

**T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**



REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

Gamze YILDIZ

YÜKSEK LİSANS

GAZİANTEP - 2025



LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS TEZ KABUL VE ONAY FORMU

Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Programı öğrencisi Gamze YILDIZ tarafından hazırlanan “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu” başlıklı tez, 16/01/2025 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucu **başarılı** bulunarak jürimiz tarafından **Yüksek Lisans Tezi** olarak kabul edilmiştir.

<u>Görevi</u>	<u>Unvanı, Adı ve Soyadı</u>	<u>Kurumu/Üniversitesi</u>	<u>İmzası:</u>
Tez Danışmanı	Doç. Dr. Ali Tanju SARIGÜL	Hasan Kalyoncu Üniversitesi	
Jüri Başkanı	Doç. Dr. Hakan GÜNDÜZ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi	
Jüri Üyesi	Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ	Gaziantep Üniversitesi	

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

Doç. Dr. Ufuk AKBAŞ
Enstitü Müdürü

TEZ BİLDİRİMİ

Bu tezdeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edildiğini ve tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada bana ait olmayan her türlü ifade ve bilginin kaynağına eksiksiz atıf yapıldığını bildiririm.

DECLARATION PAGE

I hereby declare that all information in this document has been obtained and presented in accordance with academic rules and ethical conduct. I also declare that, as required by these rules and conduct, I have fully cited and referenced all material and results that are not original to this work.

Gamze YILDIZ

Tarih:

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

Gamze YILDIZ

YÜKSEK LİSANS

Danışman
Doç. Dr. Ali Tanju SARIGÜL

ÖZET

Geçmişten günümüze ayrıca dünyanın farklı bölgelerinde çocukların haklarının korunması, çocukların istismara uğramaması ve sömürülmemesi adına birçok mücadele verilmiş ve verilmeye devam edilmektedir. Rıza olmaksızın yapılan her türlü cinsel eylemin cezalandırılması, yalnızca ülkemizde değil, uluslararası boyutta da önemli bir konu haline gelerek birçok düzenlemeye sebep olmuştur. Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu düzenlenmiştir. İlgili suç tartışmalı birçok hususu içinde barındırmaktadır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdiği andan itibaren; mağdurun yaşı, cinsiyeti ile failin yaşı ve cinsiyeti oldukça tartışma konusu olmuştur. Öğretide ilgili suçun varlığı dahi tartışılmaktadır. Ülkemizde bu doğrultuda verilen kararlar, göz önünde tutulduğunda suçun koruduğu hukuki değer in yeteri kadar irdelenmediğini söylemek yerinde olacaktır. Genel kapsamda değerlendirmelerin ardından, verilen cezaların esas amaca uygunluğu tartışılabilir. Suça ilişkin temel kavramların daha detaylı olarak değerlendirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Bu değerlendirmenin uluslararası düzenlemeler kapsamında incelenmesi, tartışmalı hususların çözüme kavuşturulması için oldukça önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, rüşd, cinsel ilişki, rıza, cinsiyet.

HASAN KALYONCU UNIVERSITY
GRADUATE EDUCATION INSTITUTE
DEPARTMENT OF PUBLIC LAW

SEXUAL ACT WITH A MINOR

Gamze YILDIZ

MASTER THESIS

Advisor

Assoc. Prof. Dr. Ali Tanju SARIGÜL

ABSTRACT

From past to present, many struggles have been waged and continue to be waged in different regions of the world in order to protect the rights of children, to prevent children from being abused and exploited. The punishment of all kinds of sexual acts performed without consent has become an important issue not only in our country, but also internationally, and there are many regulations. The crime of sexual intercourse with a child is regulated in Article 104 of our Turkish Penal Code. The related crime contains many controversial issues. Since the Turkish Penal Code No. 5237 came into force, the age, gender of the victim, the age and gender of the perpetrator have been the subject of considerable debate. Even the existence of the related crime is discussed in the teaching. Considering the decisions made in this direction in our country, it is clear that the legal value protected by the crime has not been sufficiently examined. After more general evaluations, the suitability of the punishments given for the main purpose can be discussed. The basic concepts related to crime need to be evaluated in more detail. The examination of this assessment within the scope of international regulations is very important for the resolution of controversial issues.

Keywords: Minor, age of majority, sexual intercourse, consent, gender.

ÖNSÖZ

Tez çalışması, ceza hukukunda önemli bir yere sahip olan “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu” konusunu ele almaktadır. Çocukların korunması, rıza kavramının hukuki sınırları ve ceza sorumluluğu açısından büyük önem taşıyan bu suç tipi, hem ulusal hem de uluslararası hukuk bağlamında çeşitli tartışmalara konu olmaktadır. Çalışmada, mevzuat hükümleri, yargı kararları ve doktrindeki görüşler ışığında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun unsurları, korunan hukuki değerler ve uygulamadaki sorunlar incelenmiştir.

Tez sürecinin her anında yanımda olan, bana inanan ve desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen sevgili eşime ve aileme en derin minnet ve şükranlarımı sunarım. Akademik yolculuğum boyunca değerli bilgi ve yönlendirmeleriyle bana rehberlik eden Doç. Dr. Ali Tanju Sarıgül’e teşekkür ederim.

Tez çalışmasının, konuya ilgi duyan akademisyenler, hukukçular ve uygulayıcılar için faydalı olmasını dilerim.

Gamze YILDIZ
Gaziantep - 2025

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT	v
ÖNSÖZ.....	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR.....	x
1.GİRİŞ	1
2.REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNA İLİŞKİN KAVRAMLAR, ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZENLEMELER	3
2.1.Çocuk Kavramı	3
2.1.1.Genel olarak	3
2.1.2. Kavrama ilişkin ulusal düzenlemeler	4
2.1.3.Uluslararası sözleşmeler	9
2.2.Cinsellik Kavramı	16
2.3. Cinsel Dokunulmazlık ve Cinsel Özgürlük Kavramı	17
2.4.Türk Hukuk Sisteminde Suçun Tarihsel Gelişimi	19
2.4.1.Genel olarak	19
2.4.2.Tarihsel süreç	20
2.5.Mülga 765 Sayılı Kanun'daki Cinsel Suçlarla Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Karşılaştırılması.....	33
2.5.1.Genel olarak	33
2.5.2.Irza geçme suçu ile karşılaştırılması.....	33
2.5.3.Irza tasaddi suçu ile karşılaştırılması	37
2.5.4. Söz atma ve sarkıntılık suçu ile karşılaştırılması	39
2.5.5. Evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu ile karşılaştırılması.....	40
2.5.6.Zina suçu ile karşılaştırılması.....	42
2.6. Karşılaştırmalı Hukuk Sisteminde Çocuğun Cinsel İstismara Karşı Korunması.....	43
2.6.1.Almanya	44
2.6.2.İsviçre.....	45
2.6.3.Fransa	46
2.6.4.İngiltere.....	46
2.6.5.İtalya	47
2.6.6.İspanya.....	48

2.7.Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun 5237 Sayılı Kanun’da Diğer Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar İle Karşılaştırılması	49
2.7.1.Cinsel saldırı suçu ile karşılaştırma	49
2.7.2.Çocuğun cinsel istismarı suçu ile karşılaştırma	51
2.7.3.Cinsel taciz suçu ile karşılaştırma	53
3.REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU, SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER, SUÇUN UNSURLARI VE ÖZEL GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ.....	56
3.1.Genel Olarak	56
3.2.Suç Tipinde Yapılan Değişiklikler ve Sebep Olduğu Tartışmalara Yönelik Genel Açıklamalar.....	57
3.3. İlgili Suç ile Korunan Hukuki Değer	59
3.4.Suçun Maddi Unsurları.....	63
3.4.1.Fail	63
3.4.2.Mağdur	67
3.4.3.Fiil	81
3.4.4.Suçun konusu	88
3.4.5.Netice.....	88
3.4.6. İlgilinin rızası.....	89
3.5.Suçun Manevi Unsuru.....	105
3.5.1.Mağdurun yaşında hataya düşülmesi.....	106
3.5.2.Mağdurun rızasında hataya düşülmesi.....	108
3.6.Hukuka Aykırılık Unsuru	110
3.7.Suçun Nitelikli Halleri.....	111
3.7.1.Genel olarak	111
3.7.2.Suçun evlenme yasağı bulunan kişi tarafından gerçekleştirilmesi	111
3.7.3.Suçun evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından gerçekleştirilmesi	114
3.8.Suçun Özel Görünüş Biçimleri	116
3.8.1.Teşebbüs hükümleri	116
3.8.2.İçtima hükümleri	118
3.8.3.İştirak hükümleri	123
4.MUHAKEME VE YAPTIRIM	125
4.1.Muhakeme	125
4.1.1.Şikâyet Unsuru	125
4.1.2.Uzlaşma.....	130
4.1.3.Hükmün açıklanmasının geri bırakılması	131

4.1.4.Görevli ve yetkili mahkeme	132
4.1.5.Zamanaşımı hükümleri	133
4.2.Suçun Yaptırımı ve İnfazı	133
4.2.1.Suçun yaptırımı	133
4.2.2.İnfaz aşaması.....	134
SONUÇ.....	137
KAYNAKÇA	141
ÖZGEÇMİŞ.....	149



KISALTMALAR

AİHS: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AYM: Anayasa Mahkemesi

Bkz: Bakınız

BM: Birleşmiş Milletler

CGTİHK: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun

CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu

ÇKK: Çocuk Koruma Kanunu

E. : Esas numarası

Eski TCK: 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

m.: Madde

s. : Sayfa

TCK: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

TDK: Türk Dil Kurumu

TMK: Türk Medeni Kanunu

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

v.s.: vesaire

1.GİRİŞ

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar*" başlığı altında, altıncı bölümde dört farklı suç tipi düzenlenmiştir. Bahse konu suçlar: Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu, 103. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçu, 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ve son olarak 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturmaktadırlar. Yukarıda sıralanan her suç, ilgili maddelerindeki münhasır düzenlemeler ile birbirinden ayrılmaktadır.

Geçmişten günümüze ayrıca dünyanın farklı bölgelerinde çocuk haklarının korunması, çocukların istismara uğramaması ve sömürüye maruz kalmaması adına birçok mücadele verilmiş ve verilmeye devam edilmektedir. Keza Türk Hukuk Sisteminde, çocuğa yönelik her türlü rıza dışı eylemin dünyanın farklı bölgelerinde, farklı kültürlere sahip milletlerle paralel birçok yaptırımına olduğu şahit olmaktayız.

Failin; on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocukların göstermiş oldukları rıza doğrultusunda gerçekleştirdiği cinsel ilişki, çalışma konusu olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmaktadır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru; on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocuklardır. İlgili suç, eylemin niteliğini kavrayabilecek yetenekte olan on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocuğun fail ile rızaen gerçekleştirdiği cinsel ilişkinin tamamlanması akabinde, mağdurun şikâyet yoluna başvurması sonucu muhakemeye konu olmaktadır.

Çocuklar söz konusu olduğunda, rıza kavramı bile belli noktalarda sınırlamalara ve bu doğrultuda düzenlemelere tabi tutulmaktadır. Çalışmanın konusunu oluşturan TCK'nın 104. maddesi, "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar*" başlığı altında düzenlenen diğer suçlardan esaslı unsur olan "*rıza kavramı*" ile ayrılmaktadır. Bu kapsamda mağdurun, fail ile aralarında rızaen gerçekleştirmiş olduğu cinsel ilişki, cezalandırılmaktadır.

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenen suçların temel unsurlarından biri, rıza dışı gerçekleşen eylemin varlığıdır. Buna rağmen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında ayrı düzenlemeye gidilerek; on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocuk ile rıza doğrultusunda girilen cinsel ilişki, suç olarak hüküm altına alınmıştır. TCK'nın 104. maddesinin sistematığının açıklanmasına yardımcı olması amacıyla, suçun koruduğu hukuki değerden bahsedilmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Bahse konu hukuki değer,

çocuğun üstün yararı, cinsel gelişiminin tam ve sağlıklı tamamlanması, çocuğun istismar ve sömürüye uğramasının önüne geçilmesi gibi önemli başlıklardan oluşmaktadır.

TCK'nın 104. maddesi, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenen suç tipleri arasında en çok tartışmaya sebep olan maddedir. İlgili kanun maddesi, gerek fail gerek mağdur gerekse tipiklik unsurları açısından doktrinler barındırmaktadır. Failin yaşı ve cinsiyeti ile ilgili olan tartışmalar, keza aynı şekilde mağdurun yaşı ve cinsiyeti ile ilgili olan tartışmalar, varlığını maddenin düzenlendiği ilk andan itibaren sürdürmektedir. Bilhassa kanun maddesinin başlı başına varlığının uluslararası sözleşmeler nezdinde değerlendirilmesinin yanı sıra kanun koyucunun ilgili maddeyi düzenleme amacı olan, suçun koruduğu hukuki değere kadar varan tartışmalar mevcuttur.

Doktrindeki görüşler göz ardı edilerek, genel geçer yargılardan ziyade ilgili maddenin detayına inerek, düzenlenmesindeki hukuki yararın değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İlgili kanun maddesi, diğer maddelere nazaran kanunun lafzından çıkarabileceğimiz anlamları net ifade etmemektedir. Bu doğrultuda, birtakım kanun boşluklarının varlığından söz etmenin yerinde olacağı kanısındayız. TCK'nın 104. maddesinde net olmayan, açıklığa kavuşturulamayan düzenlemeler, tartışmalara yol açmaktadır. Ayrıca bahse konu suç ile ilgili tartışmaların hala tam bir neticeye varamamasının asıl sebebi net ifadeler içermeyen ve açıklığa kavuşturulamayan düzenlemelerdir. Kanun lafzının doğru anlaşılabilmesi amacıyla ilgili suçun unsurlarından bahsedilmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Bahse konu kavramlara ilişkin açıklamalar yapılırken, uluslararası ve ulusal karşılıkları ile birlikte değerlendirmenin daha doğru olacağı kanısındayız.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile ilgili kavramların değerlendirilmesinin ardından, ilgili suçun tipiklik unsurları açıklanarak, suç analizinin gerçekleştirilmesi planlanmaktadır. Akabinde yukarıda bahsedilen, doktrindeki birçok görüş sizlere sunulurken, karşıt doktrindeki görüşler ile birlikte kendi görüşlerimizden de kısaca bahsederek ilerlemeyi planlamaktayız. Son olarak, ilgili suçun muhakeme evresi ile ilgili bilgi vererek, güncel Yargıtay içtihatları ışığında uygulamaya ilişkin örnekler ile çalışmanın sonlandırılması amaçlanmaktadır.

2.REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNA İLİŞKİN KAVRAMLAR, ULUSAL VE ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

2.1.Çocuk Kavramı

2.1.1.Genel olarak

Çocuk kavramı, yalnızca Türk Hukuk Sisteminde değil, aynı zamanda uluslararası alanda oldukça önem arz eden bir kavramdır. Her birey, çocukluk döneminin bitmesi ile ergin birey olduğu döneme geçiş yapmaktadır. Ergin bireyler ise buldukları toplumu oluşturan temelin içinde yer almaktadırlar. Bu doğrultuda her çocuk, ileride toplumu oluşturacak temel yapı taşlarından olan bireyi temsil etmektedir. İçinde buldukları topluma nasıl katkıda bulunacaklarını;¹ çocuklukta yaşanan travmalar, çocuğa yönelik her türlü muamele, çocuğun eğitimi, çocuk üzerindeki davranışların psikolojik ve fizyolojik etkileri gibi sayılabilecek, çocukluk döneminde yaşanan ve çocuk üzerinde etki bırakmış olan davranışlar belirlemektedir.²

Türk Hukuk Sisteminde, tam ve sağ doğumun ardından kazanılan çocukluk dönemi, bireyin on sekiz yaşın doldurmasıyla birlikte tamamlanmaktadır. Bireyin, tam ve sağ doğumunun ardından başlayan ve on sekiz yaşını doldurmasına kadar süren bahse konu çocukluk dönemi; yalnızca ulusal değil, uluslararası alanda da kabul görmektedir. Çocukluk kavramının evrensel bir kavram olmasından da anlaşılacağı üzere çocukluk dönemi, insanın

¹Naim, İnan, Ali; Çocuğun Korunması ve Polis, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 2015, s.244.

Çocukların toplumdaki yeri için bkz. *“Modern Hukuk Sisteminde çocukları korumaya yönelik iki ilke benimsenmiştir: Çocuklar, ileride toplumu oluşturan temel yapı taşlarından olan bireyler olduğu Modern hukuk sistemlerinde çocukların korunması iki ana ilkeye dayanmaktadır: Birinci ilke: Çocuğun bir kişiliği vardır ilkesidir. Bu ilke gereği çocukta insan olarak sevgiye ve şefkate lâyık olmalıdır. O halde, çocukta bir kişi olarak korunmalıdır. İkinci ilke: Birlik ilkesidir. Çocukta toplumun, milletin, devletin bir parçasını oluşturur, işte bu iki ilkenin ileri sürülmesi, modern hukuk sistemlerinde çocuğun korunmasını "kamu yararına koruma" biçiminde geliştirmiştir.”*

²İmamoğlu, S. Hülya; Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 54(2), 2005, s.190; Deniz, Derya; Cezai Sorumluluk Yönünden Dissosiyatif Bozuklukların Değerlendirilmesi, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.57.

Çocuklukta yaşanan travmaların, yetişkinliklerinde, bireyin sosyal yaşantısını etkilediğine ilişkin bkz. *“Bulgulara göre katılımcıların, çocukluk çağı fiziksel istismar dissosiyatif yaşantılar toplam düzeyini arttırmaktadır. Katılımcıların çocukluk çağı cinsel istismar düzeyi dissosiyatif yaşantı düzeyini arttırmaktadır.”* *“Disosiyatif bozukluklar, kişide kimlik, bellek, algı ve çevre ile ilgili duyular gibi normalde bir bütün halinde çalışan işlevlerin bütünlüğünün bozulmasıdır. Dissosiyasyon çoğunlukla travmaya karşı bir savunma düzeneği olarak ortaya çıkar.”*

doğal tabiatının bir sonucudur³. Birey her zaman aynı savunma, algılama ve kavrama yeteneğine sahip değildir. Bireyin erginliğine kadar geçen sürede; çocuk, ergin bir bireye göre daha savunmasız kalmaktadır. Çocuğun algılama yeteneği, ergin bir bireye göre daha zayıftır. Bu gerekçeler ile çocukların, hukuk sistemleri tarafından daha ayrıcalıklı düzenlemelere sahip olması gerektiği kabul edilmektedir.

Özetle; çocuklar, dış tehditlere daha fazla maruz kalabilmekte ve bahse konu dış tehditlere karşı kendilerini korumada, diğer bireylerden daha savunmasız kalmaktadırlar.⁴ Yukarıda izah edilen gerekçeler dikkate alındığında, çocukların korunmasına yönelik hem ulusal hem uluslararası alanda oldukça önemli düzenlemelerin var olduğunu söylemenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

2.1.2. Kavrama ilişkin ulusal düzenlemeler

Başta Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda olmakla beraber birçok yasal mevzuatta bahse konu ile ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Türk Hukuk Sisteminde yapılan bu düzenlemeler, yukarıda da bahsedildiği üzere bireyin çocukluk döneminde ergin bireye göre daha savunmasız olması ve kıyasen çocuğun istismara daha açık olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti tarafından, çocuğa yönelik sömürüyü önleme sorumluluğu kapsamında önemli düzenlemelere gidilmiştir. Öncelikle Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ardından diğer yasal mevzuatlardaki düzenlemeleri sırasıyla açıklamanın yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

2.1.2.1. Anayasa kapsamında düzenlemeler

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın⁵ “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” başlıklı üçüncü bölümün ilk maddesi olan “*Ailenin korunması ve çocuk hakları*” başlıklı 41.

³ Türk Medeni Kanunu <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>(Erişim Tarihi: 25.02.2024).

⁴Naim, İnan; s.245. ‘‘ Çocuğun yaşamının ilk anından itibaren esaslı şekilde korunmaya ve yardıma muhtaç olduğu her türlü kuşku ve tartışmadan uzaktır. ’’

⁵Resmi Gazete, Tarih – Sayı: 9/11/1982 – 17863,<https://www.resmigazete.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 25.02.2024).

maddesi⁶, çocuğun üstün yararı gözetilerek gerçekleştirilen bir anayasal düzenlemedir. İlgili maddeye göre devletin, çocuğu her türlü dış tehditten koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Çocuk ile ilgili bir başka düzenleme ise Türk Anayasası'nın 61. maddesinde⁷, korunmaya muhtaç çocuk kavramı ile birlikte hüküm altına alınmıştır.⁸

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda "çocuk" kavramı, genel itibariyle yaş sınırlamasına tabi olmaksızın belirtilmiştir. Esas dikkat çeken ise çocuk haklarının korunmasına ilişkin birtakım ilke ve düzenlemelerdir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası; çocukların eğitim, sağlık, güvenlik ve diğer alanlarda korunmasını, gelişimini sağlayabilmesini amaçlayan hükümlere yer vermektedir. Dolayısıyla Anayasa'nın belli maddelerindeki ilgili ilkeler genel nitelikte olup daha özel düzenlemeler ise alt başlıklarda, özel yasalarda ve uluslararası sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesinde eşitlik ilkesi kapsamında her bireyin devlet önünde eşit olduğu ve eşit haklara sahip olduğu vurgulanmaktadır. Ardından aynı maddenin üçüncü fıkrasında⁹, ilgili maddeye birtakım istisnalar getirilmektedir. Bahse konu istisnalar içerisinde, çocuk kavramı yer almaktadır. Bu kapsamda çocuğa ilişkin getirilen ayrıcalıklı düzenlemeler, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.¹⁰ Eşitlik ilkesi ile birlikte, sosyal devlet ilkesi de dikkate alındığında, devletin korunmaya muhtaç kimseleri, koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.¹¹

Özetle "çocuk" kavramının, Anayasa'da "çocuk hakları" olarak karşımıza çıktığı ve bazı temel ilkeleri barındırdığını söylemenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Özellikle de 1982 Anayasası incelendiğinde, çocuk haklarına ve çocukların korunmasına ilişkin genel birçok düzenleme bulunduğu dikkat çekmektedir. Çocukların aile içindeki haklarına da vurgu yapılmaktadır.

⁶"Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."

⁷" Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır.Bu amaçlarla gerekli teşkilat ve tesisleri kurar veya kurdurur."

⁸Toprakçı, Meliha; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu(TCK m. 104) , Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep, 2022,s.7.

⁹"Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz."

¹⁰Aydın,Murat; Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s.97.

¹¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Metni, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.2709.pdf> ,(Erişim Tarihi: 25.02.2024).

Buna rağmen, çocuk kavramı üzerinden çocuk haklarına ilişkin daha özel ve detaylı düzenlemeler ise kanunlar ve uluslararası sözleşmelerde karşımıza çıkmaktadır. Keza uluslararası düzenlemelere ilişkin en önemli örneklerden biri ise az sonra değinilecek olan ‘‘Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’’dir. Sözleşme, Anayasa’nın aksine daha detaylı düzenlemelere yer vermektedir.

2.1.2.2.Çocuk Koruma Kanunu kapsamında düzenlemeler

Çocuklara yönelik özel düzenlemelerden biri de 03.07.2005 tarihli 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunudur.¹² Kanun’un tamamı, çocuğun üstün yararı üzerine düzenlenmiştir. Kanun’un ilgili üçüncü maddesi¹³ ile her ne sebeple ergin kılınırsa kılınısın on sekiz yaşını doldurmamış her çocuğun, bu düzenlemelerden faydalanabileceği hüküm altına almıştır. Türk Hukuk Sisteminde, on sekiz yaşını doldurmadan ergin kılınmanın farklı imkânları bulunmaktadır. Buna rağmen her ne sebeple olursa olsun ergin kılınan kimse, bu kanun kapsamında çocuk haklarından yararlanmaya devam edebilecektir.

Çocuk Koruma Kanunu’ndaki ilgili düzenlemeler, suça sürüklenen çocuklar ve korunma ihtiyacı olan çocuklar üzerinden tanımlanmaktadır.

Ergin bireyler gibi çocukların da suç işleyebilmesi mümkündür. Suç işleyen çocuklar için doktrinde ‘‘Juvenile Delinquency’’ yani ‘‘reşit olmayan suçluluğu’’ ifadesi kullanılmaktadır.¹⁴

Sosyal devlet, vatandaşların refahını sağlamak ve toplumsal eşitsizlikleri gidermek amacıyla sosyal hayatı düzenleyen bir devlet anlayışıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 2. maddesinde Türkiye’nin sosyal bir devlet olduğu vurgulanmıştır. Bu anlayış devlete çeşitli yükümlülükler getirmektedir. Örneğin; bu doğrultuda, korunmaya muhtaç çocuklar için Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu’nun kurulduğu ifade edilmektedir.¹⁵Kanun’un 6. maddesi ile bahse konu kurum ve kuruluşlara, korunmaya muhtaç çocuklar ile ilgili bildirim yükümlülüğü getirilmiştir. Kanun’un 18. maddesinde şüpheli sıfatına haiz olan çocuklar için mümkün mertebe kelepçe, zincir gibi zorlayıcı aletlerin; çocuğun kaçması,

¹² Çocuk Koruma Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzatmetin/1.5.5395.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.04.2023).

¹³ ‘‘Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi; bu kapsamda...’’

¹⁴Öğretir, Özçelik, Ayşe, Dilek/Şengün, Afşin, Rabia; 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, Şiddetin Önlenmesi Özel Sayısı, 2020, s. 90; Toprakçı; s.8.

¹⁵Toprakçı; s.8.

kendisini veya başkasının hayatını tehlikeye atması gibi durumlar haricinde kullanılmaması hüküm altına alınmıştır.

Kanun'un 5. maddesinde çocuk için ihtiyaç olabilecek danışmanlık, eğitim, sağlık, barınma, bakım gibi her türlü tedbirlerin hüküm altına alınması amaçlanmıştır.

Çocuk Koruma Kanunu, korunma ihtiyacına sahip veya suça sürüklenmiş olan çocuğun korunmasına, çocukların haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen bir kanundur. Bahse konu Kanun'un genel kapsamı, öncelikli olarak korunmaya muhtaç çocuklar ve suça sürüklenen çocuklara uygulanacak güvenlik tedbirleri ve ilgili çocukların haklarının göz önünde bulundurulması, korunması, istismara uğranmasının engellenmesi ve haklarının güvence altına alınmasıdır. Kanun'un konusunu oluşturan çocukların hangi usul ve esaslara göre yargılanacağına ve yargılamada hangi görevli ve yetkili mahkemelerin görev yapacağı düzenleme alanı içindedir.¹⁶

2.1.2.3. Türk Ceza Kanunu kapsamında düzenlemeler

Türk Ceza Kanunu'nda¹⁷ çocuk, on sekiz yaşını doldurmamış birey şeklinde tanımlanmakta ve herhangi bir şarta da tabi tutulmamaktadır. TCK kapsamında, çocukların özel olarak korunmasına yönelik hükümler de yer almaktadır. Çocuğun mağdur olduğu hallerin, birçok suç bakımından nitelikli hal olduğuna ilişkin hükümler yer almaktadır. Örneğin; cinsel suçlardan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda özel olarak düzenlenmiş birtakım hükümler ile daha ağır cezalar öngörülmüştür.

TCK'nın ilgili maddelerinde çocukları koruma amacı taşıyan hükümlerin varlığı ile çocukların haklarını ve güvenliğini sağlamanın oldukça önemli olduğunu söylemenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Ceza hukuku kapsamında çocuk kavramı, çocuğun fail ve mağdur olması hali ile karşımıza çıkmaktadır. Çocuğun mağdur olmasının nitelikli hal olması, yine çocuğun mağdur olmasının özgü suçlara ilişkin olması ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Çocuğun suça sürüklenen çocuk sıfatına haiz olduğu durumlarda ise belli yaş sınırları hüküm altına alınmıştır.

¹⁶Çocuk Koruma Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5395.pdf> (Erişim Tarihi:09.11.2024).

¹⁷ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 12.10.2004 – 25611 <https://www.resmigazete.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

2.1.2.4. Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında düzenlemeler

Ceza muhakemesinin en temel görevlerinden biri, yargılamanın etkin bir şekilde yürütülmesi ve yargılama aşamalarında mağdurun, sanığın, şüphelinin haklarının korunmasıdır. Bu gerekçe ile CMK’da çocuklara yönelik birçok düzenleme bulunmaktadır. Örneğin; çocuğa karşı işlenen cinsel suçlarda, mağdur çocuğun psikolojisinin zedelendiği gerekçesiyle aksi bir gereklilik hâsıl olmadıkça tanık olarak yalnızca bir kez dinlenilmesi hüküm altına alınmıştır.İlgili maddenin üçüncü fıkrasında uzman kişiler tarafından dinlenileceği, dördüncü fıkrada çocukların talebi üzerine farklı bir yerde dinlenileceği gibi ayrıcalıklı düzenlemelere yer verilmiştir.¹⁸

Diğer kanunlardaki düzenlemelerdeki eş gerekçeler ile Ceza Muhakemesi Kanunu’nda¹⁹ çocuğun üstün yararı göz önünde bulundurulmuş ve birçok ayrıcalıklı düzenlemeye gidilmiştir. Bahse konu düzenlemelere örnek; tutuklama tedbiri, tanıklık, ifade alma hükümleri gösterilebilmektedir. Usul hukuku kapsamında, çocuğun psikolojik ve fizyolojik zarar görmesinin önüne geçmek için ayrıca birçok koruyucu önleme yer verilmiştir.

2.1.2.5. Türk Medeni Kanunu kapsamında düzenlemeler

Türk Medeni Kanunu’nda²⁰ çocuk, anadan doğan ve babaya farklı biçimlerde soy bağı ile bağlanan kişiyi temsil etmektedir. TMK’nın 11. maddesi gereğince tam ve sağ doğum ile başlayan ve on sekiz yaşını dolduruncaya dek olan dönem, çocukluk dönemi olarak ifade edilmektedir. ‘*Erginlik, kişinin yaş veya fikir ile belirli olguluğa erişmesidir*’. TMK; çocukların korunması, eğitimi, velayeti, vesayeti gibi konular hakkında düzenlemede bulunmaktadır.

TMK’da çocuk tanımı açıkça yapılmamıştır. Ancak TMK’nın 11. maddesi kapsamında; erginliğin on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlayacağı ifade edilmiştir. O halde on sekiz yaşından küçük her bireyin çocuk olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

¹⁸Uğurlu, Zeynep/Gülşen, İpek; Çocuk Hakları ve Hukuki Bağlamda Çocuğun İhmal ve İstismardan Korunması, Uluslararası Sosyal ve Eğitim Bilimleri Dergisi, 1 (1),2014, s.18; Toprakçı; s.11.

¹⁹ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 17.12.2004 – 25673, <https://www.resmigazete.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

²⁰ Resmi Gazete Tarih – Sayı: 8.12.2001 – 24607, <https://www.resmigazete.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 27.02.2024).

Ayrıca TMK'nın 124. maddesinin ikinci fıkrasında ergin kılınma halleri sayılmıştır. On altı yaşını doldurmuş çocukların Kanun'da sayılan haller ve şartların gerçekleşmiş olması halinde evlenmelerine hâkim tarafından izin verilebileceği, böylece ergin kılınabileceği, yine velinin rızası ve on beş yaşını doldurmuş çocuğun isteği ile hâkimin, çocuğu ergin kılınabileceği düzenleme alanı bulmuştur.

Çocuk ile ilgili bir diğer husus ise velayettir. Velayet, ebeveynlerin, çocuklarına yönelik sorumluluklarını ve haklarını kapsayan bir kurumdur.

TMK'nın çeşitli maddeleri, çocukların haklarına ve çocukların hukuki statüleri ile ilgili birçok düzenleme içermektedir. Örneğin velayetin düzenlenmesi, miras hukuku, vesayet, gibi uygulamalar, çocuk kavramını içlerinde barındırmaktadırlar.

Özetle, Medeni Kanun'da olan tek düzenleme ergin olma ile ilgili değildir. Kanun'un farklı birçok maddesinde de "çocuğun yararı", "küçüğün menfaati" ifadelerinden anlaşılacağı üzere çocuğun üstün yararı söz konusu olmuştur.

2.1.3.Uluslararası sözleşmeler

Çocuk kavramı her ne kadar evrensel bir kavram olsa da tarih boyunca farklı ülkeler tarafından farklı tanımlara tabi tutulmuştur. Buna rağmen gelişen teknoloji ile günümüzde çocuğun uğramış olduğu ve uğrayabilmesi muhtemel tüm zararların tahlili çok daha net yapılabilmektedir. Beraberinde ortak amaca hizmet eden, daha geniş kapsamda düzenlemelere gitmek de kaçınılmaz olmuştur.

2.1.3.1.Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi

Çocuk hakları üzerine ilk bildiri, 1924 tarihinde kabul edilen, 1931 yılında Türkiye Cumhuriyeti tarafından imzalanan Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesidir.²¹Dünyada yaşanan savaşlardan en çok etkilenen her zaman çocuklar olmuştur. Geçmişte de bunun en büyük örneği, Birinci Dünya Savaşı ardından yaşanan büyük çocuk kayıplarıdır. Bildirge'nin en

²¹GenevaDeclaration of theRights of the Child of 1924 - UN Documents: Gathering a body of global agreements,un-documents.net, (Erişim Tarihi: 28.02.2024):"Uluslararası Çocuk Hakları Beyannamesi, çocuğa özel bir ilgi gösterme gerekliliği sonucu 1924 tarihli, Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi, 20 Kasım 1959 tarihinde Birleşmiş Milletler Teşkilatı Genel Kurulunca kabul edilmiştir."

temel sebebi, çocukların savaş, hastalık, açlık gibi birçok olumsuzlukların mağduru olmasıdır. Bu doğrultuda Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi; çocukların hızla yok olmasına, haklarının istismara uğramasına dur demek adına kabul edilen ilk önemli bildiridir. Bildirge'nin esas amacı; aç çocukların doyurulması, kimsesiz çocuklara sahip çıkılması, mağdur olan tüm çocukların mağduriyetlerinin giderilmesidir. Her bir çocuğun eşit olduğunun kabulü, bildirinin en önemli ve temel ilkesidir.²²

Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi, çocuk haklarının tanınması kapsamında ilk uluslararası belge olması sebebiyle tarihte önemli bir yer tutmaktadır. Ayrıca günümüzde yürürlükte olan ve aşağıda değinilecek Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin temelini oluşturmaktadır. Bu doğrultuda Bildirge'nin çocuk haklarının korunmasına yönelik düzenlemelerin gelişmesine katkı sağladığını söylemenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Özetle; bahse konu Bildirge, çocukların yetişkinlerden farklı olarak, özel haklara ve korunmaya ihtiyaçları olduğunu belirterek çocuk hakları anlayışının oluşmasına yardımcı olmuştur.²³

2.1.3.2.UNICEF

UNICEF, dünya genelinde çocukların refahını korumaya ve geliştirmeye çalışan bir organizasyondur. Özellikle sağlık, eğitim, koruma ve acil yardım gibi alanlarda faaliyet göstermektedir. Birleşmiş Milletler kapsamında, Acil Yardım Fonu olarak 1946 tarihinde kurulmuştur.²⁴

UNICEF'in öncelikli hedeflerinden biri, çocukların hayatta kalmasını ve sağlıklı şekilde büyümesini sağlamaktır. Bunun için aşı kampanyaları, temiz su kaynaklarına erişim problemleri ve yetersiz beslenme ile mücadele programları yürütülmektedir. Ayrıca doğal

²²Sözleşmenin kabul süreci için bkz.'1924 yılında Milletler Cemiyeti çocuk haklarına ilişkin beş maddeyi yayınlamış ve bildirge, 1928 yılında Atatürk tarafından imzalanmıştır. Daha sonra Balkan ülkelerinin çocukları koruma kuruluşlarının işbirliği sonunda 5-9 Nisan 1936 tarihinde Türkiye'nin de katıldığı Birinci Balkan Kongresi toplanmıştır. Normal ve sağlam çocukların korunması ve çocukların çalışma yaşı konularında çalışmalar yapmak üzere 1-7 Ekim 1938 tarihleri arasında da İkinci Balkan Kongresi toplanmıştır. İkinci Dünya Savaşından sonra 1948 yılında Birleşmiş Milletler tarafından İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi yayınlanmıştır. Savaş sonu çocukların durumunun daha da kötüleştiği düşünülerek beş madde daha eklenmiştir. En son olarak 1989 yılında 54 maddeden oluşan Çocuk Hakları Sözleşmesi imzaya açılmış ve 193 üye ülkenin 187 si tarafından onaylanmıştır.'

²³<https://www.humanium.org/en/geneva-declaration/>(Erişim Tarihi:13.12.2024).

²⁴UNICEF TÜRKİYE ; <https://www.unicefturk.org/> (Erişim Tarihi:13.12.2024).

afetler ve çatışmalar gibi kriz durumlarında hızlı şekilde müdahale ederek, çocukların güvenliğini sağlamayı amaçlamaktadır.

Çocukların istismar, şiddet ve ayrımcılıktan korunması da temel çalışma alanlarından biridir. Çocuk haklarının savunucusu olan organizasyon, hukuki düzenlemeler ve farkındalık kapmayanları ile bu konuda küresel bir etki yaratmayı amaçlamıştır.

1953 yılında yalnızca acil yardım fonu olarak değil sürekli faaliyet göstermesi için adımlar atılmıştır. Esas amaç, tüm çocukların eşit haklara sahip olmasına yardımcı olmak, aynı zamanda mağdur olan tüm çocuklara yardım edebilmektir. UNICEF, eğitim alanında çalışmalar yaparak çalışma kapsamını gün geçtikçe genişletmiştir.²⁵ UNICEF'in faaliyetleri, tüm çocuklara daha iyi bir gelecek sunma hedefiyle sürmektedir. Çalışmaları, bireysel bağışçılar, hükümetler ve sivil toplum kuruluşlarının destekleriyle devam etmektedir.

2.1.3.3. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi,²⁶ İkinci Dünya Savaşı'nın yıkıcı etkilerinden sonra ortaya çıkmıştır. Savaş zamanı, insan haklarının ihlal edilmesinin ardından eşitlik ilkesi, Nazilerin ayrımcılık politikası ile birlikte gittikçe yok olmuştur. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Bildirge'nin en önemli ilkesi, eşitlik olmuştur. Birçok düzenleme bu doğrultuda gerçekleştirilmiştir. Aynı zamanda sosyal devlet ilkesini, anlatmak ve sosyal devlet anlayışını tüm devletlere kazandırmak amaçlanmıştır. Çocukların eşitliği adına düzenlemelerde bulunulmuştur. Çocuklarla ilgili düzenlemeler 25. ve 26. maddede yer almaktadır.

Bildirge'nin 25. maddesinin ilk fıkrası, çocuk haklarından ziyade yaşama hakkını vurgulamaktadır. İkinci fıkrasında ise ana ve çocuk hakkına vurgu yapıldığı görülmektedir. Her ananın ve çocuğun koruma hakkına sahip olduğu üzerinde durulmuştur. Bu sebeple çocuk kavramına daha geniş bir perspektiften bakıldığını söylemenin yerinde olacağı

²⁵ "Türkiye'de UNICEF çocuklar için saha çalışmalarına 1951'de, kuruluşundan hemen 5 yıl sonra başladı. UNICEF Türkiye Milli Komitesi ise 1956'dan beri Türk ve dünya çocuklarının ihtiyaçlarına cevap verebilmek için kaynak sağlama ve tanıtım çalışmalarını sürdürüyor."

"UNICEF, 156 Ülke Ofisi ve 34 Milli Komitesi ile 190 ülkede güçlü bir varlığa sahiptir."

"1965'te UNICEF, kardeşliğin uluslararası gelişimine katkısından dolayı Nobel Barış Ödülü'ne layık görüldü." UNICEF Tarihçesi (Çevrimiçi) <https://www.unicefturk.org/yazi/tarihce> (Erişim: 04.10.2023).

²⁶ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/9a3bfe74-cdc4-4ae4-b876-8cb1d7eeae05.pdf>, (Erişim: 28.02.2024).

düşüncesindeyiz. Bu kapsamda, evlilik içi veya evlilik dışı doğumlar fark etmeksizin çocuklara eşit muamele gösterilmesi adına geniş kapsamlı ve açıklayıcı birtakım düzenlemelere gidildiği görülmektedir.

Bildirge'nin 26. maddesi, çocukların eğitim ve öğretim hakkına yöneliktir. Eğitim, öğretim hakkının her birey için bir hak olduğuna, yanı sıra ilköğretimin zorunlu kılındığına yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Çocuğun eğitimine yön verme yetkisi, ebeveynlere verilmiş ve uluslararası düzenlemelerden dahi üstün tutulmuştur. Bu konuda öncelik ebeveyn isteklerine verilmiştir.

Bildiri, Bakanlar Kurulu tarafından 1948 yılında Resmi Gazete'de yayımlanmasının ardından yürürlüğe girmiştir.²⁷

2.1.3.4. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi

Bildirge, tümüyle çocuk haklarına ilişkin düzenlemeleri içeren ikinci sözleşmedir. Sözleşme'nin esas amacı, Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi'ndeki hükümler dikkate alınarak, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'ne uygun düzenlemeler gerçekleştirmektir. Bu gerekçe ile BM'nin kurulmasının akabinde, Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi'nde düzenlenen hükümler ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi temel alınarak 1959 tarihli on temel ilkedden oluşan BM Çocuk Hakları Bildirgesi oluşturulmuştur.²⁸ Bildirge, Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilmiştir.²⁹

²⁷https://tr.wikipedia.org/wiki/%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Evrensel_Bildirisi, (Erişim Tarihi:28.02.2024).

²⁸ Toprakçı; s.18.

https://kdkcocuk.gov.tr/anasayfa/contents/files/YasalDuzenlemeler/BM_cocuk_Haklari_Bildirisi.pdf, (Erişim Tarihi:28.02.2024).

“ Bu özel gözetimin gereği, 1924 tarihli Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesinde belirtildiği ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde ve çocukların esenliğiyle ilgili uzmanlık kuruluşları ve uluslar arası örgütlerin statüsünde tanındığı için, İnsanlığın çocuğa verebileceğinin en iyisini vermek gerektiği için, Şimdi bu gerekçelerle Genel Kurul, Çocuğun mutlu bir çocukluk geçirmesi ve klendisinin ve toplumun iyiliği için burada öne sürülen hak ve özgürlüklerden yararlanması amacıyla bu Bildirgeyi ilan eder ve ana ve babaları, kadın-erkek herkesi, gönüllü örgütleri, yerel makamları ve Hükümetleri bu hakları tanımaya ve aşağıdaki ilkeler uyarınca giderek alınacak yasal ve başka önlemlerle bu hakları gözetmeye çağırır. ”

²⁹Ayrıntılı bilgi için bkz. https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=293, 20 Kasım 1959(RG 27.01.1995 sy. 22184).

Cenevre Çocuk Hakları Bildirgesi'nden farklı olarak, BM Çocuk Hakları Bildirgesi'nde bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu gerekçe ile Bildirge'nin, taraf devletlerin çocuk hakları konusunda iyi niyet ifadelerinden ileriye gidemediği ifade edilmektedir.³⁰

Bildirge'de düzenleme alanı bulan on temel ilke, diğer uluslararası sözleşmelerle paralel; çocukların korunması, gözetilmesi, eşitlik ve buna benzer birçok sosyal kavramı da içinde barındırmaktadır.

2.1.3.5. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme³¹

Sözleşme'yi, çocukların korunmaya muhtaç olduğu göz önünde bulundurularak tüm gereksinimleri doğrultusunda onları her türlü kötü muamele, şiddet, istismar, türlü dış tehditlerden korumak amacıyla 196 ülke tarafından imzalanan evrensel ilkelerin belgesi şeklinde tanımlamanın yerinde olacağı düşüncesindeyiz.³²

Sözleşme kapsamı, çocuğun üstün yararınıdır. Türkiye tarafından 1990 yılında imzalanmış ve 1994 yılında onaylanarak Resmi Gazete'de yayımlanmış, ardından 1995 yılında yürürlüğe girmiştir.³³

Sözleşme'nin 1. maddesi, çocuk kavramı ile ilgili açık bilgi vermektedir. BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'sine göre çocuk, on sekiz yaşını doldurmamış kimsedir. Buna rağmen kanun nezdinde daha erken bir yaşta ergin kılınması öngörülen çocuk ise kapsam dışında tutulmuştur.³⁴

2.1.3.6. Çocukların Cinsel Suistimale ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi

³⁰<https://haberdecocuk.org/mevzuat/uluslararası-mevzuat/birleşmiş-milletler-cocuk-hakları-bildirgesi/>(Erişim Tarihi:28.02.2024).

³¹<https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>(Erişim Tarihi:28.02.2024).

³²<https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>(Erişim Tarihi:28.02.2024).

³³“Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde benimsenen **Çocuk Hakları Sözleşmesi**, 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye de dahil olmak üzere 196 ülkenin taraf olduğu sözleşme en fazla ülkenin onayladığı insan hakları belgesidir. Amerika Birleşik Devletleri hariç bütün Birleşmiş Milletler üyeleriyle Filistin, Vatikan, Nieu ve Cook Adaları sözleşmeye taraftır. Türkiye, sözleşmeyi 14 Ekim 1990'da imzaladı ve sözleşme 27 Ocak 1995'te Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdi.”

³⁴“ Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.”

Lanzarote Sözleşmesi, 2007 tarihinde imzaya açılmıştır. Sözleşme'nin kapsamı, diğer uluslararası sözleşmelere nazaran daha özeldir. Bahse konu Sözleşme'de çocukların cinsel yönden savunmasızlığı, istismara uğramaması konuları dikkate alınarak, cinsel dokunulmazlık çerçevesinde düzenlemelere yer verilmiştir. Aynı zamanda Sözleşme, taraf devletleri de bu kapsamda düzenlemeler yapmakla yükümlü tutmaktadır.³⁵

Sözleşme, cinsel suçların önüne geçmek maksadı ile cinsel yönden oldukça savunmasız olan çocukların sömürülmesi ve istismara uğramaması adına birçok yargısal düzenlemeyi de içinde barındırmaktadır. Sözleşme ile çocukların mağdur olduğu suçlara ilişkin adli yargı sisteminin daha düzenli hale gelmesi ve çocuklar adına tüm mağduriyetlerin giderilmesi amaçlanmaktadır. Her daim, çocuğun üstün yararının gözetilmesi ise Sözleşme'nin bir diğer önemli vurgusudur.³⁶

Sözleşmenin ilgili 18. maddesinde, iki ayrı düzenleme bulunmaktadır. Birincisi, henüz cinsel erginlik yaşına girmemiş bir çocukla cinsel eylemlerde bulunmak, diğer düzenleme ise sözleşme maddesinin devamında tahdidi şekilde sıralanmış, özel hallerde cinsel faaliyette bulunma halidir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Sözleşme'nin 18. maddesinde düzenleme alanı bulan iki farklı hükme dikkat çekme sebebi, rıza kavramının farklılık arz etmesidir. Sözleşme'nin 18. maddesinde cezalandırmaya tabi cinsel faaliyetlerde bulunma halleri hüküm altına alınmıştır. Rızaya dayalı cinsel faaliyetler ise kapsam dışı kalmaktadır. Buna rağmen, ilgili maddenin birinci fıkrası "b" bendinde sayılan vasıflara sahip cinsel faaliyetlerin, rızanın bulunduğu gerekçesi ile cinsel istismar olarak değerlendirilmemesi mümkün değildir.³⁷ Suç teşkil edecek her cinsel faaliyet için rızanın bir önemi bulunmamaktadır.³⁸

³⁵Yenerer, Çakmut, Özlem; Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı 1, 2016, s.39.

³⁶Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, <https://rm.coe.int/168046e1de>, (Erişim Tarihi:28.02.2024).

³⁷**Madde 18: I-b** "Cinsel istismar çocukla aşağıdaki koşullarda cinsel faaliyetlerde bulunmak:

– baskı, zorlama, tehdit kullanılması veya,

– aile içi de dahil olmak üzere, tanınmış bir güven, otorite veya nüfuzun suistimal edilmesi veya,

– çocuğun, zihinsel veya fiziksel bir engeli veya bağımlı durumda olması nedeniyle, özellikle zayıf durumunun suistimal edilmesi."

³⁸ Özgenç, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, 2006, s.259;

"**Madde 18 Tahlili:** Sözleşmenin cinsel istismar başlıklı 18.maddesi, kasıtlı olarak gerçekleştirilen bazı fiillerin suç olarak telakki edilebilmesi için Taraf Devletlere gereken hukuki düzenleme, yaptırım ve tedbirleri almalarını istemektedir. 1. Fıkranın a bendi, cinsel faaliyet için yasal yaşa ulaşmamış bir çocukla yapılan cinsel faaliyetten bahsetmektedir. Burada "yasal yaş" kavramından kasıt cinsel rıza yaşa yaşıdır. Yani yasal yaşa/cinsel rıza yaşına ulaşmış ama hala çocuk olan bir bireyin cinsel ilişkide bulunabilmesine imkân tanıyan bir maddeden söz etmekteyiz." <https://www.muharrembalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerVI/1385.pdf>.

Çocukla cinsel faaliyette bulunma asgari yaş sınırı, Sözleşme'nin ilgili maddeleriyle uyumlu olması koşulu ile belirlenmesi, taraf devletlere bırakılmıştır. Dolayısıyla bu kapsamda bir yaş sınırına Lanzarote Sözleşmesinde yer verilmemiştir.³⁹

Her ne kadar cinsel ilişkiye rıza için herhangi bir yaş sınırı öngörülmemiş olsa da bahse konu hakkında Komite, Endonezya'da belirtilen asgari on iki yaş sınırını önemli derecede küçük bularak, on dört yaşındaki bir çocuğun da cinsel istismara ve sömürüye karşı kendini koruyamayacağı düşüncesini belirtmiştir. Ayrıca on dört yaşından büyük çocukların, cinsel ilişki dışında cinsel gelişimlerini etkileyebilecek olan pornografi ve fahişeliğe yönelik korunmasız oldukları belirtilmiştir.⁴⁰

Ayrıca Sözleşme'nin vurgu yaptığı bir diğer husus ise ayrımcılıktır. Farklı cinsiyetlere sahip çocuklar için farklı yaş sınırlarının belirlenmiş olmasının, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de düzenleme alanı olan 'Ayrımcılık Yasası' ile bağdaşamayacağı ifade edilmiştir.⁴¹

Daha özel düzenlemeler doğrultusunda; suç, ceza ve adalet sisteminin çocuklar üzerindeki etkisinin, zararlarının en aza indirilmesi amaçlanmıştır. Bahse konu düzenlemelerden ilki 'Çocuk Suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Yönlendirici İlkeleri' diğer bir ismiyle 'Riyad İlkeleri'⁴² ikincisi ise 'Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralı', 'Pekin Kuralları'⁴³ dir.⁴⁴

³⁹ "Gayet açık ve anlaşılabilir olan bu ifadelerden sonra madde tahliline devam edecek olursak; 18. maddenin 2. Fıkrası Taraf devletlere, çocukla hangi yaşın altında cinsel faaliyetlere girilemeyeceğine karar vermeleri gerektiğini öngörmektedir. Zaten Lüksemburg Raporu'nda da belirtildiği üzere Lanzarote Sözleşmesi cinsel rıza yaşının belirlenmesi konusunda sessiz kalıp bu konuyu Taraf Devletlerin yasal düzenlemelerine bırakmaktadır. Bu aynı zamanda çocuğun hangi yaşın üstünde herhangi bir cinsel faaliyet ve aktiviteye katılabileceğinin belirlenmesini de öngörmektedir ki zaten en tehlikeli ve en dikkat çekici nokta burasıdır." <https://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerVI/1385.pdf>.

⁴⁰ Sarıgül, Ali, Tanju; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail (TCK m. 104), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(2), 2021, s.719.

⁴¹ Sarıgül; s.720.

⁴² "Çocuk suçluluğunun Önlenmesine İlişkin Birleşmiş Milletler Yönlendirici İlkeleri diğer adıyla Riyad İlkeleri Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 14 Aralık 1990 tarihinde 45/112 sayılı kararıyla kabul ve ilan edildi.

Sözleşmede çocuk suçluluğunun önlenmesi için ulusal, bölgesel ve uluslararası nitelikte yaklaşımlara ve stratejilere gerek duyulduğu belirtilerek her çocuğun ücretsiz eğitim başta olmak üzere insan haklarına sahip olduğu teyit ediliyor.

Yasalarla herhangi bir sorun yaşasınlar ya da yaşamassınlar, kendi başına bırakılan, ihmale uğrayan, istismar edilen, uyuşturucu kullanımına sürüklenen, marjinal koşullarda yaşayan ve genel olarak sosyal risklerle karşılaşan çok sayıda çocuk olduğunun söylendiği dokümanda suçluluğun önlenmesi ve toplumun esenliği yönünde benimsenen ileri politikaların sağlandığı yararlı dikkat çekiliyor."

⁴³ "Bu kurallar Suçun Önlenmesi ve Suçluların Islahı 7. Kongresi'nin hazırlık toplantılarında imzalanmış ve Pekin'de 1418 Mayıs 1984 tarihleri arasında toplanan bir bölgelerarası hazırlık toplantısında imzalanmıştır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik çocuk kavramının iyi anlaşılabilmesi, ulusal ve uluslararası kapsamda değerlendirilmesi önem arz etmektedir. Suçun mağdurunun, suçun koruduğu hukuki değer, suça ilişkin kavramlar ile birlikte değerlendirildiğinde doktrindeki tartışmalarında bir neticeye varabileceği kanısındayız. Suça ilişkin kavramlardan bir diğeri ise cinsellik kavramıdır.

2.2.Cinsellik Kavramı

Cinsellik; psikolojik, fizyolojik, sosyolojik birçok unsuru içinde barındıran bir kavramdır. Cinsellik, bireyin kendisini cinsel anlamda tanması ile başlar.⁴⁵ İnsan olmanın doğası olan cinsel güdüler, üreme, türlerin devamı için gereklidir. Bazı toplumlarda cinsellik, ayıp olarak algılanarak baskılandırılırken, diğer toplumlar tarafından cinsellik kavramı daha az sorgulanmaktadır.⁴⁶

Cinsellik, psikolojik olarak cinsel haz ile başlayan ve cinsel doyum ile sonlanan süreçtir. Kişinin kendisini bu yönde tanması ile başlayıp, yaşamının sonuna kadar devam etmektedir.⁴⁷

Cinsellik yalnızca psikolojik ve biyolojik değil, aynı zamanda sosyolojik bir kavramdır. Dolayısıyla cinsellik kavramı ile ilgili pek çok düşünür belli tanımlarda bulunmuştur. Öyle ki; cinselliğin hava, su, barınma gibi temel ihtiyaçlar ile aynı sınıfta değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁴⁸ Freud ise cinselliğin kabul edilenin aksine ergenlik döneminde değil, çocukluk döneminde ilk izlenimlerini verdiğini ortaya koymaktadır.⁴⁹

Pekin (Beijing) Kuralları olarak da adlandırılmaktadır. Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından İtalya'nın Milano kentinde 1985 yılı Ağustos ve Eylül aylarında toplanan 7. Kongreye sunulan asgari standart kuralları, 7. Kongre tarafından 6 Eylül 1985 tarihinde kabul edildikten sonra BM Genel Kurulu'nun onayına sunulmuştur. Genel Kurul bu kuralları 29 Kasım 1985 tarihinde 40/33 sayılı kararın eki olarak kabul etmiştir. Asgari Standart Kuralları, dünyanın her yerindeki çocuk suçlulara uygulanan değişik yargı sistemlerinin ruhuna ve amacına uygun olarak hazırlanmış olup, genel olarak çocuk suçlularla ilgili yargının yönetiminde kabul edilen prensipleri ve uygulamaları kodifiye etmektedir. Çocuk suçlular için BM tarafından kabul edilen bu kuralları ile bunlara uygulanacak asgari koşullar belirlenmek istenmiştir. Her kuralı izleyen açıklamalar, kuralların asli hükümleri gibi kabul edilmektedir."

⁴⁴Yenerer, Çakmut; s.39.

⁴⁵Özgüven, İbrahim, Ethem; Cinsellik ve Cinsel Yaşam, Ankara, 1997, s.1.

⁴⁶Peker, İlbilge, Selcen; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Yer Alan Cinsel İlişki Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.10-30, Sayı:73, Konya, 2021, s.12.

⁴⁷Kantarıcı, Nurullah; Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara, 2016, s.5.

⁴⁸Kantarıcı; s.5-6.

⁴⁹Freud, Sigmund; Cinsellik Üzerine, (Çeviri, A.AvniÖneş), Say Yayınevi, İstanbul, 2019, s.48.

