

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**TÜRK CEZA KANUNUNDA
REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU**

Yüksek Lisans Tezi

TURGAY KARABULUT

İSTANBUL, 2019

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

**TÜRK CEZA KANUNUNDA
REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU**

Yüksek Lisans Tezi

TURGAY KARABULUT

Danışman: PROF. DR. AHMET GÖKCEN

İSTANBUL, 2019



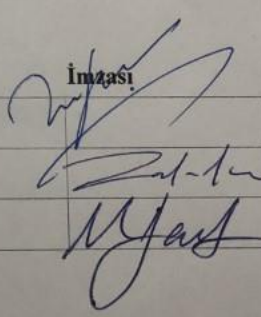
T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

KAMU HUKUKU Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK
LİSANS öğrencisi TURGAY KARABULUT'nın TÜRK CEZA KANUNUNDA REŞİT
OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun
8.08.2019 tarih ve 2019-25/6 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile
Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 21 / 11 / 2019

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

1.	Tez Danışmanı	Prof. Dr. AHMET GÖKCEN	
2.	Jüri Üyesi	Dr.Öğr.Üyesi ZAFER İÇER	
3.	Jüri Üyesi	Dr.Öğr.Üyesi MUHAMMED DEMİREL	

ÖNSÖZ

Tez çalışmalarım boyunca bana yardımını esirgemeyen, tez çalışmamda planlamasında ve yürütülmesinde engin bilgi ve tecrübelerinden yararlandığım tez danışmanım değerli hocam Prof. Dr. Ahmet GÖKCEN'e, katkılarından ötürü Yrd. Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU'ya ve Vezirköprü Cumhuriyet Başsavcısı Kadir ÇAKMAK'a, her zaman yardımlarını gördüğüm arkadaşlarıma, çalışmam boyunca benden maddi ve manevi desteğini esirgemeyen her zaman yanımda olan aileme teşekkürlerimi bir borç bilirim.



ÖZET

Bu çalışmada 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 104. maddesindeki “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu” konusu analiz edilmiştir. İlk olarak kavramsal çerçevede; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun tarihsel süreci analiz edilmiş; mukayeseli hukukta benzer suçlar incelenmiş, suç içerisinde kullanılan kavramlar açıklanmış, suçun unsurları, suçun basit ve nitelikli halleri incelenmiş, tartışmalı konular olan, her iki tarafın reşit olmadığı hallerde mağdur ve failin belirlenmesi, mahkeme kararıyla ve evlenme ile reşit olanların durumu, suçun gerçekleşmesi için gerekli olan fiil, şikâyet hakkı gibi konulara Yargıtay kararları ışığında açıklık getirilmeye çalışılmış. Son olarak suçun özel görünüş biçimleri, muhakeme, yaptırım ve zaman aşımı konuları da ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Reşit olmayan, cinsel ilişki, fail, mağdur, suç

ABSTRACT

In this study, the Turkish Criminal Code numbered 5237 Article 104 “Crime of Sexual Intercourse with Non-adult “was analyzed. Firstly, as conceptual framework; the historical process of Crime of Sexual Intercourse with Non-adult, similar crimes in comparative law were examined, then the concepts used in the crime were explained. Secondly, the elements of the crime and the simple and qualified states of the crime are examined and the controversial issues such as the determination of the positions of victim and the perpetrator in cases where both sides are non-adult, the court decision and the status of the marriage with non-adult issues, the act required for the realization of the crime, the right to complain were tried to be clarified in the light of the decisions of the Supreme Court of Appeals. Finally, special aspects of crime, reasoning, sanction and timeout issues were discussed.

Keywords: Non-adult, sexual intercourse, perpetrator, victim, crime

İçindekiler Tablosu

ÖNSÖZ.....	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iii
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ.....	1

§1. CİNSELLİK KAVRAMI, REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNUN TÜRK HUKUKUNDA TARİHSEL GELİŞİMİ, MUKAYESELİ HUKUKTA DURUM, BENZER SUÇLARLA MUKAYESE, REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNDA AÇIKLANMASI GEREKEN TERİMLER VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

I. Cinsellik Kavramı, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Türk Hukukunda Tarihsel Gelişimi, Mukayeseli Hukukta Durum	3
1. Cinsellik Kavramı.....	3
2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Türk Hukukunda Tarihsel Gelişimi	4
A. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu	5
B. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun İlk Hali	7
C. Anayasa Mahkemesi İptal Kararı.....	8
D. 6545 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik	9
3. Mukayeseli Hukukta Durum	11
II. Benzer Suçlarla Mukayese, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Açıklanması Gereken Terimler	13
1. Benzer Suçlar İle Mukayese	13
A. Cinsel Saldırı Suçu İle Mukayese (m.102).....	14
B. Cinsel İstismar Suçu ile Mukayese (m.103)	17
C. Cinsel Taciz Suçu ile Mukayese (m.105).....	22
2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Açıklanması Gereken Terimler	24
A. Çocuk	24
B. Reşitlik	26
C. Erginlik.....	26
D. Pedofili... ..	27
E. Encest... ..	29

III. Korunan Hukuki Değer	32
---------------------------------	----

§2. REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU (m.104)

I. Suç Tipi Hakkında Genel Açıklamalar.....	36
II. Suçun Unsurları.. ..	39
1. Tipikliğin Maddi Unsurları	39
A. Genel Açıklamalar	39
B. Fiil	40
a. Cinsel İlişki	40
b. Cebir, Tehdit ve Hile Olmaması (Rızanın Olması).....	45
C. Netice ve İlliyet Bağı	51
D. Fail	52
E. Mağdur	57
F. Suçun Konusu	64
G. Suçun Nitelikli Halleri	64
a. Suçun Mağdur ile Aralarında Evlenme Yasağı Bulunan Kişi Tarafından İşlenmesi ...	66
b. Suçun Evlat Edineceği Çocuğun Evlat Edinme Öncesi Bakımını Üstlenen veya Koruyucu Aile İlişkisi Çerçevesinde Koruma, Bakım ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişi Tarafından İşlenmesi	67
2. Tipikliğin Manevi Unsurları	69
3. Hukuka Aykırılık Unsuru	71
III. Kusurluluğu Azaltan Sebeplerden Haksız Tahrik (m. 29).....	71
IV. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Açısından Hata Halleri	73
1. Mağdurun Yaşında Hata	73
2. Mağdurun Rızasında Hata	75
V. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Unsurlar Dışında Kalan Haller	76

§3. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, USUL HÜKÜMLERİ

I. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	77
1. Teşebbüs.....	77
A. Kavram.....	77
B. Gönüllü Vazgeçme	79
2. İştirak.....	80
3. İçtima.....	82
A. Zincirleme Suç Hükümleri Bakımından İçtima(m.43)	82

B. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu ile Bazı Suç Tipleri Arasındaki İçtima.....	83
a. Kişi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (m.109) ile İçtima	83
b. Çocuğun Kaçırılması ve Alıkoyulması Suçu (m.234/3) ile İçtima	84
c. Özel Hayatın Gizliliğin İhmal Suçu (m.134) ile İçtima.....	85
d. Müstehcenlik Suçu (m.226/3) ile İçtima.....	86
e. Fuhuş Suçu (m.227/1) ile İçtima	88
f. Kötü Muamele Suçu (m.232) ile İçtima	89
II. Usul Hükümleri.....	90
1. Soruşturma	93
2. Kovuşturma, Görevli ve Yetkili Mahkeme	98
3. Zamanaşımı.....	98
4. Yaptırım	99
5. İnfaz Rejimi	99
SONUÇ	101
KAYNAKÇA.....	109

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
b.	: Bent
C.	: Cilt
p.	: Sayfa
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
ss.	: Sayfadan Sayfaya
Ad.D	: Adalet Dergisi
TDK	: Türk Dil Kurumu
Adl. Cer.	: Adliye Ceridesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
Dn.	: Dipnot
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
E.	: Esas
f.	: Fıkra
İHFM	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
K.	: Karar
m.	: Madde
SBOD	: Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
YD	: Yargıtay Dergisi

GİRİŞ

Önceki düzenlemelerde toplumsal değerlere ve ahlaka aykırı olarak değerlendirilen cinsel suçlar, günümüzde temel hak ve özgürlükler kapsamında ele alınmaktadır. Bu değişime uygun olarak, cinsel suçlardan olan “reşit olmayanla cinsel ilişki suçu” mülga 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde “Genel Ahlaka ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar” kısmında düzenlenmekte iken, yeni 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar” kısmında “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar” bölümü altında düzenlenmiştir. Yapılan bu değişiklik ile suçun odak noktası ve korunan değer toplumun genel değerleri ve ahlakı olmaktan çıkartılarak bireyin cinsel özgürlüğü olarak belirlenmiştir. Bu değişimin doğal sonucunda, cinselliğin toplumdan ziyade bireyi ilgilendiren bir husus haline geldiği, çocuğun cinsel dokunulmazlığı ile çocuğun cinsel özgürlüğü arasında bir denge kurulması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunun ilk halinde bulunan mağdur ile fail arasındaki yaş farkını esas alan nitelikli hal bulunmaktaydı. Bu haliyle kısmen akran olanlar arasındaki cinsel ilişkiler şikâyet tabi bir suç iken, mağdur ile fail arasındaki yaş farkı beşten büyük ise şikâyet şartı aranmaksızın daha fazla ceza içeren bir suç olarak karşımıza çıkmaktaydı. Anayasa Mahkemesi’nin 25.11.2005 tarihli kararı ile sadece yaş kıstasına göre cezanın ağırlaştırılmasını Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırılık oluşturduğu gerekçesi ile iptal etti. Bu iptal kararından yaklaşık on yıl sonra 18 Haziran 2014 tarih ve 6545 Sayılı Kanun’un ile Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu önemli ölçüde değişikliğe uğradı. Bu değişikliklerden ilki olarak suçun basit halinin cezası arttırıldı. İkinci olarak maddeye ikinci fıkra olarak eklenen “*Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” kısmi ile o zamana kadar kanunda düzenlenmediği için sıkça eleştirilen ensest ilişkilerin suç haline getirildiği bir düzenleme eklendi. Son olarak suçun evlat edinme ilişkisi, koruyucu aile ilişkisi, bakım ve gözetim yükümlülüğü ilişkisi çerçevesinde işlenmesi halinde ikinci fıkra hükümlerine göre cezalandırılacağı madde metnine eklendi.

Her ne kadar madde metnine eklenen fıkralar, gayet yerinde düzenlemeler olsa da reşit olmayanla cinsel ilişki suçu öğretide birçok konuda tartışmalara sebep olmuştur. Cinsel ilişkiye giren tarafların her ikisinin de on sekiz yaşından küçük olması durumunda, kimin fail kimin mağdur olacağı tespit edilemeyeceğinden kanunilik ilkesi gereğince bu suçun oluşmayacağı, şikâyet hakkının mağdur ile beraber temsilcisine de verilmesi, cinsel ilişki olarak hangi tür cinsel davranışların değerlendirileceği, suçun mağdurunun kaza-i rüş sahibi çocuk olup olamayacağı, mağdurun rızası ile gerçekleşen eylemde mağdurun rızasının TCK'nın 26/2 maddesi gereği suçu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı gibi konularda, kanunun ilk yazım tarihinden başlayarak öğretide tartışmalara sebep olmuştur.

İnceleme konumuzu oluşturan Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının, "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı altıncı bölümünde, 104. madde de düzenlenmiştir. Bu çalışmamızda reşit olmayanla cinsel ilişki suçu iki bölümde incelenmiştir. Birinci bölümde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile ilgili kavramlar tanımlanarak, cinsel suçlar ilgili Türk Ceza Kanunu'nun sistemi üzerinde durulmuş, 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin hükümleri ile 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun hükümleri arasındaki farklar belirtilmiştir. Bundan başka suçun tarihi gelişimi, mukayeseli hukukta ki yeri, cinsel suçlar ile arasında ki farklar ve suç ile korunan hukuksal yarar incelenmiştir.

İkinci bölümde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun yapısı, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru, manevi unsur, suçun özel görünüş şekilleri, cezayı ortadan kaldıran sebep olan hata, kovuşturma usulü, müeyyide, infaz rejimi ele alınmıştır.

Sonuç bölümünde ise, inceleme konumuz suç bir bütün olarak değerlendirilmeye çalışılmıştır.

§1. CİNSELLİK KAVRAMI, REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNUN TÜRK HUKUKUNDA TARİHSEL GELİŞİMİ, MUKAYESELİ HUKUKTA DURUM, BENZER SUÇLARLA MUKAYESE, REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNDA AÇIKLANMASI GEREKEN TERİMLER VE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

I. Cinsellik Kavramı, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Türk Hukukundaki Tarihsel Gelişimi, Mukayeseli Hukukta Durum

1. Cinsellik Kavramı

Türk Dil Kurumu tarafından hazırlanan Güncel Türkçe Sözlükte “cinsel” kelimesi "Cinsiyetle ilgili, cinsi, eşeysel, seksüel" olarak, “cinsellik” kelimesi ise "Cinsel özelliklerin bütünü ve sevişme duygusu" olarak tanımlanmıştır.¹ Bununla beraber cinsellik kavramı cinsel özelliklerin bütünü anlamına gelmektedir.

Bir davranışın cinsellik özelliği taşıyıp taşımadığı, her somut olayda değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Örnek olarak öpme eylemi, bir cinsel davranış olabileceği gibi ebeveyni tarafından çocuğunun öpülmesinde cinsellik durumunun bulunduğu düşünülmaz.² Yapılan fiilin cinsellik ihtiva edip etmediği openin saikine göre değişmektedir.³

Cinselliğin, insanın diğer ihtiyaçları olan yemek, barınma gibi ihtiyaçlarından farkı yoktur.⁴ İnsan her ihtiyacını karşılamak istediği gibi cinsellik ihtiyacını da gidermek

1 Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/i>, Erişim Tarihi 27.03.2019

2 TANER F. G., “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, 2017, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara., s.111

3 YOKUŞ SEVÜK H., “Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl:2 Sayı 5, 2005, Ankara, s.124

4 ÜNVER Y., “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, 2014, Ankara, s.23

istemektedir.⁵ Bu nedenle insanın olduğu her yerde cinsellikten bahsetmek mümkündür. Cinsellik kelimesi söylendiğinde, ilk akla gelen, bireylerin cinsel olarak fiili birleşmesi olsa da bu kavram fiili birleşmeyi çağrıştıran ve bu duyguyu uyandıran her türlü davranışı da kapsamaktadır. Cinsellik sözcüğünün birden fazla anlamı vardır. Cinsellik sadece üreme anlamında veya cinsel yoldan uyarılmış bireyde gözlenen davranışlar olarak tanımlandığı gibi, insanın kendi sahip olduğu cinsel kimliğini kabul etmesi, sahip olduğu cinsin yapması gerektiği gibi karşı cinsle ilgilenmesi, cinsel birliktelikten bedensel olduğu kadar ruhsal bir haz ve tatmin elde etmesi olarak da tanımlanmaktadır.⁶

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu düzenlenirken “cinsellik” kavramı ile ilgili davranışları için neredeyse herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Davranış sınırlaması yapmadan cinsellik ihtiyacını tatmin amacı taşıyan her türlü davranışı, cinsel davranış olarak kabul etmiştir.⁷ Kanunda cinsel suç tipleri için cinsel amaçlı davranışı temel unsur olarak belirlemişse de fiili birleşme hali ve vücuda sair cisim sokulması halinde, cinsel amacın varlığını karine olarak kabul edilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından cinsellik kavramının cinsel birleşme isteği ile ilgili olduğu ve geniş yorumlanarak bu duyguyu uyandıran her türlü davranışı kapsadığı söylenebilir.⁸

2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Türk Hukukunda Tarihsel Gelişimi

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçunun Cumhuriyet tarihinde yapılmış olan 765 ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunlarında nasıl ele alındığı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunda hangi değişikliklere uğradığı çerçevesinde “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu” irdelenecektir.

5 ÖZGÜVEN İ. E., “Cinsellik ve Cinsel Yaşam”, PDERM yayınları, 1997, Ankara, s.28

6 ÖZGÜVEN İ. E., *Cinsellik ve Cinsel Yaşam*, 1997, Pdrem Yayınları, Ankara, s.2

7 TANER F. G., “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, 2017, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara., s.104

8 ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M.A., ÇAKIR K., *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, 17. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.308

A. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun ilk halinde Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu yer almamakla birlikte 09.07.1953 gün ve 6123 sayılı kanunla 416. maddeye son fıkra olarak eklenmişti. Mağdur çocuğun, 15 yaşını bitirmiş ve reşit olmaması gerekmele birlikte evlenmekle reşit olan çocuğa karşı suçun işlenemeyeceği belirtilmekteydi.⁹ Bu durumda on beş yaşından büyük çocuğa, evlenmesi halinde cinsel özgürlüğü tam manasıyla sağlanmıştı.

On beş yaşını doldurmuş bir çocuk ile cinsel ilişkiye girilmesine ilişkin fiiller, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” başlığını taşıyan 8. Babının, 414 ve 428. maddelerini kapsayan, “cebren ırza geçen, küçükleri baştan çıkararak ve iffete taarruz edenler” birinci faslının, 416. maddesinin son fıkrasında düzenlenmişti.¹⁰ Suçun takibi şikâyetle bağlı değildi. Korunan hukuki yarar olarak maddenin bulunduğu yer de göz önüne alındığında “genel ahlâkı ve aile nizamını” kurumuydu.¹¹

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu 765 Sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nun 416. maddesindeki son fıkraya göre; “*Reşit olmayan bir kimse ile rızası ile cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde, altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” şeklinde reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu ırza geçme suçunun bir hali olarak düzenlenmişti.¹²

Bu haliyle düzenlenen suçta mağdur on beş yaşından büyük kız veya erkek çocuğu olabilirken, failin erkek olma zorunluluğu vardı.¹³ 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nda cinsel ilişkiye girenlerin ikisinin de on beş yaşından büyük olan çocuk olması durumunda

9 HAFIZOĞULLARI Z., ÖZEN M., “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar”, 2015, Usa Yayıncılık, Ankara, s.155 / MALKOÇ, İ., GÜLER, M., (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 1999, Adil Yayınevi, 3, Ankara., s.3226

10 MALKOÇ, İ., GÜLER, M., (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 1999, Adil Yayınevi, 3, Ankara., s.3226

11 DÖNMEZER S., Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Sulhi Garan Matbaası, 4. Bası, İstanbul, 1975, s.33 / DURSUN S., Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, Ceza Hukuku Dergisi, S. 24, 2014, s. 58. / TANNER F.G., Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2017, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara s.72 / AYDIN M., Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2014, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, İzmir, s.18

12 YENİSEY F., İÇEL K., Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, 19892. Bası, Beta Basım Yayım, Ankara, s. 945

13 ÖZGENÇ, İ., Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 2005, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.389

mağdurun bayan olduğu kabul ediliyordu.¹⁴ Bu her ne kadar eşitlik ilkesine aykırı olsa da uygulama açısından 5237 sayılı kanunda karşılaşılan karışıklıklara neden olmuyordu.¹⁵ Suçun takibi şikâyeteye bağlı olmayıp resen yapılmaktaydı.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunda oluşabilmesi için cinsel ilişkinin vajinal veya anal yoldan gerçekleşmesi şarttı. Bunların dışındaki bölgeler veya organlar vasıtasıyla gerçekleşen cinsel davranışlar tas addi oluştursa da ırza geçme sayılmıyordu. Kişi on sekiz yaşından önce evlenerek reşit olmuşsa evlilik sona erse dahi artık bu suçun mağduru olamıyordu. Aynı şekilde Türk Medeni Kanunu 12. maddesi ile on sekiz yaşından önce mahkeme kararı ile ergin kılınanlarda bu suçun mağduru olamıyorlardı. Bununla beraber dini nikâh veya fiili evlilikler içerisinde gerçekleşen cinsel ilişkilerde 765 sayılı Türk Ceza Kanunun 416. maddesinin son fıkrası uygulanabiliyordu.¹⁶

25.04.1956 tarih ve 1956/5 Esas ve 1956/2 Karar Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında; on beş yaşından büyük ama reşit olmamış bir bayanla evlenme vaadiyle rızaya dayalı cinsel ilişkide bulunarak mağdurun kızlığını kaybetmesine neden olan failin fiilinin, 765 Sayılı Türk Ceza Kanun'un 423. maddesindeki “evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu” oluşturmayaacağı, 416 maddenin son fıkrasındaki reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı şeklinde karar verilmiştir. Kızlığın kaybedilmiş olması hali ise 418. maddenin son fıkrası bakımından “mayubiyet” (ayıplılık) sayılarak, faile verilecek cezanın ağırlaştırılacağına hükmedilmişti. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanun'da mülga kanundan farklı olarak “Evlenme Vaadiyle Kızlık Bozma” suçu bağımsız bir suç olarak yer almamakla birlikte, failin cezai sorumluluğunu arttıran kızlık bozma eylemi yeni kanunda yerini almamıştır.¹⁷

14 **ÖZBEK V.Ö.**, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı*, 2008, C. II, 3. B., Seçkin Yayınları, Ankara, s. 635

15 **MALKOÇ İ.**, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, 2009, Malkoç Yayınevi, Ankara, s.231

16 **MALKOÇ İ.**, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu*, 2002, 3. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara, s.173

17 **KANBUR M. N.**, 6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, s.4140 / **BAKICI S.** Evlenme Sözü Vererek Kızlık Bozma Suçu ve Unsurları, *ABD*, Yıl: 42, Sayı: 1985/1, s. 35

765 sayılı Türk Ceza Kanunun 434. maddesine “Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkumlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hükmün verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur. Müruru zaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse tatbikat yenilenir. Evvelce hüküm verilmişse ceza çektirilir. Bu madde hükümleri 414, 415 ve 416 (**reşit olmayanla cinsel ilişki**) maddeler hakkında da caridir.” göre sanık ile mağdurenin evlenmesi durumunda dava veya ceza tecil oluyordu. Bu evliliğin fiilen gerçekleşmesi şarttı. Zaman aşımı süresi içerisinde erkek tarafından haksız bir nedenle boşanmaya sebebiyet verilirse dava yenilenir veya önceden bir hüküm verilmiş ancak ertelenmiş ise ceza çektirilirdi.¹⁸

B. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun İlk Hali

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun ikinci kitabının kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının cinsel dokunulmazlığa karşı suçları düzenleyen altıncı bölümünde 104. maddesinde düzenlenmiş ve iki fıkradan oluşmaktaydı. 5237 sayılı TCK cinsel dokunulmazlığa karşı suçların, ‘Kişilere Karşı Suçlar’ bölümü içerisinde düzenlenmesi, cinsel suçlarda görülen bu bölüm değişikliği ile bireysel bir hak olarak cinsel özgürlüğün koruma altına alındığı anlaşılmaktadır.¹⁹ İlk fıkra suçun basit halini, ikinci fıkra ise suçun nitelikli hali ile ilgili düzenlemeleri içermekteydi. Buna göre Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Anayasa Mahkemesi iptal kararından önceki 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.

