

T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU (TCK m. 104)

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
MELİHA TOPRAKÇI

GAZİANTEP – 2022

T.C.

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU (TCK m. 104)

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

MELİHA TOPRAKÇI

DANIŞMAN

DR. ÖĞR. ÜYESİ HAKAN GÜNDÜZ

GAZİANTEP – 2022



LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE YÜKSEK LİSANS KABUL VE ONAY FORMU

Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı öğrencisi Meliha Toprakçı tarafından hazırlanan “**Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)**” başlıklı tez, **26/07/2022** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucu **başarılı** bulunarak jürimiz tarafından **Yüksek Lisans Tezi** olarak kabul edilmiştir.

Görevi

Unvanı, Adı ve Soyadı

İmzası:

Kurumu/Üniversitesi

Tez Danışmanı

Dr. Öğr. Üyesi Hakan GÜNDÜZ

Jüri Başkanı

Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ

Jüri Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Ali Tanju SARIGÜL

Bu tez Enstitü Yönetim Kurulunca belirlenen yukarıdaki jüri üyeleri tarafından uygun görülmüş ve Enstitü Yönetim Kurulu kararı ile onaylanmıştır.

Prof. Dr. İbrahim Halil GÜZELBEY

Enstitü Müdürü

TEZ ETİK VE BİLDİRİM SAYFASI

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)” başlıklı çalışmanın tarafımda, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bunlara atıf yapılarak yararlanmış olduğumu belirtir ve onurumla doğrularım. 26/07/2022

Meliha TOPRAKÇI



ÖNSÖZ

Bu çalışma, benim olduğu kadar bu yola girmemi sağlayan kıymetli hocam Prof. Dr. İbrahim Dölger'in eseridir. Benim için verdiği emek, gösterdiği özveri ve hâlâ hissettiğim desteği ile yolumu aydınlatmaya devam edecek. Her hatırasının önünde saygıyla eğiliyorum. Bu çalışmayı kendisinin aziz ruhuna armağan ediyorum.

Seçtiđim her yolda bir ömür boyunca destekleriyle yanımda duran sevgili aileme, Hukuk Fakóltesi'ne girdiğim günden bugüne dek her zorlukta yanımda duran kıymetli hocam Prof. Dr. Ođuz Sadık Aydos'a, akademinin anlamını kavramamı sağlayan hocam Prof. Dr. Enver Bozkurt'a ve dönemin tüm zorluklarına rağmen bu tezin yazım sürecinde üstün desteğini esirgemeyen tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Hakan Gündüz'e sonsuz teşekkürlerimle...

Gaziantep, 2022

Meliha TOPRAKÇI

ÖZET

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, medeniyetin başlangıcından bu yana toplumlarda cezalandırılmıştır. Cinsel davranışların hukuka aykırı olarak uygulanması bazı toplumlarda daha olağan karşılanırken bazı toplumlarda olağanüstü tepkiler almıştır. Cezalandırmanın nedenleri zamanla ve toplum yapısına göre değişse de cinsel davranışlara ilişkin hassasiyet hep var olmuştur.

Reşit olmayanla cinsel ilişki, Türk ceza hukuku sisteminde öteden beri suç sayılmıştır. Türk toplumunun cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara bakışı, ilk Türk devletlerinden bu yana pek farklılaşmamıştır. Bu tarz davranışlar, ağır müeyyidelerle cezalandırılmıştır. Özellikle mağdurun kadın olduğu suçlarda, kadının toplumdaki üstün yeri gözetilerek daha hassas davranılmıştır.

Günümüz Türk hukuk sisteminde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu düzenleme ele alınırken öncelikle çocuk kavramı, ardından cinsellik kavramı ve en nihayetinde kanuni düzenlemenin teorik ve pratik yanları incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Reşit olmayan, istismar, rıza, cinsel davranış, çocuk.

ABSTRACT

Offenses against sexual immunity have been punished in societies since the dawn of civilization. While the illegal practice of sexual behavior is considered more normal in some societies, it has received extraordinary reactions in some societies. Although the reasons for punishment have changed over time and according to the structure of society, there has always been sensitivity to sexual behavior.

Sex with a minor has long been a crime in the Turkish criminal law system. The perspective of Turkish society on crimes against sexual immunity has not changed much since the first Turkish states. This kind of behavior was punished with severe sanctions. Particularly in crimes where the victim is a woman, a more sensitive approach has been taken by considering the superior position of women in society.

In today's Turkish legal system, the crime of sexual intercourse with a minor is regulated in the Turkish Penal Code No. 5237. While discussing this regulation, firstly the concept of child, then the concept of sexuality and finally the theoretical and practical aspects of the legal regulation are examined.

Key Words: Minor, exploitation, consent, sexual behavior, child.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

KABUL VE ONAY	i
TEZ ETİK VE BİLDİRİM SAYFASI.....	ii
ÖNSÖZ.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
KISALTMALAR.....	xii
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNA İLİŞKİN KAVRAMLAR, BENZER SUÇ TİPLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI VE AVRUPA HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ DÜZENLEMELER.....	4
1. Çocuk ve Çocuk Hakları Kavramları, İlgili Hukuki Düzenlemeler	4
1.1. Çocuk Kavramı ve Çocuk Hakları	4
1.1.1. Ulusal Düzenlemeler	5
1.1.1.1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası	6
1.1.1.2. 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu.....	7
1.1.1.3. Türk Ceza Kanunu.....	10
1.1.1.4. Ceza Muhakemesi Kanunu	11
1.1.1.5. Türk Medeni Kanunu	12
1.1.1.6. Diğer Düzenlemeler.....	13
1.1.1.6.1. Çocuk Mahkemelerinin Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler	13
1.1.1.6.2. Sosyal Hizmetler Kanunu.....	14

1.1.1.6.3. Çocuk Destek Merkezleri Yönetmeliği	15
1.1.2. Uluslararası Düzenlemeler	15
1.1.2.1. Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi.....	16
1.1.2.2. Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF).....	16
1.1.2.3. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi	17
1.1.2.4. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi.....	18
1.1.2.5. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme	18
1.1.2.6. Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması (Lanzarote) Sözleşmesi.....	19
2. Cinsellik ve Cinsel Suç Kavramları.....	20
2.1. Cinsellik Kavramına Hukuki Bakış	20
2.2. Cinsel Suç Kavramı	21
3. Rızai Ehliyet Kavramı ve Türk Hukukundaki Durum	22
3.1. Rızai Ehliyet Kavramı	23
3.2. Türk Hukukundaki Durum	23
4. 765 Sayılı Kanun ve 5237 Sayılı Kanun'da Benzer Suç Tipleri ile Karşılaştırılması	25
4.1. 765 Sayılı Kanun'da Benzer Suç Tipi ile Karşılaştırılması.....	25
4.2. 5237 Sayılı Kanun'da Benzer Suç Tipleri ile Karşılaştırılması	27
4.2.1. Cinsel Saldırı Suçu ile Karşılaştırılması.....	28
4.2.1.1. Cinsel Saldırı Suçunun İncelenmesi	28
4.2.1.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu ile Benzer ve Farklı Yönler	29
4.2.2. Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ile Karşılaştırılması.....	31
4.2.2.1. Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun İncelenmesi.....	31
4.2.2.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu ile Benzer ve Farklı Yönler	33
4.2.3. Cinsel Taciz Suçu ile Karşılaştırılması.....	35
4.2.3.1. Cinsel Taciz Suçunun İncelenmesi.....	35
4.2.3.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu ile Benzer ve Farklı Yönler	36

5. Avrupa Hukuk Sistemlerindeki Düzenlemeler.....	38
5.1. Almanya	38
5.2. Fransa	40
5.3. İtalya.....	41
5.4. İngiltere.....	41
5.5. İspanya.....	42
İKİNCİ BÖLÜM	44
REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU.....	44
1. Genel Olarak.....	44
2. Suçla Korunan Hukuki Değer.....	49
3. Suçun Unsurları	52
3.1. Tipikliğin Objektif (Maddi) Unsurları.....	53
3.1.1. Suçun Konusu	53
3.1.2. Fail ve Mağdur.....	55
3.1.2.1.Fail.....	55
3.1.2.1.1. Failin Yaşına İlişkin Değerlendirmeler.....	56
3.1.2.1.2. Failin Cinsiyetine İlişkin Değerlendirmeler	57
3.1.2.2. Mağdur.....	58
3.1.2.2.1. Mağdurun Yaşına İlişkin Değerlendirmeler	59
3.1.2.2.2. Mağdurun Cinsiyetine İlişkin Değerlendirmeler	60
3.1.2.3. Hem Failin Hem De Mağdurun Çocuk Olması Hali	61
3.1.3. Fiil.....	64
3.1.3.1. Doktrinde Cinsel İlişki Yorumları.....	67
3.1.3.2. Yargıtay'ın Cinsel İlişki Yaklaşımı.....	70
3.1.4. İlgilinin Rızası ve Rızanın Geçerliliği Sorunu.....	70
3.1.4.1. İlgilinin Rızasında Geçerlilik Şartları.....	71

3.1.4.1.1. Mutlak Surette Tasarruf Gücü	72
3.1.4.1.2. Rızaya Ehliyet	72
3.1.4.1.3. Rızanın Verildiği An	73
3.1.4.2. Rıza Gösterilebilen Fiiller	74
3.1.4.3. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Açısından İlgilinin Rızası.....	74
3.1.5. Netice	77
3.1.6. Suçun Nitelikli Halleri	79
3.1.6.1. Suçun Mağdur ile Arasında Evlenme Yasağı Bulunan Kişi Tarafından İşlenmesi	80
3.1.6.2. Suçun Mağdur ile Arasında Evlat Edinme Öncesi Bakım veya Koruyucu Aile İlişkisi Bulunan Kişi Tarafından İşlenmesi	81
3.2. Tipikliğin Sübjektif (Manevi) Unsurları	82
3.2.1. Genel Olarak	82
3.2.2. Kastı Kaldıran Hata Halleri	84
3.2.2.1. Mağdurun Yaşında Hata	84
3.2.2.2. Mağdurun Rızasında Hata	86
3.3. Hukuka Aykırılık Unsuru	87
3.3.1. Genel Olarak.....	87
3.3.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	88
4. Kusurluluğu Etkileyen Haller	89
5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	90
5.1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme	90
5.1.1. Teşebbüs	91
5.1.2. Gönüllü Vazgeçme	93
5.2. İştirak	94
5.2.1. Faillik.....	94
5.2.2. Şeriklik	95
5.2.2.1. Genel Olarak.....	95

5.2.2.1.1. Azmettiren	95
5.2.2.1.2. Yardım Eden.....	96
5.2.2.1.3. Bağlılık Kuralı	97
5.2.2.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Açısından İştirak	97
5.3. İçtima.....	98
5.3.1. Genel Olarak.....	98
5.3.1.1. Bileşik Suç.....	99
5.3.1.2. Zincirleme Suç.....	99
5.3.1.3. Fikri İçtima	100
5.3.1.3.1. Aynı Neviden Fikri İçtima.....	100
5.3.1.3.2. Farklı Neviden Fikri İçtima	100
5.3.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Açısından İçtima	101
6. Soruşturma, Ara Muhakeme ve Kovuşturma	102
6.1. Soruşturma Evresi.....	103
6.1.1. Soruşturma Evresinin Başlaması	103
6.1.1.1. Genel Olarak.....	103
6.1.1.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Suçun Öğrenilme Şekilleri	105
6.1.1.2.1. TCK m. 104/1'e Göre Suçun Öğrenilmesi.....	106
6.1.1.2.2. TCK m. 104/2 ve TCK m. 104/3'e Göre Suçun Öğrenilmesi	108
6.1.2. İddianamenin Hazırlanması.....	108
6.2. İddianamenin Kabulü ve Reddi (Ara Muhakeme Aşaması).....	111
6.3. Kovuşturma Aşaması.....	112
7. Yaptırım ve İnfaz.....	113
7.1. Yaptırım.....	113
7.2. Kararın İnfazı.....	115

SONUÇ	118
KAYNAKÇA	124
Yararlanılan Mahkeme Kararları	130



KISALTMALAR

a.e.: Aynı Eser

ACK: Alman Ceza Kanunu

AİHM: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AYM: Anayasa Mahkemesi

Bkz: Bakınız

BM: Birleşmiş Milletler

BMGK: Birleşmiş Milletler Genel Kurulu

CGTİHK: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

CK: Ceza Kanunu

CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu

ÇKK: Çocuk Koruma Kanunu

E. : Esas Numarası

Eski TCK: 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

FCK: Fransız Ceza Kanunu

K. : Karar Numarası

K. T. : Karar Tarihi

m. : Madde

s. : Sayfa

SOA: Sexual Offences Act (Cinsel Suçlar Kanunu)

TCK : 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu

TDK: Türk Dil Kurumu

TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

UNICEF: United Nations International Children's Emergency Found (Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu)

v.s.: vesaire



GİRİŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitap İkinci Kısım Altıncı Bölümü'nde, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar düzenlenmiştir. Dört madde açıklanan cinsel suçlar sırasıyla şunlardır; cinsel saldırı suçu, çocukların cinsel istismarı suçu, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ve cinsel taciz suçu. Sayılan suçlar, unsurları ve nitelikleri açısından birbirinden ayrılmaktadır.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar; fiilin işleniş şekli, failin durumu, mağdurun durumu, muhakeme usulleri v.s. değişkenlerle birbirinden ayrılmaktadır. Bu noktada en keskin ayrımlar; mağdurun yaşı, fail tarafından mağdura cinsel saik ile uygulanmış temas olup olmadığı, mağdurun rızasının bulunup bulunmadığıdır. Bu ayrımlar, suç tipini değiştirici niteliktedir.

Ayrımları sırasıyla ele almak yerinde olacaktır:

TCK 102. maddede bulunan cinsel saldırı suçu açısından; mağdur mutlaka ergin bir kişi olmalı, cinsel temas bulunmalı ve fiil mağdurun rızası hilafına işlenmelidir.

TCK 103. maddede bulunan çocukların cinsel istismarı suçu açısından; mağdur mutlaka çocuk olmalı, cinsel temas bulunmalı ve mağdur çocuk 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamış ise rızası olmamalıdır.

TCK 104. maddede bulunan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından; mağdur 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamış olmalı, suç başlığından da anlaşıldığı üzere mutlaka cinsel temas bulunmalı ve mağdurun cinsel ilişki boyutuna varmış bu fiile rızası bulunmalıdır.

TCK 105. maddede bulunan cinsel taciz suçunu diğer üç suç tipinden ayıran en önemli husus, cinsel temas bulunmamasıdır. Bundan başka, fiilin çocuğa karşı işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı neden olarak sayılmıştır. Fiil, mağdurun rızası hilafına işlenmiş olmalıdır.

Bu çalışmada konu itibariyle, uygulamada ve doktrinde çoğu kez tartışma konusu olan çocuklara karşı cinsel suçlar hususu ele alınmaktadır. Çocuğun cinsel dokunulmazlığı hususu herkesçe kabul görse de hukuki korumanın sağlanmasına yönelik ayrıntılar sağlam bir temele oturtulamamıştır. Dolayısıyla, hukuken anlaşılmaz kalmış ayrıntılar bütünü de anlaşılmaz kılmıştır. Bu konunun seçilme nedeni, tartışmalar arasında çözümlenmeden kalmış birçok

unsuru açıklığa kavuşturacaktır. Böylece, Kanun'da çocukların cinsel dokunulmazlığına yönelik suçlar arasındaki ayırım da bütünüyle daha doğru şekilde yapılabilecektir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin çalışmada; doktrinde ve uygulamada tartışmalı olan ayrımların ele alınması, işlenen fiillerin düzenlenmiş suçlardan hangisini/hangilerini oluşturup oluşturmayacağı, cinsel özgürlük kavramının sınırlandırıldığı iddialarına ilişkin argümanların nelere dayandığı ve konu hakkında ortaya koyacağımız görüşümüz yer almaktadır.

Bu çalışma ile, yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda dört maddede incelenen cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin kavramsal karmaşalar açıklığa kavuşturulacaktır. Bu anlamda, farklı şekillerde gerçekleşen fiillerin, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu hangi nedenlerle meydana getirip getirmeyeceği yargı kararlarından da faydalanılarak açıklanmaya çalışılacaktır. Uygulamada bu yönde alınmış kararlara yer verilerek, Yüksek Mahkemelerce onanmış yahut bozulmuş kararlarda hangi gerekçelerle bu hükümlere varıldığı incelenecektir.

İlgili çalışmayı kapsayan suçun mağduru 15 yaşını tamamlamış bulunan çocuk olduğundan, sosyolojik ve psikolojik açılardan bir inceleme yapma gereği de doğmuştur. Cinsel davranışlar içeren fiillere ve nihayetinde cinsel suçlara Türk toplumunun hangi gözle baktığı ele alınıp, bu birtakım genel kabullerin öteden beri kanunlarda nasıl karşılık bulduğu incelenecektir. Çocukların cinsel gelişiminin hangi yaşta tamamlanacağı hususunda, net bir değer elde etmek mümkün değildir. Pozitif bilimlerde bu kıstaslar belirli aralıklara oturtulmuş olmakla birlikte, cinsel gelişimi istisnai olarak normalden daha erken ya da daha geç tamamlanan bireyler de bulunmaktadır. Bireylerin kişisel gelişimine göre değişiklik gösteren bu olgular açısından, devletlerin çocuğun sömürülmesini önleme sorumluluğu bulunmaktadır. Ezcümle, birey her ne kadar cinsel gelişimini tamamlamış da olsa, zihinsel gelişimi ve düşünüş şekli olgunlaşana kadar koruma altına alınmıştır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, yalnızca cinsel ilişkiye varmış olan cinsel davranışı kapsamaktadır. Söz konusu suçun mağduru 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamış, yaşanan cinsel ilişkiye rıza göstermiş bir birey olduğundan, bu durum farklı toplumlarda değişik şekillerde değerlendirilmiştir. Batı toplumları, bu yaşlarda bireyin cinsel yönden de aslında ehliyetli sayılabileceği yönünde genel kabullere sahiptir. Doğu toplumlarında ise, her ne kadar çocuk yaşta evlilikler yer yer ahlaken sorunlu görülse de evlilik dışı gerçekleşmiş cinsel ilişkiler tamamıyla reddedilmiştir. Hukuki düzenlemeler ancak toplumların aynası

olabileceğinden, her ülkenin kanunu kendi toplumunun bakış açısına uygun olarak şekillenmiştir. İşte bu açıdan, Türk hukukunda bireyin cinsel özgürlüğü konusu tartışmaya açılmıştır. Öyle ki, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlar, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda belirtilmiş yaş aralığında cezalandırılmamaktadır. Bazı görüşlere göre Devlet'in koruma sorumluluğu hususunun cinsel özgürlüğe ket vurduğu belirtilse de karşıt görüşlerce de düşünüş gelişimi gerçekleşene kadar bireyin korunması gerekli görülmektedir. Tüm bu görüşler gerekçeleriyle ele alıp son tahlilde kendi görüşümüzü gerekçeleriyle ortaya koyacağız.

Çalışmanın ilk bölümünde, kavramsal açıklamalar ve temelleri ortaya konulacaktır. Bu kapsamda ilk bölümde sırasıyla; çocuk kavramı, cinsellik ve cinsel suç kavramları, rızai ehliyet yaşı, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun benzer suç tipleri ile karşılaştırılması ve son olarak suç tipine ilişkin farklı ülkelerdeki düzenlemeler ele alınacaktır. Çalışmanın ikinci bölümünde ise, TCK'nın 104. maddesinde yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu tüm unsurlarıyla ortaya konulup yargılama usulü ile infaz şekli açıklanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNA İLİŞKİN KAVRAMLAR, BENZER SUÇ TİPLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI VE AVRUPA HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ DÜZENLEMELER

1. Çocuk ve Çocuk Hakları Kavramları, İlgili Hukuki Düzenlemeler

1.1. Çocuk Kavramı ve Çocuk Hakları

Çocuk, kişilerin psikolojik ve fizyolojik gelişimini belirli bir aşamaya kadar tamamlayıncaya dek aldıkları sıfattır. Çocukluk dönemi, bireyin tüm hayatı için oldukça kritiktir. Kişilerin hangi yaş aralığında çocuk sayılabileceği hususu, fizyolojik ve psikolojik olarak net değildir. Bu husus, bireyler arasında değişkenlik göstermektedir. Kaldı ki, bu kıstasın net bir yaşla belirlenmesinin çocuk gelişimi açısından bir faydası da bulunmamaktadır.¹

Gerçek kişiler, ana rahminden ayrılıp göbek bağının kesilmesiyle kişiliği doğrudan kazanırlar.² Bu noktada “sağ ve tam doğum” ile başlayan kişilik, belirli bir yaşa kadar çocukluk döneminin de başlangıcı olmaktadır. Bu anlamda, kişiliğin başlaması ile birey “çocuk” sıfatını almaktadır.

Türk hukukunda kişiler, 18 yaşını doldurana kadar “çocuk”, diğer bir deyişle “küçük” olarak kabul edilmişlerdir. Türk Medeni Kanunu, tanımına göre “*Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.*” denilmiştir.³ Bu yaşa kadar kişiler, kural olarak, çocuk kabul edilmektedir. Bu dönemde bireylerin, öncelikle ailelerinde ve daha sonra farklı eğitim kurumlarında kişisel gelişimleri sağlanır. Gelişim döneminde bireylerin hem fizyolojik hem de psikolojik olarak doğru yönlendirilmeleri, toplumsal düzenin bir unsuru olabilmesini sağlayacak kuralları öğrenmeleri ve uygun yaşlarda öğretim hayatına girerek öğrencilik dönemini tamamlamaları gerekmektedir. Çocuklar belirli yaşlara kadar dış dünyada gerçekleşen olayları tamamıyla çözümleyemezler. Düşünme yetisi zamanla geliştiğinden bazı

¹ İmamoğlu, S. H. (2005). Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 54, Sayı 2, 183-218, s. 190.

² Serozan, R. (2015). *Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku (6. Bası)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 422.

³ TMK m. 11.

unsurlar çocuklar için de anlaşılabilir hale gelmekte birlikte, bazı unsurlarda çocuğun vereceği kararlardan kendisini korumak gereği doğmaktadır. Çocuğun hayata bakış şekli bu dönemde olduğundan, dış tehditlerden korunması oldukça önemlidir. Tüm dünya toplumlarında, çocukların belirli yaşlara kadar korunması gerekliliği kabul edilmiştir. Bu sebeple, evrensel ölçekte çocukların korunması amacıyla birçok düzenleme yapılmıştır. Hal böyle olmakla birlikte, kimi toplumlar çocukların korunmasını haklarını sınırlayacak derecede geniş alanlara yaymışken kimi toplumlar çocuğa kendisi hakkında karar verebilmesi için daha çok imkân sağlamayı seçmişlerdir.

Öncelikle bilinmelidir ki insan haklarına ilişkin tüm metinler, çocuklar açısından da geçerlidir. Şu kadar ki, doğrudan çocuk haklarına ilişkin düzenlemelerin içeriği, çocukların ihtiyaçlarına ve gelişimlerine özgülülmüştür.⁴ Çocukların diğer bireylerden ayrılarak özellikle korunmaları ve çocuklara özgü haklara sahip kılınmaları, iki temel üzerinde açıklanabilir. Bunlardan ilki, yaşamın çocukluk döneminde bireyin çevreden yardım ve destek alma ihtiyacının olmasıdır. Bir diğer sebep ise, 0-18 yaş aralığının bireyin gelişiminde en kritik zamanları teşkil etmesidir.⁵ Bu genel kabuller küresel ölçekte desteklenmektedir. Dolayısıyla çocukların korunmasına ilişkin çalışmalar, dünya toplumunun fikir birliği içerisinde olduğu hususlardandır.

Çocukların gelişimini sağlaması için gerekli imkanların sağlanması gereği, uluslararası toplumca üzerinde fikir birliğine varılmış bir husustur. Bu imkanların sağlanması devletlere sorumluluk, çocuklara hak olarak verilmiştir. Çocuk haklarını belirlemek üzerine birçok ulusal ve uluslararası metin oluşturulmuştur. Bunlardan bazılarını ele almak yerinde olacaktır.

1.1.1. Ulusal Düzenlemeler

Hukukumuzda çocuklar, pek çok farklı düzenleme ile koruma altına alınmışlardır. Bu düzenlemeler; çocuğun medeni hukuktan kaynaklanan miras, mal varlığı, hak ehliyeti ve benzeri hakları; çocuk işçiliğinde çocukların sömürülmesinin önlenmesi, çıraklığın ne şekilde yaptırılacağı hususlarının düzenlenmesi; çocuğun alacaklı olarak gösterildiği kıymetli evraklar, bir şirkette çocuğa ait hisselerin nasıl yönetileceği; çocuğa karşı veya çocuk tarafından

⁴ Uğurlu, Z. & Gülsen, İ. (2014). Çocuk Hakları ve Hukuki Bağlamda Çocuğun İhmal ve İstismardan Korunması. *Uluslararası Sosyal ve Eğitim Bilimleri Dergisi* , 1 (1) , 1-24, s. 6.

⁵ Öztürk, A. (2017). Çocuk Hakları ve Eğitimine Psikolojik Bir Bakış. *Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 18, S. 33, s. 429-451, s. 432.

işlenen suçlarda ne şekilde hareket edileceğine ilişkin birçok unsuru içermektedir. Cinsel suçlar açısından ise, ilk öncelikle çocukların cinsel gelişiminin sağlıklı şekilde gerçekleşmesi için dış etkilere karşı korunması amaçlanmıştır. Çocuğun sağlıklı gelişimi için büyük önem arz eden cinsel gelişim ve bu sırada çocuğa karşı işlenecek davranışların düzenlenme şekli, oldukça dikkatle değerlendirilmesi gereken hususlardır.

Cinsel özgürlük kavramı, kişinin kendisine uygulanacak cinsel davranışların tamamen kendi rızasına bağlı olması anlamına gelir.⁶ Cinsel özgürlüğün korunması gereği, hukuki gelişimin son evrelerinde ortaya çıkmıştır. Daha önce cinsel özgürlük kavramı bulunmayıp cinsel suçlar ahlaka veya topluma karşı işlenmiş sayılmakta idi. Özgürlükçü düşüncelerin ürünü olan cinsel özgürlük, kimi kesimlere göre sınırsız olmalıdır. Kimi kesimler ise, cinsel özgürlüğünü yönetemeyecek durumda olanların korunmaları ve sömürülmelerinin önlenmeleri gerektiğini savunmaktadırlar. Elbette kendini koruyamayacağı öngörülenler içerisinde çocuklar da bulunmaktadır. İşte cinsel özgürlüğe sınır konulup konulmaması, evrensel doktrinde tartışmalı bir husustur ve Türk hukuku mevzuatı, bu tartışmaların “Devlet’in sömürüyü önleme sorumluluğu” tarafında yerini almıştır. Türk hukuku mevzuatı, Devlet’in çocuğun sömürülmesini önleme sorumluluğuna sahip olduğu düşüncesi etrafında şekillenmiştir. Bu yöndeki düzenlemeleri ele almak yerinde olacaktır.

1.1.1.1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

Türk hukuku açısından normlar hiyerarşisinin en üstünde bulunan Türk Anayasası, en kapsayıcı hukuki metindir. 18/10/1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası⁷ tüm hukuki düzenlemelerin başta geleni olduğundan, Anayasa’nın çocuklara ilişkin içerdiği hükümlere aykırı şekilde kanun, yönetmelik v.s. düzenlenmesi de mümkün değildir.

Çocuk hakları ve çocukların korunmasına ilişkin ülkemizin de taraf olduğu birçok uluslararası sözleşme bulunmaktadır. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti Devleti, hem Anayasasında Cumhuriyetin niteliklerinden olarak saydığı sosyal devlet ilkesi uyarınca hem de çocuk haklarına ilişkin sözleşmelerin tarafı olarak sorumluluklarını yerine getirmek

⁶ Peker, İ. S., Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Yer Alan Cinsel İlişki Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme. *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 11-30, s. 17.

⁷ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 9/11/1982 - 17863

durumundadır. İşte bu sorumlulukların yerine getirilmesine ilişkin en temel metin olan Anayasa'nın çocuklara ilişkin düzenlemelerini ele almak gerekir.

Anayasa m. 10, kanun önünde herkesin eşit olduğunu ve ayırım yapılmayacağını düzenlemiştir. Ancak eşitlik ilkesine birkaç istisna getirilmiştir. Anayasa m. 10/3'te sayılan bu istisnalar, bazı bakımlardan kendilerini herkes kadar muhafaza edemeyen kişilerden söz etmektedir. Bu istisnaların içerisinde, çocuklar da sayılmıştır. Sosyal devlet ilkesinin gereği olarak, kendilerini herkes kadar muhafaza edemeyenleri korumak adına Devlet'in alacağı tedbirler, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacaktır.

“*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” başlıklı Üçüncü Bölüm'ün ilk maddesi olan “*Ailenin korunması ve çocuk hakları*” başlıklı 41. madde⁸, Anayasa'nın doğrudan çocuk haklarını düzenlediği temel maddedir. Bu maddede; Devlet'in ana ve çocuğu korumak için gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu, çocuğun üstün yararına aykırı iş ve işlemlerin yapılmayacağı, Devlet'in çocuğu her türlü istismar ve şiddetten korumakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 61. maddesi, özel olarak korunması gerekenlere özgü bir maddedir. 4. cümlede ise, korunmaya muhtaç çocuklara ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için gerekli tedbirleri almak, Devlet'in yükümlülüğündedir.

Devleti var eden unsurlar olarak; ülke, millet ve egemenlik içerisinde “millet” unsuru, çocukların sağlıklı gelişimi ile var olur. Bu nedenlerle, çocuklara ilişkin hükümlerin devlet anayasasında da var olması, son derece hayati ve mecburidir.

1.1.1.2. 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu

3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu⁹, Türk hukukunda doğrudan çocuklara ilişkin yapılmış en temel düzenlemedir.

⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Metni <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf> (Erişim Tarihi : 29.01.2022).

⁹ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 15/7/2005 - 25876

Kanun'un amacı ilk maddede açıklanmıştır. Amaç, korunma ihtiyacı olan ya da suça sürüklenmiş olan çocukların korunmasıdır. Bu kavramların hangi çocukları kapsadığı, Kanun'da tanımlanmıştır. Buna göre;

“1. Korunma ihtiyacı olan çocuk: Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu,

2. Suça sürüklenen çocuk: Kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen çocuğu...”¹⁰ ifade etmektedir.

Kanun genel itibariyle, çocuğun üstün yararı çerçevesinde şekillenmiştir. Bu nedenle, çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişimini tamamlaması için gerekli imkanlara sahip olmadığı durumlarda, bu desteklerin Devlet tarafından verileceği hükme bağlanmıştır. Bu anlamda, bireyler on sekiz yaşına kadar Devlet'in koruması altına alınmıştır.

Kanun'un özellikle üzerinde durduğu husus, “korunma ihtiyacı olan çocuk” kavramıdır. Sosyal devlet olmanın gereği, devletin ilk önce korunmaya muhtaç kimselere yardım ve koruma sağlamasıdır. Bu sorumluluğun göstergesi, korunma ihtiyacı olan çocuklar için Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'nun kurulmuş olmasıdır. Korunma ihtiyacı olan çocuklar, uygulamada en çok suç mağduru çocuklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Devlet, sorumluluğu gereği 6. maddede¹¹ bu çocuklar hakkında birden çok kurum ve kuruluşa bildirme yükümlülüğü yüklemiştir.

Suçta sürüklenen çocuklar, Kanun'un bir diğer önemli öznesidir. Çocuk suçluluğu hem Türk hukukunda hem de uluslararası hukukta var olan bir gerçekliktir. Çocukluk ve ergenlik döneminde suçla karşı karşıya gelen bireyler için, literatürde “Juvenile Delinquency” olarak bilinen “reşit olmayan suçluluğu” kavramı kullanılmaktadır.¹² Kanun, suçla ilgisi kurulmuş çocukların soruşturma aşamasından başlayarak cezanın infazı aşamalarına kadar olan süreçte, hangi şekillerde muamele görüp destekleneceğini de düzenlemiştir. Çocuklardaki suç eğilimi,

¹⁰ Çocuk Koruma Kanunu <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5395.pdf> (Erişim Tarihi: 29.01.2022)

¹¹ ÇKK m. 6: “(1) Adli ve idari merciler, kolluk görevlileri, sağlık ve eğitim kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, korunma ihtiyacı olan çocuğu Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna bildirmekle yükümlüdür. Çocuk ile çocuğun bakımından sorumlu kimseler çocuğun korunma altına alınması amacıyla Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumuna başvurabilir.

(2) Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu kendisine bildirilen olaylarla ilgili olarak gerekli araştırmayı derhâl yapar.”

¹² Öğretir Özçelik, A. D. & Şengün Afşin, R. (2020). Suça Sürüklenen Çocuklar ile Suça Sürüklenmeyen Çocukların Algıladıkları Anne ve Baba Tutumları, Bağlanma Stilleri ve Benlik Algılarının İncelenmesi . *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi* , *TİHEK Akademik Dergisi / Şiddetin Önlenmesi Özel Sayısı* , 89-117, s. 90.

öncelikle çocuğun kendisi ve sonrasında gelecekte toplum güvenliğinin sağlanması hususlarında büyük önem arz etmektedir. Psikoloji biliminde, çocukların suçla tanışması ve suça sürüklenmesine ilişkin birçok kuram bulunmaktadır. Bireylerin bir şekilde toplum hayatına entegre olamaması ve toplumsal normlara aykırı davranışlarda bulunmaları, “anti sosyal davranış” olarak tanımlanmaktadır. Özellikle ceza hukuku alanına giren fiillere ilişkin anormal davranışlar, çocuk ve ergenlerin yaşamlarındaki bu aşamaları sağlıklı şekilde tamamlayamamasına ve sağlıklı bir ergenlik dönemine ulaşamamasına sebep olmaktadır.¹³ Bu harabiyetin suça sürüklenen çocuktaki etkilerini en aza indirmek ve çocuğun sağlıklı gelişimini tamamlayarak toplumsal hayata kazandırılmasını sağlamak, Kanun’un en temel amaçlarındandır.

Çocuk şüphelilere karşı, Kanun 18. maddede özel bir koruma sağlamıştır. En açık şekliyle, bu Kanun gereğince çocuklar üzerinde zor kullanılmaması, mümkün mertebe çocuklara kelepçe ve zincir gibi materyaller takılmaması düzenlenmiştir.

Kanun’un genel amacı olan çocuğun korunmasına ilişkin, birçok hususun üzerinde durulmuştur. “Koruyucu ve destekleyici tedbirler” başlıklı 5. maddede, çocukların korunması için danışmanlık tedbiri, eğitim tedbiri, bakım tedbiri, sağlık tedbiri ve barınma tedbiri düzenlenmiştir. Bunlar sırasıyla şu şekilde ele alınır:

Danışmanlık tedbiri, çocuğu yetiştirmekte olan kişilere izlemeleri gereken yolların gösterilmesini öngörmektedir.

Eğitim tedbiri, çocuğun öncelikle temel seviyede eğitim almasına ve sonrasında gelecekte meslek edinebileceği doğrultuda yetiştirilmesine yönelik tedbirlerden ibarettir.

Bakım tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olanların bu sorumluluğu yerine getirmekten kaçınması halinde Devlet’in bakım için gerekli önlemleri almasını düzenler.

Sağlık tedbiri, çocukların fiziksel ve psikolojik sağlığının korunması için gerekli tedbirlerin alınmasını ve bağımlı çocukların tedavi edilmesini öngörmektedir.

Barınma tedbiri, barınma imkânı bulunmayan çocuklara ve gerekli olması halinde hamile kadınlara barınma imkânı sağlanmasını düzenlemektedir.

¹³ Güler, M. (2010). Sosyal Psikoloji Bakış Açısından Çocuk ve Ergenlerde Suçlu Davranış Gelişimi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 89, 355-372, s. 357.*

“Acil korunma kararı alınması” başlıklı 9. madde, çocukların korunması gereken anormal bir durumun ortaya çıkması halinde, bu çocukların Devlet tarafından koruma altına alınması için ivedilikle korunma kararı alınmasını düzenlemektedir.

1.1.1.3. Türk Ceza Kanunu

26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹⁴, çocuk kavramını 18 yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlamaktadır. Kanun hükümleri uyarınca, suçun herhangi bir aşamasında çocuğun bulunması cezalandırmada büyük değişiklikler meydana getirmektedir. Çocuğun suçun faili veya mağduru olmasına ilişkin farklı kıstaslar bulunmaktadır.

Çocuğun mağdur olması hali, birçok suç tanımında cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bazı suçlarda ise, ki bunlar mağdur bakımından özgü suçlardır, mağdurun mutlaka çocuk olması aranır. Bu durumlarda suçun temel halinde mağdur çocuktur, ayrıca cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller ancak yaşın daha da küçük olması durumlarında uygulanır.

Failin çocuk olduğu hallerde ilk ele alınması gereken, böylesi hallerde müeyyidelerin oldukça farklılaşmasıdır. Yaş küçüklüğünün kusurluluğa etkisi, TCK m. 31’de¹⁵ düzenlenmiştir. Bu etki, üç aşamada incelenmiştir. Bunlar sırasıyla; 12 yaşını doldurmamış olan çocuklar, 12 yaşını doldurmuş olup 15 yaşını doldurmamış olan çocuklar ve 15 yaşını doldurmuş olup 18 yaşını doldurmamış olan çocuklardır. Yaş küçüklüğünde sınır 18 yaşın doldurulması olup, yaş büyüklüğüne ilişkin kusurluluğu etkileyen hal, akıl hastalığı olarak

¹⁴ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 12/10/2004 - 25611

¹⁵ TCK m. 31: “(1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

(2) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.

(3) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/5 md.) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz.”

değerlendirilmektedir. Suça sürüklenen çocukların, örneğin azmettirilmesi, cezayı arttıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmektedir.¹⁶

1.1.1.4. Ceza Muhakemesi Kanunu

4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu¹⁷, Türk ceza hukukunda muhakeme aşamasını düzenlemektedir. Bu anlamda CMK'nın ceza hukukunda uygulandığı aşama, suç şüphesi olduğu anda başlayıp suç konusu olayla ilgili kararın kesinleşmesine ve eğer başvurulursa karara ilişkin olağanüstü kanun yollarının kullanılması aşamasına kadar devam eden süreçtir.

CMK, yargılama sürecinde hem etkin soruşturma yürütülebilmesini hem de şüpheli / sanık ve mağdur haklarının korunmasını sağlamaktadır. Bu dengenin gözetilmesi için, kural olarak kişilere ayrıcalık tanınmamaktadır. Hal böyle olmakla birlikte, CMK çocuklara ilişkin birçok koruma sağlamaktadır.

TCK'da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar içerisinde tutuklama tedbiri öngörülen düzenlemeler açısından, kuvvetli suç şüphesi varlığını aramıştır. Bu durum benzeri düzenlemelerde de aynı şekilde olmakla birlikte, çocuğa karşı cinsel suçlarda CMK çocuğu koruyucu önlemler bulundurmaktadır. CMK m. 236/2 hükmü, suç nedeniyle psikolojisi zedelenmiş olan çocukların zorunlu bir hal bulunmadıkça tanık olarak yalnızca bir kez dinlenmesini öngörmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrasında, tanık çocukların psikolojik sağlığının korunması için, dinlenilmesi sırasında yanında uzman kişi bulunması gerektiğini düzenlemiştir.¹⁸ Yine 4. fıkrada, çocukların soruşturma konusu olayla ilişkilendirilmiş kişilerle karşı karşıya gelmek istemediği durumlarda, çocukların ifadelerine başka yerde başvurulacağını düzenlemiştir. Bizim açımızdan esasen önemli olan 5. fıkrada ise, çocuğun cinsel istismarı suçunun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haline maruz kalan mağdur çocukların, özel merkezlerde ve uzmanlar ile birlikte ifadesinin alınacağı düzenlenmiştir.

Tüm bu hususlar, CMK'da da çocuğun üstün yararı çerçevesinde düzenlemeler yapıldığını göstermektedir.

¹⁶ TCK m. 38/2: "... Çocukların suça azmettirilmesi halinde, bu fıkra hükmüne göre cezanın artırılabilmesi için üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı aranmaz."

¹⁷ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 17/12/2004 – 25673.

¹⁸ Uğurlu, Z. & Gülsen, İ. a. e., s. 18.

1.1.1.5. Türk Medeni Kanunu

Medeni hukuk açısından çocuk; ailenin zorunlu olmayan üyesi, doğum ile annesine ve farklı şekillerde babasına soy bağı ile bağlanan kişi, ebeveynlerinin birinci derece mirasçısı ve hakkı kanunla korunması gereken kişidir.

Çocuk doğduğunda, bu durumun nüfus memurluğuna bildirilmesi gerekir.¹⁹

Çocuk kavramı, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda²⁰, 18 yaşından küçük kişiler olarak belirlenmiştir. Bu durumda, kişinin sağ ve tam doğumu ile başlayan çocukluk dönemi²¹, 18 yaşını doldurana kadar devam etmektedir. Erginlik denilen kavram, kişinin yaş veya fikir ile belirli bir olgunluğa erişmesidir.²² TMK m.11 uyarınca, “Erginlik onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.” denilmiştir. Çocuk tanımı bu şekilde yapıp, Kanun'un farklı kısımlarında çocuklara ilişkin birçok düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerde esas alınan temel unsur, çocuğun korunmasını sağlamaktır. Bu husus, TMK m. 305'te “küçüğün yararı” ve TMK m. 346'da “çocuğun menfaati” kavramları ile gösterilmiştir.²³ Çocuğu yetiştirmekle sorumlu olan ana ve baba olsa da Kanun gerekli hallerde çocukları ebeveynlerinden koruyan önlemler de öngörmüştür. Öyle ki, çocuğun yararı veya fizyolojik ve psikolojik gelişmesinin tehlikeye düşmesi hallerinde, ana ve babanın kusuru olmaksızın da çocuğu koruyucu önlemler alınabilmektedir.²⁴ Ana ve babanın boşanması halinde²⁵, evlat

¹⁹ Serozan, R. (2015). a. e., s. 489.

²⁰ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 8/12/2001 - 24607

²¹ TMK m. 28/1: “Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar...”

²² Aydos, O. S. (2020). *Pratik Medeni Hukuk*. Ankara: Gazi Kitabevi, s. 36.

²³ Demir, R. (2019). Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2*, 271-303, s. 276.

²⁴ Kapancı K. B. ve Başoğlu, B. (2016). Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 1*, 347-364, s. 351.

²⁵ TMK m. 169: “Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, ... çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır.”, TMK m. 254/2: “Eşlerin aile konutunda kimin kalmaya ve ev eşyasını kimin kullanmaya devam edeceği konusunda anlaşamamaları hâlinde, ... varsa çocukların menfaatlerini göz önünde bulundurarak bu hakka hangisinin sahip olacağına iptal veya boşanma kararıyla birlikte re'sen karar verir; ...”

edinmelerde²⁶, çocuğun soy bağı, eğitimi ve yetiştirilmesi hususunda²⁷, velayet hususunda²⁸, çocuğa ait miras ve mal varlığı haklarının bulunması hallerinde²⁹ ve benzeri birçok durumda; çocuğun üstün yararının gözetildiği ve koruma altına alındığı görülmektedir.

1.1.1.6. Diğer Düzenlemeler

Türk hukukunda yürürlükte olan, çocuklara ilişkin en temel hukuki düzenlemeler yukarıda gösterilmiştir. Çocuklarla ilgisi bulunan başka düzenlemeler de bulunmaktadır ki, çalışmanın kapsamı açısından bunlara da değinmek gerekmektedir. İlgili düzenlemeleri sırasıyla ele almak yerinde olacaktır.

1.1.1.6.1. Çocuk Mahkemelerinin Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler

Çocuk Mahkemelerinin kurulmasını düzenleyen kanun, 6/11/1981 tarihli ve 2552 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'dur³⁰. Kanun'un yapılışı, suça sürüklenen çocukların erginlerden farklı şekilde yargılanmasını amaçlamıştır. Bu anlamda, çocukların özel muameleye ve yargılanma ortamına tabi tutulmaları sağlanmaya çalışılmıştır. Kanun'un öznesi özellikle suça sürüklenmiş çocuklar olduğundan, ilgili çocukların karıştıkları suçlar nedeniyle zarar gördükleri kabul edilmiştir. Bu nedenle, suça sürüklenmiş çocukların yargılanması için özel bir mahkeme kurulması gereği görülmüştür.

²⁶ TMK m. 305/2: "Evlât edinmenin her hâlde küçüğün yararına bulunması ve evlât edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi de gerekir."