Cinsellik insanlık için tabii bir olgudur. Cinselliğin yansıması olan hangi eylemlerin bu kapsamda cinsel özgürlük olarak değerlendirileceği, hangi durumlarda korumadan mahrum bırakılacağı ve sınırlamalara tabi tutulacağı, tartışmalıdır.⁵⁰

Cinsel hayatın sağlıklı ilerlemesi, toplumun ve bireylerin mutluluğunu sağlamaktadır. Aksi takdirde sınırlandırılmaya ve göz ardı edilmeye çalışılan cinsel yaşam ise toplumu ve bireyleri mutsuz kılacaktır. Bu gerekçe ile cinselliğin yalnızca üremeyi sağlayan durum şeklinde değerlendirilmesinin doğru olmayacağı düşüncesindeyiz. Bireyin duygusal, fiziksel ve bütünsel gelişimine yardımcı olmakta ve engellenmesinin mümkün olmayacağı ifade edilmektedir.⁵¹

Yukarıda izahı yapıldığı üzere cinsellik kavramı, sanılan aksine cinsel ilişki ve hazdan ibaret değildir. Bu gerekçe ile cinsel özgürlüğün bu kapsamda değerlendirilerek sınırlandırılmasının, aşırı ve gereksiz bir müdahale olacağı savunulmaktadır.⁵²

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik tipik fiilin cinsel ilişki olduğu dikkate alındığında, cinsel ilişkinin temelini oluşturan cinsellik kavramı önem arz etmektedir. Cinsellik kavramı, toplumdan topluma farklılık arz etmektedir. Bu sebeple de cinsellik kavramından yola çıkarak her toplum, kendi değer yargılarına göre yaptırımlar öngörmektedir.

Cinselliğin temelini oluşturan cinsel güdüler sonucu gerçekleştirilecek eylemlerin sınırını belirleme konusunda ise cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlük kavramlarına değinilmesi gerekmektedir.

2.3. Cinsel Dokunulmazlık ve Cinsel Özgürlük Kavramı

Her birey, cinsel güdüler sonucu, cinsel davranış ve tavırlar da özgürdür. Cinsellik; toplumdan topluma, bireyden bireye farklılık göstermektedir. Dolayısıyla bahse konu farklılık, cinsel özgürlük kapsamında sınırlandırılmaya sebep olmaktadır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki cinsel özgürlük, bir başkasının özgürlüğünü kısıtlayamaz. Aksi takdirde cinsel özgürlükten bahsedilemez.

⁵⁰Doğan, Recep; Anlamlı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara Barosu Dergisi, 2017-1, s.126.

⁵¹Kantarıcı; s.6.

⁵²Keser, Ömer, Faruk; Uygulamaya Bakan Yönleriyle Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022,s.23.

Cinsel özgürlüğün tanımı “kişinin cinselliğe ilişkin seçimlerini serbestçe yapma özgürlüğü” veya “kişinin bireysel cinsel tercih hak ve özgürlüğü” şeklinde yapılmaktadır.⁵³ Bahse konu özgürlüğün iki yönü olduğu ifade edilmektedir. Bunlar, pozitif ve negatif yönlerdir. Negatif yönü ile birey, hukuk aykırı her türlü cinsel eylem ve davranıştan korunmaktadır. Pozitif yönü ile bireyin cinsel tercihlerini, hukuka uygun cinsel eylem ve davranışlarını ifade etme hakkını korunmaktadır.⁵⁴

“İki bireyin cinsel ilişki yaşamayı rızaya bağlıdır. Bir kişinin başka bir kişinin cinsel özgürlüğünü, hukuk aykırı şekilde işgal (ihlal) etmesi sonucu cinsel suç meydana gelmektedir.”⁵⁵ Cinsel özgürlüğe sahip olunması, başka bir bireyin rızası dışında o kimseye cinsel davranışlarda bulunma hakkını vermemektedir. Her bireyin cinsel dokunulmazlığı bulunmaktadır. Kimse, rıza göstermedikçe bir diğer kişinin cinsel özgürlüğüne müdahalede bulunamaz. Aksi halde devreye cinsel dokunulmazlık kurumu girmektedir. Cinsel ilişkiye verilecek rıza, cinsel dokunulmazlık kapsamında oldukça önem arz etmektedir. Evlilik birliği içerisindeki eşlerin cinsel ilişkilerinin dahi rızaya bağlı olması gerektiği ifade edilmektedir. Evlilik birliği ile eşlere belli yükümlülükler öngörülmüştür. Bahse konu yükümlülüklerin arasında cinsel ilişkide bulunma, yer almaktadır. Buna rağmen TCK’nın 102/2. maddesinde eşe karşı cinsel saldırı suçu hüküm altına alınmıştır. İlgili madde ile korunan hukuki değer, eşlerin cinsel dokunulmazlığı ve cinsel özgürlüğü olarak ifade edilmektedir.⁵⁶ Evlilik birliğinin kurulması ile yalnızca eşlere cinsel ilişkide bulunmayı talep etme hakkı verilmiş ancak cinsel özgürlüklerinin devredildiği kabul edilmemektedir. Cinsel ilişki talebi yönlendirilen eşin, bahse konu talebi kabul etme gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. Özetle evlilik içinde dahi olsa rızadan yoksun cinsel ilişki, suç olarak hüküm altına alınmıştır.⁵⁷

Cinsel dokunulmazlık, kişilerin rıza göstermesine mahal vermeden veya rızası alınmadan bireye yönelik cinsel davranışların yöneltilmesi ile gerçekleşmektedir. Cinsel

⁵³ Taner, Fahri, Gökçen; Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ağustos 2023, s.30.

⁵⁴ Taner; s.31.

⁵⁵ Doğan; s.126.

⁵⁶ Özer, Yeşim; Türkiye’de Evlilik İçi Tecavüz Suçu Tartışmaları, Kadın Araştırmaları Dergisi 11, 2012, s.11; Ardic, Ecehan; Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s.35-36; Korkusuz, Gülşah; Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 21/1, 2013, s.821; Korkmaz, Zeynep, Büşra; Türk Ceza Hukukunda Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1.1, 2024, s.27-51.

⁵⁷ Ardic; s.35-36; Korkusuz; s.821; Salman,Eda; Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s.27.

davranışlar ise cinsel güdüler sonucu, cinsel arzuların tatmini amacıyla gerçekleştirilen davranışların tümüdür.⁵⁸

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu başta olmak üzere, cinsel suçların tarih sürecindeki değişimine yönelik açıklamaların, ilerleyen bölümlerde ilgili suça yönelik yapılacak tartışmaların anlaşılması adına faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

2.4.Türk Hukuk Sisteminde Suçun Tarihsel Gelişimi

2.4.1.Genel olarak

Cinsel suçların geçmişten günümüze koruduğu hukuki değer ve kanun koyucunun düzenlemelere ilişkin dikkate almış olduğu esaslar, tarih sürecinde değişime uğramıştır.

Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki cinsel suçlara yönelik düzenlemelerin koruduğu hukuki değer, günümüzdeki düzenlemeler ile paralel değildir. Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanun döneminde; kanun koyucunun, toplumun değer yargıları içerisinde kaldığı ifade edilmektedir. Bu gerekçe ile korunan hukuki değer aile düzeni, ahlak kuralları olduğu kabul edilmektedir.⁵⁹

Bahse konu mülga 765 Sayılı Kanun zamanındaki endişeler, zamanla yerini hakların ihlaline bırakmış ve bireysel haklar; toplumun değer yargıları, ahlak düzeni gibi birtakım olguların önüne geçmiştir.⁶⁰ Ahlak düzenine aykırılığın cezalandırılma çabası, zamanla terk edilmiştir. Toplumsal yargılar, hukuki değer kazanmış, bu sebeple cezalandırılmaya tabi tutulabilme anlayışı gelişmeye başlamıştır.⁶¹ Böylece her bireyin kendi bireysel haklarının olduğu ve ilgili bireysel haklara ilişkin cezalandırılmanın amaçlandığı bir döneme

⁵⁸Maviş, Mert/Şen, Ersan; Cinsel Suçlarda Rıza, 2022, <https://sen.av.tr/tr/makale/cinsel-saldiri-sucunda-riza> (Erişim Tarihi: 24.1.2024).

⁵⁹Sevük, Yokuş, Handan; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 18(57), 2005, s.243-282; Centel, Nur; Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması, Prof.Dr. Kenan TUNÇOMAĞ'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1997, s.61.

⁶⁰Centel, Nur; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2012, s.271.

⁶¹Ünver, Yener; Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.103; Tuğrul; s.39; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa, Ruhan/Önok, Murat R.; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 21. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s.319; Toprakçı; s.18.

geçilmiştir.⁶² Ancak kanun koyucunun, objektif temellere oturtmayı amaçladığı tutumlara rağmen cinsel suçlar, diğer suçlara nazaran toplumsal yargılardan, ahlak ve aile düzenlerinden tam anlamıyla sıyrılamamıştır.⁶³

Mülga 765 Sayılı Kanun, kaynağını İtalyan Ceza Kanunu'ndan almasına⁶⁴ karşın cinsel suçlara yönelik düzenlemelerden, ırza geçme, ırza tasaddi suçlarının İtalyan Ceza Kanunu ile bağdaşmadığı, aksine Kanun-i Hümayunda düzenleme alanı bulan cinsel suçlarla büyük benzerlikler taşıdığı ifade edilmektedir.⁶⁵ Bahse konu durum, cinsel suçların diğer suçlara göre düzenlenmesi esnasında, o döneme ait toplumsal değerlerin tamamı ile göz ardı edilemediğinin kanıtı olarak sunabilmektedir.

Nihayet 5237 Sayılı Kanun'da artık cinsel özgürlük, cinsel dokunulmazlık kavramlarının oldukça yaygınlaştığı, suç temellerinin, hukuki değerlerinin toplum değerlerinden ayrı tutulmaya çalışıldığı ifade edilmektedir.⁶⁶

2.4.2. Tarihsel süreç

2.4.2.1. Osmanlı Dönemi

Erken Osmanlı döneminde, hukuk sistemi ilk olarak İslam hukukuna dayanmaktaydı. Şer'i hukuk kapsamında zina, tecavüz ve iffete yönelik saldırılar suç olarak kabul edilmekteydi. Tecavüz yalnızca topluma karşı işlenen suç olarak kabul edilmemiştir. Aynı zamanda kişinin onuruna yönelik gerçekleştirilen bir suç olarak kabul edilmekteydi.⁶⁷

Kanun-i Osmanî ve örfi hukuk dönemi, 16.yy'da başlayarak örfi hukukun etkisini arttırması ile ortaya çıkmıştır. Örfi cezalar, toplumun ahlak düzenini korumaya yönelik ek

⁶²Keser; s.16; Gündüz, Remzi; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2015, s. 18.

⁶³Hafizoğulları, Zeki; Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, 2005, Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı, s.1; Sarıgül; s.715.

⁶⁴Aydın, Devrim; Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hazırlanış Süreci, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 59.04, 2004, s.1. "765 sayılı TCK, İtalyan Ceza Kanunu esas alınarak sınırlı bazı değişikliklerle hazırlanmıştır."

⁶⁵Taner; s.71.

⁶⁶Aydın, Öykü, Didem; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:2, 2004, s.155.

⁶⁷Gökçen, Ahmet; Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, 1989; Akgündüz, Ahmet; 1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men'i İrtikab Kanunnamesi, Belleten, 51.199, 1987, s.163.

olarak uygulama alanı bulmuştur. Örneğin; tecavüz gibi ırz ve namusa karşı işlen suçlara yönelik sürgün, para cezası, mala el koyma cezası gibi yaptırımlar öngörülmüştür.⁶⁸

19. yy'da Tazminat reformları ile yeni bir döneme geçiş yapılmıştır. Osmanlı'da Tazminat döneminden, en çok etkilenen alan ceza hukuku olarak karşımıza çıkmaktadır. Tanzimat fermanının ardından kanunlaştırma hareketleri hızlanmış ve ceza hukuku açısından 1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu ele alınmıştır. Kanunname'de 'ırz ve namus' kavramları toplumsal ve ahlaki değerleri koruma amacıyla düzenlenmiştir. Bu bağlamda özellikle, tecavüz ile ilgili suçlara yer verilmiştir. Tecavüz suçu, ırz ve namusa yönelik saldırılardan kabul edilerek, ağır cezalar gerektiriyordu. Adab-ı umumiye suçları, toplumda ahlaka aykırı davranışlar, ırz ve namusu zedeleyici hareketler olarak nitelendirilmiştir.⁶⁹

1858 Ceza Kanunnamesi'nin, ırz ve namusa yönelik suçlar için bir dönüm noktası olduğu kabul edilmektedir. 1858 Ceza Kanunnamesi, Fransız Ceza Kanunu'ndan etkilenmiştir. Böylece modern ceza hukuku anlayışı benimsenmeye başlanmıştır. Tecavüzün, topluma karşı işlenen suç olarak kabul edilmesinin yanı sıra ilgili suç, kadına saldırı olarak kabul edilmiş ve ağır ceza yaptırımları öngörülmüştür. Cezalar, mağdurun iradesinin sakatlanması, direncinin kırılması gibi hallerde farklılaşmış, farklı cezalar hüküm altına alınmıştır.⁷⁰

19.yüzyılın sonlarına doğru, Osmanlı Hukuk Sisteminde, modern ceza hukuku ilkelerine daha fazla rastlanmaktadır. Kadınların korunmasına öncelik verilmekle beraber kadınları korumaya yönelik düzenlemeler yapılmaya çalışılmıştır. Özellikle ırz ve namusa yönelik suçların cezaları ağırlaştırılmış, caydırıcı düzenlemelere gidilmek amaçlanmıştır. Ancak şer'i hukukun etkisi tam anlamıyla terk edilmemiştir. Bu sebeple, suçların ispatında geleneksellik devam etmiş, kadının şahitliğinin kabulü veya mağduriyetinin ispat edilmesi için daha güçlü deliller aranmıştır.⁷¹

Özetle, Osmanlı döneminde, ırz ve namusa yönelik suçlar, genel ahlak düzenini sağlamayı hedef almıştır. Fakat Tazminat reformu ile birlikte 1840 ve 1858 Ceza Kanunnameleri ile ilgili suçların düzenlenmesi, modernleşmiştir. Buna rağmen uygulamada

⁶⁸Rabia, Beyza; 1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1.1, 2015, s.63-81.

⁶⁹Candan; s.65.

⁷⁰Onaran, Başak, Tuğ; 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda Irz ve Namus Kavramlarının Kodifikasyonu ve Toplumsal Cinsiyet| Codification of Honor and Gender in the 1858 Ottoman Penal Code, Akdeniz Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Dergisi 5.2, 2022, s.213.

⁷¹Onaran; s.226.

cinsiyet farkı, toplumsal baskılar, ahlaki değer yargıları hukuk sistemini etkilemeye devam etmiştir.⁷²

Osmanlı döneminde reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna benzer bir suç tipine rastlanılmamaktadır. Şer'i hukuka göre rüşt yaşları belirlenmiştir: kız çocuklarda, dokuz, on beş; erkek çocuklarda, on iki, on beş yaş olarak öngörülmüştür.⁷³ Reşit olmayan kimse ile cinsel ilişki, mağdurun yaşı ve failin niyeti göz önünde bulundurulduğunda yukarıda açıklandığı üzere; tecavüz kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin; tecavüz suçu işlenirken şiddete başvurulmuş ise şer'i hukuk kapsamında ölüm veya ölüm diyeti cezası öngörülmüştür. Aynı şekilde örf'i hukukta da reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik ayrı bir düzenleme bulunmamakla birlikte tecavüz suçu hüküm altına alınmıştır. Mağdurun yaşı ise cezalandırma açısından ağırlaştırıcı nitelik taşımaktaydı.⁷⁴

2.4.2.2.Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İtalya Ceza Kanunu'nun örnek alınması ile iktibas edilmiştir.⁷⁵

Reşit olmayanla cinsel münasebet suçu, ilk olarak mülga 765 Sayılı Kanun'da düzenlenmiştir. İlgili suç, 1953 yılında yapılan değişiklik ile birlikte mülga 765 Sayılı Ceza Kanun'un 416. maddesinin üçüncü fıkrasına "*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.*"⁷⁶ifadesi ile eklenmiştir.⁷⁷

Reşit olmayanla cinsel münasebet suçu, ayrı bir maddede düzenlemeksizin, ırza geçme suçunun yer aldığı 416. maddenin üçüncü fıkrasına eklenmek sureti ile düzenlenmesi, doktrinde tartışmalara konu olmuştur. Görüşlerden birine göre, ırza geçme suçunun içinde düzenleme alanı bulması gerekçesiyle ilgili suçun mefruz cebir ile ırza geçme olarak kabul

⁷²Akgündüz; s.42,43.

⁷³Avcı, Mustafa; Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayıncılık, Konya, 2010, s.20.

⁷⁴Akgündüz;s.42-43.

⁷⁵Keser; s.17; Aydın; s.1.

⁷⁶Türk Ceza Kanunu,<https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/kanunlar/765>(ErişimTarihi:29.01.2024).

⁷⁷Taner; s.470; Kanbur, Mehmet, Nihat; 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104), Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 16, 2015,s.4140; Sarıgül; s.713.

edilmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir.⁷⁸ Bir diğer görüşe göre ise ilgili maddede düzenlenen rıza kavramının dikkate alınması gerektiği ve rızanın tipik unsurlarından birini oluşturması sebebiyle ırza geçme suçunun altında değil, ayrı bir başlık altında düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır.⁷⁹

Reşit olmayanla cinsel münasebet suçu, on beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış çocuklara yönelik rızaen cinsel ilişkiye girilmesi olarak ifade edilmekte idi.⁸⁰

Suçun mağduru, hem erkek hem kadın olabilmektedir. Diğer bir ifade ile tipik fiil, erkek cinsel organının, normal veya anormal yollardan on beş, on sekiz yaş aralığında çocukların vücuduna sokulması olarak tanımlanmaktaydı. O halde erkek cinsel organının, kadına normal veya anormal yollardan; bir başka erkeğe ise anormal yollardan sokulması bu kapsamda suç konusunu oluşturmaktadır.⁸¹

Mağdurun reşit olmayan bir kimse olabileceği konusunda kanun metninde açık ifadeler yer verilirken, failin reşit bir kimse olup olamayacağına yönelik net bir ifade bulunmamaktadır. Bu gerekçe ile failin yaşı tartışma konusu olmuştur. Ayrıca hukuken reşit kılınan kimselerin bu noktada reşit bireyler olarak ifade edildiği, bu kapsamda evlenmiş olan reşit olmayanın artık reşit sayılacağından bahisle ilgili suç konusunun mağduru olamayacağı bu doğrultuda failin cezalandırılmayacağı belirtilmiştir.⁸²Bahse konu tartışmalara ilerleyen bölümlerde mağdurun yaşı ile ilgili tartışmalar başlığı altında değinilecektir.

İlgili suçun oluşması için mağdur ve fail arasında gerçekleşmiş bir cinsel ilişkinin varlığı gerekmektedir. Cinsel ilişkiye varmayan her türlü cinsel eyleme gösterilen rızanın varlığı mutlakdır. Rızanın varlığına rağmen mağdurun, şikâyette bulunmaması halinde soruşturma yapılması gerekli değildir. Ayrıca mağdurun kızlığının cinsel ilişki dışında farklı yollarla kaybedilmesinin bu suç kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.⁸³

⁷⁸Dönmezer, Sulhi; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1975, s.84; Taner; s.471; Kanbur; s.4140; Sarıgül; s.713.

⁷⁹ Önder, Ayhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, 1985, s.243.

⁸⁰Kantarıcı; s.23.

⁸¹Dönmezer; s.154; Keser; s.17; Taner; s.477; 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay kararlarında “aktif failin tenasül organını diğerinin vücuduna normal veya anormal şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi” olarak tanımlanmaktaydı. YGCK, E. 2002/5-44, K. 2002/175, T. 19.2.2002; YGCK, E. 2003/5-21, K. 2003/19, T. 4.3.2003, <https://legalbank.net/>, (Erişim Tarihi: 09.11.2024).

⁸²Dönmezer; s.54.

⁸³Otacı, Cengiz; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar. Seçkin Yayınları, 2000, s.72; Kantarıcı; s.25.

Reşit olmayanla cinsel münasebet suçunun nitelikli halleri, mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanun'un 417. ve 418. maddelerinde ırza geçme ve ırza tasaddi suçlarının tümü için düzenlenen nitelikli haller kapsamında düzenlenmiştir.⁸⁴

Mülga 765 sayılı Kanun'un 418. maddesinde düzenlenen mağdurun ölümü neticesinin gerçekleşmesi durumunda cezanın arttırılacağı, yanı sıra cinsel ilişki esnasında mağdurun sağlığının bozulması, mayubiyetin gerçekleşmesi gibi hallerde de nitelikli hal hükümleri uygulanarak, ceza artırımına gidilmesi öngörülmüştür.

Mağdurda kızlık zarının bozulması halinin gerçekleşmesi, nitelikli hallerden biri olarak hüküm altına alınmıştır. Mayubiyet hali, kızlık zarının bozulması olarak ifade edilmektedir. Kızlık zarının yırtılması neticesinin mayubiyet olarak nitelendirilmesinin birey için eksiklik olarak ifade edildiği⁸⁵, insan onuruna yaraşır bir ifade olmadığı gerekçesiyle eylem neticesinde mağdurun psikolojisinin bozulma ihtimali göz önünde bulundurulmadan, eksik birey ifadesine yer verilmesi doktrinde eleştirilere maruz kalmıştır.⁸⁶

Tüm bu sebeplerle, 5237 Sayılı Kanun'da reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik nitelikli haller arasında, mağdurun mayubiyet hali almasına yer verilmemiştir.

Reşit olmayan mağdur ile failin cinsel ilişkide bulunmasının ardından fail ve mağdurun evlenmesi halinde, davanın ertelenmesi kurumundan bahsetmemizin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. İlgili suç için davanın ertelenmesi kurumundan bahsedebilmemiz, fail ve mağdurun arasındaki evliliğin cinsel ilişki eyleminden sonra, failin cezalandırılmasından önce gerçekleştirilmesine bağlıdır. Buna karşın, failin ceza almasının ardından, mağdur ve failin evlenmesi halinde ise cezanın erteleneceği hüküm altına alınmıştır. Akabinde düzenleme bu haliyle kalmayıp şayet fail haksız boşanma gerçekleştirirse ertelenen davanın açılacağı veya somut olaya göre cezanın infazına geçileceği hüküm altına alınmıştır.

Bahse konu düzenleme yalnızca reşit olmayanla cinsel ilişki suçu için değil, aynı zamanda ırza geçme ve ırza tasaaddi suçları için de hüküm altına alınmıştır. Öyle ki; evlenme, fail için neticesi itibariyle olumlu sonuçlar doğuran ancak mağdur için aynı sonuçları doğurmayacak bir düzenlemedir. Mağdurun, yıprandığı ve haksızlığa uğradığı göz önünde bulundurulmadan, ırza geçme ve ırza tasaddi suçları kapsamında toplumun da zoru ile evlenmeye zorlanan mağdurların oluşabileceği, bu gerekçeyle de mağdur yönünden haksız

⁸⁴Keser; s.18.

⁸⁵Akkay, Erdem; Irza Geçme, Journal of İstanbul University Law Faculty 51, İstanbul 1985sy. 1-4, 20116, s.656.

⁸⁶Nuhoglu, Ayşe; Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarı'sında Cinsel Suçlar, Prof.Dr.Çetin ÖZEK Armağanı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2004, s.627; Keser; s.18.

neticeler doğuracağı ifade edilmektedir.⁸⁷ Yalnızca reşit olmayanla cinsel münasebet suçu kapsamında böyle bir düzenlemenin daha doğru olacağı savunulmaktadır.⁸⁸

2.4.2.3.1987-1989 Türk Ceza Kanunu Tasarısı

TCK 1987 Tasarısı'nda, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar "*Genel Ahlak ve Adaba Karşı Suçlar*" başlığında düzenleme alanı bulmuştur.⁸⁹ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu "*Küçüklerin İrzına Geçilmesi*" başlığı altında tasarının 270. maddesinin birinci fıkrasında geçmektedir. İlgili düzenleme gereğince Tasarı'nın 269/1 maddesinde sıralı haller olmaksızın⁹⁰ on beş yaşını tamamlamış, on sekiz yaşını tamamlamamış çocukla cinsel ilişki cezalandırılmaya tabi tutulmaktadır. Mağdurun rızasına, madde metninde açıkça yer verilmemiştir. Ancak 269. maddenin gerekçesinde, tipik fiil olan cinsel ilişkinin, mağdurun rızası doğrultusunda gerçekleşmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca 270. maddenin üçüncü fıkrasında kanunen reşit kılınan çocukların, suçun mağduru olamayacağı açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır.⁹¹

TCK 1987 Tasarısı, mülga 765 Sayılı Kanun'un birçok ilkesini aynen koruduğu, köklü bir reform gerçekleştiremediği, modern ceza hukuku anlayışıyla uyumsuz olduğu gerekçeleri ile eleştirilere maruz kalmıştır. Ayrıca Tasarı'da suçlar ve yaptırımlar arasında sistematik bir uyum olmadığı da belirtilmiştir.⁹² Özetle dönemin ihtiyaçlarına cevap vermediği ve çağdaş ceza hukuku normlarına ulaşmadığı gerekçeleriyle Tasarı, eleştirilere maruz kalmıştır. Bahse konu eleştiriler ile 1989 Tasarısı oluşturulmuştur. 1989 Tasarısı'nda cinsel suçlara yönelik herhangi bir değişiklik yapılmamış, düzenlemeler 1987 Tasarısı ile paralel kalmıştır.⁹³ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu için ciddi bir değişimin olduğundan bahsedilememektedir. Yalnızca TCK'nın 270. maddesinde düzenleme alanı bulan, küçüklerin ırzına geçme suçunun

⁸⁷Dönmezer, Sulhi/Yenisey, Feridun; Ceza Hukukun Güncel Kaynakları C I 1-Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2004, s.150.

⁸⁸Köksal, Atacan; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Prof. Nevzat Toroslu'ya Armağan 2, 2015, s.690.

⁸⁹Bkz. Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı, Komisyonca Hazırlanan Metin, <https://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/cyo-1987-261.pdf>, (Erişim Tarihi:29.01.2024).

⁹⁰"Bu haller; *fülin cebir ve şiddet, hile veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi ya da mağdurun, akıl veya beden hastalığından ya da failin fiilinden başka bir sebepten dolayı fiile karşı koyamayacak halde olmasıdır.*" Kantarcı; s.29.

⁹¹Dülger, İlhan; Irza Geçme Suçunun Tarihi Gelişimi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 6, 2000; Kantarcı; s.47.

⁹²Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk; Ceza Hukuku Genel Kısım, 26. Baskı, 2021, s.51.

⁹³Bkz. T.C Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı (1997), Ankara 1997, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Özel Seri: 3, s.96 vd.

başlığına yönelik bir değişim mevcuttur. Değişiklik ile başlık, ‘‘Küçüklerin ve çocukların ırzına geçilmesi’’ olarak güncellenmiştir.⁹⁴

2.4.2.4.1997-2000 Türk Ceza Kanunu Tasarısı

İlerleyen yıllarda 1997 ve 2000 Tasarıları karşımıza çıkmaktadır. 1997 Tasarısı’nda cinsel suçlar, “*Cinsel Özgürlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar*” başlığı altında düzenlenmiştir.⁹⁵ Mülga 765 Sayılı Kanun’dan farklı düzenlemeye gidilerek, başlık içinde cinsel özgürlük kavramına yer verilmiştir. Bu sebeple ilk bakışta cinsel özgürlük kavramının madde başlığına girmesi, toplumsal değerlerden, ahlak ve aile düzenlerinden, törelerden sıyrılmış bir 1997 TCK Tasarısı olarak düzenlendiği izlenimi verse de akabinde aksine kanıtlara rastlanmaktadır. Cinsel özgürlük kavramı yanında, edep töreleri kavramının da başlıkta yer alması ve topluma karşı işlenen suçlar kapsamında değerlendirilmesi gibi olgular, bireysel hak kavramlarının benimsendiği görüşünün aksine kanıtlar sunmaktadır.⁹⁶

1997 TCK Tasarısı’nın 311. maddesinde “*Küçüklerin ve çocukların rızası ile ırzına geçilmesi suçu*”, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu hüküm altına almıştır. Bu doğrultuda on beş yaşını doldurmuş fakat on sekiz yaşını doldurmamış reşit olmayan kimselerin rıza doğrultusunda ırzına geçilmesi olarak ifade edilen suç, cezalandırılmaktadır. Tasarı’nın eleştirilme sebebi, hukuken olağan veya olağanüstü usul ile on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocuğun ergin kılınması halinde suç kapsamında mağdur olarak nitelendirilememesidir.⁹⁷ Örneğin; on yedi yaşında reşit olmayan bir kimsenin evlenmesi neticesinde ergin kılındığı olayda, on yedi yaşında olmasına rağmen evlenme neticesinde reşit olduğundan bahisle suçun mağduru olamayacağı kabul edilmektedir. Buna karşın, ergin kılınan çocuğun gerçek yaşının belirlenerek bu doğrultuda değerlendirilme yapılması gerektiği ifade edilmektedir.⁹⁸

‘‘Tasarı’nın 310. maddesinin son fıkrasında mülga 765 Sayılı TCK ve daha önceki tasarılarından farklı olarak ırza geçmenin tanımı yapılmıştır.’’ İlgili maddede tipik fiil, “*hangi*

⁹⁴ Kantarcı; s.46.

⁹⁵ Bkz. T.C Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı (1997), Ankara 1997, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Özel Seri: 3, s.96 vd.

⁹⁶ Kantarcı; s.46-47; Aksoy, Özgün, Sinem; Cinsel Saldırı Suçu, Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2020, s.22-23.

⁹⁷ Türkan, Yalçın, Sancar; Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler, 2004, s.7.

⁹⁸ Yalçın, Sancar; s.8.

nitelikte olursa olsun bir kişiye cinsiyet uzvunun ithali" şeklinde ifade edilmiştir. Kanun maddesinin gerekçesinde erkek cinsel organının, ağza, anüse veya vajinaya sokulması olarak tabir edilen tipik fiilin bu kapsamda oral yollardan cinsel ilişkiyi de kapsayarak genişletildiği ifade edilmektedir.⁹⁹

1997 Tasarısı'nın bir başka eleştiri sebebi ise 313. maddenin üçüncü fıkrasıdır. İlgili maddede on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocuğa yönelik rızaen ırza tasaddi eylemi de cezalandırılmaya tabi tutulmuştur. Dolayısıyla Tasarı ile yalnızca rızaen cinsel ilişki değil, aynı zamanda rızaen cinsel ilişkiye varmayan cinsel eylem ve davranışlarda bu kapsamda suç teşkil etmektedir. Ünver'e göre mülga 765 Sayılı Kanun'un dahi gerisinde kalan bahse konu Tasarı'nın yasalaşmaması yerinde olmuştur.¹⁰⁰

2000 TCK Tasarısı iki düzenleme haricinde, 1997 Tasarısı ile paraleldir. Haricen düzeltmelerin ilki, "*Küçüklerin ve Çocukların Rızası ile İrzına Geçilmesi Suçu*"nun 314. maddede düzenleme alanı bulmasıdır. İkincisi ise on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocuklara yönelik rızaen ırza tasaddi fiillerinin suç olarak kabul edilmemesidir.¹⁰¹

2.4.2.5.2003 Türk Ceza Kanunu Tasarısı

2003 Tasarısı, 12.05.2003 tarihinde TBMM'ye sevk edilmiştir. Tasarı birkaç değişiklik dışında 2000 TCK Tasarısı ile paralellik göstermektedir.¹⁰² Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, "*Topluma Karşı Suçlar*" başlığının altında "*Cinsel Bütünlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar*" altında düzenleme alanı bulmuştur. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, ilgili Tasarı'nın 316. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir. Bahse konu düzenleme, 1997 TCK Tasarısı ve 2000 TCK Tasarısı ile paralellik göstermektedir.

2.4.2.6. Adalet Alt Komisyonu tarafından kabul edilen tasarı

⁹⁹ Dülger; s.103; Kantarcı; s.47.

¹⁰⁰Tasarı'daki bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Ünver, Yener; Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum, Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul, 2001, s.338-339; Kantarcı; s.47-48.

¹⁰¹Kantarcı; s.48.

¹⁰²İki tasarı arasındaki farklılıklar için bkz. Artuk, Mehmet, Emin/Çınar, Ali, Rıza; Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler, Türk Ceza Kanunu Reformu, Makaleler, Görüşler, Raporlar (İkinci Kitap), TBB Yayınları: 71, Ankara, 2004, s.65-66.

Adalet Alt Komisyonu tarafından kabul edilen tasarıya gelindiğinde ise Tasarı'nın 107. maddesinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin düzenlemenin¹⁰³ yer aldığı görülmektedir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, kişiye karşı işlenen suçlar başlığının alt başlığı olan, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar altında düzleme alanı bulmuştur. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bu şekli ile cinsel özgürlüğün, cinsel dokunulmazlığın, bireysel hakların korunmasını hedef aldığı ifade edilmektedir. Aynı zamanda söz konusu değişiklik ile toplumsal değerlerin, törelerin, ahlak ve aile düzeni gibi olguların hukuksal değerlerin dışında tutulması hedeflenmektedir.¹⁰⁴ Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara yönelik, "ırza geçme", "ırza tasaddi" ifadelerine soyut olması gerekçesiyle yer verilmemiştir. Yerine "cinsel saldırı", "cinsel taciz" ifadelerine yer verilmiştir.¹⁰⁵ Ayrıca fail için şahsi cezasızlık sebeplerinden olan mağdur ile evlenme hüküm atına alınmamıştır. Bahse konu düzenleme, büyük ölçüde 5237 Sayılı TCK ile paralellik göstermektedir. Bu sebeple tartışmalı konulara ilerleyen bölümlerde değinilecektir.

2.4.2.7.5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

5237 Sayılı TCK'da reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, kişilere karşı işlenen suçlar başlığının alt başlığı olan cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar başlığının altında, 104. maddede hüküm altına alınmıştır.

Cinsel suçların, kişilere karşı işlenen suçlar başlığının altında düzenleme alanı bulması, toplumsal değerlerin göz önünde tutulması ile yapılan düzenlemelerin ardından günümüzde, bireysel hakların dikkate alındığının kanıtı olarak sunulabilmektedir.¹⁰⁶

Mülga 765 Sayılı Kanun'da cinsel suçlara ilişkin düzenlemeler ile her ne kadar hukuki çerçevede kalınmaya çalışılsa da her zaman; töre, toplumsal değerler gibi olgularla karşı karşıya gelinmiştir. 5237 Sayılı Kanun döneminde ise toplumsal değerler, ahlak ve aile düzenleri gibi kavramların dışına çıkılarak, cinsel özgürlük kavramı çerçevesinde bireysel

¹⁰³ Kantarcı; s.49.

¹⁰⁴ Taner; s.470.

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

¹⁰⁶ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan; Türk Ceza Hukuku: Özel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s.282; Tezcan/Erdem/Önok; s.319; Centel;5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, s.271.

hakların ihlali, cinsel dokunulmazlık, cinsel özgürlük kavramlarının korunması şeklinde düzenlemeler getirilmiştir.¹⁰⁷

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu hüküm altına alan 104. maddenin ilk fıkrasında suçun temel hali, ikinci fıkrasında suçun nitelikli halleri düzenleme alanı bulmuştur. İlerleyen bölümlerde açıklanacağı üzere Anayasa Mahkemesinin iptali üzerine ilgili maddede birtakım değişikliklere gidilmiştir. Maddenin ilk hali,

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

(2) Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır” şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen düzenlemeler sonucu ilgili maddenin ilk halinin ikinci fıkrasında yer alan failin, mağdurdan beş yaş büyük olması durumunda suçun resen kovuşturulması, ayrıca yaptırımın iki katı oranında arttırılması hüküm altına alınmıştır.

Bahse konu nitelikli hal, bazı sebeplerle eleştirilmiş ve nihayetinde somut norm denetimine başvurmak kaydı ile Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi tarafından Resmi Gazete’de yayımlanan 23.11.2005 tarih, 2005/103 esas 2005/89 karar sayılı kararı ile bahse konu nitelikli hali düzenleyen ilgili fıkra, başvuru sonucu iptal edilmiştir.¹⁰⁸ İptal kararın gerekçesi, ayrıntılı şekilde ele alınmıştır.¹⁰⁹

İlgili fıkranın en temel eleştiri sebeplerinden biri, mağdur ve fail arasındaki beş yaş farkının bilimsel bir temeli oluşturmaması, bilimsel gerçeği yansıtmamasıdır. Failler arasında

¹⁰⁷Keser; s.19; Tuğrul, Ahmet, Ceylani; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013, s.510; Sevük, Yokuş; s.295; Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer; Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1. Baskı, 2007, s.859.

¹⁰⁸ Sarıgül; s.714.

¹⁰⁹İptal kararının gerekçesi için bkz.‘’... Anayasa’nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konulardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz. Anayasa’nın 2. maddesinde Cumhuriyet’in nitelikleri arasında sayılan hukuk devletinin de öncelikle eşitlik ve adaleti esas alan bir yapılanmayı öngördüğü kuşkusuzdur. ... Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaşta kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştirilen failer arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, Kural’ın belli yaşta çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirilmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.” Şeklinde ifade edilmiştir.’’

ayrıma gidildiği şeklinde eleştirilere sebebiyet veren ilgili fıkra düzenlemesi; hukukilik, eşitlik, adalet gibi ilkelere aykırı olduğu gerekçeleri ile Komisyon tarafından oy çokluğu ile iptal edilmiştir.¹¹⁰ Esasen fail ve mağdur arasındaki beş yaş sınırı, ilgili fıkranın düzenleme alanı bulmasından önce Komisyon görüşmeleri esnasında üç yaş olarak görüşülmesine rağmen beş yaş olarak kanun maddesinde düzenleme alanı bulmuştur.¹¹¹ Yukarıda izah edildiği üzere Anayasa Mahkemesi tarafından; mağdur ve fail arasında beş yaş farkı esas alınarak, failer arasında ayırım yapıldığı, ilgili fıkranın çocuğu korumayı amaçlayan bir hüküm olmadığı, aynı zamanda eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçeleri ile ilgili hüküm iptal edilmiştir.¹¹²

Karşılaştırmalı hukuk sisteminde, faile yönelik belli yaş farkı ayrımlarına gidildiğini söylemekte yarar olduğu düşüncesindeyiz.¹¹³ Doktrinde, bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre; kanun koyucunun ilgili fıkradaki nitelikli hal düzenlemesini gerçekleştirirken, karşılaştırmalı hukukta var olan failin yaş farkı ile ilgili düzenlemeleri örnek aldığı ifade edilmektedir.¹¹⁴ Alman ceza hukukunda, cinsel istismar suçuna yönelik mağdur ve fail arasında en fazla üç yaş farkının olduğu hallerde, hapis yahut adli para cezasına hüküm kurulurken takdir yetkisinin tanındığı, şikâyet unsurunun varlığını koruduğu, kamu yararı göz önünde bulundurulduğunda resen takibe gidilebileceği ve cezanın hafifletilebilmesine gerekçe olabileceği ifade edilmektedir. Her ne kadar doktrinde, kanun koyucunun ilgili nitelikli hal olan beş yaş sınırının farklı ülkelerdeki düzenlemelerden örnek alındığı ifade edilse de bahse konu madde içerikleri, sonuçları, ülkemizde yapılan düzenlemeden farklılık arz ettiği sebebiyle eleştirilmektedir.¹¹⁵ Bahsedilen bu gibi sebepler gözden kaçırılmış olmakla birlikte Türk Ceza Kanunu'nda yapılan düzenlemenin varlığının bu takdirde doğru olmadığı ifade edilmektedir.¹¹⁶

Kanaatimizce de bilimsel gerçeklikle bağdaşmayan beş yaş farkı, failer arasındaki eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.¹¹⁷ Fail ile mağdur arasında beş yaş farkı olduğu hallerde resen takip hüküm altına alınmıştır. Şöyle ki; on yedi yaşındaki bir mağdurun yirmi

¹¹⁰Ünver, Yener; Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Sempozyum Türk Ceza Kanunu'nun II Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul, 2008, s.316.

¹¹¹Kantarıcı; s.50.

¹¹²AYM, E:2005/103, K:2005/89, T:23.11.2005, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2006/02/20060225-6.htm>, (Erişim Tarihi:09.11.2024).

¹¹³Memiş, Kartal, Pınar; Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, D&R, 2014, s.101.

¹¹⁴Kantarıcı; s.197.

¹¹⁵Ünver, Yener; Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, Sempozyum Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, s.316; Sarıgül; s.723 vd.

¹¹⁶Ünver; Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, s.317.

¹¹⁷ Tezcan/Erdem./Önok; s.405.

üç yaşında bir faille rızaen gerçekleştirmiş olduğu cinsel ilişki neticesinde evlenmeye karar vermelerinde dahi resen takibin yapılacağına yönelik Kanun'un 104. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin hukuki yarar kapsamında sorunlar oluşturacağı ve telafisi olmayan sonuçlar doğuracağı açıktır.¹¹⁸

Sarıgül'e göre fail ve mağdur arasında belli yaş farkının varlığı, fiilin haksızlık içeriği kapsamında değerlendirilmesinin yapılmasında önemli bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta aynı yaşta olan fail ve mağdurların arasında geçen cinsel ilişkinin suç olarak değerlendirilmemesi gerektiğine ilişkin düzenlemelerin varlığından bahsedilmektedir. Karşılaştırmalı hukuktaki uygulamalar ve uluslararası sözleşmeler dikkate alındığında, ortak amacın çocukların cinsel gelişimlerinin sağlıklı tamamlanması olduğu savunulmaktadır. Bu doğrultuda da çocukların cinsel istismara uğramaması adına onları korumaya yönelik birtakım düzenlemelere gidilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda fail ve mağdur arasındaki yaş farkının yalnızca nitelikli hal olarak düzenlenmesinin isabetli olmadığı, ancak fail ve mağdur arasında belli bir yaş farkının olması, *'Alman Ceza Kanunu'nda istismara ilişkin düzenlemede olduğu gibi; somut olayda çocuğa yönelik cinsel istismar olup olmadığının değerlendirilmesinde isnadın objektif ve bilimsel bir şekilde ortaya konulabilmesi bakımından önemli bir kriter olduğu'* nun kabulünün gerektiği ifade edilmektedir.¹¹⁹

Kanaatimizce de hem ulusal hem de uluslararası düzenlemeler dikkate alındığında, ilgili suç ile korunan hukuki değerlerin çocukların sağlıklı cinsel gelişimi olduğunun kabulü ve bu doğrultuda çocukların istismara uğramamaları adına düzenlemeler yapılması yerinde olacaktır. Fail ve mağdur arasındaki yaş farkı, karşılaştırmalı hukuk sisteminde çocukların istismara uğramaması adına öngörülmüş bir düzenlemedir. Ancak TCK'nın 104. maddesinin nitelikli halinde yalın bir düzenlemenin bu kapsamda isabetli olmayacağı görüşüne katılmaktayız.

¹¹⁸Öztürk, Bahri; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Adlı Podyum Tartışması, Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu, Panel Kitabı (Binci Kitap), Ankara, 2004, s.144; Kanbur; s.4145; İpekçioğlu, Pervin, Aksoy; Cinsel Suçları Önlemede Kastrasyon Seçeneği, CHD, Sayı:17, 2001, s.109; Kantarcı; s.96; Sarıgül; s.739.

¹¹⁹ Sarıgül; s.738-739.

Anayasa Mahkemesinin²⁸ Haziran 2014 tarihinde vermiş olduğu iptal kararının ardından gelen 6545 Sayılı Kanun ile birlikte reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik önemli değişiklikler meydana gelmiştir.¹²⁰

6545 Sayılı Kanun ile getirilen diğer değişiklikler ise nitelikli hal kapsamındadır. Bahse konu değişiklik ile birlikte ilgili maddeye üçüncü bir fıkra eklenmiştir. Getirilen değişiklik ile üçüncü fıkrada, fail için özgün fail olarak nitelendirme yapılabilecek iki hal düzenleme alanı bulmuştur.

Failin, mağdur ile evlenme yasağı olan bir kimse olması hali, ilk hüküm altına alınan failin özgülüğüdür.¹²¹ Kanun koyucunun getirmiş olduğu bahse konu düzenleme, ilk haliyle tartışma yaratan ensest ilişkilere yöneliktir.¹²² Bahse konu düzenlemenin mağdurun yakınları tarafından, mağdurun savunmasızlık ve deneyimsizliklerinden faydalanmak suretiyle cinsel ilişkiye ikna edilmesinin ve böylece mağdura daha fazla travmalara sebebiyet vermesinin önüne geçilmesi amacı taşıyan düzenleme olduğu kabul edilmektedir.¹²³ Nitelikli hal başlığı altında, ensest tartışmalarına yönelik izahlar yapılacaktır.

İkinci özgün faillik, diğer ifade ile ikinci nitelikli hal ise mağdur ve fail arasında evlat edinme ilişkisi, koruyucu aile ilişkisi, genel itibari ile bakım ve gözetim yükümlülüğü kapsamında ilişkileri olan kimseler ile mağdur arasında cinsel ilişki yaşanmasıdır.

Bahse konu fail ile ilgili düzenlemelere yönelik nitelikli haller, resen takibi yapılması gereken haller olarak düzenlenmiştir. Yapılan değişiklikler ile birlikte mağdur olan çocuğun daha da fazla mağdur hale gelmemesi, psikolojik ve fiziksel açıdan en az zarara uğraması adına değişiklikler yapılması hedeflenmiştir.

Her ne kadar 6545 Sayılı Kanun değişikliği ile getirilen üçüncü fıkrada, faile yönelik belirleyici özel hallerden bahsedilse de günümüzde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında fail ile ilgili oldukça tartışmalı, net olmayan hususlar varlığını sürdürmektedir.¹²⁴

Bir suçun cezasının belirlenmesi, o suça yönelik caydırma politikasının en temel taşlarından birini oluşturmaktadır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun ilk halindeki

¹²⁰Sevük, Yokuş, Handan; 6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 3.2, 2015, s.120.

¹²¹Çalışkan, Suat; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara, 2013, s.221

¹²²Ünver, Yener; Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, II. TürkiyeSlovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, Seçkin Yayıncılık, s.51.

¹²³ Toroslu, Nevzat/Toroslu, Haluk; Ceza Hukuku Özel Kısım, 12. Baskı, Ankara, 2024, s.107.

¹²⁴Özbek / Doğan/ Bacaksız; s.383 vd.; Yalçın, Sancar, Türkan; Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayınları, Ankara, 2013, s.101; Sarıgül; s.728.

yaptırım, altı aydan iki yıla şeklinde iken getirilen değişiklik ile birlikte iki yıldan beş yıla kadar yaptırım öngörölmüştür. Kanaatimizce de cezada artırıma gidilmesi cezanın özel ve genel önleme amacı ve caydırıcılığı için önemli bir normdur.¹²⁵

Hem ulusal hem de uluslararası alanda oldukça hassas ve önemli olan cinsel suçlara ilişkin düzenlemeler, çocuğu cinsel istismara uğramaması, sömürölmemesi ve çocuğun korunması adına önem arz etmektedir.

2.5.Mülga 765 Sayılı Kanun'daki Cinsel Suçlarla Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Karşılaştırılması

2.5.1.Genel olarak

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenleme alanı bulan reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik açıklamaların daha iyi anlaşılması adına hem suçun tarihsel gelişiminin hem de cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların tarih boyunca nasıl değiştiğinin anlaşılmasının önemli olduğu düşüncesindeyiz.

5237 Sayılı Kanun döneminde TCK'nın 104. maddesinde düzenleme alanı bulan ilgili suçun karşılığı 765 Sayılı Kanun döneminde 416. maddenin son fıkrasına karşılık gelmektedir.¹²⁶

2.5.2.Irza geçme suçu ile karşılaştırılması

Irza geçme suçu, mülga 765 Sayılı TCK'da hüküm altına alınmıştır. İki farklı maddede düzenleme alanı bulan ırza geçme suçu, yaş unsuru ile farklılık arz etmektedir. TCK'nın 414. maddede düzenleme alanı bulan suçun mağdurunu, on beş yaşını tamamlamamış çocuklar oluştururken, 416. maddede on beş yaşını tamamlamış çocuklar, kanun koyucu tarafından

¹²⁵Polat, Halil; Ceza Hâkiminin Başvuru Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s.544; Keser; s.21.

¹²⁶Tuęrul; s.510; Baytemir, Erdal; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ile Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s.300; Sarıgül; s.713.

mağdur olarak hükmedilmiştir.¹²⁷ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 'ırza geçme' kavramı kullanılmamaktadır. Bahse konu kavram yerine 'vücuda organ yahut sair cisim sokulması' ifadesine yer verilmiştir. Kanaatimizce de ırza geçme kavramına 5237 Sayılı TCK'da yer verilmemesi isabetlidir. Irza geçme kavramının, kadın için ayıplı, kirletilmiş gibi farklı anlamlar doğurabileceği gerekçesiyle rencide edici bir ifade olduğu düşüncesindeyiz.

Irza geçme suçunun 5237 Sayılı TCK'da karşılığı ise cinsel saldırı, çocuğun cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçları olarak karşımıza çıkmaktadır.

On beş yaşını tamamlamış çocukların ırzına geçme suçu ise 416. maddenin birinci fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Yukarıda 414. maddedeki on beş yaşını tamamlamamış çocuklar için düzenleme alanı bulan ilgili suçun nitelikli hali olan cebir, tehdit ve hile; 416. madde kapsamında temel hal olarak hüküm altına alınmıştır. Akıl, beden sağlığı bulunmayan veya kendini savunmayacak haldeki mağdura yönelik ilgili suçun işlenmesi, nitelikli hal olarak hüküm altına alınmıştır.¹²⁸

Mülga 765 Sayılı Kanun'da, reşit olmayanla cinsel münasebet suçu ilgili maddede rıza kavramı açıkça ifade edilirken, 5237 Sayılı Kanun'da rıza kavramı açıkça ifade edilmeksizin 'cebir, hile ve tehdit olmaksızın' şeklinde hüküm altına alınmıştır. Kanun maddesinde rızadan doğrudan bahsedilmesinin daha isabetli olacağı savunulmaktadır.¹²⁹ Aksi takdirde 'cebir, tehdit veya hile olmaksızın' şeklinde tahdidî sıralamanın, bahse konu haller olmadığı takdirde doğrudan rızanın varlığını kabul etmemize sebep olacağı gerekçesiyle doğru olmayacağı ifade edilmektedir.¹³⁰ Ayrıca iradeyi sakatlayan hallerin tahdidî olarak sıralanmasının, kanun metninde sayılmayan hallerin varlığında cezasızlık gibi sorunları, ortaya çıkaracağı savunulmaktadır.¹³¹ Kanaatimizce de ilgili kanun metninde 'mağdurun rızasının' açıkça vurgulanması yerinde olacaktır. Dolayısıyla mülga 765 Sayılı Kanun'da

¹²⁷Kantarıcı; s.28.

¹²⁸Kantarıcı; s.29; Baykal, Soner, Ceren; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Haziran 2019, s.15; Özcan; s.325.

¹²⁹Ünver, Yener; Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, Yener Ünver (ed), II. Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu "Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku", 2014, s.48.

¹³⁰Özcan; s.338; Öğretide Taner bahse konu yaklaşım için "mağdurun direnme yükümlülüğünün olduğuna yönelik" eskiden kalma bir bakış açısı olduğunu, (direnmeye zorunda olan bir kimsenin diremediği halde rızanın olduğu, direnmenin varlığından bahsedebilmemiz için ise cebir, tehdit ve hile halleri ile ortadan kalkacağı) oysa cinsel özgürlük kapsamında "direnme" kavramının "mağdurun rızasının yokluğu" olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. ; Kantarıcı ise "mağdurun fiile katlanmak zorunda kalmasının fiile rıza göstermiş olduğu anlamına gelmeyeceğini" haklı olarak ifade etmiştir. (Kantarıcı, s. 150). Kanımızca; "mağdurun cinsel ilişkiye diremediği her durumda cinsel ilişkiye rızasının mevcut olduğu" şeklinde eski bakış açısına sahip, ön yargılı bir yaklaşımın hatalı olacaktır.

¹³¹ Ünver, Yener; Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, II. Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu "Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku" s.48; Kantarıcı; s.151.

TCK'nın 416. maddesinin üçüncü fıkrasında hüküm altına alınan mağdurun rızasının kanuni tipte açıkça belirtilmesinin daha yerinde bir düzenleme olduğu düşüncesindeyiz.

Mülga 765 Sayılı Kanun döneminde, doktrinde cebir hallerinin ikiye ayrıldığı görülmektedir. Manevi ve maddi cebir olarak iki farklı cebir türünden bahseden doktrindeki görüşlerde, mefruz cebir olarak ifade edilen, on beş yaşını tamamlamamış olan çocuklara yönelik cebir hile veya tehdit aranmadan ırza geçilmesi hali, manevi cebir olarak kabul edilmiştir. On beş yaşını tamamlamış bir çocuğa yönelik gerçekleştirilen ırza geçme suçunun şiddet halinde işlenmesi sonucu maddi; tehdit halinde işlenmesi sonucu manevi cebir varlığından söz edilmektedir.¹³²

Suçun konusu bakımından eski ve yeni kanundaki düzenlemeler benzerlik göstermektedir. İlgili tanımların ikisinde de suçun konusunu, on beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış, fiillerin anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip çocuklar oluşturmaktadır.¹³³

Mülga 765 Sayılı TCK döneminde, ırza geçme eyleminin tanımına, net bir ifade ile yer verilmemiştir. Dolayısıyla doktrinde konu ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre ırza geçme, erkek cinsel organının mağdura normal veya anormal yoldan tamamı veya bir kısmı ile vücuda sokulması olarak ifade edilmiştir.¹³⁴ İlgili görüş kapsamında, erkek cinsel organının duhulünün tipiklik olarak belirtildiği fakat vücuda sair cisim sokulmasının bu kapsamda değerlendirilemeyeceği, bu sebeple bahse konu eylemin ırza tasaddi suçunu oluşturacağı savunulmaktadır.¹³⁵

Yukarıda ifade edildiği üzere ırza geçme eylemi, doğal cinsel birliktelik olarak kabul edilmiş, Yargıtay içtihatlarında, erkek cinsel organının, vajinaya veya anüse sokulması şeklinde ifade edilmiştir.¹³⁶ Oral yollardan cinsel ilişki veya vücuda sair organ, cisim sokulması ise bu kapsamda değerlendirilmemektedir.¹³⁷ Bu sebeple de fail ile ilgili kanun

¹³²Önder; s.221.

¹³³Toprakçı; s.26.

¹³⁴Dönmezer; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s.52-54; Önder; s.223.

¹³⁵Dülger; s.220.

¹³⁶ "İrza geçme suçu aktif failin cinsel organını diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesiyle oluşur. Şehevi duyguların cinsel birleşme dışında tatminin yönelik, sarkıntılık boyutunu aşan ve devamlılık gösteren davranışlar ırza tasaddi, belli bir kimseye karşı işlenen ve o kişinin edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren edepsizce davranışlar ise sarkıntılık suçunu oluşturur." YCGK, , E. 2002/5-44, K. 2002/175 T: 19.2.2002, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi:10.12.2023), Sargül;s.730.

¹³⁷ "İrza geçme, ...Aktif failin cinsel organını, diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde menisini boşaltacak şekilde kısmen ya da tamamen ithal etmesi, sokmasıdır" YCGK, E.1990/5-101, K.1990/156, T:04.06.1990, Kaynak:Kantarıcı; s.31.

lafzında net bir ifadeye yer verilmemiş olmasına rağmen ırza geçme suçunun failinin erkek olabileceği kuşkusuz iken kadın olma konusunda tartışmalar mevcuttur. Genel kabul gören görüşe göre her ne kadar bir kadının, erkeğin cinsel organının vücuda sokulması için zorlamasının mümkün olduğu kabul edilse de cinsel birliktelikte aktif olan kısmın erkek olacağı, pasif olan kısmın kadın olacağı ifade edildiğinde bu doğrultuda failin kadın olması kabul görmemiştir.¹³⁸ 5237 Sayılı TCK'nın 104. maddesinin hükmü altına alınan cinsel ilişki de kanun lafzında netlik içermemektedir. Bu sebeple tipik fiil konusunda tam bir fikir birliği bulunmamaktadır. Özetle; her iki kanunda da cinsel ilişki ve fail kavramına yönelik net bir ifadeye yer verilmemiştir. Bu sebeple korunan hukuki değerler göz önünde bulundurularak doktrinde çıkarımlar yapılmaya çalışılmıştır. Her iki kanunda da failin çocuk olması durumu ele alınmamıştır. İlerleyen bölümlerde bahse konu tartışmalara 5237 Sayılı Kanun kapsamında değinilecektir.