¹⁸ EREM F., Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, 1993, 2. Cilt, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.589 / TANER F.G., Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2017, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, s.255 / MALKOÇ İ., Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, Malkoç Yayınevi, Ankara, s.30

¹⁹ ÜZÜLMEZ İ., KOCA M., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2015, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, s.282 / TEZCAN D., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2017, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 354 / CENTEL N., 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi, TBBD, Y.2012, S. 99, s.271 / TANER F.G., Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2017, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, s.47 / ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., TCK İzmir Şerhi-Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, 2008, Seçkin, II. Cilt, Ankara, s. 612 / ARSLANTÜRK M., Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2017, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, s. 68 / YALÇIN SANCAR T., 2013, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 97-98 / YOKUŞ SEVÜK H., 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, CHKD, 3(2), 2015, s. 120 / KILIÇ A., Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), TBB Dergisi, Y. 2008, S.78, s. 168 / KURT G., “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçu”, Mehmet İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, C.1, İstanbul, 2008, s. 507

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

Bu düzenleme ile kanun koyucu, reşit olmayan çocukların karşılıklı rızaya dayalı olarak cinsel ilişkide bulunmaları fiilini, bir önceki ceza kanunundaki uygulamasından ayrılarak takibini şikâyete bağlayarak bu çocukların cebir, tehdit ve hile olmaksızın, yani isteyerek cinsel ilişkiye girmelerini, birbirlerini şikâyet etmedikleri sürece hukuk düzenimizde serbest bırakmıştır. Kanun, sadece reşit olan, daha doğru bir açıklama ile beş yaş şartından dolayı, mağdurun yaşına göre en az yirmi yaşında olan kimselerin cebir, tehdit ve hile olmaksızın, henüz reşit olmamış on beş yaşından büyük çocuk ile cinsel ilişkide bulunması fiilini nitelikli hal kabul ederek bu suçun resen takibini öngörmüştür.²⁰

C. Anayasa Mahkemesi İptal Kararı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 104 maddesinin ilk halinde “*Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır.*” nitelikli hal olarak ikinci fıkrada yer almaktaydı. Uygulamada mağduriyetlere yol açan ve herhangi bir bilimsel gerekçeye dayanmayan bir yaş farkı kabulü ile oluşturulan bu fıkranın iptali için, mahkemelerce somut norm denetimi amacıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi tarafından 25.02.2006 tarih ve 26091 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 23.11.2005 tarih, 2005/103 Esas 2005/89 Karar sayılı kararı ile bu düzenleme iptal edilmiştir.²¹

20 DOĞAN R., Anlamalı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2017/1. sayı, Ankara Barosu Dergisi, s.250

21 Kararın gerekçesi olarak “5237 Sayılı Yasa’nın 104. maddesi uyarınca, suç tarihinde onbeş yaşını bitirmiş çocukla rızayla cinsel ilişki kuran faille ilişki kurduğu çocuk arasında beş yaştan az fark varsa, yakınma olmadığı ya da hükmün kesinleşmesinden önce vazgeçildiği takdirde, ilgili hakkında kovuşturma yapılmayacak ya da dava düşürülerek ceza verilmeyecek, aynı yaştaki mağdurla ilişkiye giren fail arasındaki yaş farkı beşten fazla ise, şikâyet olup olmadığına bakılmaksızın fail hakkında kovuşturma açılarak suçun sübutu halinde temel ceza iki kat artırılabilecektir. Bu durumda, on beş yaşını bitirip on sekiz yaşını doldurmamış çocuğun, rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan az fark olması halinde eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna eriştiği kabul edilerek, suçun takibi şikâyete bağlı tutulmasına karşın, aynı yaştaki çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan fazla fark olması halinde, eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna erişmediği kabul edilerek, suçun takibi şikâyete bağlı tutulmamaktadır. 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 kuralları 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 kuralları konulamaz. Anayasa’nın 2. maddesinde Cumhuriyet’in nitelikleri arasında sayılan hukuk devletinin de öncelikle eşitlik ve adaleti esas alan bir yapılanmayı öngördüğü kuşkusuzdur. Hukuk devletinin bu temel niteliklerini yaşama geçirmekle yükümlü olan yasa koyucunun, Anayasa’nın ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı, suç ve suçluların özelliklerini de gözetenek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunlara verilecek cezanın türünü, miktarını, artırımı ve indirim nedenlerini, bunların oranları ile suçun

Anayasa Mahkemesi Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun 2. fıkrasını özellikle aynı eylemi gerçekleştiren faillerin yaşına göre yapılan sınıflandırmayı hukuki güvenlik, adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesi ile tam bir görüş birliğine ulaşmadan oy çokluğuyla iptal etti. Komisyon görüşmeleri sırasında üç yaş olarak uygulanması istenilen ancak kanunlaşma sürecinde revize edilerek beş yaşa çıkarılan bu hükmün benzerleri mukayeseli hukukta karşımıza çıkmaktadır.²² İsviçre Ceza Kanunu'nun 187. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre fail ile mağdur arasındaki yaş farkı üç seneyi geçmiyor ise fail gerçekleştirmiş olduğu fiilden dolayı cezalandırılmayacaktır. Mukayeseli hukukta bir başka benzer düzenleme ise İtalyan Ceza Kanunu'nda 609 quater maddesinde on üç yaşını doldurmuş olan çocukla diğer çocuk arasında yaş farkı üçü aşmıyorsa fail yine cezalandırılmayacaktır.²³ Kanun koyucu tarafından kanun maddesine koyulan beş yıllık yaş farkının hangi bilimsel gerekçelere göre belirlendiği belirsiz olsa da çocuğa karşı çocuktan beş yıl büyük olan failin geri döndürülemez şekilde cinsel istek duyması pedofilinin (çocuk sapkınlığı) bir türü olduğuna dair öğretide görüşler bulunmaktadır.²⁴

D. 6545 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik

Anayasa Mahkemesinin iptal kararının üzerinden yaklaşık on yıl geçtikten sonra reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile ilgili 18 Haziran 2014 tarih ve 6545 Sayılı Kanun'un 60. maddesi ile Türk Ceza Kanunu madde 104'te düzenlenmiş bulunan Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerden ilki, suçun

takibine ilişkin yöntemleri belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de bu yetki kullanılırken suç ile ceza arasındaki adil dengenin korunması ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi hususların da dikkate alınması zorunludur. Ceza hukukunda yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanması da kuşkusuz, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özellikleri gözardı edilerek her yönden aynı kurallara bağlı tutulmalarını gerektirmemektedir. Mağdurun veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanması sonucunu doğurabilir. Ancak, suçun takip şekli veya failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri, kuralla korunmak istenen hukuki yarar bakımından sonuca etkili değilse, bu durumda faillerin farklı durumda oldukları kabul edilerek aralarında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. İtiraz konusu kuralla faillerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failler arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikâyetle bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failler arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, Kural'ın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir." açıklaması yapılmıştır.

²² BEYAZIT Ö. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, TAAD, Nisan 2010, Sayı: 1, s. 295

²³ MEMİŞ KARTAL, P., Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, 2014, Der Yayınları, İstanbul, s.101

²⁴ ARTUK M. E., GÖKÇEN A., YENİDÜNYA A. C., Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler 3. Cilt, 2009, Turhan Kitapevi, Ankara, s.3414

temel şeklinin altı aydan iki yıla olan cezasını, iki yıldan beş yıla olacak şekilde arttırmıştır. Özellikle on beş on sekiz yaş aralığında olan mağdurun hayattaki tecrübesizliğinden yararlanarak kendisi ile duygusal ilişki kuran mağdura göre yaşça çok büyük ve bazı durumlarda evli olan şüphelilere verilen cezanın uygulanabilecek ceza miktarının artırılması yerinde bir uygulamadır.²⁵

İkinci olarak maddeye ikinci fıkra olarak eklenen “*Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” kısmi ile o zamana kadar kanunda düzenlenmediği için sıkça eleştirilen ensest ilişkilerin suç haline getirildiği bir düzenleme eklenmiştir.²⁶ Ensest ilişkiler açısından düzenlenen bu madde yine kısmi bir düzenleme içermektedir. Mağdur eğer on sekiz yaşından büyük ise aralarında evlenme yasağı bulunan fail ile girmiş olduğu cinsel ilişki suç olarak tanımlanmamıştır. On sekiz yaşından büyük olan kişiler hukuk ile örf ve adetin belirlediği sınırlar içinde cinsel ilişkiler bakımından kendi vücutları üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkına sahiptir.²⁷

Üçüncü olarak suçun evlat edinme ilişkisi, koruyucu aile ilişkisi, bakım ve gözetim yükümlülüğü ilişkisi çerçevesinde işlenmesi ayrıca bir fıkra olarak düzenlenmiştir. Bahse konu değişiklikler, ilgili kısımlarda değerlendirilecektir.

Anayasa mahkemesinin iptal kararından sonra 6545 sayılı yasa ile reşit olmayanla cinsel ilişki konusunda özellikle isabetli bir uygulama olarak ensest ilişkiler ile ilgili düzenleme yapılmış olsa da mukayeseli hukukta örnekleri bulunan çocuklar arasında gerçekleşen cinsel ilişki ile ilgili bir düzenleme yapılmamış olması bu durum ile ilgili sorunların hala devam etmesine neden olmuştur.²⁸

25 **POLAT H., POLAT A. A.**, *Ceza Hakiminin Başvuru Kitabı*, 2016, Adalet Yayınevi, Ankara, s.544

26 **ÇALIŞKAN S.**, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, 2013, Adalet Yayınevi, Ankara, s.221

27 **TOROSLU N.**, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 2005, Ankara, s. 56 / **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAŞIZ P., TEPE İ.** *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayınları, 2018, Ankara, s. 3171 / **YALÇIN SANCAR T.**, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, 2013, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 101

28 **MEMİŞ KARTAL, P.**, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı*, 2014, Der Yayınları, İstanbul, s.102

3. Mukayeseli Hukukta Durum

Cinsel suçlar Alman Ceza Kanunu'nda 13. bölüm olan "kişisel cinsel karar verme hakkına yönelik suçlar" başlığı altında 174. ve 184. maddeler arasında düzenlenmektedir. Almanya'da cinsel suçlar ile ilgili yasalar oldukça sade olup toplamda on maddeden oluşmaktadır. Cinsel davranışlar ancak diğer bireylerin cinsel özgürlükleri açısından bir engel teşkil ettiği anda suç sayılmaktadır.²⁹

Alman Ceza Kanunu'nda reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna birebir karşılık gelen bir suç tipi bulunmamaktadır. On dört yaşını doldurmamış küçüklere karşı yapılan temas içeren ya da içermeyen her türlü cinsel davranış yasaklanmıştır.³⁰ On dört ile on sekiz yaş arasındaki küçükler için mutlak bir koruma bulunmamaktadır. Yirmi bir yaşını tamamlamış fail on altı yaşından küçük mağdur ile cinsel ilişkiye girmesi durumunda cezalandırılır. On sekiz yaş altında bulunan fail ve mağdur arasında gerçekleşen cinsel ilişki ancak cinsel ilişkinin ivaz karşılığı kurulması durumunda cezalandırılır. Himaye altındaki çocukların rıza yaşı farklı olarak değerlendirilmiştir. Himaye görevi bulunan fail mağdur ile aynı aileden ise on sekiz yaş altının rızası kabul edilmezken, fail aile dışında ise On altı yaş altının rızası geçerli sayılmaz. Bu yaş sınırları altında bulunan mağdurlara rızaları dahilinde cinsel davranışlar gösteren failer cezalandırılır.³¹

İtalya Ceza Kanununda Türk Ceza Kanunu'ndaki gibi tam olarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık gelen bir düzenleme bulunmamaktadır. İtalya Ceza Hukuku'nda 609. maddesi ile cinsel suçlar "cinsel şiddet" kavramı altında toplanmıştır.³² On dört yaşından küçük çocuklara karşı rızası ile de olsa her türlü cinsel eylem cezalandırılmaktadır. Normal şartlarda rıza yaşının alt sınırı on dört olarak belirlenmiştir ancak failin mağdur üzerinde bir nüfusu bulunması durumunda rıza yaşı asgari on altı yaş olacaktır. Alman Ceza Kanunu'ndaki gibi aile içi ve dışı şeklinde bir ayrıma gidilmemiştir.

29 **TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2011, Seçkin Yayınları, Ankara, s.214

30 **DÖNMEZER S.**, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Sulhi Garan Matbaası, 4. Bası, 1975, İstanbul, s.13

31 **KANTARCI N.**, Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016, Adalet Yayınları, Ankara, s.73

32 **TANER F. G.**, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara, s. 27

Ayrıca mağdur on üç yaşını doldurması ile birlikte suçun faili ile arasında üç yaştan az bir yaş farkı olması ve cinsel ilişkinin rıza ile olması durumunda fail cezalandırılmayacaktır.³³

İngiliz Hukuku'nda genel uygulamadan farklı olarak cinsel suçlar, genel ceza kanunu içerisinde yer almaz. Bu suçlar 20 Kasım 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu'nda (Sexual Offences Act) düzenlenmiştir. 3 Bölüm, 142 maddeden oluşan kanun, cinsel suçlarla ilgili yeni hükümler getirerek özellikle çocukları cinsel suçlardan korumayı amaçlamıştır.³⁴ Çocukların cinsel istismarı suçunu içeren 1. bölümde, 25-29. maddeler arasında aile içinde gerçekleşen cinsel istismar suçu yer almaktadır. Mağdurun on üç yaşından küçük olması durumunda mağdura karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, mağdurun rızası olduğu hallerde dahi cezalandırılmaktadır. On üç yaşından küçük çocukların vajinasına, anüsüne ya da ağzına cinsel organ veya sair cisim sokulması durumunda faile müebbet hapis cezası verilmektedir. Mağdurun on altı yaşından küçük on üç yaşını doldurmuş olduğu durumlarda cinsel davranışlar yine yaptırım altına alınmakla beraber on üç yaşını doldurmamış mağdurlara karşı gerçekleştirilen cinsel suçlara nazaran daha az cezalar verilmektedir. Failin on sekiz yaşından küçük olması durumunda alacağı ceza da yine indirim yapılması öngörülmüştür. On altı yaşından büyük çocukların rıza ile girdikleri cinsel ilişkiler aile içi veya nüfuz ilişkisi unsuru bulunmadığı durumlarda cezalandırılmaz. Bu durumda on üç yaşından küçük mağdurlara karşı gerçekleştirilenler cinsel eylemler daha ağır ceza sonucunu doğurmakla birlikte on altı yaşından küçük çocukların rızası hukuken cinsel suçlar açısından geçerli kabul edilmemiştir. Failin mağdur ile aynı aileden olması ya da üzerinde nüfuz sahibi olması durumunda rıza yaşı on sekiz olarak kabul edilmiştir.³⁵

Fransa Ceza Kanununda Türk Ceza Kanunu'ndaki gibi tam olarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna karşılık gelen bir düzenleme bulunmamaktadır. Fransız Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar iki kısımda işlenmiştir. Cinsel suçlar Fransız Ceza Kanunu'nun "kişilere karşı işlenen cürüm ve cünhaları" isimli 2. kitabının 2. kısmı olan "vücut bütünlüğüne karşı" işlenen suçları içerisinde bulunmaktadır. Cinsel suçlarda iki kısımda

33 **TANER F. G.**, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara, s. 41

34 **TANER F. G.**, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara, s. 33

35 **MEMİŞ KARTAL P.**, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı*, 2014, Der Yayınları, İstanbul, s.108

incelenerek birinci kısımda (Fransız Ceza Kanunu 222-22 ile 222-31 maddeleri arası) rıza olmadan cebir, tehdit veya hile unsurları içeren cinsel eylemler “Cinsel Saldırıları” başlığı altında işlenmiştir.³⁶ Eylemlerin çocuklara karşı işlenmesi durumunda nitelikli hal olarak kabul edilmiştir. İkinci kısım olan “Küçüklere ve Aileye Karşı Suçlar” (Fransız Ceza Kanunu 227-25 ile 227-27 maddeleri arası) kısmında on beş yaşını doldurmamış çocuklara cebir, hile ve tehdit olmaksızın gerçekleştirilen cinsel davranışlar cezalandırılır. Cebir, tehdit ve hile olmaksızın on beş yaşını doldurmuş çocuk ve aralarında üst soy veya çocuk üzerinde nüfuz sahibi olan kişi arasında gerçekleşen cinsel davranışlar Fransız Ceza Kanunu’nun 227.27 maddesi gereğince cezalandırılır. Fransız Ceza Kanunu cinsel davranışların hukuka uygun rızanın geçerli olabilmesi açısından asgari mağdurun on beş yaşını doldurmuş olması şartı vardır. Ancak failin mağdurunu üstsoyu veya mağdur üzerinde nüfuz sahibi olması durumunda rıza yaşı yükselir.³⁷

II. Benzer Suçlarla Mukayese, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Açıklanması Gereken Terimler

1. Benzer Suçlarla Mukayese

Cinsel davranış cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan ancak mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal eden, mağdurun vücuduna temas olması gereken, cinsel arzuların tatminine yönelik, failin ulaşmak istediği sonuca uygun ve objektif olarak şehvi hareketler içeren davranışlardır.³⁸ Bu hareketler rızası dışında yetişkine yönelik yapıldığında Türk Ceza Kanunu 102. maddesinde ki cinsel saldırı, rızası dışında fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş on beş on sekiz yaş aralığında ki çocuğa karşı yapıldığında Türk Ceza Kanunu 103. maddesinde ki cinsel istismar suçunu oluşturur. On beş yaş altında ki çocukların cinsel davranışlara rıza gösterme ehliyetleri olmadığından onlara karşı yapılan her türlü cinsel davranış Türk Ceza Kanunu 103. maddesinde ki cinsel istismar suçunu oluşturur.³⁹ Mağdurla temas içermeyen cinsel davranışlar çocuk veya yetişkine yapılmış

36 **TANER F. G.**, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara, s. 27

37 **MEMİŞ KARTAL P.**, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı*, 2014, Der Yayınları, İstanbul, s. 94

38 **TANER F. G.**, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, *Seçkin Yayıncılık*, 2017, Ankara, s.103 / **DÖNMEZER S.**, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, Sulhi Garan Matbaası, 4. Bası, İstanbul, 1975, s.33

39 **TANER F. G.**, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, *Seçkin Yayıncılık*, 2017, Ankara, s.270 / **PARLAR, A., HATİPOĞLU M.**, *Çocukların Cinsel İstismarı 2. Cilt*, 2010, Seçkin Yayınları, Ankara, s.166 / **MEMİŞ KARTAL P.**, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı*, 2014, Der Yayınları, İstanbul, s. 94

olsa da Türk Ceza Kanunu 105. maddesinde ki cinsel taciz suçunu oluşturmaktadır.⁴⁰ Bu genel açıklamalar ışığında Türk Ceza Kanunu'nda bulunan cinsel suçlar hakkında kısaca bilgiler vererek Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu ile farkları anlatılacaktır.

A. Cinsel Saldırı Suçu ile Mukayese (m. 102)

Cinsel saldırı suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 102. maddesinde düzenlenmekle birlikte 6545 sayılı yasanın 58. maddesi ile önemli değişikliklere uğramıştır.⁴¹ Failin mağdurun cinsel duyguları tatmin amacıyla rızası dışında kullanılması ile bu suç oluşmaktadır. Failin ve mağdurun suçun oluşumu açısından cinsiyetinin bir önemi yoktur.⁴² Cinsel tatmin amacıyla gerçekleştirilen cinsel davranışların, vücuda organ veya sair bir cisim sokulmaksızın gerçekleştirilmesi halinde maddenin 1. fıkrasındaki suçun basit şekli olan “basit cinsel saldırı” suçuna vücut verir. Buna karşılık eylemin vücuda organ veya sair cisim sokarak gerçekleşmesi durumunda maddenin 2. fıkrasındaki “nitelikli cinsel saldırı” suçu söz konusu olacaktır. Bu durumda suçun basit halinden ayrılarak gerçekleştirilen eylemin cinsel tatmin amaçlı olması şart değildir.⁴³ Türk Medeni Kanunu kapsamında kurulmuş olan evlilikler içerisinde, eşin bu nitelikli hali içeren suç işlemesi

40 **PARLAR, A., HATİPOĞLU M.**, *Çocukların Cinsel İstismarı 2. Cilt, 2010, Seçkin Yayınları, Ankara, s.167*

41 Madde 102- (Değişik: 18/6/2014-6545/58 md)

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

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

(3) Suçun;

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

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

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

d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

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

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

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

42 **TOROSLU N.**, *Ceza Hukuku Özel Kısım, 2018, Ankara, Savaş Yayınevi, s.57/*

43 TCK 102/2. maddesinin gerekçesi “Maddenin ikinci fıkrasında, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hâli olarak tanımlanmıştır. Suçun bu nitelikli hâli için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Bu bakımdan, söz konusu suçun temel şeklinin aksine, bu fıkra tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.”

durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır.⁴⁴ Bu suçun daha ağır cezayı gerektiren organ veya sair cisim sokulması dışındaki nitelikli halleri 3. fıkra da belirtilmiştir. 3. fıkra da sayılan nitelikli haller genellikle suçun işlenmesini kolaylaştıran hallerin varlığından bahsetmektedir.⁴⁵ Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri de maddenin 4. ve 5. fıkrasında düzenlenmiştir.⁴⁶ Cinsel saldırı sonrası gerçekleşen mağdurun yaralanmasının, kasten yaralama suçunun ağır neticelerinden biri olması durumunda ayrıca fail hakkında kasten yaralama ile ilgili hükümler uygulanır. Cinsel saldırı sonucu failin bitkisel hayata girmesi ya da ölmesi durumunda faile verilecek ceza, Türk Ceza Kanunu'nda ki en ağır ceza olan ağırlaştırılmış müebbet hapis olacağı hükme bağlanmıştır. Ancak yaralanma veya ölüm olayının, mağdura karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı kapsamında uygulanan cebir sonucu gerçekleşmesi ve failin bu sonucu istememiş olması gerekmektedir.⁴⁷ Mağdura gerçekleştirilen cinsel saldırı sonrasında suçun ortaya çıkmaması amacıyla mağdurun öldürülmesi durumunda fail cinsel saldırı ve kasten adam öldürme suçlarından ayrı ayrı cezalandırılacaktır.⁴⁸ Failin mağduru öldükten sonra cinsel eylemlerine gerçekleştirmesi durumunda Türk Ceza Kanunu 130. Maddesinin 2. fıkrasındaki kişinin hatırasına hakaret suçu oluşacaktır.⁴⁹

Cinsel saldırı suçunun faili, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda olduğu gibi herkes olabilir. Dolayısıyla failin kadın, erkek ya da çocuk olmasının bir önemi yoktur.⁵⁰ Cinsel saldırı suçunu reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan ayıran temel özellik, bu suçun on sekiz yaşından büyüklere karşı işlenebilmesidir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru on beş yaşından büyük ayırtım gücüne sahip çocuk olabilir. Fail, mağdur çocuğun

44 ÜNVER Y., *Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum*, 2001, Adalet Yüksek Okulu 20. Yıl Armağanı içinde, İstanbul, s. 293-350 / TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK R. M., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2017, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.223

45 YOKUŞ SEVÜK H., "Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl:2 Sayı 5, 2005, Ankara, s.265

46 NUHOGLU, A., *Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısı'nda Cinsel Suçlar*, 2004, Seçkin Yayınevi, İstanbul, s.279

47 ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAĞIZ P., TEPE İ., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2017, Seçkin Yayınları, Ankara, s.334 / TANER F. G., "Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar", *Seçkin Yayıncılık*, 2017, Ankara, s.214/ ARSLANTÜRK M., *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, 2017, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, s. 146

48 SOYASLAN D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2014, Yetkin Yayınları, Ankara, s.180 / ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. E., ÇAKIR K., *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler* 12. Baskı, 2018 Adalet Kitabevi, Ankara, s.166 / TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2010, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.229 / DÖNMEZER S. *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, 1975, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, s.98

49 TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2010, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.229 / MALKOÇ İ., *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, 2009, Malkoç Yayınevi, Ankara, s.98

50 SOYASLAN D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2014, Yetkin Yayınları, Ankara, s.236 / ÖZBEK V. Ö., KANBUR, M. N., TCK İzmir Şerhi- Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, 2008, Seçkin, II. Cilt, Ankara, s. 612. / ARTUK M. E., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 2011, 11. Baskı, Ankara, s.171

rızası hilafına cinsel davranışlar sergilerse, failin eylemleri 103. madde de belirtilen Cinsel İstismar suçuna vücut verir.