²⁷ TMK m. 324: "Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür. Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler ya da diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir. Velayet kendisine bırakılan ana veya baba, kişisel ilişki düzenlemesinin gereklerini yerine getirmese çocuğun menfaatine aykırı olmamak kaydıyla velayet değiştirilebilir. Bu husus kişisel ilişki kurulmasına dair kararda taraflara ihtar edilir."

²⁸ TMK m. 337/2: "Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir." TMK m. 339/1: "Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar.", TMK m. 346: "Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır."

²⁹ TMK m. 352/1: "Ana ve baba, velâyetleri devam ettiği sürece çocuğun mallarını yönetme hakkına sahip ve bununla yükümlüdürler; kural olarak hesap ve güvence vermezler.", TMK m. 360/1: "Ana ve baba, çocuğun mallarını yönetmekte her ne sebeple olursa olsun yeterince özen göstermezlerse hâkim, malların korunması için uygun önlemleri alır."

³⁰ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 10/11/1981 – 17510.

Öyle ki, bu mahkemelere seçilecek hakimlerin 30 yaşını bitirmiş olmaları ve çocuk sahibi olmaları gerektiği düzenlenmiştir. Böylece, başkan ve üye hakimlerin çocuklara karşı daha anlayışlı yaklaşacağı kabul edilmelidir.

Kanun'da, çocukların işlediği suçlara karşılık gelecek güvenlik tedbirleri ve cezaların hangi şekillerde uygulanacağı ve diğer usuller de gösterilmiştir. Bunlardan başka, duruşmaların gizliliği, küçüklerin yaş kistaslarına göre müeyyidelerin uygulanma şekilleri de Kanun'da gösterilmiştir.

Bu Kanun, 2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 48. maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır. Kaldırılana kadar Kanun, çocukların ayrıcalıklı statüsüne büyük katkıda bulunmuştur. Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da bulunan düzenlemeler, günümüzde yürürlükte olan Çocuk Koruma Kanunu'nun kapsamı içerisinde kalmaktadır.³¹

1.1.1.6.2. Sosyal Hizmetler Kanunu

24/05/1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu³², eski adıyla “*Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu*”, yardım ve bakım ihtiyacı olanların korunması amacıyla yapılacak iş ve işlemleri düzenlemektedir. Yardım ve bakım ihtiyacının öznesi; yaşlılar, engelliler, ekonomik veya sosyal problemleri nedeniyle yardıma ihtiyaç duyacak hale gelmiş kişiler ve elbette çocuklar olmaktadır. Bu kapsamda, toplumda desteğe ihtiyaç duyan bireylerin sosyal devlet eliyle ihtiyaçlarının giderilmesi sağlanmaktadır.

Çocuklara ilişkin geniş içeriği bulunan Kanun; çocukların 12 yaşını doldurana kadar kalabilecekleri çocuk yuvalarının işleyişini, 13 yaşını doldurmuş olup 18 yaşını doldurmamış olan çocukların eğitim ve meslek edinme sürecini de kapsayan yetiştirme yurtlarının işleyişini ve ana-babasız kalmış veya ebeveynlerince ihmal edilmiş çocukların sağlıklı gelişiminin sağlanmasını düzenlemektedir. Bunlardan başka, 0-6 yaş aralığında bulunan çocukların ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulmuş yatılı olmayan gündüz bakım evleri ve kreşlerin işleyişi de bu Kanun ile düzenlenmiştir.

³¹ ÇKK m. 2: “*Bu Kanun, ... çocuk mahkemelerinin kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin hükümleri kapsar.*”

³² Resmi Gazete Tarih – Sayı: 27/05/1983 - 18059

Kanun, adından da anlaşıldığı üzere, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Devlet'in nitelikleri arasında gösterilen "sosyal devlet" sıfatını tamamlamaktadır. Bu Kanun'da çocuklara ilişkin oldukça geniş koruyucu önlemler öngörülmüş, çocukların sağlıklı fizyolojik ve psikolojik gelişimini sağlamak amaçlı hükümler konulmuştur.

1.1.1.6.3. Çocuk Destek Merkezleri Yönetmeliği

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın 2015 tarihinde çıkardığı Yönetmelik³³, en genel şekilde çocukların suça karşı karşıya gelmesini önlemeyi amaçlamaktadır. Amaçlar; suça sürüklenen, suça sürüklenmesi muhtemel olan ve suç mağduru olan çocukların psikososyal olarak desteklenmesidir. Çocuklara uzman kadrolarla destek verilerek, sağlıklı gelişimleri sağlanmaktadır.

Bu Yönetmelik de sosyal devlet ilkesinin bir tezahürü niteliğinde olup çocuğun üstün yararını öncelemiştir.

1.1.2. Uluslararası Düzenlemeler

Tarihin akışı boyunca, uluslararası sözleşmelerin çocuklara ilişkin kısımlarına birçok kez rastlanılmıştır. Hal böyle olmakla birlikte, doğrudan çocukların korunmasını amaçlayan sözleşmeler nispeten daha geç gündeme alınmıştır. Doğrudan çocuklara ilişkin sözleşmeler yapılmasında, I. ve II. Dünya Savaşları'nın büyük etkisi olmuştur. Zamanla teknolojinin gelişmesi ve haberleşme imkanlarının artması ile uluslararası toplum, olumsuz durumlarda çocukların düştükleri zorlukları daha iyi tahlil edebilmiştir. Böylelikle, çocuklar hakkında birçok koruyucu metin oluşturulup devletlerce imzalanmıştır. Bunlardan en önemlilerini, sırasıyla ele alacağız.

³³ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 29.03.2015 – 29310.

1.1.2.1. Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi

Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi (Geneva Declaration of the Rights of the Child), uluslararası alanda çocuk hakları üzerine yapılmış ilk bildirimdir. 1924 tarihli Bildiri, esasında Birinci Dünya Savaşı'nın etkilerini taşımaktadır. Bildiri metni³⁴, genel itibariyle çocuğun korunması ve barınması için gerekli imkanların sağlanması üzerinedir. Birinci Dünya Savaşı sırasında savaş hukukuna ilişkin birçok kuralın yok sayılması, çocukların da savaş mağduru olması, yer yer çocukların canlı kalkan olarak kullanılması, birçok çocuğun açlık veya hastalık nedeniyle ölmüş olması, Bildiri'nin düzenlenmesinde büyük etki oluşturmuştur.

Cenevre Bildirisi, her şeyden önce tüm çocukların eşit olduğunu belirtmektedir. Bildiri; çocuğun gelişimi için maddi manevi imkanların sağlanması, aç çocukların doyurulmasını, hasta çocukların bakımının yapılmasını, zor durumlarda yardımların ilk öncelikle çocuklara yapılmasını, çocuklara eğitimin sağlanması, çocukların geçimlerinin sağlanması ve sömürülmelerinin önlenmesini düzenlemiştir.

Bildiri, ülkemiz adına 1931'de bizzat Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal Atatürk tarafından imzalanmıştır.

1.1.2.2. Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu (UNICEF)

UNICEF, çocuklara yardım amacıyla 1946 yılında “Birleşmiş Milletler Uluslararası Çocuklara Acil Yardım Fonu” adıyla kurulmuştur. Bu tarihten itibaren devam eden faaliyetlerinde, zor durumda bulunan çocukların sağlığı ve eşitliği için birçok çalışma yapılmıştır. 1953 yılında, BM tarafından UNICEF hakkında sadece acil durumlarda değil sürekli olarak çalışması ve faaliyet göstermesi kararı verilmiştir.³⁵ Daha sonraları eğitim faaliyetlerini de çalışmaları kapsamına alan UNICEF, dünyanın 190 ülkesinde çocuklar için çalışmaktadır. Günümüzde UNICEF, ülkemizde de aktif olarak programlarını sürdürmeye devam etmektedir.

³⁴ Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924 - UN Documents: Gathering a body of global agreements (un-documents.net) (Erişim Tarihi: 28.01.2022).

³⁵ UNICEF Tarihçesi (Çevrimiçi) <https://www.unicefturk.org/yazi/tarihce> (Erişim: 04.03.2022)

1.1.2.3. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

1948 yılında Bildiri, BMGK tarafından kabul edilmiştir. Bildiri, esas itibariyle temel hak ve özgürlüklerin genel bir çerçevede bir araya getirilmesinden ibarettir. Bu Bildiri, II. Dünya Savaşı'nın yıkıcı etkileri sonrasında hazırlanmıştır. Savaşta özellikle Nazilerin uyguladığı ayrımcılık ve üstün ırk politikaları, toplumlara eşitlik çağrısı yapma gereği uyandırmıştır. Yayınladığı dönemde yüzlerce dile çevrilip yayılması sağlanmıştır. Dolayısıyla, temelinde çocuk haklarına ilişkin düzenlemeler bulunmamaktadır. Böyle olmakla birlikte, insan haklarından söz edilirken çocuk haklarına da değinilmiştir. Bildiride çocuklara ilişkin düzenlemeler, 25. ve 26. maddelerde bulunmaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi m. 25, genel itibariyle taraf devletlere birer “sosyal devlet” kimliği kazandırmayı amaçlamıştır. Bu anlamda, ilk fıkrada kalem kalem sayılanlardan anlaşılması gereken, herkesin insanca yaşamaya hakkı olduğudur. 2. fıkrada ise, konumuzla ilgili olan, çocuklara özgü düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, tüm ana ve çocukların korunmaya ve bakıma hakkı olduğu düzenlenmiştir. Dönemin gerekleri ve ahlaki kaygıları da göz önüne alınarak, “*Bütün çocuklar, evlilik içinde veya dışında doğsunlar...*”³⁶ şeklinde kapsayıcı bir kavram da eklenmiştir.

Bildiri'nin 26. maddesi, genel itibariyle öğretim hakkını ele almaktadır. Bu maddede dikkati çeken, fırsat eşitliğinin sağlanması gereğidir. İlköğretim zorunlu tutulmuş, bu noktadan yüksek öğretime liyakatleri düzeyinde erişim, herkes için hak olarak gösterilmiştir. Çocuklarla doğrudan ilgili olan kısım, 3. fıkrada düzenlenmiştir. Buna göre, ebeveynler çocuklarının eğitimini yönlendirme gücüne sahip kılınmıştır. Öyle ki, taraf devletlerin öngördüğü eğitim şekli ile ebeveynlerin uygun gördüğü eğitim şekli uyuşmazsa, ebeveynlerin isteği öncelikle uygulanacaktır.

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, ülkemizde Bakanlar Kurulu'nun kararıyla Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.³⁷

³⁶ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (Çevrimiçi) <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf> (Erişim: 23.01.2022)

³⁷ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 27/5/1949 – 7217.

1.1.2.4. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi

BM Çocuk Hakları Bildirgesi, doğrudan çocuk haklarına ilişkin yapılmış ikinci uluslararası sözleşmedir. 1959 tarihli Bildirge³⁸, on temel ilkedен oluşmaktadır. BM'nin kurulmasının ardından, Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi'nde sayılan hususlarda, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi temellerine göre düzenleme yapılması gereği görülmüştür. Görülen lüzum üzerine hazırlanan tasarı, BM Genel Kurulu'nda kabul edilmiştir.³⁹

Bildirge'de sayılan ilkelerde; çocukların eşitliği, korunma ve barınma hakları, çocukların sevgiye ve özel yardıma hakları olduğu, çocukların zor durumlarda yardıma ilk öncelikli olarak hak sahibi olduğu, çocukların sömürülmesinin önüne geçilmesi ve her türlü ayrımcılıktan korunmaları düzenlenmiştir.

Bildirge, Türkiye Cumhuriyeti'nin de aralarında bulunduğu üye devletlerden alınan görüşler neticesinde, oy birliğiyle kabul edilmiştir.

1.1.2.5. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme

Çocuk hakları için temel teşkil eden Sözleşme, 1989 yılında düzenlenmiştir. Tüm düzenlemeler arasında en kapsamlı, en çok taraf devlet bulmuş ve en çok fikir birliğine varılmış sözleşme, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'dir. Öyle ki, bu sözleşme için “Çocukların Magna Carta'sı”⁴⁰ denilmektedir.

Sözleşme içeriğinde çocuk tanımı, ilk maddede yapılmıştır. Düzenleme şu şekildedir;

*“Madde 1 - Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.”*⁴¹

Bu Sözleşme, taraf devletlerin iç hukuklarında Sözleşme'de öngörülenden daha ileri haklar tanınmasına engel değildir. Öyle ki, iç hukuk düzenlemesi daha geniş haklar tanıyorsa,

³⁸ BM Çocuk Hakları Bildirgesi (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/cocuk-haklari-bildirgesi/279451/Birle%5%9fmi%c5%9f+Milletler+%c3%87ocuk+Haklar%c4%b1+Bildirgesi> (Erişim: 04.03.2022).

³⁹ Akyüz, E. (2020). *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması (7. Baskı)*. Ankara: Pegem Akademi, s. 44.

⁴⁰ Yelboğa, N. (2019). Çocuk Hakları Bağlamında Cinsel İstismarın İncelenmesi. *Sosyal Çalışma Dergisi, Sayı 2*, s. 214.

⁴¹ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme <https://www.unicef.org/turkey/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>, (Erişim: 28.01.2022)

bu düzenlemeler öncelikle uygulanır. Sözleşme’de temel unsurlar; çocuğun yaşam hakkının korunması, çocuğun gelişimi için yeterli imkânın taraf devletlerce sağlanması, çocuğun ailesiyle yaşamaktan alıkonmaması v.s. olmuştur.⁴²

Sözleşme’nin temeli, çocuğun üstün yararı çevresinde şekillenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti, 14.09.1990 tarihinde Sözleşme’ye imza koymuş ve 09.12.1994 tarihinde ihtirazi kayıt ile onaylamıştır. Sözleşme Resmî Gazete’de⁴³ yayımlanmış, 04.05.1995 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti açısından da yürürlüğe girmiştir.

1.1.2.6. Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması (Lanzarote) Sözleşmesi

Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunmasına Dair Lanzarote Sözleşmesi, 2007 tarihinde imzaya açılmıştır.

Sözleşme içeriğinde en temel unsurlar; çocukların cinsel dokunulmazlığının koruma altına alınması, mağduru çocuk olan cinsel suçlarda etkin soruşturma yürütülmesi ve mağdur çocukların hukuki haklarının sağlanmasıdır. Sözleşme, çocuğun üstün yararı çevresinde şekillenmiştir. Bu anlamda devlete yüklenen sorumluluklar; henüz düşünsel olgunluğa erişmemiş çocuklara zarar verecek cinsel yönelimlerin suç sayılması, çocukların yaşları göz önüne alınıp kandırılmalarının önüne geçilmesi ve bu hususta adil bir yargı sisteminin kurulmasıdır. Sözleşme ile, çocukların cinsel yönden sömürülmesinin ve çocuk seks turizminin önlenmesi amaçlanmıştır.⁴⁴

İnternet çağında çocukların korunması için ek önlemler içeren Sözleşme’ye, Türkiye Cumhuriyeti de taraf olmuştur. Türkiye Cumhuriyeti açısından Sözleşme, Resmî Gazete’de⁴⁵ yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴² Öztürk, G. (2017). *Birleşmiş Milletler Sözleşmelerinde İnsan Haklarının Bireysel Başvuru Usulü Yoluyla Korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 203.

⁴³ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 11.12.1994 – 22138.

⁴⁴ Yenerer Çakmut, Ö. (2016). Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış. *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı 1*, s. 39.

⁴⁵ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 10.09.2011 – 28050.

2. Cinsellik ve Cinsel Suç Kavramları

Cinsellik, insan olmanın getirdiği doğal bir kavramdır. Cinselliğin amacı ve sonucu olan üreme / çoğalma, insan türünün devamlılığını sağlamaktadır. Türlerin devamlılığı için her varlıkta bulunan cinsel güdüler, insanlarda da bulunmaktadır. Cinsel davranışların çoğunluğu, karşı cinsler arasında gerçekleşmektedir. İnsandaki türünü devam ettirme güdüsünün doğal sonucu, karşı cinsle ilgi duymaktır. Elbette, farklı cinsel eğilimlerin varlığı da yadsınamaz bir gerçekliktir. Böyle olmakla birlikte, aynı cinsiyette kişiler arasındaki ilişkiler için ayrı bir başlık açmak, çalışmanın kapsamını aşacaktır.

Toplumların ahlaki yargıları, cinsel yaşama özel bir yer vermiştir. Kimi toplumlarda cinsellik daha çok dile getirilirken, kimi toplumlarda hakkında konuşulması yanlış kabul edilmektedir. Bu yargılar toplumdan topluma farklılık gösterse de genel bir hassasiyetin olduğu inkâr edilemez bir gerçekliktir. Bu nedenle, aile yaşamı içerisinde ebeveynler mutlaka cinsel eğitim vermelidirler. Modern eğitim sistemlerinde cinsel eğitimler verilerek bireylerin sağlıklı gelişimi sağlanmaktadır.

2.1.Cinsellik Kavramına Hukuki Bakış

Cinsellik, hukukçularca başlangıçta ahlaki ve toplumsal bir husus olarak ele alınmıştır. Zamanla kişilik haklarının ön plana çıkması ile birlikte, herkesin cinsel hayatı ile ilgili kararları kendisinin vermesi gerektiği fikirleri ortaya atılmıştır. Bu fikirler, cinselliğe tamamen ahlaki ve geleneksel yönden bakan toplumlar için sarsıcı bir etki yaratmıştır. Bu görüş gitgide daha da benimsenmiş, öyle ki, cinsel suçlarda korunan hukuki yararın “cinsel özgürlük” sayılması sağlanmıştır.⁴⁶ Bu değişimin Türk hukukundaki görünümü, 765 Sayılı TCK ile 5237 Sayılı TCK arasında apaçık ayırt edilebilmektedir. Eski Kanun’da cinsel suçlar “*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler*” başlığında düzenlenirken, 5237 Sayılı TCK’da cinsel suçlar “*Kişilere Karşı Suçlar*” başlığında düzenlenmektedir. Bu değişiklikte, cinsel suçların ahlak ve aile düzenine karşı değil, mağdurun cinsel özgürlüğüne karşı işlendiği Kanun Koyucu tarafından tescillenmiştir.⁴⁷

⁴⁶ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M. (2021). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (19. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 399.

⁴⁷ Tuğrul, A.C. (2013). *a. e.*, s. 39.

Cinsel özgürlük, herkesin cinsel davranış ve ilişkilerinde kendine özgü davranabilmesini sağlamaktadır. Herkes, cinsel özgürlüğünü dilediği gibi yönlendirebilmektedir. Elbette cinsel davranışlar sırasında, münasebet kurulan kişilerin cinsel özgürlüğünü ihlal etmemek gerekir. Bu nedenle, cinsel davranışlar ancak karşılıklı rıza ile olursa hukuka uygun olurlar. Cinsel hayatın özgürce yaşanması, toplumsal kuralların tamamen yok sayılması anlamına gelmemektedir. Bu durum, cinsel özgürlüğün sınırlarıyla ilgili tartışmalara yol açmıştır. Özellikle reşit olmayan kişilerin cinsel ilişkiye gösterdiği rızanın hukuken geçersiz görülmesi, özgürlüğün kısıtlandığı yönünde eleştirilere neden olmuştur.⁴⁸

2.2. Cinsel Suç Kavramı

Cinsel suç kavramı, suçun koruduğu hukuki değere göre farklı anlamlara gelecek şekilde evrilmiştir. Uzun bir süreç boyunca cinsel suç, ahlaki ve aile hayatını bozacak cinsel davranışlar olarak algılanıp kanunlaştırılmıştır. Eski Kanun'da görülen birtakım düzenlemeler ve bunların 5237 Sayılı TCK'daki güncel halleri, bu durumu yansıtmaktadır.

765 Sayılı TCK'nın 423. maddesinde 15 yaşını doldurmuş bir kızla evlenmek vaadiyle cinsel ilişkiye girilmesi halinde, cinsel ilişki sonrası eğer evlenme gerçekleşirse cezanın ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Apaçık görüldüğü üzere, reşit olmayan çocukla girilen cinsel ilişkinin evlenilerek suç olmaktan çıkarılması, tamamen toplumsal kabullerin sonucudur. Bu durum, kanunların yapılış amacına tamamen aykırıdır. Günümüzde yürürlükte olan 5237 sayılı TCK'da aynı fiil, şikâyet üzerine, mağdurun rızası olup olmadığına bakılmaksızın cezalandırılmaktadır. Bu noktada, kanunların toplumun evrildiği yöne göre şekillendiğinden söz etmek gerekir. İletişim teknolojisinin gelişmesi ve zamanın değişmesi ile, Türk toplumu hem kanunların hükümlerinden daha doğru haberdar olabilmiş hem de bu düzenlemelerin çağ dışı olduğunu dile getirebilmiştir. Modern ceza hukukunun geldiği nokta, suç teşkil eden fiilin sonradan yapılacak bir işlemle suç olmaktan çıkmasına izin vermemektedir. Bu aşamada, etkin pişmanlık ve gönüllü vazgeçme gibi nedenleri ele almak gereklidir. Bu gibi nedenlerin genellikle suçta indirim sebebi teşkil edeceği, cezayı kaldıran şahsi sebep olabileceği ya da suçun tamamlanmasını engelleyici hamlelerde bulunmayı gerektirdiği görülecektir. Şu kadar ki, etkin pişmanlık bazı istisnai hallerde fiili yine suç olmaktan çıkarmayıp cezayı kaldıran şahsi sebep olabilmektedir. Kaldı ki yukarıda verilen örnek incelenirse, burada öngörülen evlenme

⁴⁸ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., a. e., s. 399.

ile suçun ortadan kaldırılması hususu, hukuken korunsa dahi ahlaka aykırılık teşkil edecektir. Günümüzde her yargı mensubunun mesleğe başlarken ettiği yeminlerde; hukuka, ahlaka, hakkı gözeteyeceğine, tarafsız olacağına ilişkin ibareler bulunmaktadır. Her ne kadar yargı mensubu olan hukuku uygulayan bir unsur olsa da yargı mensuplarının vicdani kanaatlerine kanunlarla ket vurulması doğru olmamıştır. Eski Kanun dönemi toplumun genel kabullerini yansıttığından, reşit olmayanla girilen cinsel ilişkilerde, mağduru toplumsal baskılarla evlenmeye zorlayarak “uzlaşıldığı” görülmüştür. Bu durumun mağduru kişilik haklarına bir saldırı oluşturduğu ve mağduru fail ile en az 5 yıl evli kaldığı göz önüne alındığında, hukukun böylesi bir gidişatı “ahlak” ve “toplumsal düzen” adına devam ettirmesini beklemek mümkün değildir. Kaldı ki, bu şekilde de devam etmemiş, 5237 Sayılı Kanun’un yapılış sürecinde kişi hak ve özgürlükleri ön plana alınarak bu olumsuz gidiş sonlandırılmıştır.

Cinsel suç, bir kişinin, başka bir kişiye ait cinsel özgürlük alanını rızası dışında veya hukuka aykırı olacak şekillerde işgal etmesi ile meydana gelir. Bu durumda, işlenen fiilin yürürlükte olan ceza kanunundaki karşılığı olan suç tipi oluşmuş olur. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmiştir. Böylece, herkesin cinsel özgürlüğü kanunun koruması altına alınmıştır.

3. Rızai Ehliyet Kavramı ve Türk Hukukundaki Durum

Çocukların cinsel gelişimleri, bireysel olarak değişiklikler gösterebilmektedir. İstisnalar bulunmakla birlikte, cinsellikle ilgili fiziksel değişiklik ve gelişimler kız çocuklarında 8-13 yaşlarında, erkek çocuklar için 9-15 yaşlarında yaşanmaktadır. Bu yaş aralığında çocuklar, cinsiyetleriyle ilgili belirli bir anlayışa varıp karşı cinse romantik ilgi duyma aşamalarına gelebilmektedir.⁴⁹ Toplumlardaki suç ve ceza düzenlemeleri açısından, rızai ehliyet kavramının açıklanması gerekmektedir. Kavramın açıklanmasının ardından, Türk hukukundaki durum ve kıstaslar ele alınacaktır.

⁴⁹ Dilci, T. (2014). *Gelişim Psikolojisi*. İstanbul: İdeal Kültür Yayıncılık, s. 151.

3.1. Rızai Ehliyet Kavramı

Rızai ehliyet kavramı, bir bireyin kendisine uygulanacak cinsel davranışlara rıza gösterebilmesi için sahip olması gereken özellikleri ifade etmektedir. Rızai ehliyete sahip olmak için, kişinin öncelikle medeni hukukta sayılan ehliyet unsurlarını taşıması gereklidir. Bu unsurlar her ülkenin kanunlarında farklılık gösterebilmektedir. Ancak birtakım unsurlar, genel unsur olarak kabul edilmektedir. Buna göre, öncelikle kişi mümeyyiz olmalıdır. Ayırt etme gücü de denilen unsur, kişinin iyiyi kötüden ayırabilmesidir. Genel unsurların ikincisi, ergin olmaktır. Çoğunlukla 18 yaş kabul edilen ergin olma yaşı, genelde cinsel ilişki boyutuna varan cinsel davranışlara da rıza gösterme yaşı olarak düzenlenmiştir.

Cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı, farklı toplumlarda farklı genellere tabidir. Hukuki düzenlemeler toplumların yansıması olduğundan, ceza kanunlarının cinsel suçlarda yaş kıstasına ilişkin kısımları da genel kabullere göre şekillenmektedir. Hal böyle olmakla birlikte, bazı toplumlarda devam eden geleneksel görüşlerce cinsel davranışlara rıza yaşı oldukça erken kabul edilmektedir. Bu noktada söz konusu çocuklar olduğundan, uluslararası toplum bu duruma sessiz kalmamalıdır. Özellikle kız çocuklarına yapılan baskı, çocuk gelinlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu durumlarda yer yer hem erkek hem de kız çocuğun evlendirildiği görülse de çoğunlukla kız çocukları kendilerinden yaşça çok büyük kişilerle evlendirilmektedir.

3.2. Türk Hukukundaki Durum

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, cinsel suçlar açısından yaş anlamında dörtlü bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre; 12 yaşını doldurmamayan çocuklar, 12 yaşını doldurup 15 yaşını doldurmamayan çocuklar, 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamayan çocuklar ve reşit olanlar olarak sınıflandırma bulunmaktadır.

12 yaşını doldurmamayan çocukların, Türk Ceza Hukuku açısından cinsel davranışlara ilişkin rıza göstermesi mümkün değildir. Bu yaş grubundaki çocukların fiziksel ve ruhsal gelişimi henüz tamamlanmadığından, bu grup kanunların kati korumasına tabi tutulmuştur.

Dolayısıyla, 12 yaşını doldurmamayan çocuklara yönelik cinsel suçlar, daha ağır şekilde cezalandırılmaktadır.⁵⁰

12 yaşını doldurup 15 yaşını doldurmamayan çocuklar, yine rızai ehliyete sahip değillerdir. Bu yaş grubundaki çocukların fiilleri anlama ve algılama yetenekleri, 12 yaşını doldurmamayan çocuklara göre gelişmiş durumdadır. Gerek kendilerine yönelen fiillerin amacını anlama, gerek kendini savunma anlamında bilişsel yeteneği gelişmiş olan bu gruptaki çocuklar da Kanun'un korumasına tabidir.⁵¹ Bu grup ile 012 yaşını doldurmamayan çocukların ceza hukuku açısından tek ayrımı, aynı suçun mağduru olmaları halinde, 12 yaşını doldurmamayan çocuklara karşı işlenen fiillerin cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal sayılmasıdır.

15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamayan çocukların anlama ve algılama yeteneklerinin geliştiği, doktrinde de kabul görmektedir. Kanun Koyucu, bu yaş grubundaki çocukların cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlara göstereceği rızayı geçerli kabul etmektedir. Bu rıza boyutu, doktrinde karşılıklı tartışmalara yol açmıştır. Kimileri bu rızanın cinsel ilişkiyi de kapsayacak şekilde genişlemesinin uygun olacağı görüşündeyken, kimileri ise bu yaş grubunun da her türlü cinsel davranıştan korunması ve rızalarının geçersiz olması gerektiği görüşündedir. Bu hususta bizim görüşümüz, Kanun Koyucu ile kısmen paraleldir. Kabul edilmelidir ki, 15 yaşını tamamlamış olup ayırt etme gücü de yerinde olan çocuklar, belirli bir cinsel olgunluğa erişmiş olurlar. Şu hâlde, bize göre 15 yaşını tamamlamış olan çocukların cinsel davranışlara karşı kabul edilen rızaları ile TMK'daki evlenme yaşı kıstasları birbirleri ile paralel gözükmemektedir. Bilindiği üzere, TMK uyarınca, 17 yaşını dolduran erkek veya kadın evlenme hakkına sahiplerdir. 16 yaşında evlenmek ise, ancak olağanüstü hallerde mahkeme kararı ile mümkün olabilmektedir. Sonuç itibarıyla, her ne kadar TMK 16 yaşını doldurmuş çocuklara olağanüstü hallerde de olsa evlenme hakkı tanırken, TCK 17 yaşını doldurmuş çocukların cinsel ilişkilerinde özgür olmasının önüne geçmektedir. Şu hâlde, 16 yaşındaki bireyle evlendiği halde, evliliğin doğal bir sonucu olarak cinsel birliktelik kuran eş, TCK açısından fail sayılmaktadır. Bu hususta gerekli tartışmalar, ikinci bölümde yapılacaktır.

⁵⁰ TCK m. 103/1-c.3: "...Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz."
, TCK m. 103/2-c.2: "...Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz."

⁵¹ TCK m. 103/1-a: "...Cinsel istismar deyiminden; (1)

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, ... anlaşılır."

18 yaşını tamamlamış bireyler, Türk hukuku açısından ergin sayılmaktadır. Bu durumda birey, başka bir engel yoksa, kendisi hakkındaki kararları vermek için ehliyetli kabul edilmektedir. Pek tabii ki, kendisine uygulanacak cinsel davranışlar ve karşılıklı cinsel ilişkiye rıza gösterme hakkı, artık bireyin kendisinde olacaktır.

4. 765 Sayılı Kanun ve 5237 Sayılı Kanun'da Benzer Suç Tipleri ile Karşılaştırılması

Reşit olmayanla cinsel ilişki, kanunlarımızda farklı şekillerde cinsel suçlar arasında değerlendirilmiştir. Cumhuriyet sonrası Türk ceza hukuku sistemi, başlangıçtan bu yana çocukları koruma sorumluluğunu esas alarak düzenlemeler yapmıştır. Hem 765 sayılı TCK hem de 5237 sayılı TCK, reşit olmayanla cinsel ilişki kurulmasını suç saymışlardır. Dolayısıyla, bu sistemi oluşturan iki kanunu ayrı ayrı ele almak yerinde olacaktır.

4.1. 765 Sayılı Kanun'da Benzer Suç Tipi ile Karşılaştırılması

1/3/1926 tarih 765 sayılı Türk Ceza Kanunu⁵², 4/11/2004 tarih ve 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun⁵³ yayınlanana kadar yürürlükte kalmıştır. Bu süreç boyunca, diğer her suç gibi cinsel suçlar da Eski TCK'nın düzenlemeleri doğrultusunda cezalandırılmıştır.

Eski TCK'da cinsel suçlar, Sekizinci Bab'da "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlığı altında düzenlenmekte idi. Birinci Fası'nda, "Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Taarruz Edenler" kısmındaki suç maddelerinin konumu, korunan hukuki değerin belirlenmesi açısından oldukça önemlidir. Bu halde, Eski TCK döneminde cinsel suçlara ilişkin düzenlemeler ile korunan hukuki değerin toplumsal düzen olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Eski TCK'da cinsel suçlar, 414 - 428 maddeleri aralığında düzenlenmiştir. Buradaki düzenlemeler, sırasıyla şu şekildedir:

m. 414, Mefruz Cebirle Irza Geçme; m 415, Mefruz Cebirle Irz ve Namusa Tasaddi; m. 416, Cebren Irza Geçme, Cebren Irza Tasaddi, Reşit Olmayan Onbeş Yaşını Bitirmiş

⁵² Resmi Gazete Tarih – Sayı: 13/3/1926 – 320.

⁵³ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 13/11/2004 – 25642.

Küçüklerle Rızaen Cinsi Münasebet; m. 417, Şahsa Bağlı Ağırлатıcı Sebepler; m.418, Fiile Bağlı Ağırлатıcı Sebepler; m. 419, Hayasız Hareketler; m. 420, Fuhuş Maksadı ile Kadın Oynatmak; m. 421, Söz Atma ve Sarkıntılık Cürümleri; m. 422, Kadın Kıyafetiyle Kadınların Bulunduğu Yerlere Girmek; m. 423, Evlenme Vaadi ile Kızlık Bozma; m. 424, Manevî Tazminat, m. 425, Koğuşturma Usulü, Takibi Şikayete Bağlı Suçlar; m. 426, Müstehcen Hareketler; m. 427, Müstehcen Şey Yazma ve Yayınlama; m. 428, Müstehcen Şarkı Söyleme, Haysiyet Kırıcı Şekilde Matbua Satışı.

Eski TCK'da, yürürlükte olan TCK'da bulunduğu gibi çocuklara karşı cinsel suçları içeren düzenlemeler bulunmaktadır. Bu maddeler arasında, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile benzeşen bir düzenleme de bulunmakta idi. 765 sayılı TCK'nın "*Cebren Irza Geçme, Cebren Irza Tasaddi, Reşit Olmayan Onbeş Yaşını Bitirmiş Küçüklerle Rızaen Cinsi Münasebet*" başlıklı 416. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir;

*"Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*⁵⁴

Bu maddenin ardından, 417. ve 418. maddelerde şahsa ve fiile bağlı ağırлатıcı nedenler gösterilmiştir. 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesi ile yukarıda gösterilen düzenlemenin karşılaştırılması yerinde olacaktır.

İlk ele alınması gereken husus korunan hukuki değerdir. Eski Kanun döneminde korunan hukuki değer genel ahlak ve aile düzeni iken, Yeni Kanun döneminde gerek kanun maddesinin yeri ve gerekse düzenlenme şekli göz önüne alındığında korunan hukuki değer bireyin cinsel özgürlüğü ya da cinsel dokunulmazlığı olduğu söylenebilir. Bu husus, iki kanun arasındaki temel farkı ortaya koymaktadır. Öyle ki, Yeni Kanun bireyselliği toplumsallığın önüne koymuştur. Bu durum, çağdaş hukuk sistemlerine ve zamanın gereklerine uyum sağlanmış olması açısından oldukça önemlidir.

Suçun konusu, her iki kanunda da benzer özellikleri göstermektedir. Söz konusu tanımlarda, 15 yaşını tamamlamış olup 18 yaşını tamamlamamış olan, fiillerin anlam ve sonuçlarını algılayabilen çocuklardan bahsedilmektedir.

Her iki Kanun, faillik açısından benzer şekilde özellik belirtmeme yoluna gitmiştir. Şu kadar ki, Eski TCK döneminde bu suçun failinin ancak erkek olabileceği düşüncesi hakimdi. Bu noktada, her ne kadar bu husus madde lafzından çıkarılmasa da Kanun'un genel düzenleniş

⁵⁴ 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/turk-ceza-kanunu-mulga/285356/>

şekli ve dönemin hukuki bakış açısı bu şekilde çıkarımlar yapılmasına olanak sağlamıştır. Her iki Kanun da failin çocuk olması halini göz önüne almamış ve bu hususta boşluk bırakılmıştır.

Her iki Kanun, suçta mağdurluk açısından 15 yaşını doldurmuş çocuk olmak gereğini vurgulamıştır. Ancak Eski Kanun döneminde, erkek çocuğun bu suçun mağduru olamayacağına ilişkin görüşler de bulunmakta idi. Yeni TCK, erkek çocukların da mağdur olabileceği görüşlerinin daha da çoğalmasını sağlamıştır. Bu noktada asıl tartışma, İkinci Bölüm’de mağdura ilişkin yapılacak açıklamalarda görüleceği üzere, suç tanımında “cinsel ilişki” kavramının kullanılmasıdır.

Her iki kanunda, suçun kanuni tanımında gösterilen fiil aynıdır. Eski Kanun’da ilgili tanım “cinsi münasebet” olarak, Yeni Kanun’da ise “cinsel ilişki” olarak düzenlenmiştir. Söz konusu kavramlar cinsel davranışların son safhasını açıklamaktadır. Bu aşama ise Kanun Koyucunun kabulüne göre; penisin, anüs veya vajinaya girmesidir.

Her iki kanunda da 15 yaşını tamamlamış olan küçükle cinsel ilişkiye girildiği anda suç tamamlanmaktadır. Bu husus, her iki kanundaki suç tanımının birbirine karşılık geldiği yönündeki düşüncelerin temelini oluşturmaktadır.

Her iki kanunda da meydana gelen netice, işlenen fiilin sonucu olarak meydana gelmiş olmalıdır. Söz konusu illiyet bağı, tipe uygun fiilin işlenmiş olması için bulunması gerekli bir unsurdur.

4.2. 5237 Sayılı Kanun’da Benzer Suç Tipleri ile Karşılaştırılması

Kanun Koyucu, cinsel dokunulmazlığa karşı suçları dört madde halinde düzenlemiştir. Bunlar; cinsel saldırı suçu, çocukların cinsel istismarı suçu, cinsel taciz suçu ve konumuzu teşkil eden reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan ibarettir. Bu sınıflandırmada, her suç belirli kıstaslarla birbirinden ayrılmaktadır. Her bir fiilin benzer unsurlar içermesi nedeniyle, doktrinde ve uygulamada bu hususta tartışmalar sürmektedir. Bu suçların reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile benzer ve farklı yönlerini ayrı ayrı ele almak yerinde olacaktır.

4.2.1. Cinsel Saldırı Suçu ile Karşılaştırılması

4.2.1.1. Cinsel Saldırı Suçunun İncelenmesi

Cinsel saldırı suçu, 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinde düzenlenmiştir.⁵⁵

Madde içeriğinde sırasıyla; ilk fıkrada basit cinsel saldırı suçu, ikinci fıkrada organ veya sair cisim sokulması şeklinde gerçekleşen cezayı artıran nitelikli hal ve üç-dört-beşinci fıkralarda da cezayı artıran diğer nitelikli haller düzenlemiştir.

Cinsel saldırı suçu, ergin olan mağdurun vücuduna temas içeren her türlü cinsel davranışı içerecek şekilde düzenlenmiştir. Bu anlamda, sarkıntılık düzeyinde kalan kısa süreli temaslarda, daha hafif cezalar öngörülmektedir. Cinsel dokunulmazlığın tamamen ihlali anlamına gelen mağdurun vücuduna cisim veya organ sokulması hali ise, suçun temel halinden daha ağır cezayla cezalandırılmıştır. Görüldüğü üzere vücuda temas edilmesi suretiyle cinsel dokunulmazlığın ihlalini düzenleyen madde; kısa süreli temasları, daha uzun süreli temasları ve en nihayetinde ise vücuda cisim veya organ sokulması halini düzenlemiştir.

Cinsel saldırı suçu ile korunan hukuki değer, manevi olgulardan ziyade kişilerin cinsel davranışlarını yönlendirme özgürlüğüdür.⁵⁶

Suç oluşturulan fiil, maddede ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu anlamda fiil, cinsel davranış ile vücut dokunulmazlığını ihlal olarak gösterilmiştir.⁵⁷ Buradan hareketle; kısa süreli

⁵⁵ TCK m. 102: “(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

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

(3) Suçun;

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

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

d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

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

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

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

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

⁵⁶ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., a. e., s. 401.

⁵⁷ Koca, M. ve Üzülmüş, İ. (2019). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (6. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 328.

temaslar sarkıntılık, kısa süreyi aşan temaslar basit cinsel saldırı ve vücuda cisim veya organ sokulması şeklindeki temaslar ise nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturmaktadır.

Fail, sayılan temaslardan birini gerçekleştirdiğinde, suç tamamlanmış olur. Suçun oluşması, failin fiilinin sonucu olmalıdır.

Bu suçun faili, kadın veya erkek herkes olabilir. Bu anlamda, faillik için herhangi bir özgürlük aranmamaktadır. Kişinin failliğinden bahsetmek için, fiili hayatta olan bir erkek ya da kadın mağdur üzerinde gerçekleştirilmesi yeterlidir.⁵⁸

Suçun nitelikli halleri sayılırken, mağdura erişmesi daha kolay olan ve aile bağları bulunan kişiler tarafından bu suçun işlenmesi, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller olarak sayılmıştır. Bunun yanında, suçun eşler arasında işlenmesi söz konusu olduğunda, soruşturma ve kovuşturma şikâyet şartına bağlanmıştır. Ayrıca, mağdurun sıradan bir insana kıyasla kendini savunma gücünün daha az olması hali, cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Cinsel saldırı suçunun mağduru, hayatta olan kadın veya erkek herkes olabilir.⁵⁹ Bu suçun mağduru, mutlaka ergin bir kişi olmalıdır.

Cinsel saldırı suçunu işlemek amacıyla mağdurun yaralanmasına, bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olma halleri, Kanun'da ayrıca düzenlenmiştir. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç haline gelen bu durumda, söz konusu neticenin fail tarafından öngörülebilir durumda olması yeterlidir.⁶⁰

4.2.1.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu ile Benzer ve Farklı Yönler

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile nitelikli cinsel saldırı suçunun temel benzerlikleri, her iki suçun da cinsel davranışların cinsel ilişki boyutunu içeriyor olmasıdır. Bundan başka, her iki suçun da faili, herkes olabilmektedir.

İki suç arasındaki esas farklılık, mağdurun yaşı hususunda ortaya çıkmaktadır. Cinsel saldırı suçunda, mağdur 18 yaş ve üzerinde, yani ergindir. Mağdurun çocuk olması halinin, genel itibariyle çocuğun cinsel istismarı suçuna vücut vereceği öngörülse de 15 yaşını doldurup

⁵⁸ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., a. e., s. 401.

⁵⁹ Koca, M. ve Üzülmüş İ. *Ceza Özel.*, s. 343.

⁶⁰ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., a. e., s. 438.

18 yaşını doldurmayan mağdur çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girilmesi halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır.⁶¹ Bir diğer farklılık ise, suç teşkil eden fiili oluşturan cinsel davranışın kapsamında ortaya çıkmaktadır. Cinsel saldırı suçunda temas içeren her türlü cinsel davranışa ilişkin düzenlemeler bulunurken, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda yalnızca cinsel ilişki boyutuna varan cinsel davranışlar suçun fiil unsuru olarak sayılmıştır. Bundan başka, cinsel saldırı suçunda korunan hukuki yarar cinsel özgürlük iken; reşit olmayanla cinsel ilişki suçuyla korunan hukuki yarar, bize göre, genel itibariyle çocuğun cinsel yönden sömürülmesinin önlenmesi ve sağlıklı gelişiminin sağlanmasıdır.⁶²

Bu hususa ilişkin bir Yargıtay kararında⁶³; yerel mahkemece, sanıkların yaşı saptanamamış mağdura karşı cinsel saldırıda bulunmaları nedeniyle reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm kurulmuştur. Sanık tarafının mağdurun yaşına ilişkin itirazı ile, dosya Yargıtay'ın önüne gelmiştir. Yargıtay'ın ilgili kararında; somut olayda mağdurun yaşı tespit edilmeden hükme varılamayacağı, mağdurun yaşının tespiti için nüfus kayıtlarına bakılması gerektiği, kayıtların doğruluğu kesin değilse Adli Tıp Kurumu tarafından olay tarihinde mağdurun tam yaşının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yerel mahkemece bu hususlar incelenmeden karar verilmiş olması nedeniyle, Yargıtay, eksik inceleme ile verilen kararın bozulmasına hükmetmiştir. İlgili somut olayda, suç tarihinde 15 yaşını doldurmuş olduğu anlaşılan mağdurun tam yaşının tespit edilmesi, suç vasfının belirlenmesi açısından oldukça önemlidir. Mağdurun rızası hilafına gerçekleşmiş cinsel ilişkilerde; mağdur ergin ise cinsel saldırı suçundan, mağdur çocuk ise yaşı fark etmeksizin çocukların cinsel istismarı suçundan bahsedilecektir. Söz konusu olayda, Yargıtay'ın bu husus tespit edilmeden karar verilemeyeceğinin tespiti, bizce de yerinde olmuştur.

⁶¹ Centel, N. (2012). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 99, 269-290, s. 272.

⁶² Aynı yönde; Artuk ve diğerleri, Tezcan ve diğerleri. Aksi yönde; Özbek ve diğerleri, Koca ve Üzülmöz.

⁶³ Yargıtay 5. Ceza Dairesi, Esas Numarası: 2009/13537, Karar Numarası: 2011/2890, Karar Tarihi: 11.04.2011. (Çevrimiçi) <https://legalbank.net> (Erişim Tarihi: 26.04.2022)

4.2.2. Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ile Karşılaştırması

4.2.2.1. Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun İncelenmesi

Çocukların cinsel istismarı suçu, 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinde düzenlenmiştir.⁶⁴

Suçun konusu, cinsel saldırı suçunun konusu ile örtüşmekle birlikte, bu suçta cinsel saldırı mağduru mutlaka çocuk olmaktadır.