Hem 765 Sayılı hem de 5237 Sayılı TCK'da mağdura yönelik düzenleme, on beş yaşından büyük çocuk olabileceği şeklindedir. Her iki kanunda da mağdurun cinsiyetine yönelik net bir ifadeye yer verilmemiştir. Mağdurun erkek veya kız çocuğu olabileceğine ilişkin görüşler ise cinsel ilişkinin tanımının nasıl yapılacağını bağlıdır. Mağdurun hem kız hem erkek çocuk olabileceğine yönelik azınlık görüşleri mevcuttur.¹³⁹ 5237 Sayılı TCK döneminde ise mağdurun erkek çocuk da olabileceğini ilişkin görüşler çoğalmıştır. İkinci bölüm olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu başlığı altında 5237 Sayılı TCK dönemine yönelik tartışmalara yer verilecektir.

765 Sayılı Kanun döneminde, ırza geçme suçu ile ilgili tartışmalardan bir diğeri ise eşe karşı ilgili suçun gerçekleşmesinin mümkün olup olmadığıdır. Bir görüşe göre, evlilik birliği devam ederken, zorla gerçekleşen vajinal yoldan birlikteliğin bu doğrultuda değerlendirilemeyeceği, anormal yoldan gerçekleşecek olan cinsel birlikteliğin yine ırza geçme suçunu oluşturmayacağı fakat aile ferdine kötü muamele suçunu oluşturacağı kabul edilmiştir.¹⁴⁰ Yargıtay'ın o dönem vermiş olduğu kararlar da bahse konu görüş ile paralellik göstermektedir.¹⁴¹

¹³⁸ Kantarcı; s.30, Aksi görüş için bkz. Dülger; s.74; Nuhoğlu; s.615.

¹³⁹ Önder; s.225.

¹⁴⁰ Kantarcı; s.31; Önder; s.225; Dülger; s.79; Dönmezer; s.267.

¹⁴¹ "Söz konusu kararda ilkderece mahkemesi sanığın eşi olan mağdureyi tehdit etmek (manevi cebir) suretiyle anal ilişki bulunulması şeklinde gerçekleşen fiil nedeniyle "aile bireylerin kötü muamele suçundan (m.478)" hükmü kurmuş, Yargıtay Ceza Dairesince söz konusu karar yerleşik yargı kararlarına uygun bulunarak onanmıştır." Yargıtay 4.CD, E.1990/5557, K.1990/7044, T.19.12.1990, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 10.12.2023), Sarıgül; s.730.

Yukarıda bahsedilen görüşün gerekçesi, evlilik birliğinin kurulması ile kadının; cinsel özgürlüğü, vücudu üzerinde kocaya tasarruf etmesi adına rıza göstermiş olduğunun kabul edilmesidir. Bu sebeple bahse konu eylem, hukuka uygunluk kapsamında değerlendirilmektedir. Karşıt görüşte olan yazarlar tarafından evlilik birliğinin kocaya, kadının vücudu üzerinde cinsel açıdan tasarruf etme yetkisini vermesinin kabul edilemez olduğunu savunulmaktadır. Irza geçme suçu ilgili maddesinde, suçun oluşması için evlilik dışında gerçekleşmesi gibi herhangi bir şart koşulmadığı, ifadenin açık olmadığı, evlilik birliği içerisinde dahi kadına karşı ırza geçme suçunun gerçekleşebileceği kabul edilmiştir.¹⁴²

Suçun ceza yaptırımları ile ilgili de aynı şekilde farklılıklar mevcuttur. Mülga 765 Sayılı Kanun'da altı ay, üç sene hapis cezası öngörülürken; 5237 Sayılı Kanun'da getirilen madde ile ilgili son değişiklik doğrultusunda iki yıl, beş yıl hapis cezası hüküm altına alınmıştır.

2.5.3. Irza tasaddi suçu ile karşılaştırılması

Irza tasaddi suçu mülga 765 Sayılı TCK'nın 415. maddesinde hüküm altına alınmıştır. İlgili suça yönelik belirleyici unsur yaştır. On beş yaşını doldurmamış olan çocuklara yönelik gerçekleştirilen ırza tasaddi, suç kapsamında değerlendirmek suretiyle cezalandırılmaktadır. İlgili maddede hem temel hal hem de nitelikli hal birlikte düzenlenmiştir. Suçun temel hali, çocuğun rızasının ilgili eylem için kabul edilebilir olmadığı gerekçesiyle gerçekleştirilen fiili ifade etmektedir. Nitelikli hal ise rıza olmaksızın cebir, tehdit hile gibi aldatıcı, yanıltıcı birtakım eylemler doğrultusunda gerçekleştirilen tipik fiili oluşturmaktadır.¹⁴³

Mülga 765 Sayılı TCK'nın 416. maddesinde ise ırza tasaddi suçunun on beş yaşından büyük kimselere yönelik gerçekleştirilmesi, hüküm altına alınmıştır. İlgili maddede ifade edildiği üzere, failin cezalandırılması için failin on beş yaşından büyük mağdurlara yönelik rıza dışı, tipik fiili gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yargıtay içtihatlarında da görüleceği üzere

“Söz konusu kararda Sami Selçuk’a ait karşı oy yazısında; evliliğinzorla ırza geçme suçunun hukuka aykırılık ögesini kaldırmadığı, eşler arasında cinsel dokunulmazlığın benimsenmesi gerektiğin ve ırza geçme suçunun eşler arasında da oluşabileceği, dolayısıyla m.416 gereğince ırza geçme suçundan hüküm kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Selçuk, ancak m.478 maddi ve manevi zor kullanılması durumunda değil, mağdurenin gönülsüz olması durumunda uygulanabileceği görüşündedir.” Köksal; s.705; Sarıgül; s.730.

¹⁴²Artuk, Mehmet Emin/Yenidünya, Ahmet, Caner; Evlilik İçinde Irza Geçme, İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet'in 75. Yılı Armağanı, İstanbul, 1999, s.64-65; Nuhoglu; s.616; Kantarcı; s.32.

¹⁴³Kantarcı; s.34.

failin mağdura yönelik cinsel ilişki içermeyen fakat ‘fail erkeğin cinsel organının, mağdurun apış arasında kalması, belli bir süre sürtme eylemini gerçekleştirmesi, mağdurun on beş yaşını doldurmuş olduğunun tespiti’ üzerine eylemin ırza tasaddi boyutunda kaldığından bahisle tipikliğin gerçekleşmeyeceğine karar verilmiştir.¹⁴⁴

ırza tasaddi suçuna konu fiillerin, 416. maddenin üçüncü fıkrası gereğince on beş yaşından büyük çocukların cinsel ilişkiye varmayan her türlü cinsel eylem ve davranışlarına gösterdikleri rıza, bu kapsamda kabul edilmektedir. O halde özetle; her iki kanunda da on beş yaşından büyük çocukların, ırza tasaddi yani cinsel ilişkiye varmayan cinsel eylem ve davranışlara göstermiş oldukları rıza, kabul edilmektedir.

Mülga 765 Sayılı Kanun döneminde, ırza tasaddi kavramı açık bir şekilde tanımlanmamıştır. Bu sebeple; doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. ırza tasaddi eylemleri, cinsiyet fark etmeksizin, aynı cinsten veya farklı cinsten kimselerin aralarında geçen cinsel tatmin amacı ile fiziksel birliktelik olarak tanımlanmaktadır. Fiziksel temasın veya birlikteliğin ırza geçme, sarkıntılık veya teşebbüs hali içermemesi gerekmektedir.¹⁴⁵ Mülga 765 Sayılı Kanun dönemindeki Yargıtay içtihatlarında da doktrindeki bahse konu tanım ile paralellik gösterir şekilde; mağdura yönelik birleşme kastı içermeyen fakat devamlı, cinsel tatmin sağlayan fiziksel eylemler olarak ifade edilmiştir.¹⁴⁶

ırza tasaddi suçunda, mağdura yönelik gerçekleştirilen fiziksel eylemler neticesinde failin ırza geçme suçunu oluşturacak şekilde cinsel birliktelik kastının olmaması gerekmektedir. Bahse konu birleşme kastının tespiti ise oldukça önemlidir. Failde ırza tasaddi eylemini gerçekleştirdiği sırada, birleşme kastının varlığının tespiti halinde, ırza geçme suçuna teşebbüsünün değerlendirilmesi yerinde olacağı kabul edilmektedir. Birleşme kastının bulunmaması halinde ise ırza tasaddi suçu oluşacaktır.¹⁴⁷ 5327 Sayılı TCK dönemi, mülga 765 Sayılı TCK dönemi ile paralellik göstermektedir. Failin kastının tespitin tam ve doğru yapılması reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna konu; on beş, on sekiz yaş aralığındaki mağdurlar için de ayrıca önem taşımaktadır.

¹⁴⁴Yargıtay 5.C.D. E. 2595, K: 2744, T. 18.09.1992, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi:10.12.2023).

¹⁴⁵Dönmezer; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s.100.

¹⁴⁶Önder; s.277; Dönmezer; s.103; Kantarcı; s.35; Yargıtay, tasaddi kavramını; *mağdur üzerinde işlenen ve cinsel birleşme kastı taşımayan, devamlılık gösteren shevi hareketler* olarak tanımlamıştır.

¹⁴⁷Sancar, Türkan, Yalçın; Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümler Hakkında Düşünceler; 2000, s.10; Kantarcı; s.36.

2.5.4. Söz atma ve sarkıntılık suçu ile karşılaştırılması

Mülga 765 Sayılı TCK'nın 421. maddesinde hüküm altına alınan söz atma ve sarkıntılık suçu, her iki cinse karşı da işlenebilen bir suçtur. Erkek veya kadın fark etmeksizin söz atma, sarkıntılık yapma eylemleri bu kapsamda cezalandırılmaktadır.

Söz atma, sarkıntılık tanımları açık ve net bir şekilde yapılmamıştır. Doktrindeki görüşlere göre; söz atma, sarkıntılıktan daha hafif olarak nitelendirilebilecek, erkek veya kadına ani, süreklilik arz etmeyen tecavüz olarak ifade edilmektedir. Söz atma suçunun unsurları, ani gelişme ve söz ile davranış gerçekleştirme olarak kabul edilmektedir. Sarkıntılık ise sözlü tecavüzün süreklilik arz etmesi veya fiziksel temasın gerçekleşmesi olarak ifade edilmektedir.¹⁴⁸

Irza tasaddi ve sarkıntılık suçu ayrımında; sarkıntılık suçunun tanımı, ırza tasaddi suçunun tipikliğinin gerçekleşmeyeceği şekilde fiziksel temasın şart olarak aranmadığı, devamlılık arz etmeyen temaslar veya devamlılık arz eden sözlü tecavüzler olarak açıklanabilmektedir.¹⁴⁹

Mülga 765 Sayılı TCK'nın 421. maddesi, 5237 Sayılı TCK döneminde varlığını sürdürmemektedir. İlgili suçun karşılığı olarak birden fazla madde gösterilebilmektedir. TCK'nın 105. maddesinde hüküm altına alınan cinsel taciz suçu, fiziksel temas olmadan devamlı söz atma şeklinde gerçekleşen sarkıntılık eylemlerini düzenlemektedir. Fiziksel temas ile birlikte gerçekleşen sarkıntılık eylemi, mağdur bir çocuğa yöneldiği hallerde TCK'nın 103. maddesi, mağdurun çocuk olmadığı halde ise TCK'nın 102. maddesi söz konusu olmaktadır.¹⁵⁰

Söz atma ve sarkıntılık suçuna yönelik verilen rızanın kabul edildiği görülmektedir. Fakat on beş yaşından küçük çocukların bu tür eylemlere vermiş olduğu rıza kabul edilmemektedir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından ise ilgili suçun hüküm altına almış olduğu eylem, cinsel ilişki olduğu gerekçesiyle on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocukların söz atma veya sarkıntılık gibi eylemlere vermiş olduğu rıza kabul edilmektedir.¹⁵¹

¹⁴⁸Önder; s.317; Nuhoglu; s.635.

¹⁴⁹Dönmezer; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s.190.

¹⁵⁰Ünver, Yener; Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri, Ceza Hukuku Dergisi, 4.11, 2009, s.123.

¹⁵¹Bakıcı; s.242; Kantarcı; s.38.

2.5.5. Evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu ile karşılaştırılması

Mülga 765 Sayılı TCK'nın 423. maddesinde hüküm altına alınan ilgili suçun mağdurlarını, on beş yaşını tamamlamış olan kız çocukları oluşturmaktadır.

Mülga 765 Sayılı TCK döneminde evlenme vaadi ile kızlık bozma suçunun varlığının gerekli olup olmadığı tartışılmıştır. Bir görüşe göre; o dönemdeki toplumsal değerler göz önünde tutularak düzenlenen ilgili suçun gerekli olduğu savunulmaktadır.¹⁵² Başka bir görüşe göre ise ilgili suçun aşırılığa kaçtığı, aynı zamanda kadınlar arasında ayrıma sebep olduğu, gerekçeleri ile düzenlenmenin uygun olmadığı savunulmaktadır.¹⁵³

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile ilgili karşılaştırılmasında; ilk olarak failin kadın olmayacağını ifade etmenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Erkek olan failin evli olup olmaması suçun gerçekleşmesinde önem arz etmemektedir. Ancak mülga 765 Sayılı TCK döneminde, evli olan failin TMK hükümleri gereğince tekrar evlenmesi mümkün olmayacağından, evlenme vaadinin aldatici nitelik taşımadığı, bu gerekçeyle de ilgili suçun oluşmayacağı öne sürülmüştür.¹⁵⁴

İlgili suçun oluşması için gereken bir diğer önemli unsur ise evlenme vaadinin verildiği zaman dilimidir. Evlenme vaadinin cinsel ilişkiden önce verilmiş olması gerekmektedir. Bu kapsamda, sonradan verilecek evlenme vaatleri doğrultusunda suçun oluşmayacağı belirtilmektedir.¹⁵⁵ Ayrıca cinsel ilişki öncesi verilen bir evlenme vaadinden daha sonra haklı sebepler ile her iki tarafın da ayrı evlenmekten vazgeçmesi halinde suç oluşmayacaktır.¹⁵⁶ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, failin herhangi bir vaadi aranmamakla birlikte mağdurun cinsel ilişkiye vermiş olduğu rıza aranmaktadır.

Evlenme vaadi ile kızlık bozma suçunun mağduru on beş yaşını tamamlamış olan kızlar olarak ifade edilmiştir. Buna karşın reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağdurları ise on beş, on sekiz yaş aralığındaki kız ve erkek çocukları olarak ifade edilmiştir. Bu noktada on beş, on sekiz yaş aralığındaki kız çocuklarına yönelik evlenme vaadi ile gerçekleştirilen rızaen cinsel ilişki eyleminde hangi suçun gerçekleşmiş olduğu, tartışma konusu olmuştur. Mülga 765 Sayılı TCK dönemi verilmiş olan içtihadı birleştirme kararı ile durum açıklığa

¹⁵²Dönmezer; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s.198.

¹⁵³Kantarıcı; s.38.

¹⁵⁴Önder; s.289.

¹⁵⁵Dönmezer; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 201.

¹⁵⁶Dönmezer; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s.203.

kavuşturulmuştur. Karara göre; on beş, on sekiz yaş aralığındaki kız çocukları ile evlenme vaadi olsun veya olmasın reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmaktadır. Bu sebeple mülga 765 Sayılı TCK'nın 423. maddesi on beş yaşından büyüklere yönelik eylemlerden bahsetmektedir. Buna karşın 416. madde ve verilen içtihadı birleştirme kararı¹⁵⁷ dikkate alındığında on beş, on sekiz yaş aralığındaki kız çocukları için evlenme vaadi ile kızlık bozma suçu uygulama alanı bulamayacaktır. Tüm bu sebeplerle de esasen mülga 765 Sayılı TCK'nın 423. maddesinin mağduru, on sekiz yaşından büyükler olacaktır.¹⁵⁸

Tartışmalı bir başka husus ise farklı sair bir cisim ile kızlık zarının bozulması olayının, ilgili suçu oluşturup oluşturmayacağıdır. Bir görüşe göre; kanun metninde böyle bir ifadeye yer verilmediği için suçun oluşmayacağı savunulmakta¹⁵⁹ iken diğer bir görüşe göre kanun metninde bahsedilen ve korunan hukuki değerın kızlık zarının bozulması olduğu ve bu sebeple bahse konu eylemin, suçu oluşturacağı ifade edilmiştir.¹⁶⁰

Bir diğer tartışmalı olan husus, cinsel ilişkinin yaşanmış olmasına rağmen kızlık zarının doğal, fizyolojik yapısından dolayı bozulmaması durumunda suçun oluşup oluşmayacağıdır.¹⁶¹ Doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüş; maddenin düzenlenmesindeki amacın kızlık zarı olmadığı, mağdura yönelik eylemin olduğu bu sebeple suçun oluşacağıdır.¹⁶² Diğer bir görüşe göre ise tipiklik sayılabilecek neticenin kızlık zarının bozulması olarak ifade edildiği, bu sebeple suçun oluşmayacağı savunulmaktadır.¹⁶³

Yukarıda izah edildiği üzere, reşit olmayanla cinsel münasebet suçunda, cinsel ilişkinin gerçekleşmiş olması, suçun oluşması için yeterli iken kızlık zarının bozulup bozulmadığı dikkate alınmamaktadır. Buna karşın evlenme vaadi ile kızlık bozma suçunda ise doktrinde kabul gören görüş ve Yargıtay'ın da vermiş olduğu kararlar dikkate alındığında, cinsel ilişkinin gerçekleşmesi tek başına suçun oluşmasına yetmeyip, aynı zamanda cinsel

¹⁵⁷ ‘‘ Memnuiyet hilafına onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını ikmal etmeyen bir kızla cinsi münasebette bulunanların hareketleri 423 üncü maddede mevzu cezadan daha ağır bir müeyyide ile tecziye kılınmasına ve Kanun Vazunun maksuduna göre böyle bir kimse ile mukarenet halinde filin 423 üncü maddede mezkur unsur ve şartların mevcudiyeti aranmaksızın 146 ncı maddenin son fıkrasında yazılı suçu teşkil edeceği anlaşılmaktadır. ’’YİBK, E:5, K:2, T:25.04.1956, (Erişim Tarihi:11.11.2024), Kararın ayrıntıları ve muhalefet şerhleri için bkz. Malkoç, İsmail; Öğreti ve Uygulamada Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s.107-110.

¹⁵⁸Kantarıcı; s.25.

¹⁵⁹Dönmezer; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s.205.

¹⁶⁰Bakıcı, Sedat; Evlenme Sözü Vererek Kızlık Bozma Suçu ve Unsurları, Ankara Barosu Dergisi, 1985, s.42.

¹⁶¹Kantarıcı; s.41.

¹⁶²Ünver, Yener; Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum, Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul, 2001, s.325; Kantarıcı; s.42.

¹⁶³Dönmezer; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s. 204.

ilişki neticesinde kızlık zararının bozulması neticesi gerçekleşmiş olması gerektiği kabul edilmektedir. Reşit olmayanla cinsel münasebet suçunda; korunan hukuki değer, çocuğun sağlıklı cinsel gelişiminin gerçekleşmesi olduğu gerekçesiyle mağdurun kızlık zararının bozulması gibi bir netice aranmamakta yalnızca fail ve mağdurun cinsel ilişkide bulunması suçun oluşması için yeterli kabul edilmektedir.

2.5.6.Zina suçu ile karşılaştırılması

Mülga 765 Sayılı TCK'nın 440 ve 441. maddelerinde erkeğin ve kadının işlediği ayrı zina suçları hüküm altına alınmıştır. İlgili suçun oluşması için bir tarafın evli olması şarttır.¹⁶⁴

Kadınların zina suçu 440. maddede, erkeğin zina suçu 441. maddede düzenleme alanı bulmuştur. Kadınlar için ilgili suçun gerçekleşebilmesi daha kolaydır.¹⁶⁵ Şöyle ki; evli kadınların bir başka kimse ile tek sefer gerçekleştirmiş olduğu birliktelik sonucu suçun oluşacağı fakat evli erkeklerin ise birden fazla kez, devamlılık arz edecek nitelikte birliktelik yaşamaları halinde suçun oluşacağı hüküm altına alınmıştır.¹⁶⁶

İlk olarak, kocanın faili olduğu zina suçunu hüküm altına alan 441. madde, ardından kadının faili olduğu zina suçunu hüküm altına alan 440. madde, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.¹⁶⁷ Anayasa Mahkemesinde hükmün iptaline yönelik gerekçede, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği sebepleri yer almış ve zina eyleminin suç olarak düzenlenmesinin doğru olup olmadığı ile ilgili herhangi bir tartışma yapılmamıştır.¹⁶⁸

¹⁶⁴Hafizoğulları, Zeki; Zina Cürümleri, İstanbul, 1983, s.95.

¹⁶⁵Kanbur, Mehmet, Nihat; Türk Hukukunda Kadına Yönelik Şiddete Karşı Ceza Hukuku Tedbirleriyle Mücadele Edilmesi Bakımından Gelişmeler, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, (128), 2012, s.3.

¹⁶⁶Kantarıcı; s.43; Zina suçu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Hafizoğulları; Zina Cürümleri, s.96.

¹⁶⁷“Yasa koyucu kuşkusuz, toplumsal gelişme ve özellikleri göz önünde bulundurarak zınayı suç olmaktan çıkarabileceği gibi onun gerçekleşmesini belli koşullara da bağlayabilir. Ancak, bunu yaparken evlilik birliğinin tarafları olarak aynı konumda bulunan karı, koca arasında ayırım yaratacak bir düzenlemeyi gerçekleştiremez.” AYM, E: 1996/15, K: 1996/34, T:23.09.1996, R.G. Sayısı: 22860, T: 27.12.1996.

“ Uluslararası belgelerin cinsiyete dayalı ayırımı reddeden bu kuralları ile Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesi arasında temelde bir farklılık bulunmamaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 440. maddesinde, karının zinasının suç oluşturacağı öngörülmüş, kocanın zinasını suç sayan 441. maddesi ise Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir. Böylece, kocanın zinası suç olmaktan çıkmıştır. Evlilik birliğinin tarafları olarak karı ile aynı hukuksal konumda olması gereken koca için zinanın suç olmaktan çıkmasına karşın, karı için suç sayılmaya devam etmesi Anayasa'nın 10. maddesindeki "eşitlik" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. ”AYM, E: 1998/3, K: 1998/ 28, 23.06.1998 R.G. Sayısı: 23638, T:13.03.1999, [https:// norm karar lar bilgi bankas i .anayasa .gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1996-34-nrm.pdf](https://norm.kararlarbilgibankasi.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/1996-34-nrm.pdf), (Erişim Tarihi:11.11.2024).

¹⁶⁸Kantarıcı; s.44.

Yukarıdaki bilgiler ışığında zina suçunun, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile karşılaştırılmasında yarar olacağı düşüncesindeyiz. Her iki suç tipinde de rıza kavramı oldukça önemlidir. Rıza unsuru bulunmadığı takdirde hem zina suçu hem de reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipikliği oluşmayacaktır.¹⁶⁹

Zina suçunun oluşması için failin, evli bir kimse ile cinsel birliktelik gerçekleştirmesi gerekirken, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ise reşit olmayan çocuk ile cinsel birliktelik gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda reşit olmayan on beş, on sekiz yaş aralığındaki fakat evli olan çocuğun evlilik ile reşit kılındığı gerekçesiyle gerçekleştirilen cinsel birlikteliğin zina suçunu oluşturacağı kabul edilmektedir.¹⁷⁰

Zina suçunun failinin, erkek olduğu durumlarda, evli bir erkek ile reşit olmayan on beş, on sekiz yaş aralığındaki kız çocuğunun rızaları doğrultusunda gerçekleştirmiş olduğu cinsel birliktelik sonucu, kız çocuğunun zina suçuna iştirak etmekten sorumluluğu doğacaktır. Evli olan erkek fail için ise iki farklı suçun tipiklik unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Tipiklik unsuru gerçekleşen ilk suç, failin evli olduğu gerekçesiyle zina suçu; diğer suç ise reşit olmayan on beş, on sekiz yaş aralığındaki kız çocuğu ile rızaen cinsel birliktelik yaşamış olması gerekçesiyle reşit olmayanla cinsi münasebet suçudur. Yargıtay içtihatları ışığında ise söz konusu durumda, farklı neviden fikri içtima hükümleri gereğince reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan failin yargılanacağı ifade edilmiştir.¹⁷¹

2.6. Karşılaştırmalı Hukuk Sisteminde Çocuğun Cinsel İstismara Karşı Korunması

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında korunan hukuki değer, daha geniş kapsamda değerlendirmeye tabi tutularak, karşılaştırmalı hukuk sistemleri içerisinde incelemenin hem konuyu daha iyi kavramak hem de daha geniş bir perspektiften bakabilmek adına faydalı olacağı kanısındayız.

¹⁶⁹Baytemir; s.239.

¹⁷⁰Hafizoğulları; Zina Cürümleri, s.265.

¹⁷¹" Zina suçunun zorunlu faili olan Gülhan'ın olay tarihinde 18 yaşını bitirmediği anlaşılmasına göre, sanığın Gülhan ile cinsi ilişkiye girip kızlığını bozarak karı koca gibi yaşamasından ibaret eylemi nedeniyle TCK'nın 79.maddesi delaletiyle aynı yasanın 430/2, 416/3, 418/2, 80. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeden ayrıca zina suçundan da hüküm verilmesi." Yargıtay 5.CD.; E.1997/4220, K.1997/4561, T. 11.12.1997, Karar için bkz. Baytemir; s.239.

2.6.1.Almanya

Alman Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar "*Kişinin Kendi Cinsel Davranışlarını Tayin Hakkına Karşı Suçlar*" başlığı ile hüküm altına alınmıştır.¹⁷²Cinsel suçlar ile korunan hukuki değer, "*bireyin kendi cinsel kaderini tayin edebilme hakkı*" olarak ifade edilmektedir.¹⁷³ Alman Ceza Kanunu'nda reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık gelecek bir suç tipi hüküm altına alınmamıştır.¹⁷⁴

Alman Ceza Kanunu'nda, çocuğa yönelik cinsel istismar suçu ile ilgili oldukça fazla düzenlemeye yer verilmiştir. Alman Ceza Kanunu 176. maddede cinsel faaliyetlere rıza gösterme yaşı, on dört olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla on dört yaşından küçük çocuklar için her türlü cinsel davranış, cinsel istismar olarak nitelendirilmektedir.¹⁷⁵

Ayrıca on dört yaşından büyük çocuklar için ise özel rıza gösterme yaş sınırları düzenleme alanı bulmaktadır. Şöyle ki; şayet mağdur, failin himayesinin altında veya fail, mağdur üzerinde nüfuz sahibi bir kimse ise bu noktada rıza asgari yaş sınırları on altı ve on sekiz yaş olarak karşımıza çıkmaktadır. Failin himayesi altında bulunan on altı yaşından küçük olan mağdura yönelik cinsel davranışlarda bulunulması halinde veya on sekiz yaşından küçük olan altsoy mağdura yönelik cinsel davranışlarda bulunulması halinde bu kapsamda cezalandırılacaktır.¹⁷⁶

Bir diğer özel düzenleme ise 182. maddede yer alan "*Gençlerin Cinsel İstismarı*" başlıklı suçtur. Failin on sekiz yaşını doldurmuş bir kimse olması, mağdurun ise on altı yaşından küçük bir çocuk olması sonucu gerçekleşen cinsel ilişki, bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, cinsel eylemin "*istismar*" kapsamında değerlendirilebilir bir eylem olmasıdır. İstismar niteliği olan bahse konu cinsel ilişki, ilgili madde gereğince yaptırıma tabi tutulacaktır. İlgili suç kapsamında mağdur için cinsiyet ayırımına gidilmemiştir. Fail için ise yalnızca yetişkin olması öngörülmüştür.¹⁷⁷

¹⁷²Strafgesetzbuch-StGB; Alman Ceza Kanunu'nun Türkçe tercümesi için bkz. Feridun Yenisey/GottfriedPlagemann, Strafgesetzbuch (StGB) Alman Ceza Kanunu, 2. Bası, Beta Yayınları, 2015; Sarıgül; s.721.

¹⁷³Koç, Ziya; Alman Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar Alanında Son Gelişmeler, Adalet Dergisi, Sayı 35, 2009, s.244; Sarıgül; s.721.

¹⁷⁴Aksakal, Enver; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, Sayı:2,2014, s.259.

¹⁷⁵Aydın, Murat; Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu,Seçkin Yayıncılık, 2014. s.162.

¹⁷⁶ Kantarcı; s.73; Yenisey/Plagemann; Alman Ceza Kanunu, Beta Basım Yayım, 2015. s.240.

¹⁷⁷ Sarıgül; s.722.

Yukarıda ifade edildiği üzere; on dört yaşındaki çocuğa yönelik her türlü eylem, cinsel istismar kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak on altı yaşından küçük bir çocuk için ise Alman Ceza Kanun'unun 182. maddesinde düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu eylemin cinsel istismar vasfını taşıması ve failin on sekiz yaşından büyük olması sonucu fail, cezalandırılmaktadır.

Gençlerin istismarı suçunun bir diğer şekli ise 182. maddenin ikinci fıkrasında hüküm altına alınmıştır. İlgili maddeye göre on altı yaşından küçük mağdur ile yirmi yaşını tamamlanmış olan failin cinsel ilişkisi bu kapsamda suç teşkil etmektedir. Düzenleme ile birlikte fail ve mağdur arasında en az beş yaş farkının bulunması zorunluluğu getirildiği ifade edilmektedir.¹⁷⁸

On dört, on altı yaş aralığındaki çocuk ile gerçekleştirilen cinsel faaliyetin istismar niteliğini taşıyıp taşımadığının araştırılması gerekecektir. Bahse konu araştırmanın temelini oluşturan husus ise çocuğun '*cinsel davranışları yönlendirme yeteneği*'ne sahip olup olmadığıdır.¹⁷⁹ Ayrıca çocuğun kendini savunmayacak olması da bir diğer unsur olacaktır.¹⁸⁰

Çocuğun cinsel davranışlarını yönlendirebilme kabiliyetinin araştırılması doğal olarak, çocuğun savunamayacak güçte olmasının araştırılmasına nazaran daha zor olacaktır. Bu noktada uzman, bilirkişi raporları da dikkate alınarak her somut olaya göre araştırılmaktadır.

İlgili maddelerin düzenlemesi ile korunan hukuki değer, cinsel özgürlük ve cinsel gelişim olduğu ifade edilmektedir. Cinsel gelişimin hedeflenmesi ise genel geçer, topluma uygun bir cinsel gelişimden ziyade her çocuğun kendine özgü cinsel gelişiminin hedeflenmesidir.

2.6.2.İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu'nda üç düzenlemeye dikkat çekmek de yarar vardır. Bunlardan ilki, cinsel ilişkiye rıza asgari yaş sınırıdır. Asgari yaş sınırı, on altı olarak düzenlenmiştir. On

¹⁷⁸ Sarıgül; s.724.

¹⁷⁹ Sarıgül; s.712.

¹⁸⁰ Yenisey F./ Plagemann G.; s.240.

altı yaşından küçük çocuğa yönelik her türlü cinsel faaliyet yani cinsel ilişkiye varmayan eylemler, cezalandırmaya tabii tutulmaktadır.¹⁸¹

Bir diğer husus ise hata unsuru; şayet fail, mağdurun on altı yaşından büyük olduğu kanısına varmış ve inanmış ise aynı zamanda hata kaçınılmazsa hatasından yararlanacağı kabul edilmektedir. Aksi halde ise fail, cezalandırmaya tabi tutulacaktır.¹⁸²

Üçüncü önemli husus ise mağdur ve failin arasındaki yaş sınırıdır. Bahse konu yaş aralığı üçten az ise bu doğrultuda failin cezalandırılmaması öngörülmektedir. Kanun'un 187. maddesinde failin yirmi yaşını geçmemiş olmasının yanı sıra şahsi cezasızlık hallerini de barındırması halinde failin, cezalandırılması mümkün değildir.¹⁸³

2.6.3.Fransa

Fransa Ceza Kanunu'nda, diğer hukuk düzenlemeleri ile paralel şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik bir düzenleme öngörülmemiştir.¹⁸⁴ Çocukların cinsel dokunulmazlığına ilişkin düzenlemeler ise '*Küçüklere ve Aileye İhlaller*' kapsamında hüküm altına alınmıştır.

Fransa Ceza Kanun'undaki düzenlemelerin '*çocuğun çaresizliği*' dikkate alınarak öngörüldüğü ifade edilmektedir.¹⁸⁵ Cinsel ilişkiye rıza yaşı, on beş yaş olarak belirlenmiştir. Ayrıca failin çocuk üzerinde nüfuz sahibi bir kimse olması veya çocuk ve fail arasında akrabalık ilişkisi olması durumunda ise ayrı düzenlemeye gidilerek, Alman Hukukunda olduğu gibi on altı, on sekiz yaş sınırı belirlenmiştir.¹⁸⁶

2.6.4.İngiltere

¹⁸¹Memiş, Kartal; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65.4, 2016, s.2085.

¹⁸²Memiş, Kartal; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.2084.

¹⁸³Sarıgül; s.721.

¹⁸⁴Kantarcı; s.74; Keser; s.13; Toprakçı; s.40.

¹⁸⁵Keser; s.13; Memiş, Kartal; Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, s.97; Torakçı; s.40.

¹⁸⁶Taner; s.511.

İngiltere’de, cinsel suçlar için 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu (Sexual Offences Act) çıkarılmıştır.¹⁸⁷ Kanun’un 5. ve 29. maddeleri arasında çocuklara yönelik cinsel suçlar hüküm altına alınmıştır. Yukarıda bahsedilen karşılaştırmalı hukuktaki gibi İngiltere Ceza Hukukunda da reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık gelecek bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁸⁸

İngiltere Ceza Kanunu, cinsel ilişkiye rıza yaşını on altı yaş olarak belirlemiştir.¹⁸⁹ Ancak failin mağdur açısından nüfuz sahibi bir kimse olması halinde ise cinsel ilişkiye rıza yaşı on sekiz olarak belirlenmiştir.¹⁹⁰ On altı yaşından büyük çocuklar, bu doğrultuda cinsel istismara varmayan cinsel ilişkiye rıza gösterebilmektedir. Aynı zamanda on altı yaşından küçük çocuklar için ise doğrudan cinsel istismar gibi bir düzenleme öngörülmemiştir.¹⁹¹

2.6.5.İtalya

İtalyan Ceza Kanunu’nda da reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna benzer bir suç tipine rastlanmamaktadır.¹⁹² Yukarıda bahsedilen diğer hukuk sistemleri ile paralel olarak çocuğun cinsel istismarına yönelik birden fazla düzenlemeye yer verilmiştir. İtalyan Ceza Kanunu’nda üç farklı yaş hüküm altına alınmıştır.

Cinsel ilişkiye rıza gösterme asgari yaş sınırı, on dört olarak kabul edilmektedir. Mağdur olan çocuk ile yakın ilişkisi bulunan kimse için eylemin yaş sınırı on altı olarak belirlenmiştir.¹⁹³ Bahse konu on altı yaş sınırı ile esas hedeflenen çocuğun kendisi ile yakın ilişkide olan kimse tarafından daha kolay kandırılması mümkün olduğu dikkate alındığında, istismarının önüne geçmektir.

Bir diğer önemli düzenleme ise on üç yaşını doldurmuş çocukların faille arasındaki yaş farkının üçü geçmemesi şartı ile rızaen cinsel ilişkide bulunması halinde cezalandırmanın

¹⁸⁷Kızıldere, Özlem; Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, T.C.İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersi, 2017, s.6; Kantarcı; s.74; Keser; s.14; Toprakçı; s.41.

¹⁸⁸Kantarcı; s.78; Keser; s.14.

¹⁸⁹Özkara,Erdem/Kavaklı, Uğur/Can, Özgür, İsmail/Tepe, İlker/Özbek,Veli,Özer; Çocuklara Yönelik Cinsel İstismarın Yasal Boyutunun Türkiye ve Diğer Ülkeler ile Karşılaştırılması, Adli Tıp Dergisi, Sayı:1, 2011, s.15.

¹⁹⁰ Keser;s.14; Baykal; s.76.

¹⁹¹Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Legem Yayınevi, 2023, s.145,146.

¹⁹² Kantarcı; s.75; Toprakçı; s.41; Sarıgül; s.724.

¹⁹³Doğan; s.145.

söz konusu olmayacağına ilişkindir.¹⁹⁴Örneğin on üç ve on dört yaşlarında iki çocuğun rızaen cinsel ilişkide bulunması halinde, eylem istismar kapsamında değerlendirilemeyecektir.

2.6.6.İspanya

İspanya Ceza Kanunu'nda, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Türk Hukuk Sistemi ile paralel cinsel istismar, cinsel saldırı ve cinsel taciz gibi cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, düzenleme alanı bulmuştur.¹⁹⁵ Ayrıca çocuğa yönelik cinsel davranışlar, hüküm altına alınmıştır.¹⁹⁶

Cinsel ilişkiye rıza yaşı ile ilgili düzenleme ise on altı yaş olarak hüküm altına alınmıştır. On altı yaşından küçük çocuklar için ise iki farklı yaş grubu düzenlenmiştir. On üç yaşına kadar çocuklara yönelik gerçekleştirilen hiçbir cinsel davranışın rıza kapsamında değerlendirilmesi mümkün değilken; on üç, on altı yaş aralığındaki çocuklara yönelik cinsel davranışların hile sonucu gerçekleştirilmesi cezalandırmaya tabi tutulmuştur.¹⁹⁷

Sonuç olarak yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna benzer herhangi bir suç tipi diğer hukuk sistemlerinde yer almamaktadır. Karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde, cinsel istismara yönelik her türlü cinsel faaliyet suç teşkil etmektedir.

Rıza gösterme yaş sınırı altında çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel faaliyetlerin cinsel istismar kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu tartışılırken, her hukuk sistemi farklı olguları göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin, Alman Hukuk Sisteminde eylemin, cinsel istismar kapsamında değerlendirilebilmesi için mağdurun cinsel davranışlarını yönlendirebilme kabiliyetine sahip olup olmadığı dikkate alınırken; buna karşın diğer bazı hukuk sistemlerinde ise mağdur çocuk ve fail arasındaki yaş aralığı dikkate alınarak bir değerlendirmeye gidilmektedir. Bazı hukuk sistemlerinde ise savcılık soruşturmasından başlayarak, alanında uzman kimselerin yanı sıra mağdur ve failin ailelerinin görüşleri dahi dikkate alınarak değerlendirme yapılmaktadır.

¹⁹⁴Memiş, Kartal; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.2085.

¹⁹⁵Demir, Yazar, Özlem; Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2019, s.150.

¹⁹⁶Toprakçı; s.42.

¹⁹⁷Kantarıcı; s.80.

Özetle her toplumda kendi genel ahlak yapısına uygun, farklı hukuk düzenlemeleri mevcuttur. Bu doğrultuda toplumlar, kendi hukuk sistemlerindeki düzenlemeler nezdinde bir değerlendirme yaparak kovuşturmaya yön vermektedir.

2.7.Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun 5237 Sayılı Kanun'da Diğer Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar İle Karşılaştırılması

2.7.1.Cinsel saldırı suçu ile karşılaştırma

Cinsel saldırı suçu TCK'nın 102. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. İlk fıkrada vücut dokunulmazlığının cinsel davranışlarla ihlal edilmesi, cinsel davranışların sarkıntılık boyutunda olması; ikinci fıkrada vücuda organ ve sair cisim sokulması ile gerçekleştirilen cinsel davranışlar, üçüncü ve dördüncü fıkralarda nitelikli haller ve son fıkrada netice sebebiyle ağırlaştırılmış haller hüküm altına alınmıştır.

Cinsel saldırı suçunun, "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar*" başlığı altında düzenlenmesi korunan hukuki değere yasal dayanak olmuştur. Bu haliyle de korunan hukuki değer cinsel dokunulmazlık olduğu kabul edilmektedir.¹⁹⁸ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ise korunan hukuki değer, çocuğun cinsel gelişiminin sağlıklı tamamlanmasıdır.¹⁹⁹

Cinsel saldırı suçunda; mağdur, yalnızca on sekiz yaşından büyük birey olabilecektir. Aksi halde TCK'nın 103. maddesinde düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Mutlak şart, on sekiz yaştır, ergin olma şartı aranmamaktadır.²⁰⁰ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdur; on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocuktur.²⁰¹

Cinsel saldırı suçunun faili, herkes olabilecektir. Diğer bir ifade ile ilgili suç, reşit bir kimse veya reşit olmayan bir kimse tarafından işlenebilecektir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda failin çocuk olamayacağına ilişkin doktrinde tartışmalar mevcuttur. Söz konusu tartışmalara ilerleyen bölümlerde değinilecektir. Ayrıca cinsel saldırı suçunda failin cinsiyeti

¹⁹⁸Kocaoğlu; s.96; Tuğrul; s.44; Tezcan/Erdem/Önok; s.321; Meran, Necati; Kişilere Karşı Suçlar, 1. Baskı, 2005, s.247; Cinsel özgürlüğün korunduğuna dair bkz. Sevik, Yokuş; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s.247; Alşahin; s.858.

¹⁹⁹Aynı yönde görüş için bkz.; Artuk ve diğerleri, Tezcan ve diğerleri. Aksi yönde görüş için bkz.; Özbek ve diğerleri; Koca/Üzülmüş; s.419.

²⁰⁰Tuğrul; s.47; Tezcan/Erdem/Önok; s.325; Malkoç; s.16.

²⁰¹Centel; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, s.272.

ile ilgili sınırlamaya gidilmemiştir. Dolayısıyla hem erkek hem de kadın, fail sıfatını haiz olabilecektir.²⁰² Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ise failin kadın olup olmayacağını yönelik doktrinde görüşler mevcuttur, ikinci bölümde bahse konu görüşler açıklanacaktır.

Cinsel saldırı suçunda, cinsel ilişkiye varmayan birçok fiziksel temas içeren eylem tipik fiil olarak kabul edilmektedir. Sarkıntılık derecesinde taciz, cezalandırılmaktadır. Buna rağmen fiziksel temas barındırmayan fakat cinsel içgüdü ve tatmin amacı ile mağdura yönelik eylemler için ilgili suçun şartlarının da oluşması halinde cinsel taciz hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Aksine, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda yalnızca cinsel ilişki cezalandırılmaktadır. Rıza ile yapılan cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranış ve eylemler, TCK'nın 104. maddesi kapsamında suç olarak değerlendirilemeyecektir. Rıza hilafında cinsel ilişkiye varmayan bahse konu cinsel davranış ve eylemlerin on beş, on sekiz yaş aralığındaki kimselere yöneltilmesi halinde TCK'nın 103. maddesi uygulama alanı bulacaktır.²⁰³

İki suç tipi arasındaki son farklılık ise rıza kavramıdır. Cinsel saldırı suçunda rıza, hukuka uygunluk sebebi iken, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda rıza tipiklik unsurudur.²⁰⁴

Cinsel saldırı suçu ile ilgili açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus ise reşit olmayan çocukların olağan veya olağanüstü haller ile ergin kılınması sonucunda TCK'nın hangi maddesine göre hüküm kurulacağına ilişkindir.²⁰⁵ Mağdurun on sekiz yaşına gelmemiş olmasına rağmen ergin kılındığı hallerde, hangi hükümlerin uygulanacağına yönelik doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bunlarda ilki, reşit olmayan bir çocuğun hukuken ergin kılınması halinde yine de çocuk olarak kabul edilmesi gerektiği, ergin kılınan mağdur çocuğa yönelik cinsel amaçlar ile rıza dışı fiziksel temas içeren eylem ve davranışların çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacağıdır.²⁰⁶ Diğer görüşe göre ise evlilik birliği sebebiyle ergin kılınan çocuk için bu tür bir eylem, eş ve üçüncü kişinin fail olduğu durumlarda farklılık arz edecektir. Failin eş olduğu durumlarda TCK'nın 102. maddesi, failin üçüncü kişi olduğu durumlarda ise TCK'nın 103. maddesi kapsamında hüküm kurulması gerektiği ifade edilmektedir.²⁰⁷

²⁰²Toroslu; s.60; Malkoç; s.43; Tezcan/Erdem/Önok; s.322; Centel; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, s.272; Kocaoğlu; s.10.

²⁰³Toprakçı; s.29; Tezcan/Erdem/Önok; s.326.

²⁰⁴Koca/Üzülmez; s. 420.

²⁰⁵Baykal; s.30.

²⁰⁶Memiş, Kartal; Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, s.48.

²⁰⁷Taner; s.359.

Kanaatimizce evlilik birliği, kocaya kadının vücutu üzerinde cinsel açıdan tasarruf etme yetkisi vermemektedir. Kaldı ki; yukarıda bahsi geçen olayda evli olan, ergin kılınan çocuğa yönelik rıza dışı tipik fiilin her şekilde cezalandırılması söz konusudur. Tartışmalı olan husus ise TCK'nın 103.veya 102. maddelerinden hangisinin uygulama alanı bulacağına ilişkindir. Dolayısıyla öncelikle her şekilde evli eşe karşı yapılan rıza dışı cinsel eylem ve davranışın cezalandırılmasının öngörüldüğünü söylememizin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

2.7.2.Çocuğun cinsel istismarı suçu ile karşılaştırma

Türk Ceza Kanun'un 103. maddesinde düzenlenen cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenleme alanı bulan bir diğer suç olan çocuğun cinsel istismarı suçunun mağduru, çocuklardır. İlgili suç, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundaki gibi hüküm altına alınan yaş aralığı öngörmemiş olsa da mağdurun çocuk olması hasebiyle suçlar benzerlik göstermektedir.

İlgili kanun maddesinin ilk fıkrasında farklı bentlerde iki ayrı düzenlemeye gidilmiştir.²⁰⁸

İlk bentte, on beş yaşını tamamlamamış çocuklar ve on beş yaşını tamamlamış olmakla cinsel eylem ve davranışları anlayabilme, kavrayabilme yeteneğine sahip olmayan çocuklar hüküm altına alınmıştır.²⁰⁹

İkinci bentte ise on beş yaşını tamamlamış diğer çocuklar için cebir, hile ve tehdit varlığı halinde yönelen cinsel eylem ve davranışlar kapsamında düzenlemeye gidilmiştir.

İlk bentte ifade edilen on beş yaşından küçük çocuklar için hiçbir koşulda cinsel davranış ve eylemlere verilen rızanın geçerliliği olmadığından, her türlü fiziksel temas barındıran cinsel amaçlı eylem, TCK'nın 103. maddesi kapsamında değerlendirilecektir.²¹⁰

İkinci bentte ifade edilen on beş, on sekiz yaş aralığındaki cinsellik kavramını anlayabilecek çocukların göstermiş oldukları rıza ile cinsel ilişkide bulunulması halinde reşit

²⁰⁸Turhan, Engin; Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Seçkin Yayıncılık,2021, s.31.

²⁰⁹Taner; s.364.

²¹⁰Özbek/Doğan/Bacaksız; s.361; Memiş, Kartal; Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, s.143; Kantarcı; s.62; Özbek/Doğan/Bacaksız; s.361; Kantarcı; s.62.

olmayanla cinsel ilişki suçu söz konusu olmaktadır. On beş, on sekiz yaş aralığında cinsel eylem ve davranışların hukuki sonuçlarını tam algılayamayan, algılama ve kavrama yeteneği zayıf olan çocuklara yönelik bahse konu eylemler ise çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır. Çocuklar için cebir, tehdit veya iradesini sakatlayan haller varlığında gerçekleşen, cinsel eylem ve davranışlar da çocuğun cinsel istismarı suçuna konu olacaktır.²¹¹

On beş yaşını tamamlamış çocukların, cinsel ilişkiye varmayan cinsel eylem ve davranışlara yönelik rıza gösterme özgürlüğü kabul edilmektedir.²¹² Ancak rızaen cinsel ilişkide bulunulması halinde ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu söz konusu olacaktır.²¹³

Bu doğrultuda on beş yaşını tamamlamış bir çocuğun, fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğinin tespiti oldukça önem arz etmektedir. Türk Ceza Kanunu'ndaki ilgili maddeleri karşılaştırıldığında, ceza yaptırımlarının farklı olduğunu belirtmekte fayda olduğu düşüncesindeyiz. On beş yaşını tamamlamış ve her türlü eylem ve sonuçlarını anlama yeteneği gelişmiş çocuğa yönelik yapılacak yanlış bir tespit, failin cezalandırılması açısından yanlış değerlendirilme yapılmasına sebep olacaktır. Aynı şekilde on beş yaşından büyük çocuklar için önemli olan iradenin; cebir, tehdit veya hile gibi davranışlarla sakatlanıp sakatlanmadığının tespiti de failin cezalandırılması açısından önem arz etmektedir.

Bahse konu cinsel davranışlar, üç farklı tipik fiilde nitelendirilmektedir. İlki sarkıntılık boyutunda kalan kısa süreli temaslar, ikincisi vücut dokunulmazlığını ihlal eden uzun süreli temaslar ve üçüncüsü nitelikli hal olarak da düzenleme alanı bulan, vücuda organ veya başkaca sair bir cismin sokulması şeklinde gerçekleştirilen eylemlerdir.²¹⁴ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipik fiili ise cinsel ilişkidir.

Cinsel istismar suçunu hüküm altına alan maddenin ikinci fıkrasında, vücuda başkaca sair bir cismin sokulması sureti ile gerçekleştirilen eylemler, nitelikli hal olarak kabul edilerek ceza artırımı ve resen takip yapılması hüküm altına alınmıştır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, vücuda sair cisim sokulması eylemi düzenlenmediği gibi doktrinde cinsel ilişki kapsamında değerlendirilebileceğine yönelik tartışmalar mevcuttur. Bahse konu tartışmalara aşağıda değinilecektir.

²¹¹Toprakçı; s.34; Taneri, Gökhan; Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Ankara, 2015, s.281; Tezcan/Erdem/Önok; s.407.

²¹²Göral, Celal, Murat; Avrupa Konseyi Çocuğun Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi Kapsamında Cinsel İstismar Suçu, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2014, s.17.

²¹³Yıldız, Ali Kemal; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s.223.

²¹⁴Ünver; Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, Sempozyum Türk Ceza Kanunu'nun II Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, s.313.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel halinin takibi, şikâyete bağlıdır. Çocuğun cinsel istismarı suçu, resen soruşturulan bir suçtur.

Çocuğun cinsel istismarı suçunun faili herkes olabilmektedir. Cinsiyet veya yaş sınırlaması öngörülmemiştir.²¹⁵ Failin, çocuk olduğu durumlarda ise 6545 Sayılı Kanun ile sarkıntılık suçuna özgü düzenleme hüküm altına almıştır.²¹⁶ Böylelikle cinsel istismarın, sarkıntılık düzeyinde kaldığı ve failin çocuk olduğu durumlarda tipik fiil, velinin veya vasinin şikâyetine bağlı kılınmıştır. Ancak bahse konu olayda bir çocuğun, diğer çocuğu istismar ettiğinin kabulünün diğer bir ifade ile akran çocukların cinsel davranışlarının cezalandırılmaya tabi tutulmasının uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil edeceği savunulmaktadır.²¹⁷ Kanaatimizce bir çocuğun başka bir çocuğu istismar etmesi mümkündür. Ancak bahse konu durumun niteliği, nedenleri ve değerlendirilmesi karmaşık ve çok boyutludur. Çocuklar, genellikle gelişimsel olarak yetişkinlerden farklıdır. Doğru ve yanlış ayırt edebilme kapasiteleri yetişkinlere göre değişiklik gösterir. Ancak, belli şartlarda bir çocuğun diğer çocuğa zarar verebileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Öyle ki bir çocuğun diğer çocuğu istismar etmesinin birden fazla sebebi olabilir. Örneğin; öğrenilmiş davranışlar, güç ve kontrol sağlama isteği, travmatik deneyimler, merak ve gelişimsel faktörler bunlardan birkaçıdır. Bu gerekçeyle çocuğun, başka bir çocuğu istismar etmesinin mümkün olduğu kanısındayız.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, failin yaşı ile ilgili düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple failin yaşı ile ilgili doktrinde birçok tartışma varlığını sürdürmektedir. Keza hem failin hem de mağdurun on beş, on sekiz yaş aralığında olduğu hallerde cezalandırılmasının nasıl yapılması gerektiği hala netlik içermemektedir. Bahse konu tartışmalara, failin yaşı ile ilgili tartışmalara başlığı altında değinilecektir.

2.7.3.Cinsel taciz suçu ile karşılaştırma

Türk Ceza Kanunu'nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçu ve 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun en temel farkı tipik fiildir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda tipik fiil, cinsel ilişkidir. Ancak cinsel taciz suçunda herhangi

²¹⁵ Tezcan/Erdem/Önok; s.38; Koca/Üzülmez; s.406.

²¹⁶ Toprakçı; s.32.

²¹⁷Tezcan/Erdem/Önok; s.380.

fiziksel temasın aranmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu haliyle cinsel suçlar kapsamında iki uç nokta olduğu ifade edilmektedir.²¹⁸

Cinsel taciz suçunda, temas olmaksızın gerçekleştirilen eylem ve davranışın cinsel taciz olarak değerlendirilmesi için cinsel tatmin amacıyla yapılması gerekmektedir.²¹⁹ Örneğin; otobüste giderken yanındaki mağdur kadına bakarak cinsel organını çıkararak oynayan fail, bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Cinsel taciz suçu ile korunan hukuki değer cinsel özgürlük olduğu kabul edilmektedir. Öyle ki; cinsel saldırı niteliği taşımayan fakat bir kimseyi cinsel açıdan rahatsız edici her türlü eylem, cinsel taciz suçunun tipik fiili olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla cinsel özgürlüğün geniş bir çerçeveden korunduğu ifade edilmektedir.²²⁰

Cinsel taciz suçunun mağduru herkes olabilmektedir. Yaş ve cinsiyet sınırlamasına tabi tutulmamıştır.²²¹ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru ise on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocuklardır.

Cinsel taciz suçu, şikâyete bağlı bir suçtur. İlgili suçun nitelikli halinin şikâyete tabi tutulamayacağı, kanunda daha sonra yapılan düzenleme ile hükmedilmiştir. Bahse konu düzenlemeden önce doktrinde, cinsel taciz suçunun nitelikli halinin şikâyete tabi olup olmayacağı konusunda fikir birliği bulunmamaktaydı. Getirilen düzenleme ile cinsel taciz suçunun nitelikli halinin şikâyete tabi tutulmayacağı hüküm altına alınmış ve Yargıtay içtihatlarında da paralel şekilde cinsel taciz suçunun nitelikli halinin şikâyete bağlı olmadığı ifade edilmektedir.²²² Cinsel taciz suçunun faili, herkes olabilmektedir.²²³ TCK'nın 104. maddesinde ise fail ile ilgili birtakım kanun boşlukları bulunmaktadır. Dolayısıyla doktrinde tartışma konusu olmuştur. İlerleyen bölümlerde bahse konu tartışmalara değinilecektir.

Rızanın varlığı ise cinsel taciz suçu kapsamında hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır.²²⁴ Rızanın varlığı her somut olaya göre kendi içinde değerlendirilmektedir.

²¹⁸ Toprakçı; s.37.

²¹⁹ Gündel, Ahmet; 5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s.161.

²²⁰ Tezcan/Erdem/Önok; s.413; Taner; s.57; Soyaslan; s.189.

²²¹ Yokuş, Sevük; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s.271; Taner; s.507; Parlar/Hatipoğlu; s.863; Meran; s.288; Tuğrul; 570.

²²² "...eylemi nedeniyle mağdurenin işi bırakmak zorunda kaldığı ve sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 105/2. maddesinin ikinci cümlesinin uygulandığı olayda, bir suçun sadece temel şeklinin şikâyete bağlı olarak düzenlendiği hallerde bu suçun nitelikli halleri ile netice sebebiyle ağırlaşmış hallerinin ise şikâyete bağlı olmayacağından, tebliğnamede bu hususta bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir." Yargıtay 14. CD. E. 2013/1054, K. 2014/10982, T. 14.10.2014, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 12.11.2024).

²²³ Tezcan/ Erdem/Önok; s.414; Parlar/Hatipoğlu; s.863; Meran; s.288.

²²⁴ Tezcan/ Erdem/Önok; s.424.

Uygulamada, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan herhangi birine sokulamayan cinsel davranış ve eylemler, genelde TCK'nın 105. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. İçtihatlar ise farklı yöndedir. Yargıtay içtihatlarında, cinsel taciz suçunun diğer suçların alternatifi değil, kendi başına suç unsurları bulunan bir suç tipi olduğu ifade edilmektedir.²²⁵



²²⁵ “Oluş ve kabule göre, suç tarihinde on beş-on sekiz yaş aralığında bulunan mağdurenin, okuldan öğretmeni olan sanık ile aralarında geçen duygusal yakınlaşma sonrası 2011 yılı Ocak ayında sanığın evinde rızaen cinsel ilişkiye girdiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından mevcut haliyle kabul edilen eylemin 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, şikâyetin altı aylık kanun süresinden sonra 14.10.2011 tarihinde yapılması sebebiyle açılan kamu davasının düşürülmesi yerine, davaya konu yapılmayan cinsel taciz suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması... “Yargıtay 14. CD. E. 2015/335, K. 2017/6502, T:18.12.2017,www.kazanci.com,(Erişim Tarihi:28.02.2024).