Cinsel saldırı suçu açısından rıza suçu ortadan kaldıran bir unsur olmakla beraber reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun en önemli özelliği ise rızanın bulunması şartıdır. Ayrıca bu rıza elde edilirken “cebir, tehdit ve hile”ye başvurulmamış olmalıdır. Cinsel saldırı suçunda cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden durum yok yani rıza varsa suç yoktur.⁵¹

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun maddi unsurunu “cinsel ilişkide bulunma” oluşturmaktadır. Cinsel saldırı suçunun maddi unsurunu ise cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesidir. Failin gerçekleştirdiği cinsel davranışların objektif olarak şehvi bir amaçla gerçekleştirilmiş olması suçun oluşumu için yeterlidir. Sonucun yani cinsel tatminin gerçekleşmiş olması şartı yoktur.⁵² Failin mağdura bedeni olarak temas içeren her türlü cinsel davranışı cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır. Cinsel davranışların bedensel temas içermemesi halinde cinsel taciz suçunu oluşturacaktır. Cinsel davranışların ani, süreksiz ve kesintili olması durumunda suç sarkıntılık düzeyinde kaldığı kabul edilerek temel cezaya göre daha az ceza verilmesi, kanun metninde yer almaktadır.⁵³ Bu şekilde 765 sayılı mülga kanunun 421. maddesinde ayrı olarak düzenlenen Cinsel Sarkıntılık suçuna yeni kanunda ayrı bir maddede yer verilmeyerek temas içeren her türlü cinsel davranış cinsel saldırı olarak değerlendirilmiştir.⁵⁴

Cinsel Saldırı Suçunun nitelikli hali olan 2. fıkrasında failinin mağdura cinsel organ veya sair bir cisim sokulması durumunda suçun oluşabileceği hüküm altına alınmışken Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda sadece vajinal veya anal yoldan cinsel organın sokulması suçun oluşması için şart koyulmuş olup sair cisim sokulması durumunda suçun oluşmayacağı sonucunu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca Cinsel Saldırı suçunun madde

51 **TANER F. G.**, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, Seçkin Yayıncılık, 2017, Ankara, s.282

52 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. E., ÇAKIR K.**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler 17. Cilt, 2018 Adalet Kitapevi, Ankara, s.2515

53 **BOSTANCI BOZBAYIDIR G.**, Çocukların Cinsel İstismarı, Özel Ceza Hukuku, c.2, Kişilere Karşı Suçlar 1, 2017, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul s.521.

54 **TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M.**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2010, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.338

gerekçesinde anlatıldığı üzere, cinsel organ veya sair cismin anal, oral ve vajinal yoldan sokulması gerekmektedir.⁵⁵ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oral yoldan gerçekleşen cinsel ilişkileri suç olarak değerlendirilmemiştir.

B. Cinsel İstismar Suçu ile Mukayese (m. 103)

Çocuğun Cinsel İstismarı suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 103. maddesinde düzenlenmekle birlikte 6545 sayılı yasanın 58. maddesi ve 6763 sayılı yasanın 13. maddesi ile önemli değişikliklere uğramıştır.⁵⁶ Cinsel istismar, çocukların cinsel duyguların tatmini

55 TEZCAN D., ERDEM M.R., ÖNOK M., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2012, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.310 / ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M.A., ÇAKIR K., *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, 17. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.306/ TANER F. G., “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, Seçkin Yayıncılık, 2017, Ankara, s.152

56 Madde 103-(Değişik: 18/6/2014-6545/59 md.)

(1) (Yeniden düzenlenen birinci ve ikinci cümle: 24/11/2016-6763/13 md.) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/13 md.) Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;⁽¹⁾

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

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

(2) (Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/13 md.) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.

(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

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

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

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

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

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

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

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

için kullanılmasıdır.⁵⁷ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 103. madde metninde cinsel istismarı mağdurun yaşını baz alarak yapmış olduğu gruplandırmada şu şekilde yapmıştır:

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

Türk Ceza Kanunu'nda bulunan “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki” ve “Cinsel İstismar Suçu” beraber değerlendirildiğinde on beş on sekiz yaş aralığındaki mağdur ile fail arasında mağdurun rızası dâhilinde gerçekleşen ve cinsel ilişki boyutuna varmayan eylemler bir suç olarak değerlendirilmemiştir. Cinsel İstismar suçunun faili Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçunda olduğu gibi herkes olabilir. Dolayısıyla failin kadın, erkek ya da çocuk olmasının bir önemi yoktur.⁵⁸ On beş yaşından küçük iki çocuk arasında gerçekleşen cinsel davranışlar sonucunda kimin fail, kimin mağdur olarak değerlendirileceği doktrinde tartışmalara sebep olmaktadır.⁵⁹ Sırf cinsiyete göre fail olarak erkekleri değerlendirmek Anayasa'da ki eşitlik ilkesine aykırı olsa da uygulamada erkek taraf fail olarak kabul edilip soruşturma ve kovuşturma işlemleri yapılmaktadır.

On beş yaşından küçük çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü temas içeren cinsel davranış cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.⁶⁰ Cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için failin mağdurun vücuduna şehevi hislerle temas etmesi yeterlidir.⁶¹ On beş on sekiz yaş aralığında bulunan mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama

57 **POLAT O.**, *Tüm Boyutları ile Çocuk İstismarı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.93 / **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. E., ÇAKIR K.**, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler 12. Baskı*, 2018 Adalet Kitabevi, Ankara, s.166

58 **TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M.** *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2010, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.342 / **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAĞSIZ P., TEPE İ.**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara, s.310 / **ÜZÜLMEZ İ., KOCA M.**, 2015, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, s.310

59 **AKÇAN R., ÇEKİN N.**, *Cinsel Suçlu (!) Olarak Çocuk*, *Adli Tıp Dergisi*, 25(1), 2011, s.50

60 **Yargıtay 14.CD. 08/05/2013 tarih 2013/509 E., 2013/5632 K. sayılı kararı ile**; “sanığın mağdureye cinsel organını gösterdikten sonra kolundan tutarak çekmesi şeklindeki bedensel temas içeren eylemlerinin bir bütün olarak TCK’nın 103/1-a maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu anlaşıldığı hâlde mahkûmiyeti yerine isabetsiz gerekçe ile beraatine karar verilmesi...”

61 **ÜNVER Y.**, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi”, 2014, Ankara, s.47 / **AYDIN M.**, “Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, *Seçkin Yayınları*, 2. Baskı, 2014, İzmir, s.94

yeteneği gelişmediğinin tespit edilmesi⁶² ve mağdurun bu durumunun hekim olmayanlarca anlaşılabilirliğinin tespit edilmesi durumunda bu mağdurlara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar da cinsel istismar suçunu oluşturur.⁶³ Fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği yeterince gelişmiş olan mağdurlara karşı cinsel ilişki boyutuna varan cinsel davranışlar suçun konusu olduğunda suçun vasıflandırılmasında kullanılan temel kıstas mağdurun rızasıdır. Rıza var ve bu rıza cebir, tehdit ve hile gibi iradeyi fesada uğratan bir durum ile elde edilmemişse suç takibi şikâyeteye bağlı olmak üzere reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturur.⁶⁴ Cinsel ilişki boyutuna varmamış olsa da iradeyi fesada uğratan

62 **Yargıtay 14.CD. 24/09/2019 tarih, 2019/1920 E., 2019/11022 K. sayılı kararı ile;** “on altı yaş içerisinde bulunan mağdurenin, 20.10.2008 tarihinde sanıkla buluşarak birlikte gittikleri İzmir ve İstanbul’da bir süre kaldıktan sonra Bursa’da ev tutup beraber yaşamaya başladıkları, sanıkla mağdurenin birlikte kaldıkları süreçte tehdit, cebir, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olmaksızın çok sayıda cinsel ilişkiye girdikleri ve başlatılan soruşturma neticesinde 03.12.2008 günü birlikte yaşadıkları evde yakalandıkları olayda, sanığın aşamalarındaki mağdurenin zeka geriliği bulunduğunu bilmediğine dair savunması, mağdure beyanları, hakkında tanzim edilen rapor ve görüş içeriklerinden mağduredeki zeka geriliğinin tıp ve psikoloji eğitimi almış kişiler ile yargılama aşamasında mahkeme heyeti tarafından dahi uzun süre anlaşılammış olması, bozma öncesi ve sonrasında dinlenen ve mağdurenin okuduğu liseden samimi arkadaşlarını da kapsayan tanık beyanlarında, mağdurede zeka geriliği bulunduğuna ve bu durumun sanık tarafından bilindiğine dair anlatımda bulunulmaması karşısında, katılanın mağdurdaki akıl zayıflığını sanığa söylediğine dair anlatımına tek başına itibar edilemeyeceği bu nedenle sanığın, mağduredeki zeka geriliğini bildiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmayıp, mevcut haliyle 5237 sayılı TCK’nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümleri nazara alınarak eylemlerin aynı Kanunun 104 ve 234/3. maddelerinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarını oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde mahkumiyet hükümleri kurulması...”

Konya B.A.M. 7. C.D. 30/09/2019 tarih, 2019/1309 E., 2019/1298 K. sayılı kararı ile; mağdur hakkında Adli Tıp 6. İhtisas Kurulunca düzenlenen “zeka geriliği ve olay tarihindeki yaşı birlikte değerlendirildiğinde mağduru bulunduğu olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına ve fiile ruhsal yönden mukavemetine mani olacak mahiyet ve derecede bulunduğu, bu duruma göre Melisa mağdurun 17/07/2017 tarihinde mağduru bulunduğu olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacağı, fiile ruhsal yönden muktedir olamayacağı, kendisinde mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılammayacağı, beyanlarına itibar edilebileceği” raporuna istinaden sanık hakkında TCK 104 maddesindeki reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan ilk derece mahkemesinin kararı onanmıştır.

63 **TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M.** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2010, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.406 / **TANER F. G.,** “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, Seçkin Yayıncılık, 2017, Ankara, s.270 / **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N.,** TCK İzmir Şerhi- Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, 2008, Seçkin, II. Cilt, Ankara, s. 628

64 **Yargıtay 14. C.D. 01.07.2019 tarih, 2019/2139 E. 2019/10483 K. sayılı kararı ile;** “Olayın intikal şekli ve zamanı, savunma ve tanık beyanları nazara alındığında, sanığa ait işyerinde çalışan on yedi yaşındaki mağdurenin, nitelikli cinsel istismara maruz kaldığını iddia ettiği ilk olaydan sonrada çalışmaya ve sanıkla görüşmeye devam ettiğinin beyanları ile tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, yaşanan cinsel ilişkilerin zorla gerçekleştiğine dair mahkumiyete yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilip, mevcut haliyle eylemlerin 5237 sayılı TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturması nedeniyle sanığın bu suçtan mahkumiyeti yerine, delillerin değerlendirmesinde yanılığa düşülerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi”

Yargıtay 14. C.D. 24.09.2019 tarih, 2015/8762 E. 2019/11024 K. sayılı kararı ile ilk derece mahkemesinin “her ne kadar sanık hakkında, 23.06.1993 doğumlu olup olay tarini olan 19.01.2010 tarihi itibarıyla on beş yaşından büyük on sekiz yaşından küçük olan mağdureye karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle organ sokmak suretiyle cinsel istismarda bulunduğu bahisle 5237 sayılı TCK’nın 103/1-b, 103/2 maddeleri gereğince cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış ise de; dosya kapsamındaki bilgi belgeler, tanık anlatımları, sanık savunması ve müşteki beyanına göre olayın meydana geldiği yerde sanık ve müştekiden başka birçok kişinin olduğu, müştekinin isteseydi rahatça yardım talebinde bulunabileceği, yine odasını içeriden kilitleme imkanının olduğu, söz konusu yere çalışmak amacıyla ve kendi rızasıyla geldiği, mağdurenin aşamalarda ve en son olarak yargılama aşamasında 30.04.2009 tarihinde sanığın cinsel ilişki teklifinde bulunması üzerine kabul ettiğini, sanıkla cinsel ilişkide bulunduğunu, sanığın kendisine yönelik herhangi bir cebir veya tehdit eyleminin olmadığını beyan etmesi, sanığın cinsel ilişkide bulunmak amacıyla teklifini kabul etmeyen müştekiyi ikna etmek amacıyla kendisine zarar vermesi sebebiyle ikna olduğuna dair beyanını doğrulayacak başkaca herhangi bir delile ulaşamadığı, olaydan sonra sanık olmadığı halde bina dışına çıktığı kahvaltı yaptığı, buna rağmen olaydan kimseye bahsetmediği ve yardım talebinde bulunmadığı, müştekinin yaşı sebebiyle çalıştırılmasına imkan olmaması sebebiyle sanık ve tanığın olaydan polisleri haberdar ettikleri, mağdur ile ilgili olarak Adli Tıp Kurumu 6. Adli Tıp İhtisas Kurulundan alınan 28.12.2012 tarih ve 2012/52665/3120 sayılı rapora göre mağdurenin mağduru bulunduğu olaya ruhsal yönden mukavemete muktedir olduğunun, maruz kaldığı olay sebebiyle ruh sağlığının bozulmadığının belirtilmesi, sanık savunmaları, bilirkişi raporları, uzman raporları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde mağdurenin sanık ile kendi isteğiyle, herhangi bir tehdit, cebir, hile yada iradeyi etkileyen neden olmaksızın cinsel ilişkiye girdiği, tespit edilen bu olay tarihi itibarıyla 15 yaşını doldurması sebebiyle rıza ehliyetinin bulunduğu, suç tarihi itibarıyla 15 yaşından büyük olup rıza ehliyeti bulunan mağdurenin rızası doğrultusunda gerçekleşen cinsel ilişki eyleminin TCK’nın 103/2 maddesine değil TCK’nın 104/1 madde ve fıkrasında düzenlenen 15 yaşından büyük 18 yaşından küçük mağdurenin rızası

bir unsurun bulunması durumunda temas içeren cinsel davranış cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.⁶⁵

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yasalaştığında cinsel istismar suçunu hükme bağlayan 103. maddesinde on beş yaşından küçük mağdurlara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar ile ilgili yaş açısından herhangi bir sınıflandırma yapılmamıştı. 18.06.2014 tarih 6545 sayılı yasanın 58. maddesi ile “*mağdurun on iki yaşının tamamlamamış olması halinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz*” cümlesi eklenerek on iki yaş altında olan mağdurlara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlara verilecek alt ceza sınırları yükseltilmişti. Anayasa Mahkemesi 13.07.2016 tarihli Resmî Gazete ’de yayımlanan 2015/108 Esas ve 2016/44 Esas sayılı kararı ile Türk Ceza Kanunu 103. maddesi birinci fıkrasında bulunan on beş yaşından küçük mağdurlara karşı işlenen cinsel istismar suçlarında mağdurun yaşını esas alan kademeli ceza artırma maddesini ölçülülük ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etmiştir. Kanaatimize göre Anayasa Mahkemesi bu kararı ile yanlış bir karar vermiş, kanun

ile gerçekleşen, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna vücut vereceği, bu madde ve fıkra gereğince de bu suçun şikayete bağlı suçlardan olduğu, şikayet hakkının şahsa sınırlıya bağlı haklardan bulunduğu, mağdurenin vekili ve sosyal hizmetler uzmanı huzurunda 19.01.2010 tarihinde Çocuk Şube Müdürlüğünde, 13.01.2010 tarihinde Cumhuriyet Savcılığında alınan beyanlarında sanıktan şikayetçi olmadığını beyan ettiği, bu şekilde sanığın eylemine uyan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikayet şartının gerçekleşmediği anlaşıldığından, sanık hakkında eylemine uyan Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçundan 5237 sayılı TCK’nın 73/4. ve 5271 sayılı CMK’nın 223/8 maddeleri gereğince şikayet yokluğu nedeniyle düşme kararı verilen” kararını onamıştır.

65 **AYDIN M.** “Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2014, İzmir.s.94 **TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M.** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2010, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.408 / **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAĞSIZ P., TEPE İ.**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara, s.347

Yargıtay 14. C.D. 24.06.2019 tarih, 2018/8368 E. 2019/10272 K. sayılı kararı ile; “Dosya kapsamına göre, Afyonkarahisar 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 06.03.2013 tarihli kararı ile sanık A. ile diğer sanık B’nin mağdure Ç.’ye yönelik kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve sanık B’nin ise beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçlarından ayrı ayrı beraatlerine, sanık A.’nın ayrıca reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkûmiyetine dair kurulan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, sanıklar haklarında atılı suçlardan verilen beraat kararlarının temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 08.01.2018 gün ve 2015/26 Esas, 2018/52 Karar sayılı bozma ilamında yer alan, "... Olay günü sanıkların, daha önceden tanıştıkları 15 yıl 4 aylık mağdureyi hırsızla, kamyonete aldıktan sonra fuar alanına götürdükleri, burada sanık B. ile mağdurenin kamyonetin branda ile kaplı arka bölümüne geçmesinin ardından B.’nin, mağdureyi bırakarak araçtan indiği ve hemen akabinde hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen diğer sanık A.’nin mağdurenin yanına gelerek rızası hilafına livata yoluyla ilişkiye girdiği, bu sırada B.’nin ise kamyoneti kullanmakta olduğu, A.’ın eylemi sonlandıktan sonra B.’nin de aracı durdurarak üzerini toparlamaya çalışan ve ağırlamakta olan mağdurenin yanına gelip kamyonetin arka bölümünden inerek hep birlikte yeniden ön kısma geçip bir müddet yola devam ettikten sonra mağdureyi indirdikleri anlaşıldığından, B.’nin çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve hırsızla çocuğu cinsel amaçla hürriyetinden yoksun kılma suçlarından sanık Ayhan’ın ise hırsızla ve cinsel amaçla çocuğu hürriyetinden yoksun kılma suçundan mahkûmiyetleri ve A. hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kesinleşen kararlar ilgili olarak kanun yararına bozma yoluna gidilmesi gerekirken, dosya kapsamına uygun düşmeyen yazılı gerekçelerle beraat kararları verilmesi, 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 gereğince bozulmasına," şeklindeki açıklamalar nazara alındığında, sanık A.’nın eyleminin çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarını oluşturduğu gözetilmeden, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin karara yapılan itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 02.10.2018 tarihli, 94660652-105-03-9689-2018-Kyb sayılı yazılı istemlerine müsteniden ihbar ve mevcut evrakla birlikte tevdi kılınmakla gereği düşünüldü: Kanun yararına bozmaya atfen düzenlenen ihbarnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden, Afyonkarahisar 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 10.04.2013 günlü, 2013/291 Değişik iş sayılı kararının, 5271 sayılı CMK’nın 309. maddesi uyarınca bozulmasına..."

koyucunun takdir yetkisine müdahale etmiştir. Ayrıca beş yaşındaki mağdura karşı gerçekleştirilen cinsel istismar suçu ile on dört yaşındaki mağdura karşı gerçekleştirilen cinsel istismar suçuna aynı cezayı öngörmek vicdani olarak ta uygun değildir.⁶⁶ Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra kanun koyucu mağdurun yaşına göre kademeli ceza arttırma yönteminden vazgeçmeyerek Anayasa Mahkemesinin iptal kararından yaklaşık dört ay sonra 24.11.2016 tarihinde 6763 sayılı yasanın 13. maddesi iptal edilen aynı cümleyi madde metnine eklemiştir. Bu şekilde on iki yaşından küçük çocuklar cinsel suçlara karşı daha fazla koruma altına alınmıştır.

6545 sayılı Kanunu'nun 59. maddesi ile cinsel istismar suçuna, suçun sarkıntılık düzeyinde kalması ve failin de çocuk olması durumunda, suçun takibinin şikâyeteye bağlı olduğu, kanun maddesine eklenmiştir.⁶⁷

Anayasa Mahkemesi 11.12.2015 tarihli Resmi Gazete 'de yayımlanan 2015/26 Esas ve 2015/100 Esas sayılı kararı ile Türk Ceza Kanunu 103. maddesindeki 2. fıkrada bulunan vücuda organ veya sair bir cisim sokulması durumunda uygulanan nitelikli hali, suça uygulanan cezanın ölçüsüz bir yaptırım olduğu ve mahkemeye ceza tayin ederken takdir marjı bırakmadığı gerekçesiyle uygulaması bir yıl sonra başlamak üzere iptal etmiş⁶⁸ olsa da kanun koyucu ceza konusunda uygulamasına devam ederek 24.11.2016 tarihinde 6763 sayılı yasanın 13.maddesi ile alt vücuda sair cisim veya organ sokulma şeklinde işlenen cinsel istismar suçlarında ceza alt sınır olarak on altı yıl uygulama devam etmiştir. Hatta maddeyi daha da geliştirerek on iki yaşından küçük mağdura karşı nitelikli halin bulunması durumunda ceza alt sınırını on sekiz yıl olarak belirlemiştir. Cezanın ağırlığı kanun koyucunun takdirinde olup bu konu da Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu iptal kararlarının hatalı olduğu düşünülmektedir.⁶⁹

Cinsel İstismar suçunun daha ağır cezayı gerektiren organ veya sair cisim sokulması dışındaki nitelikli halleri 3. ve 4. fıkrada belirtilmiştir. 3. ve 4. fıkrada sayılan

66 **KANTARCI N.**, *Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, 2016, Adalet Yayınları, Ankara, s.64

67 **TANER F. G.**, *"Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar"*, Seçkin Yayıncılık, 2017, Ankara, s.68

68 Bkz. Anayasa Mahkemesi 11/12/2015 tarih 2015/26 Esas, 2015/100 Karar RG:29559

69 **KANTARCI N.**, *Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, 2016, Adalet Yayınları, Ankara, s.67

nitelikli haller genellikle suçun işlenmesini kolaylaştıran hallerin varlığından bahsetmektedir. Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri maddenin 5. ve 6. fıkra düzenlenmiştir.⁷⁰ Cinsel istismar sonrası gerçekleşen mağdurun yaralanmasının, kasten yaralama suçunun ağır neticelerinden biri olması durumunda ayrıca fail hakkında kasten yaralama ile ilgili hükümler uygulanır. Cinsel istismar sonucu failin bitkisel hayata girmesi ya da ölmesi durumunda faile verilecek ceza, Türk Ceza Kanunu'nda ki en ağır ceza olan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olacağı hükme bağlanmıştır. Ancak yaralanma veya ölüm olayının, mağdura karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı kapsamında uygulanan cebir sonucu gerçekleşmesi gerekmektedir.⁷¹ Mağdura gerçekleştirilen cinsel saldırı sonrasında suçun ortaya çıkmaması amacıyla mağdurun öldürülmesi durumunda fail cinsel saldırı ve kasten adam öldürme suçlarından ayrı ayrı cezalandırılacaktır.⁷²

C. Cinsel Taciz Suçu ile Mukayese (m. 105)

Cinsel Taciz suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 105. maddesinde düzenlenmekle birlikte 6545 sayılı yasanın 61. maddesi ile önemli değişikliklere uğramıştır. Mağdurun çocuk olması durumunda ve cinsel istismar suçunu düzenleyen 103. madde de bulunan “*her türlü davranış*” ifadesinin oluşturduğu hangi kanun maddesinin uygulanacağı konusunda oluşan karışıklık, 6545 Sayılı Kanun değişikliği ile giderilmiş, mağdurun çocuk olması durumunda da cinsel taciz suçu olduğu, kanun maddesine eklenmiştir.⁷³

Cinsel taciz suçu vücuda temas içermeyen cinsel davranışlarla işlenebilmektedir.⁷⁴ Temas olması durumunda cinsel saldırı ya da cinsel istismar suçu oluşacaktır.⁷⁵ Cinsel

70 NUHOGLU A., *Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısı'nda Cinsel Suçlar*, 2004, Seçkin Yayınevi, İstanbul, s.279

71 ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAŞIZ P., TEPE İ., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2017, Seçkin Yayınları, Ankara, s.334 / TANER F. G., “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, Seçkin Yayıncılık, 2017, Ankara, s.214/ ARSLANTÜRK M., *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, 2017, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, s. 146

72 ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAŞIZ P., TEPE İ., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2017, Seçkin Yayınları, Ankara, s.335 / TANER F. G., “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, Seçkin Yayıncılık, 2017, Ankara, s.215 / TEZCAN D. ERDEM M. R., ÖNOK R.M. 2017, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, s.337

73 ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAŞIZ P., TEPE İ., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, 2015, Seçkin Yayınları, Ankara, s.332 / ÜZÜLMEZ İ., *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, EÜHFD, Cilt 4, Sayı 2, 2009, S.31/ / TEZCAN D. ERDEM M. R., ÖNOK R.M. 2017, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara, s.433/ ARSLANTÜRK M., *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, 2017, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, s. 528

74 Yargıtay 14. C.D. 03/07/2007 tarih 2007/4986 E., 2007/5621 K. sayılı kararı ile, “...saniğin, parkın içindeki kulübenin kapısında durarak öğrenci olan mağdureler geçerken pantolonunu indirip, eliyle „gel gel” işareti yapmak suretiyle cinsel organını onlara göstermekten ibaret eyleminin, bedensel temas içermemesi sebebi ile cinsel taciz suçunu oluşturduğu hâlde suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde çocukların basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması...”

tacizin tanımı madde metninde yapılmamış olup maddenin gerekçesinde “*kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen, cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olan cinsel davranışlar*” olarak tanımlanmıştır.⁷⁶

Cinsel taciz suçunun oluşabilmesi için fiilin cinsel amaçlı işlenmesi gerektiğinden özel kast aranmaktadır. Bu özel kastın, belirli bir mağdura belli saiklerle yönelmesi gerekmektedir.⁷⁷ Failin hareketleri, cinsel amaçlı olmadan sadece mağduru rahatsız etme amacıyla yapması durumunda, ısrar unsuru gibi mevcut olması gereken unsurları taşırsa Türk Ceza Kanunu 123. madde de bulunan kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunu oluşturur.⁷⁸ Cinsel taciz suçunda sonucun gerçekleşmesinin, mağdurun bu eylemden rahatsızlık duymasının bir önemi yoktur. Objektif olarak fiilin mağdurun cinsel özgürlüğünü ihlal etmeye elverişli bir hareket olması yeterlidir.⁷⁹

Mağdurun cinsel taciz sonucu okul veya işini bırakması durumunda suçun nitelikli hali oluşmuş olacaktır. 6545 sayılı Kanun ile Cinsel Taciz Suçunun nitelikli halini oluşturan 2. fıkrasına, son iki nitelikli hal madde metnine eklenmiştir. Cinsel taciz suçunun temel şekli olan birinci fıkrası şikâyet tabi tutulmuştur. Ancak ikinci fıkrasında bulunan nitelikli haller ile ilgili şikâyet konusunda herhangi bir açıklama yoktur. Doktrinde tartışmalara neden olmuş olsa da şikâyetin istisnai bir düzenleme olduğu ve varlığı halinde madde metninde yer alması gerektiği göz önüne alındığında nitelikli halin şikâyet tabi olmadığı ortaya çıkmaktadır. 29.06.2005 tarihli 5377 sayılı Kanun ile 13. maddesi ile Cinsel Taciz suçunun 2. fıkrasında değişiklik yapıldığı, 5377 sayılı Kanun’un gerekçesinde nitelikli halin varlığı halinde şikâyet tabi olmadan soruşturma ve kovuşturma yapılacağı açıklanmıştır.⁸⁰

75 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. E., ÇAKIR K.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, 2018, Adalet Yayınları, Ankara, s.261

76 **ÖZGENÇ İ.**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, (Genel Hükümler), 2005, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.825

77 **MALKOÇ İ.**, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, Malkoç Yayınevi, Ankara, s.307/ **TANER F. G.**, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, Seçkin Yayıncılık, 2017, Ankara, s.103

78 **Yargıtay 14. CD, 18/09/2019 tarih, 2016/3094 E., 2015/1008 K. sayılı kararı ile**; “Mağdurenin aşamalarındaki ifadeleri, tanık beyanları, savunma ve tüm dosya içeriği nazara alındığında, sanığın eylemlerinin bütün halinde 5237 sayılı TCK’nın 123. maddesinde düzenlenen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması gerekirken, suç vasfının tayininde yanlışya düşülerek cinsel taciz suçundan mahkumiyetine karar verilmesi...”