Çocukların cinsel istismarı suçu ile korunan hukuki değer, çocukların küçük yaşlarda cinsel davranışlardan uzak tutulması ile sağlıklı fiziksel ve psikolojik gelişimidir.⁶⁵ Anayasa'da sayılan Devlet niteliklerinden olan "sosyal devlet" anlayışı gereği, çocukların sağlıklı gelişimi kanunlarla koruma altına alınmıştır.

TCK'nın 103. maddesinde bulunan çocukların cinsel istismarı suçunda fiiller, üç ayrı sınıfta değerlendirilir. Buna göre; TCK m. 103/1'de düzenlenmiş olan kısa süreli temaslar

⁶⁴ TCK m. 103: "(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 cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

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. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.

(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 başvurulan 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."

⁶⁵ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., a. e., s. 458.

sarkıntılık ve kısa süreyi aşan temaslar basit cinsel istismar suçunu, TCK m. 103/2'de düzenlenmiş vücuda cisim veya organ sokulması şeklindeki temaslar ise nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır. Bununla birlikte doktrinde bir görüşe göre, cinsel istismarın temas içermeyen halleri de bulunmaktadır. Bunlar; seksi konuşma, teşhir ve röntgencilik şeklinde işlenen fillerdir.⁶⁶ Ancak bizce, Kanun lafzı göz önüne alındığında böylesi fillerin 105. maddedeki cinsel taciz suçunu oluşturacağı göz önüne alınmalıdır.

Mağdur çocuğun istismar içerikli birtakım fiillere ilişkin, 15 yaşından sonra rıza gösterme özgürlüğü vardır. Ancak cinsel davranışların cinsel ilişki boyutuna varması halinde, artık reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır.⁶⁷ Bu noktada rızanın neye göre belirlendiği, ikinci bölümde incelenecektir.

Fail, sayılan temaslardan birini gerçekleştirdiğinde, suç tamamlanmış olur.

Cinsel istismar suçunun faili, herkes olabilir. Suçun oluşumu için mağdur ve failin farklı cinsiyetlerde olması aranmaz.⁶⁸ Uygulamada, failin de çocuk olduğu somut olaylar görülmektedir. Kanun Koyucu bu durumda, suçu oluşturan sayılmış fiiller arasında, 6545 sayılı Kanun⁶⁹ ile sarkıntılık suçuna özgü bir düzenlemede bulunmuştur. Buna göre, cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kaldığı suçun faili de çocuk ise, olayın takibi şikâyete bağlı kılınmıştır.⁷⁰ Hem failin hem de mağdurun aynı yaş grubundaki çocuk olması durumunda, ilgili suçun oluşmayacağı kabul edilmelidir. Zira bu noktada, çocuklardan her biri hem fail hem de mağdur olamayacağı için⁷¹ ya her iki çocuğu cezalandırmak ya da her iki çocuğu da sorumlu tutmamak gerecektir. Bu noktada, failin anlama ve algılama yeteneği de ancak mağdurunki kadar gelişmiş olacağından, bu çocuklar arasında cinsel istismar suçunun oluşması mümkün değildir.⁷² Bunlardan başka, failin, mağdur çocuğa daha kolay ulaşmasını sağlayacak haller ve mağdur ile arasında aile hukuku bağları bulunması halleri cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller olarak düzenlenmiştir.⁷³

⁶⁶ Demiral, E. (2018). Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Kapsamında Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar, Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi, İstanbul, s. 42.

⁶⁷ Göral, C. M. (2014). Avrupa Konseyi Çocuğun Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi Kapsamında Cinsel İstismar Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, s. 17.

⁶⁸ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., a. e., s. 458.

⁶⁹ Resmî Gazete Tarih – Sayı: 28/06/2014 – 29044.

⁷⁰ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., a. e., s. 458.

⁷¹ Koca, M. ve Üzülmüş İ. a. e., s. 117.

⁷² Turhan, E. (2018). Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, s. 45.

⁷³ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., a. e., s. 459.

Cinsel istismar suçunda mağdur, 18 yaşından küçük çocuktur. Bir çocuk evlenme yolu ile ergin sayılmışsa dahi, yine de bu suçun mağduru olabilecektir.⁷⁴ Bununla birlikte, 18 yaşını doldurup da farklı nedenlerle algılama yeteneği gelişmemiş kişiler, bu suç kapsamına sokulamaz. Anlaşıldığı üzere, yalnızca mağdur 18 yaşından küçükse bu suçtan bahsedilecektir.⁷⁵ Kanun Koyucu, mağdurun yaşına göre sınıflandırma yapma yoluna gitmiştir. Buna göre, mağdur çocuk 12 yaşını tamamlamamışsa, bu gruptaki çocuklara karşı işlenen istismar cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. Bir diğer grup olan 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamayan çocuklarda ise, yine ikili bir gruplandırmaya gidilmiştir. Buna göre; ilk grupta, mağdur 15 yaşını tamamlamakla birlikte, algılama yeteneği akran çocuklara kıyasla gelişmemiş olan çocuklar bulunmaktadır. Suçun bu mağdur çocuklara karşı cebir veya tehditle işlenmesi hali, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.⁷⁶ 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamayan çocuklardan oluşan bir diğer grupta ise, mağdur çocuğun algılama yeteneği yerinde olup istismar fiili mağdurun iradesini baskılayarak ya da ortadan kaldırarak gerçekleştirilmiş olmalıdır. Suçun bu mağdur çocuklara karşı silah kullanılarak gerçekleştirilmesi, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.⁷⁷

Cinsel istismar suçunu işlemek amacıyla mağdurun yaralanmasına, bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olma halleri, Kanun'da ayrıca düzenlenmiştir.

4.2.2.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu ile Benzer ve Farklı Yönler

Çocukların cinsel istismarı suçunda öngörülen en belirgin husus, mağdurun çocuk olması, yani 18 yaşın altında olmasıdır. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında, bu suçla en benzeşeni, cinsel saldırı suçudur. Bu suçta da cinsel davranışlar hakkında ayrı ayrı düzenlemeler yapılmıştır. Bunlar; sarkıntılık, basit cinsel davranışlar ve nitelikli olarak vücuda organ veya sair cisim sokulması şeklinde işlenme halleridir. 104. maddede özellikle “cinsel ilişki” şartı arandığından, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlar bu suç kapsamına alınamayacaktır.⁷⁸

⁷⁴ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., a. e., s. 460.

⁷⁵ Katoğlu, T. (2012). Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (2), 657-693, s. 664.

⁷⁶ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., a. e., s. 462.

⁷⁷ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., a. e., s. 469.

⁷⁸ Akın Ün, A. N. (2019). Cinsel İstismar Suçunun Soruşturulmasındaki Özellikler ve Mağdurun Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta, s. 56.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile çocukların cinsel istismarı suçunun en belirgin ayrımı, rıza kavramıdır. Çocukların cinsel istismarı suçunda, rıza söz konusu değildir. Bu anlamda, mağdurun rızası hilafına cinsel ilişki halinde çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır.⁷⁹ Bu suçta, çocuk kavramı yaş anlamında bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Buna göre; çocukların cinsel istismarı suçunun 12 yaş altındaki çocuklara karşı işlenmesi, cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Mağdurun 15 yaşını bitirmiş olup fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olması hali, bazı somut olaylarda fail tarafından anlaşılammakta, mağdurun rızası ile cinsel ilişki yaşandığı düşünülmektedir. Yargıtay'ın bu hususa ilişkin bir kararında, mağdurun 15 yaşını bitirdiği ve hekim olmayanlarca anlaşılammayacak zekâ geriliği bulunduğu gerekçesiyle, çocukların cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması uygun görülmemiştir. Ancak yine de mağdur 18 yaş altında olduğu anlaşıldığından, ilgili fiile ilişkin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun uygulanması görüşüne varılmıştır.⁸⁰

Yargıtay'ın bu hususa ilişkin kararında⁸¹; mağdur çocuk, sanıkların kendisini zorla alıp götürerek cinsel saldırıda bulduklarını beyan etmiştir. Sanıklar ise; cinsel ilişkinin mağdurun rızası ile gerçekleştiğini, kendisini zorla götürmediklerini beyan edip başta tanık delili olmak üzere farklı deliller sunmuşlardır. Yerel mahkeme, mağdur çocuğun nitelikli cinsel istismara maruz kaldığına (TCK m.103/2) ve ayrıca mağdurun hürriyetinden yoksun kılındığına hükmetmiştir. Temyiz edilmek suretiyle Yargıtay'ın önüne gelen dosyanın incelenmesi sonucunda; cinsel ilişkinin mağdurun rızası ile yaşandığına, hürriyetinin kısıtlanmaması nedeniyle sanıkların bu suçtan beraat etmeleri gerektiğine hükmedilmiştir. Mağdur çocuk ile rızası doğrultusunda cinsel ilişkiye girildiği sabit olduğundan; çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm kurulması gerektiği belirtilerek yerel mahkemenin kararı bozulmuştur. İlgili somut olayda görüldüğü üzere, 15 yaşını geçmiş olan mağdur çocuk ile cinsel ilişkiye girilmesi ya çocukların cinsel istismarı suçunu ya da reşit

⁷⁹ Tuğrul, A.C. (2013). *a. e.*, s. 519.

⁸⁰ Yargıtay 14. Ceza Dairesi E.2013/6245, K.2015/2305, T.02.03.2015. Kararda ilgili kısım: “ ...sanığın, onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan mağdurun bu durumunu bilerek ve isteyerek eylemi gerçekleştirmediği, zira anılan raporda da belirtildiği üzere mağdurda mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılammayabileceği ve mağdur ile sanığın suç tarihinde ilk defa görüştikleri, öncesinde birbirlerini tanıdıklarına dair dosyaya yansıyan herhangi bir iddia ya da delil bulunmadığı, bu durumda sanığın mağduru evine götürerek kendi vücuduna organ sokturması biçimindeki eyleminin TCK'nın 103/1-b maddesinde yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu da oluşturmadığı, Bu haliyle; eylemin TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı...” (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 23.06.2022).

⁸¹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2012/10553, Karar Numarası: 2014/7992, Karar Tarihi: 12.06.2014. (Çevrimiçi) <https://legalbank.net> (Erişim Tarihi: 26.04.2022)

olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır. İki suçun ayrımını sağlayan rıza unsuru, büyük önem arz etmektedir. Öyle ki söz konusu somut olayda rızanın varlığı suç vasfını değiştirmiş, Yargıtay'ın verdiği karar bizce de hukuken yerinde olmuştur.

4.2.3. Cinsel Taciz Suçu ile Karşılaştırılması

4.2.3.1. Cinsel Taciz Suçunun İncelenmesi

Cinsel taciz suçu, 5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenmiştir.⁸²

“Taciz” kelimesi Türk Dil Kurumu sözlüğünde, “*Tedirgin etme, rahatsız etme.*” olarak tanımlanmıştır.⁸³ Madde iki fıkradan oluşmaktadır. İlk fıkroda suçun temel hali ile 6545 sayılı Kanun ile eklenen mağdurun çocuk olması hali⁸⁴ açıklanmış, ikinci fıkroda cezayı artıran nitelikli haller sayılmıştır. Cinsel taciz, mağdura bir temasta bulunulmamakla birlikte, cinsel özgürlüğe müdahale oluşturacak cinsel davranışlarda bulunulması anlamına gelir.

Bu suçla korunan hukuki değer, kişilerin cinsel özgürlüğüdür. Öyle ki, bu özgürlük, reddedilmesine rağmen tekrarlanan tekliflerin, iletişim araçları yoluyla işlenen fiillerin ve cinsel amaçlı fiziki takiplerin önlenmesini de kapsamaktadır. Bu anlamda, cinsel özgürlük açısından daha geniş koruma önlemi alınmıştır.⁸⁵ Suçun takibi, mağdurun şikayetine bağlıdır.

Suçun kanuni tanımında gösterilen fiil, Kanun'da açıklanmamıştır. Kaldı ki, bu suçta konu olacak fiillerin sayılarak sınırlı tutulması, kanunun amacına aykırı olacaktır. Bu durumda,

⁸² TCK m. 105: “(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) 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) Teşhir suretiyle,

işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkroya 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.”

⁸³ Türk Dil Kurumu Sözlükleri <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim: 28.10.2021

⁸⁴ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., a. e., s. 492.

⁸⁵ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., a. e., s. 493.

cinsel taciz suçuna konu fiiller her ne kadar fiziki temas içermese de mağdurun ruhsal açıdan baskı altında hissetmesine yol açacak cinsel davranışlardır.

Fail, cinsel açıdan yaptığı baskılarla mağdurda huzursuzluğa neden olduğunda suç tamamlanmış olur. Mağdurda meydana gelen tedirginlik, failin işlediği fiilin sonucu olmalıdır.

Bu suçun faili, herkes olabilir. Bu suçun eşler arasında işlenip işlenemeyeceği hususu, doktrinde tartışma yaratmıştır. Bazı görüşlerde Kanun içerisinde tutarlılık sağlanması uğruna eşlerin birbirini cinsel yönden taciz etmesi suç olmamalı denilirken⁸⁶, bizim de desteklediğimiz görüşe göre eşler arasında da cinsel taciz suçu oluşabilecektir. İkinci görüş, evlilik bağının eşlerin cinsel özgürlüğü üzerinde sınırsız tasarruf hakkı vermeyeceğini vurgulamaktadır.⁸⁷

Farklı maddeler arasında tutarlılık aranan görüşe rağmen, cinsel taciz suçunun düzenlendiği 105. maddenin kendi içerisindeki tutarlı olma gereği göz ardı edilmiştir. Kanun'un "Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi" tanımından anlaşılabilen fail sıfatı, Kanun'da istisnasız gösterilmiştir. Hal böyleyken eşlerin bu duruma istisna oluşturacağını ileri sürmek 105. maddenin konuluş amacına aykırı olacaktır.⁸⁸ Kanun'da, mağdura erişmesi daha kolay olan ve aile bağları bulunup bu durumdan yararlanarak suçun kanuni tanımında gösterilen fiili işleyen failerin, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller kapsamında olacağı düzenlenmiştir.

Cinsel taciz suçunun mağduru, herkes olabilir. Bununla birlikte 6545 sayılı Kanun ile suçun mağdurunun çocuk olması hali, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.⁸⁹

Cinsel taciz suçunun haberleşme araçlarından faydalanarak, teşhir suretiyle ve mağdurun kurulu hayat düzenini bozmasına neden olacak şekilde işlenmesi halleri de Kanun'da cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller olarak sayılmıştır.

4.2.3.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu ile Benzer ve Farklı Yönler

Cinsel taciz suçunun mağduru herkes olabilmekle birlikte, mağduru çocuk olan cinsel taciz suçlarında, bu durum cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmektedir. Reşit

⁸⁶ Salman, E. (2009). Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, s. 38.

⁸⁷ Baş, E. (2016). Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), 1135-1215, s. 1153.

⁸⁸ Aynı yönde Taner, F. G. (2017). *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (2. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 407; Aksi yönde Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M.

⁸⁹ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., a. e., s. 493.

olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdur her zaman çocuktur. Mağdurluk statüsü açısından, her iki suçta da mağdurun çocuk olabilmesi yönüyle iki suç birbiri ile birleşebilmektedir.

Cinsel taciz suçu ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun en net ayrımı, cinsel taciz suçunda mağdura herhangi bir fiziki temasta bulunulmazken, 104. maddede fiil cinsel ilişki boyutunda işlenmektedir. Bu açıdan iki suç, cinsel davranışların ayrı uçlarında bulunmaktadır. Bundan başka, cinsel tacizde rıza bulunmazken, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda fiil mağdur çocuğun rızası ile işlenmektedir.

Yargıtay'ın bu husustaki bir kararında⁹⁰; görülen davada sanıklar reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işlediklerini ikrar etmişlerdir. Eldeki deliller ve sanıkların ikrarları sabit olduğu halde, yerel mahkeme, sanıkları cinsel taciz suçuyla cezalandırmıştır. Bu durumda Yargıtay, gerekçelendirilmeden verilen kararda; ulaşılan kanaatin oluşmasını sağlayacak hukuki temellerin bulunmadığı, sanıkların kabulleri ile dosya kapsamının 104. maddeyi işaret ettiği ve bu halde verilen kararın hukuka aykırı olacağı gerekçeleriyle kararı bozmuştur. Yine farklı bir kararda⁹¹, sanığın reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işlediği dosya kapsamında belirli olduğu halde, suçun 6 aylık şikâyet süresi geçtikten sonra bildirildiği anlaşılmıştır. Bu durumda, yerel mahkemece, sanığın cinsel taciz suçundan cezalandırılmasına hükmedilmiştir. Yargıtay, bildirilen fiilin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğuna ancak suçun şikâyet süresinden sonra bildirilmesi göz önüne alınarak düşme kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Görüldüğü üzere, cinsel taciz suçu için öngörülen ceza, diğer cinsel suçlara kıyasla nispeten daha az olduğundan, diğer cinsel suçlardan hüküm kurulmasının mümkün olmadığı hallerde, yerel mahkemelerce cinsel taciz suçundan hüküm kurulduğu görülmüştür. Bu durum, bizce, hukuka aykırı bir cinsel davranışın en azından bir yaptırımla karşılaşması yaklaşımı ile veya cinsel taciz suçunun diğer cinsel suçların kapsamına girmeyen hususlarda bir çıkış kapısı olarak görülerek davranıldığına işaret etmektedir. Kararlar bu yaklaşımlarla verilse de cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamında olan diğer üç suç ile cinsel taciz arasında bariz farklılıklar bulunmaktadır. Bu farklılıklardan en belirgin olanı, mağdura temas edilmesi hususudur. Öyle ki, en az temasları içeren sarkıntılık fiili, cinsel saldırı suçunun kapsamı içerisine alınmıştır. Bu anlamda, hüküm kurulurken cinsel temasın bulunduğu hallerde

⁹⁰ Yargıtay 14. Ceza Dairesi, Esas Numarası: 2016/6727, Karar Numarası: 2020/1032, Karar Tarihi: 10.02.2020. (Çevrimiçi) <https://legalbank.net> (Erişim Tarihi: 26.04.2022)

⁹¹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi, E. 2015/335, K. 2017/6502, T. 18.12.2017. (Çevrimiçi) <https://legalbank.net> (Erişim Tarihi: 26.04.2022)

de cinsel taciz suçundan bahsedilmesi, olan hukukun uygulanması açısından son derece sakıncalı olacaktır.

5. Avrupa Hukuk Sistemlerindeki Düzenlemeler

Cinsellik kavramı evrensel olduğundan, cinsel suçlara dünyanın her yerinde rastlanılmaktadır. Modern dönemde hukuki gelişmelerin bir sonucu olarak, ülkelerin mevzuatlarında cinsel suçlara ilişkin düzenlemeler yapılması gereği hasıl olmuştur.

Cinsellik, toplumdan topluma farklı kıstaslara tâbi bir kavramdır. Dolayısıyla, toplumsal normlara uygun düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Toplumla uyumsuz düzenlemelerin uygulanması mümkün değildir. Örneğin; kişilerin cinsel özgürlüğünün hangi yaşta tamamlanacağı, toplumun yaşayışına uygun takdir edilmelidir. Bundan başka, toplumun yüzyıllar boyunca kendiliğinden oluşturduğu hukuk sisteminin de yeni düzenlemelerde etkili olacağı şüphesizdir.

5.1. Almanya

Alman Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar, "Kendi Cinsel Hayatını Tayin Hakkına Karşı Suçlar" başlıklı 13. bölümde yer almaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda ise ilgili bölümün başlığı "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" olarak belirlenmiştir. Alman Ceza Kanunu'nun bu bölümünde yer alan 174-184 arası maddelerde, cinsel suçlar düzenlenmiştir.⁹² Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun Alman Ceza Kanunu'nda belirli bir maddede düzenlenmesi söz konusu olmamıştır. Ancak çocuğun cinsel istismarına ilişkin düzenlemeler; ACK'nın 174, 176, 180 ve 182. maddelerinde ele alınmaktadır.⁹³

Böyle olmakla birlikte, benzer suç tanımı ACK m. 176'da⁹⁴ bulunmaktadır. Unsurlarda yer yer farklılıklar olsa da suç tanımı reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile büyük oranda

⁹² Alman Ceza Kanunu Metni <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> Erişim: 26.12.2021

⁹³ Soner Baykal, C. (2019). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. Yüksek Lisans Tezi. Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, s. 24.

⁹⁴ Madde metni şu şekildedir: "(1) Her kim on dört yaşını tamamlamamış bir çocuk üzerine cinsel davranışlarda bulunur veya bu çocuğa kendisi üzerinde bu tür davranışlar yaptırırsa, 6 aydan 10 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

benzeşmektedir. Şöyle ki; Alman hukukunda cinsel ilişkiye rıza yaşı 14 olarak belirlenmiştir. Buna göre, 14 yaşından büyük olanların cinsel davranışlara rıza göstermesi mümkündür. 14 yaşından küçük olanlar için ise, rıza kabul edilmemektedir. Bu grup için, cinsel davranışların cinsel ilişki boyutuna vardığı durumlar cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.⁹⁵ ACK'da m. 176a⁹⁶olarak görülen hükmün TCK'daki karşılığı, m. 103/2'de yer almaktadır.

14 yaş kural olarak cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı olarak belirlenmiş olmakla birlikte, ACK m. 174'te çocukların cinsel istismarı filleri açısından; failin himayesinde olan çocuklar ile failin çocuk üzerinde nüfuz sahibi olduğu durumlar için, rıza yaşı 16 ve 18 olarak düzenlenmiştir. ACK m. 182'de ise, "Gençlerin Cinsel İstismarı" (Sexueller Mißbrauch von Jugendlichen) suçu düzenlenmiştir.⁹⁷ Bu noktada Kanun Koyucu, failin yaşı açısından sınıflandırma yapma yoluna gitmiştir. Kanun hükmü uyarınca; 18 yaşını tamamlamış olan fail, 16 yaşından küçük bir kişiyi bulunduğu zor durumdan yararlanarak istismar ederse beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılmaktadır. Yine aynı maddenin ikinci

(2) Her kim, bir çocuğu başka biri üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya veya başka birinin kendisi üzerinde cinsel davranışlarda bulunmasını kabul etmeye sevk ederse, aynı ceza ile cezalandırılır.

(3) Çok ağır hallerde bir yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmedilir.

(4) Her kim,

1. bir çocuk önünde cinsel davranışlarda bulunursa,

2. bir çocuğu, fail veya üçüncü bir kişi üzerinde veya önünde cinsel davranışlarda bulunması veya failin veya bir üçüncü kişinin kendisi üzerinde cinsel davranışlarda bulunmasını kabul etmesi için, yazılar (m.11 fıkra 3) vasıtası ile etkilerse veya

3. bir çocuğu, ona pornografik resim veya tasvir göstermek, pornografik ses kaydı dinletmek suretiyle veya benzer konuşmalarla etkilerse, 3 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(5) Her kim 1 ila 4'üncü fıkraya giren bir fiil için bir çocuğu sunar veya bulmayı vaat ederse veya başka bir kişi ile, bu yönde bir fiil işlemek üzere anlaşarsa, 3 aydan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(6) 4'üncü fıkranın 3 ve 4 numaralı bentlerine 5'inci fıkraya giren fiiller dışında bu suça teşebbüs ile cezalandırılır." Şarman, C. (2012). Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, s. 15.

⁹⁵ Aydın, M. (2018). *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 162.

⁹⁶ Madde metni şu şekildedir: "(1) Fail son beş yıl içerisinde böyle bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir hükümlü mahkum olmuş idi ise, 176 maddesinin 1'inci ve 2'nci fıkrasında düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçu, bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Eğer,

1. on dokuz yaşı tamamlamış olan bir kişi, bir çocukla cinsel ilişkide bulunur veya vücuda bir şey sokulması ile bağlantılı benzer bir cinsel davranışı, çocuk üzerinde gerçekleştirir veya bunu çocuğa kendisi üzerinde yaptırırsa.,

2. fiil birden fazla kişi tarafından birlikte işlenirse,

3. fail, gerçekleştirdiği fiil ile çocuğu, sağlığının ağır bir şekilde bozulma veya bedensel veya ruhsal gelişmesini ağır bir zarar tehlikesine maruz bırakırsa, 176'ncı maddenin 1'inci ve 2'nci fıkrasına giren hallerde, çocuğun cinsel istismarı iki yıldan az olmamak üzere, hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) 176'nci maddenin 1 ila 3'üncü fıkralarına, 4'üncü fıkrasının 1 ve 2 numaralı bentlerine veya 6'nci fıkrasına giren hallerde, fail veya diğer suç ortağı fiili, 184b maddesinin 1 ila 3'üncü fıkralarına göre yayılmak üzere hazırlanan pornografik bir yazının (m. 11 fıkra 3) konusu yapmak maksadıyla hareket ederek işlerse, iki yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) 1'inci fıkranın hafif hallerinde üç aydan beş yıla kadar, 2'nci fıkranın hafif hallerinde ise, bir yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmedilir." Şarman, a. e., s. 15.

⁹⁷ Kantarcı, N. (2016). Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Antalya, s. 44.

fikrasına uyarınca 21 yaşını tamamlamış olan fail, 16 yaşından küçük bir kişiyi algılama yeteneğinin gelişmemiş olmasından yararlanarak istismar ederse üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılmaktadır. Maddenin devamındaki 4. fıkrada, yukarıda sayılan fiillere mağdurun tepki verme şekli göz önüne alınarak faile ceza vermeme yoluna gidilebileceği düzenlenmiştir. “§182’den çıkan sonuca göre bazı istisnai haller dışında bir yetişkin ile bir gencin (14 yaşından büyük) rızaya dayalı cinsel davranışlarda bulunmaları yasaklanmamıştır.”⁹⁸ Bu noktada üzerinde durulması gereken en önemli husus, failin yaşının özellikle düzenlenip genç kişiler arasındaki karşılıklı rıza ile yaşanan cinsel davranışların suç olmadığı ortaya konulmuş olmasıdır.

5.2. Fransa

Fransız Ceza Kanunu’nda da reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna bire bir karşılık gelecek bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle olmakla birlikte, reşit olmayanla cinsel ilişki hususundaki düzenleme FCK’da “Cinsel Suçlar” başlığı altında bulunmayıp “Küçüklere ve Aileye İhlaller” başlığı altında düzenlenmiştir. 227-27. Maddede bulunan ilgili düzenleme şu şekildedir;

“15 yaşından büyük ve evlilikle reşit olmamış bir kimseye yönelik cebir, zorlama tehdit veya ani bir şekilde gerçekleşen bir hareket olmaksızın gerçekleşen cinsel ihlallerde;

Fiili gerçekleştiren yasal, doğal veya evlat edinmiş bir üst soy veya mağdur üzerinde nüfuzu olan bir kimse olduğunda veya fail suçu görevinden kaynaklanan yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlediğinde 2 yıl hapis ve 30.000 Euro para cezasıyla cezalandırılır.”⁹⁹

Fransız Kanun Koyucu, düzenleme yaparken “çocuğun çaresizliği”¹⁰⁰ kavramı üzerinde durmuştur. İlgili düzenlemede kural olarak, 15 yaş rıza gösterme yaşı kabul etmiştir. Bununla birlikte, mağdur ile aralarında akrabalık bulunan kişiler ile mağdur üzerinde nüfuz sahibi kişiler açısından cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı, Alman Ceza Kanunu’nda olduğu gibi, 16-18 olarak belirlenmiştir.

⁹⁸ Kantarcı, N. a.e., s. 45.

⁹⁹ Taner, F. G. a. e., s. 384.

¹⁰⁰ Keser, Ö. F. (2019). Uygulamaya Bakan Yönleriyle Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. Yüksek Lisans Tezi, Yalova Üniversitesi, Yalova, s. 13.

5.3. İtalya

İtalyan Ceza Kanunu'nda, bizim hukuk sistemimizdeki reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık gelecek bir düzenleme yer almamaktadır.¹⁰¹ Ancak küçüğe karşı işlenen cinsel ilişki düzenlendiği gibi, iki küçük arasında meydana gelen cinsel ilişkiler için de ayrıca düzenleme yapılmıştır. Küçükler arası cinsel ilişki hususu, bizim hukukumuzda hala daha tartışmalıdır.

İtalyan CK uyarınca, kural olarak küçüğün cinsel davranışlara rıza gösterebileceği yaş 14'tür. Ancak çocukla yakın ilişki kuracak durumda olanlar için, cinsel ilişkiye rıza yaşı 16'ya yükseltilmiştir.¹⁰² Bu durumun, yakınında olan kişilerin küçüğü etkileme potansiyeline bağlı olduğunu belirtmek gerekir. Bu şekilde, henüz düşünce olgunluğuna erişmemiş olan çocuğun sömürülmesi önlenmiştir.

Genel düzenlemeye ek olarak, Kanun Koyucu, küçükler arasında rızaya dayalı gerçekleşmiş cinsel ilişki için de ayrıca düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Buna göre, İtalyan Ceza Kanunu'nun 609/4 maddesi uyarınca, 13 yaşını doldurmuş olan çocuk ile cinsel ilişkiye girdiği çocuk arasındaki yaş farkının üçü aşmaması cezasızlık sebebidir.¹⁰³ Buradan hareketle, 13 yaşındaki çocuk ile 15 yaşındaki çocuğun karşılıklı rıza ile girdikleri cinsel ilişki cezalandırılmamaktadır.

5.4. İngiltere

İngiliz hukukunda, doğrudan reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Kanun Koyucu çocukların cinsel ilişkiye rıza verebileceği yaş hususunda belirlemeler yapmıştır.¹⁰⁴

¹⁰¹ Kantarcı, N. a. e., s. 45.

¹⁰² Doğan, R. (17.02.2017). Anlamli Yanıt Üretilmeyen İnklem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. *Ankara Barosu Dergisi*, 2017/1, 123-150, s. 145.

¹⁰³ Memiş Kartal, P. (2016). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m. 104). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), 2083-2100, s. 2085.

¹⁰⁴ Kantarcı, a. e., s. 48.

İngiliz hukukunda, kendini savunmayacak durumda olanlar için ayrıca düzenleme yapılmıştır. 2003 yılında, Sexual Offences Act (Cinsel Suçlar Kanunu) ile özellikle çocuklar koruma altına alınmıştır. İngiliz hukukunda da yaygın şekilde görüldüğü üzere, çocuklara karşı işlenen cinsel suçlarda yaş kıstası bulunmaktadır.

SOA, “Çocuk Cinsel Suçları” başlığı altında;

“...çocuğa karşı cinsel davranışta bulunma, çocuğu cinsel davranışta bulunmaya tahrik, çocuğun huzurunda cinsel davranışta bulunmak, çocuğun cinsel bir davranışı izlemesine neden olmak, çocuk cinsel suçlarının meydana gelmesini hazırlamak veya kolaylaştırma ve çocuğa karşı cinsel suç işleme amacıyla çocukla buluşma suçları...”¹⁰⁵ bulunmaktadır.

İngiliz hukukunda, bizim hukukumuzdaki reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna doğrudan karşılık gelecek bir düzenleme bulunmamaktadır. SOA’ya göre mağdurlar yaşları açısından; 13 yaşından küçük olanlar, 16 yaşından küçük olanlar ve 18 yaşından küçük olanlar olmak üzere üçlü ayrımına tabi tutulmaktadır. Yukarıda sayılan suçların içe girme düzeyine varması halinde müebbet hapis cezası, dokunma düzeyinde kalması halinde ise 13 yaşından küçük mağdurlara karşı işlenen suçlarda on dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.¹⁰⁶

5.5. İspanya

İspanya Ceza Kanunu’nda, bizim kanunumuza benzer şekilde; cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve cinsel taciz suçları düzenlenmiş olup reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile doğrudan doğruya aynı anlama gelen bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁰⁷ Doktrinde, Türk Ceza Kanunu’nun yapım sürecinde İspanya Ceza Kanunu’ndan esinlendiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Böyle olmakla birlikte, İspanya Ceza Kanunu’nda çocuklara yönelik cinsel davranışlara ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

¹⁰⁵ Silahçioğlu Moreno De Leija, B. (2014). Türk, İngiliz ve Meksika Hukukunda Cinsel Suç Mağdurunun Korunması. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, s. 79.

¹⁰⁶ Özkara, E., Kavaklı, U., Can, İ. Ö., Tepe, İ. ve Özbek, V. Ö. (2011). Çocuklara Yönelik Cinsel İstismarın Yasal Boyutunun Türkiye ve Diğer Ülkeler ile Karşılaştırılması. *Adli Tıp Dergisi Cilt / Vol.:25, Sayı / No:1*, 11-24, s. 15.

¹⁰⁷ Kantarcı, N. a. e., s. 49.

İspanya hukuk sisteminde cinsel ilişkiye rıza yaşı, 2015 yılında yapılan değişiklikle 16'ya çıkarılmıştır.¹⁰⁸ İspanya Ceza Kanunu, cinsel suçlarda mağdur çocukları yaş açısından ikili kıstasa tabi tutmuştur. Bunlar, 0-13 yaş arasındaki çocuklar ve 13-16 yaş arasındaki çocuklardır. 0-13 yaş arasındaki çocukların herhangi bir cinsel davranışa rıza gösteremeyeceği kabul edilmiştir. 13-16 yaş aralığındaki çocuklara ise, hile ile gerçekleştirilen cinsel davranışlar suç sayılmıştır.¹⁰⁹



¹⁰⁸ Demir Yazar, Ö. (2019). Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu. Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara, s. 150

¹⁰⁹ Kantarcı, N. a. e., s. 50.

İKİNCİ BÖLÜM

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

1. Genel Olarak

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu; cebir, tehdit ve hile olmadan 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamayan çocuk ile rızaen girilen cinsel ilişkiyi düzenlemektedir. Suçla ilgili düzenleme, TCK'nın 104. maddesinde bulunmaktadır. Madde şu şekildedir;

“Reşit olmayanla cinsel ilişki

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

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

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

İlgili suça ilişkin madde gerekçesi, oldukça özet bir biçimde gösterilmiştir. Gerekçe şu şekildedir; *“Madde metninde, reşit olmayan kişiyle cinsel ilişkide bulunmak, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır.”¹¹⁰* Bu gerekçeden anlaşılan, Kanun Koyucunun açıklama olarak kanun metnini yeterli gördüğüdür.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin düzenleme, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da bulunmakta idi. Eski Kanun'un 416/3 maddesinde, *“Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla”* cinsel ilişkiye girmek suç olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'da ise, ilk

¹¹⁰ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Gerekçesi. (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/turk-ceza-kanunu-gerekceler/2677276/t%c3%bcrk+ceza+kanunu> (Erişim Tarihi: 24.06.2022)

fıkırada yukarıdaki suç tanımlaması yapılmıştır. Görüldüğü üzere TCK'nın 104. maddesi, Eski Kanun'daki tanıma suçun unsurları açısından da karşılık gelmektedir.

Esasında kanunlar arasındaki geçiş sürecinde, cinsel özgürlük yönünde ciddi bir eğilim bulunmaktadır. Hal böyleyken, 104. madde açısından diğer maddelere kıyasla büyük bir değişiklik görülmemiştir. Her iki düzenleme, suçun maddi ve manevi unsurları açısından da aynı anlamlara gelmektedirler.¹¹¹ Ancak bir husus vardır ki, bu noktada büyük bir dönüşüm yaşanmıştır. Eski Kanun'un 423. maddesi, “Evlenme Vaadi ile Kızlık Bozma” başlığını taşımakta olup reşit olmayanla evlenmek vaadiyle cinsel ilişkiye girilmesi sonrası vaat yerine getirilince, dava ve ceza “tecil” edilmektedir. Belirtmek gerekir ki, bu maddenin kaldırılması büyük bir adımdır. Kanun'un bu şekliyle mağdur, önce bir cinsel saldırıya maruz kalmakta olup ardından cezadan kaçınmak ve toplum tarafından dışlanmamak bahaneleriyle kendisine tecavüz eden kişi ile evlendirilmekte, böylece bir kez daha mağdur olmaktadır. Durum bununla da sınırlı kalmayıp, artık resmi evlilik içerisinde olduğundan, mağdurların evlilik içerisinde de tekraren tecavüze uğradığı bilinmektedir. Bu husus birçok tartışmaya yol açmış, henüz çocukken tecavüzcüleri ile evlenmek zorunda bırakılan kadınların isyanı gözle görülür bir hal almıştı. Bu durumda, “cinsel özgürlük” kavramının da yükselişiyle, bu gidişe bir son verilmiştir.

Maddenin ilk hali üzerine öncelikle AYM kararı ile ikinci fıkrada bulunan “mağdur ile fail arasında beş yaştan fazla fark bulunması halinde cezanın temel halinden iki kat artırılarak verileceği ve re'sen soruşturma yapılacağı” şeklindeki husus iptal edilmiş¹¹², ardından 6545 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹¹³ ile her üç fıkrada da düzenlemeler yapılmıştır. Bu aşamalar, aşağıda ayrı ayrı incelenmektedir.

Maddenin ilk fıkrasında, suçun temel hali düzenlenmiştir. Düzenlemenin ilk halinde suç tanımı birebir aynıdır. 6545 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklik, cezalandırma kısmında yer almaktadır. Buna göre öngörülen ceza 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası iken, yapılan değişiklik sonrasında 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmüştür. Suçun temel haline ilişkin cezada artırıma gidilmesi, 6545 Sayılı Kanun'un gerekçesinde¹¹⁴ de gösterilmiştir. Burada da suçun temel halinde ceza artırımına gidildiği belirtilmiş, artırımın neden yapıldığı ise Kanun'un giriş kısmında açıklanmıştır. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin olarak

¹¹¹ Baytemir, E. (2019). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ile Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 484.

¹¹² AYM 2005/103 E. ve 2005/89 K. sayılı, 23/11/2005 tarihli karar.

¹¹³ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 28/06/2014 – 29044.

¹¹⁴ <https://legalbank.net/belge/turk-ceza-kanunu-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-gerekceleri/1472564/t%3bc3%bcrk+ceza+kanunu+%22gerek%3%a7e%22> (Çevrimiçi) Erişim: 16.05.2022

“...Kanunun yaklaşık dokuz yıllık uygulamasında, belirtilen suçlarla ilgili birtakım sorunların ortaya çıktığı tespit edilmiştir. Bu sorunların çözümü amacıyla cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar yeniden düzenlenmekte ve bu suçlar için öngörülen cezalar önemli ölçüde artırılmaktadır.” denilerek, daha önce öngörülen cezaların uygulamada yetersiz kaldığından bahsedilmiştir.

Fıkranın içeriğine ilişkin itirazda bulunan Ankara 47. Asliye Ceza Mahkemesi, söz konusu itirazlarını somut norm denetimi yoluyla AYM’ye taşımıştır. Buna göre TCK m. 104/1 düzenlemesinin, sırasıyla Anayasa’nın 10., 14., 17., 36. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüş ve iptali talep edilmiştir. İtiraz konusu olarak; suçun kanuni tanımında gösterilen fiilin işlenmesi sırasında 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamayan mağdur çocukların rızasının bulunduğu, rızasıyla gerçekleşen fiilden dolayı mağdura şikâyet hakkı tanındığını, mağdurun öncelikle rıza verip sonradan şikâyetçi olmak suretiyle Kanun metnini kötü niyetle suistimal etme imkanının bulunduğu, yine mağdurun rıza verdiği fiilden dolayı suç oluşmasının uluslararası sözleşmelerle çelişir durumda olduğunu belirtilmişlerdir. Bu itiraza ilişkin AYM’nin 2020/82 E., 2021/20 K. sayılı ve 18.03.2021 tarihli kararında, itirazın oybirliğiyle reddine karar verilmiştir. Sayılan maddelerden her birine ilişkin yapılan incelemede; eşitlik ilkesi, temel hak ve hürriyetler, kişinin dokunulmazlığı, hak arama hürriyeti ile ailenin korunması ve çocuk hakları yönünden ayrı ayrı itirazın reddine karar verilmiştir.¹¹⁵

¹¹⁵ Kararda ilgili kısım şu şekildedir: “... 18. On beş yaşını doldurmuş çocuklar cinsel farkındalık dönemine girmekle birlikte henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması nedeniyle cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını tam manasıyla kavrayacak sorumluluk duygusuna sahip olamayabileceklerdir. Bu bağlamda çocukların etkin bir şekilde korunması amacıyla getirilen itiraz konusu kuralın demokratik toplumda zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamaya yönelik olmadığı söylenemez.

...
20. Bu bağlamda reşit olmayanlarla cinsel ilişkiye girilmesinin şikâyet halinde ceza yaptırımına tabi tutulmasının, çocukların cinsel dokunulmazlıklarının korunması ve gelişimlerinin olumsuz etkilerden muhafaza edilmesi amacına ulaşma bakımından elverişsiz ve gereksiz olduğu söylenemez.

21. Kurala göre suç sayılan fiilin “Cebir, şiddet ve hile olmaksızın, ...” işlenmesi gerekmektedir. Bundan, belirli bir yaş grubuna dâhil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile on beş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte kural söz konusu fiilin soruşturulmasını şikâyete bağlamıştır. Suçun temel şekli için öngörülen yaptırım ise kural uyarınca iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun takibinin şikâyete bağlı olduğu, suç için öngörülen yaptırımın niteliği ve ağırlığı, verilen hüküm aleyhine kanun yollarına başvurulmasının mümkün olduğu gözetildiğinde kuralın öngördüğü sınırlamanın orantılılık ilkesiyle çelişmediği, bu çerçevede kuralın ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayan bir yönünün de bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

22. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa’nın 13., 20. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın Anayasa’nın 41. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa’nın 13., 20. ve 38. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa’nın 41. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Maddenin ikinci fıkrası, suçun cezayı artıran nitelikli halini düzenlemektedir. Bu durum, “*Suçun Mağdur ile Arasında Evlenme Yasağı Bulunan Kişi Tarafından İşlenmesi*” başlığında ayrıntıları ile ele alınacaktır. Ancak bir noktaya dikkat çekmek gerekir ki, bu fıkra ilk halinde bir unsur daha barındırmaktaydı. Buna göre, fail ile mağdur arasındaki yaş farkı beşten fazla ise, ilk fıkrada öngörülen cezanın iki kat artırılarak verileceği düzenlenmişti. Bu durumda şikâyet şartı da aranmayıp fiile ilişkin soruşturma re’sen başlatılıyordu. Söz konusu düzenleme, Anayasa’nın iki farklı maddesine aykırı olduğu öne sürülerek Anayasa Mahkemesi’ne taşınmıştır. Anayasa’nın 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülen düzenlemeye ilişkin itiraz, makul şekilde gerekçelendirilmiştir. Bu itiraza ilişkin, AYM tarafından 2005/103 E. ve 2005/89 K. sayılı, 23/11/2005 tarihli bir karar verilmiştir. Bu aşamada, itirazın içeriğini ve verilen kararı ele almak yerinde olacaktır.¹¹⁶

Anayasa m. 10’a ilişkin itiraz, kanun önünde herkesin eşit olduğuna ilişkin bir ilke varken, failin yaşça büyük olmasının daha fazla ceza almasına gerekçe olamayacağını savunmuştur. Bu hususta yapılan değerlendirme sonucunda, ilgili suç düzenlemesinin hem itiraz konusu Anayasa m. 10 açısından hem de “adalet” vurgulu Anayasa m. 2 açısından iptali gerektiğine oyçokluğu ile karar verilmiştir. Esas itibarıyla bu yaklaşımın, eşitlik ve adalet ilkeleri ile ne derece ilişkilendirilebileceğini tartışmak gerekir. Çağdaş hukuk sistemlerinde, çocuğa karşı cinsel suçlar açısından yaş farkına dayalı ceza artırımı görülmemiş bir yaklaşım değildir. İlgili karar verilirken her ne kadar itiraz konusu “eşitlik” kavramına ve “adalet” kavramına vurgu yapılmışsa da failin yöneldiği bireyin kendini koruma potansiyeli ve failin ahlaki kötülüğünün muhtemel seviyesi göz önüne alınmamıştır. Kanuni düzenlemelerin getirdiği adalet hem fail hem de mağdur için gereklidir. İlgili düzenlemeyi somut bir örnekle ele almak, açıklamaların temellendirilmesi açısından yararlı olacaktır. Mağdurun 17 yaşında bir çocuk olduğunu varsaydığımızda, 19 yaşındaki faille söz gelimi 35 yaşındaki failin fiile yaklaşımının birbirinden oldukça farklı olacağını kabulü gereklidir. En nihayetinde mağdur birey, 19 yaşındaki faille kendisini akran gördüğünden ve 19 yaşındaki birey de işlediği failin yöneldiği kişi ile aralarında 2 yaş farkı olduğunu anlamlandırdığından, 35 yaşındaki birey kadar çocuğu cinsel yönden sömürme amacı gütmüş sayılmamalıdır. Kanun’un ilk halindeki düzenlemede, failin yaş sınırının en çok 23 olacağını göz önüne almak gereklidir. Gençlik

Kuralın Anayasa’nın 10., 14., 17. ve 36. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.” Kararın tam metni için ayrıca bkz: (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/aym-e-2020-82-k-2021-20-t-18-03-2021-resit-olmayanlarla-iliskide-bulunan-kisilere-ceza-verilmesini-o/4086439/> (Erişim Tarihi: 24.06.2022)

¹¹⁶ Karar metni için bkz: (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/aym-e-2005-103-k-2005-89-t-23-11-2005-resit-olmayanla-cinsel-iliski/387824/> (Erişim Tarihi: 24.06.2022)

yılları içerisinde kalan bu yaşta bir kişinin cinselliğe yaklaşımı ile, söz gelimi 35 yaşına gelmiş bir kişinin cinsel ilişkiye yaklaşımı aynı kefeye konulamamalıdır. Bu noktada, somut olaya geri dönülürse, 19 yaşındaki bireyin işlediği fiilin de suç olduğunu kabul etmekle birlikte, 35 yaşındaki bireyin karşısındaki çocuğu tamamen cinsel yönden sömürme amacı güdeceğinin kabulü gereklidir. Esas bu durumda, iki faili aynı ceza ile cezalandırmak adaletli olmayacaktır. Yaş ve fikir olgunluğuna erişmiş olduğu halde karşısındaki mağdur çocuğu cinsel yönden sömüren 35 yaşındaki bireyin daha ağır ceza ile cezalandırılması, cezalandırmanın amaçları yönünden de daha adil bir yaklaşım olacaktır.

