Yarsuvat, D., (1964) “Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri”, in: İÜHFM, 30(1-2)’den ayrı bası, İstanbul.
- Yarsuvat, D., (1977) "Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar", in: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı Ve Geleceği Sempozyumu, İstanbul.
- Yarsuvat, D., Bayraktar, K., Kocasakal, Ü. vd., (2004) "Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesi'nin Görüşü" in: " Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", in: Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar (İkinci Kitap), TBB Yayınları: 71, Ankara.
- Yaşar, O., Gökcan, H.T., Artuç, M., (2014) Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: 3, 2. Baskı, Ankara.
- Yenerer Çakmut, Ö., (2003) Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul.
- Yenerer Çakmut, Ö., (2009) “Cinsel Taciz Suçu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Bilirkişilik Kurumu”, in: CHD, 4 (11), Aralık 2009.
- Yenidünya, A. C., (2005) “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, in: Legal Hukuk Dergisi, 3(33), Eylül 2005.
- Yenidünya, A.C., Yaşar, Y., (2013) “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır?”, in: TAAD., 4 (14), Temmuz 2013.
- Yenisey, F., Nuhoglu, A., (2014) Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul.
- Yenisey, F., Plagemann, G., (2009) Alman Ceza Kanunu (StGB), İstanbul.
- Yıldırım Doğru, S., “Zihinsel Engelli Çocuklarda Cinsel İstismar”, in: Abant İzzet Baysal Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, 6(2).
- Yokuş Sevük, H., (2005) "5237 S. TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", in: Hukuk ve Adalet Dergisi, 2(5), Nisan 2005.
- Yokuş Sevük, H., (2005) "5237 S. Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları" in: TBBD, (57).
- Yokuş Sevük, H., (2015) “6545 S. Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, in: CHKD, 3(2)
- Yurtcan, E., (2015) Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Ankara.

- Yücel, M.T., “Akıl Hastalığı, Bilinçli Onam ve Libido Özgürlüğü (Yargıtay Ceza Genel Kurul Kararının Kritiği), (www.vehukuk.org) (erişim tarihi: 20.02.2016)
- Yücel, M.T., (2007) Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi, Ankara.
- Yücel, M.T., (2014) Adalet Psikolojisi, Ankara.
- Yüksel Kaptanoğlu, İ., Ergöçmen, B., (2012) "Çocuk Gelin Olmaya Giden Yol" in: Sosyoloji Araştırmaları Dergisi, 15(2).
- Zafer, H., (2013) “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 3. Bası, İstanbul.
- Zafer, H., “Kötü Muamele Suçu”, ([http://hamidezafar.com/wp-content/uploads/2012/05/42-K%C3%B6t%C3%BCMuameleSu%C3%A7u-HZ-AA\\_PDF.pdf](http://hamidezafar.com/wp-content/uploads/2012/05/42-K%C3%B6t%C3%BCMuameleSu%C3%A7u-HZ-AA_PDF.pdf)), (erişim tarihi: 8.4.2016)

### İnternet Kaynakları

- <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-61521>, (erişim tarihi: 15.3.2016).
- <http://www.kazanci.com>, (erişim tarihi: muhtelif tarihler).
- [http://www.kuranmeali.org/17/isra\\_suresi/32.ayet/kurani\\_kerim\\_mealleri.aspx](http://www.kuranmeali.org/17/isra_suresi/32.ayet/kurani_kerim_mealleri.aspx), (erişim tarihi: 2.4.2016).
- <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, (erişim tarihi: 23.04.2016).
- <http://www.liverpoolecho.co.uk/news/liverpool-news/fake-penis-trial-gayle-newland-10433079>, (erişim tarihi: 23.03.2016)
- <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.5.200914729.pdf>, (erişim tarihi: 03.04.2016).
- [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=342991](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=342991), (erişim tarihi: 23.04.2016).
- [https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/\\_173.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_173.html), (erişim tarihi: 02.04.2016).
- [http://www.unicef.org/turkey/crc/\\_cr23e.html](http://www.unicef.org/turkey/crc/_cr23e.html), (erişim tarihi: 11.02.2016).
- [https://www.jusline.at/206\\_Schwerer\\_sexueller\\_Mi%C3%9Fbrauch\\_von\\_Unmuendigen\\_StGB.html](https://www.jusline.at/206_Schwerer_sexueller_Mi%C3%9Fbrauch_von_Unmuendigen_StGB.html), (erişim tarihi: 06.01.2016).
- [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{"fulltext":\["Laskey"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-58021"\]](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{), (erişim tarihi: 8.3.2016).
- <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>, (erişim tarihi: 23.4.2016).

## ÖZGEÇMİŞ

**Adı ve SOYADI** : Nurullah KANTARCI

### Eğitim Durumu

**Mezun Olduğu Lise** : Nuh Mehmet Küçükçalık Anadolu Lisesi, Kayseri, 2008

**Lisans Diploması** : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2012

**Yüksek Lisans Diploması** : Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Antalya, 2016

**Tez Konusu** : Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu

**Yabancı Diller** : İngilizce, Almanca (Orta)

### İş Denevimi

**Çalıştığı Kurumlar** : Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi, 2014- Devam Ediyor

**E-Posta** : nurkan038@gmail.com