79 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. E., ÇAKIR K.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, 2018, Adalet Yayınları, Ankara, s.386

80 **MALKOÇ İ.**, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, Malkoç Yayınevi, Ankara, s.327

2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Açıklanması Gereken Terimler

A. Çocuk

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tanımları içeren 6. maddesinde çocuğun tanımı birinci fıkranın (b) bendinde “henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanmıştır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde çocuğun tanımı olarak “daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi” şeklinde yapılmıştır. Medeni hukukta çocuk tanımı soy bağı çerçevesinde yapılarak, “ana-baba ile hısımlık ilişkisi içinde bulunup onlara soy bağı ile bağlı bulunan kişi” olarak tanımlanmıştır.⁸¹

İslam Hukukuna göre çocukluk dönemi; doğum ile başlayan, cinsel olgunluğa erişmekle tamamlandığını kabul edilen dönemdir. Modern hukuk sistemleri bedensel olgunluğa ulaşma yerine, düşünsel olgunluğa ulaşmış çocukların küçüklükten çıkarak reşit olduklarını kabul etmektedir.⁸²

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen ve Türkiye tarafından 9 Aralık 1994 tarihinde ihtirazı kayıt koyularak onaylanan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesinde; "Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır." ifadesi yer almaktadır.⁸³ Bu tanıma göre, on sekiz yaşından küçük bütün bireyler çocuk olarak kabul edilmemektedir. Ergin sıfatını kazanan on sekiz yaşından küçük bireyleri çocuk olarak kabul edilmemesi gerekir.⁸⁴ Çocuk kavramından; on sekiz yaşını doldurmadan ergin olanlar dışında kalan küçükler anlaşılmaktadır. Bununla beraber Yargıtay herhangi bir şekilde ergenlik kazanmış olsa dahi kendisine yönelik haksız bir fiil halinde on sekiz yaşını doldurmamış bireyi çocuk olarak

81 AKYÜZ E., *Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması*, MEB Yayınları, 2000, Ankara, s. 5

82 BALO Y. S., *Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması*, Seçkin Yayıncılık, 2005, Ankara, s. 41

83 Çocuk Hakları Sözleşmesi; BM Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989'da kabul edildi ve 1990'da uluslararası bir yasa gücüyle yürürlüğe girdi. Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocuk haklarını ve bu hakların hükümetlerce nasıl geliştirilip korunacağını tanımlayan 54. madde içermektedir.

84 MEMİŞ KARTAL P., *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı*, 2014, Der Yayınları, İstanbul, s. 129

kabul etmektedir.⁸⁵ Bu şekilde ergin olarak kabul edilse de on sekiz yaşından küçük bireyler çocuk olarak kabul edilerek kendilerine karşı gerçekleştirilebilecek haksız fiillere karşı daha ağır önlemler uygulanmaktadır.

Çocukluk dönemi, insan yaşamının ilk yılların oluşturmakla beraber⁸⁶, çocukların yetişkinler gibi kendini tam olarak koruma, savunma ve ifade edebilme yeteneğine sahip olmamaları nedeniyle, daha fazla hor görülüp, istismara maruz kalma olasılıklarının yetişkinlere oranla daha fazla olduğu bir gerçektir.

Çocuklara ilgili ceza hukuklarında, cinsel gelişimlerini sağlıklı olarak gerçekleştirebilmeleri, cinsel seçimlerini özgürce yapabilmeleri ve cinsel suçlarda mağdur olarak kullanılmalarını önlemek amacıyla katı düzenlemelere başvurulmaktadır.⁸⁷ 1982 Anayasasının 41. maddesinin üçüncü fıkrasında "Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır" ifadesi yer almakla birlikte Anayasamızda özellikle çocukların korunması yükümlülüğünden bahsetmektedir.⁸⁸

85 **Yargıtay 14. C. D. 22.12.2014 tarih 2014/582 E. 2014/14622 Karar Sayılı kararı ile;** "Çocuğun cinsel istismarı suçunun mağduru ancak, onsekiz yaşını tamamlamamış kişiler olabileceği, mağdur onsekiz yaşını tamamlamış olması durumunda ise, 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu oluşturacağı, ancak 5237 sayılı Kanunun 102. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca da, ergin olmasa dahi eşe karşı işlenen vücuda organ veya sair cisim sokulması halinde de eylemin 102. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan suçu oluşturacaktır.

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

Bu sebeple onsekiz yaşını bitirmeksizin ergin olan mağdurlara karşı;

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

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

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

86 **AKARSLAN M.**, Ana Hatlarıyla Çocuk Hakları ve Çocuk Hakları Mevzuatı, 1998, Alfa Yayınları, İstanbul, s. 6

87 **ÜNVER Y.**, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, 2003, Seçkin Yayınları, Ankara, s.303

88 **AYDIN M.**, "Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanlar Cinsel İlişki Suçu", Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2014, İzmir / **TANER F. G.**, "Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar", Seçkin Yayıncılık, 2017, Ankara, s.266

B. Reşitlik

Sözlük anlamı olarak reşit; “Doğru yolu tutan, iyi hareket eden, akıllı, ergin.” anlamına gelmektedir.

Eski Türk Medeni Kanunu’nda fiili ehliyet sahipliğini tanımlarken reşit kelimesi kullanılmaktaydı. Mülga kanunun 11. maddesinde reşit tanımı “*Rüş, on sekiz yaşın ikmaliyle başlar. Evlenme, kişiyi reşit kılar.*” şeklinde yapıldıktan sonra, 12. maddesinde erken reşitlik anlamına gelen kaza-i rüş “*On beş yaşını ikmal eden küçük, kendi rızası ve ana ve babasının muvafakati ile mahkemesi asliyece mezun kılınabilir. Vesayet altında ise, vasi de dinlenir.*” şeklinde tanım yapılmaktaydı. Bu iki maddeden de anlaşılacağı üzere rüş sahibi olabilmenin iki yolu vardır. Biri normal rüş olarak on sekiz yaşını doldurmakla elde edilirken, kazai rüş denilen on sekiz yaşından önce erken reşit sayılabilmek için evlenmek ya da mahkeme kararıyla rüş sayılmak gerekiyordu.⁸⁹

C. Erginlik

Sözlük anlamı olarak ergin; “Olmuş, yetişmiş, kemale ermiş” anlamına gelmektedir. Hukuk alanındaki anlamı ise; “Haklarını kendi kullanmak için yasanın gösterdiği yaşa gelmiş olan kimse” olarak açıklanmıştır.⁹⁰ Aynı zamanda “ergin” kelimesinin eş anlamlısı olan kelime “reşit” olarak gösterilmiştir.

Eski Medeni Kanun’da reşit kelimesi kullanılarak yapılan tanımlama yeni medeni kanunda ergin kelimesi kullanılarak yapılmıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 11. maddesinde yapılan erginlik tanımı “*erginlik on sekiz yaşın doldurulması ile başlar ve evlenme kişiyi ergin kılar.*” şeklinde yapılmaktadır. Ayrıca 12. maddede ergin kılınma başlığı ile erken erginlik; “*On beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir*” hükmü vardır.⁹¹ Tanımlardan da anlaşılacağı üzere erginlik Türk Medeni Kanunu’na göre normal erginlik ve erken erginlik olmak üzere iki çeşittir.

89 YOKUŞ SEVÜK H., 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, 2015, CHKD, 3(2), s.137

90 Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/i>, Erişim Tarihi 24.04.2019

91 ÖZTAN B., Aile Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, 2015, Ankara, s.134/ OĞUZMAN K., SELİÇİ Ö., OKTAY ÖZDEMİR S., Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 17. Baskı, 2018, İstanbul, s.68

Normal erginlik, on sekiz yaşın doldurulduğu anda kazanılır. Kanun bu yaştan önce kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmak şartıyla kendi fiilleri ile hak ve borçlar yaratabilmesi için gerekli olan olgunluğa erişebileceklerini öngörerek bazı hallerde kişilerin ya evlenmekle ya da mahkeme kararı ile erginliğe erişebileceklerini düzenlemiştir. Bu ikinci hale de erken erginlik adı verilir.⁹²

Ergin ve reşit kelimelerinin sözlük anlamları, eski ve yeni Medeni Kanun'da aynı anlama gelen ifadeleri tanımladığı göz önüne alındığında bu iki kelime açısından bir farkın olmadığını söyleyebiliriz.⁹³

Kanun koyucu yeni medeni kanunu düzenlerken reşit kelimesi yerine ergin kelimesini kullanmasıyla beraber ceza kanununu düzenlerken 104. madde de reşit kelimesini kullanmaya devam etmiştir. Doktrindeki evlilik ya da mahkeme kararıyla eski medeni kanunda rüşt olan, yeni medeni kanunda ergin kılınan çocukların suçun mağduru olamayacağı şeklindeki görüş⁹⁴ doğrultusunda reşit veya ergin kelimesinin aynı anlama geldiği değerlendirmesi yapılabilir.

Son olarak madde metninde bulunan “on beş yaşından büyük çocuk” ifadesi ile madde başlığında bulunan “reşit” kelimesi birlikte değerlendirildiğinde suçun mağdurunun on beş yaşından büyük reşit/ergin olmayan çocuk olduğunu söyleyebiliriz.

D. Pedofili

“Pedofili” kavramı aslında tıbbi bir terimdir. Kelime anlamı ile “çocuk seven şahıs” anlamına gelmektedir. Pedofili ruhsal bir hastalık olarak nitelendirilmekle birlikte, pedofili hastasının en az on altı yaşında olması, cinsel istek duyulan çocuktan beş yaş büyük olması ve cinsel isteğinin en az altı ay sürmesi şartları aranır.

92 **TANER, F. G.**, (2017), *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin Yayınları (2. Baskı), Ankara. s. 333

93 **TEZCAN D. ERDEM M. R., ÖNOK R.M.**, 2017, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.380 / **BAYTEMİR E.**, *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, 2014, Adalet Yayınevi, Ankara s.303 / **ARSLANTÜRK M.**, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, 2014, Seçkin Yayınları, Ankara, s.402 / **TOROSLU N.**, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 2018, Ankara, Savaş Yayınevi, s.70

94 **ÜZÜLMEZ İ., KOCA M.**, 2015, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, s.329 / **TEZCAN D. ERDEM M. R., ÖNOK R.M.**, 2017, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara. s.337 / **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAĞIZ P., TEPE İ.**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara, s.370

Çocukları istismar eden faillerin hepsinin pedofili hastası olduğunu söylemek doğru bir ifade değildir. Yapılan araştırmalar sonucunda çocuğun cinsel istismarını işleyen suçluların %30 kadarının pedofilik eğilimler taşıdığını göstermiştir.⁹⁵

Pedofili hastalarının bir kısmı sadece çocuklara karşı cinsel istek duyarken bazıları çocuklarla beraber yetişkinlere karşı da cinsel istek duymaktadırlar. Erkek pedofili hastalarının büyük çoğunluğu, çocuklarla homoseksüel veya biseksüel bir cinsel ilişki arzusundadır. Anlatılmak istenilen hem erkek çocukla hem de kız çocukla cinsel ilişkiye girme arzusundadır.⁹⁶

Cinsel tercihleri belirleyen hastalıklardan biri olan pedofilinin, insan gelişimi için en kritik süreç olan çocukluk deneyimlerinden kaynaklandığı düşünülmektedir.⁹⁷ Pedofili hastalarının çoğu çocukluk zamanında yaşamış oldukları travmatik deneyimlerinin izlerini hayatları boyunca taşırlar.⁹⁸

Pedofilinin hayat boyu süren bir hastalık olduğu değerlendirilse de şu an için hastalığın tedavisini konusunda en etkili yöntemin psikoterapi ve farmakoterapinin (psikiyatrik ilaç kullanımı) beraber uygulanması olduğu sonucu ortaya çıkmıştır.⁹⁹

Türkiye’de çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismar suçlarına karşı oluşan tepkiler üzerine bu suçun faili olanların kastrasyon yöntemi ile kimyasal hadımlaştırılması gündeme gelmiştir. Kastrasyon ile ilgili düzenlemeler 26.07.2016 tarihli ve 29782 sayılı Resmî Gazete ‘de “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik” yayımlanarak yürürlüğe girmişti. Yönetmeliğin 7/1. maddesinde “kimyasal kastrasyon” önlemine tedavi olarak yer verilmiş ve “cinsel saldırı suçlularına yönelik olmak üzere ayakta ya da yatarak, ilaçla ya da ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasına ya da

95 <http://bengisemerci.com/cocuk-pornografisi-ve-pedofili> , Erişim Tarihi: 04/04/2019

96 **Schiffer Boris.** “Brain Response to Visual Sexual Stimuli in Homosexual Pedophiles.” *Journal of Psychiatry and Neuroscience* 33.1 (2008): 23 <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2186373/>

97 **BULUT S.,** Çocuk İstismarı Hakkında Bir Derleme, *Dergi Park*, C.3. S.28., s. 142.

98 **DiChristina Mariette.** “Abnormal Attraction.” *Scientific American Mind*, 20.3 (2009): s.76

99 **Lamberg Lynne** “Researchers Seek Roots of Pedophilia” *JAMA, the Journal of the American Medical Association*, 294.5 (2005):546.

denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azılmasını ya da yok edilmesini sağlayan yöntem” olarak tanımlanmıştı.¹⁰⁰ Ancak söz konusu yönetmeliğin kastrasyon ile ilgili düzenlemesinin iptali için Danıştay’a açılan dava sonucunda, Danıştay 10. Dairesi yönetmeliğin 7/1. maddesinin yürütmesinin durdurulmasına “Anayasa’da tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağına hüküm altına alındığı, bu nedenle ancak kanunda açıkça belirtilmek, sınır ve kapsamı çizilmek suretiyle kişinin vücut bütünlüğüne yönelik düzenlemelerin getirilebileceği, kanunda sınırları belirsiz tedavi kavramını da aşar nitelikte yöntemler içeren davaya konu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamakta olup uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararlara yol açabileceği sonuçlarına varılmaktadır” gerekçesiyle oy çokluğuyla karar vermiştir. Bu şekilde kastrasyon ile kimyasal hadımlaştırma yöntemi hiç uygulama örneği olmadan Danıştay 10. Dairesinin kararı ile iptal edilmiştir.

Almanya’da ve Belçika’da failin istemesi durumunda kendisine kastrasyon ile hadımlaştırma işlemi yapılabilir. Bu iki ülkede de temel hak ve özgürlüklere aykırı olduğu gerekçesi ile failin izni olmadan mahkeme kararı ile kastrasyon uygulanamamaktadır.¹⁰¹

İdam cezası gibi geri dönülmez bir uygulama olan kastrasyon ile hadımlaştırma yöntemi ile ilgili yeni bir düzenleme yapılacak olursa, bu konunun çok dikkatli araştırılması, kanun ya da yönetmelik içinde yer verilmesi halinde Almanya ve Belçika’da ki örnekleri gibi failin rızası alınmasının doğru bir uygulama olacağı düşüncesindeyiz.¹⁰²

E. Ensest

Ensest kelimesi Latince “incentus” kelimesi kökenli olup “pis, kirlenmiş, temiz olmayan” anlamlarına gelmektedir. Ayrıca “ahlaksız, uygunsuz, iffetsizlik” anlamları ile de değerlendirilmektedir. Fransızca “inceste”, İngilizce “incest”, Almanca “blutschande”

100 TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2011, Seçkin Yayınları, Ankara, s.214 / YAŞAR O., GÖKCAN H.T., ARTUÇ M., Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. cilt, 2010, Adalet Yayınevi, Ankara, s.3223

101 MEMİŞ KARTAL P., Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, 2014, Der Yayınları, İstanbul, s. 10

102 ÜZÜLMEZ İ., KOCA M., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2015, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, s.44

kelimeleri kullanılmaktadır. Arapça kelime karşılığı fücür kelimesidir.¹⁰³ Türk Dil Kurumu sözlüğünde “fücür” kelimesinin karşılığı olarak “yakınlar arası cinsel ilişki” tanımı verilmiştir. ¹⁰⁴ Encest ya da fücür, “evlenmeleri yasak olan yakın akraba arasındaki evlilik dışı cinsel ilişki” olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁵ Bir başka tanıma göre “encest”; evlenmeleri dince, ahlakça, hukukça yasaklanmış yakın akrabalar arasında yaşanan cinsel ilişkiler olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁶

İlk Çağ kavimlerinden Bankların öğretilerinden o çağlarda encestin meşru olduğu anlaşılmaktadır. Mısır, Peru ve Japonya’da bulunan kraliyet ailesinin saflığını korumak amacıyla encestin meşru bir yol olduğu kabul edilmiştir.¹⁰⁷

Perulular ve Hawaiilerin de kan saflığını korumak için akraba evliliği yaptığı bilinmektedir. Roma imparatorluğu döneminde Kral Guarthigirmus’un kızı ile evlenerek bir oğul sahibi olduğu tarih kitaplarında belirtilmektedir.¹⁰⁸

Tevrat’ta Kabil ve Habil kendi ikiz kardeşleri ile evlendikleri anlatılmaktadır. Kâinatın ve insanlığın yaradılışı tek bir kaynaktan kökten aldığını yani Âdem ve Havva’dan geldiğini açıklamaya çalışan tüm dini inanışlarda encest ilişkisinin kaçınılmaz olarak insan ırkının devamını sağlayabilmek için var olduğu görülmektedir.¹⁰⁹

Milattan önce birinci yüzyılda erken imparatorluk çağında Augustus zamanında evlilik ilişkileri ve zinayı düzenleyen bu şekilde aile hayatını düzenleyen ilk hukuk kuralları oluşturuldu. Bu kurallar ile encest yani yakın kan bağı olan akrabaların evlenmeleri yasaklandı.¹¹⁰

103 **DEVELİOĞLU, F.**, *Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lugat*, 1997, Aydın Kitabevi Yayınları. Ankara,

104 Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr/>i, Erişim Tarihi 21.02.2019

105 **DÖNMEZER S.** *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, 1975, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, s.322

106 **TUĞRUL A. C., TUĞRUL M.C.**, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar ve Encest İlişkiler*, 2018, Yazarın Kendi Yayını, s.6 / **SANCAR T.Y., YAŞAR N.**, “Encest, Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesi Kararı”, *TBBD, S.80*, 2009, s. 245

107 **CAN C.**, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s.24

108 **POLAT O.**, *Tüm Boyutları ile Çocuk İstismarı*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007,

109 **HAMİLTONE, E.** *Mitologya*, 5. Bası, Varlık Yayınları, 1990, sh. 12-20

110 **STRONG A.K.**, *Incest Laws and Absent Taboos in Roman Egypt*, http://www.history_of_the_ancient_world.com, 21/12/2018

Fransız hukukunun tarihsel sürecini incelediğinde ensestın önceleri suç olarak tanımlandığı ve hatta yaptırım olarak da failin yakıldığı bilinmektedir.¹¹¹ Ensest bir süre suç olmaktan çıkartılmış olmasına rağmen 2010 tarihli yasa ile tekrar düzenlenerek Fransız Ceza Kanununda yerini almıştır.

İngiltere 1956 yılında hazırlanan Ceza Kanununa göre bir adamın kızı, kardeşi, annesi, olduğunu bildiği bir kadınla girdiği cinsel ilişkiye girmesi aynı şekilde on altı yaşın üstünde bir kadın için büyükbabası, babası, erkek kardeşi veya oğlu bildiği bir adamla cinsel ilişkiye girmesi, adamın buna izin vermesi de ensest olup suç olarak kabul edilmekteydi. 2003 tarihli Cinsel Suçlar Kanunu’nun 25 ila 29. maddeleri ile “Aile İçi Cinsel Suçlar” olarak düzenlenen ensest eylemleri hüküm altına alınmıştır.¹¹²

Amerika’da ensest ile ilgili kanunlar eyaletler arasında değişiklik göstermektedir. Bazı eyaletlerde sadece birinci derece akrabalar ile cinsel ilişkiler ensest olarak değerlendirilirken eyaletlerin çoğunda birinci ve ikinci derece akrabalar arasındaki ilişkiyi ensest olarak değerlendirilmiştir.¹¹³

Türk Ceza Kanunu’nda ensest tanımı yapılmamakla birlikte cinsel suçlarda sanığın mağdura yakınlığı nitelikli hal olarak kabul edilerek ceza da artırım yoluna gidilmektedir.¹¹⁴ Yapılan araştırmalar sonucunda ensest içeren cinsel suçların faillerinin, çoğunlukla babalar daha sonra ise erkek kardeşler olduğu tespit edilmiştir.¹¹⁵ Anne ve kız kardeşlerin bu suçun faili olduğu durumlara pek karşılaşılmamaktadır.¹¹⁶ Ayrıca, aynı ev içerisinde, bir çocuk mağdurun birden fazla aile üyesi tarafından cinsel olarak istismar edilmesi de sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Ensest ile ilgili yapılan araştırmalar sonucunda ensest olaylarının daha çok ebeveynlerden annenin çocukları ile yeteri kadar

111 **DÖNMEZER S.**, *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*, 1975, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul, s.18

112 **MEMİŞ KARTAL, P.**, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı*, 2014, Der Yayınları, İstanbul, s.55

113 *Çocuk Hakları Sözleşmesi*, Unicef Yayınları, 1990, New York

114 **ÇAVLİN BOZBEYOĞLU A.**, *Türkiye’de Ensest Sorununu Anlamak*, 2009, Özet Rapor, Ankara, s.37

115 **TUĞRUL A. C., TUĞRUL M.C.**, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar ve Enseset İlişkiler*, 2018, Yazarın Kendi Yayını, s.5

116 **SAVAŞCI B.**, *Çocukların Cinsel İstismar Suçu*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, 2012, İstanbul, s. 23.

ilgileneemediği ve dar bir yaşam ortamında yaşayan aileler içerisinde görüldüğü tespit edilmiştir.