Anayasa m. 41'e ilişkin itiraz, TMK tarafından evliliğe izin verilen yaşlardaki birey ile rızaen cinsel ilişkiye girilmesi ve bu ilişkiden bir çocuk doğması ihtimaline dikkat çekerek, ana ve çocuğun korunması gerekirken ailenin bir unsuru olup anneden 5 yaş veya daha da büyük olan babanın re'sen yapılacak soruşturmayla artırılmış bir cezaya çarptırılmasına karşı çıkmaktadır. Özellikle bu durumun aile birliğinin unsuru olan çocuğun zararına olacağına dikkat çekilmiştir. Her şeyden önce, doğması muhtemel görülen çocuğun hayatını bu derece özenle ele alırken henüz cinsel ilişki kararı verecek durumda olmayan çocuk ile cinsel ilişkiye girilmesini de ele almak gereklidir. Özellikle vurgulanması gerekir ki, suçun kanuni tanımında gösterilen fiilin yöneldiği kişi de bir çocuktur. Bu çocuğun cinsel ilişki nedeniyle hamile kalması ihtimaline dikkat çekilirken kendisi de çocuk olan bir kişinin anne olmak için ne kadar hazır olabileceğini, annelik açısından da hali hazırda geçersiz olan rızası alınsa dahi doğacak çocuğu doğru yetiştirebilecek nitelikte olup olmayacağını tartışılması gereklidir. Söz gelimi hamile kalmış kız çocuk mağdur açısından bir istisna konulması halinde, suçun kanuni tanımında gösterilen fiil işlenirken mağdurun hamile kalmasına özellikle çalışılmayacağı ve bu düzenlemenin kötüye kullanılmayacağını garanti etmek mümkün değildir. Bu nedenle, doğması bir ihtimal olan çocuktan önce suç tarihi itibarıyla hayatta olan mağdur çocuğun korunmasına çalışılmalıdır. Bu durumda, fail ile mağdur arasındaki yaş farkının 5'ten fazla olduğu hallerde, mağdur kız çocuk hamile kalmışsa kürtaj yoluna gidilmeli, doğumun gerçekleşmesi ihtimalinde dahi failin ağır kusuru göz önüne alınarak hareket edilmelidir. Bu hususun TMK açısından ele alınmasına ilişkin itirazlar ise, olaylara doğru açıdan bakılmadığını ispatlar niteliktedir. Bu hususta bizim önerimiz, hukuka uygunluk nedenleri başlığında da ayrıntısıyla açıklayacağımız üzere, cinsel ilişkiye rıza yaşının 16'ya düşürülmesi yönündedir.

AYM'nin iptal kararı sonrasında çıkan 6545 Sayılı Kanun ile, ikinci fıkra yeniden düzenlenmiştir. Kanun gerekçesinde¹¹⁷ ensest ilişkilerin önüne geçilmesini amaçladığı belirtilen yeniden düzenleme ile, TCK m. 104/2 günümüzde yürürlükte olan son halini almıştır.

Maddenin üçüncü fıkrası, 6545 Sayılı Kanun'un gerekçesinde açıklandığı üzere, koruyucu aile ilişkisi içerisinde de çocuğun korunması gerektiği yaklaşımı ile eklenmiştir.

TCK'nın ilk halinde maddede üçüncü fıkra bulunmamaktaydı. İlk halinde iki fıkra olan maddenin ikinci fıkrası, yukarıda açıklandığı üzere, önce AYM kararı ile iptal edilip sonrasında 6545 Sayılı Kanun ile yeniden düzenlenmiştir. Üçüncü fıkra ise, tamamen 6545 Sayılı Kanun ile eklenmiştir. Fıkranın maddeye ek yapılan hali, günümüzde yürürlükte olan halidir ve bugüne dek herhangi bir değişikliğe uğramamıştır.

2. Suçla Korunan Hukuki Değer

Suç kavramı, toplumsal düzeni meydana getiren değerlerin bilinçli veya bilinç dışı olarak ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Bu anlamda, her suçun temelinde bir değere karşı yapılmış haksızlık yatmaktadır.¹¹⁸ İşte “korunan hukuki değer”, kanunda suç olarak tanımlanmış fiilin haksızlığa maruz bıraktığı değerdir.

Korunan hukuki değer, bir fiilin suç olarak kanuna eklenme amacını açıklar. Diğer bir deyişle, saldırı altında olan haklara veya değerlere yönelik kanuni bir koruma sağlanması amacıyla, ilgili hak ve değerlere saldırı niteliğinde olan fiiller suç olarak düzenlenmektedir. İşte korunan hukuki değer kavramı, kanunlarda sayılan suçların işlenmesiyle zedelenmesi muhtemel görünen haklar ve değerler bütünüdür.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile korunan hukuki değere ilişkin birçok değerlendirme yapılmıştır.

Suçun kanuni tanımında gösterilen fiilin mağdur çocuğun sağlıklı gelişimini engelleyeceğini ileri süren bir görüşe göre, korunan hukuki değer çocuğun cinsel özgürlüğüdür. Bu hususun hem suçun düzenlenme biçiminden hem de kanunun lafzından anlaşıldığı

¹¹⁷ 6545 Sayılı Kanun Gerekçesi, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/turk-ceza-kanunu-ile-bazi-kanunlarda-degisiklik-yapilmasina-dair-kanun-gerekceleri/1472564/6545+say%c4%b1%b1+kanun> (Erişim Tarihi: 25.06.2022)

¹¹⁸ Özgenç, İ. (2020). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Bası)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 174.

savunulmuştur.¹¹⁹ Yine korunan hukuki değerin cinsel özgürlük olduğunu savunan bir görüşe göre, çocuğun fizyolojik ve psikolojik olarak sağlıklı gelişimi, cinsel özgürlük kavramının kapsamında kalmaktadır.¹²⁰

Bir başka görüşe göre, suça ilişkin maddenin bulunduğu bölüm başlığında “cinsel dokunulmazlık” ibaresi bulunduğu için, korunan hukuki yarar cinsel özgürlük olarak kabul edilmiştir.¹²¹

Bir başka görüş, korunan hukuki değerin küçüklerin erken yaşta cinsel ilişki ile tanışmasını önlemek olduğunu savunmuştur.¹²²

Bir başka görüş, suçun kanuni tanımında gösterilen fiille çocukların ve dolaylı yoldan toplum ile aile hayatının korunduğunu belirtmiştir.¹²³ Ancak yeni TCK ile bu düşünce büyük oranda terk edilmiştir, korunan hukuki değerin en azından bireysel bir değer olduğu konusunda neredeyse bir fikir birliği bulunmaktadır. Dolayısıyla doktrindeki bu ve benzeri görüşler de Eski Kanun döneminde kalmıştır.

Bu husustaki görüşler yukarıdaki şekillerde olmakla birlikte, belirtmek gerekir ki, kanaatimizce korunan hukuki değer sayılan görüşlerle benzeşmemektedir.

İlk olarak, söz konusu suç ile korunan hukuki değerin “cinsel özgürlük” olduğu ileri sürülmüştür. Şöyle ki, “özgürlük” kavramı Türk Dil Kurumu Sözlüğünde “*Her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu, hürriyet.*”¹²⁴ olarak tanımlanmaktadır. Buradan hareketle “cinsel özgürlük” kavramı, kişinin cinsel iradesini bağımsız olarak yönlendirmesi olarak yorumlanmalıdır. Apaçık belirtmemiz gerekir ki, söz gelimi “cinsel özgürlük” söylemi, sağlıklı gelişimi de kapsayacak şekilde genişletilebilir durumda değildir. Kaldı ki bu noktada Kanun, çocuk bireyin rızasını tanımayarak hali hazırda bir özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Bu husustaki yaklaşımımız böyle olmakla birlikte, söz konusu reşit olmayanla cinsel ilişki fiilinin Kanun’da suç olarak tanımlanmasını da gerekli görmekteyiz. Şu kadar ki, bu fiilin suç olarak tanımlanması bize göre zaruri olmakla birlikte, özgürlüğü koruyan bir düzenleme olarak görülmesi uygun değildir.

¹¹⁹ Aydın, M. (2018). a. e., s. 101.

¹²⁰ Memiş Kartal, P. a. e., s. 2086.

¹²¹ Akdağ, H. (2017). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler. *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(9), 167-188, s. 170.

¹²² Beyazıt, Ö. (2010). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Sayı 1, s. 296.

¹²³ Soyaslan, D. (2010). *Ceza Hukuku Özel Hükümler (8. Baskı)*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, s. 243.

¹²⁴ Türk Dil Kurumu Sözlük, özgürlük ne demek TDK Sözlük Anlamı (sozluk.gov.tr), Erişim: 10.05.2022.

Bir diğerk görüŖe göre, Kanun'da tanımlı suç ile korunan hukuki değerk “cinsel dokunulmazlık” olarak benimsenmiŖtir.¹²⁵ Bu kavramı irdelemek yerinde olacaktır. Kanun'da gösterilen dđrt farklı cinsel suçun bđlüm baŖlıđı olarak dđzenlenmiŖ “cinsel dokunulmazlık”, Kanun'un bireyi önceleyen bir niteliği bulunduğunu ortaya koymaktadır. Kaldı ki, bu kavram her bir suç tipi için ayrı ayrı geçerlidir ve çatı bir değerkdir. Dolayısıyla dđrt suç da ayrı ayrı ele alınırken bu kavrama dayanılabilir. Ancak özele indirgenmiŖ incelemelerde, her bir suç için bahsi geğercek farklı değerkler bulunmaktadır. Dikkat çekmek gerekir ki, inceleme konumuz olan reŖit olmayanla cinsel iliŖki suçunda mağdurun rızası bulunmaktadır. Bu noktada, bireyin cinsel dokunulmazlığına yönelik fiile iliŖkin Devlet bir sorumluluk duymaktadır. Esasında kural olarak rıza kavramı suçu ortadan kaldırırsa da inceleme konusu reŖit olmayanla cinsel iliŖki suçu ağıısından rızanın geğerliliği bulunamamaktadır. Sonuç itibariyle, bu suça iliŖkin korunan hukuki değerkın “cinsel dokunulmazlık” olduğunu iddia etmek yanlıŖ değildir ancak eksik bir tanımlama olduğu kanaatindeyiz.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kanaatimizce inceleme konusu fiilin Kanun'da suç olarak tanımlanması son derece gereklidir. Bu hususta Kanun'da bulunan dđzenlemenin deđiŖtirilmesi gereken yönleri olduğunu kabul etmekle birlikte, söz konusu fiilin suç olarak dđzenlenmesinin özgürlüğu kısıtlayıcı bir etkisi bulunduğunu savunan aksi yöndeki görüŖlere¹²⁶ katılmamaktayız. Bu hususa iliŖkin, “Suçun Konusu” baŖlıđında açıklama yapılıp, reŖit olmayanla cinsel iliŖkinin suç olarak tanımlanmasını hangi sebeplerle gerekli gördüğümüz açıklanacaktır.

Biz, Taner'in de belirttiği gibi¹²⁷, korunan hukuki değerkın çocuğun hem fizyolojik hem de psikolojik olarak sağlıklı bir Ŗekilde geliŖmesi olduğu kanaatindeyiz. Bu noktada çocuğun kendini koruyacak donanımda olmadığının kabulü gerekmektedir. Kanun'da birçok kez zikredilen “algılama yeteneği”nin, 15 yaŖında bulunan bir çocukta tamamen geliŖmiŖ olması kural olarak beklenemeyecektir. Bu anlamda çocuk her ne kadar cinsel iliŖki fiiline rıza göstermekte ise de dđŖünüŖ yapısı henüz geliŖimini tamamlamadığından hayatının ilerleyen dönemlerinde bu durumdan zarar gördüğünü bilse dahi, artık 3 yıl önceki fiile iliŖkin bir Ŗikâyette bulunamayacaktır. Bununla birlikte, suçun temel halinin de re'sen soruŖturulması fiili iŖleyen kiŖinin haklarını kısıtlayacaktır. Öyle ki, kiŖilerin iŖlediđi basit nitelikli fiiller nedeniyle sürekli suçlanma tehdidi altında bulunması, hukuki güvenlik ilkesine aykırı olacaktır. Bir de

¹²⁵ MemiŖ Kartal, P. a. e., s. 2086.

¹²⁶ Taner, F. G. a. e., s. 367.

¹²⁷ Taner, F. G. a. e., s. 366.

karşı açıdan bakmak gerekirse, söz konusu fiilin mutlak surette suç olarak tanımlanmaması durumu, suistimallere yol açabilecek niteliktedir. Şöyle ki, mağdurun fiilin anında öngöremeyeceği muhtemel zararlar nedeniyle sonradan şikayetçi olamaması, kendisinin düşünüş yapısının gelişmemiş olmasından yararlanan failin cezasız kalmasına sebep olacaktır. Yine fail açısından, çocuk ile rızaen de olsa cinsel ilişkiye girilmesi suç olarak düzenlenmediği için, faili henüz kesin kararlar verme yetisi bulunmayan çocuk ile cinsel ilişkiye girmekten alıkoyacak bir neden de olmayacaktır. Böylelikle failer hiçbir engelleme olmaksızın çocukların cinsel gelişimini olumsuz etkileyecek, cinsel yönden sömürüldüğünün sonradan farkına varan çocuğun başvurabileceği hukuki bir yol da bulunamayacaktır.

Çocuğun sağlıklı gelişimi her ne kadar “cinsel özgürlük” kapsamında görülmüşse de bizce Kanun’un bu noktada özgürlükleri kısıtlayıcı bir yapısı bulunmaktadır ve bu şekil gereklidir. Sonuç itibariyle, Kanun’da suç olarak tanımlanmış reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile korunan hukuki değer, bize göre, çocuğun sağlıklı cinsel gelişimini korumaktır.¹²⁸ Bu anlamda amaç, çocuğun sömürülmesinin önüne geçmektir.

3. Suçun Unsurları

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, bir kişinin işlediği fiile suç vasfı verilebilmesi, söz konusu fiilin ceza kanununda düzenlenmiş olmasına bağlıdır. İşlenen fiilin, tanımlanmış suça bir bütün olarak uyum sağlaması ve Kanun’da tanımlanmış unsurların her birini taşıması gerekmektedir.¹²⁹ Suçun kanuni unsurları, Kanun’da tip olarak tanımlanmış suçu meydana getiren bütünlerdir.

Suçun; tipiklik ve hukuka aykırılık olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. İnceleme konumuz olan suç açısından öncelikle tipikliğin maddi/objektif ve manevi/sübjektif unsurlarını, ardından hukuka aykırılık unsurunu inceleyelim.

¹²⁸ Aynı yönde; Taner, F. G., a. e., s. 365, Özbek/Doğan/Bacaksız, *Ceza Özel*, s. 374.

¹²⁹ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 222.

3.1. Tipikliğin Objektif (Maddi) Unsurları

Tipikliğin maddi unsurları, suç olarak tanımlanan fiilin dış dünyada görülebilen yanlarını ifade eder. Diğer bir deyişle, suçun oluşumunda rol oynayan somut öğelere maddi unsurlar denilir.

Bir suçun, diğer suçlardan ayırt edilmesini sağlayan farklılık maddi unsurlarda kendini göstermektedir. Öyle ki, kural olarak her suçun kasten işlendiği kabulü bulunduğundan suç esaslı maddi unsurlarla belirlenir.¹³⁰

Suçun maddi unsurları genel itibariyle; suçun konusu, fail, mağdur, suçun kanuni tanımında gösterilen fiil, suç ile meydana gelen netice, fiil ile netice arasındaki nedensellik (illiyet) bağı ve nitelikli unsurlardır.

3.1.1. Suçun Konusu

Konu kavramı; suç teşkil eden hareketin / hareketlerin yöneldiği şey veya kişinin fiziki varlığını ifade eder.¹³¹ Bununla birlikte suçun konusu, kişinin manevi değerleri de olabilir. Örneğin hakaret suçunda suçun konusu, kişinin şeref ve saygınlığıdır.¹³² Konusu olmayan bir suç düşünülemez, her suç tipinin konusu vardır.¹³³

Suçun konusu, suçla korunan hukuki değerden farklıdır. Suçun konusu, hukuki değer in öznesidir. Diğer bir deyişle, fiil işlendiği sırada suçla korunan hukuki değer ihlal edilirken, suçun konusu söz konusu fiil nedeniyle zarar görmekte veya tehlikeye maruz kalmaktadır.¹³⁴ Korunan hukuki değer, maddi varlığın daha da ötesinde bulunan manevi bir kavramdır. Buna karşın maddi unsurlardan olan suçun konusu, suçu meydana getiren fiilin yöneldiği gerçek konudur.¹³⁵

¹³⁰ Akbulut, B. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler (4. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 211.

¹³¹ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 342; Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 118; Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 307.

¹³² Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 307.

¹³³ Koca, M. ve Üzülmöz, İ., *Ceza Genel*, s. 118; Özgenc, İ. *Ceza Genel*, s. 219.

¹³⁴ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 343.

¹³⁵ Koca, M. ve Üzülmöz, İ. *Ceza Genel*, s. 118.

Bazı suçlarda, mağdur ile suçun konusunun iç içe geçtiği düşünülebilir. Ancak bu iki unsur aynı şeyi ifade etmemektedir. Örneğin kasten öldürme suçunda; mağdur öldürülen kişi iken, suçun konusu mağdur kişinin hayatıdır.¹³⁶

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda suçun konusu, cinsel ilişkiye girilen çocuğun vücut bütünlüğü ve cinsel sağlığıdır.¹³⁷ Yine farklı bir görüşe göre konu, kısaca küçüğün vücududur.¹³⁸

Türk hukukunda çocukların cinsel ilişkiye girmesine ilişkin farklı kanunlarda uyumsuzluk bulunmaktadır. TMK'da evlenme yaşı 17 olarak gösterilmiş¹³⁹ ve hatta 16 yaşındaki bireylerin evlenmesi mümkün kılınmışken¹⁴⁰ evliliğin doğal sonuçlarından biri olan eşlerin cinsel ilişkiye girmesi hususu, TCK'da suç kabul edilmektedir. Bu anlamda, bir düzenlemenin gerekliliğini kabul etmek gerekir.

Doktrinde 104. maddede tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tamamen suç olmaktan çıkarılması gerektiğine dair bu aşamada açıklayacağımız görüşler bulunmaktadır. Buna göre, 15 yaşını doldurduğu halde cinsel ilişkiye rıza gösteremeyen çocuk, herhangi bir açıdan suçun konusunu teşkil edecek durumda değildir. Bu görüşün savunucuları, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kanuna eklenme nedenini toplumsal olarak yorumlamışlardır. Bu hususta dikkat çekilmek istenen düşünce, doktrinde başka yazarlar tarafından destek bulmuştur. Buna göre, evlenme halinde çocuğun ergin oluşu, yalnızca eşi açısından anlam ifade etmelidir. Öyle ki, evlenen küçüğün yalnızca eşi ile girdiği cinsel ilişkinin hukuka uygunluk sebebi sayılması gerektiği belirtilmiştir.¹⁴¹ İşte karşıt görüş, bu yaklaşımda esas amacın çocuğu korumak değil, evlilik öncesinde cinsel ilişki tecrübesinden uzak tutmak olduğunu belirtmektedirler.¹⁴² Esasen bu görüş, suç kapsamında yalnızca cinsel ilişki bulunması açısından oldukça haklıdır. Bizce, 15 yaşını tamamlamış çocuklara sınırsız bir cinsel özgürlük verilmesinin sakıncaları olduğu kabul edilmelidir. Kanun'un çocuklar için sağladığı korumayı toplumsal yorumlamak, doğru bir yaklaşım değildir. Bu nedenle, biz TMK'da olağanüstü hallerde evlenme yaşı olarak gösterilen 16 yaşın doldurulmasının cinsel ilişkiye rıza için yeterli

¹³⁶ Özgenç, İ. *Ceza Genel.* s, 220.

¹³⁷ Aydın, M. (2018). a. e., s. 102.

¹³⁸ Koca, M. ve Üzülmöz, İ. *Ceza Özel.* s. 373.

¹³⁹ TMK m. 124/1: "Erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez."

¹⁴⁰ TMK m. 124/2: "Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. ..."

¹⁴¹ Kanbur, M. N. (2013). Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104), *Ceza Hukuku Dergisi*, 8(21), 33-68, s. 45.

¹⁴² Taner, F. G. a. e., s. 367.

olduğu görüşündeyiz. Böylelikle hem hukuki birlik sağlanacak hem de Kanun gerçek anlamda çocukların korunmasına hizmet eder hale gelecektir.

3.1.2. *Fail ve Mağdur*

Fail ve mağdur, suç ve cezanın konuluş temellerindeki başrollerdir. Failin fiili nedeniyle, mağdur açısından farklı alanlarda hak kaybı yaşanmaktadır. Söz konusu reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ise, fail ve mağdurun tespitinde yer yer tartışmalar bulunmaktadır.

3.1.2.1. *Fail*

Fail, Kanun'da tip olarak düzenlenmiş suçu işleyen kişidir.¹⁴³ Bir suçun mutlaka gerçek kişi bir faili olmalıdır. Çünkü, suç işleme kararı ve iradesini ancak bir gerçek kişi gösterebilir. Ancak kusur yeteneği olan gerçek kişi fail olabilir.¹⁴⁴ Bu anlamda, tüzel kişilerin herhangi bir suçun faili olması mümkün değildir.¹⁴⁵

Faillik, TCK'nın 37. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁴⁶ Türk hukukunda da fail tanımı, evrensel tanımla uyuşmaktadır.

Kanun'da tanımlı suçların, kural olarak, herkes tarafından işlenebileceği kabul edilir. Bazı suçlar ise istisnaen yalnızca belirli kişiler tarafından işlenebilmektedir. Böylesi suçlar, genellikle söz konusu fiili suç olarak düzenleyen kanun maddesinde belirtilmektedir. Örneğin; zimmet, irtikap, rüşvet ve işkence gibi suçlarının oluşması için mutlaka kamu görevlisi bulunmalıdır. Ancak birtakım suçlarda, kanunun lafzı doğrudan faili tanımlamayabilir. Bu şekilde Kanun'da failin kim olabileceği doğrudan belirtilmemişse yorum yolu ile bir tanımlama çıkarılabilir.¹⁴⁷ Örneğin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda failin kim olabileceği doğrudan

¹⁴³ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 330.

¹⁴⁴ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 290.

¹⁴⁵ Koca, M. ve Üzülmez, İ., *Ceza Genel*, s. 114; Özgenç, İ. *Ceza Genel*. s. 213.

¹⁴⁶ TCK m. 37: "(1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

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

¹⁴⁷ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 330.

belirtilmemiştir. Ancak madde başlığı, failin ancak reşit olan kişi olabileceği şeklinde yorum yapmamızı sağlamaktadır.

Türk ceza hukukunda failliğin niteliğine göre üç farklı suç şekli olabilmektedir. Bunlar; herkes tarafından işlenebilen “genel suçlar”, yalnızca kanuni tanımdaki özellikleri taşıyanların fail olabildiği “özgü suçlar” ve kanuni tanımdaki fiili doğrudan failin işlemesi öngörülen “bizzat işlenebilen suçlar” şeklindedir.¹⁴⁸

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda failin tanımı tartışmalı bir husustur.

3.1.2.1.1. Failin Yaşına İlişkin Değerlendirmeler

Failin yaşı, birçok tartışmaya yol açmıştır. 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmayan mağdur ile rızaen cinsel ilişkiye giren failin 18 yaşından büyük olması hali, bu suçun faili olabilmek için tüm görüşlerce gerekli ve yeterli görülmüştür. Bu durumda, kural olarak, herkes bu suçun faili olabilmektedir.¹⁴⁹ Başka hukuk sistemlerinde ve bizim hukukumuzda düzenlenmenin ilk halinde, fail ile mağdurun yaş farkı gözetilerek değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Bizim güncel hukuk sistemimizde ise, fail ile mağdurun yaş farkına ilişkin herhangi bir nüans konulmamış olup failin yaşına ilişkin kanunda boşluk bulunmaktadır. Esas itibarıyla TCK’da failler ergin varsayıлып yaş küçüklüğü kusurluluğu azaltan bir hal olarak ayrıca düzenlenmiştir. Failin 18 yaşından küçük olması hususuna ilişkin ise, belirtildiği üzere, kanunda bir boşluk bulunmaktadır. Bu durumun uygulamaya yansıma şekli doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bu husus, “*Hem Failin Hem De Mağdurun Çocuk Olması Hali*” başlığında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Failin 18 yaşından büyük olması hali, tartışmasız şekilde kabul görmektedir. Ancak madde metninde failin yaşına ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Madde başlığı olan “*Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu*”, failin ancak reşit olan bir kişi olabileceğini düşündürmektedir. Bu durum ise, 18 yaşını doldurmaktan başka reşit olma yollarını gündeme getirmektedir. Kişinin evlenme ile veya mahkeme kararıyla ergin kılınmış ve 18 yaşından küçük bir birey olması ihtimalinde yine de inceleme konusu reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili olup olamayacağı hem failin hem de mağdurun çocuk olması sorunsalını

¹⁴⁸ Koca, M. ve Üzülmüş, İ. *Ceza Genel*, s. 114; Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 290.

¹⁴⁹ Koca, M. ve Üzülmüş, İ. *Ceza Özel*. s. 372

doğuracaktır. Bu durum, “*Hem Failin Hem De Mağdurun Çocuk Olması Hali*” başlığında ayrıntılarıyla ele alınacaktır.

3.1.2.1.2. *Failin Cinsiyetine İlişkin Değerlendirmeler*

Cinsel ilişki tanımından yola çıkıldığında, failin cinsiyetinin ne olabileceğine ilişkin doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Özellikle Eski Kanun döneminde doktrinde cinsel ilişkiyi dar yorumlayanlar arasında, failin mutlaka erkek olması gerektiğine ilişkin görüşler hakimdi. Ancak yeni TCK ile bu düşünce büyük oranda terk edilmiştir.

Kanun lafzından anlaşılan kadarıyla, öncelikle failin cinsel ilişkide taraf olması gereklidir. Özellikle erkek veya kadın cinsiyetinde olması aranmaz. Zira cinsel ilişki sırasında aktif rol oynayan tarafın kadın olması da muhtemeldir.¹⁵⁰ Eski yaklaşımlarda cinsel ilişki fiilinde zarar gören tarafın mutlaka kadın olduğu düşüncesi bulunsa da günümüz hukuk sisteminde kadın ve erkek kanunlar nezdinde eşit olduğundan iki taraf da fail olabilmektedir.¹⁵¹

Doktrinde çoğunluk tarafından kabul gören cinsel ilişki tanımından hareketle, suçun icrası sırasında mutlaka penis bulunması gerektiği için, kadın mağdura karşı kadın fail olamayacağı kabul edilmektedir.¹⁵²

“*Doktrinde Cinsel İlişki Yorumları*” başlığında da ele alacağımız üzere, biz bu suç kapsamının cisim ve organ sokma şeklinde genişletilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Buradan hareketle, bize göre, kadın failin kadın mağdura anüs veya vajina yoluyla cisim veya cinsel organ niteliği taşımayan bir organ sokması hali de bu suç kapsamında kalacaktır. Dolayısıyla, mağdur kadın olsa da failin cinsiyeti kadın olabilecektir.

¹⁵⁰ Koca, M. ve Üzülmöz, İ. *Ceza Özel*. s. 372.

¹⁵¹ Aydın, M. (2018). a. e., s. 102.

¹⁵² Aynı yönde; Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M. a. e., s. 487; Dülger, İ. (1998). *Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlardan Irza Geçme Suçu*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya, s. 92; Koca, M. ve Üzülmöz, İ. *Ceza Özel*. s. 374.

3.1.2.2. Mağdur

Mağdur kelimesi Türk Dil Kurumu Sözlüklerinde “*Haksızlığa uğramış (kimse), kıygın*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁵³ Bu genel anlam, hukuk dilinde benzer bir karşılık bulmaktadır.

Mağdur, Kanun’da tanımlı suçun işlenmesi nedeniyle doğrudan hakkı saldırıya uğrayan kişidir. “*Suçla ihlal edilen varlık ya da değerın sahibi olan ve yaşayan her gerçek kişi mağdurdur.*”¹⁵⁴

Mağdur, suçun konusu olan veya suç konusunun sahibi olan kişidir. Her suçun mutlaka mağduru bulunmaktadır ve mağdur mutlaka yaşayan bir gerçek kişi olmalıdır.¹⁵⁵ Mağdur ile suçun konusu birtakım suçlarda neredeyse birleşmiş gibi görünse de bu iki unsur farklı şeyleri ifade eder. Örneğin hırsızlık suçunda; suçun konusu çalınan eşya iken, mağdur eşyanın sahibi olan gerçek kişidir.¹⁵⁶

Doktrinde mağdurun toplum olup olamayacağı hususunda karşıt görüşler bulunmaktadır. Bu husustaki görüşlerden birine göre; Kanun’da suç olarak gösterilen fiilde mağdur olarak kişi veya kişiler tespit edilip gösterilemiyorsa, mağdurun toplum olduğu kabul edilir.¹⁵⁷ Karşıt görüşe göre ise, mağdur sıfatı ancak yaşayan bir insana ait olabilir. Bu anlamda; insan gruplarının, topluluğun, toplumun, devletlerin veya kurumlar gibi tüzel kişilerin mağdur sıfatı alması söz konusu değildir. Sayılan özneler, bu görüşe göre ancak suçtan zarar gören olabileceklerdir.¹⁵⁸ Bize göre de mağdur sıfatı ancak yaşayan bir insana ait olmalıdır. Toplulukların veya tüzel kişilerin de mağdur sıfatı alması hem teorik anlamda hem de uygulamada büyük sorunlara yol açacaktır. En sade örnekle, mağdur sıfatının topluluklara verilmesi halinde kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan şikâyet hakkını, topluluk adına hangi gerçek kişinin seslendireceği sorunu ortaya çıkacaktır. Öyle ki, topluluğu oluşturan gerçek kişilerden biri şikâyet hakkını kullanmak isterken diğer gerçek kişi şikâyetçi olmak istemezse, mağdur sıfatında bir bölünme yaşanacaktır. Bu durum, hem ceza hukuku sisteminin işleyişini sekteye uğratabilecek hem de hakkı saldırıya uğradığı halde şikâyet hakkını kullanamayan gerçek

¹⁵³ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, mağdur ne demek TDK Sözlük Anlamı (sozluk.gov.tr), (Erişim: 30.05.2022).

¹⁵⁴ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 303.

¹⁵⁵ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 341; Koca, M. ve Üzülmöz İ. a. e., s. 116; Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 303.

¹⁵⁶ Özgenç, İ. *Ceza Genel*, s. 223.

¹⁵⁷ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 341.

¹⁵⁸ Koca, M. ve Üzülmöz, İ., *Ceza Genel*, s. 117; Özgenç, İ. *Ceza Genel*, s. 225.

kişinin “daha mağdur” olmasına sebep olacaktır. Bu ve benzeri nedenlerle, mağdur sıfatının yalnızca yaşayan gerçek kişilere verilmesi yerinde olacaktır.

Mağdur ve suçtan zarar gören kavramları, birbirinden farklıdır. Şu kadar ki, suçtan zarar gören kavramı mağduru da içine alan daha geniş bir kavramdır. Kavramın genişliği, tüzel kişileri de kapsamaktadır. Bahsettiğimiz üzere ancak gerçek kişiler mağdur olabilirken, suçtan zarar gören gerçek veya tüzel kişilikler olabilmektedir.¹⁵⁹

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru, TCK’da apaçık belirtilmiştir. Buna göre mağdur; 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamayan, algılama yeteneği gelişmiş ve cinsel ilişkiye rıza göstermiş olan çocuktur.

3.1.2.2.1. Mağdurun Yaşına İlişkin Değerlendirmeler

Mağdurun yaşı, Kanun lafzında açıkça belirtilmiştir. Buna göre mağdur, 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamayan erkek veya kadındır. Kabul etmek gerekir ki, bu yaş aralığında bulunan çocuklardan bazıları yaşından oldukça küçük gözükürken bazıları da daha olgun bir dış yapıya sahiptir.

Mağdurun yaş durumuna ilişkin ilk tartışma, madde başlığında bulunan “reşit olmayan” ibaresi ile madde metninde gösterilen “on beş yaşını bitirmiş olan” ibaresi arasında bulunan ihtilafıdır. Öyle ki, kişinin medeni hukukta öngörülen hallerde ergin kılınabileceği açıkken, madde başlığı ile madde içeriğinin uyuşmazlığı bir karmaşa yaratmıştır. Bu hususta doktrinde mağdur için öngörülen tanımlama; “15 yaşını tamamlamış, algılama yeteneği bulunan ve ergin olmamış kişiler” şeklindedir.¹⁶⁰ Yine başka bir görüşe göre, evlenmek suretiyle ergin olmuş çocuğun bu suçun mağduru olması mümkün değildir. Kanun Koyucu bu maddeyle, çocuğun cinsel ilişkisinin sonuçlarını kavramakta yetersiz olmasını göz önüne almıştır. Öyleyse, bu görüşe göre evliliğin sonuçlarını kavrayabilen bireyin cinsel ilişkisinin sonuçlarını da kavrayabileceğini kabul etmek gerekir.¹⁶¹

Doktrinde bir görüş, evlilik ile ergin kılınmış çocuğun artık 104. madde kapsamında mağdur sayılmaması gerektiği yönündedir. Bu anlamda, eşler arasında rızaen meydana gelmiş

¹⁵⁹ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 342.

¹⁶⁰ Tuğrul, A.C. (2018). *a. e.*, s. 1180.

¹⁶¹ Koca, M. ve Üzülmez, İ. *Ceza Özel*. s. 373.

olan cinsel ilişkinin ceza hukuku açısından bir suçlayıcı fiil olmadığını savunmaktadırlar.¹⁶² Yine bu görüşe göre, evlenmek ile ergin kılınan çocuğun evlilik içerisindeki cinsel ilişki rızası çocuğa zarar vermezken çocuğun herhangi bir nedenle eşinden başka biriyle cinsel ilişkiye girmesi de bu suç kapsamında olmamalıdır. Başka bir görüşe göre, reşit olmuş kişiye rızası hilafına yöneltilen cinsel saldırı 102. madde kapsamında incelenmelidir.¹⁶³

18 yaşından küçük olanların hukuki yollarla ergin kılınmış olmaları, bu kişileri 18 yaşını tamamlamış hale getirmemektedir. Bu yaklaşıma göre, evlilik yapmış olması kişinin yaşını yükseltmeyeceği için, 18 yaşın altındaki tüm bireyler TCK açısından mağdur statüsünde bulunmaktadır.¹⁶⁴

Bizce mağdurun durumuna ilişkin tartışmaların bu şekilde giderilmesi mümkün değildir. Söz gelimi, mahkeme kararıyla ergin kılınmış bireyin neden bu suçun mağduru olmayacağını açıklayacak bir cevap bulunamayacaktır. Bu nedenle biz, cinsel ilişkiye rıza yaşının 16'ya indirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu durumda, evlenme ile ergin kılınan kişilerin cinsel ilişkiye rızası bulunacağı gibi, farklı nedenlerle ergin kılınmış 15 yaşını doldurmamış çocukların da mağdur statüleri ellerinden alınmamış olacaktır.

3.1.2.2.2. Mağdurun Cinsiyetine İlişkin Değerlendirmeler

Mağdurun cinsiyetinin geleneksel doktrinde hep kadın olarak görüldüğü belirtilmişse de günümüz doktrininde ve modern hukuk sistemlerinde faillik veya mağdurluk yönünden cinsiyete dayalı kıstaslar koymak kabul edilebilir nitelikte değildir.¹⁶⁵

Günümüzde TCK'da bulunan 104. madde düzenlemesi, cinsiyet açısından bir ayrıma gitmemiştir. Kanun hükmü böyle olmasına rağmen, uygulamada hala mağdurun kadın olduğuna dair kararlar çıkmaktadır. Kararlarda özellikle erkek ve aktif olan tarafın fail olarak değerlendirildiği görülmektedir. Ancak, neden bu şekilde bir yaklaşım benimsendiğine dair herhangi bir gerekçe görülmemektedir. Kaldı ki, böylesi bir yaklaşımın bilimsel bir temele

¹⁶² Taner, F. G. a. e., s. 368.

¹⁶³ Akbulut, B. (2019). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği. *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 40, 265-288, s. 283.

¹⁶⁴ Kantarcı, N. (2017). Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu. *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 33, 151-177, s. 162.

¹⁶⁵ Taner, F. G. a. e., s. 369.

oturtulması mümkün değildir.¹⁶⁶ Öyle ki, cinsel ilişkinin taraflarından olan kadın, erkek taraftan yaşça daha büyük olsa dahi kadını mağdur sayarak yargılama yapılması yoluna gidilmektedir.¹⁶⁷ Özellikle “*Hem Failin Hem De Mağdurun Çocuk Olması Hali*” başlığında inceleyeceğimiz üzere, çocuklar arasında gerçekleşen cinsel ilişkilerde bu yaklaşım görülmektedir.¹⁶⁸

Bu hususun giderilmesi için esasen Kanun açısından özellikle belirtme yönünde bir düzenleme yapılması gerekli değildir. Ancak bu şekilde verilmiş hukuka aykırı kararlar, adaletin tecellisini geciktirmektedir. Bu durumda iş, hakimliğin icrasındaki hatalar kulvarında ele alınmalıdır.

Cinsel ilişkinin çoğunlukça kabul gören tanımından hareketle, bu suçun icrası sırasında mutlaka bir erkek tarafın olması gerekmektedir. Yine çoğunluk görüşüne göre bu suçun mağdurunun hem kadın hem de erkek olabileceği kabul edilmekle birlikte, bu suçu kadının kadına karşı işleyemeyeceği belirtilmiştir.¹⁶⁹

3.1.2.3. *Hem Failin Hem De Mağdurun Çocuk Olması Hali*

Reşit olmayanla cinsel ilişki fiilinin çocuklar arasında meydana gelmesi, doktrinde tartışmalı bir husustur.

Tartışma konusu fiilin 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamış iki çocuk arasında karşılıklı rıza ile meydana gelmiş olmasıdır ki, TCK’da boşluk bırakılmış olan bir husustur. Yine bir çocuğun kanuni yollarla ergin kılınması halinde bu suçun faili olup olmayacağı tartışılmaktadır. Doktrinde, failin 18 yaşından büyük olması gerektiği hususu kabul

¹⁶⁶ Sarıgül, A. T. (2021). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail (TCK m. 104). *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 2, 711-754, s. 737.

¹⁶⁷ Özgenç, İ. (2020). Akran Çocuklar Arası Cinsel Birliktelik ve Ceza Hukuku Sorumluluğu Sorunu Türk Uygulamasından Örnekler. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XXIV, Sa. 4, 265-272, s. 266.

¹⁶⁸ Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2012/8899, Karar Numarası: 2014/1766, Karar Tarihi: 17.02.2014. Kararda ilgili kısım şu şekildedir: “*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 haddeden ceza tayini, ...*” (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/y-14-cd-e-2012-8899-k-2014-1766-t-17-02-2014/1741181/%22re%20c5%9fit+olmayanla+cinsel+ili%20c5%9fki%22> (Erişim Tarihi: 26.06.2022).

¹⁶⁹ Tuğrul, A.C. (2018). *a. e.*, s. 1179.

görmüştür.¹⁷⁰ Bizce de fail, mutlaka 18 yaşını tamamlamış bir kişi olmalıdır. Aynı şekilde, 18 yaşını tamamlamadan rıza ile de olsa bir cinsel ilişkiye taraf olmuş çocuk, mağdur sıfatını almalıdır.

Her iki çocuğun da 18 yaş altında olması durumunda, incelenmesi gereken bir husus daha bulunmaktadır. Çocuklardan birisi 15 yaşını tamamlayıp 18 yaşını tamamlamamışken, diğer çocuk 15 yaşın altında ise çocuğun cinsel istismarı suçundan bahsedilir. Bu noktada yaşça büyük olan çocuk, çocuğun cinsel istismarı suçunda fail olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte, TCK m. 31/3'te öngörülen indirimlerin yapılması gereklidir. Yargıtay'ın benzer şekilde gerçekleşip tazminat istemi bulunan bir davada verdiği kararda, cinsel ilişki tarihinde 14 yaşında bulunan mağdura karşı işlenen fiil nedeniyle, mağdurun anne ve babasının da zarar gördüğüne ve tazminata hakları olduğuna hükmedilmiştir.¹⁷¹

Uygulamada, akran çocuklar arasında gerçekleşen cinsel ilişkiler açısından cinsiyete dayalı ayırım yapılmaktadır.¹⁷² Bu anlamda, erkek tarafa ceza verildiği veya henüz soruşturma aşamasında suç unsuru bulunmadığından kovuşturmaya yer olmadığı kararları verildiği görülmüştür.¹⁷³ Birbirinden bu derecede farklı şekilde sonuçlanan muhakeme konusu somut olaylar, doğaldır ki içeriklerinde büyük farklar barındırmaktadır. Ancak kurucu unsurlar olarak mağdur ve fail 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmayan çocuklar olduğunda, hukuken beklenen benzer olaylarda benzer kararlar çıkmasıdır.

Esasen hem fail hem de mağdur çocuk olacağından, tarafların mağdur sanık olacakları belirtilmektedir.¹⁷⁴ Bu anlamda fail ve mağdur vasıfları açısından, suç nedeniyle her iki çocuğun da birbirlerinden şikayetçi olabileceği göz önüne alınmalıdır.¹⁷⁵ Uygulamada durum bu şekildeyken, doktrinde de oldukça farklı görüşler bulunmaktadır. Bu alandaki gruplaşma, öncelikle suçun oluşup oluşmayacağı yönünde olmaktadır.

Gelenekçi doktrinin çocuklar arasında meydana gelmiş olan cinsel ilişki nedeniyle kız çocuğun daha büyük zarara uğradığını, kız çocuğun bekaretini kaybetmesi nedeniyle fiil

¹⁷⁰ Aynı yönde; Kanbur, M. N. (2014). 18.06.2014 Tarih ve 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104), *Ceza Hukuku Dergisi*, 9(26), 97-144, s. 103; Koca, M. ve Üzülmöz, İ. *Ceza Özel*. s. 372; Tuğrul, A.C. (2018). a. e., s. 1179.

¹⁷¹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2014/87, Karar Numarası: 2014/12956, Karar Tarihi: 14.10.2014.

¹⁷² Sarıgül, A. T., a. e., s. 727.

¹⁷³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu Esas Numarası: 2007/5-18, Karar Numarası: 2007/64, Karar Tarihi: 13.03.2007. Kararda erkek çocuk fail olarak gösterilmiş, yaş küçüklüğüne ilişkin gerekli indirimlerin yapılması gerektiğine hükmedilmiştir: "... *saniğin, karar başlığında yazılı suç tarihinde henüz 18 yaşını bitirmediği anlaşılmaktadır.* ..."

¹⁷⁴ Tuğrul, A.C. (2018). a. e., s. 1179.