3.REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU, SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER, SUÇUN UNSURLARI VE ÖZEL GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

3.1.Genel Olarak

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitap ''Kişilere Karşı İşlenen Suçlar'' başlıklı bölümün altında, ikinci kısımda, altıncı bölümde 104. maddede ''Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar'' başlığı altında düzenleme alanı bulmuştur.²²⁶

Maddenin ilk fıkrasında, suçun tanımı yapılmakla suçun maddi unsurları hüküm altına alınmıştır. Devamında, ikinci ve üçüncü fıkrada ise suçun nitelikli halleri tanımlanmıştır.²²⁷

TCK'nın 104. maddesi, birçok yönden tartışmaların ortasında kalmıştır. Öncelikle kanun maddesinin en genel tartışması olan suçun unsurlarına, koruduğu hukuki değere ilişkin açıklamaları yapmakta fayda olduğu düşüncesindeyiz.

Türk Ceza Kanunu'na göre; on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocukların cinsel davranışlara yönelik, vermiş oldukları rıza hukuk sistemi tarafından kabul edilmektedir. Buna rağmen, bahse konu cinsel davranışın, cinsel ilişkiye varmayan eylemlerden oluşması esas noktadır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, on beş yaşını doldurmuş çocukla cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkide bulunulmasıdır.²²⁸

²²⁶ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu <https://www.resmigazete.gov.tr/>(Erişim Tarihi:28.02.2024).

²²⁷TCK- MADDE 104:(1) *Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(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.*

²²⁸Parlar/Hatipoğlu; s.859; Tuğrul; s.510; Tezcan/Erdem/Önok; s.401; Toprakçı; s.44; Sarıgül; s.712; Keser; s.24; Memiş, Kartal; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.2084; Doğan; s.128; Baytemir; s.300.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, suç olarak tanımlanması doktrinde eleştiri konusu olmuştur. Suç olmaktan çıkarılması gerektiği savunulmuştur.²²⁹Öyle ki; Adalet Komisyonunda oldukça uzun tartışmaların ardından kanun metnine dâhil edilmiştir.²³⁰

3.2.Suç Tipinde Yapılan Değişiklikler ve Sebep Olduğu Tartışmalara Yönelik Genel Açıklamalar

5237 Sayılı Kanun'da yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna, mülga 765 Sayılı Kanun'da da yer verilmiştir. Mülga Ceza Kanunu'ndan, yeni Kanun'a geçiş döneminde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında bahse konu büyük bir değişiklik söz konusu olmamıştır. 5237 sayılı TCK'da düzenleme alanı bulan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu; konu, unsur ve amaç bakımından paralellliğini korumaya devam etmiştir.²³¹

Cinsel dokunulmazlığa yönelik mülga 765 Sayılı Kanun'da düzenleme alanı bulan '*Evlenme vaadi ile kızlık bozma*' suçu, köklü değişikliğe uğramış ve 5237 Sayılı Kanun'da düzenleme alanı bulmamıştır.²³²Öyle ki; yapılan değişiklikten önce, bahse konu suçun mağduru olan çocuk, cinsel saldırıya uğramakla kalmayıp, fail mükâfatlandırılmaktaydı. Mağdur, evliliğin doğal bir sonucu olarak gerçekleşen cinsel ilişkilerde, mağdur olmaya devam etmekteydi. Tam bu noktada tartışmalara sebep olan ilgili suçun kaldırılmasının, cinsel dokunulmazlık adına olumlu bir gelişme olduğu düşüncesindeyiz.²³³

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda TCK'nın 104. maddesinin düzenlenmesine devam edilmesi, başlı başına bir tartışma konusu²³⁴ iken 2014 yılında yürürlüğe giren 6545 Sayılı Kanun²³⁵ile yaptırımın artırılması hüküm altına alınmıştır.²³⁶

²²⁹Bahse konu görüşlerden bir kısmı için bkz. Yokuş, Sevik; 6545 Sayılı Kanun Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, s.138; Taner; s.471; Sarıgül; s.716; Özgenç, İzzet; Cinsel Suçlar, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 24.1, 2020, s.267; Özgenç, İzzet; Akran Çocuklar Arası Cinsel Birliktelik ve Ceza Hukuku Sorumluluğu Sorunu Türk Uygulamasından Örnekler, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.24, S.4, 2020, s.266.

²³⁰Bahse konu tartışmalar için bkz. Güney, Niyazi/Özdemir, Kenan/Balo, Yusuf S.; Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2004, s.349-350; Tuğrul; s.510.

²³¹Baytemir; s.300.

²³²Tezcan/Erdem/Önok; s.333-334.

²³³Toprakçı; s.44.

²³⁴Tezcan/ Erdem/ Önok; s.401.

²³⁵Resmi Gazete Tarih – Sayı: 28.06.2014 – 29044, (Erişim Tarihi: 13.11.2024).

²³⁶Özen, Mustafa; Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 9. Baskı, 2024, s.420.

İlgili maddenin içeriğine yönelik somut norm denetimi vasıtası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun birden fazla Anayasa maddesine aykırılığı sebebiyle itiraz edilmiş ancak itirazın reddine karar²³⁷ verilmiştir.²³⁸

İtiraz konusu ise şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun unsurları arasında aynı zamanda rızanın varlığından bahsedilmesidir. Bahse konu suçun gerçekleşmesi için en öncelikli olarak rızanın varlığı gerekmektedir. Soruşturma açılması için ise cinsel ilişki sırasında rıza gösteren mağdurun, cinsel ilişkinin ardından faile yönelik şikâyeti aranmaktadır. Bu noktada mağdurun şikâyetçi olma beyanını, her zaman iyi niyetli kullanacağına emin olunamayacağı ifade edilmektedir. Bahse konu düzenlemenin kötü niyetli kullanımlara sebep olabilme potansiyeline sahip olduğu savunulmaktadır.²³⁹

Suçun ilk halinde nitelikli hallerin içinde, fail ve mağdur arasındaki yaş sınırının beşten fazla olması hali hüküm altına alınmıştır.²⁴⁰

İlgili maddede yapılan iptal üzerine ikinci fıkra yeniden düzenlenmiş ve TCK'nın 104/2. maddesi son halini almıştır.²⁴¹ Nitelikli haller başlığı altında değinilecektir.

²³⁷Toprakçı; s.46. "Kararın bir kısmı "... 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 amacıyla 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. Kuralın Anayasa'nın 10., 14., 17. ve 36. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir."

Kararın tam metni için 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: 13.11.2024).

²³⁸Kanbur; s.4139-4210.

²³⁹Taner; s.497; Polat; s.194 "Öğretide bazı yazarlar ise suçun şikâyete bağlanmasının bilinçli bir tercihin ürünü olmadığını savunmaktadır". Bkz. Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem; Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 8. Baskı, US-A Yayıncılık, s.163; Tuğrul;s.510.

²⁴⁰Sarıgül; s.714; Memiş, Kartal; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.2085.

²⁴¹Değişikliğe ilişkin tasarı gerekçesinde, "TCK'nın 104/2 maddesindeki düzenleme ile "ensest" ilişkiler şikâyet aranmaksızın daha fazla ceza ile cezalandırılmıştır. Bu düzenleme ile suç ile daha etkin mücadele edilmek

Özetle; her ne kadar mülga 765 Sayılı TCK'ya nazaran ilgili madde düzenlemesinden çıkarılan, eklenen veya değiştirilen maddeler olmasına rağmen suç tipine yönelik tartışmalar varlığını sürdürmeye devam etmektedir.

3.3. İlgili Suç ile Korunan Hukuki Değer

Geçmişten günümüze her toplumun kendine has değer yargıları olmuştur. Bahse konu değer yargıları çerçevesinde ise hukuk kuralları yaratılmaktadır. Bir kimsenin kasti veya kasıt dışı şekillerde toplumun oluşturduğu değerleri ihlal ettiği hallerde²⁴² hukuk kuralı ile korunması hedeflenen değerler, hukuki değer olarak ifade edilirken öte yandan değerleri ihlal eden her türlü davranış veya eylemler ise suç olarak nitelendirilmektedir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında ortaya çıkan tartışmadan biri de koruduğu hukuki değerdir. Bu doğrultuda doktrinde fikir ayrılıkları mevcuttur.

Bir suç ile ilgili korunan hukuki değer anlaşılabilmesi adına bulunduğu başlıklar önem arz etmektedir. Suçun hukuki konusu, kanun sistematüğinden bağımsız değerlendirilemez. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu da "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*" başlığı altında düzenleme alanı bulmuştur. Haliyle ilk bakışta suç ile cinsel dokunulmazlığın korunduğu ortaya çıksa da bahse konu başlık altında düzenlenen diğer suç tipleri ile karşılaştırma yapıldığında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda korunan hukuki değer diğerlerinden daha farklı olduğu anlaşılacaktır.

Doktrinde ilgili suçun koruduğu hukuki değer, iki farklı görüşe ayrılmıştır. Bir görüşe göre "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*" başlığı altında düzenleme alanı bulan tüm suçlar gibi TCK'nın 104. maddesinin de esas koruduğu hukuki değer cinsel dokunulmazlık ve çocuğun cinsel gelişimi olduğu, ifade edilmiştir.²⁴³

Karşıt görüş; TCK'nın 104. maddesinin aynı başlık altında düzenlenen diğer üç suç tipinden rıza kavramı ile ayrılmakta olduğu üzerinde durmuştur. Rızaen gerçekleştirilen bir fiilin suç teşkil etmesinin cinsel özgürlük kapsamında değerlendirilmesinin çelişki

istenmiş ve çocukların cinsel sömürüsü engellenmek istenmiştir. 15 yaşını doldurmamış çocuklara rızaya dayalı ensest ilişki, çocuğun cinsel istismarı kapsamında değerlendirilecektir. ",Özen;s.420.

²⁴²Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 174.

²⁴³Özbek/Doğan/Bacaksız;s.383; Özgenç; Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişki Düzenlemelerin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişki Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar, s.260; Aksakal; s.258.

barındırdığı ifade edilmektedir. Öyle ki; kanun koyucu, cinsel özgürlük kapsamında tipik fiil olan cinsel ilişkiyi özgür kılmakta ancak şikâyetin varlığı halinde var olan cinsel özgürlüğü kısıtlanmaktadır. Bu gerekçe ile *“Rızanın, fiili neden tamamıyla hukuka uygun kalmadığını açıklamak mümkün olmayacaktır.”* Dolayısıyla madde kapsamında korunan esas hukuki değer cinsel özgürlük olarak kabul edilmesinin çelişkili olduğu ve ilgili suç ile korunan hukuki değer cinsel gelişim olduğu ifade edilmektedir.²⁴⁴

Bunun yanı sıra başka bir görüşe göre, çocuğun cinsel yönden fiziksel ve psikolojik gelişiminin cinsel özgürlük altında gerçekleşebileceği ve bu sebeple cinsel gelişimin tam ve sağlıklı gerçekleşmesini hedefleyen ilgili suç aynı zamanda cinsel özgürlüğü de korumaktadır, şeklinde genel bir kabul ile cinsel özgürlük, korunan hukuki değer olarak kabul edilmektedir.²⁴⁵

Bir diğer görüş ise yukarıda izah edilen genel görüşlere nazaran farklı bakış açısından değerlendirme yaparak korunan hukuki değeri, çocukların cinsel ilişkiye yönelik eylemlerinin daha küçük yaşlarda yaşamasını engellemek olarak ifade etmektedir.²⁴⁶

Korunan hukuki değere yönelik doktrindeki tüm görüşleri sırayla açıklamakta fayda olduğu düşüncesindeyiz.

Yukarıda ifade edildiği üzere; korunan hukuki değer, ilk olarak cinsel özgürlük olduğu ileri sürülmüştür.²⁴⁷ Şöyle ki; özgürlük, bir kimsenin tüm dış etkenlerden sıyrılarak yalnızca kendi salt iradesinin ürünü olarak gerçekleştirdiği eylem ve davranışlar iken cinsel özgürlük, cinsel yönden dış etkenlerden bağımsız bir çocuğun kendi iradesi ile her türlü cinsel

²⁴⁴Taner; s.471; Aydın;s.101; İlbilge, Selcen, Peker; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Yer Alan Cinsel İlişki Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, Sayı: 1, 2021, s.19.

²⁴⁵Akdağ, Hale; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C 5, 2017,s.170; Memiş, Kartal; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.2086.

²⁴⁶Koca/Üzülmez; s.374 *“on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocukların erken yaşta cinsel deneyim yaşamlarının önlemek...”*; Beyazıt’a göre *“ kanun koyucunun asıl amacının çocukların zamansız cinsel deneyimlere karşı korunması olduğunu, yaşı itibarıyla yeterince olgun düşünemeyecek durumunda olan 15 yaşını tamamlamış çocuk mağdurun cinsel özgürlüğüne doğrudan müdahale edilmeden, failin ceza tehdidi altında bırakılması suretiyle çocuğun dolaylı olarak korunmaya çalışıldığı bir yapının söz konusu olduğunu ifade edip, netice olarak suçla korunan hukuksal değer 15 yaşını doldurmuş çocukların cinsel özgürlüğünden ziyade onların cinsel dokunulmazlığı olduğunu belirtmiştir.”* Özgür, Beyazıt; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:1, 2020, s.296.

²⁴⁷Ünver; II. Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, s.27; Ali Parlar/Mustafa Öztürk; Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, İstanbul, 2018, s.539; Aynı yönde görüş için bkz. Şen, Ersan; Enstest Mağdurlarından Birisi: Kadın”, Yorumluyorum-II, 3. Baskı, Ankara, 2014, s.129; Doğan da suçla korunan hukuksal değer 15 yaşını tamamlamış çocuğun kısmi cinsel özerkliği veya özgürlüğü olduğu görüşündedir, Doğan; s.130; Kartal da suç ile korunan hukuki değer cinsel özgürlüğün yanı sıra çocuğun ruhsal ve bedensel gelişimini korunduğunu kabul etmiştir, Memiş, Kartal; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.2089.

eylemde bulunmasıdır. Çocuğun kendi iradesi ile gerçekleştirmiş bulunduğu cinsel ilişki eylemi kabul edilmemektedir. Bu gerekçeyle ilgili suçun koruduğu hukuki değer olarak, cinsel özgürlük kavramından bahsetmenin mümkün olmadığı ifade edilmektedir.²⁴⁸

Cinsel özgürlük ile birlikte, çocuğun gelişiminin tam ve sağlıklı ilerlemesinin hedeflendiğini savunan görüşler de mevcuttur. Kartal'a göre suçla korunan hukuki değer, cinsel özgürlüktür. Ayrıca ilgili suç ile çocuğun ruhsal ve bedensel gelişiminin de korunmasının hedeflendiğini ve cinsel özgürlük kapsamına dâhil edilmesi gerektiği savunulmaktadır.²⁴⁹ Doğan'a göre ise cinsel özgürlük tümü ile değil kısmi cinsel özerklik ve özgürlük kapsamında korunmaktadır.²⁵⁰

Kanbur'a göre on beş yaşını tamamlamış çocukların cinsel ilişkisinin anlam ve sonuçlarını tamamı ile anlama yeteneklerinin gelişmediği göz önünde tutulduğunda, tam bir cinsel özgürlükten bahsedilmesi mümkün değildir. Bu sebeple ilgili suçun koruduğu hukuki değer, esasen cinsel bütünlük olduğu kabul edilmektedir.²⁵¹

İlgili suçun koruduğu hukuki değer "cinsel dokunulmazlık" olduğu doktrinde bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir.²⁵² Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu "*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar*" başlığı altında düzenlenmiştir. Haliyle ilk bakışta suç ile cinsel dokunulmazlığın korunduğu ortaya çıkmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi kararları da aynı yöndedir.²⁵³

²⁴⁸Taner; s.471; Yokuş, Sevik, Handan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2019, s.170; Köksal; s.689; Özen; s.420.

²⁴⁹Memiş,Kartal; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.2089.

²⁵⁰ Doğan;s.130.

²⁵¹Kanbur; s.296.

²⁵²Beyazıt'a göre hukuki değer, *çocukların zamansız cinsel deneyimden korunmasıdır. Bu kapsamda cinsel özgürlüğe tümüyle müdahale etmeden dolaylı koruma yöntemine başvurulmuştur. Bu haliyle de korunan hukuki değer, cinsel dokunulmazlıktır.*Beyazıt; s.296; Köksal; s.688; Özgenç; Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanunu'nun Cinsel Suçlara İlişki Düzenlemelerin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişki Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar, s.260; Taner; s.471 vd.; Aksakal; s.258; Pekmez, Kelep, Tuba; Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen 'Rızaya Dayalı' Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2, 2020, s.189-190.

²⁵³Nitekim Anayasa Mahkemesi de aynı görüştedir: "*İtiraz konusu kuralın, on beş yaşını doldurmuş çocukların cinsel farkındalık dönemine girmekle birlikte henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak sorumluluk duygusuna sahip olmayabilecekleri düşüncesiyle dokunulmazlıklarını korumak amacıyla getirildiği ve onların cinsel anlaşılacaktır.*" AYM; E. 2006/17, K. 2009/33 T: 26.02.2009, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/33?EsasNo=2006%2F17>, (Erişim Tarihi: 13.11.2024).

Doktrinde korunan hukuki değerin cinsel dokunulmazlık ile birlikte çocuğun gelişimi olarak kabul eden görüşler de mevcuttur.²⁵⁴ Cinsel dokunulmazlıktan bahsedebilmemiz için cinsel özgürlüğün varlığından bahsetmemizin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. TCK'nın 104. maddesinin koruduğu hukuki değerin cinsel özgürlük olduğunu ifade edildiğinde ise rızaen gerçekleşen cinsel eylemlerin tümünün hukuka uygun kılınmamış olması da kendi içinde çelişki barındırmaktadır. Buna karşın on yedi yaşında evlenmesi muhtemel çocuğun, evlilik ile beraber gelen sorumluluklar gereği gerçekleştirmiş olduğu cinsel ilişki, hukuka uygun kabul edilmektedir. Nitekim cinsellik kavramının bireysel özgürlük olarak kabul edilmesine karşın, on beş yaşını doldurmuş fakat evli olmayan çocuğun rıza doğrultusunda cinsel ilişki eyleminde bulunabilme hakkının kısıtlanmış olması tam olarak anlaşılamamaktadır. Cinsel dokunulmazlığın korunan hukuk değer olduğu görüşü genel anlamda doğru olmakla birlikte yukarıda bahsedilen gerekçelerle eksikleri olduğu düşüncesindeyiz.

Kantarıcı ise tüm bahse konu tartışmalardan farklı olarak; on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocuğun hem temyiz kudretinin gelişmiş olduğundan bahsedilmesinin hem de cinsel ilişkiye vermiş olduğu rızanın kabul edilmemesinin, cinsel özgürlüğün korunduğu görüşü ile çelişkili olduğunu savunmaktadır. Diğer bir yandan ilgili suçun koruduğu hukuki değerin cinsel gelişim olduğunu kabul eden görüşü ise suçun şikâyete tabi kılınması ile eleştirmektedir. İlgili suçun koruduğu bir hukuki değer olmadığı savunulmaktadır. Bu gerekçelerle de reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun yürürlükten kaldırılması gerektiği ifade edilmektedir.²⁵⁵

Özcan'a göre; bahse konu yaş grubundaki çocukların rıza ile cinsel ilişkiye girebileceklerinin hüküm altına alınması ardından temyiz kudretlerinin tam anlamı ile gelişmediğinden bahsetmek kendi içinde çelişki barındırmaktadır. Bu gerekçe ile Özcan'ın da ifade ettiği üzere suç tipinin mağdurun, fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği üzerinden değerlendirmek isabetli olmayacaktır. İlgili suç tipinin "*mağdurda cinsel ilişki sonrasında ortaya çıkan kullanıldığına, sömürüldüğüne, istismar edildiğine yönelik olumsuz duygu durumu*"²⁵⁶ üzerinden değerlendirilmesinin daha isabetli olacağı savunulmaktadır. Her ne kadar bu duygu durumunun yetişkinlerde de oluşabileceği kabul edilse de bahse konu

²⁵⁴Özbek/Doğan/Bacaksız; s.383 "*Cinsel dokunulmazlık ile beraber çocuğun cinsel gelişiminin korunması hedeflenmiştir.*" Tuğrul; s.510.

²⁵⁵Kantarıcı; s.93.

²⁵⁶ Özcan; s.308.

durumun, çocukların gelişimleri için tehlike arz ettiğinin kabulü gerekmektedir. Bu sebeple kanun koyucu tarafından cezalandırılmaya tabi tutulduğu ifade edilmektedir.²⁵⁷

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik düzenleme ile diğer üç suç tipinden ayrılarak ‘‘rıza’’ tipiklik unsuru olarak düzenlenmektedir. Bu durumda, cinsel dokunulmazlık kapsamında değerlendirilmesinin ilgili suç için geniş bir yorum olacağı kanısındayız. Cinsel özgürlüğü savunan görüşlerin de cinsel dokunulmazlık gibi korunan hukuki değerın açıklanmasında yeterli olmayacağı düşüncesindeyiz. Kanaatimizce cinsel özgürlük, kişinin cinselliği üzerindeki iradesini özgürce yönlendirebilme imkânı vermelidir. Dolayısıyla cinsel ilişkiye verilen rızanın kabul edilmiyor olmasının cinsel özgürlük kapsamında değerlendirilmesi ile isabetli olmayacağı düşüncesindeyiz. Ancak korunan hukuki değerin, çocuğun cinsel gelişiminin tam ve sağlıklı ilerlemesi olarak kabul edilmesinin ilgili suçun koruduğu hukuki değere daha uygun düşeceği kanısındayız. Kanun maddesi ve gerekçesi de incelendiğinde cinsel gelişimini tamamlamamış, on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun cinsel gelişiminin korunmasının yanı sıra çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişiminin hedeflendiği görüşüne katılmaktayız. Mağdur çocukların bu doğrultuda cinsel ilişkiye rıza göstermelerine rağmen tam anlamıyla eylemin neticelerini kavrayamayacakları gerekçesi ile cinsel ilişkinin ardından gelişen sonuçlar ile tek başına yüzleşmelerinin önüne geçilmesinin kanun koyucunun asıl hedefi olduğu düşüncesindeyiz.

3.4.Suçun Maddi Unsurları

3.4.1.Fail

Failin tanımı TCK'nın 37. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun ilgili kanun metninde, faile ait özel bir tanımı yapılmamıştır. Fail için yaş veya cinsiyet sınırlamasına gidilmemiştir. Bu sebeple faile yönelik doktrinde birçok tartışma bulunmaktadır.

Reşit olmayanla cinsel ilişkiye giren failin on beş yaşından büyük veya on sekiz yaşından küçük bir kimse olduğu hallerde suçun kabulünün nasıl olacağı tartışmalıdır. Şayet failin yalnızca reşit olan kimseler olabileceği kabul edilirse kanunen reşit kılınanların bu

²⁵⁷ Özcan; s.308.

kapsamda fail sıfatı ile yargılanıp yargılanmayacağı ise bir başka tartışma konusunu oluşturacaktır. Diğer taraftan failin yalnızca reşit olanlar değil, aynı zamanda reşit olmayan kimselerden de oluşabileceğine kanaat getirildiği takdirde, iki reşit olmayan tipik fiili gerçekleştirdiğinde, hangisinin fail, hangisinin mağdur olacağıın belirlenmesi ise bir başka tartışma konusunu oluşturmaktadır.²⁵⁸

Yukarıda izah edilmiş olan karşılaştırmalı hukuk sistemlerinde ilgili suça rastlanmasa da cinsel istismar suçu ile ilgili düzenlemelerde, belli bir yaş sınırı belirlenerek özel birtakım düzenlemelere gidildiğini görülmektedir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ise failin yaşına ilişkin net bir ifade bulunmamaktadır. Faile ilişkin yalnızca kanun maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında nitelikli hal olarak düzenleme alanı bulan, özel faillik vasfı hüküm altına alınmıştır. Failin yaşına yönelik herhangi bir netlik olmadığı gibi failin cinsiyetine yönelik herhangi bir açıklama da ilgili madde metninde belirtilmemiştir. Kısaca değinilen suçun maddi unsurlarına yönelik tartışmalar, alt başlıklarda izah edilmeye çalışılacaktır.

3.4.1.1. Failin cinsiyeti ile ilgili tartışmalar

TCK'nın 104. maddesinde failin cinsiyeti ile ilgili bir sınırlamaya gidilmediği gerekçesi ile failin hem kadın hem de erkek olabileceği kabul edilmektedir.²⁵⁹ Aksine failin yalnızca erkek olduğunu kabul eden eski dönem düşüncesini yaşatan görüşler de varlığını sürdürmektedir. Böylece bir kadının erkeğe karşı veya bir kadının diğer kadına karşı ilgili suçu işlemesi kabul görmemektedir.²⁶⁰

Mülga 765 Sayılı Kanun'dan, 5237 Sayılı Kanun'a geçiş evresinde değişen en önemli konulardan biri failin cinsiyetidir. 5237 Sayılı Kanun döneminde artık failin kadın da olabileceği yönünde doktrinde görüşler bulunmaktadır.²⁶¹

Kanaatimizce mülga 765 Sayılı Kanun döneminin uzantısı olarak devam eden Yargıtay içtihatlarında, tipik fiilin kadın tarafından gerçekleştirilemeyeceği artık geçerli

²⁵⁸Sarıgül; s.738.

²⁵⁹Beyazıt; s.300; Tezcan/Erdem/Önok; s.403; Kanbur; s.4146; Taneri; s.331; Ünver; Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, II. Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu "Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku", s.43-44; Aydın; s.103. Nitekim Anayasa Mahkemesi de aynı görüştedir. "Madde'de sanık ve mağdur yönünden cinsiyet ayrımı yapılmamıştır." AYM; E.2005/103, K. 2005/89, T:T:23.11.2005, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2005/89?EsasNo=2005%2F103>, (Erişim Tarihi:13.11.2024)

²⁶⁰Baytemir; s 485.

²⁶¹Memiş, Kartal; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.2087.

olmamalıdır. 5237 Sayılı TCK döneminde kadınların da ilgili suçtu işleyebileceğinin kabulünün yerinde olacağı düşüncesindeyiz.²⁶²

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçtu doğrultusunda, failin cinsiyeti ile ilgili tartışmaların başladığı temel nokta, kanun metninde düzenleme alanı bulan tipik fiil olarak kabul edilen cinsel ilişki kavramının tanımıdır. Cinsel ilişkinin farklı tanımlarına göre failin cinsiyeti konusu değışiklik göstermektedir. Örneğın; reşit olmayanla cinsel ilişki suçtu tipik fiilinin genel kabul gören görüş doğrultusunda cinsel ilişkide erkek cinsel organın bulunması gerekmektedir. Bu doğrultuda tartışma konusu olan kadının kadına karşı ilgili suçtu işlemesidir. Yargıtay içtihatları tarafından ve öğretilde bazı yazarlar tarafından kabul gören bu tanıma göre bir kadının bir kadına karşı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili olmasının imkânı yoktur.²⁶³

‘‘Fiil’’ başlığı altında, cinsel ilişki yorumlarında ele alınacağı üzere; kanaatimizce ‘‘vücuda sair bir cismin sokulması’’ şeklinde gerçekleşen eylemin cinsel ilişki kapsamında tutulması gerekmektedir. Bu doğrultuda da kadının bir başka kadına karşı bahse konu suçtu işleyebileceği kabul edilmelidir. Doktrindeki cinsel ilişkiye yönelik tartışmalara, fiil başlığı altında değinilecektir.

3.4.1.2. Failin yaşı ile ilgili tartışmalar

Failin yaşı ile ilgili net bir ifade kanun maddesinde hüküm altına alınmamıştır. ‘‘Kanun maddesinde failin yaşı ile ilgili kısıtlayıcı bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu gerekçeyle failin reşit bir kimse veya on sekiz yaşından büyük bir kimse olabileceğini söylemek hukuken doğru olmayacaktır.’’²⁶⁴

²⁶²Aynı yönde Bkz. Kanbur; s.4146; Aydın, s.103; Kantarcı, s.102.

²⁶³Koca/Üzülmez; s.374; Dülger, İbrahim; Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlardan Irza Geçme Suçu, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya, 1998, s. 92; Tezcan/Erdem/Önok, s.408; Köksal; s.691; Taner; s.474; Sevük, Yokuş; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.172; ‘‘Mağdurun aşamalarda beyanları, tanık anlatımları, savunma ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında 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...’’ Yargıtay 14. CD.; E. 2017/8585, K. 2020/5905, T. 16.12.2020, <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: 13.11.2024).

²⁶⁴Ünver de kanunilik ilkesi, madde metni ve gerekçesi, maddenin ilk şeklinde bulunmakla birlikte sonradan Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen fıkra metni, maddenin mülga Türk Ceza Kanunu'ndaki şekli ve karşılaştırmalı hukuk bakımından ‘‘failin 18 yaşını tamamlamış olması’’ şeklinde bir şartın aranması

Doktrinadaki bazı yazarlara göre TCK'nın 104. maddesinde hüküm altına alınan failin reşit veya on sekiz yaşından büyük kimse olması gerektiği ifade edilmektedir.²⁶⁵ Karşıt görüşe göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, on sekiz yaşından küçük kimseler tarafından da işlenebileceği kabul edilmektedir.²⁶⁶ Gerekçesi ise, madde metninde failin yaşına yönelik bir sınırlandırma getirilmemiş olmasıdır. Dolayısıyla failin on sekiz yaşından büyük kimse olduğunun kabulünün, kanunilik ilkesi ile bağdaşmayacağı savunulmaktadır. Yargıtay içtihatlarında da doktrinadaki görüşlerle paralel, failin on sekiz yaşından küçük kimseler olabileceğine yönelik kararlar mevcuttur.²⁶⁷

Failinin yaşı ile ilgili bir diğer yorum ise koruduğu hukuki değer kapsamında gerçekleştirilebilmektedir. Suç ile korunan hukuki değer, uluslararası düzenlemeler dikkate alındığında, çocuğu istismarına yönelik bir koruma olduğunu söylemenin yerinde olacağı kanısındayız. Bu doğrultuda, failin yetişkin bir kimse kabul edilmesinin daha isabetli olacağı düşüncesindeyiz.²⁶⁸

Reşitlik, yalnızca on sekiz yaşını doldurmakla değil, aynı zamanda evlenme veya mahkeme kararıyla ergin kılınma gibi hukuki yollarla da kazanılabilir. Bu durumda, on sekiz yaşını doldurmamış ancak hukuken reşit sayılan bir bireyin, bu suç açısından fail olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde, failin on sekiz yaşından büyük olması gerektiği

gerektiği görüşündedir. (Ünver, "Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi", II. Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu "Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku", s.44). Özbek/Doğan/Bacaksız da haklı olarak failin "18 yaşını doldurmuş bir kimse" olarak ortaya çıkabilmesi için kanunda bu yönde açık bir düzenlenmenin mevcut bulunması gerektiği, 15 yaşını tamamlamış bir çocuğun 18 yaşını tamamlamış bir kişiye karşı korunduğu bir ortamda, aynı çocuğun kendi yaş grubundaki çocuğa karşı korunmadığını iddia etmenin mantıklı olmadığını ifade etmiştir (Özbek/Doğan/Bacaksız, s.385).

²⁶⁵Koca / Üzülmmez; s.420; Kanbur; s.4146-4147; Aydın; s.104; Kantarcı; s.104; Özcan; s.31; Sarıgül; s.741.

Öğretide Köksal, bu suçun failinin 18 yaşını tamamlamış olması gerektiği, aksi halde tek bir suç tipinde fail ve mağdur sıfatlarının birleşeceği, şikâyet hakkının kime ait olduğu hususunda sorunların ortaya çıkacağı ve her iki çocuğun cezalandırılması gibi anlamsız sonuçlarla karşılaşılacağı görüşündedir. (Köksal; s.692-695).

²⁶⁶Ünver; Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, s.317; Yurtcan, Erdener; Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, İstanbul Barosu Yayınları, s.84.

²⁶⁷"...Sanıklar ile suça sürüklenen çocuklar haklarında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan hükümlerin temyiz incelemesine gelince; Dosya kapsamında iddia edilen olayların tarihlerinin net olarak belirlenmemesi ve katılan mağdurenin aşamalarda özde değişmeyen anlatımları ile bu beyanları doğrulayan ve kısmen ikrar içeren bir kısım sanıklar ile suça sürüklenen çocukların savunmaları nazara alındığında, sanıklar ile suça sürüklenen çocukların, mağdureyle rızası ile cinsel ilişkiye girdikleri sabit olup, mevcut haliyle eylemlerinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek her bir sanık ve suça sürüklenen çocuk yönünden suç tarihlerinin tespitiyle mağdure tarafından şikâyetin altı aylık kamuni süresi içerisinde yapılıp yapılmadığı belirlendikten sonra sanıklar ile suça sürüklenen çocukların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması, Kanuna aykırı, katılan mağdure vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA,..." Yargıtay 14. CD; E. 2015/7108, K. 2019/10150, T.20.06.2019, UYAP'tan Alınmıştır,(Erişim Tarihi: 10.10.2024).

²⁶⁸ Köksal; s.695; Sarıgül; s.735.

hususlu kabul görmüştür.²⁶⁹ Bizce de fail, mutlaka on sekiz yaşını tamamlamış bir kişi olmalıdır. Aynı şekilde, on sekiz yaşını tamamlamadan rıza ile de olsa bir cinsel ilişkiye taraf olmuş çocuk, mağdur sıfatını almalıdır.

Özellikle, failin de mağdur gibi çocuk statüsünde olduğu durumlar, ceza hukuku açısından “*Failin ve Mağdurun Çocuk Olması Hali*” başlığı altında özel olarak ele alınması gereken bir sorunu gündeme getirmektedir. Bu bağlamda, failin cezai sorumluluğu, yaş faktörünün ötesinde, reşit sayılma yolları ve hukuki statüsü açısından ayrıntılı olarak değerlendirilmelidir.

3.4.2.Mağdur

Mağdurun, sözlük anlamı, haksızlığa uğramış kimsedir.²⁷⁰ Hukuki anlamda da sözlük anlamı ile paralel bir karşılığı bulunmaktadır. Mağdur, ilgili kanunda hüküm altına alınan suç fiillerinin gerçekleştirilmesi sebebi ile hakkı ihlal edilen, hakkına saldırılan kimsedir.²⁷¹

Mağduru bulunmayan bir suçun olması mümkün değildir. Mağdur ve suç konusu her zaman ayrı veya aynı olamaz.²⁷²

Mağdurdan bahsedilebilmesi için öncelikli olarak yaşayan gerçek bir kişinin varlığından bahsedilmesi gerekmektedir. Suçtan zarar gören kavramı, mağdurdan farklı bir kavramdır. Her suçtan zarar görenin, mağdur olarak nitelendirilmesi yanlış olacaktır. Suçtan zarar gören, mağdura göre daha kapsamlı bir ifadedir. İşlenen bir suç sonucunda doğrudan veya dolaylı zarar gören gerçek veya tüzel kişilerdir. Suçtan doğrudan zarar gören kişi, suçun koruduğu hukuki değeri ihlal edilen kişidir. Bahse konu kişiler, suçun doğrudan mağduru sayılmaktadır. Dolaylı zarar görenler, genellikle ceza yargılamasında taraf olma hakkına sahip değildir.²⁷³

3.4.2.1.Mağdurun cinsiyeti ile ilgili tartışmalar

²⁶⁹ Kanbur; s.103.

²⁷⁰Toprakçı; s.58;Türk Dil Kurumu - Sözlükleri, mağdur ne demek TDK Sözlük Anlamı, sozluk.gov.tr, (Erişim Tarihi: 02.02.2024).

²⁷¹Kantarıcı; s.118.

²⁷²Özgenç; Ceza Hukuku Genel Hükümler; s.226.

²⁷³Akbulut, Berrin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11.Baskı, Adalet Yayınevi, 2024, s.488.

Mağdurun cinsiyetine ilişkin geleneksel doktrinde kadın olduğu kabul edilmiş ise de 5237 Sayılı Kanun ve modern hukuk sistemi dikkate alındığında günümüz doktrininde mağdura yönelik ayrıma gidilmesi kabul edilmemektedir.²⁷⁴

5237 Sayılı TCK doğrultusunda on beş yaşını tamamlamış, on sekiz yaşından küçük erkek veya kız çocuğun ilgili suç kapsamında mağdur sıfatın haiz olması mümkündür.²⁷⁵Buna rağmen uygulamada özellikle yukarıda değinildiği üzere hem mağdurun hem de failin çocuk olduğu durumlarda, kız çocuğunun mağdur olarak nitelendirilmesine sıklıkla rastlanılmaktadır. Ayrıca mülga 765 Sayılı Kanun döneminde mağdurun erkek olamayacağını ilişkin görüşler çoğunluktadır.²⁷⁶

Kanaatimizce mülga 765 Sayılı Kanunu'nun bakış açısına sahip kararların artık bir geçerliliği olmaması yerinde olacaktır. Çünkü bahse konu yaklaşımın herhangi bir bilimsel dayanağı bulunmamaktadır.²⁷⁷

Genel kabul gören cinsel ilişki tanımı doğrultusunda suçun icrası esnasında mutlaka erkek tarafın olması gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla bu kapsamda mağdur, kadın veya erkek olabilmektedir. Ancak failin kadın olduğu durumlarda mağdurun kadın olması kabul edilmemektedir. Aynı şekilde Taner'e göre failin kadın olduğu durumlarda mağdurun muhakkak erkek olması gerektiği aksi halde kadının kadına karşı bu suçu işleyemeyeceği kabul edilmektedir.²⁷⁸Kadının kadına karşı bahse konu suçu işleyip işleyemeyeceğine ilişkin tartışmalara aşağıda değinilecektir.

Özetle doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında genel kabul gören görüşe göre; failin kadın olduğu hallerde mağdurun muhakkak erkek; failin erkek olduğu hallerde ise mağdurun cinsiyeti sınırlamaya tabi tutulmamıştır.

3.4.2.2.Mağdurun yaşı ile ilgili tartışmalar

²⁷⁴Taner; s.368.

²⁷⁵Türk Ceza Kanunu,<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5237.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.02.2024). Kanbur; s.4157, Doğan; s.138; Taner; s.472 vd. "*Anayasa Mahkemesi de mağdurun kadın veya erkek olabileceği görüşündedir: İtiraz konusu kuralla cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmektedir. Suçun mağdurunun on beş yaşını bitirmekle birlikte reşit olmayan bir çocuk olduğu, duruma göre kadın veya erkek olabileceği ...*" AYM; E. 2006/17, K. 2009/33, T:26.02.2009, (Kaynak: Özcan; s.322).

²⁷⁶Baytemir; s.485.

²⁷⁷Sarıgül; s.737.

²⁷⁸Doktrindeki görüşler için bkz. "*Failin Cinsiyeti Açısından Doktrindeki Tartışmalar ve Yargı Kararları*" Başlığı.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru, ilgili kanun metninde açık bir şekilde ifade edilmektedir. İlgili suçun mağdurları; on beş yaşını tamamlamış, fiillerin anlam ve sonuçlarını kavrayabilen²⁷⁹, cinsel ilişkiye rıza gösterebilen çocuklardır. Dolayısıyla bahse konu suç tipinde mağdur belirlenirken en önemli unsur, yaş tespitinin doğru ve net yapılmasıdır. Söz konusu yaş unsuru konusunda gerekirse kemik yaşı raporu alınmalıdır.²⁸⁰Mağdurun yaşına yönelik iki önemli tartışma söz konusudur. Bunlar: akıl hastalığı ve on sekiz yaşından küçük çocuğun ergin kılınması halidir.

TCK'nın 104. maddesi içeriğine bakıldığında; mağdur, on beş yaşından büyük çocuk olarak ifade edilmiştir. Ancak kanun başlığında, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olarak düzenleme alanı bulmuştur. Bu durum, ilgili suçun mağduru bakımından tartışmaya sebep olmuştur.²⁸¹ Olağan veya olağanüstü haller neticesinde, hukuken ergin kılınan on sekiz yaşını tamamlamamış çocukların, ilgili suçun mağduru olup olamayacağı konusu bu doğrultuda netlik içermemektedir. Dolayısıyla iki tartışma konusu oluşmaktadır. İlki, madde başlığının madde metnine dâhil edilip edilemeyeceği, ikincisi ise hukuken ergin kılınan çocuğun hala çocuk olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir.

İlk olarak madde başlığının ne ifade ettiğinin açıklanmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz. TBMM Adalet Komisyonu tarafından hazırlanan raporda, madde başlıkları ve madde gerekçelerinin, madde metninden ayrı tutulduğu fakat madde metninin anlaşılması hususunda, başlıkların oldukça önemli olduğu ve madde metninin ayrılmaz bir parçası olduğu ifade edilmektedir. O halde madde başlığının, madde metni ile uyumadığı halde, madde başlığı dikkate alınmamalıdır. Bu gerekçeyle de TCK'nın 104. maddesi açısından; mağdurun, on beş yaşını tamamlamış çocuk olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.²⁸²

Doktrindeki bazı yazarlara göre, madde metninin dikkate alınması yerinde olacaktır. Bu takdirde, on beş yaşından büyük çocuklara karşı ergin kılınmış dahi olsa reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun işlenebileceği ifade edilmektedir.²⁸³

²⁷⁹Kantarıcı; s.119; Taner; s.472 vd.; Özcan; s.319.

²⁸⁰Yargıtay 14. CD.; E.2015/4690, K.2019/9925, T.21.05.2019,www.kazancı.com, (Erişim Tarihi: 02.02.2024).

²⁸¹Sarıgül; s.746.

²⁸²TBMM Adalet Komisyonu'nun TCK Tasarısına ilişkin 3 Ağustos 2004 tarih ve Esas 1/593, Karar 60 sayılı Raporu. Bkz. Özgeç; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Ankara, s.81; Kantarıcı; s.119.

²⁸³Doğan; s.137,138; Ünver; Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, II. TürkiyeSlovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, s.46; *Doktrinde; Çakmut madde başlıklarının kanun metnine dahil olduğunu kabul etmemesi gerekçesiyle kanun metninde reşit kavramının yerine çocuk kavramının kullanılmasının bilinçli olduğu dolayısıyla reşit kılınan çocuğa karşı da işlenebileceğini kabul etmektedir.*(Çakmut; s.46); Memiş, Kartal; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.2086-

Evlilik ile ergin kılınan çocuklara karşı ilgili suçun işlenip işlenemeyeceği hem eş hem de üçüncü kişi bakımından tartışma konusu olmuştur. Ergin kılınmış dahi olsa on beş yaşından büyük çocuklara karşı ilgili suçun işlenebileceğini kabul eden yazarlardan bazı yazarlara göre, *‘‘hakkın kullanılması’’* söz konusu olmaktadır.²⁸⁴Hakkın kullanılması olarak ifade edilen husus; Medeni Kanun’un, evlilik birliğinin getirdiği yükümlülükler gereği eşlere birbirleri üzerinde cinsel tasarrufta bulunma hakkı verilmesi olarak ifade edilmektedir. Mahkeme kararı ile ergin kılınan on sekiz yaşından küçük çocuk, ilgili suçun mağduru olmaya devam edebilecektir.²⁸⁵ Ancak evlilik ile ergin kılınan çocuğa yönelik koca ile rızaen cinsel ilişkinin bu kapsamda suç oluşturmayacağı, buna karşın üçüncü bir kişinin evlilik ile ergin kılınmış çocuğa karşı *‘‘hakkın kullanılması’’* müessesinden yararlanması söz konusu olmadığından, ilgili suçun mağduru olabileceği ifade edilmektedir.²⁸⁶Ancak hakkın kullanılması, yalnızca eşler arasında rızaen cinsel ilişkide bulunması halinde gerçekleşebilecektir. Aksi halde rıza dışı cinsel ilişkiye girilmesi eşler arasında olsa dahi cezalandırılmaya tabiidir.²⁸⁷

Bahse konu görüşü eleştiren yazarlar tarafından, fail ayrımcılığının eşitlik ilkesine aykırı olduğu savunulmaktadır. On beş yaşını tamamlamış, ergin kılınan çocuğun, eşi ile rızaen cinsel ilişki de bulunması, suç teşkil etmezken; üçüncü bir kişi ile rızaen cinsel ilişkide bulunmasının suç teşkil etmesinin failer arasında ayrıma gittiği gerekçesiyle Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği ifade edilmektedir.²⁸⁸

Evlili olan, ergin kılınan çocuğun cinsel eylemleri üzerinde bu kapsamda özgürce tasarruf edebileceği, evli olmayan çocuğun ise cinsel özgürlüğü üzerinde tam tasarruf yetkisi olmadığı, dikkate alındığında²⁸⁹ bu durumun mağdurlar arasında ayrıma yol açtığı ifade edilmektedir. Evlilik yaşına gelmiş bir çocuğun evlenmiş olması noktasında bir ayrıma gidilmeksizin her ikisinin cinsel özgürlükleri üzerinde özgürce tasarruf edebilmeleri gerekmektedir.²⁹⁰Kantarıcı’ya göre bir kimsenin evlenme yaşını tamamlaması ile cinsel

2087; Kanbur; s.4161-4162; Doğan; s.137-138; Köksal; s.691-693; Akdağ; s.173;Özcan; s.322; Memiş, Kartal; Türk Ceza Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı, s.132; Beyazıt; s.296-302.

²⁸⁴Kanbur; s.4161.

²⁸⁵Tezcan/Erdem/Önok; s.406; *‘‘Meslek yahut sanat icrası gerekçesi ile mahkemece rüşt kazanan on beş yaşını tamamlamamış çocuklar, suçun mağduru olabilecektir.’’* Görüş için bkz. Malkoç; s.154; Köksal; s.692; Kanbur; s.4162.

²⁸⁶Kantarıcı; s.54-58; Kanbur; s.4161-4162; Özbek/Doğan/ Bacaksız; s.387; Soyaslan; s.252; Köksal; s.692-693; Kantarıcı; s.133; Özcan; s.325.

²⁸⁷*‘‘Ancak bu durum asla kişiye eşyle zorla cinsel ilişkiye girme hakkı vermeyecektir.’’* Yargıtay 2.HD.; E.2013/8470, K. 2013/22050, T. 26.09.2013, www.kazancı.com, (Erişim Tarihi: 02.02.2024)

²⁸⁸Memiş, Kartal; Türk Ceza Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı, s.132.

²⁸⁹Kantarıcı; s.137.

²⁹⁰Kantarıcı; s.137.

özgürlüğü üzerinde tasarruf etme yetkisi verilmelidir. Böylelikle on yedi yaşını doldurmuş çocukların cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf edebileceği bir düzenlemenin getirilmesinin yerinde olacağı ifade edilmiştir.²⁹¹

Sarıgül'e göre yukarıda açıklandığı üzere; evlilik yolu veya kanun yolu ile ergin kılınan çocuğun, eşi ile arasında rızaen geçen cinsel ilişkinin cezalandırılmayacağına tereddüt bulunmamaktadır. Üçüncü bir kişi ile rızaen cinsel ilişki de bulunulması hususunu ise *"korunan hukuki yarar dikkate alındığında çocuğun cinsel gelişiminin zarar görebileceğini düşünmek pek mümkün görülmemekle birlikte kanun metninin mağdur bakımından "on beş yaşını tamamlamış olanlar" şeklinde kapsam belirlemiş olması, ancak amaçsal yorumla böyle bir sonuca ulaşılabilmeyi mümkün kılmakta"* şeklinde ifade etmiştir.

292

Uygulamada kabul gören bir başka görüş ise her ne sebeple olursa olsun ergin kılınan çocuğa karşı ilgili suçun işlenemeyeceğidir.²⁹³ Yargıtay içtihatı da aynı yöndedir. Evlenmenin kişiyi ergin kıldığı, bu sebeple reşit olan kimseye karşı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun gerçekleşmeyeceği ifade edilmiştir.²⁹⁴ Diğer bir yandan, evlilik birliği ile birlikte ergin kılınan çocuğun, kendisine yapılan eylem ve davranışları algılama yeteneğine sahip olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca boşanmanın gerçekleşmesi ile birlikte de erginlik sona ermeyeceğinden, ergin kılınan çocuğun bu suçun mağduru kabul edilmesi, ergin kılma sebepleri ile örtüşmeyecektir.²⁹⁵

Yargıtay içtihatlarında da bu görüş savunularak 19.01.2012 tarihinde verilmiş olunan bir kararda cinsel ilişki olayından önce mağdurenin evli olduğu ve bundan dolayı TMK'nın 11/2 maddesi gereğince ergin kılındığı, dolayısıyla reşit olan kimse ile rıza doğrultusunda girilen cinsel ilişkinin suç teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir.²⁹⁶

Tartışılması gereken bir diğer husus, hukuken ergin kılınan çocuğun, TCK açısından çocuk olarak kabul edilip edilmeyeceğidir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin

²⁹¹Kantarıcı; s.138.

²⁹²Sarıgül; s.746.

²⁹³Tezcan/ Erdem/Önok; s.406; Beyazıt; s.406.

²⁹⁴Yargıtay 14. CD.; E.2011/12610, K. 2012/460, T. 19.01.2012, Kaynak: Kantarıcı; s.138.

²⁹⁵Tezcan/ Erdem/ Önok; s.410.

²⁹⁶ "Sarıgül'ün mağdure ile rızası ile cinsel ilişkide bulunduğu yönündeki aşamalarda değişmeyen ifadeleri, mağdurenin de çelişkili beyanları, tanık anlatımları ve tüm dosya içeriğinden; sarıgül'ün mağdure ile rızası ile cinsel ilişkide bulunduğu 17.02.2004 gününden önce mağdurenin evli olduğu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 11/2. maddesinin "evlenme kişiyi ergin kılar" hükmü karşısında, reşit olan kişi ile rızası ile cinsel ilişki de bulunmanın suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması," Yargıtay 14. C.D.; E. 2011/12610, K. 2012/460, T. 19.01.2012, <https://www.lexpera.com.tr/>, (Erişim Tarihi:08.03.2024).

ilk maddesinde²⁹⁷ çocuk tanımı, on sekiz yaşından küçük kimseler olarak ifade edilmektedir. Ancak on sekiz yaşından küçük olmasına rağmen erken yaşta ergin kılınan çocuklar, kapsam dışında tutulmuştur. Söz konusu tarafı olunan Sözleşme'deki bahse konu hüküm ile hukuken reşit kılınan çocuğun artık çocuk olarak sayılamayacağı kabul edilmektedir.²⁹⁸

TCK'nın 6/1 maddesine göre; çocuk tanımı, hüküm altına alınırken zımni olarak hukuken ergin kılınmış dahi olsa, on sekiz yaşından küçük ise çocuk olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Çocuk Koruma Kanunu'na göre ise çocuk tanımında yer verilen on sekiz yaşını tamamlamış ifadesi ile ergin kılınmaya bakılmaksızın, on sekiz yaşından küçük kimselerin çocuk olarak kabul edilmesi gerektiği kabul edilmiştir.²⁹⁹ Bu kapsamda Yargıtay içtihatları da aynı yöndedir.³⁰⁰

Doktrinde bir görüşe göre, BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye uygun düşecek şekilde Medeni Kanun açısından ergin kılınan bir çocuğun, bu kapsamda TCK açısından da çocuk sayılamayacağı kabul edilmektedir.³⁰¹

Kanaatimizce uluslararası sözleşmelerde de fikir birliği olmadığı, her ne kadar tarafı olduğumuz uluslararası sözleşme, ergin kılınan çocuğun, çocuk olarak kabul edilmemesi gerektiği şeklinde düzenlemeye gitmiş olsa bile TCK açısından, çocuk tanımının on sekiz yaşından küçük kimse, olarak ifade edildiği görülmektedir.

Türk Hukuk Sistemindeki düzenlemenin, uluslararası düzenlemeye göre daha ileride olduğunu, çocuğun üstün yararının gözetildiğini söylemekte fayda olduğu düşüncesindeyiz. TCK düzenlemesi, uluslararası düzenlemeyi genişletici bir nitelikte değildir. Ceza hukuku, bireylerin bilişsel ve duygusal gelişimini dikkate almaktadır. On sekiz yaşından küçük kimse, davranışlarının sonuçlarını yetişkinler gibi değerlendirme kapasitesine sahip olmadığı kabul edilmektedir. Çocukların ceza hukuk kapsamında daha fazla korumasını sağlamak, toplumun

²⁹⁷ "Bu Sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır."

²⁹⁸ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme> (Erişim Tarihi:08.03.2024).

²⁹⁹ Akbulut, Berrin; Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması, MÜHFHAD, 19(2) (Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan) 2013, s.547-548.

³⁰⁰ "Bu sebeple on sekiz yaşını bitirmeksizin ergin olan mağdurlara karşı; a) Eşi tarafından vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle bir suç işlenmesi durumunda 5237 sayılı Kanunun 102/2. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırı, b) Eşi dışında başka bir kişi tarafından vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle bir suç işlenmesi durumunda 5237 sayılı Kanunun 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturacağı" denilmektedir." Yargıtay 14. CD.; E. 2014/582, K. 2014/14622, T. 22.12.2014, <https://kazancı.com.tr>, (Erişim Tarihi:15.11.2024).

³⁰¹ Akbulut; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.547-548.

onların gelişimini destekleme ve rehabilitasyonunu öncelik yapma yükümlülüğünün bir parçasıdır. Bu gerekçelerle medeni hukuk bakımından ergin kılınsa dahi çocuğun, TCK açısından çocuk olarak kabul edilmesinin yerinde olduğu kanısındayız.

Kanaatimizce doktrinde yaş kıstasını esas alan görüş hem ilgili kanun maddesinin koruduğu hukuki değerlerle hem de çocuğun üstün yararı açısından daha isabetlidir. Aksi halde, hukuken ergin kılınan çocuk olan mağdura yönelik gerçekleşen cinsel eylem neticesinde çocuğun suçun mağduru olarak kabul edilmeyeceği, kanun koyucunun en temel amacı olan çocuğu cinsel ilişkiye varan eylemlerden korumaya ters düşecek bir ifadedir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin 10. maddesi olan eşitlik ilkesine de aykırılık teşkil edecektir.

Kanaatimizce evlilik ile ergin kılınan çocuğun eşi ile rızaen cinsel ilişkide bulunduğu hallerde TCK'nın 104. maddesi kapsamında mağdur olarak değerlendirilmesi, uygulamada içinden çıkılmaz bir hal yaratacaktır. Ayrıca Medeni Kanun kapsamında evlilik birliğinin getirdiği yükümlülükler çerçevesinde, evliliğin doğal sonucu olan cinsel ilişkinin cezalandırılması kanaatimizce yerinde olmayacaktır. Evlilik ile ergin kılınan çocuğun üçüncü kişi ile rızaen cinsel ilişkide bulunmasının halinin değerlendirilmesi ise şu şekildedir. Bahse konu eylemi, cezalandırılabilir kılmak, ilk bakışta isabetli görünse de koruduğu hukuki değer kapsamında çelişki yaratacaktır. İlgili maddenin koruduğu hukuki değer çocuğun cinsel gelişimi olduğunu dikkate alındığında, evli ve eşi ile cinsel ilişki yaşayan çocuğun cinsel gelişiminin tamamlanmadığının kabulü bizce yerinde olmayacaktır. Bahse konu çocuğun artık cinsel eylem ve davranışların anlam ve sonuçlarını anlayabilecek yetenekte olduğunun kabulü gerekmektedir. Ancak burada kanaatimizce başka bir sorun ortaya çıkmaktadır. On beş yaşından büyük çocuğun evli olması halinde cinsel özgürlük sınırlandırılmazken, evli olmayan on beş yaşından büyük çocuk için cinsel özgürlük belli sınırlara tabi tutulmaktadır. Kanun koyucunun, ilgili suç ile koruduğu hukuki değer çocuğun cinsel gelişiminin sağlıklı ve tam ilerlemesi kabul edildiğinde, mağdurlar arasında evlilik birliğinin ayırt edici bir unsur olarak karşımıza çıkması bizce de eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceği gibi ilgili suçun koruduğu hukuki değerle de uyuşmayacaktır. Diğer taraftan mülga 765 Sayılı Kanun'da ilgili maddede "*reşit olmayanla*" ifadesi 5237 Sayılı Kanun'da değiştirilerek, "*on beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış çocuk*" ifadesine yer verilmesinin kanun koyucu tarafından bir amaca hizmet ettiği kanısındayız. Tüm bu gerekçelerle kanun maddesinin varlığı dahi başlı başına tartışma konusu iken hala günümüzde suç olarak kaldığı dikkate alındığında, kendi içindeki çelişkilerin giderilmesi gerekmektedir. Şayet evliliğin, suçun mağduru olabilecek çocuk üzerinde cinsel bilinci oluşturduğu kanun koyucu tarafından

düşünülyorsa, ergin kılınan çocuklar açısından suçun tekrar düzenlenmesinin ve kanun metnine daha net ifadeler eklenmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar açısından yalnızca reşit olmayanla cinsel ilişki suçu için bu görüş kabul edilebilmektedir. Bu kapsamda cinsel dokunulmazlığa karşı diğer suçlar açısından böyle bir değerlendirme mümkün değildir.