Ensest davranışlarının yoğun olarak görüldüğü aileler genellikle, erkek egemenliğinin asıl güç olduğu, ataerkil yapının devam ettiği ve erkeğin iktidarının sorgulanmadığı, cinselliğin yalnızca erkekler için var olduğu, kadının isteklerinin ön planda olmadığı ve cinsel olarak tatmin aracı şeklinde kullanıldığı, asıl olanın erkek cinselliği olduğuna ilişkin değer yargılarını benimseyen toplum kesimlerinde ortaya çıkmaktadır.¹¹⁷

Ensest ve çocuğun cinsel istismarı ile ilgili etkin mücadele 1950’li yıllarda feminizm hareketinin yaygınlaşması sonucunda etkili olmaya başlamıştır. Kanımızca ensest ile mücadele için ilk başta toplumda kadına verilen değerin artması, cinsiyet eşitliğinin sağlanması gerekmektedir.

III. Korunan Hukuki Değer

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu açısından 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanun arasında bir değerlendirme yapılacak olursa bu suçla korunmak istenen hukuki değer değişmiştir. Mülga Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” (Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar) bölümünde “Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Taarruz Edenler” başlığı altında müstehcenlik, hayâsız hareketler gibi halen genel ahlaka karşı suçlar içerisinde düzenlenmekteydi. Cinsel amaçlı hürriyeti tahdit (kız, kadın, erkek kaçırma suçları), fuhuş, zina ve nesep suçları da aynı bölümde düzenlenmişti.¹¹⁸ Böylece Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu ile korunan hukuki değer, genel adap, ırz, namus, iffet gibi toplumsal yönü daha çok olan değerlerdi. ¹¹⁹ Buna karşılık yeni 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Reşit

117 **SANDALCI F.**, “Aile içinde ve dışında uğradığı cinsel istismar nedeni ile koruma altına alınan ve SHÇEK Genel Müdürlüğü’ne bağlı kuruluşlarda bakılanların SosyoDemografik Özellikleri ve Korunma Süreçleri”, Hacettepe Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mayıs 2004.

118 **MALKOÇ, İ., GÜLER, M.**, (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 1999, Adil Yayınevi, 3, Ankara., s.3226

119 **DÖNMEZER S.**, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Sulhi Garan Matbaası, 4. Baskı, İstanbul, 1975, s.33 / **DURSUN S.**, Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, Ceza Hukuku Dergisi, S. 24, 2014, s. 58. / **TANER F.G.**, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2017, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara s.72 / **AYDIN M.**, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2014, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, İzmir, s.18

Olmayanla Cinsel İlişki suçu “Kişilere Karşı Suçlar” kısmında, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında yer almaktadır. Bu şekilde yeni Türk Ceza Kanunu bireysel bir özgürlük olarak cinsel dokunulmazlığı ön plana çıkarmıştır.¹²⁰

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kanunda düzenlendiği yer göz önünde bulundurulduğunda bu madde ile korunan hukuki yararın çocuğun cinsel dokunulmazlığı algısı oluşsa da on beş yaşından büyük fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olan çocuğun artık cinsel dokunulmazlığının değil cinsel özgürlüğünün olduğu doktrinde ifade edilmektedir.¹²¹ Cinsel özgürlük kavramını, “hukukun izin verdiği sınırlar içerisinde bireyin cinselliğe ilişkin seçimlerini serbestçe yapabilme özgürlüğü” şeklinde tanımlayabiliriz.¹²²

Öğretide korunan hukuki yarar ile ilgili farklı görüşlerde mevcuttur. On beş yaşından büyük temyiz kudretine sahip çocuk rızasıyla cinsel ilişkiye girse dahi Türk Ceza Kanunu bu fiili suç olarak kabul ediyor ve veli veya temsilcisine de şikâyet hakkı veriyorsa bu madde ile korunan hukuki yararın yalnız cinsel özgürlük olmayıp, aynı zamanda bu kişinin kişisel gelişimi, aile hayatı ve toplumun ahlakı olduğu yönündedir.¹²³

Türk Ceza Kanunu reşit olmayanlara tam bir cinsel özgürlük alanı tanımamıştır. On beş yaşını tamamlamış çocuğun temyiz kudretine sahip olduğu durumlarda dahi, henüz cinsel ilişkinin hukuki ve fiili sonuçlarını tam olarak algılayamayacaklarını kabul etmiştir.¹²⁴

120 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. E., ÇAKIR K.**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2018, 17. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara, s.34 / **YOKUŞ SEVÜK H.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, TBBD, Yıl, 2005, S: 57, s. 243 / **ARTUNÇ M.**, Cinsel Taciz Suçu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl, 2007, S: 11, s. 103/ **ÜZÜLMEZ İ., KOCA M.**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2015, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, s.282 / **TEZCAN D.**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2017, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 354 / **CENTEL N.**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi, TBBD, Y.2012, S. 99, s.271 / **TANER F.G.**, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2017, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, s.62 / **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N.**, TCK İzmir Şerhi- Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, 2008, Seçkin, II. Cilt, Ankara, s. 612 / **ARSLANTÜRK M.**, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2017, Seçkin, 3. Baskı, Ankara, s. 68 / **YALÇIN SANCAR T.**, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayınları, 2013, Ankara, s. 97 / **KILIÇ A.**, Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102), TBB Dergisi, Y. 2008, S.78, s. 168 / **KURT G.**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu”, Mehmet İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, C.1, İstanbul, 2008, s. 507.

121 **ŞEN E.**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2006, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s192 / **POLAT H.**, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri, CHD, Y.5, S. 13, Ağustos 2010, s. 190

122 **TANER, F. G.**, Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2011, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.B.D., Yayımlanmış Doktora Tezi, s. 15 / **AKÇİN İ.**, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Yargıtay Dergisi, Ocak – Nisan, 2006, Ankara, s.100.

123 **MEMİŞ KARTAL, P.**, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, 2014, Der Yayınları, İstanbul, s.122

124 **SOYASLAN D.**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2010, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 243.

On beş on sekiz yaş grubunda bulunan çocukların normal şartlarda gerçekleştirdikleri davranışların hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla beraber davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olabileceği gerçeğinden hareketle, irade yeteneğinde ki zayıflığı Türk Ceza Kanunu 31. maddesinin 3. fıkrası “*Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş olup da on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on sekiz yıldan yirmi dört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde on iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası on iki yıldan fazla olamaz.*” normatif olarak kabul edilen Türk Ceza Kanunu’nda on beş yaşından büyük çocuklarla cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişkide mefruz cebrin varlığını kabul ederek, bu eylemi bireyin cinsel özgürlüğüne yöneldiği düşüncesi ile suç mağduru çocuğu korumayı amaçlamıştır.¹²⁵

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, her ne kadar kişilere karşı suçlardan, 6. bölümde “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” içinde, cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlardan olduğu değerlendirilse de rızaya dayalı bir suç tipi olması nedeniyle kanun sistematığına göre yerleştirildiği yer konusunda tartışmalara neden olmuştur. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuyla korunan menfaatin on beş on sekiz yaş arasında yer alan çocukların cinsel özgürlüğü olduğu kabul edildiği takdirde, rızanın fiili tamamen hukuka uygun kılmadığını açıklamanın bir imkânı yoktur. Bu yaş grubunda bulunan çocuk bakımından cinsel özgürlüğün cinsel ilişki düzeyine varmayan cinsel davranışlarla sınırlı olduğu savunulabilse de rızaya dayalı bir suç tipini özgürlük kavramıyla bağdaştırmak kanımızca oldukça zordur.

Öğretide suçun hukuki konusunun cinsel özgürlük olduğu görüşünün¹²⁶ yanı sıra, bu suçun hukuki konusu hakkında başka görüşler de vardır. Bir görüşe göre, bu suçla

¹²⁵ GÜDÜZ R., GÜLTAŞ V., *Açıklamalı-içtihatlı Cinsel Suçlar*, 2011, Bilge Yayınları, Ankara, s. 278

¹²⁶ POLAT H., “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, CHD, Y.5, S. 13, Ağustos 2010, s.190 / ÜNVER Y., “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, 2014, Ankara, s.317 / ŞEN E., *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt: I, 2006, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 404

korunan hukuki menfaatin, on beş on sekiz yaş arasındaki kişinin cinsel bütünlüğüdür.¹²⁷ Başka bir görüşe göre çocukların merakları ve cinsel duyguları etkisinde verdikleri rızalara itibar etmeden, onları kanunun koruması altına almayı amaçladığı çocuğun cinsel özgürlüğünün yanı sıra çocuğun yararı olduğudur.¹²⁸ Ayrıca kamu düzenini ön plana alan bir başka düşüncede ise aile ve toplumun küçük yaşta cinsel ilişkiyi kabullenmeyeceği, dolayısıyla korunan hukuki değer kamusal düzeni olduğu ileri sürülmüştür.¹²⁹ Suçun kanunun sistematigindeki yeri değerlendirildiğinde bu düşüncenin yanlış olduğu ortaya çıkacaktır zira korunan hukuki değer toplum ve kamu düzeni olsaydı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun aileye veya topluma karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi gerekirdi. Türk Ceza Kanunu ikinci kitabında bulunan altıncı bölümdeki Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu harici diğer suçlar açısından korunan hukuki yararın bireyin cinsel özgürlüğü olduğunu söyleyebilmemiz karşısında incelenen suç tipi açısından korunan hukuki yararı net bir şekilde tespit etme imkânımız bulunmamaktadır. Bununla birlikte korunan hukuki yararın “çocuğun sağlıklı cinsel gelişimi” olduğunu söyleyebileceğimiz kanaatindeyiz.¹³⁰

127 **ÖZBEK, V. Ö., KANBUR, M. N., DOĞAN, K., BACAĞIZ, P., TEPE, İ.**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara, s.346.

128 **YOKUŞ SEVÜK, H.**, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları*, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl:2 Sayı 5, 2005, Ankara, s.295

129 **SOYASLAN D.**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2014, Yetkin Yayınları, Ankara, s.243

130 **TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M.**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2016, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 394.

§2. REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU (m. 104)

I. Suç Tipi Hakkında Genel Açıklamalar

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabının, "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı altıncı bölümünde, 104. maddede düzenlenmiştir. Madde metni;

“(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) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkra göre cezaya hükmolunur.”

Kanun on beş yaşından büyük çocuk ile rızası çerçevesinde cinsel ilişki noktasına ulaşmayan cinsel davranışlarını, suç olarak tanımlamamıştır.¹³¹ Bu durumda on beş yaşından büyük çocuklar açısından sınırlı bir cinsel özgürlük alanı vardır.¹³² Eğer eylem cinsel ilişki noktasına ulaşırsa suç oluşur.

On beş yaşından büyük çocuğa sınırlı cinsel özgürlük alanının tanımlanmasının nedeni doktrinde; çocuğun anlık cinsel ilişkiye yönelik merakı ve arzusu oluşması sonucunda yapmış olduğu eylemin o an için fiilin bütün şahsi ve ailevi sonuçlarını algılayacak durumda olamayacağı, sonradan yapmış olduğu bu eylemden pişman olabileceği ve sonuçlarını kabullenemeyebileceği olarak gösterilmiştir.¹³³

131 TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2011, Seçkin Yayınları, Ankara, s.323 / TANER F. G., Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara s.71

132 TANER F. G., “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, 2017, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.325

133 ÖZBEK, V. Ö., KANBUR, M. N., DOĞAN, K., BACAŞIZ, P., TEPE, İ., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara, s.346 / MALKOÇ, İ., GÜLER, M., (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 1999, Adil Yayınevi, 3, Ankara., s.3226

Kanunumuzda on yedi yaşında ve bazı olağanüstü durumlarda mahkeme kararı ile on altı yaşından büyük çocukların evlenmesinde yasal bir engel bulunmamaktadır.¹³⁴ On altı yaşından büyük çocuk evlenerek cinsel özgürlüğü üzerinde sınırsız tasarruf hakkına sahip olması karşısında sırf evlenmeyen ancak aynı özelliklere sahip bir çocuğun cinsel özgürlüğünün mutlak olmaması tartışmalara neden olmuş, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kanunda yer almasına gerek olmadığına dair öğretide görüşler olmasına rağmen adalet komisyonunda uzun tartışmalar sonucunda yasaya konmuştur.^{135, 136}

Tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler¹³⁷ ve Anayasamızın 41. maddesi¹³⁸ gereğince devlet çocukları cinsel istismara karşı korumak için uygun gördüğü tedbirleri almakla yükümlüdür. Devlet için bir sorumluluk olan çocuğun cinsel istismarını önlemek ile cinsel erginliğe ulaşmış çocuğun cinsel özgürlük hakkı arasında denge sağlamak aslında gerçekten zor bir meseledir.

Ülkemizde cinsel ilişki açısından rıza geçerlilik yaşı on sekizdir. Çoğu Avrupa ülkesinde cinsel ilişkiye rıza yaşı bilimsel olarak cinsel ergenliğe ulaştıkları yaşlar olarak değerlendirilmektedir. Rıza geçerlilik yaşı Almanya, Avusturya, İtalya’da on dört, Danimarka, Fransa ve İsveç’te on beştir.¹³⁹ Ancak şunu da belirtmek gerekir ki rıza geçerlilik yaşını bu şekilde 14/15 yaş kabul eden ülkelerde dahi cinsel ilişkinin aile içi enstest bir şekilde gerçekleşmesi halinde, failin mağdur üzerinde koruma ve gözetme yetkisi olduğu durumlarda ve fail ile mağdur arasında belirli bir yaştan büyük fark olması

134 4271 Sayılı Türk Medeni Kanunu;

Madde 124- Erkek veya kadın onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir

135 YARSUVAT, D., “Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 yılı ve Geleceği, 1977, İstanbul, YOKUŞ SEVÜK, H., Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl:2 Sayı 5, 2005, Ankara

136 ÖZGENÇ, İ., Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 2005, Seçkin Yayıncılık, Ankara, “Adalet Komisyonu görüşmelerinde İzzet Özgenç “onbeş yaşını doldurmuş olmakla birlikte henüz onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin birbiriyle olan cinsel ilişkileri, ceza hukukunun müdahale alanı dışında kalmaktadır” görüşünü ileri sürmüştür.

137 Ayrıntılı bilgi için bkz. MEMİŞ KARTAL P., Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, 2014, Der Yayınları, İstanbul, s.69-70

138 Ailenin korunması ve çocuk hakları (Madde 41)

Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) 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.

139 TANER F. G., Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara, s.375

durumunda eylemleri suç olarak kabul etmektedirler. Yani aslında akranlar arasında rıza ile gerçekleşen cinsel ilişkiler çocuğun cinsel özgürlüğü alanı içerisinde kaldığı değerlendirilerek ceza kanunu konusu haline getirilmemiştir.¹⁴⁰

Günümüzde cinsel suçlar ile ilgili modern hukuk teorisine göre cinsel özgürlüğe karşı işlendiğine dair görüşler ön plandadır. Ancak ülkemizde uygulanan on beş on sekiz yaş aralığında ki çocukların cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlara karşı göstermiş oldukları rızanın geçerli sayılıp, cinsel ilişkiye gösterdikleri rızanın geçerli sayılmaması durumu, ceza kanunumuz açısından cinselliği bir ahlak sorunu olarak gördüğü sonucunu çıkarmaktadır.¹⁴¹ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mevcut haliyle varlığını devam ettirmesi, yapısında cinsel özgürlükleri koruduğu iddiası bulunan ceza kanunun Modern Teori ile çelişen bir hükmü içerisinde barındırmasına sebep olmaktadır.

Ayrıca madde metni düzenlendikten sonra uygulama açısından sorunlar ortaya çıkmıştır. Yargıtay zaman içerisinde önüne gelen dosyalar üzerinden uygulama birliği sağlanması amacıyla bazı içtihatlar belirlemiştir. Ancak Yargıtay'ın bu konularda almış olduğu kararlarda doktrinde çok tartışılmıştır. Tartışma yaratan konular ve bu konular ile ilgili Yargıtay kararları ilgili bölümde belirtileceğinden şuan için sadece belli başlı problemlerden bahsedilecektir.

Madde metninde cinsel ilişkiden bahsetmesine rağmen cinsel ilişki ile ilgili bir tanım yapılmamıştır. Hangi tür cinsel davranışların cinsel ilişki olarak sayılacağı kanun nezdinde muallâktır. Ayrıca evlenme ya da mahkeme kararı ile on sekiz yaşından önce erginliğini kazanan kişilerin suçun mağduru olup olamayacağı belirsizdir. On beş on sekiz yaş aralığında olan iki çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği durumlarda kimin fail kimin mağdur olacağı da açıklığa kavuşmamıştır. Son olarak şikâyet hakkı mağdurun mu yoksa veli veya vasisinin mi, mağdurun şikâyetten vazgeçmesi durumunda veli veya vasisinin

140 **DÖNMEZER S.**, “Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler”, Cilt 1, 2008, Ankara, s.270

141 **TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2011, Seçkin Yayınları, Ankara, s.323 / **TANER F. G.**, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara s.71

şikâyetçi olmasının bir sonuç doğurup doğurmayacağı hususları kanun metni göz önüne alındığında cevap bulunamayan sorunlardır.

II. Suçun Unsurları

Biz çalışmamızda reşit olmayanla cinsel ilişkinin unsurları olarak, tipiklik, maddi unsur (fiil, netice, illiyet bağı, fail, mağdur, suçun konusu, suçun nitelikli halleri), manevi unsurları (kast, taksir, saik, neticesi sebebiyle ağırlaşmış hal) ve hukuka aykırılık unsurunu açıklamaya çalışacağız.

1. Tipikliğin Maddi Unsurları

İcrai ve ihmali bir hareket, toplum düzeni bakımından zararlı olması durumunda cezalandırılabilmesi için kanun koyucu tarafından bir metinde öngörülmüş ve bir ceza tehdidi ile yasaklanmış olması gerekmektedir.¹⁴² Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından fiilin tipik sayılabilmesi, on beş on sekiz yaş aralığında ki bir mağdur ile cebir, tehdit, hile olmadan tam bir cinsel ilişkinin gerçekleşmiş olma şartına bağlıdır.¹⁴³ Bu şartların sağlanması ile birlikte suçun basit hali için geçerli bir şikayetin de bulunması durumunda fail cezalandırılabilecektir.¹⁴⁴

A. Genel Açıklamalar

Bu suçun maddi unsuru, cebir, tehdit ve hile olmaksızın on beş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkide bulunmaktır.¹⁴⁵ Maddi unsur kavramı fiil, netice ve illiyet bağı, fail, mağdur, suçun konusu ve suçun nitelikli halleri alt boyutlarında incelenmiştir.

142 ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M.A., ÇAKIR K, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 12. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.224

143 TANER F. G., “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, 2017, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara., s.111

144 TORUSLU N., *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 9. Baskı, 2018, Savaş Yayınları, Ankara, s.68

Yargıtay 14. C.D. 20/06/2019 tarih, 2015/7108 E., 2019/10150 K. sayılı kararı ile; “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 şikayetin altı aylık kanuni süresi içerisinde yapıp yapılmadığı belirlendikten sonra sanıklar ile suça sürüklenen çocukların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması”

145 POLAT O., *Tüm Boyutları ile Çocuk İstismarı*, 2007, Seçkin Yayınları, Ankara, s.243

B. Fiil

Cezalandırılmayı gerektiren bir suçun söz konusu olması için kanuni tipe uygun bir fiilin bulunması şarttır. Şu hâlde fiili, insan tarafından iradi olarak gerçekleştirilen icrai ya da ihmali bir davranışla kanuni tipin ihlal edilmesi biçiminde tanımlayabiliriz.¹⁴⁶ İnsani davranış olmadan dış dünyada meydana gelen değişiklikler suç teorisi içerisinde incelenmez.¹⁴⁷ Biz Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu açısından ilk başta fiil unsurunu oluşturan temel eylem olan cinsel ilişki terimini açıkladıktan sonra, cinsel ilişkinin eski kanunda rıza ile yeni kanunda cebir, tehdit ve hile olmadan gerçekleşmesi şartını inceleyeceğiz.

Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi gereği her türlü cinsel davranışın reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğunu söyleme imkânı yoktur. On beş yaşından büyük çocukların rızaları dâhilinde cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışları hukuka uygun kabul edilmiştir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşabilmesi için on beş yaşından büyük çocuk ile cebir, tehdit ve hile olmaksızın rızası dâhilinde kızla vajinal ya da anal yoldan, erkekle anal yoldan cinsel ilişkiye girilmesi gerekmektedir.¹⁴⁸ Cinsel ilişki sırasında penis kullanılması zorunludur.¹⁴⁹ Cinsel tatmine ulaşma zorunluluğu yoktur. Oral yoldan ilişkiye girilmesi ya da cinsel organ yerine sair cisim ya da başka bir organ sokulması bu suçun oluşması için yeterli değildir.¹⁵⁰ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu sadece hareket suçudur.

a. Cinsel İlişki

Suçun oluşabilmesi için şart koyulan cinsel ilişki eylemi kanunda tanımlanmamıştır. Cinsel ilişki bir tanıma göre, bir kişinin cinsel organının diğer bir kişinin

¹⁴⁶ SOYASLAN D., *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7.Baskı, 2016, Yetkin Yayıncılık, Ankara, s. 219

¹⁴⁷ ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M.A., ÇAKIR K., *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 12. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.233

¹⁴⁸ TANER F.G., *Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2011 Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler enstitüsü Kamu Hukuku A.B.D., Yayınlanmış Doktora Tezi, s.284/ BEYAZIT Ö. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, TAAD, Nisan 2010, Sayı: 1, s. 299 / TEZCAN D., ERDEM M.R., ÖNOK M., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*,2012, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.338 / BAYRAKTAR K. vd., 2017, Özel Ceza Hukuku Kişilere Karşı Suçlar (1), 2, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s.543

¹⁴⁹ YAŞAR O., GÖKCEN H.T., ARTUÇ M., *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. cilt*, 2010, Adalet Yayınevi, Ankara, s.682 / GÜNDÜZ R., GÜLTAŞ V., *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Suçlar*, 2011, Bilge Yayınları, Ankara s.285

¹⁵⁰ TEZCAN D., ERDEM M.R., ÖNOK M., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*,2012, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.310 / ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M.A., ÇAKIR K., *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, 17. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.306

cinsel organına girmesidir.¹⁵¹ Başka bir tanıma göre cinsel ilişki normal olarak bir erkek ve kadının tenasül organlarını kullanarak çiftleşmeleri¹⁵² olarak tanımlanmaktadır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu zamanında Yargıtay Ceza Genel Kurulu cinsel ilişkiyi; “*aktif failin tenasül organını diğerinin vücuduna normal veya anormal şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesi*”¹⁵³ olarak tanımlanmaktaydı.