¹⁷⁵ Sarıgül, A. T., a. e., s. 736.

dolayısıyla son derece etkilendiğini, toplumsal yargılar göz önüne alındığında kız çocuğun geleceğinin ve hayatının somut zorluklar nedeniyle sorunlu hale geleceğini ileri sürdüğü belirtilmektedir. Bu yaklaşımlarla kişilerden çok toplumun geleneksel yargılarının korunduğu belirtilmiştir.¹⁷⁶ Bu görüş, bir açıdan Eski TCK dönemi düzenlemelerine ayna tutmaktadır. Günümüz Türk hukukunda hem kanunen hem de doktrindeki büyük çoğunluk tarafından bu görüş terk edilmiştir.¹⁷⁷ Kabul edilmesi gerekir ki, toplumumuzdaki bakış açısı kanun değişikliği ile birden bambaşka hale gelmemiştir. Günümüzde dahi, toplumun belirli bir kesimi cinsel davranışlar açısından kadın ile erkek bireyleri aynı görmemektedir. Öyle ki, rızaen gerçekleşmiş cinsel ilişki söz konusu iken kadınlara cinsel davranışları nedeniyle farklı etiketler yapılandırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Ancak toplumun bir kesimi bu şekilde düşündüğü için, çağın gereklerinin gerisinde kalmayı seçmek, bize göre doğru bir yaklaşım değildir. Bu noktada, toplumdaki bir kesimin bu durumunu kabullenip hukuku bu şekilde uygulamaktansa hukuku uygulayarak toplumu çağdaş bir seviyeye çekmek yerinde olacaktır.

Bir diğer görüş, 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmayan iki çocuğun karşılıklı rıza ile cinsel ilişkiye girmesi halinde suç unsurlarının oluşmayacağını savunmaktadır. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, cinsel ilişkinin kadın ve erkek tarafları, cinsel ilişki nedeniyle aynı etki altında bulunmaktadırlar. Kaldı ki aksi bir kabul, suç tanımı bakımından aynı kişinin hem fail hem de mağdur kabul edilmesi sonucunu doğuracaktır. Doktrinde çoğunlukla bu görüş desteklenmektedir.¹⁷⁸ Zira suç tanımında rıza ile cinsel ilişkiye giren mağdur için, 15 yaşını bitirmiş olup algılama yeteneğinin gelişmiş olması aranmaktadır. Böylesi bir durumda çocuklardan erkek ya da kız olan arasında faillik yönünden seçim yapılması mümkün değildir. Böylesi bir yaklaşım, Anayasa’da düzelenmiş olan eşitlik ilkesine aykırı olacaktır.¹⁷⁹ Anayasa’da böylesi bir ilke varken ve yine Anayasa’da Devlet’in organları bu ilkeyi uygulamakla yükümlü tutulmuşken¹⁸⁰ en temel organlardan olan yargı kolunda, kanunlarda Anayasa’ya aykırı düzenleme bulunması hem normlar hiyerarşisine aykırı olacak hem de hukuki bütünlük ortadan kalkacaktır. TCK’nın cinsiyet ayırt etmeksizin yaptığı düzenlemede çocukların erken yaşta cinsel ilişkiyle tanışmamaları amaçlanırken fiilin işlenmesi ile erkek

¹⁷⁶ Bayzıt, T. (2017). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, s. 436.

¹⁷⁷ Koca, M. ve Üzülmöz, İ. *Ceza Özel.* s. 372.

¹⁷⁸ Aynı yönde; Aydın, M. (2018). a. e., s. 103; Koca, M. ve Üzülmöz, İ. *Ceza Özel.* s.372; Tuğrul, A. C. a. e., s. 1179.

¹⁷⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 10/2: “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. ...”

¹⁸⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 10/5: “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

çocuk da cinsel ilişki ile erken muhatap olacaktır. Bu durumda, ya her iki çocuk fail sayılacak ya da cezalandırma yoluna gidilmeyecektir. Söz konusu fiilin işlenmesi ile her iki çocuk da yeteri kadar zarar görmüşken üzerine uygulanacak yaptırım yersiz olacaktır. Bu noktada uygulanacak herhangi bir yaptırım, cezalandırmanın amaçlarından hiçbirine hizmet etmeyecektir. Sayılan nedenlerle, başka hukuk sistemlerinde olduğu gibi TCK’da bir düzenleme yapılarak 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamayan, algılama yetenekleri gelişmiş ve karşılıklı rıza ile cinsel ilişkiye girmiş çocukların fiili suç olmaktan çıkarılmalıdır. Bu hususta düzenleme yapılırken rıza kavramının ele alınışı açısından, hukuka uygunluk sebebi olan rıza ile tipikliği ortadan kaldıran rıza kavramlarını titizlikle incelemek gerekir.¹⁸¹ Sayılan nedenlerle, doktrinde 104. maddenin karşılıklı rıza ile cinsel ilişkiye giren çocukları ilgilendirmediği kabul edilmektedir.¹⁸²

Cinsel ilişki rızaya dayalı ise işteştir. Her iki taraf da Kanun’da mağdur için sayılan nitelikleri taşıyan taraflardan birini fail olarak değerlendirmek bizce de hukuka aykırı bir yaklaşım olacaktır. Günümüzde yürürlükte olan TCK’da boşluk bırakılan bu husus, işlenen fiilin cezalandırılmamasını açıklarken doğru kavramlara parmak basmalıdır.

3.1.3. *Fiil*

Ceza hukukunda kullanılan farklı kavramlarla “hareket”, “davranış” veya en kapsayıcı tabirle “fiil”; Kanun’da suç olarak tanımlanmış insan hareketi anlamına gelir.¹⁸³ Bir insan davranışına fiil özelliğini kazandıran, fiilin bir insanın iradesi ile gerçekleşmesi ve belirli bir amaca yönelik olarak yapılıyor olmasıdır.¹⁸⁴

Cezalandırmadan söz edebilmek için, suçun unsurlarından fiilin mutlaka bulunması gerekir. Diğer bir deyişle, düşünceden çıkıp dış dünyaya yansıyan bir eylem, suçun oluşabilmesi için var olmak zorundadır.¹⁸⁵

¹⁸¹ Özgenç, İ. (2020). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIV, Sa. 2*, 251-288, s. 263.

¹⁸² Koca, M. ve Üzülmüş, İ. *Ceza Özel*. s. 372.

¹⁸³ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 218.

¹⁸⁴ Özgenç, İ. *Ceza Genel*. s. 180.

¹⁸⁵ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 219; Özgenç, İ. *Ceza Genel*. s. 179

Bir suçun var olabilmesinin en temel şartı, fiilin bulunmasıdır (nullum crimen sine actione).¹⁸⁶ Suçun oluşabilmesi için fiilin kanuni tipe bire bir uyumlu olması gereklidir. Kanun'da gösterilen tanımla her şeyiyle uyuşmayan fiiller, suç kapsamına sokulamaz. Dış dünyaya yansıyan eylem, ancak kanuni tanıma uygunsu ceza hukuku açısından bir anlam ifade edecektir.¹⁸⁷ Böyle olmakla birlikte, ceza hukukunun alanına giren her somut olayda, öncelikle fiil incelemeye alınır.¹⁸⁸

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda fiil; cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkidir. Bu suç açısından cebir, tehdit ve hilenin hangi anlamlara gelebileceğini tartışmak gereklidir.

Cebir, TDK Sözlüklerinde “Zor, zorlayış.” olarak tanımlanmıştır.¹⁸⁹ TCK içerisinde ise, cebir suçu 108. maddede düzenlenmiştir.¹⁹⁰ 108. madde gerekçesinde; “...*Latince karşılığı "vis compulsiva" olan cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesidir.*

Cebre maruz kalan kişi, bu fiziki gücün meydana getirdiği acının etkisiyle belli bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Cebir hâlinde kişi bir acı hissetmektedir ve bu acının etkisiyle belli bir davranışı gerçekleştirmeye zorlanmaktadır. ...” denilmektedir.¹⁹¹ Buradan hareketle reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından cebir, reşit olmayan mağdurun fiile zorlanmadığı halde cinsel ilişkiye girilmesi anlamına gelmektedir.

Tehdit, kişiyi umulan amacı gerçekleştirmeye yönlendirmek için, eğer istenileni yapmazsa gelecekte bir şekilde zarar göreceğini belirtmektir. Tehdit fiili, ayrıca TCK'da suç olarak düzenlenmiştir.¹⁹² 106. maddenin gerekçesinde; “... *Tehdit hâlinde, gerçekleşmesi failin isteğinin yerine getirilmemesi kaydına bağlı bir tecavüz, kötülük mağdura bildirilmektedir. Tehdidin konusunu, kişinin hayatının veya vücut bütünlüğünün tehlikeye maruz bırakılacağına,*

¹⁸⁶ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 231.

¹⁸⁷ Koca, M. ve Üzülmöz, İ., *Ceza Genel*, s. 122.

¹⁸⁸ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 232.

¹⁸⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Çevrimiçi) cebir ne demek TDK Sözlük Anlamı (sozluk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 26.06.2022)

¹⁹⁰ TCK m. 108: “(1) *Bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanılması halinde, kasten yaralama suçundan verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılarak hükmolunur.*”

¹⁹¹ 5237 sayılı TCK Gerekçesi, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/turk-ceza-kanunu-gerekceler/2677276/5237> (Erişim Tarihi: 26.06.2022)

¹⁹² TCK m. 106/1: “*Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. ... Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikayeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.*”

suç teşkil eden belli bir fiilin işleneceğinin, genel olarak kuvvet kullanılacağına veya herhangi bir kötülüğün, haksızlığın gerçekleştirileceğinin bildirilmesi oluşturmaktadır.

... Suçun oluşması bakımından tehdit konusu kötülüğün gerçekleşip gerçekleşmemesi, önemli değildir. Tehdidin objektif olarak ciddî bir mahiyet arzemesi gerekir. Yani, istenilen yerine getirilmemesi hâlinde tehdit konusu kötülüğün gerçekleşeceği ihtimali objektif olarak mevcut olmalıdır.” denilmektedir.¹⁹³ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından tehdit, mağdurun muhtemel zarar nedeniyle iradesi sakatlanarak cinsel ilişkiye girilmesini ifade etmektedir.

Hile, TDK Sözlüklerinde “*Birini aldatmak, yanıltmak için yapılan düzen, dolap, oyun, ayak oyunu, alavere dalavere, desise, entrika.*” olarak tanımlanmıştır.¹⁹⁴ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından hile, mağdur çocuk aldatılarak cinsel ilişkiye girilmesi anlamına gelir. Yargıtay’ın evlenme vaa dinin hile kapsamında olup olamayacağına ilişkin kararında; evlenme vaa dinin mağdurun iradesini ortadan kaldırıcı etkiye sahip olmadığına hükmedilmiştir.¹⁹⁵

Suç oluşturur fiil açısından, 15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş mağdur ile cebir, tehdit ve hile veya iradeyi etkileyici başka bir neden varken cinsel ilişkiye girilmesi TCK’nın 103/1-b maddesinde gösterilen şekilde, çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturur.¹⁹⁶ Söz konusu fıkra da ayrıca “*iradeyi etkileyen başka bir neden*” kavramı da kullanılmıştır. Bu kavram, 104. maddede “*rıza*” kavramı kullanılmamasına rağmen suçun mağdurun rızası ile işlenebileceği şeklinde yorumlamamızı sağlamıştır. Öyle ki, mağdurun iradesini etkileyen hiçbir neden olmadan cinsel ilişkiye giriyor olması, fiile rızası olduğunu göstermektedir. Buradan hareketle, 15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş mağdur ile cinsel ilişkiye girilirken, ancak mağdurun iradesi üzerinde hiçbir etki bulunmuyorsa 104. maddeden bahsedilebilmektedir. Mağdurun iradesini etkileyen herhangi bir neden cinsel ilişkiye girmesine ortam hazırlıyorsa, burada çocuğun cinsel istismarı suçundan bahsedilecektir.

Cinsel ilişkinin tanımına ilişkin birçok farklı görüş bulunmaktadır. TCK’da ve Kanun’un gerekçesinde “*cinsel ilişki*” kavramından ne anlaşılacağı açıklanmamıştır. Şu kadar anlaşılmalıdır ki, maddede özellikle “*cinsel ilişki*” kavramı kullanıldığından, birtakım farklı

¹⁹³ 5237 sayılı TCK Gerekçesi, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/turk-ceza-kanunu-gerekceler/2677276/5237> (Erişim Tarihi: 27.06.2022)

¹⁹⁴ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 27.06.2022)

¹⁹⁵ Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2014/1552, Karar Numarası: 2015/5994, Karar Tarihi: 30.04.2015.

¹⁹⁶ Sarıgül, A. T. a. e., s. 730.

cinsel davranışların bu kapsama alınmayacağı çıkarılabilir. Özellikle bu kavramın kullanılması, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığında bulunan diğer suçlarda gösterilen “cisim veya organ sokulması” fiilinden kaçınıldığı şeklinde yorumlar yapabilmemize sebebiyet vermiştir. Ancak uygulamada öyle somut olaylar bulunmaktadır ki, bunların cinsel ilişki sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışma yaratmaktadır. Özellikle oral seks, anal seks ve diğer birtakım cinsel tatmin sağlayan davranışların cinsel ilişkiden sayılması veya sayılmaması, bu görüşlerin esas ayırım noktasıdır.

3.1.3.1. Doktrinde Cinsel İlişki Yorumları

Dülger’e göre¹⁹⁷; bir fiile cinsel ilişki denilebilmesi için mutlaka bir erkek cinsel organı bulunmalı, penisin anüse veya vajinaya sokulması fiili gerçekleştirilmelidir. Bu anlamda, cinsel ilişkinin öznelerinden biri muhakkak erkek olmalıdır. Cinsel ilişkinin ikinci öznesi, kadın veya erkek olabilmektedir. Cinsel ilişkinin tarafları kadın ve erkek ise, ilişki anüs veya vajina yoluyla kurulabilmektedir. Cinsel ilişki iki erkek arasında da gerçekleştirilebilmektedir. İki erkek arasında cinsel ilişki yalnızca anüs yoluyla gerçekleşebilmektedir. Ancak iki kadın arasında, kadınların vücut yapısı gereği, cinsel ilişki gerçekleşmesi mümkün değildir. Fail ve mağdurluk açısından, fail olabilmenin şartı penisini başka birine sokmak değildir, bir erkeğin penisini bir yere sokmasını sağlamak yeterlidir. Yine aynı şekilde, reşit olmayan bir erkeğin penisini vajinasına veya anüsüne sokmasını sağlayan kadın da fail sayılmaktadır.

Karabulut’a göre¹⁹⁸; cinsel ilişki tanımı doğrudan madde metnine eklenmelidir. Bu tanımlamanın hem uygulamada hem de doktrinde bulunan tartışmalara engel olacağı düşünülmektedir. Karabulut’a göre madde metninde bulunacak cinsel ilişki tanımı ise şu şekilde yapılmalıdır: “cinsel organın vücuda vajinal, anal veya oral yoldan, sair cismin vücuda vajinal veya anal yoldan ithal edilmesi ile gerçekleşir”.

Özbek / Doğan / Bacaksız’a göre¹⁹⁹; cinsel ilişki kavramının oluşması için “*duhul*” işlemi gereklidir. Bu görüş, anal seksin de cinsel ilişkiden sayılması gerektiğini öngörmektedir. Bu anlamda, yalnızca iki erkek arasında değil, bir erkek ile bir kadın arasında da anal yoldan

¹⁹⁷ Dülger, İ. a. e., s. 92.

¹⁹⁸ Karabulut, T. (2019). Türk Ceza Kanununda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, s. 44.

¹⁹⁹ Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2021). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (16. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 379

ilişkiye girilmesi yeterli görülmüştür. “*Duhul*” eyleminden önce gerçekleşen cinsel davranışlar, sadece sevişme kapsamında görülmüştür. Bununla birlikte, Kanun Koyucunun cinsel ilişki dışındaki her türlü cinsel davranışı 104. madde kapsamında serbest bırakması (mağdura cinsel organ dışında bir organ veya cisim sokulması halleri gibi), korunan değer kapsamında ilişkin soru işaretlerine yol açmıştır. Zira bu görüşe göre, çocuğa yönelik bu davranışlar da cinsel içerik bakımından aynı niteliktedir.

Tezcan / Erdem / Önok’a göre²⁰⁰; cinsel ilişkiden söz edebilmek için erkek cinsel organının anüs veya vajinaya sokulmuş olması gereklidir. Buradan hareketle, cinsel ilişki iki kadın arasında kurulamayacaktır. Suçun oluşması, reşit bir kadının 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmayan erkek çocuğun penisini anüsüne veya vajinasına sokturması ile de olabilmektedir. Bunun dışında, penisin vücudun anüs veya vajinadan başka bir yerine sokulması hali cinsel ilişkiden sayılmamaktadır. Yine herhangi bir cisim vücudun neresine sokulursa sokulsun, anüs ve vajina dahil, cinsel ilişkiden bahsedilemeyecektir. Bu anlamda, tartışmalara yol açan oral seks hususunda da cinsel ilişki oluşmamaktadır.

Aydın’a göre²⁰¹; cinsel ilişki, karşılıklı cinsel tatmine elverişli olarak, kişilerin cinsel tatmin sağlayan organlara herhangi bir şekilde girişi olarak değerlendirilmelidir. Biz bu görüşe kısmen katılmaktayız. Öyle ki, cinsel ilişki kavramını içeren her suç konusunda, mutlaka penis bulunması gerekliliği suçun konulma amacına uygun değildir. Bizim yaklaşımımız, yalnızca oral seks konusunda Aydın’dan ayrılmaktadır. Şöyle ki, biz cinsel ilişki tanımını daha geniş hale getirirken yalnızca cinsel işlevi bulunan organları bu kapsama sokmanın daha doğru olacağı düşüncesindeyiz. Aksi halde, örneğin ağız yoluyla gerçekleştirilen cinsel davranış ile anüs ve vajina yoluyla gerçekleştirilen cinsel ilişkinin kanun nezdinde bir farkı olmayacaktır. Bizce, cinsel davranışların cinsel ilişki noktasına varışından söz etmek için, mutlaka anüs veya vajinaya cisim veya organ sokulması gereklidir.

Koca / Üzülmöz’e göre²⁰²; cinsel ilişki, kadın erkek bireylerin cinsel organlarını kullanarak çiftleşmeleri anlamına gelmektedir. Bu anlamda, anal seksin de cinsel ilişkiden sayılacağına dair tartışma gereksiz görülmüştür. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız görüşlerine göre, cinsel ilişki içeriği 104. maddenin amaçlarını karşılamakta yetersiz kalmaktadır.

²⁰⁰ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M. a. e., s. 487.

²⁰¹ Aydın, M. a. e., s. 107.

²⁰² Koca, M. ve Üzülmöz, İ. *Ceza Özel.* s. 374.

Boga'ya göre²⁰³; cinsel ilişki tanımı, 104. maddede düzenlenen suçla korunan hukuki değeri kapsayıcı düzeyde oldukça geniş yorumlanmalıdır. Buna göre, çocuğun vücudu üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel tatmin amacı taşıyan her türlü davranış cinsel ilişkiden sayılmalıdır.

Aksakal'a göre²⁰⁴; bu suç açısından Kanun Koyucu yetersiz bir düzenleme yapmıştır. Çocuğun cinsel ilişkiden gördüğü zarar, bu görüşe göre, cisim veya organ sokulması ya da oral seks yoluyla da görülebilecektir. Bu nedenle bu görüş, 104. maddedeki fiil unsurunun "cinsel ilişki" yerine "vücuda organ veya sair bir cisim sokulması" şeklinde değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşle büyük oranda benzer düşünsek de, bizce oral seks cinsel ilişki olarak değerlendirilmemelidir.

Bize göre, 104. maddenin içeriğinde fiil olarak "cinsel ilişki" kavramı yerine, "cisim veya organ sokma" kavramının kullanılması yerinde olacaktır. Bizce maddenin bu şekilde düzenlenmesi son derece mühimdir. Zira madde içeriği ile, çocuk kendi rızasına rağmen koruma altına alınmaktadır. Korunan hukuki değere ilişkin daha önce ele alınan tartışmalar göz önüne alındığında, hangi görüş kabul edilirse edilsin "cinsel ilişki" hareketi korunan hukuki değer ve suçun konuluş amacının karşılığı olmaya yetmemektedir. Zira çocukta cinsel ilişki deneyimi ile gerçekleşecek zarar, pekâlâ cisim veya organ sokulması hareketlerinde de gerçekleşmektedir. Bu düzenleme ile, çocuğun erken yaşta cinsel deneyime maruz kalmasının önüne geçilecektir. Bu korumayı sağlamak için cinsel ilişki kavramını genişletmek, ceza hukukunun farklı alanlarında sorun haline gelecektir. Örneğin; "Hayasızca hareketler" başlıklı TCK m. 225, alenen cinsel ilişkide bulunmayı suç olarak düzenlemiştir. Cinsel ilişki tanımı genişletildiği takdirde, bir çiftin halka açık alanda sergilediği basit davranışlar da cinsel ilişki kapsamında görülüp suç haline gelecektir. Dolayısıyla, cinsel ilişki tanımını genişletmek sakıncalı olduğu gibi, gerekli de değildir.

²⁰³ Boga, B. (2020). Türk Ceza Hukukunda Çocukların Fiziksel Mahremiyetine İlişkin Görüntülerinin Kaydedilmesi ve Yayılmasının Cezalandırılması Üzerine Bir Değerlendirme. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 33-61, s. 41.

²⁰⁴ Aksakal, E. (2014). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, *İstanbul Barosu Dergisi*, 88(2), 257-275, s. 260.

3.1.3.2. Yargıtay'ın Cinsel İlişki Yaklaşımı

Yargıtay'ın cinsel ilişki tanımı, doktrinde çoğunluğun desteklediği görüşle uyumaktadır. Şöyle ki, cinsel ilişkinin varlığından söz edilebilmesi için mutlaka penisin, anüs veya vajinaya sokulması gerektiği yönünde kararlar verilmektedir.

Yargıtay'ın bu hususta verdiği bir kararda²⁰⁵; “*Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde belirtilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak anlaşılması karşısında, mahkemece sanığın olay günü on altı yaşındaki mağdurenin cinsel organına parmak sokması şeklinde gerçekleşen eyleminde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi, ...*” denilmektedir.

Yine farklı bir kararda, oral seksin de cinsel ilişki sayılamayacağı belirtilmiştir.²⁰⁶

3.1.4. İlgilinin Rızası ve Rızanın Geçerliliği Sorunu

İlgilinin rızası, ceza hukukunda kural olarak bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Ancak bir istisna olarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun meydana gelmesi, mağdurun fiile rıza göstermesi ile mümkündür. Bu anlamda ilgilinin rızası, söz konusu suçun bir olumsuz unsurunu teşkil etmektedir. Bu nedenle ilgilinin rızası kavramı, suçun unsurları arasında ele alınacaktır.

İlgilinin rızası kavramı, Romalı hukukçu Ulpian'ın doktrininden günümüze kadar gelmiştir. Söz konusu hukuka uygunluk nedeni, şu hukuki deyimle bilinir: “*Volenti non fit iniuria (rıza üzerine işlenen fiil haksızlık teşkil etmez)*”.²⁰⁷

²⁰⁵ Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2017/1587, Karar Numarası: 2021/4407, Karar Tarihi: 21.06.2021.

²⁰⁶ Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2017/8585, Karar Numarası: 2020/5905, Karar Tarihi: 16.12.2020. Kararda ilgili kısım şu şekildedir; “... sanığın olay günü on altı yaşındaki mağdurun hukuken geçerli rızasına istinaden ağzına cinsel organını sokmaya çalışması şeklinde gerçekleşen eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmayacağı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” Kararın tam metni için ayrıca bkz: (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/y-14-cd-e-2017-8585-k-2020-5905-t-16-12-2020/4030800/> (Erişim Tarihi: 08.07.2022).

²⁰⁷ Koca, M. ve Üzülmez, İ., *Ceza Genel*, s. 288; Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. a. e., s. 472.

İlgilinin rızası, “suçla korunan hukuki değerın sahibi, ihlale rıza gösterdiğinde, bu rızanın hukuka aykırılık unsuruna etkide bulunması ve fiili hukuka uygun hale getirmesi” olarak tanımlanmaktadır.²⁰⁸ Bir etki olarak ilgilinin rızası, işlevsel hukuk sistemlerinin işleyişinden bu yana bir hukuka uygunluk nedeni sayılmıştır. Günümüzdeki hukuki durumuna gelene dek birçok kez değişikliğe uğramış olan kavram, bugün farklı hukuk sistemlerinde farklı şekillerde bulunabilmektedir.

Türk hukukunda ilgilinin rızası, 765 sayılı Eski TCK’da tanımlanmamıştır. Ancak günümüzde, esasen bir hukuka uygunluk nedeni olarak TCK m. 26/2’de gösterilmiştir. Düzenleme şu şekildedir:

“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”

Rızanın yokluğu, suçun maddi unsuru sayılabilecek bir olumsuz unsur teşkil etmektedir: “Suçun olumsuz unsurları teorisi”.²⁰⁹ Bu yaklaşım, hukuka uygunluk nedeni olarak rızanın bulunmasına negatif yönlü bir bakış açısı getirmiştir. Buna göre, kural olarak rıza fiili hukuka uygun hale getirdiği gibi, fiilin hukuka aykırı olması için de rıza hilafına bir davranış gerekli görülmüştür.

3.1.4.1. İlgilinin Rızasında Geçerlilik Şartları

Günümüz Türk ceza hukuku sisteminde rıza, bazı suçlar açısından fiilleri hukuka uygun hale getirebilmektedir.²¹⁰ İlgilinin rızasını bir hukuka uygunluk nedeni olarak gösterebilmek için birtakım şartların oluşmuş olması gerekir. Bu şartlar şunlardır; mutlak surette tasarruf gücü, rızaya ehil olmak ve rızanın en azından somut olay anında verilmiş olması. Bu şartları ayrı ayrı ele almak yerinde olacaktır.

²⁰⁸ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 472.

²⁰⁹ Özgenç, İ. *Ceza Genel*. s. 376. Teori, eserde Alman Hukuku atfı ile gösterilmiştir: *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen*.

²¹⁰ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 473.

3.1.4.1.1. Mutlak Surette Tasarruf Gücü

Somut olayda kişinin mutlak surette tasarruf gücüne sahip olabileceği bir hak bakımından inceleme yapılıyor olması gerekir. Mutlak surette tasarruf gücü, kural olarak, hak üzerinde herhangi bir hukuki sınırlama olmaması anlamına gelir.

Kişinin bir hak üzerinde sınırsız bir tasarruf gücüne sahip olması için, hak iddia ettiği konunun bireysel olması gereklidir. Diğer bir deyişle, örneğin mağduru bir topluluk olan suçlar açısından, toplumu oluşturan ilgililerden gelecek rıza bildiriminin önemi yoktur.²¹¹

Kişilerin mutlak surette tasarruf gücünü haiz olmadığı haklar açısından verdiği rıza, fiili hukuka aykırı olmaktan alıkoymaz.²¹²

3.1.4.1.2. Rızaya Ehliyet

Rıza gösteren kişinin bu beyanı vermeye ehil olması gereklidir. Bu ehil olma şartının gerçekleşmesi için, ilk önce kişinin rıza vereceği şeyle ilgili hak sahibi olması gereklidir. Bundan başka, hak birden çok kişiye aitse, her kişinin ayrı ayrı rızasının alınmalıdır.

Doktrindeki bir görüşe göre ceza hukuku açısından rıza ehliyeti, TMK'daki fiil ehliyeti veya kusur yeteneğinden farklıdır. Bir kişinin ceza hukuku açısından rıza ehliyetine sahip sayılması için kişi; söz konusu hakka ilişkin karar verecek yaşta olmalı, fiilin ağırlığını algılayacak durumda olmalı, fiile rıza göstermesi ile ortaya çıkacak sonuç nedeniyle hangi menfaatlerinin zedeleneceğini veya ortadan kalkacağını algılayabilecek durumda olmalıdır. İlgili, kendisine yönelen fiile ilişkin ancak kendisi rıza gösterebilir. Diğer bir deyişle, rıza göstermek kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır.²¹³

²¹¹ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 446.

²¹² Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 473.

²¹³ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 450.

Doktrinadaki farklı bir görüşe göre ise, temyiz kudretine sahip olan herkes rıza vermeye ehildir. TMK m. 10²¹⁴, m. 13²¹⁵ ve m. 15'in²¹⁶ dayanak gösterildiği bu görüş, ayrıca ceza hukukunda gösterilen bir şart bulunmadıkça bu kuralların geçerli olduğunu ileri sürmüştür.²¹⁷

AYM'nin rıza hususundaki yaklaşımı, doğrudan doğruya yaşa dayanmaktadır.²¹⁸ Bu hususa ilişkin bir kararında; "... Görüldüğü üzere 5237 sayılı Kanun, on beş yaşından büyük çocuklara cinsel yönden tam bir özgürlük tanımamıştır. Bu çocuklar temyiz kudretini haiz olsalar bile rızalarıyla gerçekleştirdikleri cinsel ilişkinin hukuki ve fiili sonuçlarını tam olarak öngörememeleri dikkate alınarak kanun koyucu tarafından bunların zamansız cinsel deneyimlere karşı korunmaları istenmiştir. 5237 sayılı Kanun'da çocukların cinsel istismar eylemlerine karşı etkin bir şekilde korunmalarını sağlamak amacıyla "cinsel ilişkiye rıza yaşı", başka bir deyişle "cinsel erginlik yaşı" on sekiz olarak belirlenmiştir. ..." denilmektedir. Bu noktada Mahkeme, çocuğun her türlü algılama yeteneğinin gelişmiş olmasını ve iradesiyle cinsel ilişkiye girmesini, fiili hukuka uygun hale getirmek adına yeterli görmemektedir. Biz, AYM'nin bu görüşüne katılmaktayız. Bizce reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile korunan hukuki değer de çocuğun sağlıklı gelişimi olduğu için, 15 yaşını tamamlamış da olsa bireyin cinsel ilişki gibi önemli bir fiile rıza gösterecek yeterliliğe ulaşmamış olacağını kabul etmekteyiz.

3.1.4.1.3. Rızanın Verildiği An

Fiilden önce veya fiilin icrası sırasında doğrudan ilginin rıza beyanında bulunması gereklidir.²¹⁹ Fiil mağdurun rızası hilafına işlendikten sonra verilen rıza, hukuken bir anlam ifade etmez. Kaldı ki "rıza", TDK Sözlüklerinde "*Razı olma, isteme, istek.*" olarak tanımlanmıştır.²²⁰ Tanımdan da anlaşılacağı kadarıyla, rıza göstermek, bir şeyin olmasını istemek

²¹⁴ TMK m. 10: "*Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.*"

²¹⁵ TMK m. 13: "*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.*"

²¹⁶ TMK m. 15: "*Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz.*"

²¹⁷ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 478.

²¹⁸ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Başvuru Numarası: 2013/3262, Resmi Gazete Sayısı: 29855, Resmi Gazete Tarihi: 12.10.2016, Karar Tarihi: 11.05.2016

²¹⁹ Koca, M. ve Üzülmüş, İ., *Ceza Genel*, s. 293; Akbulut, *Ceza Genel*, s. 446.

²²⁰ TDK Sözlükleri, (Çevrimiçi) rıza ne demek TDK Sözlük Anlamı (sozluk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 05.06.2022)

anlamına gelmektedir. Bu anlamda, bir fiil gerçekleştikten sonra ilgisinin ne istediğinin önemi kalmamaktadır.

Fiilin icra hareketleri rıza ile başlamış olsa bile, rıza ortadan kalktığı an fiilin icrasına devam edilmesi hukuka aykırı olacaktır. Fiilden sonra verilen rızaya “icazet” adı verilir. İcazet, fiili hukuka uygun hale getirmez.²²¹

3.1.4.2. Rıza Gösterilebilen Fiiller

Kişilerin kendilerine yönelik her türlü fiile rıza göstermeleri mümkün değildir. Kişi kendine ait belirli haklara yönelik, suç oluşturan fiillere rızasını açıklayarak bu fiilleri hukuka uygun hale getirebilmektedir.²²² Bu haklardan başka hususlarda kişinin rızası hukuken geçerli olmamaktadır. Bu durumda, hukuk düzeninin kişiyi kendisinden dahi koruduğu söylenebilir. Örneğin hukukumuzdaki ötenazi yasağı, kişinin kendi yaşam hakkı üzerinde mutlak surette tasarruf gücü olmadığını göstergesidir.

Kişinin hangi haklar üzerinde mutlak tasarruf gücü olduğunu sayıp dökmek mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle, örneğin kişinin bir irade göstermesine müsaade eden takibi şikâyete bağlı suçlar açısından, mağdurun tasarruf gücü olduğunu kabul etmek gerekir.²²³

Re’sen soruşturulan suçlar açısından, mağdurun şikayetçi olup olmaması önemli değildir. Kanun Koyucunun toplumu korumayı amaçladığı şeklinde yorumlanabilecek bu düzenlemeler açısından, ilgisinin rıza açıklamasının hukuki karşılığı yoktur. Örneğin, kişinin bir başkasının kendisini yaralamasına veya öldürmesine rıza göstermesi, fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir.²²⁴

3.1.4.3. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Açısından İlgilinin Rızası

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, mağdur çocuğun açıkladığı rıza geçersizdir. Söz konusu reşit olmayanla cinsel ilişki eyleminde mağdur çocuğun gösterdiği rıza, cinsel ilişki

²²¹ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 480.

²²² Özgenç, İ. *Ceza Genel*. s. 377.

²²³ Koca, M. ve Üzülmöz, İ. *Ceza Genel*, s. 295.

²²⁴ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 473.

eylemine hukuka uygun hale getirmemektedir ve cezai sorumluluğu ortadan kaldıracak bir etki sağlayamamaktadır.

Mağdur çocuğun bu fiil nedeniyle şikayetçi olmaması veya şikayetçi olup sonradan şikayetini geri çekmesi, fiili hukuka uygun hale getirmemektedir. Şikâyet bu aşamada yalnızca bir soruşturma ve kovuşturma koşulu olarak bulunmaktadır.²²⁵

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda fiili cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişki oluşturmaktadır. Ayrıca 103. madde, 15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş çocuk ile iradesini etkileyecek bir nedenle cinsel ilişkiye girilmesini suç olarak düzenlemiştir. Buradan hareketle, çocuğun iradesiyle verilmiş olan rızası suçun bir unsurunu teşkil etmektedir, yorumunu yapmaktayız. Bu rızanın iradeyi sakatlayarak alınması veya hiç alınmaması halinde, çocuğun cinsel istismarı suçu vücut bulacaktır.²²⁶

AYM'ye yapılan bir bireysel başvuruda, cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile ilgili araştırma yapılırken çocuk mağdurların rızasının geçerli olup olmayacağına ilişkin olarak, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdurun rızasının geçersiz olduğunu kabul eden Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararına atıfta bulunulmuştur.²²⁷

Çocuğa karşı cinsel içerikli davranışlarda rıza kavramı ele alınırken, fiilin yöneldiği çocuğun durumu ve cinsel davranışın boyutu önem arz etmektedir. “Cinsel davranış” kavramı, fiilin cinsel amaçlı olması ile birlikte aşamalı ilerleyen bir süreci açıklar. Buna göre, cinsel davranışın son raddesi olan “cinsel ilişki” ayrıca ele alınmaktadır. Dikkat edilmesi gerekir ki, cinsel ilişki boyutuna varmamış cinsel davranışlar, uygun şartlarda suç oluşturmayan kapsamda kalabilmektedir.

²²⁵ Özgenç, İ. *Ceza Genel.* s. 387.

²²⁶ Aydın, M. a. e., s. 108.

²²⁷ Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Başvuru Numarası: 2013/3262, Resmi Gazete Sayısı: 29855, Resmi Gazete Tarihi: 12.10.2016, Karar Tarihi: 11.05.2016. Z. C. Başvurusu nedeniyle verilen kararda, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11/3/2008 tarihli ve E.2007/5-253, K.2008/52 sayılı kararına atıfta bulunulmuştur. Atıfta ilgili kısım şu şekildedir:

“...TCY'nin 104. maddesinde de, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir. Bu nedenle çocuklara karşı cinsel amaçlı olarak işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının da iki kategoride ele alınması . gerekmektedir: Birinci kategoride yer alan "onbeş yaşını tamamlamamış " çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunda, çocukların rızalarının hukukten değer ifade etmediği konusunda herhangi bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. İkinci kategoride yer alan "onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış" çocuklara karşı işlenen "cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma" suçunda çocukların rızalarının bu suç açısından 5237 sayılı TCY'nin 26/2. maddesi anlamında hukuka uygunluk nedeni oluşturup oluşturmadığı konusu tartışmalı olup esasen uyumsuzluğun esasını oluşturmaktadır. ...”

Fiilin yöneldiği çocuğun durumu, algılama yeteneğinin gelişme düzeyine ve yaşına göre ele alınmaktadır. 15 yaşın altında bulunan çocukların algılama yeteneklerinin, herhangi bir cinsel davranışa rıza göstermeye yetmeyeceği kabul edilmektedir. Bu nedenle 15 yaş altındaki çocuklara karşı işlenmiş, cinsel temas içeren her türlü cinsel davranış TCK m. 103 kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak 15 yaşından sonra, çocuğun algılama düzeyinin cinsel anlamda belirli bir düzeyde geliştiği kabul edilmiştir. Bu noktada, 15 yaşını dolduran çocukların cinsel davranışlara verdiği rızanın geçerli olduğunu belirtmek gerekir. Bu yaşlarda çocuklar, cinsel ilişki boyutuna varmayan her türlü cinsel davranışa rıza gösterebilmektedir.

Hal böyle olmakla birlikte, inceleme konusu reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ilgilinin rızası tanınmamaktadır. Bu noktada, Kanun'da ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak belirtilmişken rıza ile girilen bir cinsel ilişkinin suç olarak tanımlanmasında çelişkiler doğacağına ilişkin görüşler bulunmaktadır. Öyle ki, bu durumun TCK'da başka bir eşi bulunmayan bir husus olduğuna dikkat çekilmiştir.²²⁸ Biz bu görüşe katılmamaktayız. Şöyle ki, ileri sürüldüğü üzere "ilgilinin rızası" hukuka uygun nedeni olarak gösterilirken kişinin işlenen fiilin yöneldiği değere ilişkin mutlak surette tasarruf edebilme gücünü haiz olması aranmıştır.²²⁹ Kanun'un inceleme konusu reşit olmayanla cinsel ilişki fiilini suç olarak düzenlerken esasen dikkat çektiği husus, henüz 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamayan çocuğun cinsel ilişkiye rıza gösterebilecek derecede tasarruf yetkinliğinin bulunmadığına işaret etmektir. Bu noktada Kanun Koyucu sorumluluk almış, çocuk bireylerin cinsel ilişkide özne olamayacağını ve böylesi durumdan korunması gerektiği refleksiyle hareket etmiştir. Söz gelimi ilgilinin rızasının suçu ortadan kaldıracağına ilişkin görüş, inceleme konusu reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdur çocuğun henüz cinsel ilişki kararı verecek düşünce olgunluğuna erişmemiş olduğu ve bu hakkı üzerinde tasarruf edemeyeceği için, sağlam bir temele oturtulamamıştır.

Mağdurun rıza yaşı TMK ile uyumlu hale getirilmelidir. Mevcut düzenleme ile, çocuk evlenme ile ergin kılınsa dahi 18 yaşından küçük olduğu için cinsel ilişkiye özne olması suç teşkil edecek bir eylemdir. Bir hukuk sisteminin 16 yaşındaki çocuğun evlenmesine olur verirken evli kişinin cinsel ilişkiye girmesini cezalandırması tutarlı bir yaklaşım olmayacaktır. Bu durumda yapılabilecek iki şey bulunmaktadır; ya cinsel ilişkiye rıza yaşı 16'ya düşürülmeli ya da 18 yaşından önce evliliğe müsaade edilmemelidir. Bu nedenle, hem kendi iç hukuk sistemimizde tutarlı bir yol izlemek hem de uluslararası hukuk sistemlerine uyum sağlamak amacıyla cinsel ilişkiye rıza yaşının 16'ya düşürülmesi yerinde olacaktır. Aksi halde, kişilerin

²²⁸ Doğan, R. a. e., s. 130.

18 yaşından önce evlenmesinin önüne geçilmesi gerekmektedir. Bu durumda da TMK'nın evlilik yaşını 16 olarak gösterdiği olağanüstü haller dahilinde de evlenilmesi mümkün olmayacaktır. Böylesi bir engelleme, medeni hukuk açısından farklı sorunları gündeme getirecektir. Ayrıca henüz cinsel ilişki kararını vermek için yetersiz görülen çocuğun evliliğin getirdiği sorumlulukları eksiksiz yerine getirmesini beklemek, gerçekçi bir yaklaşım olmayacaktır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki sonrası evlilik gerçekleştiğinde birtakım çevrelerce Anayasal hükümlere dayanarak artık aile hayatının korunması gerektiğine ilişkin yönlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. Daha önce İkinci Bölüm başında bulunan “Genel Olarak” başlığında incelediğimiz üzere, bu söylemler AYM'ye de taşınmış ancak bizce de bu yönden hukuka aykırı olan istemler reddedilmiştir. Böylesi bir durum, Eski Kanun döneminde bulunan ve evlenme ile suçun cezasının tecil edilmesine ilişkin düzenlemeyi yeniden gündeme getirecektir. Esas itibarıyla bir hukuki bunalım olan bu durum, doktrinde “insanlık dışı” olarak nitelendirilmiştir.²³⁰ Failin bu şekilde cezadan kaçması ve mağdurun daha da büyük mağduriyetler yaşamasına neden olan bu düzenleme, günümüz modern hukuk sistemi için felaket düzeyindedir. Kaldı ki önerildiği üzere evlenme ile suçun görmezden gelinmesi hali, yine Anayasal temeli olan eşitlik ilkesine gölge düşürecektir. Öyle ki, 16-17 yaşlarında bulunan çocukların evli iken cinsel ilişkiye rıza gösterip evlenmeden bu rızayı gösterememesi, çocukların cinsel özgürlük düzeyleri açısından ayırık bir durum meydana getirecektir.²³¹ Bu yaklaşım, yine Anayasal temeli bulunan, aynı durumda olanlara aynı şekilde muamele edilmesini öngören adalet ilkesini de zedeleyecektir.

3.1.5. *Netice*

“Netice” kavramı, TDK Sözlüklerinde kısaca “*sonuç*” anlamına gelmektedir.²³² Ceza hukuku açısından ise kavram, bir suç nedeniyle meydana gelen sonucu açıklar. Netice, fiilin işlenmesi nedeniyle dış dünyada meydana gelen değişikliktir.²³³

²³⁰ Özgenç, İ. (2020). Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIV, Sa. 1, s. 272.*

²³¹ Yokuş Sevik, H. (2015). 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, s. 137.*

²³² Türk Dil Kurumu Sözlükleri, netice ne demek TDK Sözlük Anlamı (sozluk.gov.tr), (Erişim: 29.05.2022)

²³³ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 269.

Netice, Kanun'un suçun tamamlanmasını aradığı suçlar açısından önem taşımaktadır. Bunun dışında, suç nedeniyle ortaya çıkan sonucun ceza hukuku nezdinde bir karşılığı yoktur.²³⁴ Bu gibi suçlarda fiil ile netice birbirinden ayrılamaz nitelikte olduğu için, yalnızca fiil üzerine ve fiilin nitelikleri hakkında tartışma yapılması daha uygundur.

Klasik suç teorisine göre, her suç ile birlikte mutlaka bir netice meydana gelir. Ancak bazı durumlarda fiil ve netice birbirinden ayrılabilir nitelikte iken, bazı durumlarda fiil ile bitişiktir. Ancak günümüzde bu “*neticesiz suç yoktur*” görüşü desteklenmemektedir.²³⁵ Doktrindeki farklı bir görüşe göre ise, her suç ile birlikte bir netice oluşacağı anlayışı doğru değildir.²³⁶ Bu durumda, fiil ile neticenin birbiri ile bitişik veya ayrılabilir oluşuna göre yapılacak ayırım da gereksizdir.²³⁷ Bu ayırımı oluşturan iki durum, ceza hukukunda suçun oluşumu açısından kesin farklılıklar yaratmaktadır.