3.4.2.3. Fail ve mağdurun çocuk olması hali

Failin yaşı ile ilgili esas tartışma konusu olan hem mağdurun hem de failin çocuk olması durumudur. İki çocuğun, rızaen cinsel ilişkiye girmesi durumunda, failin kim mağdurun kim olacağı tartışma konusudur.

Doktrinde, azınlık ve geleneksel olarak adlandırılan eski kanun dönemi ile uyumlu görüşe göre, iki çocuğun rıza ile cinsel ilişkiye girmesi sonucu, kız çocuğun erkek çocuğa göre vücut bütünlüğü kapsamında ve bulunduğu toplum nezdinde daha çok etkilendiği gerekçesiyle erkek tarafın aktif olduğu kabul edilmektedir. İki erkek çocuk olması durumunda ise aktif olana ceza verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.³⁰² Erkek tarafın, aktif olduğu bu sebeple cezalandırılması gerektiği görüşü, en başta Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca kanun koyucu, kanun maddesinde mağduru veya faili tanımlarken herhangi bir cinsiyet ayırımına gitmemiştir. İlgili kanun maddesi ile esas korunmak istenen hukuki değer, kız veya erkek çocuk ayırımı yapılmaksızın, çocuğun üstün yararını gözetmektedir. Hal böyle olunca kız çocuğunu erkek çocuğundan bu bağlamda ayırmanın doğru olmayacağı düşüncesindeyiz. Kaldı ki bu görüş, günümüzde geçerliliğini neredeyse tamamı ile yitirmektedir.³⁰³

İki çocuğun cinsel ilişkiye girmesi sonucu, TCK'nın 104. maddesi doğrultusunda çocukların hem fail hem mağdur olarak yer alacağı görüşünü savunan yazarlar bulunmaktadır.³⁰⁴ Bu bağlamda, çocukların, kendi kusurları oranlarında cezalandırılmaya tabi tutulacağı kabul edilmektedir.

³⁰² "Kararda erkek çocuk fail olarak gösterilmiş, yaş küçüklüğüne ilişkin gerekli indirimlerin yapılması gerektiğine hükmedilmiştir: "... sanığın, karar başlığında yazılı suç tarihinde henüz 18 yaşını bitirmediği anlaşılmaktadır. ..."YCGK; E:2007/5-18, K:: 2007/64, T:13.03.2007, (Kaynak: Toprakçı; s.62).

³⁰³Koca/Üzülmez; s.421; Bozada, Berfin; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, T.C. Antalya Bilim Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2021.

³⁰⁴Soyaslan; s.247.

Bir diğerk görüşe göre ise çocuğun cinsel gelişiminin sağlıklı tamamlanabilmesi adına, reşit olan kimseyle cinsel ilişkiye girmesine engel olmak ile reşit olmayan kimseyle cinsel ilişkiye girmesi arasında bir fark bulunmadığı ifade edilmektedir. TCK'nın 103. Maddesine göre çocuğun her yaştaki fail tarafından tipiklik içeren eylemlerin, TCK'nın 104. maddesinde suç olmaktan çıkarılmasının doğru olmadığı, bu sebeple on beş yaşını tamamlamış iki çocuğun cinsel ilişkide bulunduğu olayda TCK'nın 104. madde değerlendirmesinin yapılması gerektiği ifade edilmiştir.³⁰⁵ Anayasa Mahkemesine konu, failin de reşit olmayan bir kimse olduğu olayda, AYM tarafından TCK'nın 104. maddesine göre hüküm kurulması gerektiği ifade edilmiştir.³⁰⁶

Kanaatimizce de korunan kimsenin çocuk olduğu ve çocuğun cinsel gelişimini tamamlaması dikkate alındığında, iki çocuğun cinsel ilişkiye girmesi sonucu hangi çocuğun bu kapsamda korunmaya değer, hangisinin korunmaya değer olmadığına tespiti, kanun koyucunun suçu düzenleme amacına aykırılık oluşturmaktadır.

Bu suç tipinde, hem fail hem de mağdur çocuk statüsünde olduğunda, tarafların hem mağdur hem de sanık sıfatını taşıyabileceği ifade edilmektedir.³⁰⁷ Bu bağlamda, her iki tarafın da birbirlerine karşı şikâyette bulunma hakkına sahip olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.³⁰⁸

Uygulamada bu tür durumlar bu şekilde değerlendirilirken, doktrinde ise farklı yaklaşımlar mevcuttur. Doktrindeki tartışmaların temel noktalarından biri, bu şartlar altında suçun oluşup oluşmayacağıdır. Konuya ilişkin farklı görüşler, failin yaşı ve cezai sorumluluk yaşı gibi unsurlar çerçevesinde şekillenmektedir

³⁰⁵Özbek/Doğan/Bacaksız; s.385.

³⁰⁶Nitekim Anayasa Mahkemesi tarafından verilen karara göre de sanığın cezalandırılması açısından mağdurla aynı yaş grubunda yer alması veya reşit olması arasında fark bulunmamaktadır. AYM;E. 2006/17, K. 2009/33 T:26.02.2009, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/33?EsasNo=2006%2F17>, (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

Bu konuda Yargıtay da aynı görüştedir: ...5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failinin yaşı ile ilgili olarak herhangi bir sınırlandırma bulunmadığı, 18 yaşından küçük failer tarafından da bu suçun işlenmesinin mümkün olduğu gözetilmeden, sanığın mahkumiyeti yerine "Atılı suçun failinin on sekiz yaşından büyük kişiler olabileceği" şeklindeki kanuni olmayan yetersiz gerekçeyle beraatine karar verilmesi... Yargıtay 14. CD.; E. 2014/2241, K. 2015/228, T:15.01.2015, (Kaynak: Parlar/Öztürk; s.559). Mağdurenin ve sanığın anlatımlarına, Gediz Devlet Hastanesinin 26.5.2010 ve Kütahya Adli Tıp Şube Müdürlüğü'nün 24.6.2010 tarihli raporlarına ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın nüfus kayıt örneğine göre 17 yaş içerisinde olup 18 yaşını bitirmeyen mağdureyi evine götürüp burada rızası ile cinsel ilişkiye girdiği, eylemin bu haliyle TCK'nın 104/1. maddesinde tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarını oluşturduğu gözetilerek bu suçtan mahkûmiyeti yerine, yazılı gerekçeyle beraatine kararı verilmesi... ,Yargıtay 14. CD.; E. 2013/1323, K. 2014/12142, T:04.11.2014, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 10.10.2024).

³⁰⁷ Tuğrul; s.1179.

³⁰⁸ Sarıgül; s.736.

Doktrinde de genel kabul gören görüş, iki çocuğun rızaları doğrultusunda, cinsel ilişkide bulunmaları halinde mağdur ve fail sıfatlarının birleşeceği, şikâyet hakkının kim tarafından kullanılacağı belirlenmeyeceği, bu sebeple her iki çocuğunda cezalandırılması gibi anlamsız neticeler doğacağı kabul edilmektedir.³⁰⁹

Bir diğer görüşe göre çocuklar, karşılıklı şikâyette bulunmadıkları müddetçe iki reşit olmayan arasında gerçekleşen cinsel ilişki, ceza hukuku dışında kalmaktadır.³¹⁰

Genel kabul gören görüşe göre; TCK'nın 104. maddesindeki tanımına ve kanun maddesinin lafzına bakıldığında, cinsiyet ayırımına gidilmediği oldukça nettir. Dolayısıyla on beş, on sekiz yaş aralığındaki iki çocuğun rızaen cinsel ilişkiye girmelerinin ardından her ikisinin de bu kapsamda şikâyet hakkı bulunmaktadır.³¹¹ Bu durumda çocuk hem fail hem mağdur sıfatını almakta ve böylelikle tipikliğin oluşması imkânsız hale gelmektedir.

İki çocuğun rızaen cinsel ilişkiye girmesi sonucu şikâyette bulunması, kanun boşluğunu göstermektedir. Bu noktada, kanun koyucunun failin yaşına yönelik hüküm kurması ile kanun boşluğunun giderilebileceği düşüncesindeyiz.

Kanun maddeleri yorumlanırken uluslararası sözleşmeler göz önünde bulundurularak, çizilen sınırlar içinde yorum yapılması gerekmektedir.³¹² Türkiye'nin de taraf olduğu "*Cinsel Suistimale ve Cinsel İstismara Karşı Çocukların Korunmasına Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*"nin on sekizinci maddesinin ilk iki fıkrası incelendiğinde, reşit kimsenin reşit olmayan kimseye karşı sorumlulukları belirlenmiş, ardından iki çocuk arasında meydana gelen cinsel eylemin karşılıklı rızaya dayanması sonucu, suç kapsamının dışında tutulması gerektiği, düzenleme alanı bulmuştur. Sözleşme'nin bağlayıcı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ilgili maddenin sözleşme hükümlerine göre uyarlanması gerekliliği anlaşılmaktadır. Buna göre, reşit olmayan çocukların cinsel ilişki boyutuna varan fiil ve eylemlerini suç olmaktan çıkaracak bir değişikliğe gidilmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Yukarıda da ifade edildiği üzere; erkek tarafın cezalandırılması, kız tarafın daha mağdur olduğu düşüncesinin, 765 Sayılı Kanun'la paralel olduğu ve 5237 Sayılı Kanun'da bir karşılığı olmadığı düşüncesindeyiz.³¹³ Ayrıca aktif ve pasif nitelendirmesinde yalnızca pasif

³⁰⁹ Koca/Üzülmüş; s.372; Tezcan/ Erdem/Önok; s.404; Taner; s.479; Kocaoğlu; s.405.

³¹⁰ Hafizoğulları; s.7.

³¹¹ Sarıgül; s.736.

³¹² Köksal; s.695; Sarıgül; s.735.

³¹³ Aynı yönde görüş için bkz. Akdağ; s.179, Sarıgül; s.737.

durumda kabul edilen çocuğun zarara uğrayacağına kabulünün bilimsel bir temeli olmadığı ifade edilmektedir.³¹⁴ Aynı şekilde cinsel ilişkide mağdur sıfatının belirlenmesinde, organın kim tarafından sokulduğunun bir önemi olmadığı kabul edilmektedir.³¹⁵

Sarıgül'e göre suçun failinin reşit veya on sekiz yaşını tamamlamış kimse olabileceği, tek başına kanun lafzından çıkarılabilecek bir yorum değildir. Yalnızca suç ile korunan hukuki değer göz önünde bulundurulduğunda amaçsal yorum ile böyle bir değerlendirmenin yapılabileceği savunulmaktadır.³¹⁶ Ancak böyle bir durumda da *'karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi fail ile mağdur arasında belli yaş farkının olmadığı takdirde yine istismar içermeyen bazı somut örneklerin suç kapsamında değerlendirilmesi kaçınılmazdır.'*³¹⁷

Son olarak, hâkim kararı ile ergin kılınma halinden bahsedilmesinin yerinde olacağı kanısındayız. Çocuk Koruma Kanunu üçüncü maddesi neticesinde çocuk, ergin kılınsa dahi çocuk sayılmaktadır.³¹⁸ Ayrıca on sekiz yaşını tamamlamamış fakat kanunen ergin kılınmış kimsenin, Ceza Kanunu kapsamında çocuk oldukları dikkate alındığında, TCK'nın 104. maddesi kapsamında fail olarak nitelendirilmesinin yerinde olmayacağı kanısındayız. Hâkim tarafından ergin kılınan çocuk yalnızca Medeni Kanun kapsamında ergin kılınmaktadır.³¹⁹ Çocuğun on sekiz yaşından önce ergin kılınması, fizyolojik ve psikolojik olarak cinsel olgunluğa eriştiği anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla failin ancak on sekiz yaşını doldurmuş kimse olabileceği kabul edilmektedir.³²⁰

Yargıtay içtihatlarında failin de reşit olmayan kimse olabileceği kabul edilmektedir.³²¹ Yargıtay içtihatlarında, failin de reşit olmadığı durumlarda her somut olaya göre farklı değerlendirme yapılabilmektedir.³²²

³¹⁴Sarıgül; s.737; Akdağ; s.179.

³¹⁵Tezcan/Erdem/Önok; s.404; Aynı yönde görüş için bkz. Kanbur; s.4151; Kantarcı; s.113.

³¹⁶Sarıgül; s.738.

³¹⁷Sarıgül; s.378.

³¹⁸Çocuk Koruma Kanunu "Kanun Numarası: 5393." *Kabul tarihi* 3.07 (2005): 2005.

³¹⁹Özbek/Doğan/Bacaksız; s.384; Sarıgül; s.731.

³²⁰Kanbur; s.4147; Sarıgül; s.731.

³²¹'Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda failin yaşının 18'in altında olabileceği belirtilmiştir. Bu durumda failin ceza sorumluluğu, olayın şartlarına ve TCK hükümlerine göre değerlendirilmiştir.'Yargıtay 14. CD., E. 2014/2241, K. 2015/228, T. 15.1.2015, <https://www.lexpera.com.tr/>, (Erişim tarihi:13.12.2024).

*'Cezaevinde mahkûm olan ve her ikisinin de yaşının on altı olduğu iki çocuğun, birinin diğerine karşı fiili livata yoluyla cinsel istismar suçundan açılan bir davada, livata failininin pasif tarafı olan erkek çocuğun rızası üzerine aktif tarafı olan diğer erkek çocuğun yaptığı fiili reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olarak değerlendirmiştir.'*Yargıtay 14.CD.; E.2012/13961, K.2013/46, T.24.01.2013, <https://moral.hukuk.com/makaleler/resit-olmayanla-cinsel-iliski-sucu-tck-104>, (Erişim Tarihi: 13.12.2024).

³²²'...Sanıklar ile suça sürüklenen çocuklar haklarında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan hükümlerin temyiz incelemesine gelince; Dosya kapsamında iddia edilen olayların tarihlerinin net olarak belirlenmemesi ve katılan mağdurenin aşamalarda özde değişmeyen anlatımları ile bu beyanları doğrulayan ve

Kanaatimizce en doğru yaklaşım, uluslararası düzenlemelerin göz önünde bulundurularak yorum yapılmasıdır. Her ne kadar karşılaştırmalı hukukta ve uluslararası sözleşmelerde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik bir düzenleme yer almasa da çocuğun istismarı en temel konudur. Yukarıda da açıklandığı üzere; on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocukların TCK'nın 104. maddesi kapsamında fail olarak kabul edilemeyeceğine yönelik hüküm bulunmasa da akran çocuklar arasında istismar içermeyen, rızaen gerçekleştirilen cinsel ilişkinin suç olarak değerlendirilmemesinin yerinde olacağı kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, nitelikli hal şeklinde bir düzenleme haricinde, çocuğun üstün yararı göz önünde tutularak, kanun metninin aksi yoruma mahal vermeyecek şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

3.4.2.4. Mağdurun anlam ve sonuçları kavrama yeteneği, akıl hastalığı

Mağdurun, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilme yeteneği, her somut olay nezdinde olayın gerçekleştiği tarih dikkate alınarak tespit edilmelidir.³²³

On beş yaşından küçük veya on beş yaşını tamamlamış fakat fiilin anlam ve sonuçlarını anlayabilecek yeteneğe sahip olmayan, cinsel ilişkiye rıza gösteren çocuklar, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olmayacaktır. Dolayısıyla suçun işlendiği anda mağdurun yaşının şüpheye mahal vermemesi gerekmektedir. Aksi halde şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanması gerekecektir.³²⁴ On beş yaşını tamamlamış çocuğun temyiz

kısmen ikrar içeren bir kısım sanıklar ile suça sürüklenen çocukların savunmaları nazara alındığında, sanıklar ile suça sürüklenen çocukların, mağdureyle rızası ile cinsel ilişkiye girdikleri sabit olup, mevcut haliyle eylemlerinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek her bir sanık ve suça sürüklenen çocuk yönünden suç tarihlerinin tespitiyle mağdure tarafından şikâyetin altı aylık kamuni süresi içerisinde yapılıp yapılmadığı belirlendikten sonra sanıklar ile suça sürüklenen çocukların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması, Kanuna aykırı, katılan mağdure vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA,..." Yargıtay 14. CD., E.2015/7108, K. 2019/10150, T.20.06.2019, UYAP'tan Alınmıştır, (Erişim Tarihi:02.04.2023).

³²³Baykal; s.52.

³²⁴Nitekim Yargıtay içtihatları da aynı görüştedir. "Mağdurenin, sanıkların eylemlerine dair anlatımlarının 2009 yılı Kasım ayı ve sonrasına yönelik, olması, resmi bir kurumda doğmadığı anlaşılan mağdurenin yaşının tespiti için İstanbul Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulundan aldırılan 22.08.2011 tarihli raporda, mağdurenin film çekilme tarihi olan 19.02.2010 itibarıyla 15 (on beş) yaşını bitirmiş olup, 16 (on altı) yaşını bitirmediğinin kabulünün uygun olacağı belirtilip bunun dışında 2009 yılı Kasım ayında on beş yaşını tamamlamadığına yönelik bir tespitle bulunulması, annesinin, mağdurenin 1993 yılında doğduğundan bahisle yaş tashihi davası açıp babasının da kolluk ifadesinde mağdurenin 1993 yılında doğduğunu beyan etmesi karşısında, mağdurenin tespit edilen yaş şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sanıklar lehine değerlendirilip ilgili suç tarihlerinde on beş yaşından büyük olduğu kabul edilerek buna göre eylemlerin 5237 Sayılı TCK'nın 104. maddesinde yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı ve mağdurenin 07.02.2012 tarihli ifadesinde şikâyetçi olmadığı hususları da nazara alınarak sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı

kudretine sahip olup olmadığının araştırılmasının mahkemeler tarafından resen gerçekleştirilmesi gerektiğine dair içtihatlar bulunmaktadır.³²⁵

Doktrinde, mağdurun fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin olup olmadığının tespit edilmesinin yeterli olduğu, hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin değerlendirilmesinin yapılmasının gereksiz olduğu ifade edilmektedir.³²⁶Mağdurun anlaması gerekenin, ilgili kanun maddesinin koruduğu hukuki değer dikkate alındığında, eylemin kendi üzerindeki sonuçları olduğu ifade edilmektedir. Karşıt görüşe göre, mağdurun fiilin hukuki sonuçlarını bilip bilmemesinin bu açıdan önemi olmadığı ifade edilmektedir.³²⁷Yargıtay'ın bazı içtihatlarında, hukuki sonuç dışında yalnızca fiilin anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğinin dikkate alındığı ifade edilmiştir.³²⁸

Akıl hastası olan kimselerin cinsel yönden istismara uğrama riski, normal insanlara göre daha fazladır. Öyle ki; bahse konu bireyler kendilerine yöneltilen yakınlıkların doğal olduğunu zannına kapılarak, istismar edildiklerinin farkına varamayabilirler.³²⁹Bir görüşe göre, her akıl hastasının anlama ve kavrama yeteneğinin bir olmaması sebebiyle aynı değerlendirmeye tabi tutulmasının doğru olmayacağı kabul edilmektedir.³³⁰ Akıl hastalarının da cinsel istek ve tatmin ihtiyaçlarının var olduğu ve bu husustaki anlama yeteneklerinin

şekilde hükümler kurulması..." Yargıtay 14. CD.; E.2018/4808, K..2018/6162, T.22.10.2018, Kaynak:Özcan; s.319.

³²⁵Mağdure ile ilgili olarak Devlet Hastanesinin 30.7.2012 tarihli raporunda "klinik olarak hafif zeka geriliği izlenimi verdiğinin" belirtilmesi karşısında, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kuruluna sevk edilerek suç tarihi itibarıyla akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olup olmadığı, kendisine karşı işlenen eylemin ahlaki kötülüğünü idrak edip edemeyeceği, fiile karşı mukavemete muktedir olup olmadığı, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı var ise bu durumun beden veya ruh bakımından kendisini savunmasına mani olacak mahiyet ve derecede bulunup bulunmadığı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği... "Yargıtay 14. CD.; E.2016/2896, K.2016/3319, T.05.04.2016, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.04.2024); Şen, Ersan; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: I, İstanbul, 2006, s.396.

³²⁶Memiş, Kartal, Türk Ceza Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı, s.152.

³²⁷Kantarıcı; s.126.

³²⁸Baykal; s.23, "... mağdurun kendisine karşı işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olup olmadığı konusunda Adli Tıp Kurumundan rapor alındıktan sonra, sonucuna göre hüküm kurulması..."Yargıtay 14.CD; E.2011/22180, K.2013/11403, T.12.11.2013, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.04.2024).

"Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan sanıklar S.S., Y.O., A.C., T.A. ve S.A.'ın yapılan yargılamaları sonunda; atılı suçtan eylemlerinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğunun kabulüyle şikayet yokluğu sebebiyle sanıklar hakkındaki kamu davalarının düşürülmesine dair Aksaray Ağır Ceza Mahkemesinden verilen 25.3.2008 gün ve 2007/96 Esas, 2008/63 Karar sayılı hükümlerin süresi içinde Yargıtay'ca incelenmesi katılan vekili tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığından tebliğname ile Daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü: "Mağdurun suç tarihinde zeka geriliği veya akıl hastalığı bulunup bulunmadığı, mevcutsa bu durumun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olup olmadığı hususlarında açıklayıcı rapor alındıktan sonra, tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdirine gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yargıtay 14.CD.; E: 2011/3898, K: 2012/8630, T: 19.9.2012, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:02.04.2024).

³²⁹Kır, Ebru; Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve İstismara Karşı Önleyici Eğitim Çalışmaları, İÜHFİM, LXXI(1),s.793.

³³⁰Kantarıcı; s.127-128.

gelişmiş olabileceğinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmektedir. Buna karşın hem çocuk hem de akıl hastası olan mağdurun bu doğrultuda korunmaya ihtiyacının daha fazla olduğu savunulmaktadır. Dolayısıyla yapılacak tespitlerin titizlikle yapılması öngörülmektedir.³³¹

Diğer bir görüşe göre ise akıl hastalarının anlama ve kavrama yeteneğinin bulunmamasının, iradeyi sakatlayan bir durum olduğu, dolayısıyla tipikliğin unsuru olan rızanın gerçekleşmesinin mümkün olamayacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla rıza unsuru yoksa TCK'nın 104. maddesi oluşmayacaktır. Yargıtay içtihatları da bu doğrultudadır.³³²

Kanaatimizce, mağdurun cinsel gelişiminin sağlıklı tamamlanması, çocuğun korunmasına yönelik düzenlenen kanun maddesi uyarınca, mağdurun kendisine yöneltilen cinsel ilişkinin ne olduğunu ve fiilin sonuçlarının kendi üzerinde neler değiştireceğini anlamasının, araştırılmasının isabetli olacağı düşüncesindeyiz. Hukuki sonuçların, mağdur tarafından bilinip bilinmemesinin suç kapsamında mağdura sağlayacağı bir yarar olmadığı düşüncesindeyiz. Ayrıca her akıl hastasının doğrudan cinsel eylemleri anlayamayacağını kabul etmenin de doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Bahse konu durumun, her somut olay açısından özel olarak değerlendirilmesi, yerinde olacaktır. Bilirkişi raporlarına başvurmak, bu noktada fayda sağlayacaktır. Burada ise dikkat edilmesi gereken, bilirkişi raporlarının, fiilin gerçekleştiği tarih esas alınarak hazırlanması gerekliliğidir. Akıl hastası mağdurun yaşanan cinsel ilişkinin ne olduğu, vermiş olduğu rızanın iradi olup olmadığı, eylemin sonuçlarını anlayabilecek yetenekte olup olmadığı konusunda birçok tespit yapılması önem arz etmektedir. Nitekim bahse konu kimse, hem akıl hastası hem de çocuktur. Dolayısıyla akranlarına kıyasla daha fazla korunmaya muhtaç olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

³³¹Baykal; s.53.

*“ 4721 Sayılı Medeni Kanununun 13. maddesinde, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu, 10. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyetinin bulunduğu, 11. maddesinde, erginliğin on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlayacağı, 14. maddesinde, ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyetinin olmadığı, 15. maddesinde de, kanunda gösterilen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemelere göre, akıl ve ruh hastalıklarıyla akıl zayıflığı nedenlerinden dolayı akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olan 18 yaşından büyüklerin cinsel dokunulmazlıkları ile bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlükleriyle ilgili açıkladıkları rızalarının geçerli olmadığı, buna bağlı olarak da rızalarının hukuka uygunluk nedeni olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.”*Yargıtay 14. CD.; E.2011/5-230, K.2011/273, T. 20.12.2011, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 18.11.2024).

3.4.3.Fiil

Bir hareketin, irade ile gerçekleştirilmesi sonucu fiil oluşmaktadır. Fiil, ceza hukuku bakımından vazgeçilmez bir unsurdur. Hiçbir düşünce, kendi başına cezalandırılmaz. Yalnızca düşüncenin dış dünyaya yansması ile gerçekleşen fiil, suç teşkil edecektir. Düşünce ise fiil ile dış dünyaya yansmaktadır.³³³

Bir fiilin, ceza hukuku kapsamında değerlendirilmesi için mutlaka kanunda tanımlanan haline uygun olmalıdır. İlgili kanun metninde tanımlı fiil ile her haliyle uyuşan hareket cezalandırılabilir. Dolayısıyla dikkat edilmesi gereken en önemli unsur, hareketin tipe uygunluğu olmaktadır.³³⁴

Tipik fiilin, kanun metninde açık bir tanımının yapılmamış olması, doktrinde tartışma konusu olmuş ve bu kapsamda cinsel ilişkinin farklı tanımları yapılmıştır. Mağdurun salt iradesi ile göstermiş olduğu rıza doğrultusunda gerçekleştirilen fiil neticesinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmaktadır.³³⁵

Cinsel ilişki kavramı, mülga 765 Sayılı Kanun döneminde, doktrinde ve içtihatlarda tartışmalara yol açmıştır. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar başlığının altında düzenleme alanı bulan diğer üç suçta yer alan “*vücuda organ yahut sair cisim sokulması*” kavramına yer verilmediği ve bu sebeple vücuda sair cisim sokulması eyleminin bu kapsamda cinsel davranış olarak mı yoksa cinsel ilişki olarak mı kabul edilmesi gerektiği tartışma konusu olmuştur.³³⁶ Oral ve anal seksin veya farklı cinsel saikle, tatmin sağlayan eylemlerin cinsel ilişki kapsamında değerlendirilmesi de tartışmalıdır.³³⁷

³³³Özgenç; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.182.

³³⁴Koca/Üzülmöz; s.122.

³³⁵Yeldan, Didem; Uygulamada Cinsel Suçlar, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2023, s.470; Özcan; s.326; Sarıgül; s.730;Toprakçı; s.65; “...Mağdurenin ve sanığın anlatımlarına, Gediz Devlet Hastanesinin 26.05.2010 ve Kütahya Adli Tıp Şube Müdürlüğüünün 24.06.2010 tarihli raporlarına ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın nüfus kayıt örneğine göre 17 yaş içerisinde olup 18 yaşını bitirmeyen mağdureyi evine götürüp burada rızası ile cinsel ilişkiye girdiği, eylemin bu haliyle TCK.nın 104/1. maddesinde tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarını oluşturduğu gözetilerek bu suçtan mahkûmiyeti yerine, yazılı gerekçeyle beraatine kararı verilmesi, Kanuna aykırı, katılan vekili ve O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmemiş olduğundan, hükümlerin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK.nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA...”Yargıtay 14. CD.; E.2013/1323, K.2014/12142, T. 04/11/2014, Kaynak:Keser; s.42, (Erişim Tarihi:16.11.2024).

³³⁶ Polat; s.191.

³³⁷ Keser;s.83.

Mülga 765 Sayılı Kanun döneminde, cinsel ilişki kavramı, doktrinde³³⁸ ve içtihatlarda³³⁹; “*Failin tenasül organının, diğerinin vücuduna normal veya anormal yoldan, kısmen veya tamamen duhulü.*” olarak tanımlanmıştır. Bu doğrultuda vücuda sair organ veya cisim sokulması cinsel ilişki olarak tanımlanmamaktaydı.

5237 Sayılı Kanunu’nun 104. maddesinde de mülga 765 Sayılı Kanun dönemi ile paralel şekilde diğer cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenleme alanı bulan üç suçta yer alan “*vücuda organ yahut sair cisim sokulması*” kavramına yer verilmemiştir. Bu sebeple “*vücuda organ yahut sair cisim sokulması*” eyleminin veya oral yolla cinsel ilişkinin bu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusu olmuştur. Kanaatimizce cinsel ilişki tanımının sınırlarını belirlemek, tipik fiil ile ilgili tartışmaların neticeye kavuşmasını sağlayacaktır. Doktrinde cinsel ilişkiye yönelik iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlar, dar(klasik) ve geniş yorumlar olarak ifade edilmektedir.

3.4.3.1. Cinsel ilişki fiilini dar yorumlayan görüş

Erkek cinsel organının vajinal veya anal yoldan duhulünün gerçekleşmesinin cinsel ilişki olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.³⁴⁰ Öyleyse cinsel ilişkiden bahsetmek için öncelikli olarak “*duhul*” eyleminin gerçekleşmesi gerekmektedir

Cinsel organ dışında başkaca sair bir organ veya cismin vücuda normal veya anormal yollarla sokulması, bahse konu suç kapsamında değerlendirilemeyecektir.³⁴¹ Bahse konu yorum neticesinde, erkek cinsel organının oral yoldan vücuda duhulü de bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Ayrıca cinsel tatmin sağlayan eylemlerin de cinsel ilişki kapsamı dışında tutulması gerekçesiyle bahse konu fiiller, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmayacaktır. Kaldı ki Yargıtay içtihatlarında da cinsel ilişki, bu kapsamda dar(klasik)

³³⁸Dönmezer; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s.53-54; Önder; s.234; Bakıcı; s.9; Yokuş, Sevik; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları,s.297; Kantarcı; s.87.

³³⁹“*Irza geçme suçu; aktif failin cinsel organını diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi ile oluşur, şehvi duyguların cinsel birleşme dışında tatminine yönelik, sarkıntılık boyutunu aşan ve devamlılık gösteren davranışlar irza tasaddi, belli bir kimseye karşı işlenen ve o kişinin edep ve iffetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren edepsizce davranışlar ise sarkıntılık suçunu oluşturur.*” YGCK, E. 2002/5-44, K. 2002/175, T. 19.02.2002; YGCK, E. 2003/5-21, K. 2003/19, T. 04.03.2003, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi:22.11.2024).

³⁴⁰Beyazıt; s.300; Köksal; s.707; Tezcan/Erdem/Önok; s.408; Yokuş, Sevik; 5237 S. TCK’da Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları, s.297; Taner; s.477-478; Özbek/Bacaksız/Doğan; s.388; Parlar/Öztürk; s.541.

³⁴¹Öğretide Özen’in ise cinsel ilişki kavramını Yargıtay’ın bu konuda ortaya koymuş olduğu içtihadından daha dar bir biçimde tanımlamaya çalıştığı görülmektedir. Yazara göre cinsel ilişki, bir erkeğin cinsel organın (penisinin) bir kadının vajinasına sokulması veya sokturulmasıdır (Özen; s.405).

yorumlanmaktadır.³⁴² Yargıtay içtihatlarında; cinsel ilişkiyi tanımlanırken, ilk olarak erkek cinsel organının varlığından bahsedilmektedir. Dolayısıyla, Yargıtay içtihatlarında reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında bir değerlendirme yapılması adına, erkek cinsel organının anüse veya vajinaya duhulü gerekmektedir. Yargıtay içtihatlarında klasik yorumla paralel şekilde mağdurun ağzına cinsel organ sokmak şeklinde gerçekleşen eyleminin, suç teşkil etmediğinden bahisle failin beraatine karar verilmiştir.³⁴³

Yukarıda değinildiği üzere, cinsel ilişki tanımının dar(klasik) yorumundan bahisle doktrindeki ve uygulamada benimsenen görüşe göre, doğası gereği, kadının kadına karşı bu suçu işlemesi mümkün değildir. Somut olayda suçun gerçekleştiği tarihte, on beş yaşını doldurmuş olan mağdureyle rızası doğrultusunda, hemcinsinin mağdure ile öpüştüğü, cinsel organına parmak soktuğu olayda, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranış ve eylemler, TCK'nın 104. maddesinin hukuka aykırılık unsurunu oluşturmadığından sanığın beraatini gerektirdiği ifade edilmiştir.³⁴⁴

Bir erkeğin, cinsel organını başka bir erkeğe karşı anüs yolundan sokmasının bu doğrultuda cinsel ilişki olarak kabul görülmesi gerektiği savunulmaktadır.³⁴⁵ Görüşü savunan yazarın değindiği bir diğer nokta ise failin yalnızca cinsel organı sokan taraf olmayacağıdır. Bahsi geçen husus, cinsel organın duhulüdür. Bu gerekçeyle bir kadının, erkeğin cinsel organının vajinaya duhulünü gerçekleştirmesini sağlamak da aynı şekilde ilgili suçu oluşturacaktır.³⁴⁶

³⁴²“5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya erkek ya da kadına anal yoldan ithal edilmesi fiillerini kapsadığı, dosya içeriğine göre sanığın on beş-on sekiz yaş arasında olan ve maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan mağdureye karşı rızası dahilinde gerçekleştirdiği kabul edilen öpmek ve cinsel organ sürtmek şeklindeki basit cinsel istismar eylemlerinin yasalarımızda suç olarak düzenlenmediği gözetilerek, atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...” Yargıtay 14. CD.; E. 2015/972, K. 2018/1125, T:19.02.2018, www.lexpera.com, (Erişim Tarihi:22.11.2024).

“Oluşa uygun kabule göre; sanığın, rızasıyla mağdurun ağzına cinsel organ sokmak şeklinde gerçekleşen eyleminin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı ve TCK'nın 104. maddesinde öngörülen suçun kamuni unsurları itibarıyla oluşmadığı halde suç vasfında yanılıya düşülerek sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi...” Yargıtay 14. CD.; E. 2011/7214, K. 2013/240, T:16.01.2013, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi:22.11.2024).

³⁴³“Sanığın, mağdureye oral seks yaptırması eyleminin cinsel ilişki niteliği taşıyaması nedeniyle olayda TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...” Yargıtay 14. CD.; E. 2014/6744, K. 2017/1914, T:10.04.2017, Kaynak:Özcan; s.327, (Erişim Tarihi:16.11.2024).

³⁴⁴Yargıtay 14. C.D.; E. 2012/6729, K. 2014/5373, T: 21.04.2014, <https://kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 16.11.2024).

³⁴⁵Tezcan/Erдем/Önok; s.408; Beyazıt; s.300; Köksal; s.707; Taneri; s.334; Memiş, Kartal; Türk Ceza Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı, s.544; Şen; s.405; Aksakal; s.260; Özen; s.424.

³⁴⁶Dülger; Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlardan Irza Geçme Suçu, s.92.

Kantarıcı, cinsel ilişkinin dar yorumlanmasının sonucunun cinsiyet eşitsizliği olduğunu savunmaktadır. Şöyle ki; cinsel ilişki tanımına göre bir kadın başka bir kadına karşı bu suç işleyemeyecektir. Dolayısıyla iki kadın arasındaki lezbiyen ilişkiye rıza yaşının on beş olduğu kabul edilirken, iki erkek arasındaki cinsel ilişkiye rıza yaşı, on sekiz olarak kabul edilmektedir. Cinsel eğilimlerin, bilimsel gerekçelere dayandırılmayan bu ayrımın AIHS m.8'e aykırılık teşkil ettiği savunulmaktadır.³⁴⁷

Kanaatimizce ilgili kanun maddesinin amacının, çocuğun cinsel gelişiminin sağlıklı şekilde tamamlanması ve ilerlemesi olarak kabul edilmesi, kanun metnine daha uygun düşmektedir. Bahse konu korunan hukuki değer doğrultusunda, cinsel ilişkinin yalnızca erkek cinsel organının, anüse veya vajinaya sokulmasının kabulünün doğru olmayacağı düşüncesindeyiz. Mağdur çocuğa yönelik anal veya vajinal yollardan başkaca sair bir cismin vücuda sokulması da bu kapsamda mağdur olan çocuk için aynı nitelikte eylem olabileceği kanısındayız.³⁴⁸ Hem fiziksel hem de psikolojik olarak mağdur olan çocuğun, cinsel tatmin sağlayan organlarına, cinsel organ veya anal ve vajinal yollardan sair cisim sokulmasının mağdurda aynı mağduriyeti gerçekleştireceği kanısındayız. Kaldı ki; on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocukların cinsel gelişimlerinin tamamlandığı fakat tam anlamıyla cinsel ilişki eylemini kavrayamayacakları ifade edilmiştir. Öyleyse cinsel davranışların doğal bir ilerlemesi olan cinsel organ dışında, sair bir cismin anal veya vajinal yollardan duhulünün de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız.

3.4.3.2. Cinsel ilişki fiilini geniş yorumlayan görüş

Tipik fiil kapsamında geniş yorumu kabul eden görüşe göre; cinsel ilişkiyi dar yorumlayan yazarların aksine her türlü cinsel eylem ve davranışın bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Yalnızca cinsel organların birleşmesi hareketi değil, oral yollarla cinsel organın vücuda sokulması, yine aynı şekilde başkaca sair cismin veya organının normal, anormal yollarla vücuda sokulması gibi her türlü rıza ile gerçekleşen cinsel eylem ve davranış bu kapsamda değerlendirilmektedir.³⁴⁹ Bahse konu kabule göre; bir erkeğin erkeğe veya kadının kadına dahi TCK'nın 104. maddesi doğrultusunda suç eylemi yöneltebileceğinden bahsedilmektedir.

³⁴⁷Aksakal; s.273; Kantarıcı; s.140.

³⁴⁸Aynı yönde görüş için bkz. Koca/Üzülmez; s.374; Tezcan/Erдем/Önok; s.408.

³⁴⁹Aynı yönde görüş için bkz. Memiş, Kartal; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.2089; Soyaslan; s.188,Aydın; s.107; Malkoç; s.154.

Mağdura yönelik, cinsel organ sokmak sureti ile gerçekleştirilen cinsel ilişki ile sair cisim sokmak sureti ile gerçekleştirilen cinsel ilişki ayrımı yalnızca şekle ilişkin bir ayrımdır. Oysa eylemin anlam ve mağdura yönelik içeriği bakımından değerlendirildiğinde her iki eyleminde bu kapsamda cinsel dokunulmazlığa, cinsel bütünlüğe yönelik ihlal barındırdığı savunulmaktadır. Kanun koyucunun, cinsel dokunulmazlığa karşı suçları düzenlerken ciddi çelişkilere düştüğü ifade edilmektedir.³⁵⁰

Koca ve Üzülmöz'e göre kanun metninde geçen cinsel ilişki ifadesi, mağdurun rızası halinde birleşme dâhil çocuk üzerinde gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış olarak kabul edilmektedir. Geniş bir perspektiften konuya katılarak; cinsel organ, sair cisim, oral seks gibi tartışmalardan sıyrılarak, cinsel tatmin amaçlı yapılan her türlü eylemin bu doğrultuda cinsel ilişki olarak ifade edilmesi gerekliliğinden bahsetmektedir. Dolayısıyla mağdura, anal, vajinal, oral yollardan cinsel organ veya sair cisim sokulması eylemlerinin ve çocuğun bedeni üzerinde fail tarafından gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.³⁵¹

Bahse konu görüşlere göre; yapılan açıklamalar doğrultusunda yalnızca cinsel organlara değil, erkek cinsel organın oral yollarla vücuda dahil olduğu şeklindeki eylem de cinsel ilişki kapsamında değerlendirilmektedir.³⁵²

Oral yoldan gerçekleştirilen birleşmenin madde kapsamında, cinsel ilişki olarak kabul edilip edilmeyeceği bir başka tartışma konusudur. Kabul edildiği takdirde ise iki kadın arasında gerçekleşecek bu tür bir eylem, cinsel ilişki kapsamında değerlendirileceğinden kadının, başka bir kadına karşı bu suçu işlemesi mümkün olacaktır. Oral yoldan yapılan birleşmeler, cinsel ilişki kapsamına sokulduğunda, cinsel ilişki kavramı geniş yorumlanmış olacaktır. Cinsel ilişki tanımının bu denli genişletilmesi, sınır konulamaması endişesini beraberinde doğurmaktadır. Cinsel davranış olarak nitelendirilebilecek pek çok davranışın da bu kapsamda değerlendirilmesinin yolu açılmış olacaktır. Kanun koyucunun "*cinsel ilişki*" ifadesine ilgili maddede yer vermesinin bir amacı olduğu ve kanun maddesinin çerçevesinde kalarak yorum yapılması gerektiği kanısındayız.³⁵³

³⁵⁰ Aksakal; s.260; Peker; s.28; Kantarcı; s.89; Özcan; s.329.

³⁵¹ Koca/Üzülmöz; s.423; Aynı görüş için bkz. Boga, Bekir; Türk Ceza Hukukunda Çocukların Fiziksel Mahremiyetine İlişkin Görüntülerinin Kaydedilmesi ve Yayılmasının Cezalandırılması Üzerine Bir Değerlendirme, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2020, s.41; Doğan; s.135.

³⁵² Kantarcı; s.103; Soyaslan; s.188; Malkoç; s.154; Özbek/Doğan/Bacaksız; s.390.

³⁵³ Sarıgül; s.732.

Sarıgül'e göre karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi cinsel ilişki, cinsiyet gibi kavramlardan sıyrılarak çocuğun cinsel istismarının üzerinde durulması, kavramlardan ziyade somut olaya göre cinsel istismarın varlığı doğrultusunda değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Hemen ardından ancak ilgili kanun maddesinde "cinsel ilişki" kavramına yer verilmesi gerekçesiyle cinsel istismar kapsamında değerlendirme yapılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bahse konu yoruma ulaşılabilmesi için ise cebir, tehdit veya hile olmaksızın gerçekleşen cinsel ilişkilerin hangi ölçütlerde cinsel istismar olarak değerlendirileceğinin belirlenmesi gerektiğinden bahsedilmektedir.³⁵⁴

Kantarıcı'ya göre, cinsel ilişkiden bahsetmemiz için mutlaka bir cinsel organın varlığı gerekmektedir. O halde iki ihtimal karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, failin cinsel organının vücuda duhulü veya mağdurun cinsel organına yönelik failin organının ya da sair bir cismin duhulüdür. Ancak Ünver'in³⁵⁵ aksine mağdura oral yollardan sair cisim sokulmasının, cinsel ilişki kapsamında değerlendirilmesine katılmamaktadır. Dolayısıyla mağdurun cinsel organları dışında, başka organlara sair cisim sokulması, tipik fiil olarak kabul edilmeyecektir. Örneğin; failin, mağdura oral yoldan sair bir cisim sokması eylemi suç niteliği taşımayacaktır.³⁵⁶ Bir kadının diğer bir kadına karşı vajinal yollardan sair organ veya cisim sokması eyleminin bu kapsamda suç olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Kanbur'a göre, ilgili maddenin koruduğu hukuki değer, cinsel ilişki tanımının günümüzdeki farklılıkları, cinsel ilişkinin çeşitliliği, çocuğun istismara uğramasının önüne geçilmesi amacı birlikte dikkate alındığında, cinsel ilişkinin geniş yorumlanmasının isabetli olduğu savunulmaktadır. Cinsel ilişki kapsamına başkaca uzuv, cisim gibi materyallerin

³⁵⁴Sarıgül;s.734.

³⁵⁵Ünver'e göre de "Bu suç tipiyle cezalandırılan fiil sadece vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenen nitelikli cinsel saldırıdır." (Ünver, Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, II. TürkiyeSlovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, s.47-48).

Nitekim Yargıtay da cinsel istismar ve cinsel saldırının nitelikli halinde failin kullandığı organ veya sair cismin cinsel motif taşıması ya da cinsel saldırı fiiline maruz kalan kişinin organının cinsel motif taşıması gerektiğini ifade etmektedir."ağza parmak sokulması veya somut olayımızda olduğu gibi dilin mağdurun ağızına sokulmasının her iki organın da cinsel özellik taşıması nedeniyle vücuda organ sokulması niteliğinde kabul edilemeyeceği gözetilmeden , sanığın açıklanan eylemlerinin beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı, bu nedenle eylemine uyan TCK'nın 103/1 ve 103/6. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken suç vasfında yanlışlıkla düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması..." Yargıtay 14. CD.; E. 2014/3281, K. 2014/7140, T:28.05.2014, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi:02.04.2024).

³⁵⁶ Kantarıcı; s.187; Kanbur; s.4169-4170; Aynı yönde görüş için bkz.; Akdağ; s.178.

vücuda duhulünün kabul edilmesine ilişkin gerekçelendirmesi, çocuğun üstün yararı, cinsel gelişiminin sağlıklı tamamlanmasının amaçlanması olarak yapılmaktadır.³⁵⁷

Kanun koyucunun ilgili kanun metninde, diğer cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardaki düzenlemelerden daha farklı bir terminoloji kullanarak, “*cinsel ilişki*” kavramına başvurmasının bilinçli olduğu ifade edilmektedir. Cinsel ilişki kavramının içinde sokma veya sokturulma anlamlarının doğal olarak bulunduğu savunulmaktadır. Suçu oluşturan tipik fiilin fail ve mağdur arasında rızaen gerçekleştirilmesine vurgu yapılması amacıyla seçilen terminoloji olduğu ifade edilmektedir.³⁵⁸

TCK’nın 104. maddesinde TCK’nın 102. ve 103. maddelerinde düzenlenen ‘*vücuda organ veya sair cisim sokma*’ terminolojisinin terk edilerek yalnızca ‘*cinsel ilişki*’ şeklinde düzenlemeye gidilmesi bu kapsamda eleştirilerek, kanun maddesinin formüle edilerek ‘*vücuda organ veya sair cisim sokma*’terminolojisinin eklenmesi gerekliliği savunulmaktadır.³⁵⁹ Ancak bahse konu düzenlemenin tartışmaları sonlandırmayacağı aksine başka tartışmalara sebep olabileceği³⁶⁰ bu gerekçe ile maddenin formülasyonunun daha ayrıntılı yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Böylece çocukların erken yaşta, cinsel gelişimlerini tamamlamadan her türlü cinsel deneyimden uzak tutmanın sağlanabileceği savunulmaktadır.³⁶¹

Kanaatimizce ilgili kanun maddesinin amacının, çocuğun cinsel gelişiminin sağlıklı şekilde tamamlanması ve ilerlemesi olarak kabul edilmesi, kanun metnine daha uygun düşmektedir. Bahse konu korunan hukuki değer doğrultusunda, cinsel ilişkinin yalnızca erkek cinsel organının, anüse veya vajinaya sokulması olarak kabulü doğru değildir. Mağdur çocuğa yönelik anal veya vajinal yollardan başkaca sair bir cismin vücuda sokulmasının da bu kapsamda mağdur olan çocuk için aynı nitelikte eylem olabileceği düşüncesindeyiz. Bu gerekçe ile bahse konu eylemlerim hem fiziksel hem de psikolojik olarak aynı mağduriyeti gerçekleştireceği kanısındayız.³⁶²Doğal olmayan cinsel eylemlerin, sırf kanun metnindeki ifadeye tam uymadığı ihtimalini gerekçe sunarak, suç tipikliğine dâhil edilmemesi, ilgili kanun metninin amacına uygun düşmeyecektir.Kaldı ki; on beş, on sekiz yaş aralığındaki

³⁵⁷Keser; s.46.

³⁵⁸Peker;s.27;Özcan;s.330.

³⁵⁹Koca/Üzülmez; s.423; Ünver; Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, II. TürkiyeSlovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, s.48; Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin M. Emin/Çakır, Kerim; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 21. Baskı, 2024, s.410.

³⁶⁰Toprakçı;s.91.

³⁶¹Koca/Üzülmez, s.374; Tezcan/Erdem/Önok, s.408; Peker;s.27;Özcan;s.330.

³⁶²Aynı görüş için bkz. Koca/Üzülmez; s.374; Tezcan/Erdem/Önok; s.409.

çocukların cinsel gelişimlerinin tamamlandığı fakat tam anlamıyla cinsel ilişki eylemini kavrayamayacakları ifade edilmiştir. Öyleyse cinsel davranışların doğal bir ilerlemesi olan cinsel organ dışında, sair bir cismin anal veya vajinal yollardan duhulünün de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Ancak TCK'nın 104. maddesinin çizdiği sınır olan "cinsel ilişki" kavramı, buna müsaade etmemektedir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik kanun maddesinin çizdiği sınırların dışına çıkarak bu şekilde genişletici bir yorum getirilemeyecektir.³⁶³ Dolayısıyla kanun metninin formüle edilerek cinsel ilişki kavramı yerine, vücuda cinsel organ veya başkaca sair bir cisim sokulması şeklinde yapılacak bir düzenlemenin tartışmaları açıklığa kavuşturacağı, aynı zamanda korunan hukuki değere daha uygun düşeceği kanısındayız.

3.4.4.Suçun konusu

İlgili kanun madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere bahse konu suç tanımlanırken, on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocukların herhangi bir zorlama olmaksızın rıza sonucu cinsel ilişkiye girmesi olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla suçun konusu, on beş yaşını tamamlamış on sekiz yaşını tamamlamamış, rıza ile cinsel ilişki eylemi gerçekleştiren çocuktur.³⁶⁴

Doktrinde suç konusu, maddi konu ve hukuki konu olarak ikiye ayrılmaktadır. Maddi konu, yukarıda ifade edildiği üzere on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocukları ifade etmekle birlikte cinsel özgürlük, hukuki yarar olarak belirtilmiştir.³⁶⁵

3.4.5.Netice

Ceza hukukunda netice, bir fiilin gerçekleştirilmesi sonucu meydana gelen ve suçun tamamlanmasını sağlayan hukuki veya fiili durumdur. Neticeyi, genel olarak failin fiili ile meydana gelen zararın dış dünyada somutlaşmış hali olarak tanımlamak mümkündür.

³⁶³Sarıgül; s.730 "Kanunda düzenlenen tipik fiil "cinsel davranış" değil, "cinsel ilişki olarak belirlendiği dikkate alındığında, yerleşik içtihat ve görüşler ile çelişecek şekilde, böyle bir yoruma ulaşamayacağı düşüncesindeyiz."

³⁶⁴Koca/Üzülmez; s.331.

³⁶⁵Özen; s.420.

Netice, ceza hukukunda suçun türüne ve yapısına göre farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Ancak genel anlamda netice, bir fiilin dış dünyada bıraktığı hukuka aykırı etkiyi ifade etmektedir.³⁶⁶

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, sırf hareket suçudur. Dolayısıyla suçun oluşması için herhangi bir netice aranmamaktadır. Karşılıklı cinsel organların birleşmesi sonucu veya cinsel organın vücuda sokulması ile birlikte suç tamamlanmaktadır. Cinsel organların birleşmesinin, cinsel organın duhulünün ardından ne kadar sürdüğü, cinsel doyuma ulaşıp ulaşılmadığı gibi farklı neticeler aranmamaktadır.³⁶⁷

3.4.6. İlgilinin rızası

3.4.6.1. Genel olarak

Rıza kavramı, Türk Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk sebebi olarak 26. maddede hüküm altına alınmıştır. Mülga 765 Sayılı Kanun'da ise ilgilinin rızasına yer verilmemiştir. İlgili maddeye göre; bir kimsenin, mutlak şekilde üzerinde tasarruf etme imkânı tanınan haklarına yönelik gerçekleşen fiillere, rıza göstermesi halinde failin o fiilden sorumlu tutularak cezalandırılması söz konusu değildir. Bu doğrultuda, Türk Ceza Kanunu'nda düzenleme alanı bulan tipe uygun fiillere verilen rıza neticesinde, faile ceza verilmesi söz konusu olmayacaktır. Bu kapsamda ilgilinin vermiş olduğu rıza, hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilecektir.³⁶⁸

Rıza konusu kapsamında yalnızca çalışma konusu olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu sınırları içinde hukuken muteber sayılan rızadan bahsedilecektir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda; rıza, tipiklik unsuru olarak kabul edilmektedir. Ceza hukukunda oldukça kapsamlı olan rıza konusunun detaylarına girilmeyecektir.

3.4.6.2. Türk Ceza Kanunu açısından cinsel suçlara ilişkin rıza yaşı

³⁶⁶Koca/Üzülmez; s.129

³⁶⁷Toprakçı; s.78.

³⁶⁸Keser; s.50.

Rıza ehliyetinin nasıl belirleneceği oldukça tartışmalıdır. Doktrinde, özel hukuktaki hukuki işlem ehliyetine veya ceza hukukundaki kusur ehliyeti dikkate alınarak birtakım yaş sınırları öngörülmüştür.³⁶⁹ Bahse konu hususun detaylarına, çalışma konusuna girmediği gerekçesiyle değinilmeyecektir. Ancak Türk Ceza Kanunu kapsamında cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar bakımından belirlenen yaş gruplarını açıklamanın yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Kanunun rıza ehliyetine yönelik özel düzenleme bulunan hallerde, rıza ehliyetinin belirlenmesine ilişkin tereddüt bulunmamaktadır. Söz konusu rıza ehliyeti özel olarak düzenlenmiş ise bahse konu yaştan küçük olanların rıza ehliyetlerinin bulunmadığı başka hususa bakılmaksızın kabul edilmektedir. Kanun koyucu, cinsel özgürlük kapsamında kişinin rıza ehliyetine ilişkin özel düzenlemeler de bulunmuştur.³⁷⁰

Türk Ceza Kanunu kapsamında on beş yaşından küçük çocukların cinsel davranışlara gösterdikleri hiçbir rıza kabul edilmemektedir. Dolayısıyla cinsel özgürlük üzerinde tasarruf edebilme yaşı alt sınırı, on beş olarak belirlenmiştir.³⁷¹

On beş, on sekiz yaş aralığındaki çocuklar için cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlara karşı rıza ehliyetinin kabul görülmemesi konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrindeki bir görüş, cinsel davranışlara verilen rızanın kapsamının cinsel ilişkiye kadar genişletilebileceği yönündedir. Gerekçe olarak ise bahse konu çocukların cinsel eylem ve davranışlar gibi hem cinsel ilişkiyi hem de sonuçlarını anlayabilecek, kavrayabilecek yaşta olduklarının ve bu sebeple vermiş oldukları rızanın geçerli olması gerektiği kabul edilmektedir.³⁷² Aksini savunan diğer görüş ise on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel davranışların da çocuk üzerinde gerçekleştireceği, muhtemel fiziksel ve ruhen değişimlerin göz önünde bulundurulması ve ilgili rızanın bu doğrultuda kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadır.³⁷³

Kanaatimizce bahse konu doktrindeki tartışmaların ve on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocuklara ilişkin rıza kavramında netlik bulunmamasının sebebi, Türk Hukuk Sisteminde farklı kanunların, farklı düzenlemelere mahal vermesidir.

³⁶⁹Özbek/Doğan/Bacaksız; s.391; Kantarcı; s.153; Soyaslan; s.373; Yenerer, Çakmut; s.205.

³⁷⁰Ekici, Şahin; s.121.

³⁷¹Ekici, Şahin; s.298

³⁷²Taner; s.478; Tezcan/Erdem/Önok; s.406-409; Kantarcı; s.85.

³⁷³Aydın; s.87.

Şöyle ki; Türk Ceza Kanunu'nda on beş, on sekiz yaş aralığında çocuğun, cinsel ilişkiye rıza vermiş olması halinde dahi şikâyete bağlı olarak failin cezalandırılacağı ifade edilmektedir. Buna karşın Türk Medeni Kanunu'nda on yedi yaşını doldurmuş her bireyin özgür iradesi ile evlenebileceği düzenlemesi yer almaktadır. Öyle ki; olağan evlenme düzenlemesine bakıldığında, yaş sınırının on yedi yaşını doldurmuş çocuğa kadar indiği görülmektedir. Özetle olağan evlenme kurumu ile birlikte on yedi yaşını doldurmuş bir çocuğun evlenmesi muhtemel ve akabinde evliliğin doğal bir sonucu olan cinsel ilişki de aynı şekilde muhtemeldir. Türk Ceza Kanunu'nda ise on yedi yaşını doldurmuş bir çocuğun cinsel ilişkisi suç teşkil etmektedir. Buna rağmen evlilik kurumunun araya girmesi ile birlikte cinsel ilişkiye verilen rıza kavramının on yedi yaşını doldurmuş bir çocuk için kabul edilebilir olduğu söylenebilmektedir.