Doktrinde cinsel ilişki olarak anlaşılması gereken ifadenin Türk Ceza Kanunu 103/2. maddesindeki nitelikli hal olan vücuda organ veya sair cisim sokulması olduğu ifade edilmiştir.¹⁵⁴ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun metninde geçen ancak gerekçesinde dahil açıklanmayan cinsel ilişki teriminin hangi durumlarda oluşacağı zaman içerisinde Yargıtay’ın almış olduğu kararlarla ortaya çıkmıştır. Yargıtay aldığı kararlar ile cinsel ilişkiyi dar yorumlamıştır. Yargıtay’a göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda suçun oluşabilmesi için vajinal ya da anal yoldan cinsel organ ithali şarttır.¹⁵⁵ Yargıtay’ın vajinal yolla girilen cinsel ilişkide kızlık zarının elastiki olmaması durumunda zarın bozulmuş olmasının gerektiği yönünde kararları da bulunmaktadır.¹⁵⁶

Türk Ceza Kanun’un 225. maddesinde düzenlenen hayâsızca hareket suçunun gerekçesinde cinsel ilişkiyi; “Cinsel arzuların tatmini amacına yönelik her türlü davranış” şeklinde tanımlamıştır.¹⁵⁷ Ancak bu tanım reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından uygulanmamalıdır. Kanun koyucu Türk Ceza Kanun’un 102. ve 103. maddelerinde suçun oluşabilmesi için cinsel davranışları yeterli görmüşken, 104. madde de cinsel davranış terimi yerine cinsel ilişki terimini kullanmıştır. Burada ki amacın, rıza dâhilinde olan cinsel

151 ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M.A., ÇAKIR K., Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 17. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.308 / TEZCAN D., ERDEM M.R., ÖNOK M., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2012, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.342

152 YILMAZ E., Hukuk Sözlüğü, 2016, Yetkin Yayınları, Ankara, s.280

153 Yargıtay Ceza Genel Kurulu 04/03/2003 tarih, 2003/5-21 Esas, 2003/19 Karar sayılı kararı

154 ÜNVER Y., “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi”, 2014, Ankara, s.47

155 ATAMAN, E., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 2011, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.B.D., Yayımlanmış Y. Lisans Tezi, s.56

156 Yargıtay 14. C.D. 23/09/2019 tarih 2015/8874 E., 2019/11014 K. sayılı kararı ile; “Mağdure H.’nin aşamalarındaki ifadeleri, savunma, İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunca düzenlenen 30.12.2011 günlü, 5843 sayılı heyet raporunda mağdurenin cinsel muayenesinde hymenin esnek yapıda olmadığı, ereksiyon halindeki penis veya benzer cesamette cismen duhlülü ile yırtılabileceğinin ve mevcut bulgulara göre bakire olduğunun belirtilmesi karşısında, cinsel ilişkinin gerçekleşmediği ve mevcut haliyle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanığın müsnet suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi.”

157 ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M.A., ÇAKIR K., Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 17. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.308

eylemlerin daha ileriye gitmesi, cinsel davranış boyutunu aşması durumunda, cezalandırılma yoluna gidildiği aşikârdır. Cinsel ilişki teriminin sınırlarının 225. madde gerekçesinde açıklanan şekilde geniş yorumlamak, Kanun Koyucunun oluşturmak istediği cinsel suçlarda ki ceza sistematığına aykırıdır.¹⁵⁸

Yeni Türk Ceza Kanunun sistematığı, cinsel suçlar ile ilgili kanun maddeleri ve maddelerin gerekçeleri de göz önüne alındığında reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından cinsel ilişki eyleminin gerçekleşebilmesi için taraflardan birinin erkek olması şarttır.¹⁵⁹ Bu haliyle cinsel ilişkinin oluşabilmesi için, cinsel arzuların tatmini amacıyla erkeğin kadına anal ya da vajinal yoldan organ sokması veya erkeğin erkeğe anal yoldan cinsel organ sokması gerekmektedir.¹⁶⁰

Bununla beraber cinsel ilişki teriminin dar yorumlanmasından dolayı, iki bayan arasında gerçekleşen lezbiyen ilişkiler, bir taraf on beş yaşından büyük kız çocuk olması durumunda dahi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmayacaktır. Çünkü bu tip ilişkiler, duhul niteliğinde ilişkiler değildir. Tarafların birbirlerinin vücuduna parmak gibi organlar ya da cisim sokmaları ile gerçekleşebilecek cinsel davranışlar Türk Ceza Kanun'un 104. maddesinde ifade edilen nitelikteki cinsel ilişki olarak değerlendirilemeyeceğinden, bir bayanın başka bir bayan ile rızaya dayalı yaşadığı cinsellik, Türk Ceza Kanun'un 104. maddesi kapsamında değerlendirilemez.¹⁶¹

158 **TANER F. G.**, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara, s.335

159 **TUĞRUL A. C., TUĞRUL M.C.**, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar ve Enstest İlişkiler*, 2018, Legal Kitabevi, Ankara, s.515

160 **TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M.**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 15.Baskı, 2017, Seçkin Yayınları, Ankara s.381/ **ŞEN E.**, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 2006, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s405/ **YOKUŞ SEVÜK H.**, "Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl:2 Sayı 5, 2005, Ankara, s.297

Yargıtay 14. C.D. 19.02.2018 tarih, 2015/972 E., 2018/1125 K. sayılı kararı "...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 onbeş-onsekiz 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..."

161 **Yargıtay 14. C.D. 21.04.2014 tarih, 2012/6729 E., 2014/5373 K. sayılı kararı** "...Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK'nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında, mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, kayden 10.06.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşını doldurmuş olan mağdureyle rızası ile öpüşüp seviştiği sırada mağdurenin cinsel organına parmağını soktuğu anlaşılan hemcinsi sanığın, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışları nedeniyle hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan beraati yerine, yazılı şekilde düşme karar verilmesi..."

Bu durumda şunu söyleme imkânımız vardır. Lezbiyen ilişkiye rıza yaşı on beş iken heteroseksüel ya da erkekler arasında gerçekleşen eşcinsel cinsel ilişkilere rıza yaşı on sekizdir. Bireylerin cinsel tercihleri kendi özel hayatları ile ilgili olmasından dolayı, toplumun ve kamunun bu tercihlere saygı duyması gerekmektedir. Ancak reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından herhangi bir makul izahı olmayan bir eşitsizlik ortaya çıkmaktadır.¹⁶² Bu ayırım Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde bulunan “Özel ve Aile Hayatına Saygı” kuralını ihlal teşkil ettiği değerlendirilebilir.

Cinsel ilişki düzeyine varmayan yakınlaşmalar Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu’nu oluşturmaz. Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlar sonucunda uygulamada vücuda cinsel organ harici parmak veya cisim sokmanın¹⁶³, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmadığı ortaya çıkmaktadır.¹⁶⁴

Cinsel organ harici cisim sokma eyleminin bu suçu oluşturmaması aslında cinsel suçlarla ilgili ceza sistematigiyle çelişki oluşturmaktadır. Türk Ceza Kanun’un cinsel suçları düzenleyen 102 ve 103. maddelerinin 2. fıkralarında cinsel ilişki sırasında sair cisim sokulması ile cinsel organ sokulmasını “seçimlilik hareketi” olarak değerlendirerek eş değer cezalara hükmedilmesi karşısında 104. madde olan Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu açısından sair cisim sokulmasında suçun oluşmayacağını söylemek ceza sistemi açısından bir çelişki oluşturduğu aşikârdır.¹⁶⁵ Kanunun sistematigi açısından Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçunun sair cisim sokulması halinde de oluşması gerekirdi. Mağdur çocuğa anal veya vajinal yoldan organ ya da cisim sokulmasının mağdurun cinsel gelişimine olumsuz etkilerinin cinsel organ sokulduğu durum ile pek bir farkının olmadığı görüşündeyiz.¹⁶⁶

162 AKSAKAL E., *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, 2014, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:88, Sayı:2, s.273

163 *Yargıtay 14. C.D. 11.12.2012 tarih, 2011/6606 E., 2012/12803 K. sayılı kararı ile “...Kabul ve uygulamaya göre de; Anüse parmak sokmanın TCK’nın 104/1. maddesinde yazılı cinsel ilişki suçunu oluşturamayacağı gözetilmeden sanığın bu madde ile mahkûmiyetine karar verilmesi...”*

164 ARSLAN Ç., AZİAĞAOĞLU B., *Yeni Türk Ceza Kanununun Şerhi*, 2004, Asil Yayınları, Ankara, s.232 / TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 15.Baskı*, 2017, Seçkin Yayınları, Ankara s.345

165 MALKOÇ İ., *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, 2009, Malkoç Yayınevi, Ankara, s.159

166 ÖZBEK V. Ö., KANBUR Mehmet N., DOĞAN K., BACAŞIZ P., TEPE İ., “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara, s.394/ KANBUR M. N., “Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, CHD, Yıl:8, Sayı:, Nisan 2013, s.4170

Benzer şekilde Yargıtay oral seksi cinsel ilişki olarak değerlendirmemiştir.¹⁶⁷ Doktrinde oral seksin cinsel ilişki olup olmadığına dair farklı görüşler bulunmaktadır.¹⁶⁸ Kanun koyucunun bu suç tipini oluştururken suç ile korumak istediği hususun çocuğun cinsel bütünlüğü ve sağlıklı cinsel gelişimi olduğunu kabul ettiğimiz takdirde, oral seksin yani vücuda ağız yoluyla cinsel organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen fiilin çocuğun korunmasını istediğimiz değerlerini, olumsuz yönde etkilemediğini kabul etmek bizce pek doğru olmayacaktır.¹⁶⁹

Yargıtay'ın uygulamaları cinsel ilişkiyi dar yorumlaması, bizce hakkaniyete uygun değildir. Vücuda sair cisim sokulması eylemi ile oral seksin de cinsel ilişki olarak kabul edilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Doktrinde madde metninin “*cebiri, hile, tehdit ve iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın on beş yaşını bitirmiş çocuğu ikna ederek vücutuna organ veya sair bir cisim sokan kimse ... cezalandırılır*” şeklinde değiştirilmesi gerektiği görüşü de mevcuttur.¹⁷⁰ Bu şekilde bir metin her ne kadar ikna edenin kim olduğunun tespiti konusunda, bazı sıkıntılar ortaya çıkarabilecek olsa da kanunun sistematığına daha uygun olacaktır. Ancak şunu da belirtmekte yarar vardır. Bu şekilde bir değişiklik yapılması durumunda cinsel saikle kulağa ya da buruna sair cisim sokulması durumunda suçun oluşacağı sonucu ortaya çıkacaktır. Bu sorunları önleme amacıyla cinsel ilişkinin tanımını; “cinsel organın vücuda vajinal, anal veya oral yoldan,

167 **Yargıtay 14. C.D. 03.12.2015 tarih 2015/7489 E. 2015/11316 K.** sayılı kararı ile “Mağdurelerin aşamalarındaki beyanları, olayın intikal şekli ve tüm dosya içeriğine göre, soruşturmanın başlamasından bir süre önce sanık D. H.'nin tanışıp arkadaş olduğu mağdureleri aracıyla birçok yere gezmeye götürdüğü, mağdurelere para ve kontör verdiği, kıyafet aldığı, intikal tarihine kadarki süreçte mağdurelerin onbeş yaşından büyük olduğu dönemlerde, cebiri, tehdit, hile veya iradelerini etkileyen başka bir neden olmaksızın rızaları dahilinde sanığın cinsel organını bir kere mağdure Z.'in ağzına soktuğu, aynı eylemi mağdure E.'ya karşı iki kez, mağdure H.'ya karşı dört beş kez ve mağdure C.'a karşı birçok kez gerçekleştirdiği, ayrıcasanığın mağdure C. ile anal yoldan cinsel ilişkiye girmek istediği ancak mağdurenin acıdığını söylemesi üzerine cinsel organını sokmadan eylemine son verdiği, sanığın, araç içerisinde mağdure Y.'un elinden tuttuğu, bacakları ile göğüslerine dokunduğu ve dudaklarından öptüğü, sanık H.'un da mağdure C.'a karşı bir kere cinsel ilişkiye varmayacak şekilde göğüslerini öperek vücutuna dokunduğu ayrıca bir kere de cinsel organını mağdurenin ağzına soktuğu sabit olmakla birlikte, sanıkların cebiri, tehdit, hile veya mağdurelerin iradelerini etkileyen başka bir fiilde bulunmaksızın rızaları dahilinde belirtilen eylemleri gerçekleştirdikleri sırada mağdurelerin onbeş yaşından büyük oldukları nazara alındığında anılan fiillerin suç teşkil etmemesi nedeniyle beraatlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyetlerine hükmedilmesi...”

168 **Oral seksin cinsel ilişki olarak kabul edildiği görüş için bkz. BEYAZIT, Ö.,** Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Nisan 2010, Sayı:1, TAAD, s.300 / **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAĞIZ P., TEPE İ.,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara, s.349 **karşıt görüş için bkz. TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M.,** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2008, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 428 / **YOKUŞ SEVÜK H.,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.297 / **GÜNDEL A.,** “Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı, Cinsel İstismar, Cinsel Taciz, Rızaen Irza Geçme, Hürriyeti Kısıtlama Alıkoyma, Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları” 2009, Seçkin Yayınları, Ankara, s.148

169 **ÖZBEK V.Ö.,** TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, 2008, C. II, 3. B., Seçkin Yayınları, Ankara, s. 638 / **KOCAOĞLU S.,** “Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, 2016, Yetkin Yayınları, Ankara s.420

170 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. A., ÇAKIR K.,** Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 17. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.433

sair cismin vücuda vajinal veya anal yoldan ithal edilmesi ile gerçekleşir” şeklinde düzenlenmesinin, yerinde bir düzenleme olacağı kanaatindeyiz.¹⁷¹

b. Cebir, Tehdit ve Hilenin Olmaması (Rızanın Olması)

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu 416/3. maddesinde “*reşit olmayan bir kişi ile rızasıyla cinsi münasebette bulunan*” hükmünde açıkça rızadan bahsederek, mağdurun rızanın tipikliğin bir unsuru olarak öngörülmekteydi. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 104. maddesinde fiilin “*cebir, tehdit ve olmaksızın*” işlenmiş olmasını şart koyarak mağdurun rızasından bahsedilmemiştir. Her ne kadar kanunun yeni metninde “*rıza*” terimi yerini almamış olsa da uygulamada cebir, tehdit ve hile olmadan cinsel ilişki gerçekleştiğinde mağdurun rızasının olduğu kabul edilmektedir.¹⁷² Sözlük anlamı itibariyle rıza “*razı olma, isteme, istemek*”¹⁷³ demektir. Türk Ceza Kanunu açısından rızanın tanımını “*rıza gösterme ehliyeti olan kişinin, üzerinde ki tasarruf yetkisi hukuk düzeni tarafından kendisine bırakılmış bir hukuksal değerine karşı gerçekleştirilen ve söz konusu hukuksal değeri tehlikeye düşüren veya zarara uğratan bir fiil kabul etmesi ve onaylamasıdır*”¹⁷⁴ şeklindedir.

Madde metninde bulunan cebir, tehdit ve hilenin olmaması durumunu suçun unsuru olduğunu kabul etmemiz gerekir.¹⁷⁵ Daha açık bir ifade ile madde metninde bulunan cebir, tehdit ve hilenin olmaması durumunu mağdurun cinsel ilişkiye var olan rızası olarak değerlendirerek, cinsel ilişkinin iradeye fesada uğratan cebir, hile veya tehdit gibi durumların cinsel eylem öncesinde ve sırasında mevcut olmadığı anlamına gelmektedir.¹⁷⁶ Nitekim ülkemizde çok yaygın olarak çoğunlukla kırsalda tarafların ve

171 KANBUR M. N., *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, CHD, Yıl:8, Sayı:, Nisan 2013, s.4172

172 ÜZÜLMEZ İ., KOCA M., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2015, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, s.331

173 TDK Güncel Sözlük 12.08.2018 tarihinde alınmıştır.

174 ŞAHİN, M. E., *Ceza Hukukunda Rıza*, 2012, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, s.7

175 YOKUŞ SEVÜK H., “Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl:2 Sayı 5, 2005, Ankara, s.124 / SOYASLAN D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2014, Yetkin Yayınları, Ankara, s.243 / TEZCAN D. ERDEM M. R., ÖNOK R.M. 2017, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.338

176 *Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 07.02.2017 tarih, 2016/14-762 E., 2017/53 K. sayılı kararı ile “...TCK’nun 103. maddesinde üç grup mağdura yer verilmiş olup birincisi onbeş yaşını tamamlamamış olan çocuklar, ikincisi onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklar, üçüncüsü ise onbeş yaşını tamamlayıp onsekiz yaşını tamamlamamış çocuklardır. ...Üçüncü grupta yer alan çocuklar yönüyle eylemin suç oluşturması için gerçekleştirilen cinsel davranışların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, anılan kanunun 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçundan değil, şikâyet üzerine 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır.”*

ailelerinin isteği ile gerçekleşen imam nikâhı sonrasında, mağdurun şikâyet hakkının olduğuna dair Yargıtay kararları vardır. Rızanın taraflar tarafından açıkça ortaya koyulduğu ve tarafların aileleri rızaları sonrası kıyılan imam nikâhı sonrasında gerçekleşen cinsel ilişki ile ilgili, Yargıtay, yerel mahkemenin cinsel ilişki tarihinde on yedi yaşında olan mağdur ile imam nikâhı ile evlenen, akabinde rızası dâhilinde cinsel ilişkiye giren, ancak anlaşılmayarak ayrılan sanık hakkında TCK 26/2 maddesi uyarınca mağdurun ilişkiye rızası olması nedeniyle, sanığa Ceza Verilmesine Yer Olmadığı kararını, rızanın suçun unsurlarından olduğu, bu nedenle TCK 26/2. maddesinin uygulanamayacağı gerekçesi ile bozmuştur.¹⁷⁷ Yargıtay bu kararı ile ülkemizde çok yaygın olan imam nikâhı sonrası girilen cinsel ilişkide bile on sekiz yaşından küçük mağdurun şikâyeti üzerine sanığı cezalandırılması gerektiğini karara bağlamıştır. Yargıtay bu içtihadına devam niteliğinde güncel kararları bulunmaktadır.¹⁷⁸

765 Sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu ve 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda ortak olarak hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerden biri olarak kabul edilen mağdurun rızası yerini almıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 26. maddesinde düzenlenen Cezayı Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenler hükmünün 2. fıkrasında *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez”* maddesi bulunmaktadır. Bu durumda on beş yaşından büyük çocuklar yönünden cinsel ilişki, mutlak surette tasarruf edemeyeceği bir eylem olarak nitelendirmiştir.¹⁷⁹

Türk Ceza Hukukunda rıza ehliyetinin belirlenmesinde hukuki işlem ehliyeti kriterleri esas alınamaz.¹⁸⁰ Daha çok mal varlığı ile ilgili haklar açısından uygulanan fiil ehliyeti olarak değerlendirilen hukuki işlem ehliyetinde rıza gösteren kişinin hukuksal işlem ehliyetine sahip olduğu kabul edilmiş olsa da ceza kanunu açısından rıza ehliyetinin

¹⁷⁷ *Yargıtay 14. C.D. 12.09.2013 tarih, 2012/7555 E. 2013/9075 K.sayılı kararı “...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...”*

¹⁷⁸ *Yargıtay 14. C.D. 19.02.2019 tarih, 2015/7932 E. 2013/7368 K.sayılı kararı ile ilk derece mahkemesinin imam nikahı sonrası mağdur ile yaşanan cinsel ilişkinin Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunu oluşturacağına dair kararını onamıştır.*

¹⁷⁹ *TANERİ G., 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunda Sık Karşılaşılan Suçlar, 2014, Bilge Yayınevi, Ankara, s.312 / DÖNMEZER Sulhi, “Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler”, Cilt 1, 2008, Ankara, s.260*

¹⁸⁰ *ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M.A., ÇAKIR K., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2017, Adalet Yayınları, Ankara, s.274*

varlığını her somut olayda olayın kendi özelliklerine göre değerlendirme yapılarak suçun rıza göstermeye elverişli bir suç olup olmadığı, rıza gösterenin ruhsal ve ahlaki gelişimi itibariyle rıza gösterdiği eylemin anlam ve sonuçlarını değerlendirebilecek olgunlukta olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.¹⁸¹

Ceza kanunu açısından hukuken geçerli bir rızanın varlığından söz edebilmek için rıza gösterenin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hakkın var olması gerekmektedir. Kişinin kendisine ait hukuksal değerleri koruyan suç tipleri açısından rıza göstermesi mümkündür.¹⁸² Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından on beş on sekiz yaş aralığında ki çocukların cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlara rıza göstermeleri hukuki açıdan geçerli olup fail bu eylemleri nedeniyle cezalandırılmaz. Bu yaş grubundaki çocuklara cinsel davranışları konusunda mutlak bir özgürlük tanınmadığından cinsel ilişkiye göstermiş oldukları rıza hukuken geçerli hatta suçun unsuru olması karşısında, fiilden dolayı fail cezalandırılabilir.

Suçun unsuru olarak değerlendirilen rızayı gösterenin, rıza ehliyetine sahip olması gerekir.¹⁸³ Rıza ehliyeti ile ilgili özel bir düzenleme bulunmayan suç tipleri açısından rıza ehliyetinin varlığı tespit edilirken, her somut olay özelinde rıza gösterenin, kendisine karşı işlenen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamadığının değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir.¹⁸⁴ Kişinin iradesini sakatlığa uğratacak dış baskı yoksa ve kendisine karşı gerçekleştirilen eylemin sonuçlarının farkında ise rızasının hukuken geçerli olması gerekmektedir. İstisnai olarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda olduğu gibi, kanunda yaş ile ilgili bir sınırlama getirilmişse, mağdurun kendisine karşı gerçekleştirilen eyleme gösterdiği rızanın hukuken geçerliliği mevcut olsa da failin cezalandırılmayacağından bahsedilemez.¹⁸⁵ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda

181 **ŞAHİN, M. E.**, *Ceza Hukukunda Rıza*, 2012, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, s.140

182 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M.A., ÇAKIR K.**, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, 17. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.308 s.433 / **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAŞIZ P., TEPE İ.**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara s.435

183 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M.A., ÇAKIR K.**, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 12. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.434 / **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAŞIZ P., TEPE İ.**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, 2015, Seçkin Yayınları, Ankara s.345 / **HAKERİ H.**, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 2017, Adalet Yayınevi, Ankara, s.365

184 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M.A., ÇAKIR K.**, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, 17. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.439 / **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAŞIZ P., TEPE İ.**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara s.435

185 **KOCA M., ÜZÜLMEZ İ.**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2018, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara, s.287

mağdurun rızası hukuken geçerli ve suçun unsurudur. Mağdurun rızası hukuken geçerli olmadığı durumlarda eylemler TCK'nın 103. maddesindeki cinsel istismar suçuna vücut verecektir.¹⁸⁶

Rızanın karşı tarafa açıklanması gerekmektedir. Rıza açıklaması fiilden önce ya da fiil işlenirken yapılabilir. Fiil işlendikten sonra gösterilen rıza (icazet) fiilin suç olma vasfını değiştirmeyecektir.¹⁸⁷ Rıza gösterilen fiil ile gerçekleştirilen eylemin kapsamının aynı olması gerekmektedir. Vajinal yoldan cinsel ilişkiyi kabul eden mağdur ile anal yoldan ilişkiye girilmesi durumunda rıza, fiil ile uyumlu olmadığından geçerli olmayacaktır. Rıza açıklaması belirli bir şekil şartına bağlı olmayıp duruma göre sessiz kalınarak gösterilen zımni rıza da geçerlidir.¹⁸⁸ Yargıtay mağdura direnme sorumluluğu yükleyerek, cinsel ilişkiye direnmediği adli raporla da tespit edilen mağdura karşı gerçekleştirilen eylemin cinsel istismar suçu oluşturmayacağına karar vermiştir.¹⁸⁹ Rızanın eylem boyunca devam etmesi gerekmektedir.¹⁹⁰ Fiilin en başında rıza var olsa bile eylem sırasında rızasından vazgeçenin bu beyanına rağmen eyleme devam edilmesi durumunda, hukuken geçerli bir rızanın varlığından bahsedilemez.¹⁹¹

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu açısından mağdurun cebir, tehdit ve hile olmadan elde edilmiş rızasını suçun oluşumu için şart olarak koyulduktan sonra aynı

186 **AYDIN M.** "Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2014, İzmir, s.94
TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2010, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.408 / **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAĞSIZ P., TEPE İ.**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara, s.347

187 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. A., ÇAKIR K.**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 17. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.439 / **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAĞSIZ P., TEPE İ.**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara s.435

188 **EKİCİ ŞAHİN M.**, Ceza Hukukunda Rıza, 2012, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.170

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

190 **TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK R. M.**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2017, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.328

191 **Yargıtay 14. C.D. 17.06.2013 tarih 2011/12938 E. 2013/7748 K.** sayılı kararı ile "...Mağdure beyanı, sanık savunması, tanıklar R. ve C.'in anlatımları ve dosya kapsamına göre; mağdure sanıkla rızasıyla gitmiş ise de, mağdurenin cep telefonunu alıp kendisini rahatlatması halinde iade edeceğini söyleyerek basit cinsel istismarda bulunan ve geri dönmek istemesine rağmen cebir kullanarak onu bırakmayan sanığın eylemlerinin tehditle de işlenmesi nedeniyle TCK'nın 103/1-b maddesindeki çocuğun basit cinsel istismarı ve TCK'nın 109/2-3f-5 maddesindeki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarını oluşturduğu gözetilmeden, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin TCK'nın 104/1 ve çocuğun kaçırılıp alıkonulmasına ilişkin 234/3. maddeleriyle hüküm kurulması"

mağdurun şikâyeti ile eylem cezalandırılmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda buna benzer başka bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁹² Tartışmaların devamı üzerine madde metninin iptali talebiyle konu, Anayasa Mahkemesi'ne taşınmıştır. İptal isteminin gerekçesi özetle; “*Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu madde metninde mağdurun ve failin kim olduğunun tam olarak tespit edilememesi, fiilden önce rıza açıklamaya ehil olan ve rızasını açıklayan çocuğun Türk Ceza Kanunu'nun 26/2 maddesi gereğince mağdur sayılmasının Anayasa'nın kanunilik ilkesine aykırı olduğu*” şeklindedir.¹⁹³ Anayasa Mahkemesi ret kararı vererek reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından rızanın suçun bir unsuru olduğunu, Türk Ceza Kanunu 26/2. maddesinde belirtilen rızanın geçerli olabilmesi açısından hukuken geçerli sınırlar içerisinde gerçekleşen eylemlerle ilgili olduğunu ve bu durumda geçerli kabul edileceğini beyan etmiştir. Ayrıca kanun koyucunun hangi eylemleri suç teşkil edeceği ve kovuşturma usulü ile ilgili takdir yetkisinin olduğu ve failin ve mağdurun madde metni ile belirlenebileceği kararını vermiştir.