Kanun'un sınıflandırmasında suçlar netice bakımından, sırf hareket suçları ve neticeli suçlar olmak üzere ikili sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Sırf hareket suçları, bahsettiğimiz üzere, suçun kanuni tanımında gösterilen fiilin sonucu ile ilgisi bulunmayan suçlardır. Bu tip suçlar, Kanun'da suç olarak tanımlanan fiilin işlenmesi ile gerçekleşmiş olurlar. Fiilin işlenmesinden sonra meydana gelecek neticeye, suçun kanuni tanımında gösterilen fiil açısından ihtiyaç yoktur.²³⁸ Neticeli suçlarda ise, suçun işlenmesi sonrasında Kanun'da öngörülen neticenin meydana gelmesi gerekir. Bu tip suç için tipik örnek, TCK m. 81'de düzenlenen kasten öldürme suçudur.²³⁹ Bu suçta eylem, kişiye öldürmek saikiyle yapılan saldırı anıdır. Saldırı anından sonra kişi bir şekilde hayatta kalmayı başarır, kasten öldürme suçundan bahsedilemez. Görüldüğü üzere, mağdur kişinin kendisini öldürmek üzere yapılan hareket nedeniyle ölmesi, ölüm neticesinin gerçekleşmesi gerekmektedir.²⁴⁰

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, kanuni tanımından da anlaşılacağı üzere, sırf hareket suçudur. Fail ile mağdur arasında cinsel ilişki kurulduğu anda suç tanımlanır. Daha açık bir anlatımla, suçun özneleri arasında penisin anüs veya vajinaya girmesi ile birlikte suç gerçekleştirilmiş olur. Bu anlamda, cinsel ilişkinin belirli bir süre devam etmesi, tarafların cinsel tatmine ulaşmaları veya buna benzer herhangi bir netice aranmamaktadır.

²³⁴ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 278.

²³⁵ Koca, M. ve Üzülmöz, İ., *Ceza Genel*, s. 128.

²³⁶ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, Genel, s. 269.

²³⁷ Özgenç, İ. *Ceza Genel*, s. 190.

²³⁸ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 269.

²³⁹ TCK m. 81: “Bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.”

²⁴⁰ Koca, M. ve Üzülmöz, İ., *Ceza Genel*, s. 131.

Nedensellik bağının önem kazandığı suçlar, Kanun'da gösterilmiş olan neticeli suçlardır. Özellikle bu suçlarda fiil ve neticenin gerçekleşme anı birbirinden ayrılabilirdi için, fiil ile netice arasındaki illiyet bağı böylesi suçlarda aranır. Daha önce değindiğimiz üzere, Kanun'da doğrudan neticenin aranmadığı suçlarda nedensellik bağı aramak gerekli değildir.²⁴¹

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, sırf hareket suçu niteliğindedir. Dolayısıyla, bu suçta netice aranmadığından nedensellik bağı aranması da gerekli değildir.

3.1.6. Suçun Nitelikli Halleri

Ceza kanununda bir suç düzenlenirken, suçun temel hali yanında daha ağır veya daha hafif cezayı gerektiren halleri de düzenlenmektedir. Bu hallere, suçun nitelikli halleri denir.²⁴²

Suçun nitelikli halleri, cezayı artıran nitelikli hal ve cezayı azaltan nitelikli hal olmak üzere iki çeşittir. Nitelikli halden bahsedilmesi için, Kanun'da tanımlı suçun temel hali oluşmakla birlikte, suçun nispeten daha hafif ve daha ağır cezayı gerektiren hallerinin işlenmesi gerekmektedir.

Suçun nitelikli halleri, öncelikle suçun temel halini kapsamalıdır. Diğer bir deyişle, suçun nitelikli hali de ilk önce temel suçu oluşturmalıdır. Temel suçu oluşturmayan bir nitelikli hal bulunması düşünülemez. Bunun yanında, nitelikli halin temel suçun üzerine en az bir özel unsur daha barındırması gerekir.²⁴³

Suçun kanuni tanımında gösterilen fiilin düzenlendiği maddede veya devamı maddelerinde, suçun cezayı artıran ve azaltan nitelikli halleri de gösterilmelidir. Bunun dışında, örneğin haksız tahrik cezayı azaltan bir nitelikli hal değildir.

Nitelikli haller düzenlenirken; fiilin nasıl işlendiği, ne zaman ve nerede işlendiği, fail ve mağdura özgü haller, fail ile mağdurun bağı, suçun konusu ve suçun hangi amaçla işlendiği gibi hususlar göz önüne alınmıştır.²⁴⁴ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda düzenlenmiş olan her iki nitelikli hal de fail ile mağdur arasındaki ilişkiye dayandırılmaktadır.

²⁴¹ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 281; Koca, M. ve Üzülmöz, İ., *Ceza Genel*, s. 131.

²⁴² Akbulut, *Ceza Genel*, s. 346; Koca, M. ve Üzülmöz, İ., *Ceza Genel*, s. 142; Özgenç, İ. *Ceza Genel*. s. 227.

²⁴³ Koca, M. ve Üzülmöz, İ., *Ceza Genel*, s. 142.

²⁴⁴ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 313.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından, aynı madde içerisinde ikinci ve üçüncü fıkralarda nitelikli haller düzenlenmiştir. Her iki fıkrada gösterilen nitelikli haller de cezayı artıran nitelikli hallerdir.

Bu haller, mağdura nispeten daha yakın konumda bulunan ve mağduru cinsel yönden sömürmesi daha kolay olan kişileri ele almaktadır. Ancak nitelikli haller, çocuğun cinsel istismarı suçuna göre oldukça kısıtlı tutulmuştur. Bu şekilde düzenleme yapılmasından, Kanun Koyucu'nun reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu, çocuğun cinsel istismarı suçuna göre daha hafif gördüğü anlaşılmaktadır.²⁴⁵

Suçun temel halinde şikâyet şartı aranırken, nitelikli hallerde re'sen kovuşturma yapılacağı düzenlenmiştir. Nitelikli halleri sırasıyla ele almak yerinde olacaktır.

3.1.6.1. Suçun Mağdur ile Arasında Evlenme Yasağı Bulunan Kişi Tarafından İşlenmesi

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, mağdur ile evlenme yasağı bulunanlarca işlenmesi cezayı artıran bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm Türk Ceza Kanunu'na, 6545 Sayılı Kanun marifetiyle eklenmiştir.

“Evlenme yasağı” kavramı, esas itibariyle medeni hukuka ait bir kavramdır. TCK'nın burada kastettiği fail ile mağdur arasında bir hısımlık bağı bulunmasıdır. Bu durum, “*Evlenme Engelleri*” kısmında “*Hısımlık*” başlıklı TMK m. 129'da düzenlenmektedir. Bu nitelikli hal, yalnızca ilk iki fıkrada bulunan halleri kapsamaktadır.²⁴⁶

İlk fıkrada sayılan hısımlık dereceleri yalnızca usul fûru ilişkisini değil, yan soy hısımlıklarını da kapsamaktadır. En sade tabirle, kişilerin 3. dereceye kadar kan hısımları ile evlenmeleri yasaklanmıştır.

İkinci fıkrada gösterilen kayın hısımlığı, evlilik ile birlikte bir eşin, diğer eş ile kan hısımlığı olan kişilerle oluşan bağı anlatmaktadır. Kayın hısımlığı, TMK m. 18/1'de

²⁴⁵ Sarıgül, A. T., a. e., s. 749.

²⁴⁶ TMK m. 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, ...”*

gösterilmiştir.²⁴⁷ Suç konusu maddede gösterilen “*evlilik sona ermiş olsa bile*” kavramı, medeni hukukta da evlilik ortadan kalksa dahi kayın hısımlığının devam etmesi şeklinde vücut bulmuştur.²⁴⁸ Şu kadar ki, kişinin kan hısımları ile 3. dereceye kadar evlenme yasağı bulunurken kayın hısımlığında durum yalnızca ilk derece ile sınırlı kalmıştır. Buradan hareketle, bir kişi eşinin 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamış yeğeni ile, küçüğün rızası bulunduğu halde cinsel ilişkiye girdiğinde, suçun temel hali olan TCK m. 104/1 hükmü ile cezalandırılacaktır. Zira TMK’den anlaşılan kadarıyla, bir eş açısından, diğer eşin yalnızca 1. dereceden yakınları ile evlenme yasağı bulunmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre, çocuğun cinsel istismarı suçunda gösterilen hısımlık derecesi ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda gösterilen evlenme yasağı kavramının farklı oluşu, suçların konuluş amaçlarına aykırı düşmektedir.²⁴⁹

Kanaatimizce, TCK’da evlenme yasağı kavramı bu noktada yetersiz kalmaktadır. Öyle ki, her ne kadar kan hısımlığı bulunmasa da çocuğa akraba olarak yaklaşan bireyin TCK m. 104/2 hükmünce cezalandırılması yönünde düzenleme yapılması gerektiği görüşündeyiz. Bu durumda Kanun’da “*evlenme yasağı bulunan kişi*” kavramı yerine, “3. dereceye kadar kan veya kayın hısımlığı bulunan kişi” kavramının kullanılması, suçun konuluş amacına daha doğru hizmet edecek nitelik kazanacaktır. Keza, TCK m. 103/3-c’de de bu şekilde düzenleme yapılmıştır.²⁵⁰ Kanun Koyucu, herhangi bir zorlamaya maruz kalmayan çocuğu da koruma sorumluluğunu almalıdır. Kaldı ki, TCK m. 104/2’nin kapsamı düşüncemiz yönünde genişletildiğinde yine istismardan daha az bir cezalandırma ile karşılaşmaktadır. Söz konusu fiilin suçun temel hali ile cezalandırılması, cezalandırmanın amacına aykırı düşmektedir.

3.1.6.2. Suçun Mağdur ile Arasında Evlat Edinme Öncesi Bakım veya Koruyucu Aile İlişkisi Bulunan Kişi Tarafından İşlenmesi

Türk hukukunda evlatlık müessesesi, oldukça geniş alanlara yayılarak ele alınmıştır. Medeni hukuk açısından, evlat edinen ile evlatlık arasında bağ kurulurken evlatlığın yararı oldukça gözetilmiştir. O kadar ki, evlatlığa başka hukuk sistemlerinde çokça görülemeyecek

²⁴⁷ TMK m. 18/1: “*Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur.*”

²⁴⁸ TMK m. 18/2: “*Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz.*”

²⁴⁹ Ağkuş, K. F. (2021). Cinsel Suçlarda Hısımlık Sorunu . *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 3 (1) , 27-63 . Retrieved from <https://dergipark.org.tr/tr/pub/tauhfd/issue/63335/959987> , s. 53.

²⁵⁰ TCK m. 103/3-c: “*Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı...*”

birtakım ayrıcalıklar tanınmıştır.²⁵¹ Evlatlığın farklı statüsü yalnızca medeni hukuk ile sınırlı olmayıp TCK'da da çok kez evlatlık ilişkisi ele alınmıştır.

Çocuklara yönelen cinsel davranışlar açısından, mağdur çocuklar yakınlarına karşı daha savunmasız bir pozisyonda olmaktadır. Özellikle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun konuluş felsefesini açıklayan 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmeyen çocuğun rızasının tanınmaması hususu, bu maddede daha belirgin olarak gözükmemektedir. Çocuğun kendisine yakın durumda olan kişilerce cinsel sömürüye uğramayacağına dair inancının bulunması, muhtemel bir sonuçtur. Ancak bu durum, esasında çocuğun somut hiçbir zorlamaya maruz kalmadan cinsel ilişkiye rıza göstermesine zemin hazırlamaktadır. Dolayısıyla Kanun Koyucu, bu hükümle çocuğa kötü niyetle yaklaşılmasının önüne geçmiştir.²⁵²

Esasında TCK m. 104/2 gibi, bu fıkrada adı geçen evlatlık ile evlat edinen arasında da evlenme yasağı bulunmaktadır.²⁵³ Ancak Kanun Koyucu çocuğa bu yolla yaklaşılan farklı durumları da ayrıca düzenleme gereği duyduğundan, cezayı artıran nitelikli hali yalnızca kurulmuş bulunan evlatlık ilişkisinde uygulamayı yetersiz görmüştür. Bu nedenle, evlatlık ilişkisi kurulma süreci henüz tamamlanmamışken koruyucu aile bünyesindeki kişilerin fiilleri için ayrıca düzenleme yapma gereği doğmuştur.

3.2. Tipikliğin Sübjektif (Manevi) Unsurları

3.2.1. Genel Olarak

Suçun manevi unsurları, suçun dış çevresinde görülmeyen, maddi olmayan unsurlardır.²⁵⁴ Bununla belirtilmek istenen, kişi ile suçun kanuni tanımında gösterilen fiili arasında manevi bir bağ bulunması gerektiğidir.²⁵⁵ Bir suçta tip olarak yalnızca maddi

²⁵¹ Bkz. TMK m. 500/1. Evlatlık, hem evlat edinenin alt soyu gibi mirasçısıdır hem de kendi ailesindeki mirasçılığı devam etmektedir. Böylesi bir husus, Kanun'un iktibas edildiği İsviçre Medeni Kanunu'nda bulunmamaktadır.

²⁵² Yurtcan, E. (2021). *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar (5. Bası)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 244.

²⁵³ TMK m. 129/3: "Aşağıdaki kişiler arasında evlenme yasaktır:

...

3. Evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında."

²⁵⁴ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 315.

²⁵⁵ Koca, M. ve Üzülmüş, İ., *Ceza Genel*, s. 146; Özgenç, İ. *Ceza Genel*. s. 242.

unsurların tamamlanmış olması yeterli değildir. Manevi unsurlar da suçu oluşturan temel taşlardan birisidir. Manevi unsurun eksik olduğu bir suçun var olması mümkün değildir.²⁵⁶

Maddi unsurlar suça ilişkin objektif unsurları barındırırken, manevi unsurlarda kişinin suç işlemesindeki hissiyatı ele alınır. Bu nedenle manevi unsurlara, sübjektif unsurlar da denilmektedir.²⁵⁷ Ceza hukukunda öncelikle maddi unsurlar incelemeye alınırken, örneğin teşebbüs söz konusu ise, öncelikle manevi unsurun ele alınması gerekecektir. “*Teşebbüs*” başlığında da açıklayacağımız üzere, teşebbüs halinde kalan suçun maddi unsurları tamamlanmadan havada kalmaktadır. Bu durumda, öncelikle failin kastı tespit edilir. Bu gibi istisnai hallerde, manevi unsurun maddi unsuru geride bıraktığı söylenebilir.²⁵⁸

Manevi unsurlar ile kusur kavramı, farklı anlamlara gelmektedir. Kusur kavramı, failin işlediği fiil nedeniyle hukuken kınanabilir olup olmadığını irdelemektedir.²⁵⁹ Kaldı ki kusurluluk, manevi unsurun tespitinden daha sonra ele alınması gereken bir husustur. Bu anlamda, fiilin maddi ve manevi unsurları ile bütünleşmesinden sonra kınanabilirlik incelemesi yapılması daha doğru olacaktır.²⁶⁰

Manevi unsurlar başlığı altında, kast ve taksirden söz etmek gereklidir.

Kast ve taksir, TCK m. 21²⁶¹ ve TCK m. 22’de²⁶² tanımlanmıştır. TCK’da kural olarak, suçların kasten işlenebileceği kabul edilir. Taksirli davranışla bir suçun oluşması, bu durumu Kanun’un açıkça düzenlemesi ile mümkün olabilecektir.²⁶³ Aksi halde, Kanun’da suç olarak düzenlenmemiş bir taksirli fiil nedeniyle kimse sorumlu tutulamaz.²⁶⁴

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, kasten işlenebilen suçlardandır. Böyle olmakla birlikte, failin bilme ve isteme unsurları somut olaylarda tamamlanmamış olabilmektedir. Bu nedenle bu suça ilişkin kasttan bahsederken, failin mağdurun yaşını ve işlemekte olduğu fiilin ne olduğunu bilmesi gerektiğini belirtmeliyiz.²⁶⁵ Somut olaylarda, failerin birçok kez

²⁵⁶ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 349; Koca, M. ve Üzülmöz, İ. *Ceza Genel*, s. 145.

²⁵⁷ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 315.

²⁵⁸ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 350.

²⁵⁹ Özgenç, İ. *Ceza Genel*. s. 242.

²⁶⁰ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 317.

²⁶¹ TCK m. 21/1: “...Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.”

²⁶² TCK m. 22/2: “Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeden gerçekleştirilmesidir.”

²⁶³ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 349.

²⁶⁴ Koca, M. ve Üzülmöz, İ., *Ceza Genel*, s. 146.

²⁶⁵ Aydın, M. a. e., s. 108.

mağdurun yaşı ve rızası hususlarında hataya düştüğünü ileri sürdükleri görülmektedir. Bu gibi olaylarda, TCK'nın hataya ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

3.2.2. Kastı Kaldıran Hata Halleri

Kastı kaldıran hata halleri, TCK m. 30/1 uyarınca suçun maddi unsurlarının bilinmemesi nedeniyle düşülen hatadır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından, fail mağdurun yaşında hataya düşebileceği gibi mağdurun cinsel ilişkiye rızası bulunduğu dair de hataya düşebilir. Bu hata hallerini sırasıyla inceleyelim.

3.2.2.1. Mağdurun Yaşında Hata

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdura özgü bir yaş aralığı bulunmaktadır. Kanun Koyucu bu aralığı 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamak olarak belirlemiştir. Ancak mağdur çocukların kişisel dışyapıları, zaman zaman yaşlarını olduğundan daha büyük gösterecek nitelikte gelişmektedir. Böylesi hallerde fail, rızaen cinsel ilişkiye girdiği kişinin ergin olduğunu düşünerek fiili işleyebilmektedir. Failin düşüncesinde, cinsel ilişkiye girdiği kişi 18 yaşın üzerinde olduğu ve cinsel ilişkiye rıza verdiği için, kendisinin suç teşkil eden bir fiili bulunmamaktadır.

Fail, mağdurun 18 yaşından büyük olduğunu düşünerek fiili işleyebilir. Bu durumda, suçun kanuni tanımındaki unsurlarından biri olan mağdurun yaşında düşülen hata nedeniyle, failin kastı ortadan kalkar ve suç oluşmaz.²⁶⁶

Yargıtay'ın mağdurun yaşında hataya düştüğü şeklinde savunma yapılan durumlarda kararları, yaş tespitinin yapılması yönündedir.²⁶⁷ Savunmalar çoğunlukla, mağdurun 18 yaşını doldurmuş gibi dış görünüşünün bulunduğu veya mağdurun doğrudan reşit olduğunu belirttiği yönünde olmaktadır. Bu durumda Yargıtay; öncelikle mağdur resmi bir kurumda doğmuş ise doğum tarihinin bu yolla öğrenilmesi, başka yerde doğmuşsa radyoloji uzmanı bulunan bir

²⁶⁶ Taner, F. G. a. e., s. 379.

²⁶⁷ Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2018/4882, Karar Numarası: 2018/4585, Karar Tarihi: 25.06.2018. (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/y-14-cd-e-2018-4882-k-2018-4585-t-25-06-2018-cinsel-suclarda-magdur-yasinin-tespiti-talebi-sanigin-m/3200648/> (Erişim Tarihi: 13.06.2022)

hastaneden rapor alınması, bu da yetersiz kalırsa Adli Tıp Kurumu'nun görüşüne başvurulması yönünde karar vermektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun benzer bir olaya ilişkin kararında;

“... Görüleceği üzere, mağdurun suç tarihi itibariyle onbeş yaşını bitirip bitirmediği hususu, eylemin kanunda düzenlenen hangi suç tipine uyduğu veya mağdurenin şikayetçi olup olmamasına göre faile ceza verilip verilemeyeceğinin tespiti bakımından büyük önem taşımaktadır. Nitekim anılan maddelerde değişiklikler öngören 18.6.2014 tarihli 6545 Sayılı Kanunla mağdurenin yaşını dikkate alan bu düzenleme şekli aynen korunmuştur.mağdurenin gerçek yaşı hususunda şüphe meydana gelmiş olup, bu şüphenin giderilmesi amacıyla öncelikle mağdurenin doğum tarihi itibariyle doğduğu kasabada görevli bir ebe bulunup bulunmadığı araştırılıp, bulunduğu tespit halinde kayıtlarının istenilerek incelenmesi, buradan bir sonuca ulaşılamaması halinde ise sağlık kurulu raporuna dayanarak teşkil eden kemik film ve grafler gönderilmek suretiyle Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan görüş istenilerek mağdurenin gerçek yaşının bilimsel olarak tespitinden sonra, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırmayla hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır.” denilmiştir.²⁶⁸

Bundan başka, Yargıtay'ın mağdurun yaşında hataya düşüldüğü somut olaylarda, hata hükümlerinin uygulanması yönünde kararları mevcuttur.²⁶⁹ Bu somut olaylardan bazılarında

²⁶⁸ T.C. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2014/14-112, K. 2014/457, T. 30.10.2014. Kararın tam metni için ayrıca bkz: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/cgk-2014-14-112.htm> Aynı yönde; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2020/1036, Karar Numarası: 2021/422, Karar Tarihi: 25.1.2021; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2019/4560, Karar Numarası: 2020/2400, Karar Tarihi: 2.6.2020; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2016/2129, Karar Numarası: 2020/430, Karar Tarihi: 15.1.2020; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2016/1966, Karar Numarası: 2020/442, Karar Tarihi: 15.1.2020; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2018/485, Karar Numarası: 2019/9492, Karar Tarihi: 7.5.2019; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2015/4534, Karar Numarası: 2019/9509, Karar Tarihi: 7.5.2019; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2011/22094, Karar Numarası: 2013/10790, Karar Tarihi: 31.10.2013.

²⁶⁹ T.C. Yargıtay 9. Ceza Dairesi E. 2021/16645, K. 2021/7890, T. 21.9.2021. Kararda ilgili kısım şu şekildedir: *“İlk derece mahkemesince sanığın aşamalarda mağdurenin kendisine on yedi yaşında olduğunu söyleyip, esasen yaşından büyük gösterdiği yönündeki savunması, eylemlerin cebir veya tehditle gerçekleştirilmediğinin anlaşılması ve tüm dosya içeriği nazara alındığında olayda 5237 Sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı tartışıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken bu hususta herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın eksik gerekçe ile yazılı şekilde mahkumiyet hükümleri kurulması karşısında söz konusu kararlara yönelik istinaf başvurusunun kabulü yerine düzeltilerek esastan ve esastan reddedilmesi...”* Kararın tam metni için ayrıca bkz: (Çevrimiçi) <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/9cd-2021-16645.htm> Aynı yönde; Yargıtay Ceza Genel Kurulu Esas Numarası: 2018/14-485, Karar Numarası: 2020/99, Karar Tarihi: 13.2.2020; Yargıtay 9. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2021/13369, Karar Numarası: 2021/8830, Karar Tarihi: 3.11.2021; Yargıtay 9. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2021/22182, Karar Numarası: 2021/8687, Karar Tarihi: 26.10.2021; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2020/10151, Karar Numarası: 2021/4139, Karar Tarihi: 8.6.2021; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2017/2116, Karar Numarası: 2021/4059, Karar Tarihi: 3.6.2021; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2019/591, Karar Numarası: 2020/3404, Karar Tarihi: 8.9.2020; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2019/3204, Karar Numarası: 2019/11548, Karar Tarihi: 9.10.2019; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2019/2794, Karar Numarası: 2019/9847, Karar Tarihi: 20.5.2019; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2018/10433, Karar Numarası: 2019/9334, Karar Tarihi: 24.4.2019; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas

Yargıtay, fail tarafından mağdurun yaşının bilinmeme olasılığının bulunmadığı gerekçesiyle hata hükümlerinin uygulanamayacağına hükmetmiştir.²⁷⁰

3.2.2.2. Mağdurun Rızasında Hata

Mağdurun rızasının reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturan unsurlardan biri olduğuna değinmiştik. Ancak bazı somut olaylarda fail, mağdurun da cinsel ilişkiye rızası olduğunu düşünerek hareket etmekte ve bu düşünceyle fiili gerçekleştirmektedir.

Mağdurun rızasında hataya düşüldüğünde, bu hatanın esaslı bir hata olup olmadığı incelenir. Gerçekten fiilin icrası sırasında fail, mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstermediğini hiçbir şekilde anlayacak durumda değilse, esaslı bir hataya düşüldüğünden bahsedilir.²⁷¹ Böylesi durumda, esaslı hatanın ceza sorumluluğunu kaldırması beklenir. Ancak çocuğun cinsel dokunulmazlığına karşı suçlarda tasnif açısından bir diğer önemli unsur, mağdurun yaşıdır. Fail, mağdurun yaşını bilerek ve rızasının bulunduğunu, düşünerek cinsel ilişkinin icrasına başladı ise, artık reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmuş demektir. Ancak fail yine mağdurun yaşını bildiği halde, rızasında hataya düştüğünü iddia ederse suç vasfının değişme ihtimali doğacaktır. Şöyle ki, 15 yaşını doldurmuş olan mağdur, cinsel ilişkiye rızası olmadığını failin anlayacağı herhangi bir şekilde ortaya koymuşsa, buna rağmen fail fiilin icrasına devam etmişse, artık 103. maddeyi teşkil eden çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Sonuç itibariyle, mağdurun rızası olmadığı halde cinsel ilişki fiilini gerçekleştiren failin bu hususta hataya düştüğü yönündeki savunmaları ele alındığında, gerçekten esaslı bir hataya düştüğü tespit edilirse reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm kurulacaktır.

Mağdurun rıza verip vermediğinde dair iddialar karşısında, failin fiili zorlayıcı bir iradeyle işlediğine ilişkin kesin ve şüpheden uzak delillere ulaşamaz ise, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince, çocuğun cinsel istismarı suçundan değil, reşit olmayanla cinsel ilişki

Numarası: 2018/7607, Karar Numarası: 2018/7655, Karar Tarihi: 19.12.2018; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2018/4624, Karar Numarası: 2018/6131, Karar Tarihi: 18.10.2018; Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2014/8385, Karar Numarası: 2017/388, Karar Tarihi: 31.1.2017;

²⁷⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu Esas Numarası: 2013/14-749, Karar Numarası: 2015/277, Karar Tarihi: 15.9.2015; Yargıtay Ceza Genel Kurulu Esas Numarası: 2014/14-47, Karar Numarası: 2015/178, Karar Tarihi: 2.6.2015.

²⁷¹ Taner, F. G. a. e., s. 379.

suçundan hüküm kurulması gerekir. Keza Yargıtay uygulaması²⁷² da bu yöndedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun verdiği bir kararda²⁷³, bu husus şu şekilde belirtilmiştir;

*“...sanığın tüm aşamalarda mağdureyle rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğine dair aksi kanıtlanamayan savunmaları birlikte göz önüne alındığında; sanığın mağdureyle zora dayalı olarak cinsel ilişki gerçekleştirdiği iddiasının şüphede kalması, bu şüphenin de yasal olarak sanık lehine değerlendirilmesinin gerekmesi nedenleriyle sanığın eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.”*²⁷⁴

Yargıtay'ın cinsel saldırı suçuna ilişkin farklı bir kararında, mağdurun algılama yeteneği uzman olmayanlarca anlaşılabilir düzeyde yetersiz olduğu için, fail tarafından mağdurun rızasında hataya düşmüş olabileceği değerlendirilmiştir.²⁷⁵

Görüldüğü üzere, somut olaylarda mağdurun cinsel ilişkiye rıza vermesi halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, rızasının bulunmadığı hallerde ise çocuğun cinsel istismarı suçu oluşmaktadır.

3.3.Hukuka Aykırılık Unsuru

3.3.1. Genel Olarak

Hukuka aykırılık; hukuka karşı olmak, hukuk ile çatışmak anlamına gelmektedir.²⁷⁶ Hukuka aykırılık kavramı, bir fiilin doğrudan hukuk düzeninin kendisi tarafından uygun bulunmamasını ifade etmektedir. Bu anlamda hukuka aykırılık, yalnızca bir pozitif hukuk

²⁷² Aynı yönde T.C. Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2020/828, K. 2021/71, T. 12.1.2021. Kararda ilgili kısım şu şekildedir: “...on altı yaşındaki mağdureye yönelik nitelikli cinsel istismar eylemini cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirdiğine dair soyut iddia dışında her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmayıp, mevcut haliyle eylemin 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek karar verilmesi gerekirken suç vasfının tayininde yanlıya düşülerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkumiyet hükmü kurulması...” Kararın tam metni için ayrıca bkz: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14cd-2020-828.htm>

²⁷³ Aynı yönde bir başka T.C. Yargıtay Genel Kurulu Kararı E. 2020/14-184, K. 2020/406, T. 8.10.2020. Kararda ilgili kısım şu şekildedir: “...sanığın katılan mağdureyle zora dayalı olarak cinsel ilişki gerçekleştirdiği iddiasının şüphede kalması, bu şüphenin de yasal olarak sanık lehine değerlendirilmesinin gerekmesi nedenleriyle sanığın eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğunun kabulü gerekmektedir.” Kararın tam metni için ayrıca bkz: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/cgk-2020-14-184.htm>

²⁷⁴ T.C. Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2020/14-396, K. 2021/454, T. 7.10.2021. Kararın tam metni için ayrıca bkz: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/cgk-2020-14-396.htm>

²⁷⁵ Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2015/7715, Karar Numarası: 2015/10174, Karar Tarihi: 4.11.2015.

²⁷⁶ Koca, M. ve Üzülmüş, İ. *Ceza Genel*, s. 264.

normuna aykırılık teşkil etmek şeklinde anlaşılmalıdır. Öyle ki fiilin hukuka aykırı olması, topyekûn hukuk sistemine karşıtlık teşkil etmek anlamı taşımaktadır.²⁷⁷ Tüm hukuk sistemi açısından anlam ifade etmesi yönüyle hukuka aykırılık, hukuk sistemi içindeki birlik ve bütünlüğü sağlama niteliği de taşımaktadır.²⁷⁸

Ceza hukukunda karine olarak, bir fiil tipe uygunsuzsa hukuka aykırıdır. Kaldı ki, davranışların hukuka aykırı olduğu için tiplendirildiğini kabul etmek gerekir. Buradan hareketle, davranış kanuni tipe uygun olarak gerçekleşmişse, kural olarak, hukuka aykırılık incelemesi yapılması gereksizdir. Ancak istisnai olarak, somut olayda hukuka aykırılığı kaldıran ayrıntılar bulunmaktadır. Bu durumda, bahsi geçen karine mutlak olmadığı için fiil hukuka uygun hale gelir.²⁷⁹

Hukuka aykırılık incelemesi, inceleme konusu fiilin tipe uygun olduğunun anlaşılmasından sonra, ikinci aşamada yapılmaktadır. Diğer bir deyişle, kanunda tip olarak tanımlanmış fiilin işlendiği tespit edilmesi üzerine, işlenmiş fiilin hukuka karşı olup olmadığına bakılır.²⁸⁰

Hukuka aykırılık suçun unsurlarından biri olduğu için, bu unsuru tamamlamayan haksızlığın oluşması mümkün değildir. Bu nedenle unsurlarda inceleme sırası ilk olarak tipiklik ile başlar. Tipiklik unsurundan sonra, hukuka aykırılık unsuru ele alınır. Fiilin hukuka aykırı olduğuna kanaat getirildiğinde, son olarak kusurluluk incelemesi yapılır. Bu noktada her aşama, bir önceki aşamanın ön koşulu niteliğindedir.²⁸¹

3.3.2. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Ceza hukukunda yasaklanmış bir fiilin işlenmesine izin veren, söz konusu fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmış olan kurala “hukuka uygunluk nedeni” denir.²⁸²

²⁷⁷ Özgenç, İ. *Ceza Genel.* s. 314; Akbulut, *Ceza Genel.* s. 417;

²⁷⁸ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel.* s. 404.

²⁷⁹ Akbulut, *Ceza Genel.* s. 418.

²⁸⁰ Koca, M. ve Üzülmez, İ. *Ceza Genel.* s. 264.

²⁸¹ Akbulut, *Ceza Genel.* s. 417.

²⁸² Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel.* s. 404.

Hukuka uygunluk nedenleri, TCK'da dört ayrı grupta incelenmektedir. Bunlar; görevin ifası²⁸³, meşru savunma²⁸⁴, hakkın kullanılması²⁸⁵ ve ilgilinin rızası başlıklarıdır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından, herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır.²⁸⁶ İnceleme konusu suç hakkında, hukuka uygunluk nedenleri açısından ancak ilgilinin rızası hususu tartışılabilir durumdadır. Bu suç açısından ise, ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olmayıp suçun olumsuz unsurunu teşkil etmektedir. Bu nedenle, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bir unsuru olarak ilgilinin rızası, “İlgilinin Rızası ve Rızanın Geçerliliği Sorunu” başlığında ele alınmıştır.

4. Kusurluluğu Etkileyen Haller

Ceza hukukunda kusurluluğu etkileyen haller; yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağırılık ve dilsizlik, geçici nedenler etkisinde olma, cebir ve tehdit ile irade sakatlanması hali, zorunluluk hali, amirin emrini ifa, hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması, haksız tahrik ve kusurluluğu etkileyen çeşitli hata halleridir.²⁸⁷

Yukarıda sayılan kusurluluğu etkileyen haller, kısmen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda da yer bulabilmektedir. Yaş küçüklüğü hakkında, yürürlükte olan TCK kapsamında 18 yaşını doldurmayan kişinin de reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili olabileceği kabul edilirse, TCK m. 31 üzerinden gerekli indirimler yapılacaktır. Ancak bizce, “*Hem Failin Hem De Mağdurun Çocuk Olması Hali*” başlığında da incelediğimiz üzere, Kanun’un bu haliyle fail sayılan çocuğun da yaşı küçük olduğu için kusurluluk ortadan kalkacaktır. Bu durumda, fail sayılan çocuk hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir. Yürürlükte olan düzenlemelerle bu şekilde karar verilmesi gerekse de biz akran çocuklar arasında gerçekleşen cinsel ilişkinin suç olmadığına ilişkin Kanun’da ek düzenleme yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

²⁸³ TCK m. 24/1: “Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.”

²⁸⁴ TCK m. 25/1: “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”

²⁸⁵ TCK m. 26/1: “Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.”

²⁸⁶ Tekeli, E. ve Çetli, E. (2019). Çocuklara Yöneltilen Cinsel Suçların Hukuki Boyutu. *Turkish Studies Dergisi*, Cilt 14, Sayı 5, 241-252, s. 247.

²⁸⁷ Özgenç, İ. *Ceza Genel*, s. 414.

Yaş küçüklüğünden başka, örneğin akıl hastalığı, geçici nedenler etkisinde olma veya cebir ve tehdit ile suç teşkil eden fiil işlenmişse, bu suç bakımından kusurluluğa ilişkin inceleme yapılabilir.

Failin akıl hastası olduğu durumda, hastalığının düzeyine bağlı olarak işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamama ihtimali bulunmaktadır. Yine örneğin reşit olmayanla cinsel ilişkiye girmeye zorlanan failin kusurluluk derecesi göz önüne alınacaktır.

5. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Suçun oluşumu ile ilgili olarak bu aşamaya kadar maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsurunun üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur. Esasen bu unsurlar ile suçun oluşması mümkün ve yeterlidir. Hal böyle olmakla birlikte, bir ceza kanununda gösterilecek tüm suçlar açısından bu unsurlar yeterli gelmeyecektir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, ceza kanununda suç oluşumu için bulunması gereken her unsurun düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle de suçun özel görünüş biçimleri düzenlenmiştir.²⁸⁸

Suçun özel görünüş biçimleri; teşebbüs, iştirak ve içtima kavramlarından oluşmaktadır. Bu kavramların üzerinde durulacaktır.

5.1. Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme

Suçun özel görünüş biçimlerinden teşebbüs başlığında, teorik olarak teşebbüs ile gönüllü vazgeçme ve etkin pişmanlık üzerine de inceleme yapılmaktadır. Ancak inceleme konusu reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkün olmadığı için, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme hususları üzerine inceleme yapmak gereklidir.

²⁸⁸ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 596.

5.1.1. Teşebbüs

“Teşebbüs” kavramı TDK Sözlüklerinde, “*Girişim, girişme.*” olarak gösterilmiştir.²⁸⁹

Suç yolu (iter criminis) denilen kavram, suçun düşünce aşamasından sonuçlanmasına kadar devam eden süreci açıklar. Buna göre fail öncelikle suç işlemeyi düşünmekte, sonrasında hazırlık aşamasını tamamlamakta ve daha sonrasında da icra hareketlerine başlamaktadır. İcra hareketlerinin tamamlanması ile suç gerçekleşir.²⁹⁰

Hazırlık hareketleri, suçun icrasına başlamadan öncesini teşkil etmektedir. Örneğin, A kişisi B kişiyi öldürmeyi düşünse, bu fiili gerçekleştirmek için bir tabanca edinse, mermileri tabancaya doldurup silahı hazır hale getirirse, bu işlemler hazırlık hareketleri aşamasındadır. Suç işleme düşüncesiyle bu aşamada yapılanlar, ayrıca bir suç olarak düzenlenmedikçe ceza hukuku açısından cezalandırılabilir nitelikte değildir.²⁹¹

Suçların teşebbüs aşamasında kalması durumunda yapılacak olan, aynı suç için düzenlenmiş bir teşebbüs düzenlenmesi aramak değildir. Teşebbüs, suçu düzenleyen temel madde üzerinden ele alınır. Diğer bir deyişle, teşebbüs apayrı bir suç niteliğinde değildir.²⁹²

Fail hazırlık hareketlerini tamamladıktan sonra suçun icrası için harekete geçecektir. Bu amaçla fail, fiili işlemek için icra hareketlerine başlar. İcra hareketlerine başlanmış olmakla birlikte, fail umulan neticeyi gerçekleştiremeden ayrılmak zorunda kalabilir. Bu noktada, failin suçu gerçekleştirmeye yönelik bir fiili vücut bulmuş olur. Elbette, ceza hukuku açısından suç işlemeye yönelik icra hareketlerinin görmezden gelinmesi mümkün değildir. Kanun Koyucunun, bu aşamada kalmış hareketler için de cezalandırmayı sağlayacak düzenlemeler yapması gereklidir. İşte böylesi hükümlere, cezalandırılabilirliği / sorumluluğu genişleten hüküm denir.²⁹³

Teşebbüs kavramı, TCK'nın 35. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, Kanun'da suç olarak tanımlanan fiilin icra hareketlerine başlanmış olmakla birlikte, fiili elde olmayan sebeplerle tamamlayamama halinde teşebbüsten bahsedilir. Suçun teşebbüs aşamasında

²⁸⁹ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Çevrimiçi) teşebbüs ne demek TDK Sözlük Anlamı (sozluk.gov.tr) (Erişim: 07.06.2022)

²⁹⁰ Akbulut, B. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler (4. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 556; Koca, M. ve Üzülmüş İ. a. e., s. 414.

²⁹¹ Özgenç, İ. *Ceza Genel*. s. 501.

²⁹² Koca, M. ve Üzülmüş İ. a. e., s. 415.

²⁹³ Özgenç, İ. *Ceza Genel*. s. 501; Akbulut, *Ceza Genel*, s. 556.

kalması durumunda, cezada TCK m. 35/2'de öngörülen indirimler yapılmaktadır. Bu düzenleme, genel bir hükümdür. Bu nedenle, tüm suçlar için uygulanabilirliği vardır.²⁹⁴

Teşebbüs aşamasında kalan bir suçta, subjektif unsurlar açısından tamamlanmış ancak objektif unsurlar açısından eksik kalmış bir süreç görülmektedir.²⁹⁵ Subjektif (manevi) unsur açısından, tamamlanmış suç ile teşebbüs aşamasında kalmış suç arasında bir fark bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda da kural olarak, failin fiili işlemeye yönelik kast ile icra hareketlerine başlaması gerekmektedir. Objektif unsurlar tamamlanamadan kaldığı için, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda asıl ağırlık noktasının manevi unsur olduğunu belirtmek gerekir.²⁹⁶

Teşebbüsten söz edebilmek için, fiilin işlenmesine yönelik birtakım şartların gerçekleşmesi gerekir. Bunlar; kasten işlenebilen bir suçun ve bu suçu işlemeye yönelik bir kastın bulunması, icra hareketlerine başlanmış olması, icraya yönelik elverişli hareketlerin yapılmış olması ve failin elinde olmayan nedenlerle icranın tamamlanamaması veya icra tamamlanmış olup neticenin gerçekleşmemiş olmasıdır.²⁹⁷

Teşebbüs aşamasında kalan suçlar için, faile daha az ceza verilmektedir. Bu aşamadaki ceza takdiri, suçun konusunun maruz kaldığı zarar ve tehlike oranına göre yapılır.²⁹⁸ Kabul etmek gerekir ki, kişinin işlediği fiilden daha ağır netice için düzenlenmiş ceza ile cezalandırılması, hukuka aykırı olacaktır.

Bir örnekle durumu ele almak, bu hususun açıklanması açısından faydalı olacaktır. Taraflardan A, 23 yaşında erkek bir birey olsun. Taraflardan B ise, 17 yaşında bir kadın olsun. A ile B, cinsel ilişkiye girmek amacıyla bir araya gelip ön sevişme olarak değerlendirilen cinsel davranışlarda bulunmuş olsunlar. A ve B'nin cinsel ilişkiye girmek amacıyla cinsel davranışlarına devam ettiği sırada, söz gelimi kolluk marifetiyle cinsel ilişkiye girmekten alıkonulmuş olsunlar. Böylesi durumda, A'nın engellenme anına kadar işlediği fiil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna teşebbüs kapsamında ele alınacaktır.

Durum her ne kadar teorik olarak yukarıda anlatılan gibi olsa da uygulamada A, cinsel ilişkiye girmek maksadıyla hareket etmediğini iddia edebilmektedir. Bilindiği üzere, 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmayan B'nin cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan cinsel davranışlara

²⁹⁴ Akbulut, *Ceza Genel.*, s. 557.

²⁹⁵ Koca, M. ve Üzülmüş İ. a. e., s. 415.

²⁹⁶ Akbulut, *Ceza Genel.*, s. 557.

²⁹⁷ Koca, M. ve Üzülmüş İ. a. e., s. 419.

²⁹⁸ Akbulut, *Ceza Genel.*, s. 558.

gösterdiği rıza da geçerli olduğu için, A'nın bu iddiasına göre Kanun'da öngörülen tanımlamalar açısından suç oluşmayacaktır. Bu aşamada, uygulamada somut bir ispat sorunu oluşmaktadır.

Sonuç olarak, cinsel ilişkiye girilmesi ile suç tamamlanmaktadır. Suçun sübuta ermesi için failin cinsel tatmine ulaşması aranmaz.²⁹⁹ Bundan başka, cinsel ilişkinin süresi de önemli değildir.

5.1.2. Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçme, TCK'nın 36. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre gönüllü vazgeçme şu şekilde düzenlenmiştir:

“Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.”

Kanun maddesinde açıkça görüldüğü üzere, kişi fiilin icrasına başladığı halde, dışarıdan herhangi bir etki olmaksızın kendiliğinden fiili işlemekten vazgeçmelidir. Bu hususta doktrinde gönüllü vazgeçme halinde neden cezalandırma olmadığına yönelik birçok tartışma bulunmaktadır. Örneğin A, B'yi öldürmek amacıyla silahını B'ye doğrultsun. Bu noktada A, kasten adam öldürme suçunun icra hareketlerine başlamış olmaktadır. Ancak A, dışarıdan herhangi bir engelleme olmaksızın silahını indirip B'yi öldürmekten vazgeçerse, kasten adam öldürme suçu açısından gönüllü vazgeçme hükmü uygulanır. Belirtmek gerekir ki, A'nın silahı B'ye doğrultması da TCK açısından suç teşkil etmektedir. Bu somut olay açısından; A, B'ye silah doğrulttuğu için silahlı tehdit suçu oluşacaktır, kasten adam öldürme suçu için ise gönüllü vazgeçme hükmü uygulanacaktır.³⁰⁰

Gönüllü vazgeçme, failin kendi iradesi ile fiili işlemekten vazgeçmesi anlamına gelir. Bu vazgeçme iradesi, suçun tamamlanmasına kadar her aşamada sağlanabilir. Gönüllü vazgeçme, cezayı kaldıran şahsi bir sebeptir.³⁰¹

²⁹⁹ Aydın, M. a. e., s. 108.

³⁰⁰ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 634.

³⁰¹ Koca, M. ve Üzülmüş, İ., *Ceza Genel*, s. 438.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilmektedir. Bir örnekle durumu ele almak, bu hususun açıklanması açısından faydalı olacaktır. Taraflardan A, 19 yaşında erkek bir birey olsun. Taraflardan B ise, 16 yaşında bir kadın olsun. A ile B, cinsel ilişkiye girmek amacıyla bir araya geldikten sonra, hazırlık aşaması olarak değerlendirilen cinsel davranışlarda bulunmuş olsunlar. Ancak A, B'nin henüz reşit olmadığını göz önüne alarak, cinsel ilişkiye girmekten vazgeçmiş olsun. Söz konusu somut olayda, A ile B'nin sevişme kapsamında kalan cinsel davranışları açısından, B'nin rızası Kanun nezdinde geçerli sayılmaktadır. Cinsel davranışlar, cinsel ilişki boyutuna varmadığı için başka bir suç da oluşmayacaktır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda gönüllü vazgeçme durumu meydana geldiğinde, yukarıdaki örnekte, penisin anüs veya vajinaya girmediği cinsel davranışların cezalandırılması söz konusu değildir. Fail, TCK m. 104 üzerinden cezalandırılmaz.³⁰² Böylesi durumda, ceza hukuku açısından soruşturmaya dahi değecek bir husus bulunmamaktadır.