Türk Hukuk Sistemindeki iki kanun kapsamında çelişkinin ivedilikle giderilmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Kanun koyucunun niyeti öyle ki; Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemenin sebebi çocuğun cinsel gelişiminin doğru ve düzgün bir şekilde tamamlanması, ruhen ve fiziksel istismara ve sömürüye uğramaması iken Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeler nezdinde on yedi yaşındaki çocukların muhtemel bir evlilik gerçekleştirmesi, Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelerin aksi kanaatini oluşturmaktadır. Bu noktada çelişkilerin giderilmesi adına, cinsel gelişiminin nasıl ilerleyeceği durumu ve bahse konu iki kanun maddesinin gerekçelendirmeleri oldukça önem arz etmektedir. Aksi halde, evlilik birliği içinde on yedi yaşını tamamlamış olan çocuk ile cinsel ilişki gerçekleştiren eş Türk ceza hukuku bakımından fail nitelendirilmesi tartışması ortaya çıkmaktadır.³⁷⁴

Ergin bir birey, on sekiz yaşını tamamlamış olduğundan engel herhangi bir olgu yoksa kendisine yöneltilen cinsel eylem ve davranışlara karşı rızası geçerli kabul edilmektedir. Herhangi bir sınırlamaya da tabi tutulmamaktadır.³⁷⁵

3.4.6.3. Rızanın şartları

Rızanın, geçerliliği için belli şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Söz konusu şartlar, üç başlıktan oluşmaktadır. Bahse konu başlıklar, üzerinde tasarruf imkânı tanınan bir

³⁷⁴ Kantarcı; s.137.

³⁷⁵ “Cinsel rüşt yaşı kişinin yasal olarak cinsel fiillerinin bilincinde sayıldığı, bu fiillere rızasının geçerli kabul edildiği en küçük yaştır. Türkiye’de cinsel rüşt yaşı 18’dir. 18 yaşındaki kişi cinsel özgürlüğe erişmiş olacaktır. Kanunda özel olarak cinsel rüşt yaşı düzenlenmemiştir. Genel olarak reşit olmak düzenlenmiştir. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu m. 11’e göre erginlik 18 yaşın doldurulması ile başlar.”

hakkın olması, rızanın en azından fiil esnasında verilmiş olması, rızayı veren kimsenin rızaya ehil olmasıdır.

Rızanın, tasarruf etme gücü tanınan hak üzerinde kullanılması şarttır.³⁷⁶ Bir hakkın üzerinde tasarruf gücünün mutlak olması demek, o hak üzerinde tasarruf edilmesinin hukuken herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulmamış olmasıdır. Aynı zamanda mutlak suretle tasarruf gücünün olması için hakkın bireysel bir hak olması şarttır. Bu kapsam dışında kalan haklar üzerinde verilen rıza, muteber kabul edilememektedir.³⁷⁷

Verilen rızanın geçerli bir rıza olarak kabul edilmesinin bir diğer şartı ise rıza vermeye ehil olmaktır. Rızai ehliyet kavramı nedir ve neden önem taşımaktadır? Rıza ehliyeti, bir kimsenin kendisine yöneltilmiş eylemleri kabul etmeye ehil olmak, olarak ifade edilmektedir. Rıza ehliyeti, farklı uluslarda farklı düzenlemelere sahip olsa da en genel tanımı, bir kimsenin eylemlere yönelik vereceği rızanın geçerli kabul edilebilmesi adına sahip olması gereken özelliklerdir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere; her ülkenin, ehliyet kavramı ile ilgili farklı düzenlemeleri olsa da bazı hükümler genel nitelikte olup birçok ülke tarafından kabul edilmektedir.³⁷⁸ Farklı toplumlarda, cinsel eylemlere yönelik gösterilen rıza yaşı daha erken, diğer toplumlarda daha geç olarak kabul edilmektedir.³⁷⁹

Doktrinde genel kabul gören görüşe göre, Türk Ceza Kanunu bakımından rızaya ehil olmanın Türk Medeni Kanunu kapsamında kabul edilen ehliyetten daha farklı olduğu ifade edilmektedir. Bu doğrultuda, bir kimsenin TCK açısından rızaya ehil olduğunun tespitinde, birden fazla kıstas bulunmaktadır. Rıza yaş sınırına erişilmiş olunması, suça konu fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğine sahip olunması, ilgili fiilin ardından gerçekleşebilecek neticeleri, zedelenecek hak ve menfaatlerinin neler olduğunu bilip, anlayabilecek yetenekte olunması gereklidir.³⁸⁰

³⁷⁶Hakeri; s.355; Artuk/ Gökçen/Alşahin/Çakır;Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.524.

³⁷⁷Toprakçı; s.72; Akbulut;Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.637.

³⁷⁸Memiş, Kartal; Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, s.91.

³⁷⁹Keser; s.52.

³⁸⁰Akbulut; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.645; Ekici Şahin,Ceza Hukukunda Rıza, s.132-133;Soyaslan;s.373;Yenerer,Çakmut;s.205-206; Kantarcı;s.153;Önder;s.211.

Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise Türk Medeni Kanunu ilgili maddeleri gerekçe gösterilerek yalnızca temyiz kudretinin bulunmasının, rızaya ehil olmak için yeterli olduğu ifade edilmektedir.³⁸¹

AYM, yaş sınırının sağlandığı hallerde rıza ehliyetinin varlığını kabul etmektedir.³⁸²Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bir karar neticesinde; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, on beş yaşından büyük çocuk olması, anlama kavrama yeteneğinin gelişmiş olması, fiilin anlam ve sonuçlarını anlayabilmesi gibi olguları yeterli bulunmayarak, cinsel ilişkiyi gerçekleştirebilme, cinsel ilişkiye rıza verme yaşı olarak on sekiz yaşı kabul edilmektedir.

Son olarak rızanın geçerliliği, rızanın verildiği ana bağlıdır. Rızanın, geçerli bir rıza olarak değerlendirilebilmesi için, verildiği anın, fiilin gerçekleştiği andan önce veya en geç fiilin gerçekleştiği an verilmesi beklenilmektedir. Rıza, sözlük anlamında, 'isteme'³⁸³ olarak ifade edilmektedir. Bu gerekçeyle bir fiilin gerçekleşmesinden önce isteme iradesinin yansıtılması gereklidir. Aksi halde tipik fiilin gerçekleşmesinin ardından verilen rızanın, tipiklik unsurları olan rıza olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.³⁸⁴

Burada değerlendirilmesi gereken son husus ise fiil öncesi verilen rızanın somut olay esnasında kalkmasıdır. Bahse konu durumda, tipik fiile devam edilmesi halinde, rızanın geçerliliği kalmamaktadır. Dolayısıyla işlenen fiil neticesinde öngörülen cezalandırmanın yapılması gerektiği kabul edilmektedir.³⁸⁵

3.4.6.4.Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda rızanın varlığı

³⁸¹Artuk /Gökçen/ Alşahin/Çakır; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.530.

³⁸²“... 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. ...” Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Numarası: 2013/3262, Resmi Gazete Sayısı: 29855, Resmi Gazete Tarihi: 12.10.2016, Karar Tarihi: 11.05.2016, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/3262>, (Erişim Tarihi: 05.02.2024).

³⁸³TDK Sözlük Anlamı, sozluk.gov.tr, (Erişim Tarihi: 05.02.2024).

³⁸⁴Akbulut; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.637 ;Ünver, Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, II. TürkiyeSlovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku s.49; Hakeri; s.352; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.525;Kantarıcı;s.154;Toprakçı;s.73.

³⁸⁵Artuk /Gökçen,/Alşahin /Çakır; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.531.

Cinsel davranış ve eylemlerde esas olan rıza kavramıdır. Bu kapsamda, rızada esas alınan ise yaş unsurudur. Ülkeden ülkeye değişkenlik gösterebilen cinsel ilişkiye verilecek olan rıza yaş sınırı, erginlik yaş sınırından farklılık arz etmektedir.

On sekiz yaşından küçük gençlerin, yetişkinlere nazaran cinsel eylem ve davranışları gerçekleştirilmede daha istekli ve heyecanlı oldukları bilimsel olarak kabul edilmektedir. Kızlarda sekiz-on üç yaşları arasında, erkeklerde ise dokuz-on dört yaşları arasında başlayarak ergin bir birey olmalarına kadar geçen sürece, erginlik dönemi denilmektedir. Erginlik dönemi, cinsel gelişimler bakımından birçok süreci içinde barındırmaktadır. Erginlik dönemi ile birlikte çocuklarda cinsel istek artışı, hormonal değişiklikler, cinsel organlarda büyüme, çocuğun cinsel anlamda merakının arttığı gözlenmektedir.³⁸⁶ Kanun koyucunun bu noktada, çocukların cinsel davranış ve eylemlere yönelimlerinin sonuçlarını tam kavrayamadan gerçekleştirebileceklerinden bahisle cinsel gelişimlerinin daha sağlıklı ilerlemesini amaç edindiği ifade edilmektedir.³⁸⁷

Türk ceza hukukunda yukarıda da ifade edildiği üzere, cinsel suçlara ilişkin verilen rıza, yaş sınırı dikkate alınarak değerlendirilmektedir. On beş yaşından küçük çocukların cinsel davranış ve eylemlere vermiş oldukları rızalar geçersizken, TCK'nın 104. maddesi doğrultusunda on beş yaşından büyük çocukların yalnızca cinsel ilişkiye verdikleri rıza sınırlı şekilde kabul edilmektedir. Gerekçesi ise çocukların cinsel gelişimlerinin sağlıklı tamamlanması, ayrıca cinsel anlamda istek, merak ve heyecanlarının yetişkinlere oranla daha fazla olduğu fakat cinsel ilişkinin neticelerini tam anlama ve kavrama yeteneklerinin gelişmediği, bu sebeple cinsel ilişkiye varmayan cinsel eylemlerden korunması gerektiğidir.

Burada dikkat çekmek istenilen husus ise Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen evlilik yaşıdır. On yedi yaşın, evlilik yaşı olarak düzenlendiği hüküm çerçevesinde TCK'nın 104. maddesinin koruduğu hukuki değer, Türk Medeni Kanunu ilgili maddesi ile hukuka uygun hale gelmektedir. Söz konusu durum, kanun maddesinin koruduğu hukuki değer ile çelişmektedir.³⁸⁸ Bu doğrultuda yapılabilecek iki çözüm vardır. Cinsel ilişkiye rıza yaşının on altıya indirilmesi veya on sekiz yaştan önce evlilik gerçekleştirilmesinin mümkün kılınmamasıdır.³⁸⁹

³⁸⁶Erginlikte Cinsel Değişimler Nelerdir? Kaynak:<https://www.memorial.com.tr/saglik-rehberi/ergenlik-doneminde-cinsel-gelisim-blog>, (Erişim Tarihi:02.04.2023).

³⁸⁷Aynı görüş için bkz. Korunan hukuki değer başlığı.

³⁸⁸Yokuş, Sevik; 6545 Sayı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, s.137.

³⁸⁹Toprakçı; s.77.

Kanaatimizce, mevcut düzenleme ile on sekiz yaşından küçük bir çocuk ergin kılınmış dahi olsa TCK hükümleri gereğince hala çocuk sayılmaktadır. Bu nedenle, söz konusu çocuğun cinsel ilişki tarafı olması hâlinde fiilin suç teşkil etmesi söz konusu olacaktır. Ancak, on yedi yaşında evli bir bireyin cinsel ilişkisinin cezalandırılması, hem hukuki hem de toplumsal açıdan tutarsız sonuçlar doğuracaktır. Kaldı ki, Türk Hukuk Sisteminde “*hakkin kullanılması*” kurumuna dayanarak, on yedi yaşında evli olan bir çocuğun cinsel ilişkiye rıza gösterebilmesi mümkünken, evli olmayan aynı yaştaki bir çocuğun bu kapsama alınmaması, cinsel özgürlük bakımından bireyler arasında eşitsizlik yaratmaktadır. Bu durum, çocukların cinsel özgürlükleri ve hakları arasında haksız bir ayırım yaratmaktadır. Tüm bu gerekçeler ışığında, cinsel ilişkiye rıza yaşı düzenlemesinin TMK ile uyumlu hâle getirilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Karşılaştırmalı hukuk sistemi incelendiğinde, cinsel ilişkiye rıza yaş sınırının genellikle on dört ile on altı yaş arasında değiştiği görülmektedir. Ulusal ve uluslararası düzenlemeler dikkate alındığında, cinsel ilişkiye rıza yaşının Türk Hukuk Sisteminde on altı yaş olarak belirlenmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu bağlamda, evlilik yaşının on sekize çıkarılması hâlinde bile cinsel ilişkiye rıza yaşının mevcut düzenleme ile uyumsuz kalması, yeni hukuki ve toplumsal sorunlar doğurabilir. Ayrıca, çocukların fizyolojik, psikolojik ve hormonal gelişim süreçlerinin göz ardı edilmesi, çocuğun üstün menfaati ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Sonuç olarak, çocuğun menfaatinin üstün tutulması gerektiği dikkate alınarak, çocuklar arasında ayrımcılığa yol açmayan, eşitlik ilkesi ile uyumlu bir düzenleme yapılmasının elzem olduğu düşüncesindeyiz. Bu düzenlemelerin, hem ulusal mevzuatın hem de uluslararası hukuk normlarının ruhuna uygun şekilde revize edilmesi gerekmektedir.

3.4.6.5. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin rızanın tipiklik unsuru olarak kabul edilip edilmeyeceği sorunu

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu için gösterilen rıza, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmemekle birlikte kanun metninde ifade edildiği üzere suçun tipiklik unsurlardan birisidir. Çünkü reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşması için tipik fiilin rızaen gerçekleşmesi gerekmektedir.³⁹⁰ Aksi halde suç tipinin değişmesi söz konusu olacaktır. Bu sebeple Kantarcı; bahse konu rızayı, “*suç tipini değiştiren rıza*” olarak ifade etmektedir.³⁹¹

³⁹⁰Ekici Şahin; Ceza Hukukunda Rıza, s.82.

³⁹¹Kantarcı; s.151.

Rıza, ilgili suçun olumsuz unsurunu³⁹² oluşturmaktadır. Mağdurun rızasının yokluğu sonucu, TCK'nın 104. maddesi oluşmayacaktır.

Rızanın suç unsuru olarak kabul edilmesine yönelik doktrinde tartışmalar mevcuttur. 765 Sayılı TCK döneminde ilgili kanun maddesinde ‘rıza’ kavramından açıkça bahsedilirken, 5237 Sayılı TCK döneminde ‘*cebir, tehdit ve hile olmaksızın*’ ifadesine yer verilmesi, rızanın tipikliğin unsuru olup olmadığı konusunda tartışmalara sebebiyet vermiştir.³⁹³ İlgili maddede sayılan cebir, tehdit ve hilenin bulunmadığı hallerde mağdurun rızasının bulunduğu anlamının çıkarılamayacağı ifade edilmektedir.³⁹⁴ Bu doğrultuda; cebir, tehdit ve hile halleri geniş yorumlanarak iradeyi etkileyen diğer hallerde kapsama dâhil edilerek, tartışmalara son verilmeye çalışılmıştır.³⁹⁵

Tipik fiilin rıza hilafında gerçekleşmesi gereken suç tiplerinde, ilgili kanun lafzında açıkça rızadan bahsedilmeden, ‘*cebir, tehdit veya hile ile...*’ ifadesine yer verilmesinin de aynı kapsamda rıza hilafına işaret ettiği ifade edilmektedir.³⁹⁶ TCK'nın 102. maddesi doğrultusunda cinsel saldırı suçunda rızanın hilafı, tipikliğin unsurudur. Dolayısıyla rıza ile cinsel ilişkide bulunmak, bu kapsamda değerlendirilemeyecektir.³⁹⁷ Aynı şekilde TCK'nın 104. maddesinde de doğrudan rızanın varlığından bahsedilmemiş olmasına karşın ‘*cebir, tehdit ve hile olmaksızın*’ ifadesine yer verilmesi rızanın tipiklik unsuru olarak kabul edilmesi anlamına gelmektedir.

Doktrinde genel kabul gören görüşe göre ‘*cebir, tehdit ve hile olmaksızın*’ ifadesinin amaçsal yorumlanması gerektiği ve kanun metninde mağdurun rızasından bahsedildiği savunulmaktadır.³⁹⁸

Kanaatimizce de kanun koyucunun amacı, rızaen cinsel ilişkiyi düzenlemektir. İlgili maddenin lafzında doğrudan rızanın varlığından bahsedilmemiş olsa da TCK'nın 103/1-b maddesi dikkate alındığında, iradeyi etkileyen hallerin amaçsal yorum neticesinde genişletilmesi gerektiği düşüncesindeyiz. Böylece ‘*cebir, tehdit ve hile olmaksızın*’ ifadesinin rıza anlamı ile eş olduğu sonucuna varılmaktadır.

³⁹²Özgenç; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.370.

³⁹³Yokuş, Sevik; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s.297.

³⁹⁴Memiş, Kartal; Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, s.167.

³⁹⁵Kantaracı; s.151.

³⁹⁶Ekici, Şahin; s.95.

³⁹⁷Ekici Şahin; s.102; Ünver; Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar; s.300.

³⁹⁸Tezcan/Erdem/Önok; s.407; Soyaslan; s.256; Koca/Üzülmez; s.421; Ekici Şahin, s. 92; Kantaracı; s.97.

Cinsel ilişkide mağdurun rızasının olması, tipiklik unsuruna aittir. Hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.³⁹⁹ Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay içtihatları da aynı yöndedir.⁴⁰⁰

3.4.6.6.Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda rızanın kabulü

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, rıza doğrultusunda işlendiğinin kabulü, cinsel ilişkinin cebir, tehdit ve hile olmaksızın gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır.

Doktrinde cebir kavramına ilişkin iki farklı görüş mevcuttur. İlgili yorumlar, dar ve geniş yorum olarak nitelendirilmektedir. Dar yorumu kabul eden görüşe göre; cebir, maddi olarak bir acıyı ifade etmektedir. Cebirin bedene yönelik gerçekleştirilmesi ve mağdurun fiziksel olarak acı ve ıstırap çekmesi gerekmektedir.⁴⁰¹ Aksi halde, örneğin; hipnoz ile bayıltılan mağdura yönelik cinsel ilişki, bu doğrultuda cebir altında işlenmiş sayılmamaktadır.⁴⁰²

Cebir kavramı için geniş yorumu kabul eden görüş ise zorlama eylemi; fiziki temas aranmaksızın bedene yöneltilmesi olarak kabul etmektedir. Bahse konu zorlamanın beden üzerinde bir acı yaratması aranmamaktadır.⁴⁰³

³⁹⁹Berrin, Akbulut; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 40, 2019, s.284; Kantarcı; s.151; Özcan; s.331.

⁴⁰⁰ ‘İtiraz konusu kuralla cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmektedir. Suçun mağdurunun on beş yaşını bitirmekle birlikte reşit olmayan bir çocuk olduğu, duruma göre kadın veya erkek olabileceği; belli yaş grubundaki mağdura karşı işlenen fiilin rızayla gerçekleştirilmesi nedeniyle suçun, çocukların cinsel istismarına ilişkin bir önceki maddedeki düzenlemeden farklı ele alındığı, dolayısıyla rızanın, fiilin bu madde kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilebilmesi için bir unsur işlevi gördüğü ancak sanığın cezalandırılabilmesi için belli bir süre içerisinde şikâyet koşulunun da gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır... ..İtiraz konusu kuralla göre suç sayılan fiilin “cebir, şiddet ve hile olmaksızın”, bir başka ifadeyle mağdurun rızasıyla işlenmesi gerekmektedir. Bundan, belli yaş grubuna dahil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile on beş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda sözü edilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu'nun evlenme ve velayete ilişkin hükümlerinin bu yaş grubu çocuklar açısından değerlendirilmesi de varılan bu sonucu desteklemektedir.’ AYM; E. 2006/17, K. 2009/33, T:26.02.2009, (Erişim Tarihi:12.08.2024).

‘Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdurun rızasının suçun unsurlarından olduğu, bu nedenle sanığın atılı suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden bu suçta uygulama yeri olmayan TCK.nın 26/2. maddesi uyarınca sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi ...’ Yargıtay 14. CD.; E. 2012/7555, K. 2013/9075, T:12.09.2013, Kaynak:Özcan;s.332.

⁴⁰¹Soyaslan;s.265; Ekici Şahin;s.194.

⁴⁰² Üzülmüş, İlhan; Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara, 2007, s.46-47.

⁴⁰³Kantarcı; s.162; Kaldı ki; Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 108. maddesinin gerekçesinde cebir, “kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecri bir etki meydana getirilmesi” olarak tanımlanmıştır. Kaynak:https://www.lexpera-com tr.Proxy. Yeditepe .edu.tr/mevzuat/gerekciler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1, (Erişim Tarihi:12.08.2024).

Doktrinde cebrin iki farklı ayrıma tutulduğu bir başka alan ise niteliğidir. Zorlayıcı kuvvet ve mutlak kuvvet olarak iki farklı türü olduğu ifade edilmektedir. Mutlak kuvvet, mağduru tamamı ile cebir altına alan, iradesini tam anlamı ile ortadan kaldıran durum olarak ifade edilirken; zorlayıcı kuvvet ise iradeyi bütünüyle yok etmeden fakat önemli bir derecede iradeyi etkileyen kuvvet olarak ifade edilmektedir. Dar yorumu kabul eden görüşe göre; mutlak kuvvet bu anlamı ile cebir kabul edilmemektedir. Çünkü bahse konu görüşe göre mağdurun bedeni üzerinde onu zorlayıcı, acıya sebebiyet veren bir kuvvetin olması gerekmektedir. Hipnoz ile bayıltma gibi bir durumda da iradenin tamamen ortadan kalktığı mutlak kuvvet olarak ifade edilen cebir, bu kapsamda kabul edilmemektedir.⁴⁰⁴

Cebir, Türk Ceza Kanunu'nda, 108. maddede düzenleme alanı bulmaktadır. Mağdura yönelik bedensel acı vermeye elverişli fiziksel temas içeren hareket, zorlama olarak ifade edilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda da dar yorum benimsenmiştir.⁴⁰⁵

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik cebrin, mağdura yönelik olması zorunludur.⁴⁰⁶ Aynı zamanda cinsel ilişki boyunca cebrin devam etmesi aranmamaktadır. Yalnızca cinsel ilişkiye başlarken bahse konu cebrin gerçekleştirilmesi yeterlidir.⁴⁰⁷

Tipik fiilin tehdit ile verilmiş rıza neticesinde gerçekleştirilmemiş olması gerekmektedir. Tehdit, hukuken bir kimseyi, bir eylemi yapması için söz ile zorlama, korkutma, daha açık bir ifade ile istenilen veya istenilmeyen eylemin gerçekleştirilmemesi halinde o kimsenin zarar göreceğine inandırılmasıdır.⁴⁰⁸

Cebir ve tehdidin farklılıklarından biri; cebrin, doğrudan mağdura yönelik bir eylem olarak gerçekleşmesi gerekirken, tehdidin mağdura veya üçünü kişiye yöneltilebilmesinin mümkün olmasıdır. Öyleyse sözselsel olarak gerçekleştirilmesi muhtemel eylemin üçüncü kişiye karşı yöneltilmesi durumunda da tehdit söz konusu olabilecektir.⁴⁰⁹

Tehdidin objektif veya sübjektif olarak değerlendirilmesi hususunda doktrinde tartışmalı görüşler mevcuttur. Objektif görüşü savunan yazarlara göre; tehdidin, mağdur üzerinde korkuya, iç huzurun bozulmasına sebebiyet verecek türden olup olmadığının mağdur

⁴⁰⁴Dülger; s.14; Kantarcı; s.164.

⁴⁰⁵Keser; s.52.

⁴⁰⁶Centel; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, s.274; Dülger;s.111-112.

⁴⁰⁷Yargıtay 14. CD.; E.2015/8435, K.2015/11180 T.01.12.2015, <https://kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi: 18.11.2024).

⁴⁰⁸ Kantarcı; s.165; Dülger; s.114; Üzülmöz; s.50.

⁴⁰⁹Egemenoğlu, Alaaddin; Yargıtay Kararları Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Tehdit Suçu (TCK m.106), İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(1), 2017, s.72.

üzerinde yarattığı etki ile değil, objektif olarak değerlendirilerek bir kimse üzerinde iç huzur bozacak, korku ve telaşa sebebiyet verecek türden bir ifade olup olmadığı kıstası ile belirlenebileceği kabul edilmektedir.⁴¹⁰

Sübjektif görüşü savunan yazarlara göre ise tehdit varlığı halinde, tehdit ifadesinin genel değerlendirilmesinin aksine mağdur üzerinde yarattığı etki göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁴¹¹

Üçüncü görüş, karma görüş olarak nitelendirilmektedir. Tehdidin objektif değerlendirilmesinin yapılmasının ardından, mağdur üzerindeki etkisinin de göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir.⁴¹² Yargıtay içtihatlarında, sübjektif görüşü kabul eden kararlar verilerek, objektif nitelikte korku ve telaşa sebebiyet verecek bir tehdidin varlığı halinde mağdurun etkilenmemesi halinde tehdit varlığından bahsedilemeyeceği kabul edilmektedir.⁴¹³

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda düzenlenen tehdidin, cinsel ilişkiden önce veya cinsel ilişki esnasında yöneltilmesi gerekmektedir.⁴¹⁴ Cinsel ilişkinin ardından gerçekleşen tehdit, yalnızca tehdit suçunu oluşturacağından, TCK'nın 104. maddesi kapsamında tehditten bahsedilemeyecektir.⁴¹⁵

⁴¹⁰Egemenoğlu; s.75; Sözüer, Adem; Tehdit Suçu, İÜHFİM, Sayı1-4, 1994, s.130.

⁴¹¹Ünver; Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, II. TürkiyeSlovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, s.32-33.

⁴¹²Üzülmöz; s.54; Gürkan, Şeref/Uğuz, Ahmet; Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar; Adalet Dergisi, Sayı:27, Ocak 2007, s.252; Kantarcı; s.166; Keser; s.54.

⁴¹³ “Oluşa uygun olarak yakınlıkla kavga ettikten on dakika sonra elinde av tüfeği ile yakınının kapısı önüne gelen sanığın ‘sizi öldüreceğim’ demesi biçiminde kabul edilen eylemin TCY’nın 191/2. maddesine uyan suçu oluşturduğu ve tehdit suçunun oluşması için mağdurun fiilen korkmasının şart olmayıp, eylemin objektif olarak mağdurun iç dünyasında korku meydana getirmeye elverişli olmasının yeterli bulunduğu gözetilmeden, ‘mağdurun korkmadığından’ söz edilerek Yasanın 466/1. maddesi ile hükümlülüğe karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”Yargıtay 14. CD.; E.2002/5409, K.2002/6926, T.24.04.2002, <https://kazanci.com.tr>,(Erişim Tarihi:18.11.2024.).

⁴¹³Kantarcı; s.169; Ünver, Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, s.32-33.

⁴¹⁴“...Mağdure D. 'nin bütün ifadelerinde, sanığın bıçakla tehdit ederek zorla kendisiyle birden çok cinsel ilişkiye girdiğini iddia ettiği, ancak sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan TCK'nın 104/1. maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle Ömerli Sulh Ceza Mahkemesi'ne kamu davasının açıldığı ve yapılan yargılama sonucunda sanığın TCK'nın 104/1, 43/1, 62/1. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verildiği, Ömerli Sulh Ceza Mahkemesi tarafından düzenlenen gerekçeli kararda ise eylemlerin tehditle gerçekleşip gerçekleşmediğinin tartışıldığı, ancak mahkemenin zor ve tehdit iddiasını tartışmakla görev sınırını aştığı, zira cinsel ilişkinin cebir tehdit ve hile ile gerçekleştiğinin kabulü halinde, TCK'nın 103/2-4, 43/1. madde ve fıkralarında düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçunun oluşacağı bu durumda; hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda değişiklik yapan 6545 sayılı Kanun ile 02.12.2016 tarihinde yürürlüğe giren 6763 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler sonrası öngörülen cezanın üst sınırı itibarıyla davaya bakma, delilleri değerlendirme ve suç vasfının tayini ile buna göre lehe kanunu belirleme görevinin üst derece Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek 5235 sayılı Kanunun 12 ve 5271 sayılı CMK' nın 4. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesinde zorunluluk bulunması...”Yargıtay 14. CD.; E.2016/1899, K.2019/10758, T.11.09.2019, <https://kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi:18.11.2024).

⁴¹⁵Keser; s.55.

Kanaatimizce tehdit unsurunun objektif olarak değerlendirilmesi, suçun koruduğu hukuki değer dikkate alındığında daha isabetli olacaktır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu için mağdurun fail ile rızaen cinsel ilişkiye girmesi beklenilmektedir. Buna rağmen tehdit varlığı halinde korkarak rıza verip, faille cinsel ilişkiye giren mağdur açısından tespitinin de oldukça zor olduğu göz önünde tutularak, sübjektif bir değerlendirme yapılması her zaman kesin bir kanaat oluşturmayacaktır. Ayrıca objektif yaklaşımın, hem ispat açısından hem de mağdurun korunması açısından daha isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

Bir diğer değinilmesi gereken iradeyi sakatlayan hal, hiledir. Hile, sözlük anlamında birini yanıltmak olarak ifade edilmektedir.⁴¹⁶ Hukuken hile ise bir kimseyi yanılgıya itmek olarak ifade edilmektedir.⁴¹⁷ Hile, bir kimsenin tasarrufu üzerinde doğrudan tasarrufunu değiştirme kabiliyeti olmayan fakat mağdurun yanılgıya düşürülmesi sebebi ile tasarrufuna etki edilmesidir.⁴¹⁸

Hile kapsamında önemli olan bir diğer unsur, mağdurun iradesinin tamamen yok edilmemesi, yalnızca var olan iradenin hileli davranış ile yanıltılarak tasarrufun etkilenmesidir.⁴¹⁹

Hilenin kapsamı, net olmadığı için bazı tartışmaları beraberinde getirmektedir. İlki, failin vermiş olduğu evlenme vaadi ile rıza veren mağdurun cinsel ilişkiye girmesidir. Evlenme vaadinin hile olarak kabul edilip edilmeyeceği, oldukça tartışmalıdır.⁴²⁰ Bir görüşe göre failin cinsel ilişkiye girmek için mağdura yönelik her türlü aldatıcı, yanıltıcı söylemi ve eylemi hile kapsamında değerlendirilecektir.⁴²¹ Bu sebeple evlenme vaadinin de hile olarak değerlendirilmesi ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçu yerine cinsel istismar suçundan bahsedilmesi gerekmektedir.⁴²²

⁴¹⁶Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>(Erişim Tarihi:12.08.2024).

⁴¹⁷Keser; s.55; Toprakçı; s.66.

⁴¹⁸Taner; s.376.

⁴¹⁹Üzülmöz; s.60-61; Memiş Kartal; Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, s.175. Aksi Yönde bkz. Dönmezer; s.134; Önder; s.21.

⁴²⁰“Oluş ve kabule göre; suça sürüklenen çocuğun suç tarihlerinde on beş-on sekiz yaş grubunda yer alıp dosya içeriğine göre akıl hastalığı da bulunmayan mağdure ile birden fazla rızaen cinsel ilişkiye girmesi eyleminde, suça sürüklenen çocuğun evlenme vaadinde bulunması mağdurenin iradesini bertaraf edip fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta bir hile olarak kabul edilemeyeceğinden, mevcut haliyle eylemlerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, TCK'nın 104/1, 43. maddelerine uyduğu gözetilmeksizin dosya kapsamına uygun düşmeyecek şekilde suça sürüklenen çocuğun eylemlerini evlenme vaadi şeklinde hile ile gerçekleştirdiği belirtilerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması ... ” Yargıtay 14. CD.; E. 2014/1552, K. 2015/5994, T.30.04.2015, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:12.08.2024).

⁴²¹Tezan/Erdem/Önok; s.423;Özcan;s.343.

⁴²²Tezcan/Erdem/Önok; s.326.

Diğer bir görüş ise evlenme vaadinin, hile kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Evlenme iradesinin her kişi için özgür irade olduğu, evlenme vaadinin ardından mağdurun cinsel ilişkiye rıza verip vermemesinin kendi özgür iradesi dâhilinde olduğu ve neticesinde yanıltıcı bir eylem olmaksızın mağdurun rıza gösterdiğinin kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Aksi kabulün ahlaki kaygılardan doğan, korumacı bir tavır olduğu ifade edilmektedir.⁴²³

Fail tarafından, mağdurun fail ile evlenmiş olduğuna inandırılması, hileli davranış olarak değerlendirilebilecektir.⁴²⁴Mağdurun sahte belgelerle evlenildiğine ikna edilmesi olayında hilenin varlığının kabulü gerekmektedir. Yargıtay içtihatları da aynı yöndedir.⁴²⁵

Bir başka görüşe göre evlenme vaadinin hile kapsamında değerlendirilmesinde ikili ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Böylece on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocuklara yönelik gerçekleştirilen evlenme vaadi hile kapsamında değerlendirilebilecekken, yetişkin kimselere yönelik gerçekleştirilen evlenme vaadi, hile kapsamında değerlendirilemeyecektir.⁴²⁶

Kanaatimizce hile kapsamının oldukça genişletilebileceği ve bu sebeple hilenin varlığının belirlenmeye çalışılması yerine, her somut olay nezdinde değerlendirme yapılmasının yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

3.4.6.7. İradeyi sakatlayan diğer haller

⁴²³Ünver; Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, II. TürkiyeSlovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, s.38.

⁴²⁴Yargıtay 14. CD.; E.2013/4640, K.2013/8615, T.04.07.2013.https://www.lexpera.com.tr/, (Erişim Tarihi:24.11.2024).

⁴²⁵ "...sanığın internet ortamında kendisini bekar, mimar ve Mısır vatandaşı Ü.C. olarak mağdureye tanıttığı, bir süre internetten görüştükten sonra mağdureye evlenme teklifi ettiği, iki aylık bir arkadaşlıktan sonra mağdurenin sanık ile evlenmeye karar verdiği, sanığın Ankara'daki evinde aile arasında nişan merasimi yaptıkları, peşinden de 2008 yılı Ağustos ayı içerisinde sanığın resmi nikah işlemlerini yapacağını söyleyerek mağdureyi Ankara'ya çağırdığı, sanığın Çankaya Belediyesi'nde tanıdıkları olduğunu, bu sebeple nikahı evde yapacaklarını söylemesi ile, 20.8.2008 tarihinde elinde bir defterle eve gelen ve kimliği tespit edilemeyen, sanığın nikah memuru olduğunu belirttiği bir kişi tarafından deftere imzaları alınarak mağdureye evlenme cüzdanının verildiği... bu tören ve düğün merasimlerinden sonra mağdurenin gerçekte evli olduğunu zannettiği sanıkla hile ile elde edilen rızası dahilinde cinsel ilişkiye girdiği mağdurenin önce Kütahya Belediyesi evlendirme memurluğuna sonra da nüfus müdürlüğüne giderek sorması ile evli olmadığını öğrenmesi üzerine 30.9.2009 günü sanık hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na şikayette bulunduğu... yukarıda anlatılan ve sübut bulan hali ile mağdurenin sanıkla cinsel ilişkiye girme rızasının sanığın kandırıcı nitelikte yoğun ustaca sergilenen hileli davranışlarla elde edildiği, mağdurenin gerçekte evlendiği inancı ile ve zincirleme şekilde sanıkla cinsel ilişkiye girdiği, ancak buradaki rızasının gerçek iradesini yansıtmadığı..."Yargıtay 14.CD.; E.2014/1933, K. 2014/5982, T. 5.5.2014, www.kazancı.com, (Erişim Tarihi:24.11.2024).

⁴²⁶Memiş,Kartal;Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, s.172; Köse, Şahin, Behiye; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya,2009,s.56.

Cebir, tehdit ve hile halleri dışında iradeyi sakatlayan diğer hallerin varlığında durumun nasıl değerlendirileceği netlik içermemektedir. İlgili kanun metninde “*iradeyi sakatlayan haller*” ifadesi yerine “*cebir, tehdit ve hile*” kavramına yer verilmesinin isabetli olmadığı ifade edilmektedir. İradeyi sakatlayan diğer hallerin, bu haliyle kanun metninde sayılmadığından, kanun maddesinin lafzı doğrultusunda, TCK’nın 104. maddesinin kapsamına girmeme ihtimali doğabilmektedir. Kanun maddesinde cebir, tehdit ve hile kapsamı dışında tutulan bu hallere örnek olarak; uyku hali, sarhoşluk halleri gösterilebilmektedir.

İradeyi sakatlayan hallerden sadece cebir, tehdit ve hilenin kanun metninde yer aldığı dikkate alındığında, diğer iradeyi sakatlayan halleri bu kapsama sokmanın yerinde olmayacağı ifade edilmektedir. Dolayısıyla cebir, tehdit ve hilenin dışında kalan iradeyi sakatlayan hallerin bulunduğu durumda, çocuğun cinsel istismarı suçunun oluşacağı kabul edilmektedir.⁴²⁷Buna rağmen, ilgili ifadenin, rıza ile örtüştüğü görüşüne göre iradeyi sakatlayan hallerin de her ne kadar kanun metninde sayılmasa dahi rıza dışı hal olduğu gerekçesiyle TCK’nın 104. maddesine konu olabileceği ifade edilmektedir.⁴²⁸ Örneğin; uyku, sarhoşluk gibi haller, bahse konu görüşe göre TCK’nın 104. maddesinde sayılmamasına rağmen iradeyi sakatlayan haller arasında değerlendirilmektedir.⁴²⁹

İradeyi sakatlayan diğer haller, mağdur üzerinde geçici bir şekilde iradesini yönlendirme yeteneğini kaldıran, mağdurun irade yeteneğinin azalmasına sebep olan haller olarak ifade edilebilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, mağdurun kendi iradesini geçici bir şekilde etkilemesi, irade yeteneğini azaltması durumunda nasıl değerlendirme yapılacağıdır. Bir görüşe göre, iradeyi etkileyen sebeplerden bahsedilirken failin, mağdurun geçici sebeplerle iradesi olmadığı durumundan yararlanmasının aynı kapsamda değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Ayrıca, mağdurun iradesinin sakatlanmasında failin bir etkisi olup olmadığının dikkate alınması, iradeyi etkileyen sebeplerden ziyade hile kavramını hatırlatacaktır.⁴³⁰

Aksini savunan görüşe göre; mağdurun içinde bulunduğu çaresizlikten yararlanmak suretiyle cinsel ilişkide bulunmanın, iradeyi sakatlayan başkaca haller kapsamında

⁴²⁷Baykal; s.63; Ekici, Şahin; s.83.

⁴²⁸Aksakal; s.266.

⁴²⁹Taner; s.483; Keser;s.50; Şen; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.406; Özcan; s.345.

⁴³⁰Tezcan/ Erdem/ Önok; s.333.

değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir.⁴³¹ Ancak mağdurun içinde bulunduğu çaresizlik durumunun, özgürce karar verebilmesini etkileyecek boyutta olması halinde iradeyi etkileyen başkaca nedenler arasında kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında değerlendirildiğinde, iradeyi sakatlayan halin varlığında, mağdurun iradesinin tamamen yok olması beklenmemekle birlikte, iradesini yönlendirme yeteneğinin azalması yeterli görülmektedir. Bu hali ile iradeyi sakatlayan başkaca hallerin sınırlarını çizmek pek mümkün değildir. Doktrinde yukarıda da ifade edildiği üzere; mağdurun iradesini kırma, irade yeteneğini azaltma olarak ifade edilen başkaca nedenlerin, reşit olmayanı cinsel ilişkiye ikna etmeyi kapsayıp kapsamayacağı bir başka soru işaretidir. Doktrinde her ne kadar mağdurun yaşı da göz önünde bulundurulduğunda bu durumun, iradeyi sakatlayan nedenler arasında sayılabileceği ifade edilse de bizim de katıldığımız, aksi görüşü savunan yazarlara göre, böyle bir kabulün suç kapsamını oldukça genişleteceği, uygulamada önüne geçilmez sorunlar yaratacağı ifade edilmektedir.⁴³²

Son olarak şantaj unsuru ise bir kimseyi kendi çıkarları için o kimsenin kötü görüneceği, küçük düşeceği neticeler ile korkutma olarak ifade edilmektedir.⁴³³ İradeyi sakatlayan başkaca sebepler gibi ilgili kanun maddesinde yer verilmemiş olan şantajın bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Birinci görüşe göre; şantaj, tehdit unsurunun özel halini düzenlemektedir. Bu sebeple reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında değerlendirilmektedir. Şantaj yapılan mağdurun vermiş olduğu rızanın, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında geçerliliği

⁴³¹Kantarıcı; s.181; Ekici,Şahin; s.197; Centel;5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi, s.274; '...'sokaklarda yaşamak zorunda kalması, halkın verdiği yiyeceklerle geçinmesi, yönlendirmeye müsait bir yapısının bulunması ise ancak bir çaresizlik hâli olarak kabul edilebilecek ise de, 5237 sayılı TCK'nın 103'üncü maddesinde aynı Kanununun 80 ve 227'nci maddelerinde kabul edildiği gibi çaresizlik hâlinin suçun tipiklik unsuru ya da nitelikli hali olarak kabul edilmediği, belirtilen durumun mağdurun iradesini etkileyip eyleme karşı koymasına engel bir neden olarak kabul edilemeyeceği, aksine kabul ve uygulamanın ise suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlama yasağı ile kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezaların arttırılıp eksiltilemeyeceği ve değiştirilemeyeceği hükmüne aykırı olacağı, bu sebeple sanıklar ..., ... ile ...'un on beş yaşını tamamlamakla birlikte on sekiz yaşını tamamlamayan ve maruz kaldığı fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan mağdurla cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın anal yoldan cinsel ilişkiye girmekten ibaret eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı...' Yargıtay 14. CD.; E.2015/8952, K.2016/2503, T.15.03.2016, www.lexpera.com, (Erişim Tarihi:24.11.2024).

⁴³²Keser; s.61.

⁴³³Tezcan/Ertem/Önok; s.331; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır; Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.410; Koca/Üzülmez; s.47

bulunmamaktadır. Bahse konu durumda fail, çocuğun cinsel istismarı suçundan cezalandırılacaktır. Ayrıca şantaj suçundan faile ceza verilemeyecektir.⁴³⁴

Aksini savunan görüşe göre; TCK'nın 103. maddesinde "şantaj" ifadesine yer verilerek, TCK'nın 104. maddesinde ayrı düzenleme ile şantaja yer verilmemiş olması gerekçesiyle gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmektedir.⁴³⁵

Kanaatimizce şantaj, tehdidin özel halini oluşturmaktadır.⁴³⁶ Bu sebeple reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, mağdura yönelik gerçekleştirilen şantajın tehdit kapsamında değerlendirilerek, çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturduğu görüşüne katılmaktayız.

3.4.6.8. Rızada sınırın aşılması

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, tipiklik unsurlarından olan rızanın bu doğrultuda kapsamını ve sınırlarını, rıza veren taraf olan mağdurun belirlemesi beklenilmektedir. Dolayısıyla failin, mağdurun vermiş olduğu rızalar doğrultusunda, cinsel ilişki eylemini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Örneğin; on altı yaşındaki mağdura, vajinal yoldan cinsel ilişkiye rıza göstermesi ile cinsel ilişkinin sınırlarını çizmiş bulunmaktadır. Failin, mağdura yönelik anal yoldan cinsel ilişkiye girme eylemini gerçekleştirdiği olayda, mağdurun bahse konu eyleme rızası olmadığı dikkate alındığında fail açısından, çocuğun cinsel istismarı suçu oluşmaktadır.⁴³⁷

Varsayılan rıza, rıza gösterecek kimsenin, rıza göstermesi gereken zaman diliminde bilincinin yerinde olmaması veya başkaca sebeplerden ötürü rıza gösterme iradesinde bulunamayacak durumda olması halinde, somut olaya göre bilinci yerinde olduğu takdirde fiile rıza göstereceğinin kabul edilmesi, olarak ifade edilmektedir.⁴³⁸ Varsayılan rızanın, kişinin gerçek rızasına ulaşamadığı zaman diliminde dahi geleceğini belirleyebilme hakkına yönelik bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir.⁴³⁹

⁴³⁴Kantarıcı; s.170. "...sanıkların mağdureye ellerinde çıplak görüntüler bulunduğunu söylemek suretiyle şantaj yaparak cinsel ilişkide bulduklarının anlaşılması karşısında, sanık S'nin çocuğun nitelikli cinsel istismarı, sanıklar A ve B'nin zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu işledikleri gözetilmeden..."Yargıtay 14.CD.; E.2013/1981, K.2014/10745, T.01.10.2014, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi: 24.11.2024.).

⁴³⁵Memiş, Kartal; Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, s.171.

⁴³⁶Taner; s.143; Tezcan/Erdem/Önok; s.331; Tuğrul; s.176.

⁴³⁷Tezcan/Erdem/Önok; s.329; Sırma, Özge; Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İlgilinin Rızası İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s.187.

⁴³⁸Ekici, Şahin; s.205.

⁴³⁹Ekici, Şahin; s.206.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda varsayılan rıza kurumu, örneğin; uyuyan eşin veya rıza verebileceği zaman dilimlerinde cinsel ilişkiye rıza göstermiş, rıza göstermesi muhtemel kimseye karşı cinsel davranışta bulunulmasıdır. Bahse konu durumda rızanın, varsayılan rıza olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁴⁰

Varsayılan rıza ceza hukuku bakımından eleştirilere maruz kalmıştır. Şöyle ki; Özgenç, Türk ceza hükümlerinin gerçeklere dayandığını, bu sebeple varsayılanlarla hareket edilemeyeceğini savunarak varsayılan rıza kavramını reddetmektedir.⁴⁴¹

Örneğin on yedi yaşındaki çocuğun, sevgilisi ile daha önce birden fazla cinsel ilişkide bulunduğu olayda, yanında uyuyan sevgilisi ile uyurken cinsel ilişkide bulunan kimse açısından varsayılan rıza kabul edilebilecek midir? Doktrinde bir görüş, daha önce defalarca cinsel ilişkiye rıza gösteren sevgilinin, yanında uyuduğunun da dikkate alınması ile varsayılan rızanın söz konusu olacağını kabul etmektedir.⁴⁴² Bizim de katıldığımız görüşe göre; bahse konu olayda varsayılan rızadan bahsedilmesi mümkün değildir. İlgilinin rızasının alınabildiği veya rızasının alınabilmesi için beklenilmesi gerektiği hallerde varsayılan rızadan bahsedilememektedir. Varsayılan rızanın, yalnızca kişinin rızasının zamanında alınmadığı, sağlığı ve yaşamı bakımından ağır tehlikelerin oluşma ihtimalinin bulunduğu hallerde kabul edilebileceği ifade edilmektedir.⁴⁴³ Tüm bu gerekçelerle yanında uyuyan sevgilisinin rıza vereceği varsayımına dayanarak, cinsel ilişkide bulunulması olayında, varsayılan rızadan bahsedilmesinin yerinde olmayacağı düşüncesindeyiz. Nitekim ilgilinin daha önce yöneltilen eyleme rıza göstermiş olması, daha sonra yöneltilecek aynı eylemlere rıza göstereceği anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla her cinsel ilişki doğrultusunda ilgilinin rızasının yeniden somut olaya nazaran alınması gerektiği kanısındayız.

3.5.Suçun Manevi Unsuru

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kasten işlenebilen bir suçtur.⁴⁴⁴ Cinsel tatmin veya arzu ile işlenmesi gibi olgular kastı etkilememektedir. Failin; mağdurun yaşını, rızasını ve

⁴⁴⁰Taner; s.203.

⁴⁴¹Özgenç;Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.380; Aksi görüş için bkz. Hakeri; s.443; Ekici Şahin;s.205.

⁴⁴²Taner; s.168; Sarıgül; Varsayılan rıza için ayrıntılı bilgi için bkz. Ekici, Şahin; s.223-247.

⁴⁴³Ekici,Şahin; s.245; Koca/Üzülmez; s.287; Kantarcı;s.160.

⁴⁴⁴Kantarcı; s.188; Tuğrul; s.516;Tezcan/Erdem/Önok; s.410; Yokuş, Sevik;5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s.297;Baytemir;s.305;Toprakçı; s.83.

cinsel ilişki yaşamanın ne olduğunu bilmesi, anlaması ve kavraması kast için yeterli olmaktadır. Kanun metninde özel bir düzenleme olmadığından, bahse konu suçun, olası kastla da işlenebileceği kabul edilmektedir.⁴⁴⁵

Failin; mağdurun yaşında, mağdurun rızasında hataya düşmesi sonucu TCK'nın 30. maddesi hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bahse konu suçun taksirli hali düzenlenmediği içinde hata hükümlerinin oluşması sonucu fail cezalandırılmayacaktır.⁴⁴⁶

Cinsel haz ile hareket eden failin, mağdurun yaşı, rızası gibi maddi unsurlarda şüphe veya belirsizliğe düşmesi sonucu, fail tarafından bahse konu unsurların yokluğu ihtimali düşünülüp yine de cinsel ilişki kabul edilerek, eylemde bulunulması halinde olası kastın gerçekleşebileceği kabul edilmektedir. Bu doğrultuda olası kastın, suçun tipiklik unsurlarına yönelik gerçekleşebileceği kabul edilmektedir.⁴⁴⁷ Failin; ilgili suçu, olası kast ile işleyebileceğini ilişkin görüşler mevcut⁴⁴⁸ olsa da kanaatimizce cinsel suçlara yönelik olası kastın mümkün olmadığıdır. Çünkü failin, tipik fiili gerçekleştirecekken sonuçları için olursa olsun gibi bir düşüncesinin bu kapsamda gerçekleşebilmesinin mümkün olmadığını düşüncesindeyiz.⁴⁴⁹

3.5.1. Mağdurun yaşında hataya düşülmesi

Hata, kişinin aklından geçirdikleri, inandıkları ile dış dünyada var olan gerçeğin birbirine uymaması olarak ifade edilmektedir.⁴⁵⁰ Kastı kaldıran hata halleri, TCK'nın 30. maddesinin ilk fıkrasında hüküm altına alınmıştır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, mağdurun yaşında ve vermiş olduğu rızada hataya düşülmesi söz konusu olabilecektir. Bahsi geçen unsurlarda failin bilgisizliği halinde kastın ortadan kalkacağı kabul edilmemektedir.⁴⁵¹

Failin, mağdurun yaşı konusunda yanılması veya yanıltılması halinde ne olacağı hata hükümleri ile ilişkindir. Örneğin on yedi yaşındaki bir çocuk, kendisini sahte kimlik ile yirmi yaşında gösterdiği olayda duruma inanan failin, mağdur ile cinsel ilişkiye girmesi halinde

⁴⁴⁵Toroslu; s.71.

⁴⁴⁶Aydın; s.108; Yokuş, Sevik;5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s.298; Tuğrul;s.517.

⁴⁴⁷Özen;s.431.

⁴⁴⁸Tezcan/Erdem/ Önok; s.410.

⁴⁴⁹Memiş, Kartal; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.2089.

⁴⁵⁰Sarıgül, Ali Tanju; Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 14.2, 2019, s.665.

⁴⁵¹Koca/Üzülmez; s.253.

TCK m.30/1 uygulama alanı bulacaktır.⁴⁵² Hata hükümlerine göre, suçun unsurlarında hataya düşen failin kastı ortadan kalkacağından, suçun taksirli halinden ceza alması gerekmektedir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun taksirli hali düzenlenmemiş olduğundan, bu doğrultuda failin cezalandırılması söz konusu değildir.⁴⁵³

Mağdurun on beş yaşını tamamlamamış olduğu halde, failin hataya düşerek mağdurun on beş yaşından büyük olduğu zannı ile cinsel ilişkide bulunması halinde nasıl karar verileceğini tartışmanın yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Yargıtay Ceza Genel Kurul kararında, her ne kadar dış dünyada gerçekleşen fiil, TCK'nın 103. maddesini oluştursa da hata halinde failin kast ile hareket ettiğini kabul etmenin yerinde olmayacağı ve taksirli halinin de düzenlenmediği dikkate alındığında cezalandırılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir.⁴⁵⁴

Somut olayda; on dört yaşında olan mağdur ile rızaen cinsel ilişkide bulunan fail, normal şartlarda çocuğun cinsel istismarı suçunu işlemektedir. Ancak fail, mağdurun on yedi yaşında olduğuna yönelik hataya düşmesi sonucu reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacak bir eylem gerçekleştirmektedir. Hataya düşen failin, gerçekleşen cinsel ilişki eylemi neticesinde çocuğun cinsel istismar suçunu oluşturmaktadır. Ancak hata hali ile suçun

⁴⁵² ‘...sanıklar ...,’ın ifadelerinde mağdurenin kendilerine Üniversite 2. sınıf öğrencisi olarak tanıtıldığını savunmaları karşısında , Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararına ilişkin 25.03.2015 günlü, 2014/6419 başvuru numaralı kararı ve tüm dosya içeriği nazara alınarak, olayda 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin de uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı tartışılıp bu yöndeki savunmanın reddi nedenleri karar yerinde açıklandıktan sonra hükme varılması gerekirken, eksik gerekçe ile yazılı şekilde mahkûmiyet hükümleri kurulması suretiyle ... sayılı CMK' nın 230. maddesine muhalefet edilmesi...’’ Yargıtay 14. CD.; E. 2019/2794, K. 2019/9847, T:20.05.2019 , www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:18.11.2024); Koca; s. 85.

⁴⁵³Kantarıcı; s.189; Hakeri; s. 438; Yokuş, Sevik; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s.298; Dülger, Murat Volkan/Özkan, Onur/Bakdur, Merve; Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 45, 2021, s.101.

“Sanıkla mağdurenin iki yıldır devam eden duygusal arkadaşlıklarının bulunduğu ve bir süre aynı evde yaşadıkları hususlarının sabit olduğu somut olayda, sanığın kendisiyle birlikte bir süre aynı evde kalan mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, sanık da hiç bir aşamada mağdurenin on beş yaşından büyük olduğunu zannettiği veya mağdurenin kendisine böyle söylediği şeklinde bir savunmada yapmadığından, mahkemece kendiliğinden araştırılması gereken bir husus bulunmamaktadır. Dolayısıyla, somut olayda 5237 Sayılı T.C.K.nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları da mevcut değildir.” YCGK; E:2014/14-88, K:2014/334. T:17.06.2014, https://kazanci.com.tr,(Erişim Tarihi:18.11.2024).

⁴⁵⁴ ‘...fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurun yaşına ilişkin bu hatasından yaralanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK' nın 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir...’’ YCGK.; E:2014/14-88, K:2014/334, T:17.06.2014, www.kazanci.com,(Erişim Tarihi:18.11.2024).

kasten işlenmediği, faille suçun taksirli halinden ceza verilmesi gerekirken, taksirli halinin düzenlenmediği, bu sebeple de failin beraatine karar verildiği görülmektedir.⁴⁵⁵

Doktrinde var olan görüşe göre; kanaatimizce de hataya düşen failin eylemi, hata halinde başka bir suçun oluşmasına sebebiyet veriyorsa o suçtan cezalandırılması gerekmektedir.⁴⁵⁶ Dolayısıyla vermiş olunan örnekte, çocuğun cinsel istismarı suçuna yönelik hata hükümlerinin uygulandığı sırada, şikâyetin varlığı halinde failin reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılması gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁵⁷

Hata kapsamında değerlendirilmesi gereken diğer bir husus ise şüphedir. Şüphe ve hata birbirinden farklı iki kavramdır. Şüphe, fikirlerin çatışması olarak ifade edilmektedir.⁴⁵⁸ Gerçekleştirilen suça konu fiil sırasında tam anlamı ile hatadan bahsedebilmesi için failin yaptığı hata hakkında şüphe bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca failin şüphesinin varlığı halinde, olası kast ve bilinçli taksir hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Suçun maddi unsurları hakkında şüpheye düşülmüş olması hata hükümlerini oluşturmayacaktır.⁴⁵⁹

3.5.2. Mağdurun rızasında hataya düşülmesi

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda failin, mağdurun vermiş olduğu rızada hataya düşmesini tartışmadan önce belirlenmesi gereken husus: rızanın bu suç kapsamında hukuka uygunluk unsuru olup olmadığıdır. Çünkü rızanın hangi kapsamda değerlendirileceğine göre hata hükümlerinden hangi fıkranın uygulanacağı değişiklik göstermektedir. Şayet hukuka uygunluk kapsamında değerlendirilirse TCK'nın 30. maddesinin üçüncü fıkrasında kaçınılmaz hata; tipiklik unsuru kapsamında değerlendirilirse TCK'nın 30. maddesinin ilk

⁴⁵⁵YCGK, E:2013/14-576, K:2013/581, T: 03.12.2013, <https://kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi:18.11.2024).

⁴⁵⁶Hakeri; s.440.

⁴⁵⁷Kantarıcı; s.191; Hakeri; s.440; Koca; s.86.

⁴⁵⁸Olgun, Değirmenci; Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma, TBB Dergisi, 2014, s.110; Sarıgül; Ceza Hukukunda Hata Kavramı Suçun Maddi Unsurlarında Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s.667.