Çocuğa mutlak anlamda bir cinsel özgürlük tanınmaması ve göstermiş olduğu rızaya itibar edilmemesinin nedeni öğretide; çocuğun cinsel ilişki fiilinin bütün şahsi, ailevi, toplumsal ve manevi sonuçlarını anlamayabilecek durumda olması gösterilmiştir. Bu nedenle çocuğun cinsel ilişkiye yönelik olarak oluşan anlık arzu, zaaf ve merakın etkisiyle, aslında sonradan kabullenmeyeceği ve yaptıklarından pişman olacağı değerlendirilmiştir.¹⁹⁴

Somut olayda rızanın varlığının tespiti çok önemlidir. Mağdur tarafından fiile geçerli bir rıza gösterilmemesi durumunda eylem Türk Ceza Kanunu 103. maddesindeki

192 ÖZTÜRK B., *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Nisan 2010 Sayı:1, TAAD, Ankara, s. 295

193 **Anayasa Mahkemesi 26.02.2009 tarih 2006/17 Esas 2009/33 Karar** sayılı kararı ile “...Hukuk düzeni, kişiyi, kendisiyle ilgili belli konular üzerinde başkaları tarafından belli tasarruflarda bulunma hususunda rıza göstermeye yetkili kılabilir. Böyle bir durumda rıza, hukuka uygunluk sebebi sayılmaktadır. Ancak bunun için rızanın, ilişkin bulunduğu konu üzerinde ve hukuken tanınan sınırlar kapsamında bir tasarrufa ilişkin olması gerekir. İtiraz konusu kurala göre suç sayılan fiilin “cebir, şiddet ve hile olmaksızın”, bir başka ifadeyle mağdurun rızasıyla işlenmesi gerekmektedir. Bundan, belli yaş grubuna dahil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile onbeş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda sözü edilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu'nun evlenme ve velayete ilişkin hükümlerinin bu yaş grubu çocuklar açısından değerlendirilmesi de varılan bu sonucu desteklemektedir. Aynı sonuç mağdurun kim olduğuyla şikâyet hakkının kime ait bulunduğuna dair iddialar açısından da geçerlidir. Düzenlemenin bu haliyle belirsizlik içermediği, sayılan hususların ilgili mevzuat hükümleriyle somut olayın özelliklerine göre yargı organları tarafından çözülebilmeye elverişli olduğu anlaşılmakla, kuralın Anayasanın 38. maddesine aykırı bir yönü de görülmemiştir.” gerekçesi ile itirazı ret etmiştir.

194 ÖZBEK, V. Ö., KANBUR, M. N., DOĞAN, K., BACAŞIZ, P., TEPE, İ., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara, s.346

cinsel istismar suçunu oluşturacaktır.¹⁹⁵ Rızanın geçerli olabilmesi için rıza gösterenin iradesini sakatlayabilecek cebir, tehdit, hile ve benzeri davranışların rızanın oluşumunda etkili olmaması gerekmektedir.¹⁹⁶

Rızanın varlığının ispat edilip edilememesi, suçun vasfını değiştireceğinden çok önemli bir konudur. Genellikle rıza ile cinsel ilişki gerçekleşmiş olsa dahi taraflar arasında yaşanan problemler ya da ilişkiyi mağdurun ailesinin öğrenmesi üzerine aile baskısından korkarak mağdurun yalan söylenmesi gibi nedenlerle¹⁹⁷, sonunda reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm verilen olaylar bile ilk başta cinsel istismar iddiası ile soruşturmaya başlanmaktadır.

Rızanın hukuki anlamda geçerli olabilmesi için mağdurun rıza göstermeye ehil olması gerektiğini daha önce açıklamıştık. On beş on sekiz yaş grubundaki çocukların kendi rızaları ile girmiş oldukları cinsel ilişki sonrasında şikâyetçi olmamaları durumunda bile mağdurun akıl sağlığı ile ilgili bir iddia bulunması halinde, mağdur hakkında kendisine karşı gerçekleştirilen eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği ile ilgili adli rapor alınması gerekmektedir.¹⁹⁸ Bu raporda ayrıca mağdurun algılama yeteneğini

195 **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 17.02.2017 tarih, 2016/14-762 E., 2017/53 K. sayılı kararı ile** “...Sanıkla arasında dosyaya yansıyan herhangi bir husumet bulunmayan katılan A.’nin, oluğa ilişkin ayrıntılı ifadeler vererek tüm aşamalarda sanığın kendisini bıçakla tehdit edip cebir uygulamak suretiyle rızası dışında cinsel ilişkiye girdiğini beyan etmesi; nişanlı olan sanığın eylemini bakire olup olmadığını öğrenmek için yaptığına dair dosya kapsamına uygun açıklamalarda bulunması; Uşak Devlet Hastanesinin 03.09.2013 tarihli raporunda katılan A.’nin kızlık zarında saat 7 hizasında eski deflore bulunduğunun tespit edilmesi; tanıklar Hüseyin ve İsmail’in aşamalarda nohut topladıktan sonra dönen sanığın kendilerine katılan A. ile cinsel ilişkiye girdiğini söylediğine ilişkin anlatımlarda bulunması karşısında; sanığın katılan A. ile cinsel ilişkiye girmedeği ve altınların teslimi konusunda yaşanan anlaşmazlıktan dolayı kendisine iftira atıldığı yönündeki savunmalarının suçtan kurtulmaya yönelik olduğu anlaşıldığından, sanığın katılan A. ile rızası dışında cinsel ilişkiye girdiği ve yüklenen suçu işlediği hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde sübuta ermiştir.”

196 **YOKUŞ SEVÜK H.**, “Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl:2 Sayı 5, 2005, Ankara, s.124 / **SOYASLAN D.**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2014, Yetkin Yayınları, Ankara, s.243 / **TEZCAN D. ERDEM M. R., ÖNOK R.M.** 2017, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.338

197 **Yargıtay 14. C.D. 01.07.2019 tarih, 2019/2139 E. 2019/10483 K. sayılı kararı ile**; “Olayın intikal şekli ve zamanı, savunma ve tanık beyanları nazara alındığında, sanığa ait işyerinde çalışan on yedi yaşındaki mağdurenin, nitelikli cinsel istismara maruz kaldığını iddia ettiği ilk olaydan sonrada çalışmaya ve sanıkla görüşmeye devam ettiğinin beyanları ile tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, yaşanan cinsel ilişkilerin zorla gerçekleştiğine dair mahkumiyete yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilip, mevcut haliyle eylemlerin 5237 sayılı TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmaları nedeniyle sanığın bu suçtan mahkumiyeti yerine, delillerin değerlendirmesinde yanlıya düşülerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi”

Yargıtay 14. C.D. 14.02.2019 tarih, 2017/7718 E. 2019/4976 K. sayılı kararı ile; İlk derece mahkemesinin; mağdurun iki SSÇ ile rızası dahilinde anal yoldan cinsel ilişkiye girdiği, bu olay üzerinden altı aydan uzun bir süre geçtikten sonra mağdurun ailesinin öğrenmesinden dolayı cinsel ilişkinin zorla gerçekleştiği iddiası ile iki SSÇ’den şikâyetçi olduğu, yapılan yargılama sonucunda cinsel ilişkinin zorla gerçekleştiğine dair her türlü şüpheden uzak kesin delil elde edilemediği, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince cinsel ilişkinin zorla gerçekleşmediğinin kabul edildiği, yargılama sırasında öle SSÇ için verilen 5237 sayılı TCK’nun 64/1 ve CMK’nun 223/8 maddesi gereğince kamu davasının düşürülmesi ve diğer SSÇ hakkında verilen yasal şikâyet süresinde şikâyetin olmaması sebebiyle 5237 sayılı TCK’nun 73 ve CMK’nun 223/8 maddeleri uyarınca kamu davasının düşürülmesine kararını onamıştır.

198 **ŞEN E.**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2006, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.396 / **TUĞRUL A. C., TUĞRUL M.C.**, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar ve Enstest İlişkiler, 2018, Legal Kitabevi, Ankara, s.281

ortadan kaldıran bir hastalığının tespiti halinde, bu hastalığın hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağına da belirtilmesi gerekir.¹⁹⁹ Hasta olduğu hekim olmayanlar tarafından anlaşılabilceği şeklinde rapor düzenlenmesi durumunda, failin gerçekleştirmiş olduğu eylem, Türk Ceza Kanun'un 103/2 maddesi gereğince cinsel istismar suçuna vücut verecektir. Hasta olan mağdurun hastalığı hekim olmayanlarca anlaşılamayacağına yönelik rapor düzenlenmesi ve şikâyet yokluğu durumunda faile ceza verilmez. Hastalığın hekim olmayanlarca anlaşılamayacağı şeklinde bir raporun varlığı ile birlikte somut olayda objektif nedenlere, fail mağdurun hasta olduğunu bilebilecek durumda olması halinde, fail Türk Ceza Kanunu'nun 103/2 maddesi gereğince cinsel istismar suçundan cezalandırılacaktır.²⁰⁰

C. Netice ve İlliyet Bağı

Suçun maddi unsurunun öğelerinden birini oluşturan sonuç, eylemin dış dünyada meydana getirdiği farklılık, değişiklik olarak tanımlanmaktadır. Neticeye göre suçlar, sırf hareket suçları ve neticeli suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Reşit olmayanla cinsel

Yargıtay 14. C.D. 03.10.2013 tarih, 2012/6759 E. 2013/10092 K. sayılı kararı, "Mağdurenin dosya kapsamında bulunan raporlarında mağdureye psikiyatrik anlamda bipolar bozukluk tanısı konulduğu ve aşamalarındaki ifadelerinde kendisini rızası dışında sanığın eylemini gerçekleştirdiğine ilişkin beyanları karşısında, sanığın eyleminin 5237 sayılı 103/2. maddesine uyan çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturup oluşturmadığının, bu suçtan yargılama yaparak delillerin değerlendirilmesi ve suç vafqının tayini görevinin üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu dikkate alınarak, 5235 sayılı Kanunun 10, 12 ve CMK'nın 4. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması"

¹⁹⁹ *Yargıtay 14. C.D. 03.10.2013 tarih, 2012/4064 E. 2013/10058 K. sayılı kararı, "Mahkemece, suç tarihinde 16 yaş içerisinde bulunan mağdurenin Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 28.11.2011 tarihli raporda sınır düzeyde mental retarde olduğu, olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabileceği, fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olacağı oyçokluğu ile bildirilmesine rağmen, raporda karşı görüş sahibi iki ruh sağlığı uzmanı doktorun ve daha önce Eskişehir Adli Tıp Şube Müdürlüğünce 1 adli tıp uzmanı tarafından düzenlenen ve mağdurenin kollukta verdiği ikincifade sırasında hazır bulunan uzmanın o andaki saptamaları gerekçe gösterilerek mağdurenin olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacağı ve fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmayacağı sonucuna varılarak sanığın cezalandırılmasına karar verildiği; Dosya içeriğine göre, suç tarihi olan 20.11.2008 tarihinde lise 1. sınıf öğrencisi olan mağdurenin, kırtasiyeye gitmek için evden ayrılarak aralarında gönül bağı bulunan ve babasının işyerinin hemen yanında dövme işi yapan sanık ile buluşarak rızasıyla kaçtığı ve ilişkiye girdiği de gözönünde bulundurulup, raporlar arasında ortaya çıkan bu çelişkinin üzerinde durulup, çelişkinin giderilmesi amacıyla mağdurenin suç tarihinde olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamayacağı, fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olup olmadığı, zeka geriliği ve akıl hastalığı var ise bunun muhatap olduğu kişilerce anlaşılıp anlaşılamayacağı, yönünde Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan mütalaa alınmasından sonra sanığında bu durumu bilip bilmediği konusu da araştırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine eksik soruşturmayla yazılı şekilde hüküm kurulması"*

²⁰⁰ **ÖNDER A.**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Filiz Kitabevi, 1994, 4. Bası, İstanbul, s.240 "765 Sayılı kanun zamanında 416/1 ırza geçme suçu olarak değerlendiriliyordu"

Yargıtay 5. C.D. 20.05.2015 tarih, 2015/1352 E. 2015/ 6598 K. sayılı kararı, "Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun 10.04.2014 tarihli raporunda, mağduredeki zekâ geriliğinin olay tarihindeki yaşı da dikkate alındığında mağduru bulunduğu olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasını ve fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmasına engel teşkil edecek mahiyette olduğu, ilk bakışta zeka geriliğinin anlaşılmasına da yakın tanıyanlarca anlaşılabilceği belirtilmiş olup, sanık savunması, mağdure beyanı ve tüm dosya kapsamından sanık ile mağdurenin cinsel istismar eyleminden önce birbirlerini yaklaşık 4 aydır duygusal ilişki yaşamaları nedeniyle tanıdıkları, beraber kaçtıkları 20.08.2008 tarihi ile yakalandıkları 03.12.2008 tarihi arasında da yine beraber zaman geçirdikleri eylemden önce ve sonra geçirdikleri zaman aralığı, mağdurenin ailesiyle ailece de görüştükleri ve aynı iş yerinde bulundukları göz önüne alındığında mağduredeki zekâ geriliğinden haberdar olduğu anlaşılmalıdır"

ilişki suçu sırf hareket suçu olduğundan suçun oluşabilmesi açısından cinsel tatminin gerçekleşmesi gibi herhangi bir neticeni gerçekleşmiş olması şart değildir.²⁰¹

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu zamanında, 25.04.1956 tarih ve 1956/5 Esas ve 1956/2 Karar Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında; 15 yaşından büyük ama reşit olmamış bir bayanla evlenme vaadiyle rızaya dayalı cinsel ilişkide bulunarak mağdurun kızlığını kaybetmesine neden olan failin fiilinin, 765 Sayılı Türk Ceza Kanun'un 423. maddesindeki "evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu" oluşturmayacağı, 416 maddenin son fıkrasındaki reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşturacağı şeklinde karar verilmiştir. Kızlığın kaybedilmiş olması hali ise 418. maddenin son fıkrası bakımından "mayubiyet" (ayıplılık) sayılarak, faile verilecek cezanın ağırlaştırılacağına hükmedilmişti.²⁰² 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu sonucunda mağdurun kızlık zararının bozulmasını, cezada artırım sebebi olarak değerlendirilmemiştir. Yargıtay'ında yeni Türk Ceza Kanunu zamanında, kızlık zararının bozulması durumunda cezanın arttırılacağına dair bir içtihadı bulunmamaktadır.

Dış dünyada meydana gelen neticeden kişiyi sorumlu tutabilmek için söz konusu neticenin o kişinin hareketinden meydana gelmesine bağlıdır. Farklı bir söylem ile illiyet bağlantısı, fiil ile netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade etmektedir.²⁰³

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu sırf hareket suçu olduğundan yani suçun tamamlanması için tipe uygun hareketin gerçekleşmesi yeterli olduğundan, sebep-sonuç ilişkisi (İllyet Bağı) araştırılmasına gerek yoktur.

D. Fail

Suçun faili, madde metninden anlaşıldığı kadarıyla, kadın veya erkek olabilir.²⁰⁴ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak,

201 *TUĞRUL A. C., TUĞRUL M.C., Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar ve Enstet İlişkiler, 2018, Legal Kitabevi, Ankara, s.516 / ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAŞIZ P., TEPE İ., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara s.372 / AYDIN M., "Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2014, Ankara, s.94*

202 *MALKOÇ İ., Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, Malkoç Yayınevi, Ankara, s.322*

203 *ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. A., ÇAKIR K., Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 12. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.274*

bu suçun failinin erkek yanında kadınların da olabileceği kabul olunmuştur.²⁰⁵ Bununla beraber cinsel organ duhulü içeren tam bir cinsel ilişkinin gerçekleşmesi, suçun oluşumu için şart koyulduğunda, bu suçun bir kadın tarafından başka bir kadına karşı işlenmesi mümkün değildir.²⁰⁶

Doktrinde bazı yazarlara göre suçun faili sadece erkek olabilir.²⁰⁷ Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Sonuçta cezalandırılan fiil organ sokma değildir. Cezalandırılan fiil cinsel ilişkidir. Her ne kadar, Yargıtay kararlarında suçun failinin erkek olduğu kabulünü standart hale getirmiş olsa da²⁰⁸, rıza ile gerçekleşen cinsel ilişkinin taraflarının, on beş on sekiz yaş aralığında erkek çocuk ve on sekiz yaşından büyük kadın olması durumunda, erkek çocuğun şikâyeti üzerine failin kadın olarak kabul edilerek gerekli şartların sağlanması durumunda failin reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılması mümkündür.

Fiili livata ile gerçekleşen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda failin aktif yani organ sokan taraf olduğuna dair ilk derece mahkemelerinin itirazı üzerine Anayasa Mahkemesi 26.02.2009 tarihli, 2006/17 Esas, 2009/33 Karar sayılı kararı ile suçun mağdurunun duruma göre erkek veya kadın olabileceği kararını vermiştir.²⁰⁹ On sekiz

204 **ARTUNÇ M.**, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2008, Ankara, Adalet Yayınları, Ankara, s. 639/ **MERAN N.**, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2008, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.345

205 **YOKUŞ SEVÜK H.**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.186 / **KOCA M.**, **ÜZÜLMEZ İ.**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2015, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, s.328 / **AYDIN M.**, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2014, Ankara, s.216

206 **TEZCAN D.**, **ERDEM M.R.**, **ÖNOK M.**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2010, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.305 / **TANER F. G.**, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara s.329 / **KÖKSAL A.**, *“Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”*, 2015, Ankara Üniversitesi Yayını, Cilt 2, Ankara s.691 / **BEYAZIT Ö.**, *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Nisan 2010, Sayı:1, TAAD Ankara s.300

Yargıtay 14. C.D. 21.04.2014 tarih, 2012/6729 E., 2014/5373 K. sayılı kararı ile, “Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK’nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında, mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, kayden 10.06.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşını doldurmuş olan mağdureyle rızası ile öpüşüp seviştiği sırada mağdurenin cinsel organına parmağını soktuğu anlaşılan hemcinsi sanığın, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışları nedeniyle hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan beraati yerine, yazılı şekilde düşme karar verilmesi...”

207 **ŞEN E.**, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt: I, 2006, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 405 / **BAYTEMİR E.**, *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, 2014, Adalet Yayınevi, Ankara, s.301 / **EROL H.**, *Türk Ceza Kanunu*, 2. Cilt, 2017, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.2045

208 **Yargıtay 14. C.D. 21.04.2014 tarih, 2012/6769 E. 2014/5373 K. sayılı kararı ile**, “Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK’nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında...” bu tanım ile, erkeğin cinsel organını vajina ve anüse sokması ile suçu işlediği sonucu ortaya çıkmaktadır.

209 **Anayasa Mahkemesi de 26.02.2009 tarihli. 2006/17 E., 2009/33 K. sayılı kararı ile**, “Suçun mağdurunun onbeş yaşını bitirmekle birlikte reşit olmayan bir çocuk olduğu, duruma göre kadın veya erkek olabileceği,... İtiraz konusu kuralın, on beş yaşını doldurmuş çocukların cinsel farkındalık dönemine girmekle birlikte henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel

yaşından büyük bir kadın ile on beş on sekiz yaş aralığında bulunan mağdur erkek arasında suçun işlenebileceği göz önüne alındığında, Anayasa Mahkemesinin kararının doğru bir karar olduğu kanaatindeyiz.²¹⁰

Rıza ile gerçekleşen cinsel ilişkinin taraflarının on beş yaşından büyük çocuklar olması durumunda, hangisinin mağdur hangisinin fail olacağına dair tartışmalar kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlamıştır. Eski kanunda her ne kadar eşitlik ilkesine aykırı olsa da failin erkek olduğu kabul edildiğinden, failin kim olacağı konusunda tartışmalar çıkmıyordu. Madde metninde fail hakkında herhangi bir şekilde cinsiyet tespiti yapılmadığı halde Yargıtay'ın yerleşik içtihatları sonucunda fail tarafın her zaman erkek çocuk olduğu görülmektedir.

Doktrinde bu konu ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre, akran çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel ilişkilerde, her iki tarafında mağdur ve suça sürüklenen çocuk sıfatını beraber taşıdıklarının kabul edilmesi gerektiği şeklindedir.²¹¹ Bu görüşe göre tarafların birbirinden karşılıklı olarak şikâyetçi olma hakları vardır.

Madde metninden anlaşılabileceği üzere, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından yargılama sonunda ceza verilebilmesi için bazı şartlar vardır. Bu şartlar, rızaya dayalı cinsel ilişkinin gerçekleşmesi ve süresinde yapılmış şikâyetin varlığı ve şikâyetin hükme kadar devam etmesidir. Tarafların rızaları dâhilinde cinsel ilişkiye girdikten sonra yasal süresi içerisinde²¹² birbirlerinden şikâyetçi olmaları durumunda her ikisinin de yargılama sonucunda cezalandırılması gerekmektedir. Ancak Yargıtay önüne gelen benzer bir olayda on beş yaşından küçük çocukların rızaları dâhilinde girdikleri cinsel ilişki sonrasında ilk derece mahkemesinin, mağdur ile failin kim olduğunun kesin bir şekilde tespit edilememesi

ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak sorumluluk duygusuna sahip olmayabilecekleri düşüncesiyle ve onların cinsel dokunulmazlıklarını korumak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır Sanığın cezalandırılması açısından mağdurla aynı yaş grubunda yer alması veya reşit olması arasında fark bulunmamaktadır

210 **YOKUŞ SEVÜK H.**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.186 / **PARLAR, A., HATİPOĞLU M.**, *Çocukların Cinsel İstismarı 2. Cilt*, 2010, Seçkin Yayınları, Ankara, s.241

211 **SOYASLAN D.**, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2010, Yetkin Yayınları, Ankara, s.149

212 **Yargıtay 14. C.D. 13/05/2013 tarih, 2012/1778 E., 2013/5912 K. sayılı kararı ile** "Sanığın üzerine atılı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikâyete tâbi olduğu ve katılanın suç tarihinden yaklaşık 1 yıl sonra şikâyetinde bulunduğu anlaşıldığından, şikâyetin süresinde yapılmaması nedeniyle sanık hakkındaki kamu davasının düşürülmesi yerine yazılı şekilde beraat kararı verilmesi,"

nedeniyle her iki çocuk hakkında vermiş olduğu beraat kararını, erkek çocuk açısından bozarak ceza verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.²¹³ Ceza Kanunumuz her ne kadar cinsel suçlarda kadın, erkek eşitliğini esas alsada, uygulamada çok çok uç örnekler olmadığı sürece, erkek tarafının sıfatı sanık olmaktadır.