5.2. İştirak

Türk ceza hukuku sisteminde, genel suç düzenlemelerinde failin tek kişi olacağı kabulüyle düzenlemeler yapılmaktadır. Ancak bazı somut olaylarda, fiilin gerçekleştirilmesi için birden çok kişi arasında aynı saikle nedensel bir bağ oluşur. İşte böylesi bir durumda, aynı fiilin gerçekleşmesi için birden çok kişi arasında bir bağ kurulmuşsa iştirakin varlığından bahsedilir. Söz konusu fiillere ise, “iştirak halinde işlenen suçlar” denilir.³⁰³

İştirak halleri, faillik ve şeriklik olmak üzere iki grupta incelenmektedir.

5.2.1. Faillik

Faillik, Kanun'da öngörülen suç düzenlemesinde belirtilen fiili işlemeyi ifade eder. TCK'nın 37. maddesinden çıkarılabilen üç tür faillik bulunmaktadır. Bunlar; doğrudan faillik,

³⁰² Aydın, M. a. e., s. 108.

³⁰³ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 641.

dolaylı faillik ve müşterek failliktir. Bunlardan başka, doktrinde ortaya konulan yan faillik bulunmaktadır. Bununla birlikte, dört tür faillik bulunmaktadır.³⁰⁴

5.2.2. Şeriklik

5.2.2.1. Genel Olarak

Şeriklik, suç olarak tanımlanan fiilin işlenmesine doğrudan iştirak etmemekle birlikte, haksızlığın meydana gelmesinde suç ortaklığı bulunması anlamına gelir.³⁰⁵

Şerikler suç üzerinde hakimiyetleri olmadığı halde cezalandırılmaktadır. Bu durumda cezalandırılmalarının nedeninin açıklamak için doktrinde birçok teori geliştirilmiştir. Ancak tüm bu teorilerin ortak noktasında, şeriklerin suç üzerinde hakimiyetlerinin olmadığı kabul görmüştür.³⁰⁶

Şerikler, azmettiren ve yardım eden olmak üzere iki farklı sınıfta olabilmektedir. Failin icra ettiği fiile doğrudan iştirak eden azmettiren ve yardım edenin, söz konusu fiilden sorumlu tutulması bağıllık kuralı ile mümkündür.

Bu aşamada şeriklikte azmettiren, yardım eden ve bağıllık kuralının ele alınması gerekmektedir.

5.2.2.1.1. Azmettiren

Azmettirmek, TDK Sözlüklerinde “*Bir suçu veya herhangi bir işi kesinlikle yapmasına karar verdirmek.*” olarak tanımlanmıştır.³⁰⁷

Azmettirme, TCK'nın 38. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemenin ilk fıkrası şu şekildedir;

³⁰⁴ Koca, M. ve Üzülmöz, İ. *Ceza Genel*, s. 452.

³⁰⁵ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 642.

³⁰⁶ Koca, M. ve Üzülmöz, İ. *Ceza Genel*, s. 473.

³⁰⁷ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Çevrimiçi) azmettirmek ne demek TDK Sözlük Anlamı (sozluk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 08.06.2022)

“Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır.”

Madde gerekçesindeki azmettirme tanımında ise, daha önce suç işleme kararı olmayan bir kişiye, suç işleme kararı verdirilmesinden söz edilmiştir.³⁰⁸

Azmettirmede, failin iradesine etki edilmesi söz konusudur. Azmettiren suçun icra hareketlerine katılmamaktadır ancak suçun işlenmesi için psişik bir etkisi bulunur. Bu yönüyle azmettiren, işlenmesini umduğu fiili, suç konusu üzerinde hakimiyet kurabilme imkânı bulunan başka birine işletmektedir. Bu yönüyle azmettiren, müşterek failden ayrılır.³⁰⁹

5.2.2.1.2. Yardım Eden

Kanun’da tanımlı suçu kasten işlemeye karar vermiş olan faile maddi veya manevi şekilde kasten destek sağlayanlar, bağlılık kuralı çerçevesinde “yardım eden” olarak sorumlu olurlar.³¹⁰

Yardım eden sıfatını taşıyanlar, failin suçu işlenmesinde kolaylık olduğu düşüncesi ile kararın güçlenmesine yol açmakta ve gerçekten de suçun işlenmesini kolaylaştırmaktadırlar.³¹¹

Kişilerin yardım eden sıfatını almaları için, işlenen suça kasten destek vermeleri gerekmektedir. Daha açık anlatımla, kişi yardım etme kastıyla hareket etmedikçe yardım eden sıfatı ile sorumlu tutulmayacaklardır.³¹²

Yardım etmek, birden çok şekilde kendini gösterebilir. Bu haller TCK’nın “*Yardım etme*” başlıklı 39. maddesinde düzenlenmiştir. Şöyle ki; suç işlenmesinde kullanılacak araç gereci sağlamak, suçtan önce veya suçun icrası sırasında yardımda bulunmak, kararsız faili teşvik etmek, suç işlenmesinden sonra yardım vaadinde bulunmak, suçun işlenme şekline dair bilgi vererek yardımda bulunmak, yardım etme şekillerindedir.

³⁰⁸ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 664.

³⁰⁹ Koca, M. ve Üzülmöz, İ., *Ceza Genel*, s. 485.

³¹⁰ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 675.

³¹¹ Koca, M. ve Üzülmöz, İ., *Ceza Genel*, s. 496.

³¹² Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 675.

5.2.2.1.3. Bağlılık Kuralı

Şeriklerden olan azmettiren ve yardım eden, suçun icrasına doğrudan katılmayan suç ortaklarıdır. İşte, suça fiilen katılmasalar da şeriklerin söz konusu suç ile sorumlu tutulmaları bağlılık kuralı ile mümkündür. Bu anlamda, şeriklerin sorumluluğunun doğması, failin fiiline bağlıdır.³¹³

Suç işleyen fail, Kanun'da öngörülen yaptırımla doğrudan cezalandırılmaktadır. İşte azmettiren ve yardım eden de failin fiili işlemesine "bağlı" olarak cezalandırılmaktadırlar. Bir diğer deyişle, şerikler fiili işlediği için değil, faille olan bağlantısı nedeniyle sorumlu olurlar.³¹⁴

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından bağlılık kuralı ele alındığında, azmettiren ve yardım edenin işlediği fiillerin, suç teşkil eden fiil olan cinsel ilişkiye yönelik olması gerekir. Failin reşit olmayan ile cinsel ilişkiye girmesine azmettiren ve yardım eden, cinsel ilişki gerçekleştiğinde bu suç nedeniyle sorumlu olurlar.

5.2.2.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Açısından İştirak

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda iştirak faillik şeklinde olabileceği gibi şeriklik halinde de olabilmektedir. İştirakçiler suçu faille birlikte icra edebileceği gibi, örneğin yardım eden konumunda da olabilirler.³¹⁵

Faillik açısından, dolaylı faillik mümkün olup birlikte faillik mümkün değildir. Birini reşit olmayanla cinsel ilişkiye girmesi için araç olarak kullanan kişi, dolaylı faildir. İki failin mağdur ile ayrı ayrı cinsel ilişkiye girdiği durumda ise, her bir fail doğrudan fail sıfatındadır.³¹⁶

Bu suçta azmettirme mümkündür. Azmettiren, suç işleme kararı olmayan faili mağdur ile cinsel ilişkiye girmeye kararlı hale getirmektedir.

Bu suçta yardım etme, mağduru cinsel ilişki için rıza vermeye ikna etmek şeklinde olabilir. Yine bundan başka, fail ile mağdurun cinsel ilişkiye girmesi için bir yer sağlama da

³¹³ Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K., *Ceza Genel*, s. 685.

³¹⁴ Koca, M. ve Üzülmöz, İ., *Ceza Genel*, s. 476.

³¹⁵ Aydın, M. a. e., s. 109.

³¹⁶ Savaşçı, B. (2013). *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 114.

yardıma etme kapsamında³¹⁷ Yine fail ile mağdurun cinsel ilişkiye girmesini kolaylaştırmak için gözcülük yapmak, yardıma etme kapsamında kalmaktadır.

Bir örnekle açıklamak gerekirse, reşit olmayana fuhşa teşvik edip başka bir yetişkinle cinsel ilişkiye girmesini sağlamak da yardıma etme kapsamında olabilecektir.³¹⁸ Suçun icrasına katılmamakla birlikte cinsel ilişkiye girilmesini kolaylaştıracak her türlü fiil yardıma etme kapsamında kalmaktadır.

Yargıtay'ın bu husustaki bir kararında, mağdur çocuğun evden kaçarak bir süre başka bir yerde yaşaması ve bu süre boyunca faille birkaç kez cinsel ilişkiye girmesi nedeniyle, failin zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işlediği, yine çocuk ile cinsel ilişkiye giren diğer failin 104. maddeden cezalandırılmasına, fail ve mağdura yer sağlayan diğer sanığın ise yardıma eden sıfatıyla sorumlu olacağına ve yine çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan da sanıkların cezalandırılması gerektiğine hükmedilmiştir.³¹⁹

5.3. İçtima

5.3.1. Genel Olarak

İçtima kavramı TDK Sözlüklerinde “*Toplanma, toplantı*” olarak tanımlanmıştır.³²⁰ Ceza hukukunda içtima ise, suçların toplanması anlamına gelmektedir. Şöyle ki, birden fazla suç

³¹⁷ Koca, M. ve Üzülmöz, İ. *Ceza Özel*. s. 376.

³¹⁸ Mahmutoglu, F. S. (2013). Bilişim Sistemleri Yoluyla Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Fiillerinin Ceza Mevzuatımız Açısından Değerlendirilmesi ve Bu Bağlamda Çocukların Korunmasına Yönelik Görüş ve Öneriler. *Legal Hukuk Dergisi*, Yayın Sayısı 121, Cilt 11.

³¹⁹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2013/7385 Karar Numarası: 2015/6774 Karar Tarihi: 02.06.2015. Kararda ilgili kısım şu şekildedir: “... Dosya içeriğine göre, suç tarihlerinde onyediyedi yaşında olan mağdurenin evden kaçıp rızasıyla sanıklar Abdulkadir, İbrahim ile İ. H.'in bulunduğu eve gelip burada Abdulkadir'le rızasıyla cinsel ilişkiye girdikten sonra İ. H.'le birlikte sanık Mehmet'in evine gidip burada kaldığı 15-20 günlük süre zarfında yine rızasıyla İ. H.'le birçok kez cinsel ilişkiye girdiği anlaşıldığından, İ. H.'in reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu zincirleme suç hükümleri kapsamında işlemesi nedeniyle TCK'nun 43. maddesi uyarınca cezasında artırım yapılmaması ve sanık Mehmet'in evini sağlamak suretiyle sanık İ. H.'in işlediği reşit olmayanla cinsel ilişki eylemine yardıma eden sıfatıyla iştirak etmesi nedeniyle TCK'nun 104/1, 39, 43. maddeleri ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan ise aynı Kanunun 234/3. maddesi uyarınca mahkûmiyeti yerine beraatine karar verilmesi, ...” Kararın tam metni için: (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/y-14-cd-e-2013-7385-k-2015-6774-t-02-06-2015/2208661/%22re%20c5%9fit+olmayanla+cinsel+ili%20c5%9fki%22+%22i%20c5%9ftirak%22> (Erişim Tarihi: 07.07.2022)

³²⁰ Türk Dil Kurumu Sözlükleri (Çevrimiçi) (Erişim Tarihi: 11.06.2022)

işlenmesine rağmen, failin suçlardan biri ile sorumlu tutulması haline “suçların içtima” denir.³²¹

Suçların içtima incelenirken sırasıyla; bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima kavramlarını ele almak gereklidir.

5.3.1.1. Bileşik Suç

Bileşik suç, TCK'nın 42. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre bir suç, başka bir suçun doğrudan unsuru ise veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturuyorsa, bu suç tek fiil teşkil eder. İşte bu tek fiile bileşik suç denir.

Esasen bileşik suçun oluşumundan bahsedilirken, iki bağımsız suçun bir araya gelmesi açıklanır. Tek fiil söylemiyle anlatılmak istenilen, doğrudan dış dünyaya yansıyan hareketlerin değil, tipik olarak hareketin tek olduğudur. Bir diğer deyişle, bu hareketlerin birleşimi bir suç meydana getirmektedir.³²²

5.3.1.2. Zincirleme Suç

Zincirleme suç, TCK'nın 43. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, failin bir suç işlemek amacıyla, aynı suç, farklı zamanlarda, aynı kişiye karşı işlenmesi halinde zincirleme suç ortaya çıkmaktadır.

Zincirleme suç açısından aranan birden çok fiilde, halkaları teşkil eden suçlardan her biri, aynı suç veya aynı suçun nitelikli halleri olmak durumundadır. Zincirleme suç tamamlayan fiiller arasında manevi bağ bulunduğu kabul edilmektedir.³²³

Kanun'daki düzenleme uyarınca, bu suçlar için bir cezaya hükmedilecektir. Türk ceza hukukunda esasen, gerçek içtima temelli cezalandırma öngörülmüştür. Gerçek içtima, kaç suç

³²¹ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 674.

³²² Koca, M. ve Üzülmöz, İ. *Ceza Genel*. s. 553.

³²³ Özgenç, İ. *Ceza Genel*, s. 620.

varsa suç sayısı kadar cezanın var olmasıdır. Bu yönüyle zincirleme suç, bir istisna teşkil etmektedir.³²⁴

5.3.1.3. Fikri İçtima

Fikri içtimadan söz edebilmek için, iki temel şart bulunmaktadır. Bunlar; tek bir fiilin bulunması ve söz konusu tek fiille birden çok suç meydana gelmiş olmasıdır.³²⁵

Meydana gelen birden çok suçun türüne göre, fikri içtima açısından ikili ayrıma gidilmektedir. Bunlar, aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtimadır.

5.3.1.3.1. Aynı Neviden Fikri İçtima

Aynı neviden fikri içtima, TCK m. 43/2’de gösterilmiştir. Buna göre, tek fiille, birden çok kişiye karşı aynı suçun işlenmesi halinde aynı neviden fikri içtima bulunmaktadır.

Bu şekilde fikri içtima oluşması için, aynı fiilden etkilenen birden çok mağdur bulunmalıdır.³²⁶ Bununla birlikte, suçun konusunun da farklı olması gerekir. Örneğin müştereken mülkiyet bulunan bir eşyanın çalınması durumunda mağdur sayısı kadar suç oluşacağını söylemek doğru olmayacaktır. Bu nedenle, aynı neviden fikri içtima oluşabilmesi için, suçun konusunun ayrı olması gerekir.³²⁷ Bir topluluğa karşı tek bir söylemle hakaret edilmesi, bu şekilde fikri içtima teşkil etmektedir.

5.3.1.3.2. Farklı Neviden Fikri İçtima

Farklı neviden fikri içtima, TCK m. 44’te gösterilmiştir. Buna göre, failin tek fiili ile birden çok farklı suçun oluşması gerekmektedir.

³²⁴ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 706.

³²⁵ Koca, M. ve Üzülmez, İ. *Ceza Genel*. s. 535.

³²⁶ Akbulut, *Ceza Genel*, s. 735.

³²⁷ Özgenç, İ. *Ceza Genel*, s. 643.

Farklı suçlar kavramının kullanılma amacı, ceza kanunlarında gösterilmiş ayrı düzenlenmelerin aynı tek fiil ile meydana gelmesi gerektiğini göstermektedir. Yoksa, aynı fiilin nitelikli hallerinin de aynı suç kapsamında kalacağı “Zincirleme Suç” başlığında açıklanmıştır. Burada gösterilen iki suçtan birinin kabahat olması halinde farklı neviden fikri içtima oluşamaz.³²⁸

Farklı neviden fikri içtima teşkil eden suçlardan her birinin mutlaka TCK’da tanımlanmış olması gerekmemektedir. Farklı kanunlardaki suçların meydana gelmesi de, bu tür fikri içtima oluşması için yeterlidir. Farklı suçların mağdurunun farklı olması da gerekmez. Tanımdan anlaşılacağı üzere, yalnızca suçların birden fazla ve birbirinden farklı olması gerekli ve yeterlidir.³²⁹

5.3.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Açısından İçtima

Fail ile mağdurun birden çok kez cinsel ilişkiye girmesi hali, zincirleme suç hükümlerine tabidir. TCK m. 43/1 hükmü uyarınca, mağdurun rızası ile birden çok kez cinsel ilişkiye girilmişse cezada artırımı gidilir.³³⁰

Yargıtay, böylesi aynı suç işleme kararıyla hareket edip farklı tarihlerde birden fazla kez aynı suçun işlendiği durumlarda, zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluştuğuna kanaat getirmiştir.³³¹ Bundan başka Yargıtay, zincirleme şekilde işlenen suçlarda, son işlenen fiil tarihine göre hüküm kurulması gerektiğine hükmetmiştir.³³²

Reşit olmayanla cinsel ilişki fiilinin alenen işlenmesi ihtimalinde, fail hem 104. maddeden hem de 225. maddede düzenlenen “Hayasızca hareketler” suçundan sorumlu

³²⁸ Koca, M. ve Üzülmez, İ. *Ceza Genel.* s. 540.

³²⁹ Akbulut, *Ceza Genel.* s. 737.

³³⁰ Aydın, M. (2018). a. e., s. 109.

³³¹ T.C. Yargıtay 9. Ceza Dairesi E. 2021/2221, K. 2021/8528, T. 20.10.2021. Kararda ilgili kısım şu şekildedir: “...on altı yaşındaki mağdure ile bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik tarihlerde cebir, tehdit veya hile olmaksızın kendine ait evlerde birden fazla cinsel ilişkiye girmesi şeklinde sübuta eren eylemlerinin 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyeti ile...” Tam metin için ayrıca bkz: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/9cd-2021-22217.htm>

³³² T.C. Yargıtay 14. Ceza Dairesi E. 2016/3623, K. 2020/3772, T. 7.10.2020. Kararın tam metni için ayrıca bkz: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/14cd-2016-3623.htm>

olacaktır. İşte, failin tek bir hareketi ile meydana gelen iki suç için fikri içtima hükümleri uygulanacaktır.³³³

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hali olarak, örneğin fiilin küçüğün babası tarafından işlenmesi halinde, TCK 232’de gösterilen aile efradına kötü muamele suçu da oluşacaktır. Bu durumda, farklı neviden fikri içtima oluşacaktır.³³⁴

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşumu ile birlikte; örneğin TCK m. 234’te öngörülen çocuğun kaçırılması veya alıkonulması, TCK m. 116’da öngörülen konut dokunulmazlığını ihlal gibi suçlarla birlikte işlenmesi halinde, artık gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.³³⁵

6. Soruşturma, Ara Muhakeme ve Kovuşturma

Ceza muhakemesinde soruşturma ve kovuşturma aşamaları, titizlikle ele alınması gereken hususlardır. Suçun öğrenilmesi ile başlayan ve kovuşturmaya yer olmadığı kararı veya iddianamenin hazırlanması ile sona eren evreye soruşturma evresi; iddianamenin kabulünden başlayıp hüküm verilmesine kadar devam eden evreye kovuşturma evresi denilir.³³⁶

Türk hukukunda ceza muhakemesi; iddia makamı, savunma makamı ve yargılama makamından ibarettir. Bu faaliyetlerin her biri, maddi gerçeğe ulaşmayı hedeflemektedir. Bu anlamda, öncelikle iddia makamı eliyle Devlet adına soruşturma yürütülür. Soruşturmayı yürüten savcılık, suç oluşturduğu şüphesi bulunan fiile ilişkin delilleri toplayıp yargılama makamına sunar. Savunma makamı ise, bu iddiaya karşı faaliyet yürütür. Son olarak yargılama makamı, iddia makamı ile savunma makamının görüşlerini gözden geçirir ve tespit ettiği maddi gerçeğe uygun şekilde hüküm kurar.³³⁷

Soruşturma aşamasının başlamasından sonra, iş ve işlemler CMK hükümleri uyarınca yapılır.

³³³ Canseven Algan, H. (2022). Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m. 225). *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 10(1): 235-279, s. 271.

³³⁴ Koca, M. ve Üzülmöz, İ. *Ceza Özel*. s. 376.

³³⁵ Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M., *Ceza Özel*. s. 491.

³³⁶ Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırıt, Y. F., Alan Akcan, E. Özyayın, Ö. Erden Tütüncü, E. Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. (2019). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (13. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 593.

³³⁷ Centel, N. ve Zafer H. (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku (15. Baskı)*. Ankara: Beta Yayıncılık, s. 89.

6.1.Soruşturma Evresi

Soruşturma evresi, suçun adli makamlarca öğrenilmesi ile başlar. Suçun öğrenilmesi; ihbar, şikâyet ve suçun doğrudan öğrenilmesi ile olabilir. Soruşturma aşamasında görevli olanlar, Cumhuriyet Savcısı ve kendisinin yardımcısı sıfatıyla kolluk kuvvetleridir. Soruşturma evresinin amacı, öğrenilen suçla ilgili kamu davası açılması gerekip gerekmediğini araştırmaktır.³³⁸

Soruşturma evresinin işlevi, kovuşturma aşamasına hazırlık yapılmasıdır. Kovuşturma aşamasında maddi gerçek aranırken somut olayın betimlenmesine yarayacak deliller, soruşturma aşamasında toplanır. Soruşturma sùjelerinin temel görevi, söz konusu delilleri tespit etmek ve kaybolmasını önleyip korumak, yeterli delile ulaşıncaya somut olayı mahkemeye taşımaktır.³³⁹

6.1.1. Soruşturma Evresinin Başlaması

6.1.1.1. Genel Olarak

Soruşturma evresinin başlaması, öncelikle suç oluşturduğu iddia edilen fiilin araştırılmaya başlanması ile olur. Bu anlamda, suç teşkil eden bir fiil işlendiğine dair bir şüphe olmalıdır. “Şüphe” kavramı TDK Sözlüklerinde, “*Kuşku*” olarak tanımlanmıştır.³⁴⁰

Ceza muhakemesinde şüphe, derecesine göre dört şekilde bulunur. Bunlar; basit şüphe, makul şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe dir. İşte soruşturmayı başlatmak için, basit şüphenin bulunması gerekir.³⁴¹ Bu noktada, suçu öğrenen kolluk görevlisinin derhal savcılığa

³³⁸ Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırt, Y. F., Alan Akcan, E. Özyayın, Ö. Erden Tütüncü, E. Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. a. e., s. 594.

³³⁹ Centel, N. ve Zafer H. a. e., s. 89.

³⁴⁰ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Çevrimiçi) şüphe ne demek TDK Sözlük Anlamı (sozluk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 06.06.2022)

³⁴¹ Centel, N. ve Zafer H. a. e., s. 89.

haber vermesi ve Cumhuriyet Savcısı'nın emirleri ile araştırmaya başlaması gerekir.³⁴² Basit şüpheye ulaşılan kadar yapılan araştırmalar, bilgi toplama aşamasını oluşturur.³⁴³

Suçun öğrenilme şekillerinden olan ihbar ve şikâyetin ceza hukuku açısından anlam ifade edebilmesi için; soyut ve genel olmaması, belirli bir kişi veya olaya yönelik olması, iddiaların somut delillere dayandırılması, ihbar ve şikâyette bulunanın dilekçelerinde zorunlu unsurların bulunması gerekmektedir.³⁴⁴

Suçun öğrenilmesinden sonra, Cumhuriyet Savcısı iddiaya ilişkin araştırmalar yapmaya başlar. Bu aşamada, öncelikle iddianın cezalandırılır bir yanı olup olmadığı ele alınır. İddia edilen olay ceza hukuku alanında soruşturulur nitelikte ise, soruşturma yapmanın somut bir faydası olup olmayacağı ele alınacaktır. Bu iki aşamayı örneklendirmek, meselenin anlaşılır olması için faydalı olacaktır.

Örneğin; A, ergin ve algılama yeteneği gelişmiş bir kişidir. Savcılığa başvurarak, ergin ve algılama yeteneği gelişmiş B'nin kendisiyle cinsel ilişkiye girdiğine dair şikâyette bulunmak istediğini bildirir. Kendisinden sorulması üzerine, B'nin kendisini cinsel ilişkiye hiçbir şekilde zorlamadığını, ilişkiye rızaen girdiğini, iradesini sakatlayacak hiçbir neden olmadığını, yalnızca cinsel ilişkiye girilmesi hususunu şikâyet etmek istediğini bildirir. Böylesi bir olayda, ceza hukukunda karşılığı olan herhangi bir fiil bulunmamaktadır. Ergin kişilerin karşılıklı rıza ile cinsel ilişkiye girmelerinde herhangi bir suç unsuru bulunmamaktadır. İşte bu gibi durumlarda, Cumhuriyet Savcısı olayda herhangi bir suç unsuru bulunmaması nedeniyle soruşturmaya yer olmadığına karar verecektir.

Anlatımlarda da görüleceği üzere, öncelikle öğrenilen somut olayların ceza hukuku açısından suç teşkil edip etmediği ele alınır. İhbar veya şikâyet yoluyla öğrenilen fiillerin suç teşkil etmediği açıkça anlaşılır nitelikteyse veya öğrenilen fiil nitelik açısından soyut ve genel görülmüşse, soruşturma açılmasında hukuki bir fayda bulunmaz. Elde edilen veriler ışığında, soruşturma açılmasına gerek görülmemesi durumunda Cumhuriyet Savcısı soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı verebilir.³⁴⁵

³⁴² Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırt, Y. F., Alan Akcan, E. Özaydın, Ö. Erden Tütüncü, E. Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. a. e., s. 596.

³⁴³ Centel, N. ve Zafer H. a. e., s. 91.

Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırt, Y. F., Alan Akcan, E. Özaydın, Ö. Erden Tütüncü, E. Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. a. e., s. 595.

³⁴⁵ Centel, N. ve Zafer H. a. e., s. 93; Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırt, Y. F., Alan Akcan, E. Özaydın, Ö. Erden Tütüncü, E. Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. a. e., s. 596.

Soruşturmaya yer olmadığı yönünde karar verilecek bir durum bulunmuyorsa, Savcılık soruşturmayı başlatacaktır. Soruşturmanın başlamasından itibaren, suç konusu olaya ilişkin kapsamlı araştırmalar yapılarak olayla ilgili olduğu düşünülen deliller toplanır. Cumhuriyet Savcısı tüm delillerin toplandığına ve yeterli araştırmanın yapıldığına kanaat getirdiğinde, eldeki delillerin kamu davası açmayı gerektirecek nitelikte olup olmadığını değerlendirecektir. Bazı somut olaylarda soruşturma gerekli görülüp yapıldığı halde, kamu davası açmak için yeterli delile ulaşılamamaktadır. Bundan başka, söz konusu somut olayı kovuşturma imkânı da bulunmayabilir. Kovuşturmanın mümkün olmadığı haller; şüphelinin ölümünün gerçekleşmiş olması, af ve zamanaşımı gibi durumlardır.³⁴⁶ İşte böylesi durumda, Cumhuriyet Savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı (takipsizlik) verebilir.³⁴⁷ Cumhuriyet Savcısı suçu öğrenir öğrenmez bir soruşturma başlatır. Soruşturma aşaması olmadan takipsizlik kararı verilmesi mümkün değildir.³⁴⁸

Bu aşamaya kadar değerlendirilen soruşturmaya yer olmadığı ve kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararlar için itiraz yolu açıktır. Ancak apaçık anlaşılmaktadır ki, her iki kararda da Cumhuriyet Savcısı suç konusu olaya ilişkin hukuki işlem yapmanın yersiz olduğuna kanaat getirmiştir.

Cumhuriyet Savcısı kamu davası açılması için toplanan delillerin yeterli olduğuna kanaat getirirse, bir iddianame hazırlayacaktır.

6.1.1.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Suçun Öğrenilme Şekilleri

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenleyen TCK m. 104 uyarınca, suçun ilk fıkradaki temel halinden soruşturma yapılması mağdurun şikâyetine bağlı iken ikinci ve üçüncü fıkralarda bulunan nitelikli halleri re'sen soruşturulmaktadır. Suçun farklı fıkralarında soruşturma evresinin başlaması için izlenmesi gereken aşamaları ele almak yerinde olacaktır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği maddenin üç fıkrasında, adli makamların harekete geçmesi için farklı usuller öngörülmüştür. Buna göre; suçun temel halini düzenleyen ilk fıkrada fiilin takibi şikâyete bağlı kılınmış, ikinci ve üçüncü fıkralarda şikâyet

³⁴⁶ Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırt, Y. F., Alan Akcan, E. Özaydın, Ö. Erden Tütüncü, E. Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. a. e., s. 609.

³⁴⁷ Centel, N. ve Zafer H. a. e., s. 519.

³⁴⁸ Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2021). *Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 483

şartı aranmamıştır. Bu anlamda, suçun nitelikli hallerini düzenleyen ikinci ve üçüncü fıkralarda gösterilen fiillerin işlenmesi halinde, adli makamların toplum adına soruşturma başlatması gerekmektedir. Bunun nedeni, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerde gösterilen fiillerde suçun ağırlığının göz önüne alınmasıdır. Söz konusu fiillerde doğrudan mağdurun rızası tanınmadığı gibi, şikâyet de aranmamıştır. Nitelikli hallerin içeriği göz önüne alındığında, maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarının re'sen soruşturulması bize göre de yerinde olmuştur.

6.1.1.2.1. TCK m. 104/1'e Göre Suçun Öğrenilmesi

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel halinde takibin yapılması için zorunlu olarak aranan şikâyet kavramı, suçun kanuni tanımında gösterilen fiil nedeniyle hakkı veya hakları zarar gören kişinin suçu adli makamlara bildirmesidir. Görüldüğü üzere, soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için, mağdurun şikâyet süresi içerisinde şikâyette bulunması gerekir.³⁴⁹ Ceza muhakemesinde kural olarak, adli makamlar suçu öğrendiğinde kendiliğinden soruşturmaya başlamalıdır. Ancak Kanun Koyucu, bazı suçlar için hakkı zarar gören kişinin cezalandırma isteğini bildirmesini aramıştır. Takibi şikâyete bağlı olan suç, kişiye sıkı sıkıya bağlı, doğrudan kişilik haklarını ihlal eden ve re'sen soruşturulmasında fayda görülme­yen hafif suçlardır.³⁵⁰ İşte reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel halini düzenleyen TCK m. 104/1 böylesi bir suçtur. Bir suçun takibi şikâyete bağlı olması, suçun düzenlendiği kanun maddesinde belirtilir. Şikâyetin yapılış şekli, mutlaka bir bildirim şeklinde olmak zorunda değildir. Suçtan zarar görenin, suçun kanuni tanımında gösterilen fiil hakkında soruşturma yapılmasında sakınca görmemesi şikâyet şartının oluşması için yeterlidir.³⁵¹ CMK m. 158 uyarınca, şikâyetler daha sonra yazıya dökülmek üzere sözlü de yapılabilir. Kovuşturma aşamasına geçildikten sonra suçun şikâyete tabi olduğu anlaşılırsa, mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği sürece yargılama devam etmektedir.

Kimi durumlarda, çocuk fail ile cinsel ilişkiye girse de hareket kendisinin rızasıyla gerçekleştiği için suç oluşmadığını düşünmektedir. Sağlık mensuplarına yüklenen bildirme yükümlülüğü, hem çocuğun fiilin suç vasfının devam ettiğini ve şikâyete hakkının bulunduğunu

³⁴⁹ Aydın, M. a. e., s. 109.

³⁵⁰ Centel, N. ve Zafer H. a. e., s. 96.

³⁵¹ Yenisey, F. ve Nuhoglu A. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku (7. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 575.

öğrenmesini sağlamakta hem de çocuklara sağlanacak adalet açısından etkin koruma sağlamaktadır.³⁵²

Doktrinde, şikâyet hakkının kimde olduğu hususu da tartışmalıdır. Bir kısım, şikâyet hakkının ancak küçüğe verilebileceğini savunmaktadır.³⁵³ Diğer kısım küçüğün anne-babasının da şikâyetçi olabileceğini savunmaktadır. Şikâyet hakkının anne-babaya da verilmesini savunan görüşler bir adım ileri gidilerek, suçun temel halinin de re'sen soruşturulur hale getirilmesini savunmuştur.³⁵⁴ Yine şikâyet hakkının hem çocuğa hem de veli / vasiye ait olabileceğini savunan görüşe göre, şikâyetten ancak şikâyet eden vazgeçebilir.³⁵⁵

Yargıtay bu hususta bir kararında; mağdur statüsünün, mağdur evlenmek suretiyle reşit olsa dahi devam edeceği belirtilmiştir. Bu anlamda evlenmek suretiyle reşit olan mağdur, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından şikâyetçi olabilecektir. Söz konusu kararda, mağdurun babası şikâyetten vazgeçse bile mağdur şikâyetçi ise bu hakkının gözetilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.³⁵⁶

Şu kadar ki, bizce bu hususta anne-babaya şikâyet etme hakkı vermek doğru olmayacaktır. Bu aşamada, 15 yaşını tamamlamış olan çocuğun cinsel ilişkiye varmayan her türlü cinsel davranışa gösterdiği rızanın geçerli kabul edildiği göz önüne alınmalıdır. Dolayısıyla, cinsel ilişki boyutuna varmış hareketten de ancak mağdur sıfatıyla çocuğun şikâyetçi olabilmesi yerinde olacaktır.

Cinsel suçlarda uzlaşma usulü, CMK m. 253/3 hükmü uyarınca uygulanamamaktadır.³⁵⁷ Doktrinde, bu hususun hukuken ve ahlaken kabul edilmez nitelikte olan pazarlıklara neden olabileceği hususuna dikkat çekilmiştir.³⁵⁸

³⁵² Erbaş R., Ateş Sarıdağ B. H. ve Yorulmaz A. C. (2020). 15-18 Yaş Arası Gebeliklerde Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 1(41): 95-112, s. 103.

³⁵³ Aynı yönde; Koca, M. ve Üzülmez, İ. *Ceza Özel*. s. 377; Aydın, M. a. e., s. 109.

³⁵⁴ Polat, H., Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *Ceza Hukuku Dergisi*, 5(13), 189-195, s. 193.

³⁵⁵ Şen, E. ve Başarır, T. (2012). Ensest Mağdurlarından Birisi: “Kadın”. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:99, 317-340, s. 331.

³⁵⁶ Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2013/7341, Karar Numarası: 2015/6190, Karar Tarihi: 07.05.2015.

³⁵⁷ CMK m. 253/3: “Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, (...)86 cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ve ısrarlı takip suçunda (madde 123/A), uzlaştırma yoluna gidilemez. (Ek cümle: 26/6/2009 - 5918/8 md.) Uzlaştırma kapsamına giren bir suçun, bu kapsama girmeyen bir başka suçla birlikte aynı mağdura karşı işlenmiş olması hâlinde de uzlaşma hükümleri uygulanmaz.”

³⁵⁸ Koca, M. ve Üzülmez, İ. *Ceza Özel*. s. 377.

Yargıtay şikâyet süresine ilişkin kararında, 6 aylık şikâyet süresi boyunca şikâyet hakkını kullanmayan mağdurun daha sonra şikâyetçi olması halinde açılan davada düşme kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.³⁵⁹

6.1.1.2.2. TCK m. 104/2 ve TCK m. 104/3'e Göre Suçun Öğrenilmesi

Fail ile mağdur arasında evlenme yasağı bulunması veya failin mağdurla koruyucu aile ilişkisi bulunması hallerinde, suç re'sen soruşturulur.³⁶⁰

Suçun re'sen soruşturulması, herhangi bir şekilde öğrenme halinde Cumhuriyet Savcısı ve emrindeki adli kolluğun kendiliğinden harekete geçmesi anlamına gelir. Fail ile mağdur arasında evlenme yasağı veya koruyucu aile ilişkisi bulunması, Kanun nezdinde bu suçun daha ağır ceza verilmesini gerektiren halleridir. Bu nedenle, doğrudan Devlet'in çocuğu koruma bilinci devreye sokulmuştur.

Fail, mağdur ile aralarında cezayı artırıcı nitelikli hallerde öngörülen ilişki olduğunu bildiği halde bu fiili işlerse, adli makamlar suçu herhangi bir şekilde öğrendiğinde kendiliğinden soruşturma başlayacaktır.

6.1.2. İddianamenin Hazırlanması

AİHS m. 6/3-a uyarınca³⁶¹, herkesin kendisine yöneltilen suçlama ile ilgili bilgilendirilmeye hakkı vardır. Soruşturma sonucunda, şüpheliye kendisine isnat edilen suç ve bu suçun isnat edilme sebebini gösterir bir bilgilendirme metni verilir. İşte iddianame, şüphelinin isnadı öğrenmesini sağlar. Bu hak, savunma hakkına yönelik bir zorunlu unsur teşkil etmektedir.³⁶²

³⁵⁹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2015/4464, Karar Numarası: 2018/3837, Karar Tarihi: 22.05.2018 (Çevrimiçi) <https://legalbank.net/belge/y-14-cd-e-2015-4464-k-2018-3837-t-22-05-2018-resit-olmayanla-cinsel-iliski-sucunda-kanuni-sikayet-su/3169664/> (Erişim Tarihi: 13.06.2022)

³⁶⁰ Aydın, M. a. e., s. 110.

³⁶¹ AİHS m. 6/3-a: "Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir:

a- Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek, ..."

AİHS Metni için ayrıca bkz: (Çevrimiçi) European Convention on Human Rights (coe.int) (Erişim Tarihi: 08.06.2022).

³⁶² Centel, N. ve Zafer H. a. e., s. 524.

Suçun öğrenilmesinden itibaren toplanan delillerden ve tüm soruşturma kapsamından anlaşılan kadarıyla, muhakeme yapılırsa sanığın mahkûm edilme ihtimali, beraat etme ihtimalinden daha yüksek görüldüğünde “yeterli şüphe” oluşmuş olur. Bu yönde kanaat oluştu ise, CMK m. 170/2 hükmü³⁶³ işleme konulur.³⁶⁴

Cumhuriyet Savcısı iddia konusu olayın soruşturulması gerektiğine kanaat getirdiğinde, soruşturma aşaması başlar. Bu aşamada her türlü delil ve bilgi toplanır. Suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşmuşsa, Cumhuriyet Savcısı olaya ilişkin bir iddianame hazırlar. İddianamede bulunması gereken unsurlar, CMK m. 170/3’te düzenlenmiştir.³⁶⁵

CMK m. 171, Cumhuriyet Savcısı’nın kamu davası açılması açısından takdir yetkisini ne şekilde kullanacağını düzenlemiş ve kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilebilecek haller açıklanmıştır. Ancak m. 171/1-c hükmünde, bu kararın cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Bu anlamda, CMK m. 171/2 vd. maddelerinde gösterilen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar açısından uygulanamaz.

CMK m. 250’de düzenlenen seri muhakeme usulü, belirli şartları sağlayan suçların daha hızlı kovuşturulmasını sağlayan yeni bir muhakeme şeklidir. Seri muhakeme usulünün uygulanabilmesi için; yargılama konusu suç seri muhakeme usulü ile kovuşturulabilen suçlardan olmalı, suç işlendiğine ilişki yeterli şüphe oluşmuş olmalı, kamu davasının ertelenmesi kararı verilmemiş olmalı ve bilgilendirilen şüpheli bu usulü kabul etmiş

³⁶³ CMK m. 170/2: “Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.”

³⁶⁴ Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırt, Y. F., Alan Akcan, E. Özaydın, Ö. Erden Tütüncü, E. Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. a. e., s. 614.

³⁶⁵ CMK m. 170/3: “Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamede;

a) Şüphelinin kimliği,
b) Müdafii,
c) Maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği,
d) Mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanunî temsilcisi,
e) Açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği,
f) Şikâyette bulunan kişinin kimliği,
g) Şikâyetin yapıldığı tarih,
h) Yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri,
i) Yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi,
j) Suçun delilleri,
k) Şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri,
Gösterilir.”

olmalıdır.³⁶⁶ Esasen seri muhakeme, şüpheli ile Cumhuriyet Savcısı'nın anlaşması ile uyuşmazlıkların hızlıca çözüme kavuşturulmasını sağlama amacını taşımaktadır.³⁶⁷

Seri muhakeme usulünün hangi suçlar açısından uygulanabileceği, CMK m. 250/1 hükmünde belirlenmiştir. Birden çok kanundaki bazı suçlar, seri muhakeme usulü kapsamına alınmıştır. Ancak cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, seri muhakeme usulünün kapsamı dışındadır. Bu nedenle, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından da seri muhakeme usulünün uygulama alanı bulması mümkün değildir.

Basit yargılama usulü, CMK'nın 251. maddesinde düzenlenmiştir. Bu usul, hafif kapsamlı suçları daha hızlı çözümlenip karmaşık yapıdaki suçlara daha fazla zaman ayırmayı sağlamak amacıyla ortaya çıkmıştır. Keza, basit suçlar ile ağır suçlar için aynı muhakeme usulünü uygulamak iş yükünü artırdığı gibi, adaletin tecellisini de geciktirmektedir.³⁶⁸ Basit yargılama usulünün uygulanması için belirlenen şartlardan biri de, asliye ceza mahkemesinin görev alanında, adli para cezası öngören veya hapis cezası öngören suçlar açısından üst sınırı 2 yıl veya daha az olan suçlar için uygulanabilecek olmasıdır. Bu kıstas, basit yargılama usulünün alanını oldukça daraltmaktadır.³⁶⁹

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar açısından öngörülen cezalar göz önüne alındığında, basit yargılama usulünün ancak TCK m. 105'te düzenlenen basit cinsel taciz suçu açısından uygulanabilir olduğu anlaşılmaktadır. Cinsel taciz suçunun ise yalnızca temel hali açısından uygulanabilir olup fiilin çocuğa karşı işlenmesi halinde bu usulün uygulanması mümkün değildir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel hali açısından 104. maddede "*iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası*" öngörüldüğünden, basit yargılama usulünün uygulanması mümkün değildir.

İddianamenin içeriğinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işlediği konusunda yeterli şüpheye ulaşılmış olan şüphelinin bilgileri, mağdur çocuğun bilgileri, olay tarihinde mağdur ve şüphelinin elde edilen bilgiler neticesinde yaşları, somut olay sırasında herhangi bir zorlama olup olmadığı, mağdur çocuğun söz konusu cinsel ilişkiye rızasının bulunduğu, somut olayın TCK m. 104'te düzenlenen suçun temel veya nitelikli halini oluşturduğuna dair kanaatin olduğu, şüphelinin cezalandırılması talep edilen kalemleri belirtmek gereklidir. Tüm bu

³⁶⁶ Soylu Ünver, G. ve Karaman Engür, S. N. (2020). *Seri Muhakeme Usulü*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 39.

³⁶⁷ Karakehya, H. ve İnce Tunçer, A. (2021). *Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 18.

³⁶⁸ Soylu Ünver, G. ve Karaman Engür, S. N. a. e., s. 135.

³⁶⁹ Karakehya, H. ve İnce Tunçer, A. a. e., s. 115.

hususlar sayıldıktan sonra, esasa ilişkin dava açılması yönünde kamu adına talep ve dava edildiği belirtilerek iddianame tamamlanır.

6.2. İddianamenin Kabulü ve Reddi (Ara Muhakeme Aşaması)

İddianame tamamlandığında, soruşturma aşaması sona erer. İddianamenin hazırlanıp mahkemeye verilmesi ile, ara muhakeme aşaması başlamış olur. Bu aşamada kovuşturmanın başlaması, mahkemenin iddianameyi kabul etmesi ile olur.³⁷⁰

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun³⁷¹ uyarınca Cumhuriyet Savcısı tarafından hazırlanan iddianame; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel haline ilişkin ise Asliye Ceza Mahkemesi'ne, nitelikli hallere ilişkin ise görevli Ağır Ceza Mahkemesi'ne gönderilir. Görevli ve yetkili mahkeme, hazırlanan iddianamedeki somut olayın niteliğini ele alır.

Mahkeme incelemeyi tamamladığında, ilk olarak iddianameyi kabul edip esas hakkında davanın açılmasına karar verebilir.

Bir diğer ihtimalde görevli mahkeme, iddianamede gösterilen olaya ilişkin iddianameyi iade edebilir.