⁴⁵⁹Dülger/Özkan/Bakdur. "Sanıkla mağdurenin olaydan önce 2-3 aydan beri arkadaş oldukları, mağdurenin yaşı küçük olduğu için ailelerin evlenmelerine karşı çıktığı somut olayda; suç tarihi itibarıyla 29 yaşının içerisinde olan sanığın, mağdurenin 15 yaşından küçük olduğunu bilmemesi hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi, savunmasının dahi hataya dayalı olmayıp mağdurenin kaydı yaşına itiraz ve gerçek yaşının tespiti talebi niteliğinde olduğu, mağdurenin hastanede doğduğunun, ceza davası kesinleşmeden ve hastane kayıtları araştırılmadan görülen hukuk davası sonucunda değiştirilen doğum tarihine göre bile mağdurenin suç tarihinde 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılması karşısında bu savunmaya itibar edilmesi mümkün değildir." YCGK, E. 2013/14-462, K. 2014/13, 21.01.2014, <https://kazanci.com.tr>, (Erişim Tarihi:18.11.2024).

fıkrasındaki hükümleri olan esaslı hata olması dikkate alınmalıdır.⁴⁶⁰ Bahse konu tartışmaya ‘‘Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin rızanın tipiklik unsuru olarak kabul edilip edilmeyeceği sorunu’’ başlığı altında değinilecektir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşması için cinsel ilişki eyleminin cebir, tehdit ve hile olmaksızın yani rıza sonucu gerçekleşmesi gerekmektedir. Hal böyle olunca rıza, bahse konu suçun tipiklik unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla reşit olmayan cinsel ilişki suçunda, fail tarafından mağdurun vermiş olduğu rızada hataya düşülmesi, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun gerçekleşmemesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda doğrudan çocuğun cinsel istismarı suçundan ceza vermek yerine reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun hata hükümlerine göre incelenmesi gerekmektedir.⁴⁶¹

Somut olayda adil bir karar verilebilmesi adına en önemli husus, hatanın esaslı olduğunun tespitidir. TCK’nın 30. maddesi ilk fıkrada hüküm altına alınan maddi unsurlarda hatanın kaçınılmaz veya esaslı hata olması gerektiğine yönelik doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bir görüşe göre maddi unsurlarda hataya düşülmesi sonucu hatanın kaçınılmaz olup olmadığı nitelendirmesi önem arz etmezken⁴⁶² aksini savunan görüşe göre maddi unsurlarda hata da tıpkı hukuka uygunluk unsurlarında hataya düşülmesinde olduğu gibi hatanın esaslı ve kaçınılmaz olup olmadığına yönelik nitelendirme yapmanın doğru olduğu savunulmaktadır.⁴⁶³ Görüşe göre rıza ister hukuka uygunluk unsuru, ister tipiklik unsuru olarak değerlendirilsin, her iki halde de hatanın esaslı ve kaçınılmaz olması gerektiği kabul edilmektedir. Öyle ki bu tespitin şüpheye mahal vermemesi gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁶⁴

Kanaatimizce, rıza unsurunda hatanın kaçınılmaz olup olmadığının tespiti, hukuka uygunluk hali olarak kabul edildiği hallerde yapılmalıdır. Rıza, reşit olmayanla cinsel ilişkin suçunun tipiklik unsurunu oluşturmaktadır. Bu gerekçe ile TCK’nın 30. maddesinin ilk fıkrası uygulama alanı bulacak ve hatanın kaçınılmaz olup olmadığı araştırılmayacaktır.

⁴⁶⁰Ekici Şahin; Ceza Hukukunda Rıza, 1. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, 2012, s.100-101; ‘‘Koca’ya göre hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın TCK m.30/3 kapsamında değil TCK m.30/1 hükmü kapsamında ele alınması gerekir. Bu sebeple hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata hallerinde hatanın kaçınılmaz olup olmaması araştırılmayacaktır.’’Bkz. Koca; 97-98; Kantarcı; s.192.

⁴⁶¹Taner; s.484; Yokuş, Sevük; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, s.298.

⁴⁶²Koca; s.88; Kantarcı; s.192.

⁴⁶³Taner; s.484; Köksal; s.708; Keser; s.74.

⁴⁶⁴Değirmenci; s.133; Sarıgül; Ceza Hukukunda Hata, s.667.

3.6.Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka aykırılık, hukuk ile çatışma içerisinde olmak demektir.⁴⁶⁵ Tipiklik unsurları kapsamında hukuka aykırılık ise gerçekleştirilen eylemin hukuk düzeni tarafından kabul edilmemesidir.⁴⁶⁶ Dolayısıyla bir eylemin, kanuni tanımdaki eyleme uyması, diğer bir ifade ile eylemin tipik olması, hukuka aykırılığın karinesini oluşturmaktadır.⁴⁶⁷

Bir suçun meydana gelmesi belli aşamalardan geçmektedir. İlk olarak yukarıda ifade edildiği üzere tipikliğin gerçekleşmesi gerekmektedir. Tipik fiilin gerçekleşmesi, hukuka aykırılığın varlığına karine oluşturmaktadır. Son aşamada ise kusurluluk incelemesi yapılmaktadır. Bu noktada ise hukuka aykırılığı kaldıran, hukuka uygunluk nedenleri incelenmektedir.⁴⁶⁸

Reşit olmayanla cinsel ilişki suç tipine, yalnızca ilgilinin rızası uygundur. Ancak, ilgilinin rızası, TCK'nın 104. maddesi kapsamında tipiklik unsuru olarak kabul edilmesi gerekçesiyle hukuka uygunluk söz konusu olamayacaktır.⁴⁶⁹ Rızanın tipikliği kaldıran unsur olarak kabul edilmesine yönelik tartışmalara ve açıklamalara ilgilinin rızası başlığı altında değinilecektir.

Hakkın kullanılması, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu doğrultusunda, hukuka uygunluk sebebi midir? Hakkın kullanılması kurumundan faydalanılması için failin hukuk tarafından tanınan bir hakkı olması ve bu hakkın kendisi tarafından doğrudan kullanılması gerekmektedir.⁴⁷⁰ Türk Medeni Kanunu kapsamında evlilik birliği gerçekleşmiş iki eş arasında evliliğin doğal bir sonucu olan cinsel anlamda yükümlülükler ile gerçekleşen cinsel ilişki

⁴⁶⁵Koca/Üzülmez; s.264; Hakeri, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 30. Baskı, Adalet Yayınevi, 2024, s.287.

⁴⁶⁶Koca/Üzülmez; s.264.

⁴⁶⁷Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, 2024, s.457.

⁴⁶⁸Akbulut; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.597.

⁴⁶⁹Özbek/Doğan/ Bacaksız; s.391; 'Mağdurenin aşamalarda vekil huzurunda verdiği ifadelerinde sanıktan şikâyetçi olması karşısında, sanığın eyleminin TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu, bu suçun şikâyet üzerine takip edilen suçlardan olup, süresinde yapılan şikâyetin suçun oluşumu açısından yeterli olduğu göz önüne alınarak sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken anılan maddenin yorumunda hata yapıp geçerli rıza halinde sonradan başka saiklerle yapılan şikâyetin hukuken geçersiz olduğu şeklindeki kanuni olmayan gerekçeye dayanılarak yazılı şekilde beraat kararı verilmesi kanuna aykırıdır.' Yargıtay 14. CD.; E.2012/9853, K.2014/7117. T.28.05.2014, <https://legalbank.net/>, (Erişim Tarihi:22.11.2024).

⁴⁷⁰ Koca/Üzülmez; s.332; Hakeri; s.289.

eylemi cebir, tehdit, hile olmaksızın rızaya dayalı ise hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmelidir.⁴⁷¹İlgilinin rızası başlığı altında tartışmalara değinilecektir.

3.7.Suçun Nitelikli Halleri

3.7.1.Genel olarak

Suçun nitelikli hallerinin uygulama alanı bulması için suçun temel halinin gerçekleşmesi ile birlikte ilgili maddelerde düzenlenen cezayı hafifletici veya arttırıcı özel niteliklerin gerçekleşmesi gerekmektedir.

5237 Sayılı Kanunu'nun ilk halinde düzenleme alanı bulan failin mağdurdan beş yaş büyük olması hali, Anayasa Mahkemesi tarafından 2005 yılında iptal edilmiştir. 6545 Sayılı Kanun ile TCK'nın 104. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası düzenlenmiş ve eksiklik giderilmiştir.⁴⁷² Bahse konu düzenlemeye göre; mağdurla arasında evlenme yasağı bulunan kimse veya mağdurun bakım ve gözetim yükümlülüğü olan kimse tarafından ilgili suçun işlenmesi, nitelikli haller olarak hüküm altına alınmıştır. TCK'nın 104. maddesinin temel hali, şikâyete bağlı suç iken nitelikli hallerinin soruşturulması ve kovuşturulmasının resen yürütülmektedir.⁴⁷³

Kanun maddesinde düzenlenen nitelikli hallerin dışında ayrıca doktrinde eğitici ve öğreticilerin de mağdura yönelik ikna kabiliyetleri, mağduru etkileyebilme yetenekleri dikkate alındığında, bahse konu kimseler tarafından işlenen tipik fiilin de bu doğrultuda nitelikli hal olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁴⁷⁴ Bahse konu tipik fiilin mağduru olan on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocukların rızaları kanun koyucu tarafından kabul edilmemekle ilgili mağdurlara yönelik dokunulmazlık alanı oluşturulduğu savunulmaktadır.⁴⁷⁵

3.7.2.Suçun evlenme yasağı bulunan kişi tarafından gerçekleştirilmesi

⁴⁷¹Keser; s.49; Beyazıt; s.302.

⁴⁷²Memiş,Kartal; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.2090.

⁴⁷³Koca/Üzülmez; s.423; Tezcan/Erdem/Önok;s.410; Özcan;s.353.

⁴⁷⁴Sarıgül; s.754.

⁴⁷⁵Şen; Reşit Olmayanla Cinsel İlişkide Değişiklik Önerisi, s.276.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel halinde, fail için herhangi bir nitelik öngörülmemiştir. Her ne kadar doktrindeki failin on sekiz yaştan büyük olması gerektiğine ilişkin tartışmalar mevcut olsa da kanun metninde net ve açık şekilde böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. İlk nitelikli hal, ilgili maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmektedir. Bahse konu nitelikli hal düzenlemesi, mağdur ve fail arasında yapılmıştır. Şöyle ki; şayet mağdurun rızası doğrultusunda, cinsel ilişkiye giren fail ile mağdur arasında evlenme yasağı bulunuyorsa ilgili suçun cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halinden bahsedilmesi gerekmektedir.

Evlenme yasağı, TMK'nın 129. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili madde doğrultusunda; mağdurun, üçüncü dereceye kadar olan kan hısımları, birinci dereceye kadar olan kayın hısımları ve evlat edinen ile evlat edinilen arasında evlenme yasağı bulunmaktadır. Yukarıda sayılan hallerin varlığında mağdurun on beş, on sekiz yaş aralığında olması ve rızaen cinsel ilişkide bulunulması, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır.⁴⁷⁶

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halleri, Alman Ceza Kanunu'nda farklı hukuki menfaatleri koruduğu gerekçeler ile düzenleme alanı bulmuştur. *“Alman Ceza Kanunu'nda “akrabalar arasındaki cinsel ilişki; “kişisel durum, evlilik ve aileye karşı suçlar” bölümünde düzenlenmiştir (StGB par.173).”⁴⁷⁷ Bahse konu hüküm ile altsoy, üstsoy ve kardeşler arasındaki cinsel ilişki yasaklanmıştır.⁴⁷⁸ İlgili suçun yalnızca çekirdek aile ile sınırlı tutulması doktrinde tartışılmaktadır. Aynı zamanda toplumsal, ahlaki görüşlerin ceza hukukuna dâhil edildiği gerekçeleriyle ensest kavramının tartışıldığı ifade edilmektedir. *“Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirdiği Stübing/Almanya kararında; bireyin özel yaşamının en mahrem yönlerinden biriyle ilgili olsa da, yetişkinler arası ensest ilişkileri nasıl karşılayacakları konusunda ulusal makamların geniş bir takdir alanına sahip olduklarına işaret etmiştir.”⁴⁷⁹**

⁴⁷⁶Özbek/Doğan/Bacaksız; s.390.

⁴⁷⁷Sarıgül; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail, s.743.

⁴⁷⁸Sarıgül; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail, s.745.

⁴⁷⁹Sarıgül; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail, s.743; Karar ile ilgili açıklamalar için bkz. Ali, Bal; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.1, 2009, s.56; Osman, Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Avrupa Konseyi, Cilt 2, 2013, s.16, 17, 43.

Suçun evlenme yasağı bulunan kişi tarafından gerçekleştirilmesi nitelikli halin koruduğu hukuki yararın, eşlerin cinsel tercihlerine ilişkin tehlikeler ve doğacak çocukların genetiklerini korumak olduğu ifade edilmektedir.⁴⁸⁰

İlgili nitelikli hal düzenlemesi, ensest ilişkinin cezalandırılmaya tabi tutulduğu tartışmasını yaratmaktadır.⁴⁸¹Ensest, evlenmeleri hukuken yasak olan aralarında yakın akrabalık ilişkisi bulunan kimselerin cinsel ilişkisi olarak tanımlanmaktadır.⁴⁸²Düzenleme ile mağdurun yaşı sınırı ve evlenme yasağı dikkate alınarak ensest ilişkinin yasaklandığı ve cezalandırılmaya tabi tutulduğu ifade edilmektedir. Yalnızca on beş, on sekiz yaş aralığında evlenme yasağı bulunan mağdur ile cinsel ilişki cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla ensest tüm fiillerin, cezalandırmaya tabi tutulmadığını söylemek yerinde olacaktır.

Ensest kavramının bazı yazarlar tarafından tanımı, ‘*evlenmeleri yasak olan reşit kişiler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki*’ olarak yapılmıştır.⁴⁸³Bahse konu tanım çerçevesinde mağdurdan bahsedememekteyiz. Ancak iki fail bulunmaktadır. Böylece ilgili suç, çok failli olarak nitelendirilmektedir.⁴⁸⁴

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre; ensest fiillerin yaş sınırına tabi tutulamayacağı, TCK’nın 104. maddesinin nitelikli halinden çok daha geniş kapsamı olan kurum olduğu, bu sebeple doğrudan ensest fiillerin cezalandırılmasının düzenlendiğine yönelik savunmaların doğru olmayacağı düşüncesindeyiz.

On beş yaşından büyük çocukların rızaen gerçekleştirdikleri cinsel ilişkilerin cezalandırılmaya tabi tutulduğu dikkate alındığında, evlenme yasağı bulunan kimsenin fail olması durumunda ise şikâyet aranmaksızın ceza artırımı öngören nitelikli hal düzenleme alanı bulmuştur.⁴⁸⁵

Sarıgül, 5237 Sayılı TCK’da ilgili nitelikli halin resen soruşturulabileceğine yönelik hükmün, toplumun ve mağdurun yakınları tarafından, mağdura yapılacak baskı ve aile

⁴⁸⁰Sarıgül;Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail, s.744.

⁴⁸¹Kantarıcı; s.196; Dönmezer, Sulhi; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, s.17 vd; Artuk, Mehmet Emin; Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçi Irza Geçme ve Fücür, Kadına Yönelik Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi, Yayın no:1, 2002, s. 38-39; Memiş, Kartal;Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, s.209; Doğan; s.143.

⁴⁸²Kantarıcı; s.196-197.

⁴⁸³Sancar, Yalçın, Türkan/Yaşar, Nimet; Ensest, Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesi Kararı, TBBD, S.80, 2009, s.245-299; Genç, Şura/Çoşkun, Seçil; Ensest, TBBD, S.106, 2013, s.215-261; Sancar, Yalçın, Türkan; Ensest ve Tartışmada Genel Ahlak Engeli, Güncel Hukuk, 2008, s.23-24; Şen, Ersan/Başarır, Tuğçe, Ensest Mağdurlarından Birisi: “Kadın”, TBBD, 2012, s.317 vd.

⁴⁸⁴Sancar, Yalçın/Yaşar; s.247.

⁴⁸⁵Tezcan/ Erdem/Önok; s.410; Özen s.436.

dinamikleri göz önünde bulundurulduğunda, yerinde bir düzenleme olduğundan bahsetmektedir. Bu gerekçelerle hükmün, olumlu bir düzenleme olduğu kabul edilmektedir.⁴⁸⁶

TCK'nın 104. maddesinin nitelikli hali olarak düzenlenen fail bakımından belirli niteliklerin gündeme geldiği; evlenme yasağı, bakım, gözetim yükümlülüğü olan kimselerin mağdur ile gerçekleştireceği ensest ilişkiye yönelik hukuken geçerli bir rızanın oluşup oluşamayacağı doğal olarak tartışma konusudur.⁴⁸⁷ Mağdur çocukların, bahse konu faillere olan yakınlıkları düşünüldüğünde, cinsel ilişkiye vermiş oldukları rızanın tam bir irade ile etki altında kalınmadan verildiğini söylemek oldukça zordur. Aksine boyun eğme ihtimalleri ve ensest ilişkiye yönelik hukuken geçerli bir rızanın verilmiş olduğunun ispatının oldukça zor olması da dikkate alındığında⁴⁸⁸ ensest ilişkilere yönelik cinsel ilişkiye rıza yaş sınırının, on beş yaştan daha büyük bir yaş olarak belirlenmesinin daha isabetli olacağı savunulmaktadır.⁴⁸⁹

Nitekim kanaatimizce de ensest ilişki şeklinde hüküm altına alınan eylemlerin mağdur açısından daha ağır sonuçlar doğurabileceği dikkate alındığında, bu doğrultuda nitelikli hal kapsamında düzenleme bulmasının yerinde olduğu düşüncesindeyiz.

3.7.3.Suçun evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından gerçekleştirilmesi

Evlat edinen ve evlat edinilen arasında evlenme yasağı bulunmaktadır. Bu kapsamda gerçekleştirilen cinsel ilişki, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun TCK'nın 104. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen nitelikli hali oluşturmaktadır. Evlat edinme ile ilgili daha ayrıntılı düzenlemeye gidilerek, ilgili maddenin üçüncü fıkrasında, evlat edinme öncesi koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kimselerin de bahse konu suçun nitelikli halini oluşturduğu hüküm altına alınmıştır.⁴⁹⁰

⁴⁸⁶Sarıgül; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail, s.747; Sancar, Yalçın/Yaşar; s.256.

⁴⁸⁷Taner; s.485 vd.

⁴⁸⁸Kantarıcı; s.197-198.

⁴⁸⁹Baykal; s.74; Taner; s.485 vd.; Kantarıcı; s.198.

⁴⁹⁰Özbek/Doğan/Bacaksız; s.391; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır; Ceza Hukuku Özel Hükümler; s.412; Kantarıcı; s.198-199; Kocaoğlu; s.403;Sarıgül;Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail, s.749; Kızıldere; s.47;Özcan; s.354; Koca/Üzülmez;s.333;Taner;s491; Özbek/Doğan/Bacaksız;s.391.

Söz konusu nitelikli hal, Alman Ceza Kanunu'nda cinsel tercihte bulunma hakkına karşı suçlar bölümü içerisinde *'himayesine verilen kişinin cinsel istirrarı'* başlığı altında hüküm altına alınmıştır.⁴⁹¹

Türk Medeni Kanunu'nun 305. maddesinde, küçük çocuk ile resmi evlatlık ilişkisi kurulmadan evvel bir yıl boyunca bakım ve gözetiminin üstlenilme yükümlüğü getirilmiştir.⁴⁹² Bu doğrultuda, resmi evlatlık ilişkisi bulunmayan fakat ilgili kanun maddesinde ifade edilen süre içerisinde bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan evlat edinen ile mağdurun rızaen cinsel ilişkide bulunması, TCK'nın 104/3 maddesini oluşturacaktır.

Fıkra düzenleme alanı bulan, ikinci nitelikli hal ise koruyucu aile kapsamında olmuştur. 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun 23. maddesinde yer alan koruyucu aile hükümlerine göre koruyucu aile olan kimselerin⁴⁹³ on beş, on sekiz yaş aralığındaki çocuk ile rıza doğrultusunda girmiş olduğu cinsel ilişki suçu, TCK'nın 104/3 maddesi kapsamında değerlendirilecektir.⁴⁹⁴

Sarıgül; TCK'nın 103. maddesinin nitelikli hallerinde eğitici kişilerden bahsederken 104. maddede yer verilmemesinin kanun koyucunun bilinçli tercihi olabileceğini ifade etmektedir. Kamu nüfuzu ve hizmet ilişkisi sağlayan kimselerin de 104. maddenin nitelikli hal kapsamına sokulmadığına dikkat çekmekle birlikte 104. maddede tipik fiilin rızaya dayandığı, 103. maddenin haksızlık içeriğine nazaran daha hafif olmasının bir tezahürü olabileceği ifade edilmektedir.⁴⁹⁵

Sevük; kanun maddesinde hüküm altına alınan nitelikli halin bu hali ile yeterli olmadığı görüşündedir. Evlenme yasağı ve koruma, bakım,gözetim yükümlülüğü kapsamındaki düzenlemenin çocuğun istismara karşı korunmasında yetersiz kalacağını, bu sebeple kapsamın genişletilmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁴⁹⁶

⁴⁹¹Sarıgül; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail, s.744 (StGB par.174).

⁴⁹² *'Türk Medeni Kanunu'nun 305. maddesinin 1. fıkrasına göre, bir küçüğün evlât edinilmesi, evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlıdır.'* Kantarcı; s.198-199.

⁴⁹³ *'Koruyucu aile: mahkemece hakkında korunma kararı alınan çocuğun, sevgi, ilgi ve hoşgörü ile büyümesi ve fiziksel, duygusal, sosyal ve zihinsel olarak sağlıklı gelişip, topluma uyumlu, yararlı bireyler olarak yetiştirilmesini sağlamak amacıyla, geçici veya sürekli, ücretli veya gönüllü olarak aile ortamında bakımını gerçekleştirecek ve öz ana babanın yerini tutacak bir ailedir.'* Serdar, İlknur; Koruyucu Aile, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir, 2000, s.468; Özcan; s.355.

⁴⁹⁴Kantarcı; s.198.

⁴⁹⁵Sarıgül;Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail, s.749.

⁴⁹⁶Yokuş,Sevük;6545 Sayılı Kanun İle Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi,s.178.

3.8.Suçun Özel Görünüş Biçimleri

3.8.1.Teşebbüs hükümleri

Türk Ceza Kanunu'nda teşebbüs hükümleri 35. maddede hüküm altına alınmıştır. İlgili madde hükmüne göre, suçun işlenmesi saiki ile icra hareketleri başlanmış, fakat failin elinde olmayan sebeplerle suçun tamamlanamamış olması sonucu, teşebbüs kurumu söz konusu olacaktır. Öyle ki; suçun teşebbüsünden bahsedilebilmesi için hazırlık hareketleri geçilmiş, icrai hareketlerine başlanmış ve elde olmayan sebeplerle tamamlanamamış olması gerekmektedir.⁴⁹⁷

TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen bahse konu tipik fiil, cinsel ilişkidir. Yukarıda da bahsedildiği üzere Yargıtay içtihatlarında da kabul edilen görüşe göre cinsel ilişki, erkek cinsel organın anal veya vajinal yollarla vücuda dahil eyleminin tamamlanmasıdır. Cinsel ilişkinin ne kadar sürdüğü veya cinsel ilişki sonunda, failin cinsel tatmine ulaşılmış olması gibi neticeler aranmamıştır.⁴⁹⁸ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna teşebbüs mümkündür.⁴⁹⁹ Yargıtay içtihatlarında da reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna teşebbüs kabul edilmektedir.⁵⁰⁰ Bu kapsamda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda icrai hareketlerin ne zaman başladığı tartışması ortaya çıkacaktır.

Cinsel ilişki öncesi; öpüşme, ön sevişme, okşama gibi cinsel davranışları, söz konusu cinsel ilişkinin tamamlanması için başlanılan icrai hareketler olarak nitelendirmenin yanlış

⁴⁹⁷Özbek/Doğan/Bacaksız; s.392; Özocak,Gürkan;Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs,1.Baskı,Seçkin Yayın,2018,s.67;İpekçioğlu,Aksoy,Pervin; Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs,1.Baskı,Seçkin Yayıncılık,2009,s.47;Özgenç; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.557;Koca/Üzülmez;s.415;Demirbaş,Timur;Ceza Hukuku Genel Hükümler,14. Baskı, Seçkin Yayınevi,s.462.

⁴⁹⁸Özbek/Doğan/Bacaksız; s.392; Kantarcı; s.201; Köksal; s.709; Koca/Üzülmez; s.422.

⁴⁹⁹Taner; s.491; Tezcan/Erdem/Önok; s.411;Koca/Üzülmez;s.335;Özbek/Doğan/Bacaksız;s.392;Kanbur;s.4181;Kantarcı;s.201; Memiş, Kartal; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.2094.

⁵⁰⁰ Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur: '*Mağdurenin aşamalarındaki çelişkili anlatımlarına, savunmaya, doktor raporlarına, olay yeri kr0okisine, tanıklar A.D. ile O.P.'in beyanlarına ve dosya içeriğine göre, olay günü saat 15.00 sıralarında mağdurenin kendi isteğiyle meskun mahal içerisinde bulunan boş inşaata girerek daha önceden tanıdığı sanıkla bulunduğu, mağdurenin inşaata doğru gittiğini gören tanık A.D.'in bu durumu mağdurenin ağabeyi tanık O.'a haber verdiği, olay üstüne abanmış halde gördüğü ve tanığın müdahalesi üzerine sanığın kaçtığına anlaşıldığı karşısında, tanık A.'in beyanı, olay yeri, zamanı ve gelişme tarzı dikkate alındığında eylemin zora dayandığına dair kanıt bulunmadığı, mağdureyle rızayla cinsi münasebette bulunmak isteyen sanığın, tanığın gelmesiyle tamamlanamayan fiilinin, reşit olmayan mağdure ile rızasıyla cinsi münasebette bulunmaya eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu ve TCK'nın 416/son ve 61. maddelerine uyduğu gözetilmeden oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle, yazılı bir biçimde zorla ırza geçmeye teşebbüsten mahkumiyet kararı verilmesi..'* Yargıtay 5. CD.; E.2002/1506, K.. 2002/7136, Kaynak: Baytemir; s.494.

olmayacağı düşüncesindeyiz. Burada ise farklı bir sorunla karşı karşıya kalınmaktadır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olan çocuğun, cinsel ilişkiye varmayan eylem ve davranışlara göstermiş olduğu rıza geçerli ve herhangi bir suç konusunu oluşturmamaktadır. Bu doğrultuda, failin cinsel ilişki öncesinde sergilemiş olduğu cinsel eylem ve davranışları, cinsel ilişki için sergilemediğini beyan etmesi sonucu bahse konu durumun ispatı oldukça zordur. Bahse konu eylem ve davranışlar, suç konusu da oluşturmadığından, teşebbüs hükümlerinin uygulanması söz konusu olmayacaktır.⁵⁰¹ Nitekim bu görüşe paralel Yargıtay içtihatları bulunmaktadır.⁵⁰²

Sonuç olarak, teoride cinsel ilişkiden önce cinsel ilişkiye hazırlanma aşamaları olan cinsel davranış ve eylemler devam ederken, failin elinde olmayan sebeplerle cinsel ilişkinin tamamlanamamış olması, teşebbüs hükümlerinin uygulanması için yeterli olsa da uygulamada ancak failin saiki ispat edildiği takdirde teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir.

Şüpheye düşürmeyecek şekilde, cinsel ilişkiye girmek üzere erkek cinsel organının çıkarılmış ve vücuda girmeden saniyeler önce failin elinde olmayan sebeplerle tamamlanamamış olması halinde, teşebbüs hükümlerinin uygulanacağı sabittir. Dolayısıyla teşebbüs hükümlerinin uygulanması için daha somut delillerin varlığından bahsetmemiz gerekmektedir

Doktrinde bazı yazarlar; failin tıbben iktidarsızlığı sonucu suç eyleminin tamamlanamadığı hallerde teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedirler.⁵⁰³ Bizim de iştirak ettiğimiz görüş; failin tıbben kalıcı bir iktidarsızlık durumunun raporla tespit edilmesi halinde teşebbüs hükümlerinin değil, işlenemez suç hükümlerinin uygulanmasının daha isabetli olacağıdır. Çünkü failin, öngörülen suç eylemini gerçekleştirmesi mümkün değildir.⁵⁰⁴

⁵⁰¹Kantarıcı; s.202; Kocaoğlu, Sinan; Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m. 102-105), Ankara, 2019, s.420-42; Aksakal; s.269; Köksal; s.709; Kantaracı; s.201; Kanbur; s.4182; Beyazıt, Özgür; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:1, 2010, s.302.

İlgili Yargıtay Kararı için bkz. Yargıtay 14. CD. E.2011/7863, K.2013/320, T.22.02.2013, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, (Erişim Tarihi:20.04.2024).

⁵⁰² ‘...sanık ile mağdurenin araç içerisinde buldukları tanık beyanlarından anlaşılan durumları ve üzerlerinin giyinik bulunması nedeniyle, sanığın mağdurenin rızasıyla cinsel ilişkiye girmeye teşebbüs ettiğinin de kesin olarak kanıtlanmadığı, sanığın cinsel organını mağdurenin vücuduna duhul ettirmeksizin yalnızca onu öpmesi veya vücudunu okşamasının da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...’ Yargıtay 14. CD.; E.2011/7863, K.2013/320, T.22.01.2013, <https://karararama.yargitay.com.tr>, (Erişim Tarihi:20.04.2024).

⁵⁰³Tuğrul; s.519; Aynı görüş için bkz. Tezcan/Erдем/Önok; s.412; Kanbur; s.4182; Beyazıt; s.303.

⁵⁰⁴Tuğrul; s.519.

Gönüllü vazgeçme hükümleri ise TCK'nın 36. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Fail, icrai hareketlere başlamış ancak kendi iradesiyle suçu işlemekten vazgeçmiş ise o ana kadar yaptığı eylemlerin TCK kapsamında bir suçun karşılığı olması sonucu ilgili suçlardan ceza tayin edilecektir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, rıza kapsamında cinsel ilişkiden önce gerçekleşen cinsel ilişkiye varmayan cinsel eylem ve davranışlar hukuka aykırı olmadığından cezalandırılmayacaktır.⁵⁰⁵

Örnek Yargıtay içtihatlarında, fail ve mağdurun cinsel ilişki gerçekleştirdikleri sırada mağdurun acı çektiğini söylemesi ve mağdurun beyanı üzerine failin durması olayında gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulama alanı bulunduğu görülmektedir. Cinsel ilişkiye girmiş olmalarına rağmen mağdurun beyanı üzerine, cinsel ilişkiden gönüllü vazgeçen failin cezalandırılmaması gerektiği, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulama alanı bulunduğu kabul edilmektedir.⁵⁰⁶Kanaatimizce somut olayda cinsel ilişki eylemi gerçekleştirilmeye başlanmış olduğundan eylem tamamlanmış kabul edilmelidir. Bu gerekçeyle gönüllü vazgeçme hükümleri uygulama alan bulamayacaktır.

3.8.2.İçtima hükümleri

İçtima hükümleri TCK'nın 42, 43 ve 44. maddelerinde düzenleme alanı bulmuştur. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen diğer suçlarla reşit olmayan cinsel ilişki suçunun içtima hükümleri kapsamında birlikte değerlendirilmesi mümkün değildir. Bunun sebebi ise TCK'nın 104. maddesindeki suçun oluşması için tipiklik unsurlarından olan rızanın aranmasıdır. Bahse konu suçun mağdurunun on beş, on sekiz yaş aralığında çocuk olduğu dikkate alındığında, mağdura yönelik cinsel ilişki dışında gerçekleştirilen cinsel davranış ve eylemlerin hiçbirisi, rızanın varlığı halinde cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan sayılamayacaktır.

⁵⁰⁵Kantarıcı; s.202; Kocaoğlu; s.420-421; Özbek/Doğan/Bacaksız; s.393; Taner; s.492; Koca/Üzülmez;s.430;Köksal;s.710.

*“ Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre, mağdureyle cinsel ilişkiye girmek isteyen sanığın, mağdurenin acı duyduğunu söylemesi ve istememesi üzerine ilişkiden gönüllü olarak vazgeçtiğinin anlaşılması karşısında, sevişme şeklindeki cinsel ilişki içermeyen, cinsel nitelikteki eylemlerin mağdurenin yaşı ve rızası dikkate alındığında suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi,”*Yargıtay 14. CD.; E.2011/9207, K.2013/2448 T.11.03.2013, <https://legalbank.net/>,(Erişim Tarihi:19.11.2024).

⁵⁰⁶“ ...sanığın rızası ile mağdure ile cinsel ilişkiye başladıklarında mağdurenin acı duyduğunu söylemesi üzerine iradi olarak eylemini icradan vazgeçtiği anlaşılmasına göre, TCK'nın 61/son. maddesi uyarınca o ana kadar eylemin ırz ve namusa tasaddi niteliğinde kaldığı gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması...”Yargıtay 5.CD.; E. 2001/7639, K.:2002/4880, T. 24.06.2002,<https://legalbank.net/>, (Erişim Tarihi:19.11.2024).

3.8.2.1.Zincirleme suçla yönelik değerlendirmeler

TCK'nın 43. maddesinde dzenlenen zincirleme suç hkklerine gbre failin, aynı mağdura yönelik, farklı zaman dilimleri içerisinde, birden fazla kez gerçekleştirdiği tipik fiil neticesinde zincirleme suç hkkleri uygulama alanı bulacaktır.

Kısa zaman diliminde, zamansal ve mekânsal bütünlüğün bulunması halinde gerçekleştirilen birden fazla cinsel ilişki eyleminin, zincirleme suç hkklerine gbre değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde bu bütünlükte yapılan birden fazla cinsel ilişki eyleminin zincirleme suç kapsamında değerlendirilmeyeceği ifade edilmektedir.⁵⁰⁷Aynı şekilde, kesinti gündeme gelmeden ardı ardına gerçekleşen cinsel ilişkiler Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından tek bir fiil olarak kabul edilmektedir.⁵⁰⁸

Kanaatimizce bahse konu tutumun isabetli olduğu düşüncesindeyiz. Cinsel ilişkiler arasına uzak zaman dilimi olduğu halini ayırık tutmakla birlikte, doğal birliktelik neticesinde birden fazla cinsel ilişkinin geceden sabaha kadar olan zaman diliminde, hukuken tek bir cinsel ilişki eylemi kabul edilmesi bizce daha isabetlidir. Ancak cinsel ilişkiler arasına "suç kastının yenileneceği" kadar bir süre girmesi halinde Yargıtay içtihatlarında faile iki farklı suçtan ceza verilmesi yönünde karara hkkmedilmiştir.⁵⁰⁹

Kanaatimizce suç kastının yenileneceği süre gerekçesiyle iki ayrı suçtan ceza verilmesi kararı, yerinde bir karardır. Aksi halde farklı zaman dilimleriyle mağdura ybneltilen suç niteliği olan eylem ve davranışların tek suçun icrası olarak değerlendirilmesi failin az

⁵⁰⁷Artuk/Gökçen/Alşahin/akır; Ceza Hukuku Özel Hkkimler, s.413; Öğretide Köksal da bir gecelik süre içinde yaşanan birden fazla cinsel ilişkinin cinsel tatmin sayısından bağımsız olarak fiilin bütünselliği gereği tek bir suç oluşturacağı görüşündedir. (Köksal; s.712).

⁵⁰⁸"...15 yaşından büyük olan mağdurenin olay tarihinden önce internet ortamında tanışıp msn yoluyla görüşmeye başladığı sanıkla olay günü tekrar görüşüp buluşmaya karar verdikleri ancak sanığın işi olduğunu belirterek buluşma yerine akrabası olan tanık Mustafa'yı gönderdiği, mağdureyle tanığın buluşup bir süre gezdikten sonra mağdurenin de rızasıyla sanığın evine gittikleri, daha sonra sanığın da eve geldiği ve beraber oturup yemek yedikten sonra mağdureyle sanığın ayrı bir odaya geçerek birden fazla kez cinsel ilişkiye girdikleri ve gece boyunca aynı yatakta yatıp uydukları, sabah olunca da sanığın evine gitmesi için mağdureyi dolmuş duraklarının olduğu yere götürüp bıraktığı, evine gitmeyen mağdurenin 3 hafta boyunca tinerci olarak bilinen kişilerin yanında kalıp en son 15.11.2007 tarihinde babası tarafından bulunarak karakola götürüldüğünün anlaşılması karşısında, mağdurenin soyut ve çelişkili beyanları dışında sanığın eylemini cebir veya öngörülen reşit olmayanla zincirleme şekilde cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden..." Yargıtay 14.CD.; E.2012/3956; K. 2013/8882; T. 10.09.2013,www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:19.11.2024) .

⁵⁰⁹Yargıtay 14. CD.; E.2013/2402, K.2014/12359, T.10.11.2014, <https://legalbank.net/>, (Erişim Tarihi: 19.11.2024), Kocaoğlu; s.427.

cezalandırılmasına sebep olabilecektir. Bu sebeple de aksi bir değerlendirmenin hakkaniyet uygun olmadığı düşüncesindeyiz.

3.8.2.2.Fikri içtima kapsamında değerlendirmeler

Fikri içtima kurumundan bahsedilmesi için tek fiil ile birden fazla suç türünün oluşması gerekmektedir. Bahse konu suç türlerine göre de fikri içtimada, iki tür ayrıma gidilmektedir.⁵¹⁰

Aynı neviden fikri içtima TCK'nın 43. maddesi ikinci fıkrada hüküm altına alınmıştır. Aynı neviden fikri içtima kurumu için tek fiil ile birden fazla mağdura yönelik tipik fiilin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Farklı neviden fikri içtima TCK'nın 44. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bir tek fiil ile birden fazla suç tipinin oluşması gerekmektedir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında aynı neviden fikri içtima ve farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Örneğin; otuz yaşındaki fail kadının rızaen on yedi ve on altı yaşlarındaki mağdurlar ile cinsel ilişkide bulunması halinde, mağdurların cinsel organının fail tarafından vücuda sokturulması olayında, aynı anda mağdurların cinsel organının anal ve vajinal yollardan sokturulması neticesi gerçekleşmektedir. Bu doğrultuda failin tek bir fiille iki mağdura karşı aynı suçu işlemiş bulunduğu kabul edilmektedir.⁵¹¹Kanaatimizce; bahse konu olayda, failin aynı anda iki farklı mağdura karşı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işlediği kabul edilse de bu kapsamda tek bir fiilden bahsedilmesinin isabetli olmayacağı düşüncesindeyiz. Failin, erkek cinsel organlarını, anal ve vajinal yollardan sokturulması halinde gerçekleştirdiği eylemde iki farklı cinsel ilişkiden, dolayısıyla iki farklı fiilden bahsedilmesi ve bu doğrultuda ceza tayini yapılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında, farklı neviden fikri içtima hükümlerinin tatbiki de mümkündür. Örneğin; aile üyesi olan babanın, on beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış olan kızı ile rızaen cinsel ilişkide bulunması

⁵¹⁰Koca/Üzülmez; s.531; Taner; s.493; Özbek/Bacaksız/Doğan; s.393; Özgenç; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.557; Demirbaş, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, s.462;Tezcan/Erdem/Önok;s.411;Akbulut;Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.1028.

⁵¹¹Özcan;s.368;Özen;s.435.

halinde TCK'nın 104. maddesinin ikinci fıkrasında hüküm altına alınan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli hali gerçekleşmiş olacaktır. Aynı zamanda⁵¹²TCK'nın 232. maddesi kötü muamele suçu oluşmaktadır. Bahse konu olayda farklı neviden fikri ıçtima hükümleri uygulanacak ve cezayı gerektiren en ağır suçtan ceza verilmesi gerekecektir. Doktrinde bazı yazarlara göre kötü muamele suçunun oluşması için tipik filin, mağdurun rızası dışında gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu gerekçe ile mağdurla rızaen cinsel ilişkide bulunulması olayında kötü muamele suçunun oluşmadığı kabul edilmektedir.⁵¹³

Kanaatimizce reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, mağdurun rızası ile gerçekleşmiş dahi olsa hukuk sistemi tarafından yasaklanmakta ve cezalandırılmaya tabi tutulmaktadır. 6545 Sayılı Kanun değişikliği ile fail ve mağdur arasında evlenme yasağı bulunan kimselerin arasında gerçekleşen cinsel ilişki, nitelikli hal olarak hüküm altına alınmış ve resen takip yapılması öngörülmüştür. Kötü muamele suçu, aile düzeninin sağlanmasına ilişkin bir suç olarak düzenleme alanı bulmuştur. Korunan hukuki değerin öncelikle aile düzeni olduğu kabul edilmektedir. Yukarıda ifade edilen bahse konu olayda, baba ve kızın cinsel ilişkide bulunmasının rıza halinde gerçekleşmiş olmasının en başta aile düzenini tehdit ettiğini söylemek yerinde olacaktır. Dolayısıyla kötü muamele suçunun oluşup oluşmayacağı, cinsel ilişkinin rıza ile gerçekleşmiş olmasına bağlanmasının isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. Ayrıca rızaen cinsel ilişkinin gerçekleşmiş olmasına rağmen şikâyet aranmaksızın resen takip yapılacağı, ilgili suç kapsamında toplumsal değerlerin korunduğu dikkate alındığında mağdurun rızası sebebiyle kötü muamele suçunun işlenemeyeceğinin kabulü isabetli değildir.

TCK'nın 225. maddesinde hayâsızca hareketler suçu, düzenleme alanı bulmuştur. Bahse konu maddeye göre "*Alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" Dolayısıyla reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında, cinsel ilişkiye giren kimse alenen veya teşhircilik yaparak tipik fiili gerçekleştirirse farklı neviden fikri ıçtima hükümleri uygulanacaktır.⁵¹⁴

TCK'nın 227. maddesinde düzenlenen fuhuş suçu ile TCK'nın 104. maddesi fikri ıçtima hükümlerine uygundur. Şöyle ki mağduru, fuhuşa teşvik eden ve sürükleyen failin aynı zamanda reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında mağdurla rızaen cinsel ilişkiye girmesi fikri ıçtima hükümlerini oluşturacaktır.

⁵¹²Kanbur; s 4185-4186; Özbek/Doğan/Bacaksız; s.392; Koca/Üzülmez; s.379-380; Özen; s.435;Özcan;s.368.

⁵¹³Taner; s.494; Köksal; s.714; Kantarcı; s.209.

⁵¹⁴Kantarcı; s.209; Önder; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s.312.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında somut olaya göre gerçek içtima hükümlerinin de uygulanması mümkündür.

Örneğin; TCK'nın 234. maddesinde çocuğun kaçırılması ve alıkonulması düzenlenmiştir. On beş, on sekiz yaş aralığındaki çocuğun rızaen kaçırılıp alıkonularak, cinsel ilişkiye girildiği olayda iki farklı suçun gerçekleştiğinden bahisle gerçek içtima hükümlerine yer verilmesi gerekmektedir.⁵¹⁵

TCK'nın 226. maddesinde müstehcenlik suçu düzenlenmiştir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu gerçekleştiren fail, bu kapsamda cinsel ilişki eylemini gerçekleştirmiş aynı zamanda bu eylemi kayıt altına almış ise bu durumda TCK 226/3 ve TCK 104 hükümleri kapsamında içtima hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu içtima, gerçek içtimadır. Hukuki anlamda iki fiil bulunması gerekçesiyle fail, eylemlerinden ayrı cezalandırılır. Yargıtay içtihatlarında bahse konu kayıt alma işleminin özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu da oluşturacağından bahisle fikri içtima hükümlerinin uygulanma alanı bulacağı ifade edilmektedir.⁵¹⁶

TCK'nın 116. maddesi konut dokunulmazlığının ihlali suçunda ise birden fazla kimsenin aynı konutta yaşaması sonucu, mağdurun yalnızca faile, konuta girmesi için rıza göstermesi yeterlidir. Bahse konu eylem, TCK'nın 116. maddesini oluşturmaktadır. Ancak bu bağlamda mağdurun konuta girmesi için gösterdiği rıza gayri meşru amaç doğrultusunda verildiği gerekçesiyle mağdur tarafından faile konut girmesi için gösterilen rıza, hukuken kabul edilemeyecektir. Bu gerekçe ile konut dokunulmazlığının ihlali suçu oluşmaktadır. Cinsel ilişki kapsamında şikâyetin varlığı halinde gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.⁵¹⁷

⁵¹⁵Kantarıcı; s.211; Taner; s.493 "Olay tarihinde on yedi yaşındaki mağdurenin bulunduğu sanık ...'la rızasıyla cinsel ilişkiye girmesinin ardından evine döndüğü ve mevcut haliyle olayda mağdurenin evi terk etme iradesinin bulunmaması nedeniyle çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek sanıkların müsnet suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi... "Yargıtay 14. CD.; E. 2015/4690, K. 2019/9925, T.21.05.2019,www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:09.09.2024).

⁵¹⁶"...beraat hükümlerinin temyiz incelemesine gelince; Saniğin çocuk yaşta bulunan mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkiye girip, bu ilişkiye ait müstehcen görüntüleri mağdurenin bilgisi dahilinde kendisine ait cep telefonuna kaydettiği, bu görüntülerin CD'ye aktarılmasını sağladıktan sonra yine çocuk yaştaki tanıklar D. ve D.'nin görmesini sağlayan saniğin eylemlerinin ayrı TCK'nın 226/3-c-1 ve 226/5. maddesindeki suçları oluşturduğu gözetilmeden ..."Yargıtay 14.CD.; E.2015/2271, K. 2015/9553, T. 20.10.2015, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:09.09.2024).

⁵¹⁷ Kantarıcı; s.212, "Sanık hakkında konut dokunulmazlığının ihlali suçundan kurulan beraat hükmünün temyiz incelemesine gelince ; katılan mağdurenin aşamalarda anlatımları, savunma ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, suç tarihinden önce onyediyedi yaşındaki mağdure ile arkadaş olan saniğin, bir gece mağdurenin babası olan katılanın evine bilgi ve rızası dışında geldikten sonra odada mağdureyle cinsel ilişkiye girdiği anlaşıldığından, müsnet suçtan mahkumiyeti yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi , kanuna aykırı, katılanlar vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 11.10.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Yargıtay 14. CD.; E. 2014/8954, K.

3.8.3.İştirak hükümleri

Türk Ceza Kanunu'nda iştirak hükümleri, 37, 38 ve 39. maddelerde düzenleme alanı bulmuştur. Suça iştirak; faillik, yardım etme ve azmettirme olarak farklı biçimlerde gerçekleşmektedir.

Suç tipleri dikkate alındığında istisnalar haricinde genel olarak suçun bir kimse tarafından işlenmesi hüküm altına alınmıştır. Bahse konu '*bir kimse*' tarafından işlenen suçlar, bireysel suç olarak tanımlanmaktadır. Ancak bazı hallerde tek faili suçları, birden fazla kişinin bir araya gelerek işlenmesi mümkündür. Bu durumda ise iştirak hükümleri uygulama alanı bulacaktır.⁵¹⁸

Reşit olmayan cinsel ilişki suçunda, azmettirme ve yardım etme hükümleri uygulama alanı bulabilmektedir.⁵¹⁹ Doktrinde, bazı yazarlara göre; uygulamada somut örneğine rastlamak oldukça güç olsa da teorik olarak, iştirak hükümlerinin uygulanabileceği bir durumdan söz edilmektedir. Mağdur kadına vajinal ve anal yoldan aynı anda iki farklı failin cinsel ilişkiye girmesi durumunda, müşterek faillikten söz edilebileceği savunulmaktadır.⁵²⁰ Aynı anda iki farklı failin, tek mağdura cinsel ilişki içerisinde olduğu görülse de iki farklı cinsel ilişki, dolayısıyla iki farklı eylem söz konusu olduğundan, birlikte failliğin mümkün olamayacağını savunan görüş de mevcuttur.⁵²¹ TCK'nın 37/2 maddesi kapsamında faili, aracı olarak kullanan kimsenin de dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağı ve bu duruma TCK'nın 104. maddesine olanak sağladığı ifade edilmektedir.

Örneğin; on altı yaşında bir kız çocuğu ile yirmi üç yaşında bir ergin erkeğin gerçekleşen cinsel ilişki eylemi boyunca kapıda duran gözcü, evini, aracını kullanıma açan veya farklı olarak sağlayan kişi,yardım eden fail sıfatındadır.⁵²² Yine aynı örnekte, yirmi üç

2017/4648, T.11.10.2017, <https://karararamaYargitay.gov.tr/Yargitay/BilgiBankasi/IstemciWeb/>, (Erişim Tarihi:09.09.2024).

⁵¹⁸Sarıgül; Ali,Tanju; Suça İştirak-Ceza Hukuku Monografileri,1. Baskı,Seçkin Yayıncılık,s.17.

⁵¹⁹Kanbur; s.4184; Aydın; s.109; Toprakçı; s.97; Koca/Üzülmez; s.333; Yokuş, Sevük; 5237 S. TCK'da Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları, s.239; Tezcan/Erdem/Önok; s.412; Köksal; s.71; Özbek/Doğan/Bacaksız; s.393.

⁵²⁰Özbek/Doğan/Bacaksız; s.393.

⁵²¹Tezcan/Erdem/Önok; s.491; Beyazıt; s.303; Aksakal; s.269; Köksal; s.711; Kantarcı; s.203.

⁵²² '*Dosya içeriğine göre, suç tarihlerinde onyediy yaşında olan mağdurenin evden kaçıp rızasıyla sanıklar ..., ... ilein bulunduğu eve gelip burada ...'le rızasıyla cinsel ilişkiye girdikten sonra'le birlikte sanık ...'in evine gidip burada kaldığı 15-20 günlük süre zarfında yine rızasıyla....'le birçok kez cinsel ilişkiye girdiği anlaşıldığından, ...'in reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu zincirleme suç hükümleri kapsamında işlemesi*

yaşındaki ergin bireyi suçu işlemesi, cinsel ilişkiye girmesi için aklına giren annenin, babanın, arkadaşın da azmettiren fail, kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.⁵²³



nedeniyle TCK'nın 43. maddesi uyarınca cezasında artırım yapılmaması ve sanık ...'in evini sağlamak suretiyle sanık ...'in işlediği reşit olmayanla cinsel ilişki eylemine yardım eden sıfatıyla iştirak etmesi nedeniyle TCK'nın 104/1, 39, 43. maddeleri ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan ise aynı Kanunun 234/3. maddesi uyarınca mahkûmiyeti yerine beraatine karar verilmesi... Yargıtay 14. CD.; E. 2013/7385, K. 2015/6774, T.02.06.2015, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>, (Erişim Tarihi:09.09.2024).⁵²³Özcan; s.365.

4.MUHAKEME VE YAPTIRIM

4.1.Muhakeme

4.1.1.Şikâyet Unsuru

4.1.1.1. Genel olarak

Şikâyet, TCK'nın 73. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Kural olarak, suçların takibi resen yapılmaktadır. Buna karşın belirtilen gerekçelerle bazı suçlar için özel düzenlemeye gidilerek suçların takibi şikâyete bağlanmıştır.⁵²⁴

Her suçun aynı düzeyde ve derecede kamu düzenine aykırılık teşkil edemeyeceği, bu sebeple diğer suçlara nazaran daha az şekilde kamu düzenini etkilemesi muhtemel suçların, bu kapsamda resen takibinin yapılmasının isabetli olmayacağı şeklinde görüşler bulunmaktadır.⁵²⁵Dolayısıyla bazı suçların ayırık tutularak takibinin şikâyete bağlanması öngörülmüştür.

Şikâyetin, hak düşürücü süresi bulunmaktadır. Fiilin ve failin öğrenilmesinin ardından, süresi içinde şikâyet hakkı kullanmayan kimse, bu hakkı süre bitiminden sonra kullanamayacaktır. Şikâyet hakkının ise suçtan zarar gören tarafından kullanılması gerekmektedir. Şikâyet hakkını kullanacak kimsenin, suçtan doğrudan zarar gören olması gerekmektedir. Yanı sıra suçtan zarar görenin tüzel kişi olma ihtimali de bulunmaktadır. Böyle bir durumda, tüzel kişi organları tarafından, şikâyet hakkı kullanılmaktadır.⁵²⁶

Şikâyetten vazgeçme kurumu ise şikâyet hakkına sahip olan kişiler tarafından kullanılmaktadır. Yanı sıra sanığın şikâyetten vazgeçmeyi kabul etmesi de gerekmektedir.⁵²⁷

⁵²⁴Keser; s.91; Taner; s.494; Özbek/Doğan/Bacaksız; s.394; Kantarcı; s.213; Tezcan/Erdem/Önok; s.412; Baytemir; s.309; Tuğrul;s.520.

⁵²⁵Koca/Üzülmez; Genel Hükümler, s.372; Ercan, İsmail; Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı,Themis Yayınları,2016,s.304.

⁵²⁶Bozada;s.68; Keser; s.91.

⁵²⁷ "Sanığa isnat olunan ve 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesi kapsamında bulunan reşit olmayanla rızasıyla cinsi münasebette bulunmak suçunun takibi şikâyete bağlı olup, katılan vekilinin temyiz aşamasında mahkemeye sunduğu 22.01.2008 günlü dilekçede katılan Arife'nin sanık hakkında şikâyetinden vazgeçtiğini beyan ettiğinden, öncelikle katılana şikâyetten vazgeçme hususu, sanığa da vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorulup,sonucuna

Şikâyete tabi bir suçun, şikâyet unsuru gerçekleşmeden kovuşturmaya geçildiği hallerde mağdur, kovuşturma sırasında şikâyetten vazgeçtiğini açıkça beyan etmediği müddetçe yargılanmaya devam edilebilecektir. Açıkça şikâyetçi olmadığını beyan eden, suçtan zarar görenin ifadesi üzerine davanın düşmesi kararı verilmesi gerekmektedir.⁵²⁸

4.1.1.2. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikâyet

TCK'nın 104. maddesinde düzenleme alanı bulan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel hali şikâyete bağlı olmakla birlikte kanun maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenen nitelikli haller, şikâyete tabi tutulmamıştır. Suçtan zarar gören kimsenin, fiil ve faili öğrendiği tarihten itibaren altı ay içinde şikâyet hakkını kullanması gerekmektedir.⁵²⁹

Doktrinde fiil ve failin öğrenilme tarihi yani şikâyet hakkının başlangıç tarihi, birtakım tartışmaları beraberinde getirmektedir. Doktrinde bir görüşe göre, mağdurun fiil ve faili öğrenmesi ile birlikte eylemin suç olduğunu bildiği kabul edilirken⁵³⁰ diğer bir görüşe göre ise fiilin suç olduğunun öğrenildiği anın, şikâyet hakkının başlayacağı an olarak kabul edildiği ifade edilmektedir.⁵³¹ Uygulamada, böyle bir ayrıma gidilmemiştir. Bu doğrultuda mağdur tarafından fiilin suç teşkil edip etmediğinin bilinmesinin önemi bulunmamaktadır.⁵³²

Şikâyet hakkının kimde olduğu tartışmalıdır. Şikâyet hakkının, sadece mağdurda olduğunu⁵³³ aksine şikâyet hakkının kanuni temsilcide, vasi ve velide olduğunu savunan

göre 5237 sayılı TCK'nın 73. maddesi de gözetilerek mahkemesince bir karar verilmesi lüzumu...'' Yargıtay 14. CD.; E.2008/1869, K.2008/635, T.12.06.2008, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:09.09.2024).

⁵²⁸ "...cinsel istismar suçuna ilişkin TCK'nın 103/2. maddesi uyarınca açılan kamu davasında eylemin mağdurenin rızası ile gerçekleştiği ve TCK'nın 104/1. maddesine uyduğu gözetilerek, CMK'nın 158/6. maddesinde bir suça ilişkin kovuşturma evresine geçildikten sonra takibinin şikâyete tâbi olduğunun anlaşılması halinde mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam edilmesi gerektiği öngörüldüğünden, yargılamaya devam edilerek atılı suçun işlendiğinde ilişkin kesin ve yeterli delil bulunmadığından ve atılı suçun unsurları oluşmadığından beraat kararı verilmesi yerine şikâyetin süresinde yapılmadığından bahisle düşme kararı verilmesi..." Yargıtay 14.CD.; E.2011/19769, K.2013/8783, T.09.09.2013, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:09.09.2024).

⁵²⁹Özbek/Doğan/Bacaksız;s.394-395; Tezcan/Erdem/Önok;s.413;Taner;s.498.

⁵³⁰Köksal; s.720; Özcan; s.377; Kantarcı; s.214.

⁵³¹Özbek/Doğan/Bacaksız; s.393.

⁵³²Köksal;s.720.

⁵³³Baykal; s.99; Hafizoğulları/Özen; Kişilere Karşı Suçlar, s.163; Tezcan/Erdem/Önok; s.413; Özbek/Doğan/Bacaksız; s.393; Aydın; s.83; Özgenç; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.226;Soyaslan;s.244. Aksi görüş için bkz. Şen, Ersan; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, İstanbul, 2006, s.403.