Son olarak görevli mahkeme, iddianamedeki somut olaya ilişkin soruşturma aşamasında yeterli araştırmanın yapılmadığına kanaat getirebilir. Bu durumda mahkeme, iddianameyi iade edebilir. İade nedenleri; CMK m. 170'e aykırılık, suçla ilgili olduğu belirlenmiş mutlak bir delilin iddianamede bulunmaması, ön ödeme uygulanmaması, uzlaşma teklif edilmemesi veya seri muhakeme usulünün uygulanmamış olmasıdır. Tavsif hataları nedeniyle iddianamenin iade edilemeyeceği hükme bağlanmış olmakla birlikte, Yargıtay'ın yorumuna göre somut olaydaki delillerin, fiil ile ilişkisi kurulmadan yazılmış iddianame de iade edilebilmektedir.³⁷²

Mahkeme, iddianamenin verilmesinden itibaren 15 gün içerisinde inceleme yapıp kabul veya iade kararını bildirmelidir.³⁷³

³⁷⁰ Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırt, Y. F., Alan Akcan, E. Özyayın, Ö. Erden Tütüncü, E. Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. a. e., s. 610.

³⁷¹ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 7/10/2004 – 25606.

³⁷² Yenisey, F. ve Nuhoglu A., a. e., s. 686.

³⁷³ Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırt, Y. F., Alan Akcan, E. Özyayın, Ö. Erden Tütüncü, E. Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. (2019 a. e., s. 621.

6.3. Kovuşturma Aşaması

“Kovuşturmak” kavramı TDK Sözlüklerinde “*Suçlu olduğu ileri sürülen biri için gerekli araştırma ve soruşturmayı yapmak, takip etmek.*” olarak tanımlanmaktadır.³⁷⁴

Savcılığın iddianameyi mahkemeye iletmesi ve iddianamenin kabulü ile birlikte, fail olduğu şüphesi bulunan şahsın suçu işlediğine dair bir “sanı” ortaya çıkmış olur. Şüpheli, bu andan itibaren “sanık” sıfatı ile anılır.³⁷⁵

Görevli ve yetkili mahkeme Cumhuriyet Savcısı tarafından hazırlanmış olan iddianameyi yeterli gördüğünde, iddianamenin kabulüne karar vererek esas hakkındaki davayı açar. Davanın açılması ile, kovuşturma aşaması başlamış olur.

İddianamenin kabul edilmesinden itibaren başlayıp hüküm ile sona eren evreye, kovuşturma evresi denilir. Kovuşturma aşaması, üç devreden oluşmaktadır. Bunlar; duruşmaya hazırlık devresi, duruşma devresi ve sonucu, son karar devresidir.³⁷⁶

Kovuşturma aşamasında yapılan faaliyetler, dört grupta incelenebilir. Bunlar sırasıyla; delillerin toplanması, tespitlerin belirlenmesi, bu aşamaya kadar devam eden işlemlerden bir sonuç çıkarılarak yargılama konusu somut olay hakkında hüküm verilmesi ve koruma tedbirlerinin alınmasıdır.³⁷⁷

Suçun temel hali bakımından görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi, nitelikli halleri bakımından ise Ağır Ceza Mahkemesi’dir. Yetkili mahkeme, CMK m. 12 uyarınca suçun meydana geldiği yer mahkemesidir.³⁷⁸

³⁷⁴ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, (Çevrimiçi) kovuşturmak ne demek TDK Sözlük Anlamı (sozluk.gov.tr) (Erişim Tarihi: 09.06.2022)

³⁷⁵ Yenisey, F. ve Nuhoglu A., a. e., s. 694.

³⁷⁶ Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırt, Y. F., Alan Akcan, E. Özaydın, Ö. Erden Tütüncü, E. Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. (2019 a. e., s. 624.

³⁷⁷ Yenisey, F. ve Nuhoglu A. (2019). a. e., s. 694.

³⁷⁸ Aydın, M a. e., s. 109.

Uygulamada kimi somut olaylarda, dava zamanaşımı sürelerinin dolduğu görülmektedir. Sanığın reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel halini işlediği bir durumda, Yargıtay TCK m. 66/1-e³⁷⁹ uyarınca davanın düşmesine hükmetmiştir.³⁸⁰

7. Yaptırım ve İnfaz

Yaptırım ve infaz aşamaları, kovuşturma aşamasında sanığın suçlu olduğuna kanaat getirildiği durumlarda uygulanmaktadır. Diğer bir deyişle, yapılan yargılama sonunda suçu işlediği sonucuna varılan sanığa mahkemece verilen ceza ve/veya güvenlik tedbirine “yaptırım”, bu ceza ve/veya güvenlik tedbirinin çektirilmesine ise “infaz” denilmektedir.

7.1. Yaptırım

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, suçun temel ve nitelikli hallerine ilişkin ayrı yaptırımlar öngörülmüştür. Suçun daha ağır hallerini barındıran ikinci ve üçüncü fıkralarda düzenlenen cezayı artıran nitelikli hallerin her ikisi için de aynı şekilde yaptırım düzenlemesi yapılmıştır.

Birinci fıkrada düzenlenen suçun temel halinin faili olduğuna kanaat getirilen sanığa “iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası” verilir. Bu yaptırım, fail ile mağdur arasında Kanun’da öngörülen yakınlıkların olmadığı hallerde uygulanmaktadır.

İkinci ve üçüncü fıkralarda suçun cezayı artıran nitelikli hallerinin faili olduğuna kanaat getirilen sanığa “on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına” karar verilmektedir.

³⁷⁹ TCK m. 66/1-e: “Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, Geçmesiyle düşer.”

³⁸⁰ T.C. Yargıtay 9. Ceza Dairesi E. 2021/1583, K. 2021/9010, T. 8.11.2021. Karar metninde ilgili kısım şu şekildedir: “Sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan hükmün incelenmesinde;

Oluşa uygun kabule göre sanığın eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup öngörülen cezanın üst sınırı itibarıyla aynı Kanununun 66/1-e maddesinde belirtilen 8 yıllık olağan dava zamanaşımına tabi bulunduğu ve hakkındaki davanın düşmesine karar verilen sanığın mahkeme sorgusunun yapıldığı 25.03.2013 ile inceleme günü arasında bu sürenin geçtiği anlaşıldığından, hükmün 5320 Sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gözetilerek 1412 Sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, sanık hakkında bu suçtan görülen kamu davasının aynı Kanununun 322 ve 5271 Sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca zamanaşımı sebebiyle DÜŞMESİNE, ...”

Tam metin için ayrıca bkz: <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/9cd-2021-1583.htm>

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel halinde, fail ile mağdur arasında herhangi bir evlenme yasağı veya koruyucu aile ilişkisi bulunmamaktadır. Somut olayın gereklerine uygun şekilde sanığa, alt sınır iki yıl ve üst sınır beş yıl olacak şekilde, hapis cezası verilecektir. Bu alt ve üst sınırlar arasında birçok değişken etkili olabilmektedir. Söz gelimi suç tarihinde 19 yaşında olan fail ile 45 yaşında olan failin cezalandırılmasında beklenecek fark, bu noktada ortaya çıkacaktır. Bu husus, kararı verecek olan mahkemenin vicdani kanaati çerçevesinde şekillenmektedir.

Bir suçun cezalandırılmasında, hâkimin takdirini nasıl kullanacağı TCK m. 61’de gösterilmiştir.³⁸¹ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından, maddede sıralanan her bir unsur önem arz etmektedir. Bununla birlikte; suçun işlenmesi sırasında failin davranışları, suçun işlenmesinde mağdurun etkisi, suçun ortaya çıkardığı etkiler de göz önüne alınmalıdır.³⁸²

Suçun nitelikli hallerinde, fail ile mağdur arasında ya bir evlenme yasağı ya da koruyucu aile ilişkisi bulunmamaktadır. Böylesi durumların birçok farklı nedenle daha ağır cezaları gerektirdiği hususunda şüphe bulunmamaktadır. Ancak bu gibi durumlar için de konulan alt ve üst sınır, somut olayın gereklerine göre üst sınırdan ceza verilmesini gerektirecek hallerin muhtemel görülmesindedir. Görüldüğü üzere, nitelikli hallerde alt ve üst sınır belirlenirken makas aralığı daha da genişletilmiştir. Cezanın üst sınırdan verilmesine neden olacak durum yukarıda belirttiğimiz yaş farkı olabileceği gibi, fail ile mağdur çocuğun aynı yerde yaşamaları veya failin mağdur çocuğun çaresiz psikolojik durumundan yararlanması şeklinde daha birçok şey olabilir.

Suç konusu somut olaya ilişkin ayrıntıların ele alınması, suç nedeniyle mağdur çocuğun günlük hayatında ve ruh durumunda yaşanacak olumsuz değişimlerin gözlenmesi ve bunlar gibi farklı nedenlerin göz önüne alınması sonrasında, mahkeme failin cezalandırılmasına karar verir.

³⁸¹ Bu kıstaslar şu şekilde sıralanmıştır:

“(1) Hâkim, somut olayda;

a) Suçun işleniş biçimini,
b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,
c) Suçun işlendiği zaman ve yeri,
d) Suçun konusunun önem ve değerini,
e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,
f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını
g) Failin güttüğü amaç ve saiki,

Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.”

³⁸² Taneri, G. (2016). Temel Cezanın Belirlenmesi. *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 3, 127-162, s. 147.

7.2. Kararın İnfazı

Türk Ceza Adalet Sistemi için en temel üç yasa; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'dur.³⁸³

Türk ceza hukuku sisteminde ceza ve güvenlik tedbirlerine ilişkin kararların infazı, 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı CGTİHK³⁸⁴ hükümleri uyarınca uygulanır.

Cezalandırmanın amacı çoğunlukla tartışma konusu olmakla birlikte, özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin kararların infaz şekli toplumda sürekli gündemdedir. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, Türk toplumunda oldukça belirgin reaksiyon verilen alanlardan birisidir. Özellikle cinsel anlamdaki saldırıların kişisel değil de kişinin dahil olduğu aileye / topluluğa karşı işlendiği kabulü bulunmaktadır. Kişilerin yakınlarına karşı işlenen suçlardan zarar gördüğünü belirtmesi, toplumumuzda olağan bir durum olarak görülmektedir. Ancak şu kadarını kabul etmek gerekir ki, günümüz hukuk sistemlerinde hukuka aykırı cinsel davranışlar nedeniyle zarar gören, ilgili cinsel davranışa maruz kalan kişidir. Kaldı ki, failin cezalandırılmasında kamu vicdanını rahatlatmak gibi bir amaç olması düşünülemez. Ceza ve güvenlik tedbirleri, önleme ve yeniden topluma kazandırma (resosyalizasyon) amaçları ile uygulanmaktadır. Bu iki amaç, birbirini tamamlar niteliktedirler.³⁸⁵ Bu amaçlar arasında ancak önleme amacının toplumla ilgisi olduğu iddia edilebilir, bu durumda da toplumun suçtan korunması amaçlanmaktadır. Suçluyu toplumun gazabından korumak, bir diğer deyişle toplumsal linç kültürünün etkisi ile yaptırım uygulamak gibi bir amaç bulunmamaktadır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda yaptırım, hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Suçun toplum üzerinde yarattığı infial göz önüne alındığında, bu müeyyidenin yetersiz kaldığına dair sesler yükselmiştir. Öyle ki, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar için idam cezası öngörülmesi gerektiği toplumda sık sık söylem haline gelmiştir. Şu kadarını belirtmek ki, modern Türk hukuk sisteminde böylesi bir cezalandırma yönteminin uygulanması mümkün değildir. Gerek iç hukuk sistemi gerekse ülkemizin tarafı olduğu uluslararası sözleşmeler, bu durumu imkânsız kılmaktadır. Kaldı ki idam cezası bulunan yerlerden elde edilen istatistikler ele alındığında, bunun da çoğunlukla vakalarda azalma sağlamadığı, diğer bir deyişle kesin bir

³⁸³ Özbek, V. Ö. (2019). *İnfaz Hukuku (11. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık., s. 39.

³⁸⁴ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 29/12/2004 – 25685.

³⁸⁵ Özbek, *İnfaz Hukuku*, s. 40.

caydırıcılık sağlamadığı görülecektir. Bu yaklaşım, 21. yüzyılda hukuk sistemimizin uzun yollar kat ederek ulaştığı noktaya göre oldukça sığ kalmaktadır.

5275 sayılı CGTİHK, 14. maddede açık ceza infaz kurumlarını düzenlemektedir. Açık ceza infaz kurumları, nispeten daha hafif önlemlerin bulunduğu kurumlardır. Cinsel dokunulmazlığa karşı suç işleyenlerin açık ceza infaz kurumlarına girişine ilişkin ilişkin m. 14/2-a bendinde; “... *cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan mahkûm olanlar ile ikinci defa mükerrer olanlar ve koşullu salıverilme kararının geri alınması nedeniyle cezası aynen infaz edilenler hariç olmak üzere...*” denilmektedir. Yine aynı maddenin 4. fıkrasında; “... *cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ... mahkûm olanların kapalı ceza infaz kurumundan açık ceza infaz kurumuna ayrılmalarına ilişkin idare ve gözlem kurulu kararları, infaz hâkiminin onayından sonra uygulanır.*” denilmiştir.

Aynı Kanun’un infazın ertelenmesini düzenleyen m. 17/6-a bendinde, hükümlü istemiyle infazın ertelenmesi kurumunun cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uygulanmayacağı düzenlenmiştir.

Aynı Kanun’un “Koşullu salıverme” başlıklı 107. maddesinde, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin özel bir düzenleme yapılmıştır Buna göre, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun yalnızca temel halini işleyenler ve suç nedeniyle hapis cezası alan çocuklar, kendilerine verilen cezanın üçte ikisini çektikten sonra koşullu salıverme hükümlerinden yararlanacaklardır.

Aynı Kanun’un 108. maddesinde, cinsel dokunulmazlığa karşı suçları işleyip denetimli serbestliğe tabi tutulacaklar için birtakım tedbirler öngörmüştür. Buna göre infaz hâkimi şu yükümlülüklerden birine veya birkaçına hükmedebilir:

- “...a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak*
- b) Tedavi amaçlı programlara katılmak*
- c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak*
- d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşımdan yasaklanmak*
- e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak*
- f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak...”.*

Aynı Kanun'un 110. maddesi, özel infaz usullerini düzenlemiştir. Ancak aynı maddenin 9. fıkrası b bendinde, bu usullerin cinsel dokunulmazlığa karşı suçları işlemeleri nedeniyle mahkumiyeti olanlar hakkında uygulanmayacağı düzenlenmiştir.



SONUÇ

Hukuk düzeni, her aşamada ahlaken doğru olandan etkilenmiştir. Bununla birlikte ahlaki yargılar; bulunulan yer, zaman, kişiler ve benzeri birçok değişkene göre farklı şekilde yorumlanabilmektedir. Hukukun dalları içerisinde özellikle ceza hukukunun rolü, maddi gerçeğe ulaşmak ve buna uygun yargılamayı sağlamaktır. Ceza hukuku yargılamasının sonucunda hükmedilecek müeyyideler de göz önüne alındığında, diğer dallara göre daha derin araştırma ve uygulama yapılması olağandır. Bugün Türk ceza hukuku sistemi, kişilere özgürlüğü bağlayıcı cezalar vermektedir. Kişilerin özgürlüğü kısıtlanırken bu kısıtlamanın işledikleri suç sonucu olması ve orantılı olması oldukça önemlidir. İşte bu nedenle ceza hukukunun en önemli amaçlarından biri, adalettir.

Kendini koruyamayacak durumda olanları korumak, sosyal devletin temel görevlerindedir. Kendini koruyamayanlardan olan çocuklar, toplumun tamamı için önem arz etmektedir. Bu durumda hem herkesin bir çocukluk döneminden geçmiş olması hem de çocuğun ailenin unsurlarından olması etkili olmuştur. Çocukları koruma refleksi, insanın doğal dürtülerindedir. Çocuklara yönelen cinsel davranışlar, toplumlarda bir tür sapkınlık olarak yorumlanmıştır. Böylesi fiillerde failin ahlaki kötülüğü herkesçe kabul edilmektedir. Bu nedenle de cinsel dokunulmazlığa karşı suçların muhatabı çocuk olunca hem cezalandırma şekli daha ağır olmakta hem de toplumsal tepki büyük olmaktadır.

Cinsellik, hayatın içerisinde olan ve türün devamlılığını sağlayan bir kavramdır. Dolayısıyla, insan hayatı içerisinde de cinselliğin yer bulmaması mümkün değildir. Sağlıklı bir cinsel gelişim, bireyin olgunlaşması sürecinde oldukça önem arz etmektedir. Dolayısıyla, çocukların çok erken yaşlarda cinsel davranışlarla muhatap olmaları birçok yönden olumsuz etkiler doğurmaktadır. Cinsel eğitim, aşamalı bir süreç teşkil etmektedir. Bu nedenle, çocukların cinselliğe çok erken yaşta eğilmeleri sakıncalı olduğu gibi, hiçbir zaman çocuğa cinsel eğitim verilmemesi de yanlıştır. Bunun sonucunda cinselliği bastırılmış bireyler ortaya çıkacaktır ki, bu da toplum için sakıncalı bir haldir.

Cinsel suç, başka birinin cinsel dokunulmazlığına hukuka aykırı şekilde müdahale edildiğinde oluşur. Cinsel dokunulmazlık kimi toplumlarda doğrudan kişinin kendisine atfedilirken, kimi toplumlarda kişinin ailesine veya mensubu olduğu topluluğa atfedilir. Ancak her halde, cinsel suçların cezasız kalması mümkün değildir. Cinsel suçu oluşturan bir etken olarak hukuka aykırı fiil, her hukuk sisteminde farklılık gösterebilmektedir.

Cinsel davranışlar, kişilerin karşılıklı rızası ile gerçekleşir ve tarafların cinsel davranışları üzerinde verecekleri rıza hukuken geçerli bir rıza olmalıdır. Cinsel davranışın taraflarından biri rıza vermeye ehil değilse, bu aşamada hukuk sistemi devreye girmektedir. Bu anlamda, kişinin cinsel davranışlara ve cinsel davranışların son raddesi olan cinsel ilişkiye rıza verebilmesi, ancak cinsel dokunulmazlığı üzerinde mutlak surette tasarruf edebildiği hallerde mümkündür. Çocukların cinsel davranışlara rıza göstermesi hususunda; ilk önce çocuğun iradesindeki yeterliliği, sonrasında cinsel davranışın diğer tarafı olan kişinin davranışlarındaki amacı ve elbette çocuğun korunmaya ne dereceye kadar ihtiyaç duyduğu meseleleri ele alınmalıdır.

Bir çocuğun karar verme yetisi ile bir yetişkinin karar verme yetisi arasında bariz farklılıklar olacağı herkesçe malum olan bir durumdur. Bu nedenle, çocuğun karar verebilmesi için etkili olan hususlar dikkatle incelenmelidir. Çocuk; takdir edilmekle mutlu olan, duygusal anlamda yüksek bir sevgiye ihtiyaç duyan, dış dünyada gerçekleşen olaylara bir yetişkin kadar objektif bakması mümkün olmayan ve vereceği kararların gelecekte ne tür etkiler doğurabileceğini tamamen kavrayamayacak düzeyde olan bireydir. Tüm bunlar ve diğer birçok unsur, çocuğun dış dünyadan kendisine yönelecek birtakım davranışlara karşı daha özel statü ile korunması gereğini doğurmaktadır.

Çocuğa yönelik cinsel davranışlar hem hukuki hem sosyolojik ve hem de psikolojik olarak olağan dışıdır. Özellikle küçük yaştaki çocuklara karşı bu tarz yönelimler, devletlerin elindeki her imkanla engellenmelidir. Bir yetişkinin bir küçüğe cinsel saikle yaklaşmasında, iyi niyet aranması mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, çocuklara karşı cinsel davranışlara ilişkin düzenlemeler, çocuğun cinsel yönden sömürülmesini önleme amacı taşımaktadır.

Çocuk kavramı, Türk hukuk sisteminde 18 yaşını doldurmamayan bireyleri tanımlamaktadır. Cinsel davranışlara rıza vermeye ehil olabilmek, elbette belirli bir dönemde mümkün olabilmektedir. Ergenlik dönemi, çocukların cinsel açıdan gelişme gösterdikleri bir süreçtir. Bu nedenle, hukuk sistemimiz 15 yaşını dolduran çocukların cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlara gösterdiği rızayı geçerli kabul etmektedir. Bununla birlikte, 18 yaşını doldurmamayan bireylerin cinsel ilişkiye rıza göstermesi mümkün değildir.

15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamayan bir çocukla rızası varken cinsel ilişkiye girmek, TCK m. 104'te gösterilen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmaktadır. Bu davranışın suç olarak tanımlanması her ne kadar kişilerin cinsel özgürlüğünü kısıtladığı

söylemleriyle eleştirilse de bizce çocukların cinsel ilişkiye rıza göstermesi birçok açıdan sakıncalıdır.

Suçun konuluş amacı, 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamış bireylerin cinsel ilişki kararı verecek derecede düşünsel olgunluğa erişmemiş olmaları nedeniyle, cinsel ilişkinin kendilerine vereceği muhtemel zararlardan kendilerini korumaktır. 15 yaşını doldurmuş olan tüm bireylerin cinsel ilişki kararı vermek için yeterli olgunluğa asla erişemeyeceğini söylemek, genel ve soyut kalacaktır. Ancak kabul etmek gerekir ki, bazı çocuklar diğerlerinden hem fiziksel hem de düşünsel olarak daha erken olgunlaşsa da Kanun Koyucu kapsayıcı düzenlemeler yapmak zorundadır.

Türk hukuk sistemi açısından çocuğun cinsel ilişkiye rıza gösterebilmesi hususunda bir tutarsızlık bulunmaktadır. TMK kişilerin 17 yaşında evlenebileceğini, olağan üstü hallerde bu yaş sınırının 16'ya düşürülebileceğini düzenlemiştir. Hal böyleyken TCK, kişilerin 18 yaşını doldurmamış biriyle cinsel ilişkiye girmelerinin suç teşkil edeceğini düzenlemektedir. Bu tutarsızlığın ortadan kaldırılması için ya 18 yaşını doldurmamışların evlenmesi yasaklanmalı ya da cinsel ilişkiye rıza yaşı evlenme yaşı ile uyumlu hale getirilmelidir. Bu hususta hukuki bütünlük sağlanabilmesi adına, biz cinsel ilişkiye rıza gösterebilme yaşının 16'ya düşürülmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira, 19 yaşında olan kadın ve 17 yaşında olan erkek tarafların hukuken geçerli olan evlilikleri içerisinde cinsel ilişkiye girmelerinin suç teşkil etmesi, bu kişilerin cinsel ilişkiye girmeyeceği anlamına gelmemektedir. Bizce, kanunlar uygulanmak için konulmaktadır. Bu nedenle, Türk hukuk sisteminin temel direklerinden olan bu iki kanun arasındaki çarpıklığın giderilmesi gerekmektedir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili, bizce “18 yaşını doldurarak reşit olan” olmalıdır. 18 yaşını doldurmadan ergin kılınmış bireylerin bu suç açısından fail kabul edilmesi, suçun konuluş amacına hizmet etmeyecektir. Zira gerek evlilik gerekse mahkeme kararıyla ergin kılınmak, kişilerin yaşını artıracak nitelikte değildir. Aksi bir kabul, Anayasa'da gösterilen eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Buradan hareketle, 18 yaşından küçük birinin bu suçun faili olarak kabul edilmesi halinde, iki çocuktan hangisinin mağdur olduğunu araştırma gereği doğacaktır. Failin cinsiyeti, erkek veya kadın olabilir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdur, Kanun Koyucu tarafından açıkça belirlenmiştir. Buna göre mağdur, 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamış olan çocuklar olabilir. Bu yaştaki çocukların cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlara gösterdiği rıza geçerlidir. Bu suç açısından mağdur, erkek veya kız çocuk olabilmektedir.

15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamayan iki çocuğun karşılıklı rıza ile cinsel ilişkiye girmeleri, bizce bu suç kapsamında değildir. Bu hususun Kanun Koyucu tarafından boşluk olarak bırakılması, bize göre doğru olmamıştır. Esasen Kanun Koyucu mağdur tanımını 15 yaşını doldurup 18 yaşını doldurmamayan çocuk olarak yapmıştır. Buradan hareketle, akran çocuklar arası cinsel ilişkide her iki çocuğun da mağdur vasfı taşıdığı apaçık görülmektedir. Ancak yine de bu hususun boşluk olarak bırakılması, maddenin yanlış yorumlanmasına yol açmıştır. Özellikle cinsel ilişkinin taraflarından erkek çocuğun fail, kız çocuğun ise mağdur olarak görüldüğü yargılamalar bulunması bu durumun göstergesidir. Karşılıklı rıza ile gerçekleşen cinsel ilişkide ne sebeple erkek çocuğun suçlu görüldüğünü tartışmak gereklidir. Kanun lafzında mağdur tanımı yapılırken yalnızca kız çocukların bu suçun mağduru olabileceği belirtilmediği halde, erkek çocuğun da mağdur olabileceğini kabul etmemek hukuka aykırı olacaktır. Aynı kişinin hem fail hem de mağdur olması mümkün olamayacağı için, fail unsuru bulunmadığından suç oluşamayacağını kabul etmek gerekir. Tüm bu sorunları ortadan kaldırmak için, bizce akran çocuklar arasında karşılıklı rıza ile gerçekleşen cinsel ilişkilerin bu suç kapsamında olmayacağını 104. maddede ayrıca gösterilmesi gerekmektedir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu meydana getiren fiil, cinsel ilişkidir. Cinsel ilişkiden ne anlaşılması gerektiğine dair birçok farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden bir kısmı cinsel ilişkiyi erkek cinsel organının anüs veya vajinaya girişi olarak kabul ederken, bir diğer kısım cinsel ilişki tanımının daha geniş yapılması gerektiğini savunmaktadır. Kabul etmek gerekir ki, cinsel ilişki erkek cinsel organının anüs veya vajinaya sokulması suretiyle gerçekleşir. Ancak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda korunan hukuki değer ve suçun konuluş amacı göz önüne alındığında, yalnızca bu şekilde gerçekleşen cinsel ilişkinin çocuğu muhtemel zararlardan korumakta ne derece yeterli olacağını tartışmak gereklidir. Cinsel ilişki tanımını sadece 104. maddedeki suç için genişletmek, Türk ceza hukuku sisteminde farklı sorunlara yol açabilecektir. Örneğin, TCK m. 225'te düzenlenen hayasızca hareketlerden birisi de alenen cinsel ilişkiye girilmesidir. Cinsel ilişki tanımını genişlettiğimizde, yetişkin bireylerin toplum içinde yaptıkları aşırıya kaçmayan davranışları da cinsel ilişki kapsamına sokmak mümkün olacaktır. Bunun sonucunda, karşılıklı rızaları bulunduğu halde iki kişinin öpüşmesinin cinsel ilişki suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılabilir halde gelecektir. Bu durum, ceza hukuku sistemi için son derece anlamsız ve gereksiz bir sonuç olacaktır. Bizce reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu meydana getiren fiil, "cinsel ilişki" yerine "vücuda organ veya sair cisim sokulması" olarak değiştirilmelidir. Kabul etmek gerekir ki, bir çocuk cinsel ilişkiden göreceği zararı vücuduna cisim sokulması durumunda da görecektir. Bu hareketlerden birini rıza

kapsamında bırakıp diğeri suç kabul etmek, tutarlılığı engellemektedir. Bununla birlikte, cisim veya sair organ sokulması hususları yalnızca cinsel organ sayılabilecek anüs veya vajinaya ilişkin kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle, reşit olmayanın rıza gösterdiği birtakım basit cinsel davranışlarla oral seksin bu suç kapsamında kalmasının doğru olmayacağını düşünmekteyiz.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenleyen 104. maddenin 2. ve 3. fıkralarında suçun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halleri gösterilmiştir. Bu kapsamda çocuk ile cinsel ilişkiye rıza göstereceği derecede bağ kurması mümkün olan, çocuğa ulaşması ve suiistimal etmesi daha kolay olan failerin daha ağır ceza ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bizce bu düzenleme, suçun konuluş amacı açısından son derece gerekli ve yerindedir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, kasten işlenebilen suçlardandır. Uygulamada failer, çoğunlukla kastı kaldıran hata hallerine dayanmaktadır. Mağdurun yaşında veya rızasında hataya düşmek şeklinde gerçekleşen bu haller, 104. madde kapsamında gerçekleşen yargılamaların çok büyük çoğunluğunda ileri sürülmektedir. Bu hata dayanakları, bazı zamanlar çocuğun cinsel istismarı suçunda da ileri sürülmektedir. Esasen Kanun Koyucu'nun uygun gördüğü yaş aralığı kolayca ayırt edilebilecek durumda değildir. Mağdurun rızasında hataya düşülen hallerde ise, genellikle mağdurun algılama yeteneğinde uzman olmayanlarca anlaşılacak nitelikte sorunlar olduğu görülmektedir.

Hukuka aykırılık unsuru, bir suçu meydana getiren unsurlardandır. Reşit olmayanla cinsel ilişki fiili ile, yürürlükte olan TCK açısından bir haksızlık işlenmektedir. Bir fiili hukuka uygun hale getiren nedenlerden olan ilgilinin rızası, bu suçu meydana getiren olumsuz unsurlardan birisidir. Bu durum, doktrinde birçok tartışmaya yol açmıştır. Mağdurun daha önce rıza gösterdiği fiil nedeniyle şikâyetçi olabilmesi, cinsel ilişkinin diğer tarafı için tehdit niteliğinde olabileceği yönünde yaklaşımlar bulunmaktadır. Şu kadarını belirtmek gerekir ki, küçüğün rızası hilafına gerçekleşecek bir cinsel saldırı, bu haliyle çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır. Bize göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun konuluşunda güdülen amaç, verdiği rızanın muhtemel sonuçlarını öngöremeyen çocuğun, zararlı sonuçlarla yüz yüze gelmesinden sonra da korunmasını sağlamaktır. Bu nedenle, her ne kadar rıza ile girilen cinsel ilişki için küçüğe şikâyet hakkı tanınması eleştirilse de bizce 18 yaşını tamamlamış kişiler kasten reşit olmayanla cinsel ilişkiye girerken işledikleri fiilin sorumluluğunu almalıdır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel hali, şikâyete bağlı kılınmıştır. Bu noktada, şikâyet hakkının kimde olduğuna dair tartışmalar doğmuştur. Şikâyet hakkının kişiye sıkı sıkıya

bağlı haklardan olduğunu belirtmek gereklidir. Ancak karşıt görüş, çocuğun iradesi yeterli görülmediği için böylesi bir suçun düzenlendiğini belirtebilecektir. Bu nedenle bir kısım yazarlar, şikâyet hakkının mağdur ile birlikte anne ve babasına ve hatta vasisine de tanınması gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüş her ne kadar kendi içerisinde tutarlı olsa da, bu suç ile düzenlenen fiilin yalnızca cinsel ilişki olduğuna dikkat çekmek gerekir. Şu kadar ki, 15 yaşını doldurmuş olup cinsel ilişki boyutuna varmayan her türlü cinsel davranışa geçerli rıza gösterebilen bir bireyin, cinsel ilişki nedeniyle tek başına şikayetçi olabileceğinin kabulü gereklidir. Kaldı ki çocuğu koruması altında tutan bireyler, büyük olasılıkla fiilin gerçekleşeceğini öngörseler en baştan rıza vermeyeceklerdir. Bu nedenle biz, ancak rızayı verenin şikayetçi olabileceği düşüncesindeyiz.



KAYNAKÇA

- Ağkuş, K. F. (2021). Cinsel Suçlarda Hısımlık Sorunu. *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3 (1), 27-63.
- Akbulut, B. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler (4. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Akbulut, B. (2019). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği. *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 40, 265-288.
- Akdağ, H. (2017). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler. *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(9), 167-188.
- Akın Ün, A. N. (2019). Cinsel İstismar Suçunun Soruşturulmasındaki Özellikler ve Mağdurun Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi, Isparta.
- Aksakal, E. (2014). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, *İstanbul Barosu Dergisi*, 88(2), 257-275.
- Akyüz, E. (2020). *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması (7. Baskı)*. Ankara: Pegem Akademi.
- Artuk, M. E., Gökçen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K. (2017). *Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aydın, M. (2018). *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (3. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Aydos, O. S. (2020). *Pratik Medeni Hukuk*. Ankara: Gazi Kitabevi.
- Baş, E. (2016). Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), 1135-1215.
- Baytemir, E. (2019). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ile Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Bayzit, T. (2017). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir.
- Beyazıt, Ö. (2010). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, Sayı 1.

- Boga, B. (2020). Türk Ceza Hukukunda Çocukların Fiziksel Mahremiyetine İlişkin Görüntülerinin Kaydedilmesi Ve Yayılmasının Cezalandırılması Üzerine Bir Değerlendirme. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1*, 33-61.
- Canseven Algan, H. (2022). Hayasızca Hareketler Suçu (TCK m. 225). *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 10(1)*: 235-279.
- Centel, N. (2012). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 99*, 269-290.
- Centel, N. ve Zafer H. (2018). *Ceza Muhakemesi Hukuku (15. Bası)*. Ankara: Beta Yayıncılık.
- Demir Yazar, Ö. (2019). Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu. Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara.
- Demir, R. (2019). Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Sayı 2*, 271-303.
- Demiral, E. (2018). Uluslararası İnsan Hakları Hukuku Kapsamında Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar, Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi, İstanbul.
- Dilci, T. (2014). *Gelişim Psikolojisi*. İstanbul: İdeal Kültür Yayıncılık.
- Doğan, R. (2017). Anlamlı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. *Ankara Barosu Dergisi, 2017/1*, 123-150.
- Dülger, İ. (1998). Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlardan Irza Geçme Suçu. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya.
- Erbaş R., Ateş Sarıdağ B. H. ve Yorulmaz A. C. (2020). 15-18 Yaş Arası Gebeliklerde Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 1(41)*: 95-112.
- Göral, C. M. (2014). Avrupa Konseyi Çocuğun Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi Kapsamında Cinsel İstismar Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul.
- Güler, M. (2010). Sosyal Psikoloji Bakış Açısından Çocuk ve Ergenlerde Suçlu Davranış Gelişimi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 89*, 355-372.

- İmamoğlu, S. H. (2005). Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 54, Sayı 2*, 183-218.
- Kanbur, M. N. (2013) Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104), *Ceza Hukuku Dergisi, 8(21)*, 33-68.
- Kanbur, M. N. (2014). 18.06.2014 Tarih ve 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104), *Ceza Hukuku Dergisi, 9(26)*, 97-144, s. 103.
- Kantarıcı, N. (2016). Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Antalya.
- Kantarıcı, N. (2017). Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu. *Ceza Hukuku Dergisi, Sayı 33*, 151-177.
- Kapancı K. B. ve Başoğlu, B. (2016). Çocuğun Medeni Hukuk Kuralları Çerçevesinde Şiddete Karşı Korunması. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 1*, 347-364.
- Karabulut, T. (2019). Türk Ceza Kanununda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul.
- Karakehya, H. ve İnce Tunçer, A. (2021). *Türk Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme ve Basit Yargılama*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Katoğlu, T. (2012). Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 61 (2)*, 657-693.
- Keser, Ö. F. (2019). Uygulamaya Bakan Yönleriyle Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. Yüksek Lisans Tezi, Yalova Üniversitesi, Yalova.
- Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2018). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2019). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (6. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Mahmutoğlu, F. S. (2013). Bilişim Sistemleri Yoluyla Çocuklara Yönelik Cinsel İstismar Fiillerinin Ceza Mevzuatımız Açısından Değerlendirilmesi ve Bu Bağlamda Çocukların Korunmasına Yönelik Görüş ve Öneriler. *Legal Hukuk Dergisi, Yayın Sayısı 121, Cilt 11*.

- Memiş Kartal, P. (2016). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK.m.104). *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65 (4), 2083-2100.
- Öğretir Özçelik, A. D. & Şengün Afşin, R. (2020). Suça Sürüklenen Çocuklar ile Suça Sürüklenmeyen Çocukların Algıladıkları AnneveBaba Tutumları, Bağlanma StilleriveBenlik Algılarının İncelenmesi . *Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Akademik Dergisi* , *TİHEK Akademik Dergisi / Şiddetin Önlenmesi Özel Sayısı* , 89-117.
- Özbek, V. Ö. (2019). *İnfaz Hukuku (11. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2021). *Ceza Muhakemesi Hukuku (14. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2021). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (16. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2020). Akran Çocuklar Arası Cinsel Birliktelik ve Ceza Hukuku Sorumluluğu Sorunu Türk Uygulamasından Örnekler. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIV, Sa. 4*, 265-272.
- Özgenç, İ. (2020). CİNSEL SUÇLAR, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIV, Sa. 1*.
- Özgenç, İ. (2020). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Bası)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özkara, E., Kavaklı, U., Can, İ. Ö., Tepe, İ. ve Özbek, V. Ö. (19.12.2011). Çocuklara Yönelik Cinsel İstismarın Yasal Boyutunun Türkiye ve Diğer Ülkeler ile Karşılaştırılması. *Adli Tıp Dergisi Cilt / Vol.:25, Sayı / No:1*, 11-24.
- Öztürk, A. (2017). Çocuk Hakları ve Eğitimine Psikolojik Bir Bakış. *Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 18, S. 33*, s. 429-451.
- Öztürk, B., Tezcan, D., Erdem, M. R., Sırma Gezer, Ö., Saygılar Kırıt, Y. F., Alan Akcan, E. Özaydın, Ö. Erden Tütüncü, E. Altınok Villemin, D. ve Tok, M. C. (2019). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (13. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Öztürk, G. (2017). *Birleşmiş Milletler Sözleşmelerinde İnsan Haklarının Bireysel Başvuru Usulü Yoluyla Korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi.

- Peker, İ. S., Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Yer Alan Cinsel İlişki Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme. *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 11-30.
- Polat, H., Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *Ceza Hukuku Dergisi*, 5(13), 189-195.
- Salman, E. (2009). Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul.
- Sarıgül, A. T. (2021). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail (TCK m. 104). Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 711-754.
- Savaşçı, B. (2013). *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Serozan, R. (2015). *Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku (6. Baskı)*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Silahçıoğlu Moreno De Leija, B. (2014). Türk, İngiliz ve Meksika Hukukunda Cinsel Suç Mağdurunun Korunması. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.
- Soner Baykal, C. (2019). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. Yüksek Lisans Tezi. Galatasaray Üniversitesi, İstanbul.
- Soyaslan, D. (2010). *Ceza Hukuku Özel Hükümler (8. Baskı)*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Soylu Ünver, G. ve Karaman Engür, S. N. (2020). *Seri Muhakeme Usulü*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Şarman, C. (2012). Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul.
- Şen, E. ve Başarır, T. (2012). Enstest Mağdurlarından Birisi: "Kadın". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:99, 317-340.
- Taner, F. G. (2017). *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar (2. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Taneri, G. (2016). Temel Cezanın Belirlenmesi. *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 3, 127-162.
- Tekeli, E. ve Çetli, E. (2019). Çocuklara Yöneltilen Cinsel Suçların Hukuki Boyutu. *Turkish Studies Dergisi*, Cilt 14, Sayı 5, 241-252.
- Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, R. M. (2021). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (19. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Tuğrul, A.C. (2013). *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Encest İlişkiler (2. Baskı)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Tuğrul, A.C. (2018). *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Encest İlişkiler*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Turhan, E. (2018). Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.
- Uğurlu, Z. & Gülsen, İ. (2014). Çocuk Hakları ve Hukuki Bağlamda Çocuğun İhmal ve İstismardan Korunması . *Uluslararası Sosyal ve Eğitim Bilimleri Dergisi* , 1 (1) , 1-24.
- Yelboğa, N. (15.12.2019). Çocuk Hakları Bağlamında Cinsel İstismarın İncelenmesi. *Sosyal Çalışma Dergisi, Sayı 2*.
- Yenerer Çakmut, Ö. (2016). Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış. *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı 1*.
- Yenisey, F. ve Nuhoğlu A. (2019). *Ceza Muhakemesi Hukuku (7. Baskı)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Yokuş Sevük, H. (2015). 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 3, Sayı 2*.
- Yurtcan, E. (2021). *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar (5. Bası)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Yararlanılan Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Başvuru Numarası: 2013/3262, Resmî Gazete Sayısı: 29855, Resmî Gazete Tarihi: 12.10.2016, Karar Tarihi: 11.05.2016.

Anayasa Mahkemesi Esas Numarası: 2020/82, Karar Numarası: 2021/20, Karar Tarihi: 18.03.2021

Anayasa Mahkemesi Esas Numarası: 2005/103, Karar Numarası: 2005/89, Karar Tarihi: 23/11/2005.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Esas Numarası: 2020/14-396, Karar Numarası: 2021/454, Karar Tarihi: 7.10.2021.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Esas Numarası: 2020/14-184, Karar Numarası: 2020/406, Karar Tarihi: 8.10.2020.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Esas Numarası: 2018/14-485, Karar Numarası: 2020/99, Karar Tarihi: 13.2.2020.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Esas Numarası: 2014/14-112, Karar Numarası: 2014/457, Karar Tarihi: 30.10.2014.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Esas Numarası: 2014/14-47, Karar Numarası: 2015/178, Karar Tarihi: 2.6.2015.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Esas Numarası: 2013/14-749, Karar Numarası: 2015/277, Karar Tarihi: 15.9.2015.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Esas Numarası: 2007/5-253, Karar Numarası: 2008/52 Sayılı Karar Tarihi: 11/3/2008.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu Esas Numarası: 2007/5-18, Karar Numarası: 2007/64, Karar Tarihi: 13.03.2007.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Esas Numarası: 2014/87, Karar Numarası: 2014/12956, Karar Tarihi: 14.10.2014.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, Esas Numarası: 2009/13537, Karar Numarası: 2011/2890, Karar Tarihi: 11.04.2011.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2021/1583, Karar Numarası: 2021/9010, Karar Tarihi: 8.11.2021.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2021/2221, Karar Numarası: 2021/8528, Karar Tarihi: 20.10.2021.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2021/16645, Karar Numarası: 2021/7890, Karar Tarihi: 21.9.2021.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2021/13369, Karar Numarası: 2021/8830, Karar Tarihi: 3.11.2021.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2021/22182, Karar Numarası: 2021/8687, Karar Tarihi: 26.10.2021.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2013/6245, Karar Numarası: 2015/2305, Karar Tarihi: 02.03.2015.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2012/10553, Karar Numarası: 2014/7992, Karar Tarihi: 12.06.2014.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi, Esas Numarası: 2016/6727, Karar Numarası: 2020/1032, Karar Tarihi: 10.02.2020.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi, Esas Numarası: 2015/335, Karar Numarası: 2017/6502, Karar Tarihi: 18.12.2017.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2018/4882, Karar Numarası: 2018/4585, Karar Tarihi: 25.06.2018.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2015/4464, Karar Numarası: 2018/3837, Karar Tarihi: 22.05.2018

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2016/9496, Karar Numarası: 2021/450, Karar Tarihi: 26.1.2021.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2016/3623, Karar Numarası: 2020/3772, Karar Tarihi: 7.10.2020.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2020/828, Karar Numarası: 2021/71, Karar Tarihi: 12.1.2021.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2012/8899, Karar Numarası: 2014/1766, Karar Tarihi: 17.02.2014.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2013/7385, Karar Numarası: 2015/6774, Karar Tarihi: 02.06.2015.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2017/1587, Karar Numarası: 2021/4407, Karar Tarihi: 21.06.2021.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2017/8585, Karar Numarası: 2020/5905, Karar Tarihi: 16.12.2020.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2020/10151, Karar Numarası: 2021/4139, Karar Tarihi: 8.6.2021.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2020/1036, Karar Numarası: 2021/422, Karar Tarihi: 25.1.2021.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2019/591, Karar Numarası: 2020/3404, Karar Tarihi: 8.9.2020.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2019/4560, Karar Numarası: 2020/2400, Karar Tarihi: 2.6.2020.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2016/2129, Karar Numarası: 2020/430, Karar Tarihi: 15.1.2020.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2016/1966, Karar Numarası: 2020/442, Karar Tarihi: 15.1.2020.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2019/3204, Karar Numarası: 2019/11548, Karar Tarihi: 9.10.2019.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2019/2794, Karar Numarası: 2019/9847, Karar Tarihi: 20.5.2019.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2015/4534, Karar Numarası: 2019/9509, Karar Tarihi: 7.5.2019.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2018/10433, Karar Numarası: 2019/9334, Karar Tarihi: 24.4.2019.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2018/7607, Karar Numarası: 2018/7655, Karar Tarihi: 19.12.2018.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2018/4624, Karar Numarası: 2018/6131, Karar Tarihi: 18.10.2018.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2014/8385, Karar Numarası: 2017/388, Karar Tarihi: 31.1.2017.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2015/7715, Karar Numarası: 2015/10174, Karar Tarihi: 4.11.2015.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2011/22094, Karar Numarası: 2013/10790, Karar Tarihi: 31.10.2013.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2013/7341, Karar Numarası: 2015/6190, Karar Tarihi: 07.05.2015.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi Esas Numarası: 2014/1552, Karar Numarası: 2015/5994, Karar Tarihi: 30.04.2015.