Şen, şikâyet hakkının birlikte veya bağımsız olarak mağdur çocuğa ve/veya kanuni temsilcisine ait olduğunu ifade etmektedir. İlhan ise kanuni temsilcinin şikâyet hakkının olmadığını kabul etmesine karşın, bunun yerinde olmadığını belirtmekte ve kanunda yapılacak bir değişiklikte bu hakkın tanınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. İlhan, Abdulkadir; Çocukların Cinsel İstismarı, Fasikül, S.6, 2010, s.31-32; Ünver;Türk Maddi Hukukunda

görüşler mevcuttur.⁵³⁴ Aynı zamanda her iki taraf içinde şikâyet hakkını kabul eden bir başka görüş bulunmaktadır. Şikâyet sahibi başlığı altında konu hakkında değerlendirmeler yapılacaktır.⁵³⁵

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikâyetten vazgeçmek mümkündür. Yargılamanın her aşamasında, şikâyetten vazgeçilebilmektedir. TCK'nın 104. maddesi kapsamında şikâyetten vazgeçildiğinde, yargılamaya devam edilemeyeceğinden, davanın düşmesi doğrultusunda karar verilir. Önemle belirtmek gerekir ki; ilgili maddenin nitelikli hallerinin şikâyete tabi olmaması sebebiyle bu doğrultuda beyan edilecek şikâyetten vazgeçmenin yargılamaya bir etkisi olmayacaktır.

Cinsel istismar suçundan açılan kovuşturmanın devamında, suçun reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğunun anlaşılması üzerine; cinsel istismar suçunun resen soruşturulan ancak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun takibinin şikâyete bağlı bir suç olduğu dikkate alındığında suçtan zarar gören, açıkça şikâyetten vazgeçmediği sürece yargılama sonlanmayacaktır.⁵³⁶

4.1.1.3.Şikâyet sahibi

Türk Ceza Kanunu'nda şikâyet sahibi bir suçtan zarar gördüğünü iddia eden ve bu nedenle ilgili makamlar önünde suçun soruşturulmasını veya kovuşturulmasını talep eden kişidir. Mağdur ve suçtan zarar gören kavramları benzer gibi görünse de hukuki açıdan farklı anlamlar taşımaktadır.⁵³⁷ Her mağdur, suçtan zarar görendir. Ancak her suçtan zarar gören mağdur sıfatına haiz değildir. Aynı zamanda mağdur şikâyet hakkının sahibi olarak ceza davasına katılabilirken suçtan zarar görenin yalnızca tazminat gibi menfaatlerine savunmak için davaya müdahil olması söz konusudur.⁵³⁸ Kaldı ki; ceza hukuku bağlamında mağdurun korunması önceliklidir. Suçtan zarar görenin talepleri genel olarak hukuk yargısına konu

Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, II. TürkiyeSlovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, s.49-50.

⁵³⁴Kurbanlı, Murat; Basit Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK madde 104/1), Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, 2023, s.135; Şen, Ersan; Reşit Olmayanla Cinsel İlişkide Değişiklik, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1897410-resit-olmayanla-cinsel-iliskide-degisiklik>, (Erişim Tarihi:27.02.2023).

⁵³⁵Şen; Reşit Olmayanla Cinsel İlişkide Değişiklik,(Erişim Tarihi: 27.02.2023).

⁵³⁶ Yargıtay 14.CD.; E.2011/19769, K.2013/8783, T.09.09.2013, www.kazanci.com, (Erişim Tarihi:27.02.2023); Kantarcı; s.216.

⁵³⁷Özgenç; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.226.

⁵³⁸Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.488.

olmaktadır. Bahse konu açıklamalar doğrultusunda mağdur ve suçtan zarar gören sıfatları, her ne kadar çoğu zaman eş kişiler üzerinde paralellik gösterse de farklılık arz ettiği durumlar bulunmaktadır. Bu sebeple, şikâyet hakkının doğrudan mağdurda olduğunu ifade etmenin isabetli olmayacağı kabul edilmektedir.⁵³⁹ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, suçtan doğrudan zarar göreni, net bir şekilde vücudunda değişiklik olan, maddi, manevi değişim geçirmesi muhtemel olan, cinsel ilişki için rıza veren, reşit olmayan taraf oluşturmaktadır. Diğer taraftan suçtan dolaylı olarak zarar gören taraf, veli ve vasi olarak ifade edilebilmektedir.⁵⁴⁰

Şikâyet hakkının mağdura ait olduğuna ilişkin doktrinde ağırlıklı görüşler mevcuttur.⁵⁴¹ Bahse konu görüşe göre; kanuni temsilci ile mağdur arasında, şikâyet konusunda çıkan bir uyuşmazlık bulunması halinde mağdurun iradesi esas alınacaktır. Şikâyet süresi, olayın gerçekleştiği günden itibaren işlemeye başlamaktadır. Mağdurun, eylemin suç olduğundan haberdar olmaması halinde ilgili eylemin suç olduğunun öğrenildiği tarihten itibaren işleyeceği kabul edilmektedir.⁵⁴²

Doktrinde şikâyet hakkının, mağdur olan çocuğun dışında kanuni temsilcilere tanınıp tanınmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kişilere karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlendiği dikkate alındığında, yalnızca suçtan doğrudan zarar görenin şikâyet hakkına sahip olacağı, bu sebeple vasi veya velinin bu kapsamda şikâyet hakkının olmadığı ifade edilmektedir.⁵⁴³

Diğer bir görüşe göre ise cinsel özgürlüğe karşı suçlar ile birlikte düzenlenen, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, cinsel özgürlüğe yönelik bir suç olduğu ve şikâyet hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı hak olduğu dikkate alındığında, yalnızca suçtan doğrudan zarar gören mağdurun şikâyet hakkı olduğu savunulmaktadır.⁵⁴⁴

Anayasa Mahkemesi kararlarında⁵⁴⁵ ve Yargıtay içtihatlarında şikâyet hakkı sahibinin, bizzat mağdur olduğu yönündeki görüşler ağırlıktadır.⁵⁴⁶ Doktrinde, azınlık olan bir görüşe

⁵³⁹Ünver; Cinsel Suçların Eleştirel olarak İncelenmesi, s.49-50; Keser; s.93.

⁵⁴⁰Tezcan/ Erdem/Önok; s.413.

⁵⁴¹Baykal; s.99; Hafizoğulları/Özen; Kişilere Karşı Suçlar, s.163; Tezcan/Erdem/Önok; s.413; Özbek/Doğan/ Bacaksız; s.393; Aydın; s.83; Soyaslan; s.244; Aksi görüş için bkz. Şen; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, s.403; Abdulkadir; Çocukların Cinsel İstismarı, s.31-32.

⁵⁴²Özbek/ Doğan/ Bacaksız; s.394.

⁵⁴³Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem; Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, s.168.

⁵⁴⁴Taner; s.496; Soyaslan; s.244; Kanbur; s.58.

⁵⁴⁵“Başvurucu baba; kızının hamile olduğunu, dolayısıyla cinsel ilişkiyi kendisinin öğrendiği tarihten itibaren başlatılmamasından şikâyetçidir. süresinde yaptığı şikâyet üzerine kovuşturma "Reşit olmayanla cinsel ilişki"

göre ise şikâyetin mağdura bırakılması halinde mağdura verilen bu hakkın kötüye kullanılması, mağdurun manipüle edilme olasılığının yüksek olması sebebiyle şikâyet hakkının kanuni temsilcide olması gerektiği savunulmaktadır.⁵⁴⁷ Dolayısıyla şikâyet hakkının kanuni temsilcide, vasi ve veli de olduğu kabul edilmektedir.⁵⁴⁸

Başka bir görüş ise cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlardan olan cinsel saldırı ve cinsel taciz suçlarında, şikâyet hakkının yalnızca mağdura ait olduğunu ifade ederken, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda bahse konu net bir ifadenin olmadığına dikkat çekmektedir. İlgili maddedeki boşluğun bilerek bırakıldığı, mağdurun kullandığı şikâyet hakkını kanuni temsilcisinin de kullanabilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁴⁹ TCK'nın 104. maddesi açısından, şikâyet ve rıza unsurunun birbirinden ayrık tutulması, mağdurun vermiş olduğu rızanın hukuka uygunluk değil, tipiklik unsuru olduğu, bu sebeple de rıza veren mağdurdan şikâyetin beklenilmesinden ziyade mağdurun kanuni temsilcisi tarafından bu hakkın kullanılması gerektiği aksi halde kanun koyucunun çelişkide kaldığı ifade edilmektedir. Şayet kanun koyucu, şikâyet hakkının mağdura ait olduğunu kabul etmek isteseydi, açıkça düzenleyebileceği ifade edilmektedir.⁵⁵⁰

Suçtan zarar gören ve mağdurun aynı kişi olduğu durumlarda şikâyet hakkının mağdurda olduğu; ayrı kişiler olduğu durumda ise kanuni temsilcinin de bu hakka sahip olduğu fakat beyanlarında çelişki olduğu durumlarda, suçtan doğrudan zarar gören mağdurun beyanlarının dikkate alınacağı savunulmaktadır.⁵⁵¹

Kanaatimizce; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikâyet hakkı, rıza vererek cinsel ilişkiye giren reşit olmayan mağdurdadır.765 Sayılı Kanun'da; aile düzeni, ahlak düzeni, toplum örf ve adetlerine yönelik düzenleme alanı bulan suç, 5237 Sayılı yeni kanun

suçu, 5237 sayılı Kanun'da "kişilere karşı suçları hüküm altına alan ikinci kısmın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmektedir. Suçun basit hâlinin takibi şikâyete tabidir. Şikâyet hakkı ise kişiye sıkı surette bağlı bir hak olup korunan hukuki değer in sahibi olan çocuğa aittir. Ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçükler, mağduru oldukları suç yönünden doğrudan doğruya şikâyet hakkına sahiptirler . Çocuğun kanuni temsilcisi olmaları nedeniyle ebeveynlerinin de şikâyet hakkı bulunmaktadır. Ancak ebeveynin şikâyet hakkı suçun mağduru çocuğun şikâyet hakkından bağımsız bir hak değildir. Ebeveyn ile çocuğun iradelerinin çatışması durumunda çocuğun iradesine üstünlük tanınmaktadır..." AYM; Hacı Polat Başvurusu, Başvuru No: 2014/15959, T:08.03.2018, 55. ve 56. paragraflar, <https://kararlar.bilgibankasi.gov.tr/BB/2014/15959>, (Erişim Tarihi:09.09.2024).

⁵⁴⁶Yargıtay 14. CD.; E.2015/4392, K.2018/7375, T.11.12.2018, <http://legalbank.com>, (Erişim Tarihi:09.09.2024).

⁵⁴⁷Taner; s.496; Kanbur; s.48.

⁵⁴⁸Şen, Ersan; Reşit Olmayanla Cinsel İlişkide Değişiklik; Kurbanlı, Basit Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.135

⁵⁴⁹Ünver; Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, II. Türkiye Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, s.49.

⁵⁵⁰Keser; s.93.

⁵⁵¹Özen; s.437; Özbek/Doğan/Bacaksız; s.395; Tuğrul; s.513.

döneminde, kişilere karşı işlenen suçlar bölümünde, cinsel özgürlüğe yönelik suç olarak düzenleme alanı bulmuştur. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, şikâyet hakkının da reşit olmayan suçtan doğrudan zarar gören mağdura ait olması gerekmektedir. Kaldı ki cinsel ilişkiye giren mağdurun, eyleme rıza verdiği bir durumda, kanuni temsilcinin iradesinin topluma, ahlak düzenine aykırı düşeceği endişeleri ile etkilenmeyeceği garanti edilememekle birlikte, mağdur çocuğun cinsel özgürlüğünün kısıtlanacağı düşüncesindeyiz. Çünkü normal şartlarda hukuken geçerli bir rıza doğrultusunda cinsel ilişkiye giren çocuğun cinsel ilişki eylemine yönelik şikâyetinin kanuni temsilcide olduğu bir halde, hür irade ile cinsel özgürlüğün tasarruf edilemeyeceği düşüncesindeyiz. Ayrıca kanuni temsilcilere şikâyet hakkının verilmesi halinde, mağdur çocuk ve kanuni temsilcilerin şikâyet beyanlarının çelişmesi halinde hangisinin şikâyetinin dikkate alınacağı noktasında, gerekçelendirme tartışmalarına yol açacaktır.

4.1.2.Uzlaşma

Şikâyet bağlı suçlara ilişkin uzlaşma hükümlerinin uygulanacağı kanunda hüküm altına alınmıştır. Şikâyet bağlı suçlar arasında sayılan, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, uzlaşmaya tabi tutulamayacaktır. CMK'nın 253. maddesinde ifade edildiği üzere, şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın cinsel suçlara ilişkin uzlaşma hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.⁵⁵²

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, TCK'nın 73/8 hükümleri ve CMK'nın 253. madde hükümleri birlikte yer almaktayken, 5560 Sayılı Kanun ile getirilen değişiklik neticesinde, TCK'nın 73/8 hükmü kaldırılarak uzlaşma hükümlerinin tamamı, CMK'nın 253. maddesinde toplanmıştır. Ayrıca değişiklikten önce, cinsel suçlara uzlaşma hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir düzenleme bulunmamakta idi. 06.12.2006 tarihinde yukarıda ifade edilen 5560 Sayılı Kanun ile getirilen değişiklik neticesinde, CMK'nın 253.

⁵⁵² Ünver; Ceza Özel Hükümler;s.335; Kantarcı; s.226; " Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur: Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikayete tabi olup uzlaşma kapsamında kaldığı, 5560 sayılı Yasa ile değişik CMK.nun 253/3. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmekle birlikte eylemin aleyhe düzenleme getiren bu değişiklikten önce gerçekleştiği ve 5237 sayılı TCK.nun 7/2. maddesi dikkate alınarak kovuşturma şartı olan uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiğinden CMK.nın 253 ve 254. maddeleri uyarınca uzlaşma girişiminde bulunulmaması... " Yargıtay 5. CD.; E.2010/631, K.2010/1537, T.25.02.2010, www.lexpera.com,(Erişim Tarihi:09.09.2024).

maddesinin üçüncü fıkrasında, cinsel suçlarda uzlaşma hükümlerinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır.⁵⁵³

Doktrinde, 2006 yılında getirilen değişiklik ile birlikte, 5237 Sayılı Kanunu'nun ilk halinde düzenlenmeyen cinsel suçlara uzlaşma hükümlerinin uygulanmayacağı hükmünün, 2006 yılından önce işlenmiş fakat 2006 yılından sonra soruşturma ve kovuşturulmasına başlanmış olan cinsel suçlara, uygulanıp uygulanmayacağı tartışması ortaya çıkmıştır. Bu tartışma neticesinde iki görüş bulunmaktadır. Uzlaşma hükmünü, muhakeme kurumu olarak kabul eden yazarlara göre derhal uygulama ilkesi gereğince uzlaşmanın uygulanmasının kabul edilemeyeceği,⁵⁵⁴uzlaşma hükümlerinin maddi ceza kurumu ile ilişkilendiren yazarlara göre failin lehine olan hükümlerin uygulanacağı, bu sebeple de uzlaşma hükümlerinin uygulanabileceği şeklinde açıklama yapılmıştır.⁵⁵⁵

Yargıtay içtihatlarındaki tutum ise uzlaşma hükümlerinin2006 yılından önce işlenmiş fakat 2006 yılından sonra soruşturma ve kovuşturulmasına başlanmış olan cinsel suçlara, failin lehine hükümlerin uygulanması gerektiği gerekçesiyle dikkate alınması şeklindedir. ⁵⁵⁶

4.1.3.Hükmün açıklanmasının geri bırakılması

CMK'nın 231. maddesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması hüküm altına alınmıştır. İlgili kanun maddesinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılma kararının verilmesini mümkün kılan koşullar sayılmıştır. Yaptırımın iki yıl ve daha altında veya para cezası olduğu hallerde sanık, daha önce kasti bir suçtan cezalandırılmamışsa ve mahkemede yeniden suç işlemeyeceğine dair bir kanaat oluşursa sanık tarafından kabul edildiği ve sebep

⁵⁵³Kantarıcı; s.226; Anbarlı, Bozatay,Şeniz/Ürönal,Avni,Akın; Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Uzlaştırma Kapsamına Giren Suçlar: Kurumsal ve Hukuksal Bir Değerlendirme, Yönetim Birimleri Dergisi, Sayı:32, 2018, s.329.

⁵⁵⁴Ekici Şahin, Meral; Ceza Hukuku ve Zorla Evlendirme, Prof. Dr. Toroslu'ya Armağan, 2015, s.63

⁵⁵⁵Taner; s.399.

⁵⁵⁶“Evvelce sabıkası bulunmayan ve uyarılma yargılamasına katılmayıp mahkeme heyetince kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları gözlenmeyen hükümlü hakkında, kesinleşen hükmünde 647 sayılı Yasanın 4 ve 6. maddelerinin uygulanmamış olması gerekçe gösterilip suç işlemeyeceğine ilişkin olumlu ve yeterli kanaat oluşmadığından bahisle CMK.nun 231. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi bozmay ıgerektirmiştir.”Yargıtay 5.CD; E.2011/3458, K.2011/4480, T.07.06.2011, <https://legalbank.net/>,(Erişim Tarihi:20.10.2024).

olduğu zararlarında giderildiği takdirde hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.⁵⁵⁷

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yönelik hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkün olabilir mi? TCK'nın 104. maddesi her ne kadar alt sınıra, iki yıldan başlayan hüküm koymuş olsa da cezanın belirlenmesi, bireyselleştirilmesi neticesinde mahkemenin takdiri üzerine, iki yıldan daha alt bir ceza verilmesi mümkündür. Yukarıda ifade edilen ilgili kanun maddesinde düzenleme alanı bulan koşulların da gerçekleşmiş olması ile birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmektedir.⁵⁵⁸

Örnek Yargıtay içtihatlarında, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi gereken durumların dikkate alınmadığının tespiti halinde bozma kararları verilmektedir.⁵⁵⁹

4.1.4. Görevli ve yetkili mahkeme

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, cinsel ilişkinin gerçekleştiği yer asliye ceza mahkemesinde görülmektedir. Suçun nitelikli halinde ise görevli ve yetkili mahkeme, cinsel ilişkinin gerçekleştiği yer ağır ceza mahkemesidir. O halde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, görevli mahkeme asliye ceza mahkemesi iken nitelikli halinde görevli mahkeme, ağır ceza mahkemesidir.⁵⁶⁰

Hemen belirtmek gerekir ki; uygulamada çocuğun cinsel istismarından açılan soruşturma neticesinde, ağır ceza mahkemesinde takibi başlayan somut olayların, mağdurun rızasının tespiti ile suç niteliğinin değişmesi sonucu asliye ceza mahkemesinde görülmesi gerekirken CMK'nın 6. maddesi gereğince suç niteliğinin değişmesi sebebi ile görevsizlik kararı verilerek alt dereceli mahkemeye gönderilemeyen dosyanın, o mahkemede bakılmaya

⁵⁵⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi:09.09.2024).

⁵⁵⁸ Özgenç, İzzet; Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi Sempozyum, Seçkin Yayınları, Ankara, s.51; Kumbasar, Enver; Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.111.

⁵⁵⁹ "Dairemizce de benimsenen Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.02.2009 tarih, 2008/11-250 Esas ve 2009/13 Karar sayılı kararında; CMK'nın 231/5-c maddesinde geçen zarar kavramının yalnızca maddi zararları ifade etmek için kullanıldığı manevi zararın bu kapsamda değerlendirilemeyeceği belirtilmiş olduğu ve dosyada mağdurenin maddi zararının bulunduğu dair herhangi bir belge ya da bu konuda ileri sürülen bir iddia da bulunmadığı halde, zararın giderilmediğinden ve uzlaşmanın sağlanmadığından söz edilerek anılan gerekçelerle ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi..." Yargıtay 14. CD.; E. 2011/12610, K. 2012/460, T.19.01.2012, www.lexpera.com, (Erişim Tarihi:09.09.2024).

⁵⁶⁰ Keser; s.97; Baytemir; s.319; Kanbur; s.4200; Taner; s.499; Kızıldere; s.49; Özcan; s.382; Özbek/Doğan/Bacaksız; s.395; Tezcan/Erdem/Önok; s.408.

devam edilmesi gerekmektedir.⁵⁶¹ Bu sebeple uygulamada reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, ağır ceza mahkemelerinde görülmekte olduğunu ifade etmenin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

4.1.5.Zamanaşımı hükümleri

TCK'nın 66/1-e hükmü gereğince reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun zamanaşımı süresi sekiz yıldır. Suçun nitelikli hali için farklı bir düzenleme bulunmaktadır. TCK'nın66/1-d hükmü gereğince de reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli hallerinin zamanaşımı süreleri on beş yıldır.

Teşebbüs halinde, son hareketin yapıldığı; zincirleme suç halinde, son suçun işlendiği andan itibaren zamanaşımı süresi işlemektedir. Değnilmesi gereken diğer husus ise mağdurun üst soyu veya hüküm ve nüfuz sahibi kimse tarafından suçun işlenmesidir. Bahse konu halde, mağdurun on sekiz yaşını bitirmesi ile süre başlayacaktır. İlgili hükmün uygulanması, fiil ve failin öğrenildiği tarihten itibaren altı ay içinde şikâyet hakkının kullanılmasına bağlıdır.⁵⁶²

4.2.Suçun Yaptırımı ve İnfazı

4.2.1.Suçun yaptırımı

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. İlgili maddede yukarıda ayrıntılı olarak değinildiği üzere, suçun hem temel hali hem de nitelikli hali düzenlenmiştir. Birçok hususta suçun temel hali ve nitelikli hali için ayrı hükümlerin öngörüldüğü gibi suçun yaptırımı noktasında da aynı şekilde farklı hükümler mevcuttur.

Suçun basit hali için iki yıldan beş yıla hapis cezası, suçun nitelikli hali için ise on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür.⁵⁶³

⁵⁶¹Kantarıcı; s.229.

⁵⁶²Keser; s.100; Kanbur; s.4187; Özcan; s.384; Taner; s.500.

⁵⁶³Kanbur;s.4178; Taner, Fahri, Gökçen; Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Ankara, 2008, s.60 vd.

Yukarıda izah edilmiş olan hükümler haricinde, bir suçun cezalandırılmasının mevzu bahis olduğu durumlarda, hâkim tarafından takdir yetkisinin nasıl kullanılacağı TCK'nın 61. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Somut olaya göre farklılık arz edecek şekilde ilgili suçun cezalandırılmasının belirlenmesi noktasında; failin davranışları, mağdur ile aralarındaki yaş farkının oldukça yüksek olması veya birbirlerine yakın olması, keza suçun nitelikli hallerini oluşturan hallerden evlenme yasağı, koruyucu aile ilişkisinin bulunup bulunmadığı gibi birçok husus dikkate alınmaktadır.⁵⁶⁴

4.2.2. İnfaz aşaması

Fail için reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun yaptırımı, hapis cezasıdır. Faile verilen hapis cezasının kesinleştiği durumda hükümlünün, hükmedilen cezayı çekmesi ise infaz kurumu ile alakalıdır.

Tutuklu veya hükümlü kimselerin infazına yönelik düzenlemeler ise “*Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’unda*” hüküm altına alınmıştır.

5275 sayılı CGTİHK, 14. maddesinde, açık ceza infaz kurumları hüküm altına alınmıştır. CGTİHK'nın 14. maddesinin ikinci fıkrasında cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, ilgili hükmün dışında tutulmaktadır. İlgili Kanun'un 17. maddesinde ise infazın ertelenmesi, hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde hükümlü istemi doğrultusunda verilen infazın ertelenmesi kararından cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar hariç tutulmuştur.

Koşullu salıverilme ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işleyen tüm failer için uygun görülmemiştir.⁵⁶⁵ Yalnızca suçun temel halini işlemiş olan, ilgili suç sebebi ile hapis cezasına karar verilen çocuklar için öngörülmüştür.⁵⁶⁶

18.06.2014 tarihinde ve 6545 Sayılı Kanun ile CGTİHK'nın 108/9 maddesi ile yeni bir hüküm eklenmek sureti ile değişikliğe gidilmiştir. İlgili hükme göre, reşit olmayanla cinsel ilişki suçun da hapis cezasının verildiği hallerde koşullu salıverilme hükümlerinin

⁵⁶⁴Taneri, Gökhan; Temel Cezanın Belirlenmesi, Ankara Barosu Dergisi, 2016, s.147.

⁵⁶⁵Özcan; s.384,385.

⁵⁶⁶“*Reşit olmayanla cinsel ilişki (madde 104, ikinci ve üçüncü fıkra hariç) ve cinsel taciz (madde 105) suçlarından süreli hapis cezasına mahkûm olanlar,... cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler.*”

uygulanması öngörülmektedir. Hükümlü için denetim süreleri içerisinde ilgili maddede yer alan yükümlülüklerden⁵⁶⁷ bir veya birkaçı infaz hâkimi tarafından takdir edilebilecektir.

Ayrıca burada dikkat edilmesi gereken bir husus da 108. maddenin 9. fıkrasına getirilen ‘‘a’’ bendindeki yükümlülük olan, hükümlünün tıbbi tedaviye tabi tutulması ifadesinin içeriğidir.⁵⁶⁸ Bahse konu yükümlülüğün, kastrasyon yöntemi olarak algılanıp uygulanmasının hukuka uygun olup olmayacağı tartışmalıdır. Adalet Komisyon görüşmeleri esnasında Sözüer, suç faillerinin bu kapsamda tıbbi tedaviye tabi tutmaktan ne anlaşılacağı konusunda, dünya’nın farklı bölgelerinde kastrasyon uygulaması olduğunu fakat ülkemize getirilmeye çalışılmış ise de yanlış yapıldığını ifade etmektedir. Şayet tıbbi tedaviden anlamamız gerekenin kastrasyon olduğu ise bunun açık bir şekilde ifade edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Farklı ülkelerde uygulamasının oldukça sınırlı ve kanunda açıkça düzenleme alanı bulduğuna dikkat çekmiştir. Kaldı ki; tıbbi tedavi adı altında düzenleme alanı bulan hükmün ‘‘a’’ fıkrasındaki şekli ile de kastrasyonun yapılamayacağına tekrar vurgu yapmıştır. Diğer taraftan, hüküm altına alınan tıbbi tedaviden kastrasyon yapılacağını çıkaramıyorsak, ne çıkarmamız gerektiğini, suç faillerine yönelik nasıl bir tedavinin uygulanacağını belli olmadığı, tüm bu sebeplerle de düzenleme alanı bulan fıkranın oldukça yanlış uygulamalara yol açabileceğini ifade etmektedir.⁵⁶⁹

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

⁵⁶⁷ 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

⁵⁶⁸Bkz. Adalet Komisyonu Görüşme Tutanakları, Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, T: 29.05.2014, s.76.

⁵⁶⁹Bkz. Adalet Komisyonu Görüşme Tutanakları, Adalet Komisyonu Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, T: 29.05.2014, s.76.

Kimyasal kastrasyonun faile yapılması neticesinde, failin hormon seviyelerinin oynamasına ve cinsel istek arzularının azalmasına ve beraberinde iktidarsızlık sorunlarının çıkmasına sebebiyet vermektedir.⁵⁷⁰

5275 Sayılı Kanun'un 108/9 maddesindeki tıbbi tedaviye tabi tutulması kavramının yönetmelik neticesinde aşıldığı, uygulamaların ise vücut bütünlüğünü ihlal ettiği ve telafisi imkânsız zararlar doğuracağı sebebi ile ayrıca ilgili hükmün Anayasa'nın 17. maddesini ihlal ettiği gerekçesi ile yönetmeliğin bir kısmı için yürütmesi durdurulmuştur.⁵⁷¹

Kanaatimizce, suç failinin tıbbi tedaviye tabi tutulması ifadesinin kastrasyon olarak kabul edilmesi ve uygulanması temel hak ve hürriyetlere aykırı bir yaklaşım olacaktır. Kişinin vücut bütünlüğünde, doğrudan rızası alınmaksızın böyle bir uygulamanın hukuka uygunluğunun tartışılması yerinde olacaktır. 2016 yılında getirilen düzenleme ile tıbbi tedavi kavramının daha detaylı açıklanmasının ardından, ilgili hükmün insan haklarına uygunluğu tartışılmaya başlanmıştır.⁵⁷²

⁵⁷⁰Yenidünya, A. Caner/Yaşar,Yusuf; Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım Mıdır? Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 4.14,2013.

⁵⁷¹"Açılan davada Danıştay 10. Dairesi'nin E.2016/12975, K. 2020/3048 sayılı ve 17.9.2020 tarihli kararı ile Yönetmeliğin tedavi tanımına yer veren 7. maddesinin 1. fıkrasında yer alan '...ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir.' İfadesinin hukuka aykırılığına ve iptaline karar vermiştir. Karar gerekçesinde, Yönetmeliğin dayanağı olan 5275 sayılı Yasa'nın 108. Maddesinin idareye 'cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemleri tedavi olarak uygulama yetkisi vermediği ve aksi düzenlemenin bu yönden Kanun hükmünü aştığı' ifade edilmiştir."Danıştay 10. D.; E:2016/12975 <https://psikiyatri.org.tr/uploadFiles/8122020192753-D-10-Kismen-iptal-kismen-ret.pdf>,.(Erişim Tarihi: 20.11.2024).

⁵⁷²Memiş, Kartal; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s.2097.

SONUÇ

Her yetişkin, hayatının belli bir döneminde çocuktur. Dolayısıyla gelecekte toplumumuzun içine karışacak, toplumumuzu oluşturacak her bireyin çocukluk döneminden geçtiği göz ardı edilmemelidir. Toplumun savunmasız bireyleri koruma sorumluluğu, sosyal devlet anlayışından doğmaktadır. Kendini koruyamayacak durumda olan çocuklar, geleceğin teminatı olmaları nedeniyle özel bir önem taşımaktadır. Çocukların korunmasına yönelik duyarlılık, yalnızca bireylerin kendi geçmişlerinden kaynaklanan bir bağ değil, aynı zamanda çocukların aile yapısının ve toplumsal düzenin temel unsurlarından biri olmasından ileri gelmektedir. İnsan doğası, çocukları koruma güdüsüyle şekillenmiştir. Bu nedenle, çocuklara yönelik cinsel eylem ve davranışlar tarih boyunca önlenmeye çalışılmış ve evrensel düzeyde ahlaki bir kınamayla karşılanmıştır. Böyle durumlarda failin ahlaki anlamdaki olumsuzluğu toplum tarafından da yaygın biçimde kabul edilmekte ve bu durum hem ağır cezalara hem de büyük bir toplumsal tepkiye yol açmaktadır.

Cinsellik, yaşamın doğal bir parçası ve insan türünün devamını sağlayan temel bir olgudur. İnsan yaşamında cinselliğin tamamen yok sayılması mümkün olmadığı gibi, sağlıklı bir cinsel gelişim açısından büyük bir öneme sahiptir. Ancak, çocukların erken yaşlarda cinsel eylem ve davranışlara maruz kalması, fiziksel ve psikolojik gelişimlerini olumsuz yönde etkileyebilecek ciddi sonuçlar doğurabilmektedir. Bu noktada cinsel eğitimin önemi ön plana çıkmaktadır. Cinsellik konusunda aşamalı bir eğitim süreci gereklidir. Çocuğa uygun yaş ve gelişim düzeyinde cinsel eğitim verilmesi, cinselliğin bastırılmasını veya yanlış algılarla şekillenmesini önleyecektir. Çocuğun erken yaşta uygunsuz cinsel deneyimlere maruz kalması ne kadar sakıncalıysa, bu konunun tamamen görmezden gelinmesi de bireyin ve dolayısıyla toplumun sağlıklı bir gelişimi açısından risklidir.

Çocuklara yönelik rıza olmaksızın yapılan her türlü cinsel eylemin cezalandırılması yalnızca ülkemizde değil, uluslararası boyutta da oldukça önem arz etmektedir. Çocukluk döneminde yaşanan her travma, her olay ve olgu, gelecekte nasıl birer birey olacağımızı etkilemektedir. Tam bu sebeple; çocukların her türlü, fizyolojik ve psikolojik gelişimlerinin tam ve doğru tamamlanması adına büyük çaba gösterilmesi gereklidir. Esasen TCK'nın 104. maddesinin korumayı amaçladığı hukuki değer, diğer cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan ayrılarak, cinsel özgürlüğü korumak değil, çocuğun cinsel gelişiminin tam ve sağlıklı olması, aynı zamanda çocuğun cinsel yönden sömürülmesinin, istismar edilmesinin

önüne geçilmesidir. Öncelikli olarak, kanun koyucu tarafından korunan hukuki menfaati belirlemek suç kapsamında oldukça önemlidir. Çünkü ilgili suçun doktrinindeki tartışmalarının temelini, korunan hukuki menfaatin tam anlaşılabilmesi olduğu kanaatindeyiz.

TCK'nın 104. maddesi doğrultusunda, on beş yaşını tamamlamış her çocuk cinsel ilişkiye varacak eylemlerin tasarrufunda özgür olmakla birlikte cinsel ilişkinin rızaen gerçekleşmesi halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk örnekleri incelendiğinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna benzer herhangi bir suç tipi, diğer hukuk sistemlerinde yer almamaktadır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu '*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar*' başlığı altında düzenlenmiştir. Haliyle ilk bakışta suç ile cinsel dokunulmazlığın korunduğu ortaya çıkmaktadır. Cinsel dokunulmazlıktan bahsedilebilmesi için öncelikle cinsel özgürlüğün varlığından bahsedilmesi yerinde olacaktır. TCK'nın 104. maddesinin koruduğu hukuki değer cinsel özgürlük olduğu ifade edildiğinde ise rızaen gerçekleşen cinsel eylemlerin tümünün hukuka uygun kılınmamış olması ise kendi içinde çelişki barındırmaktadır. Buna karşın on yedi yaşında evlenmesi muhtemel çocuğun, evlilik ile beraber gelen sorumluluklar gereği gerçekleştirmiş olduğu cinsel ilişki, hukuka uygun kabul edilmektedir. Nitekim cinsellik kavramının bireysel özgürlük olarak kabul edilmesine karşın on beş yaşını doldurmuş fakat evli olmayan çocuğun rıza doğrultusunda cinsel ilişki eyleminde bulunabilme hakkının kısıtlanmış olmasının nedeni tam olarak anlaşılabilmemektedir.

Suç ile korunan hukuki değer, cinsel özgürlüğün yanı sıra çocuğun üstün yararlarıdır. Kanun koyucu, çocukları, cinsel dürtüler ile vermiş oldukları rızaya karşı, kanunun koruması altına almayı amaçlamaktadır. İlgili suç ile korunan hukuki değer, çocuğun cinsel gelişiminin tam ve sağlıklı gerçekleşmesi olarak ifade edilmesinin isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu, on beş yaşını tamamlamış çocuk ile cebir, tehdit ve hile olmaksızın rıza doğrultusunda girilen cinsel ilişki olarak özetlemek mümkündür. Bu doğrultuda mağdur, on beş yaşını tamamlamış kız veya erkek çocuktur. Failin ise hem cinsiyeti hem de yaşı doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimizce failin yaşı, açık bir şekilde ifade edilmemiş olsa da reşit olan kimse olduğu kabul edilmektedir. Aksi takdirde, mağdur ve failin reşit olmadığı durumda fail ve mağdur ayrımının nasıl yapılacağı tartışması çıkacaktır. Korunan hukuki değer, çocuğun cinsel gelişiminin sağlıklı tamamlanması ise bu bağlamda iki çocuktan bahsedildiği takdirde hangi kıstasa göre diğer çocuğun cinsel gelişimini sağlıklı tamamlanması hususunda korumanın göz ardı edileceği soru işaretidir. Bahse konu kabulün

anayasal eşitlik ilkesine de ciddi aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle failin reşit kimse olması gerektiği kanısındayız.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipik fiili, cinsel ilişkidir. Cinsel ilişkinin kapsamının neler olduğuna ilişkin doktrinde birçok tartışma mevcuttur. Kimi yazarlar, cinsel ilişkiyi, erkek cinsel organının anal veya vajinal yollardan vücuda duhulü olarak tanımlarken; kimi yazarlar cinsel ilişki tanımının daha geniş tutulması gerektiğini savunmaktadırlar. Kanaatimizce cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının anüse veya vajinaya duhulü olarak tanımlanması gerekmektedir. Ancak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun koruduğu hukuki değer dikkate alındığında, bahse konu kabulün ne denli yeterli kalacağı tartışılmalıdır. Çocuğun cinsel gelişiminin düzgün ve sağlıklı ilerlemesinin amaçlandığı dikkate alındığında, cinsel organlara yani anüs veya vajinaya, cinsel amaçlarla sair organ veya cisim sokulması eylemlerinin yalnızca şekle tabi bir ayırım olduğu kanaatindeyiz. Ancak tartışmalara cinsel ilişki tanımı üzerinden gitmenin, Türk Ceza Kanunu açısından içinden çıkılmaz uygulamalara sebebiyet verebileceği düşüncesindeyiz. Bu gerekçe ile TCK'nın 104. maddesinin koruduğu hukuki değerler doğrultusunda "*vücuda anal veya vajinal yoldan organ veya sair cisim sokulması*" şeklinde formüle edilmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

Bahse konu suç, kasten işlenebilen bir suçtur. Taksirli hali ise kanun metninde düzenlenmemiştir. Dolayısıyla hata hükümlerinin uygulama alanı bulduğu hallerde ceza verilmesine yer olmayacaktır. Şikâyete bağlı bir suç olmasına rağmen ilgili suçun nitelikli hali olarak düzenlenen, çocuğa yönelik istismarın daha kolay olması muhtemel, çocuğa daha yakın olan, özel yükümlülükleri bulunan kimseler tarafından suçun işlenmesi halinde şikâyet aranmaksızın resen soruşturma yapılmaktadır.

Şikâyet hakkının kime ait olacağı da tartışılmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar, şikâyet hakkının yalnızca mağdur çocukta olduğunu savunurken; bazı yazarlar ise şikâyet hakkının, çocukla birlikte çocuğun velisine, vasisine tanınması gerektiğini savunmaktadır. Bununla birlikte tipik fiile rızası aranan çocuğa şikâyet hakkı tanınmasının, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği, hakkı kötüye kullanılmasına sebebiyet verebileceği ifade edilmektedir. Kanaatimizce her ne kadar iki görüş de kendi içinde tutarlı olsa da cinsel ilişkiye varmayan her türlü rızası kabul edilen çocuğun, anlama ve kavrama yeteneğinin gelişmiş olması da göz önünde bulundurulduğunda, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın çocuğun vasisine veya anne, babasına tanınmasının isabetli olmadığı düşüncesindeyiz. Buna karşın her somut olay için şikâyet hakkının mutlak çocukta olduğunun kabulünün de bazı zararlar oluşturabileceğini ifade etmek yerinde olacaktır. Mağdur çocuk, yaşadığı cinsel ilişkiden sonra kendini ifade

edemez halde, depresyon halinde veya başkaca kötü etki halinde ise şikâyet hakkının anne, baba veya vasiye verilmesinin yerinde olacağı kanısındayız.

On beş yaşını tamamlamış çocukların cinsel özgürlükleri bulunduğu kabul ediliyor ise TCK'nın 104. maddesinin suç olmaktan çıkarılması gerektiği, aksi halde suç yerinin değiştirilmesi ve ilgili maddenin '*vücuda organ ve cisim sokma*' olarak formüle edilmesinin gerektiği ifade edilmektedir. Yapılacak değerlendirmenin sadece Türk ceza hukuku ile sınırlı değil, uluslararası düzenlemeler dikkate alınarak yapılması gerektiği kanısındayız. Böylece tartışmalı hususların çözüme kavuşturulmasında ilerlenme kaydedilmiş olacaktır.

Sonuç olarak, TCK'nın 104. maddesi birçok husus kapsamında tartışmalar barındırmaktadır. Söz konusu tartışmalar, kanun koyucunun koruduğu hukuki değerlerin tam anlaşılammış ve kanun metninin açık şekilde ifade edilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce kanun metnine getirilecek köklü olmayan ancak net ifade içeren değişiklikler ile belirsizliklerin giderilmesinin kanun maddesinin daha sağlıklı, amacına uygun uygulanmasına yardımcı olacağı düşüncesindeyiz.

KAYNAKÇA

- Afşin, R., & Özçelik, A. D. (2018). Suça Sürüklenen Çocuklar İle Suça Sürüklenmeyen Çocukların Algıladıkları Anne ve Baba Tutumları İle Ebeveyn Bağlanma Stillerinin Karşılaştırılarak İncelenmesi. *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 17(66) , 384-400.
- Akbulut, B. (2024). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Adalet Yayınevi.
- Akbulut, B. (2013). Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* , 541-586.
- Akgündüz, A. (1987). 1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesi. *Belleten* , 51(199) 153-19.
- Akkay, E. (1985). Irza Geçme Suçu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1-4* , 653-57.
- Aksakal, E. (2014). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. *İstanbul Barosu Dergisi* 88, 257-275.
- Alpaslan, A. H. (2014). Çocukluk Döneminde Cinsel İstismar. *Kocatepe Tıp Dergisi* 15.2 , 194-201.
- Ardıç E. (2019). *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu* (Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü) Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. Tez No: 559480.
- Artuk, M. E. (1999). Evlilik İçinde Irza Geçme. *İstanbul Üniversitesi Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı. İstanbul Üniversitesi* , 57-70.
- Artuk, M. E. (2002). Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçi Irza Geçme ve Fücür. *Kadına Yönelik Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi, Yayın, (1)*, 31-48.
- Artuk, M. E., & Çınar, A. R. (2004). Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler. *Türk Ceza Kanunu Reformu-II (Makaleler, Görüşler, Raporlar)* , 37-84.
- Artuk, M. E., Gökcen, A., Alşahin, M. E., & Çakır, K. (2024). *Ceza Hukuku Genel Hükümler (18. Baskı)*. Adalet Yayınevi.
- Artuk, M. E., Gökcen, A., Alşahin, M. E., & Çakır, K. *Ceza Hukuku Özel Hükümler. (21. Baskı)*. 2024: Adalet Yayınevi.
- Avcı, M. (2010). *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Mimoza Yayıncılık.
- Aydın, D. (2004). Türk Ceza Kanunu'nun Hazırlanış Süreci. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 59.04 , 250-263.
- Aydın, M. (2014). *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*. Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- Aydın, Ö. D. (2004). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar. *Hukuki Perspektifler Dergisi Sayı:2* , 152-162.

- Aydos, O. S. (2020). *Pratik Medeni Hukuk*. Ankara, Gazi Kitabevi.
- Bakıcı, S. (1985). Evlenme Sözü Vererek Kızlık Bozma Suçu ve Unsurları. *Ankara Barosu Dergisi* , 35-41.
- Bal, A. (2009). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması C.1.S.1. *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi* , 27-82.
- Baykal S. C. (2019). *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*.(Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı).Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. Tez No:551793.
- Baytemir, E. (2019). *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ile Kişi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu*. Adalet Yayınevi.
- Beyazıt, Ö. (2010). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi Sayı:1* , 293-309.
- Boga, B. (2020). Türk Ceza Hukukunda Çocukların Fiziksel Mahremiyetine İlişkin Görüntülerin Kaydedilmesi ve Yayılmasının Cezalandırılması Üzerine Bir Değerlendirme. *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt.3. Sayı.1* , 33-61.
- Bozada, B. (2021).5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. (Yüksek Lisans Tezi, T.C. Antalya Bilim Üniversitesi)Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. Tez No:669517.
- Candan, R. B. (2015). 1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1)* , 63-81.
- Centel, N. (2012). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi . *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* , 269-290.
- Centel, N. (1997). *Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması, Prof. Dr. Kenan TUNÇOMAĞ'a Armağan*. İstanbul.
- Çalışkan, S. (2013). *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (1. Baskı)*. Adalet Yayınevi.
- Demirbaş, T. (2024). *Ceza Hukuku Genel Hükümler. (19. Baskı)*. Seçkin Yayınevi.
- Demir Yazar, Ö. (2019). *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*. (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi) Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. Tez No:574452.
- Deniz, D. (2018). *Cezai Sorumluluk Yönünden Dissosiyatif Bozuklukların Değerlendirilmesi. (1. Baskı)*. Legel Yayıncılık.
- Dere, Z. (2023). Erken Çocukluk Döneminde Temelleri Atılan Cinsel Gelişimin Dürtüler ve Hormonlarla Birlikte İncelenmesi. *Uluslararası Temel Eğitim Çalışmaları Dergisi, 4(1)* , 29-42.
- Doğan, R. (2017). Anlamli Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. *Ankara Barosu Dergisi* , 123-149.
- Doğru, O., & Nalbant, A. (2016). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Cilt:2 Açıklama ve Öneriler*. Legel Yayıncılık.

- Dönmezer, S. (2004). *Genel Adap ve Ahlak Düzenine Karşı Cürümler*. İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Dönmezer, S., & Yenisey, F. (1975). *Ceza Hukuku Güncel Kaynakları C I-1 Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler*. Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları.
- Dülger, İ. (1998). *Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlardan Irza Geçme Suçu*. (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi) Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. Tez No:71892.
- Dülger, İ. (2000). Irza Geçme Suçunun Tarihsel Gelişimi. *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* , 81-104.
- Dülger, İ. (2008). Irza Geçme Suçunun Tarihsel Gelişimi. *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü* , 81-100.
- Dülger, M. V., Özkan, O., & Bakdur, M. (2021). Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 45 , 227-264.
- Egemenoğlu, A. (2017). Yargıtay Kararları Işığında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Tehdit Suçu, 4(1). *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 59-102.
- Ekici Şahin, M. (2015). *Ceza Hukuku ve Zorla Evlendirme Prof. Dr. Nevzat TOROSLU'ya Armağan*. Ankara.
- Ekici Şahin, M. (2012). *Ceza Hukukunda Rıza*. (1. Baskı). On İki Levha Yayınları.
- Freud, S. (2019). *Cinsellik Üzerine (Çeviri: A. Avni Öneş)*. İstanbul: Say Yayınevi.
- Genç, Ş., & Çoşkun, S. (2013). Ensest. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* , 215-260.
- Gökçen, A. (1989). *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*. İstanbul.
- Göral, C. M. (2014) *Avrupa Konseyi Çocuğun Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi Kapsamında Cinsel İstismar Suçu*. (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi). Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. Tez No:370759.
- Güçlücan, Z. (2012). *Çocuklarda Cinsel Gelişim*. 02 13, 2024 tarihinde e-psikaytri: <https://www.e-psikaytri.com/çocuklardacinselgelişim>.
- Gündel, A. (2009). *5237 Sayılı TCK'da Cinsel Saldırı-Cinsel İstismar*. Seçkin Yayıncılık.
- Gündüz, R. (2015). *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*. (1. Baskı). Bilge Yayınevi.
- Güney, N., Özdemir, K., & Balo, Y. S. (2004). *Yeni Türk Ceza Kanunu*. Adil Yayınevi.
- Gürkan, Ş., & Uğuz, A. (2007). Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar. *Adalet Dergisi* , 27-179.
- Hafizoğulları, Z. (2005). *Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu*. Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı.
- Hafizoğulları, Z. (1983). *Zina Cürümleri*. Kazancı Hukuk Yayınları.
- Hafizoğulları, Z., & Özen, M. (2021). *Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*. (8. Baskı). US-A Yayıncılık.
- Hakeri, H. (2024). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. (30. Baskı). Adalet Yayınevi.

- İlbiçe, S. P. (2021). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Yer Alan Cinsel İlişki Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme. *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. Cilt.6 Sayı.1 , 11-30.
- İlhan, A. (2010). Çocukların Cinsel İstismarı. *Fasikül Dergisi Yıl.2* , 31-32.
- İmamoğlu, H. S. (2005). Çocuğun Ana Babaya Karşı Korunması. *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi* 54(2) , 183-218.
- İnan, A. N. (2015). Çocuğun Korunması ve Polis. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 243-250.
- İpekçioğlu, P. A. (2009). *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs (1. Baskı)*. Seçkin Yayıncılık.
- Kanbur, M. N. (2015). 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104). *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 4139-4210.
- Kanbur, M. N. (2012). Türk Hukukunda Kadına Yönelik Şiddete Karşı Ceza Hukuku Tedbirleriyle Mücadele Edilmesi Bakımından Gelişmeler. *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi* .
- Kantarıcı, N. (2016). *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. (1. Baskı)*. Adalet Yayınevi.
- Karabulut, T.(2019).*Türk Ceza Kanununda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu.* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi).Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. Tez No:551793.
- Kartal Memiş, P. (2016). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 2083-2100.
- Kartal Memiş, P. (2014). *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı*. D&R.
- Keser, Ö. F. (2022). *Uygulamaya Bakan Yönleriyle Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. (1. Baskı)*. Adalet Yayınevi.
- Kır, E. (2013). Çocuklara Yönelik Cinsel Taciz ve İstismara Karşı Önleyici Eğitim Çalışmaları. *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 71(1) , 785-800.
- Koca, M., & Üzülmüş, İ. (2024). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. (10.Baskı)*. Adalet Yayınevi.
- Kocaoğlu, S. (2016). *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m. 102-105)*. Yetki Yayıncılık.
- Koç, Z. (2009). Alman Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar Alanında Son Gelişmeler. *Adalet Dergisi*. Sayı.35 , 4139-4210.
- Korkmaz, Z. B. (2024). Türk Ceza Hukukunda Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu. *Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 27-51.
- Korkusuz, G. (2013). Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102). *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 71(1) , 815-854.

- Köse, Şahin, B. (2009). *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı*. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi) Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. Tez No:21167
- Köksal, A. (2015). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. Prof. Nevzat Toroslu'ya Armağan, 2. 687-727.
- Kurbanlı, M. (2023). Basit Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104/1). *Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 6(2) , 105-145.
- Kümbasar, E. (2012). *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (1. Baskı)*. Seçkin Yayıncılık.
- Malkoç, İ. (2001). *Öğreti ve Uygulamada Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*. Ankara.
- Onaran, B. T. (2022). 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda Irz ve Namus Kavramlarının Kodifikasyonu ve Toplumsal Cinsiyet| Codification of Honor and Gender in the 1858 Ottoman Penal Code. *Akdeniz Kadın Çalışmaları ve Toplumsal Cinsiyet Dergisi*, 5(2) , 209-239.
- Otacı, C. (2000). *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar*. Seçkin Yayınları.
- Önder, A. (1985). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Beta Yayınları.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K., & Bacaksız, P. (2023). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (18. Baskı)*. Seçkin Yayıncılık.
- Özcan, O. (2022). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. *Yeditep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 303-390.
- Özen, M. (2024). *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersi (9. Baskı)*. Adalet Yayınevi.
- Özer, Y. Y. (2012). Türkiye'de Evlilik İçi Tecavüz Suçu Tartışmaları. *Kadın Araştırmaları Dergisi* , 1-20.
- Özgenç, İ. (2020). Akran Çocuklar Arası Cinsel Birliktelik ve Ceza Hukuku Sorumluluğu. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 24(4) , 265-271.
- Özgenç, İ. (2020). Cinsel Suçlar . *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , 24:1 , 257-283.
- Özgenç, İ. (2024). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. (19. Baskı)*. Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2006). *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi. (3. Baskı)*. Seçkin Yayınevi.
- Özgüven, İ. E. (1997). *Cinsellik ve Cinsel Yaşam*. Pdrem Yayınları.
- Özkara, E., Tepe, İ., Bacaksız, P., Özbek, V. Ö., Kavaklı, U., & Can, İ. Ö. (2011). Çocuklara Yönelik Cinsel İstismarın Yasal Boyutunun Türkiye ve Diğer Ülkeler ile Karşılaştırılması. *Adli Tıp Dergisi*, 25(1) , 11-4.
- Özocak, G. (2018). *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs (1. Baskı)*. Seçkin Yayıncılık.
- Öztürk, B. (2004). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Adlı Podyum Tartışması Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu. Panel Kitabı (Birinci Kitap).
- Parlar, A., & Hatipoğlu, M. (2007). *Türk Ceza Kanunu Yorumu (1. Baskı)*.

- Parlar, A., & Öztürk, M. (2018). *Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (6. Baskı)*. Yetki Yayıncılık.
- Pekmez Kelep, T. (2020). Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen 'Rızaya dayalı' Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu. *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:8. Sayı:2* , 179-199.
- Polat, H. (2024). *Ceza Hukukunun Başvuru Kitabı. (5. Baskı)*. Adalet Yayınevi.
- Sancar Yalçın, T., & Yaşar, N. (2009). Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesi Kararı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* , 245-297.
- Sancar, Yalçın, T. (2004). Türk Ceza Kanunu Tasarısı'nın (2000) Bazı Hükümler Hakkında Düşünceler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 53(4)* , 1-25.
- Salman,E. (2009). *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*. (Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü). Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. Tez No:263400.
- Sarıgül, A. T. (2021). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail (TCK m.104). *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 25(2)* , 711-754.
- Sarıgül, A. T. (2019). Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 14.2*, 663-692.
- Sarıgül, A. T. (2022). *Suçta İştirak Ceza Hukuku Monografileri. (1. Baskı)*. Seçkin Yayıncılık.
- Sırma,Ö. (2011). Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İlgilinin Rızası. (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku). Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. Tez No:304333.
- Soyaslan, D. (2023). *Ceza Hukuku Özel Hükümler. (9. Baskı)*. Legem Yayıncılık.
- Sözüer, A. (1994). Tehdit Suçu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı1-4* , 124-146.
- Şen, E. (2014). Encest Mağdurlardan Birisi: Kadın Yorumluyorum:II (3. Baskı). Seçkin Yayınevi.
- Şen, E. (2006). *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu. Cilt:1*. İstanbul: Yetki Yayıncılık.
- Şen, E., & Başarır, T. (2012). Encest Mağdurlardan Biri: Kadın. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* , 317340.
- Şen, E., & Maviş, M. (2020). *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Cinsellik Kavramı*. 05 1, 2024 tarihinde Ersan Şen Hukuk ve Danışmanlık: <https://sen.av.tr/tr/makale/resit-olmayanla-cinsel-iliski>.
- Şarman, C. (2012). *Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Bahçeşehir Üniversitesi) . Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. Tez No:323313.
- Taner, F. G. (2008). *Ceza Hukukunda Zamanaşımı*. Yetkin Yayıncılık.
- Taner, F. G. (2023). *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar. (3. Baskı)*. Seçkin Yayıncılık.

- Tezcan, D., Erdem, M. R., & Önok, R. M. (2023). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Seçkin Yayıncılık.
- Toprakçı, M. (2022). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104).(Yüksek Lisans Tezi- Hasan Kalyoncu Üniversitesi) .Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. Tez No:754889
- Toroslu, N., & Toroslu, H. (2024). *Ceza Hukuku Özel Kısım. (12. Baskı)*. Savaş Kitabevi.
- Tuğrul, A. C. (2013). *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler. (2. Baskı)*. Adalet Yayınevi.
- Turhan, E. (2021). *Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu*. Seçkin Yayıncılık.
- 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.
- Ünver, Y. (2009). Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri. *Ceza Hukuku Dergisi. 4(11)* , 101-127.
- Ünver, Y. (2003). *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer. (1. Baskı)*. Seçkin Yayıncılık.
- Ünver, Y. (2018). *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar. Sempozyum Türk Ceza Kanunu'nun 2. Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar. Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları*.
- Ünver, Y. (2001). *Özellikle Cinsel Suçlar Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normalarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum. Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Armağanı*.
- Ünver, Y. (2014). *Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi, II. Türkiye Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku (1. Baskı)*. Seçkin Yayıncılık.
- Üzülmez, İ. (2007). *Tehdit Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*. Turhan Kitabevi.
- Yalçın Sancar, T. (2008). Ensest ve Tartışmada Genel Ahlak Engeli. *Güncel Hukuk* , 23-24.
- Yalçın, T. (2013). *Türk Ceza Hukukunda Kadın*. Seçkin Yayınevi.
- Yenerer Çakmut, Ö. (2016). Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(1)* , 35-52.
- Yenerer Çakmut, Ö. (2016). Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Sayı:1* , 35-52.
- Yenidünya, A. C., & Yaşar, Y. (2013). Katrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır? *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi. 4(14)* , 171-189.
- Yenisey, F., & Plagemann, G. (2015). *Stargesetzbuch (StGB) Alman Ceza Kanunu. (2. Baskı)*. Beta Yayınları.
- Yılmaz, S., & Yıldırım, A. (2023). *Medeni Hukuk I (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku)*. Güncelleştirilmiş 4. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- Yokuş Sevük, H. (2005). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*. 27(58) , 243-282.
- Yokuş Sevük, H. (2015). 6545 Sayılı Türk Ceza Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* , 57-83.
- Yokuş Sevük, H. (2019). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. (2. Baskı). Yetki Yayıncılık.



ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı : Gamze YILDIZ
Uyruğu : Türk

EĞİTİM

Derece	Adı	Bitirme Yılı
Üniversite	: İnönü Üniversitesi	2021
Yüksek Lisans	: Hasan Kalyoncu Üniversitesi	2025

İŞ DENEYİMLERİ

Yıl	Kurum	Görevi
2021-2025	Özel	Avukat