Doktrinde her iki tarafın on beş yaşından büyük çocuk olması durumunda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşmayacağına dair görüşler de vardır.²¹⁴ Bu görüşte suçun doğası gereği gizli yerlerde yapıldığı da dikkate alındığında hangi tarafın fail olduğunu tespit etme imkânı olmadığı, sırf cinsiyete dayalı bir failin kabulünün hukuk biliminin gerekleri aykırı olduğu, on beş yaşından büyük çocukların birbirleriyle cinsel ilişkilerinin ceza hukukunun müdahale dışı alanda kalması gerektiği savunulmaktadır.²¹⁵ Yargıtay, bu görüşün aksine, on sekiz yaşından küçüklerin de reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili olabileceğini kabul etmiştir.²¹⁶

Benzer bir görüşte ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mevcut haliyle, suçun failinin on sekiz yaşından küçük olabileceğini kabul etmekle birlikte, failinin on sekiz yaşından küçük olamayacağının, madde metnine eklenerek, suçun fail açısından yaş kistasına göre özgü suç haline getirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bu şekilde, on beş

213 **Yargıtay 14. C.D. 24/04/2014 tarih, 2012/7112 E. 2014/5614 K. sayılı kararı ile;** “5237 sayılı TCK’nın 103. maddesinde düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçunun failinin cinsiyet farkı gözetilmeksizin herkes olabileceği, 15 yaşından küçüklerin birbirleriyle cinsel ilişkiye girmesi ve cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda vücuda organ sokan failin eyleminin TCK’nın 103/2. maddesinde yer alan suçu oluştururken vücuduna organ sokulan failin eyleminin TCK’nın 103/1. maddesinde yer alan suçu oluşturacağı cihetle; suç tarihinde 14 yaş 11 ay 25 günlük olan katılan mağdur E.(kız) ile 14 yaş 10 ay 19 günlük olan suça sürüklenen çocuk O.’ın (erkek) karşılıklı istekleriyle cinsel ilişkiye girdikleri böylece her ikisinin çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu işledikleri iddiasıyla görülen davada, mahkemece “suçun işlenmesinde kimin etkin yani kimin fail veya mağdur olduğunun anlaşılamadığı” gerekçesiyle taraflar hakkında beraat kararları verildiği, bu kararın yalnızca katılan mağdur E(kız) vekiline temyiz edildiği gözetilerek yapılan incelemede; Katılan mağdurun aşamalarındaki beyanı, suça sürüklenen çocuğun ikrara yönelik savunmaları ve tüm dosya içeriğine göre; suça sürüklenen çocuk O.’ın (erkek) 15 yaşını bitirmemiş katılan mağdura yönelik çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu işlediği sabit olduğu halde, bu suçtan mahkûmiyeti yerine yerinde olmayan gerekçeyle beraatine hükümlenmesi,”

214 **TEZCAN D., ERDEM M.R., ÖNOK M.,** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2010, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.345 / **ÖZGENÇ İ.,** Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, (Genel Hükümler), 2005, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.309 / **KOCA M., ÜZÜLMEZ İ.,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2015, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, s.328/ **KANBUR, M. N.,** Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, CHD, Yıl:8, Sayı:, Nisan 2013, s.4146 / **AYDIN M.,** Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu,Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2014, Ankara, s.90

215 **ÖZGENÇ, İ.,** Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 2005, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.122

216 **Yargıtay 14. C.D. 05.02.2019 tarih 2018/8352 E. 2019/653 K. sayılı kararı ile,** “Suçta sürüklenen çocuk İ. hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesinde; Delillerle iddia ve savunma; duruşma göz önünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş, sübutu kabul olunan fiillerin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatları yapılmış bulunduğundan, suça sürüklenen çocuk İ. müdafisi ile O Yer Cumhuriyet Savcısı ve katılan mağdura vekillerinin yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin onanmasına”

on sekiz yaş aralığında bulunan çocukların cinsel ilişkiye gösterdikleri rızanın hukuken geçerli olmasını istenmektedir.²¹⁷

Başka bir görüşe göre de madde metninin kaynaklanan failin tespitinde ki sıkıntının, madde metninin “*cebir, hile, tehdit ve iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın on beş yaşını bitirmiş çocuğu ikna ederek vücuduna organ veya sair bir cisim sokan kimse... cezalandırılır*” şeklinde değiştirilerek ikna eden tarafın fail olarak kabul edilmesi failin tespiti konusundaki sıkıntının giderilebileceğidir.²¹⁸ Benzer bir teklif Adalet Alt Komisyonunda, suçun düzenlenmesi ile ilgili yapılan tartışmalarda “*15 yaşını bitirmiş olan çocuğu cinsel ilişkide bulunmaya ikna eden kişi cinsel ilişkinin gerçekleşmesi halinde ve şikayet üzerine cezalandırılır*” şeklinde yapılmış, ancak komisyonca kabul edilmemiştir.²¹⁹

Özetle; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun en büyük sorunsalı, yukarıda anlatıldığı üzere tarafların ikisinin de on beş on sekiz yaş aralığında olması halinde failin kim olacağıdır. Doktrinde bu sorunun çözümü için temel de iki çözüm yolu öne sürülmüştür. Bunlardan ilki fail açısından on sekiz yaş alt sınırı getirilerek akranlar arasında gerçekleşen cinsel ilişkiyi suç olmaktan çıkarmak. İkinci görüşte ise akranlar arasında ki cinsel ilişkiyi suç olarak kabul etmeye devam edip, faili belirleme de “ikna eden fail” kıstasını kullanmaktır.

Kanaatimizce ikinci görüş her ne kadar ikna edenin kim olduğunun tespiti konusunda uygulamada sıkıntı çıkartma ihtimali olsa da içinde birinci görüşü bir nebze de olsa barındırdığından hakkaniyete daha uygundur. Şöyle ki; ikna edenin kim olduğunu, her türlü şüpheden uzak kesin delil ile tespit edilemediği durumlarda mahkeme yargılama sonunda sanık hakkında, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince beraat kararı vermek

217 **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAĞIZ P., TEPE İ.,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara, s.365 / **KOCA M., ÜZÜLMEZ İ.,** “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 2015, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, s.329 / **KANBUR, M. N.,** Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, CHD, Yıl:8, Sayı:, Nisan 2013 s.4152 / **AKSAKAL E.,** Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”İBD, Cilt 88, Sayı 2, 2014, İstanbul, s.263 / **ATAÇ A. S.,** Cinsel İstismar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişkiye Girme Suçu, 2013, İstanbul, 131 / **YARSUVAT D.,** “Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 yılı ve Geleceği Sempozyumu Kitabı içinde, 1977, İstanbul, s.681

218 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. E., ÇAKIR K.,** Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 17. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.308 / **MALKOÇ İ.,** Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, 2005, Malkoç Kitabevi, Ankara, s. 156.

219 **MALKOÇ İ.,** Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2009, Malkoç Yayınevi, Ankara, s.322

zorunda kalacaktır. Bu şekilde her iki çocuğun istek ve arzusu sonucunda gerçekleşen cinsel ilişkilerde, suç şekli bir suç olmaktan çıkıp, sırf cinsel ilişki gerçekleştiği ve şikâyetin bulunduğu gerekçeleriyle, cinsel ilişkiyi belki de kendisinden daha fazla isteyen kız mağdurla ilişkiye giren erkek çocuk cezalandırılmayacaktır. Bu durumda cinsel ilişkinin akranlar arasında gerçekleşmesi durumunda suç olarak değerlendirilmesi istemeyen ilk görüşün amacına uygun bir sonuç ortaya çıkmasına neden olacaktır.

İkna edenin fail olarak kabulü ile akranlar arasında gerçekleşen cinsel ilişkiler tamamen suç olmaktan çıkmayacaktır. Bu şekilde kanunun sistematığı ve kanun koyucunun korumak istediği değerler korunmuş olacaktır. Örneğin sırf fail akranını çok sevdiğinden dolayı kaybetmekten korkan mağdurun, failin yoğun talepleri sonrasında cinsel ilişkiye girmesi durumunda, failin cezalandırılması kanun koyucunun, çocukların cinsel açıdan sömürülmesini engelleme isteğine uygun olacaktır.

Suçun ikinci ve üçüncü fıkrasında bulunan nitelikli hallerde failin belirli şartları taşıması gerektiğinden, nitelikli haller fail açısından özgü suçtur.²²⁰

E. Mağdur

Suçun mağduru, belirli bir suçla zarara uğratılan ve ceza kuralları tarafından korunan hak ve yararın sahibidir. Her suçta zarar gören bir tarafın olması zorunludur. Mağdurun gerçek kişi olması gerekir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru, kendisine karşı gerçekleştirilen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan on beş yaşından büyük kız ya da erkek çocuktur.²²¹

765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenleyen 416/3. madde bakımından, suçun yalnızca kadın mağdura karşı işlenebileceği

220 TEZCAN D. ERDEM M. R., ÖNOK R.M. 2017, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.365

221 TEZCAN D. ERDEM M. R., ÖNOK R.M. 2017, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.380 / BAYTEMİR E., *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, 2014, Adalet Yayınevi, Ankara s.303 / ARSLANTÜRK M., *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, 2014, Seçkin Yayınları, Ankara, s.402 / TOROSLU N., *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 2018, Ankara, Savaş Yayınevi, s.70

kabul edilmekteydi.²²² 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile birlikte, bu suçun mağduru on beş on sekiz yaş aralığında bulunan kanunun 6. maddesinin 1/b fıkrasında tanımı yapılan, fiilin anlam ve sonucunu algılama yeteneğinin gelişmiş kız veya erkek çocuk olduğu kabul edilmiştir.²²³

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, mağdur açısından özgü suç tipidir. Mağdurun on beş on sekiz yaş aralığında olması ve kendisine karşı gerçekleştirilen fiillerin anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğinin gelişmiş olması şartı vardır.²²⁴ Eylemlerin bu yaş grubundaki algılama yeteneği gelişmemiş mağdura karşı işlenmesi ve failin de bunu bilmesi²²⁵ durumunda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 103. maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçu oluşacaktır.²²⁶

Akıl hastalarının rıza beyanlarının hukuki anlam da bir değeri olmadığından, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olamazlar.²²⁷ Akıl hastalarının cinsel ilişkiye rızalarının tümünden yok sayılmasının doğru olmadığı, akıl hastalıklarının çeşitleri olmasından dolayı her somut olayda hastanın rıza gösterdiği eylemin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği olup olmadığına değerlendirilmesi gerektiğini savunan görüşlerde vardır.²²⁸

222 **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAĞIZ P., TEPE İ.**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara, s.635

223 **TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK M.**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2010, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.336

224 **DEMİRBAŞ T.**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11.Baskı, 2016, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.346 , **TOROSLU N., TOROSLU H.**, Ceza Hukuku Genel Kısım, 2018, Savaş Yayınevi, Ankara, s. 409

225 **Yargıtay 14.CD. 24/09/2019 tarih 2019/1920 E., 2019/11022 K. sayılı kararı ile** "on altı yaş içerisinde bulunan mağdurenin, 20.10.2008 tarihinde sanıkla buluşarak birlikte gittikleri İzmir ve İstanbul'da bir süre kaldıktan sonra Bursa'da ev tutup beraber yaşamaya başladıkları, sanıkla mağdurenin birlikte kaldıkları süreçte tehdit, cebir, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olmaksızın çok sayıda cinsel ilişkiye girdikleri ve başlatılan soruşturma neticesinde 03.12.2008 günü birlikte yaşadıkları evde yakalandıkları olayda, sanığın aşamalarındaki mağdurenin zeka geriliği bulunduğunu bilmediğine dair savunması, mağdure beyanları, hakkında tanzim edilen rapor ve görüş içeriklerinden mağduredeki zeka geriliğinin tıp ve psikoloji eğitimi almış kişiler ile yargılama aşamasında mahkeme heyeti tarafından dahi uzun süre anlaşılamamış olması, bozma öncesi ve sonrasında dinlenen ve mağdurenin okuduğu liseden samimi arkadaşlarını da kapsayan tanık beyanlarında, mağdurede zeka geriliği bulunduğuna ve bu durumun sanık tarafından bilindiğine dair anlatımda bulunulmaması karşısında, katılanın mağdurdaki akıl zayıflığını sanığa söylediğine dair anlatımına tek başına itibar edilemeyeceği bu nedenle sanığın, mağduredeki zeka geriliğini bildiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmayıp, mevcut haliyle 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümleri nazara alınarak eylemlerin aynı Kanunun 104 ve 234/3. maddelerinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarını oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanlışla düşülerek yazılı şekilde mahkumiyet hükümleri kurulması..."

226 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. E., ÇAKIR K.**, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 17. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.243

227 **Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.12.2011 tarih 2011/5-230 E. 2011/273 K. sayılı kararı ile** "...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 ulaşılacaktır."

228 **EKİCİ ŞAHİN M.**, Ceza Hukukunda Rıza, 2012, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.150 / **KANTARCI N.**, Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2016, Adalet Yayınları, Ankara, s.129

On beş on sekiz yaş aralığında bulunan akranlar arasında rızaya dayalı gerçekleşen cinsel ilişki sonrası, kimin fail, kimin mağdur olarak belirleneceği konusundaki tartışmalara bir önceki başlıkta ayrıntılı bir şekilde yer verildiğinden, tekrara düşmemek amacıyla bu başlıkta yer vermeyeceğiz. Kısaca özetlersek; her ne kadar kanun da bu konuda cinsiyet eşitliği kıstas alınsa da Yargıtay uygulamalarında cinsel ilişki de organ sokan, yani erkek taraf fail olarak kabul edilmektedir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağduru tespit ederken, önemli bir diğer tartışma konusu da kazai rüşt (erken erginlik) hakkı kazanan kişinin bu suçun mağduru olup olamayacağı konusudur. 4721 sayılı Türk Medeni Kanun’un 11. ve 12. maddelerinde erken erginlik şartlarından bahsedilmiştir. Kanunun 11. maddesi “*Erginlik 18 yaşını doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar.*” şeklindedir. Bu madde ile 18 yaşından önce duruma göre mahkeme kararı ya da veli izni ile resmi olarak evlenen çocuk ergin sayılır. Kanunun 12. maddesinde ise “*On beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir*” hükmü gereği küçüğün talebi ve velinin rızası ile çocuk ergin sayılabilir. Erken ergin sayılan on sekiz yaşından küçüklerin bu suçun mağduru olup olamayacağı, doktrinde tartışma konusu olmuştur.

İlk görüş kazai rüşt sahibi kişilerin suçun mağduru olamayacağı yönündedir. Bu görüşü savunanlar; Adalet Alt Komisyonu raporuna göre madde başlıkları ve madde gerekçesinin madde metninin ayrılmaz bir parçası olduğunu²²⁹, kanun koyucunun reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenlerken 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 11. maddesinde hali hazırda tanımı bulunan “ergin” terimi yerine “reşit” terimini kullanıp farkında olmadan bir hata yaparak çelişkili bir durum ortaya çıkardığını, istisnai on sekiz yaş öncesi ergin kılınma hallerinin varlığı halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşamayacağını, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin birinci maddesi “*...daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır*” ile istisnai reşit olma durumunun Uluslar arası sözleşmeler tarafından da kabul

229 ÖZGENÇ, İ., *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 2005, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.81

edildiğini, evlilikle veya mahkeme kararı ile erginlik kazanan kişilere karşı bu suçun işlenemeyeceğini, evlenerek erginlik kazanan kişinin, evlilik bittiğinde erginliğini kaybetmeyeceğine göre, evliliği sona erdikten sonra suç tarihinde on sekiz yaşından küçük olması ve rızası dâhilinde cinsel ilişkiye girmesi durumunda reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmayacağını, erginliğin ceza hukuku anlamında reşit olma anlamına geldiği görüşünü öne sürmüşlerdir.²³⁰

Karşıt görüş olarak istisnai erginlik durumlarının tanımı bulunan Medeni Kanunda yapılan değişiklikle reşit kelimesi yerine ergin kelimesinin kullanılmaya başlanmasına rağmen, reşit teriminin mülga ceza kanununda kullanılması ile birlikte, yeni kanunda yapılan çok sayıda değişikliğe karşın, tartışmaya konu suçun mağdurunu tanımlarken değişiklik yapmadan yeni kanuna da aynı kelime olan “reşit” kelimesi ile aktardığı, Kanun koyucunun “ergin” terimi yerine “reşit” terimini kullanarak çocukları on sekiz yaşına kadar istisnasız koruma altına almaya çalıştığı, bu durumda Ceza Kanundaki reşit terimi ile Medeni Kanun’da ki ergin teriminin aynı anlama gelmediğini, on beş yaşından büyük çocukların kazai rüşt sahibi olsalar dahi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdur olabilecekleri görüşünü ileri sürmüşlerdir.²³¹

Biz birinci görüşe kısmen katılmakla beraber, ikinci görüşe katılmıyoruz. On sekiz yaşından küçük olduğu için veli izni veya hâkimin kararı ile evlendikten sonra, evli eşler arasında rıza dâhilinde girilen cinsel ilişkinin, suç olduğunu söylemek hakkaniyete aykırıdır.²³² On sekiz yaşından küçüklerin hâkim kararı ile evlenmelerinin doğal sonucu olarak bu kişilere bir nevi yasal olarak cinsel ilişkiye girme izni verilmektedir. Bu kişilerin artık cinsel ilişkiye gösterdikleri rıza hukuken geçerli olur. Bununla beraber evlilik sırasında veya evliliğin boşanma ile sonuçlanmasından sonra ve on sekiz yaşına girmeden

230 **YAŞAR O., GÖKCAN H.T., ARTUÇ M.**, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 3. cilt, 2010, Adalet Yayınevi, Ankara s.228, / TANERİ G.*, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunda Sık Karşılaşılan Suçlar, 2014, Bilge Yayınevi, Ankara, s.278 / **BEYAZIT, Ö.**, *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Nisan 2010, Sayı:1, TAAD, s.242*

231 **GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V.**, *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Suçlar, 2011, Bilge Yayınları, Ankara, s.310 / YALÇIN SANCAR, T.*, *Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Görüşler, AÜHFD, C: 51, S. 3, Y: 2002, s. 8 / HOROZGİL D.*, *Çocukların Cinsel Götismarının Basit Şekli” , TBB Dergisi, Y: 2011, S. 93, s. 116 / TANER F. G.*, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2013, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 161*

232 **TEZCAN D. ERDEM M. R., ÖNOK R.M.** 2017, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.337 / ÜNVER Y.*, *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar, 2008, İstanbul, s.318 / YALÇIN SANCAR T.*, 2008, *Güncel Hukuk, Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu, Ankara, s.14*

önce, evlendikleri kişi harici kimselerle rızaları dâhilinde cinsel ilişkiye girmeleri halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşmayacağı kanaatindeyiz.²³³

Birinci görüşe katılmadığımız tarafı ise mahkeme kararı ile Türk Medeni Kanunu 12. maddesine göre ergin kılınan mağdurla failin, mağdurun rızası ile cinsel ilişkiye girmesi halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşacağına dair düşüncemizdir. Kişinin Türk Medeni Kanunu 12. maddesine göre yargı kararıyla örneğin bir meslek veya sanatı icra etmek için ergin kılınmasının, cinsel olgunluğa ulaştığı anlamına gelemeyeceği, bu madde kapsamında kaza i rüş sahibi kişilerin suçun mağduru olabileceğini düşünmekteyiz.²³⁴

Yargıtay'ın benzer bir olayda mahkeme kararıyla evlenerek erken ergin sayılan mağdura karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlerin, cinsel istismar olarak değerlendirilmesi gerektiğine dair kararı bulunmaktadır.²³⁵ Yargıtay kararına konu olan olayda, evlilikle ergin sayılan mağdura karşı eşi dışında failer tarafından zorla gerçekleştirilen cinsel eylemleri ile faillerin 5237 sayılı Kanunun 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu işlediklerini kabul ederek, mağdurun çocuk sayılmasına karar vermiştir. Ancak kararın devamında aynı eylemin mağdurun eşi tarafından işlenmesi durumunda, fail eşin 5237 sayılı Kanunun 102/2. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırı suçunu

233 ÖNDER A., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Filiz Kitabevi, 1994, 4. Bası, İstanbul, s.463

234 ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAŞIZ P., TEPE İ., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara, s.347

235 Yargıtay14. C. D. 22.12.2014 tarih 2014/582 E. 2014/14622 Karar sayılı kararı ile; "Çocuğun cinsel istismarı suçunun mağduru ancak, onsekiz yaşını tamamlamamış kişiler olabileceği, mağdur onsekiz yaşını tamamlamış olması durumunda ise, 5237 sayılı TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu oluşturacağı, ancak 5237 sayılı Kanunun 102. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca da, ergin olmasa dahi eşe karşı işlenen vücuda organ veya sair cisim sokulması halinde de eylemin 102. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan suçu oluşturacaktır.

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

Bu sebeple onsekiz yaşını bitirmeksizin ergin olan mağdurlara karşı;

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

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

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

işleyebileceğini kabul ederek, failin mağdurun eşi olması durumunda, mağduru reşit olarak değerlendirmiştir. Bu yönde doktrinde görüşler de bulunmaktadır.²³⁶

On beş on sekiz yaş aralığında bulunan çocukların bu suçun mağduru sayılabilmeleri için, daha önce cinsel ilişkiye girmemiş olmaları ya da bakire olmaları gibi bir zorunluluk yoktur.²³⁷

Mağdurun on sekiz yaşından küçük olması durumunda ancak reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacağından, mağdurun gerçek yaşının tespiti büyük önem taşımaktadır.²³⁸ Mağdurun yaşının tespiti açısından nüfus kaydı esas alınır. Yaş konusunda şüphe ortaya çıkması durumunda mağdurun ilk başta resmi bir sağlık kuruluşunda doğup doğmadığının tespiti yapılır. Resmi bir sağlık kuruluşunda doğduğu resmî belgeler ile kanıtlanan mağdur için yaş tespiti açısından daha farklı bir işlem yapılmasına gerek yoktur. Resmi bir sağlık kuruluşunda doğmadığı tespit edilen mağdurun yaş tespitinin yapılması amacıyla kemik grafileri çekilerek sağlık kurullarından veya gerekmesi halinde Adli Tıp Kurumundan mağdurun gerçek yaşının bilimsel yöntemlerle tespitinin yapılması istenmesi gerekmektedir.²³⁹ Mağdurun tespit edilen gerçek yaşı, nüfus kaydındaki yaşından farklı

236 SOYASLAN D., “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 10.Baskı, 2014, Yetkin Yayıncılık, Ankara, s. 252

237 ÜNVER Y., Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar, 2008, İstanbul, s.324

238 Yargıtay 14. C.D. 18.09.2019 tarih 2015/6606 E. 2019/10920 K. sayılı kararı ile; “Mağdurenin yaşı ile ilgili olarak mahkemece yapılan yargılama sırasında Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesince düzenlenen 31.12.2009 günlü raporla Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulunca tanzim edilen 25.06.2010 tarihli rapor arasında mağdurenin yaşının belirlenmesi açısından çelişki bulunduğu nazara alınarak, Adli Tıp Genel Kurulundan rapor aldırılmak suretiyle mağdure Cansu'nun suç tarihindeki gerçek yaşının belirlenmesinden sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması,”

Yargıtay 14. C.D. 21.05.2019 tarih 2015/4690 E. 2019/9925 K. sayılı kararı ile; “... sanık O. hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan hükmün temyiz incelemesine gelince;Kayden 17.08.1994 doğumlu olup suç tarihinde on sekiz yaşı içerisinde bulunan mağdurenin yaşının küçük olduğunu bilmediği yönündeki sanık savunmasının, yaşı itiraz niteliğinde olması ve mağdurenin doğumundan 2 yıl 2 ay 17 gün sonra nüfusa tescil edildiğinin anlaşılması karşısında, maddi hakikatin tam olarak ortaya çıkartılması ve suçun oluşumuna etkisi bakımından öncelikle mağdurenin resmî bir kurumda doğup doğmadığı araştırılıp, doğmadığının belirlenmesi halinde yaş tespitine esas olacak şekilde kemik grafileri çektilerilerek tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınması ve duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan görüş alınıp 5271 sayılı CMK'nın 218/2. maddesi de gözetilerek olay tarihindeki gerçek yaşının saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması...”

239 Yargıtay 14. C.D. 07.06.2018 tarih 2015.3126 E. 2018/4296 K. sayılı kararı ile; “ “Mağdurenin yaşına sanıkların aşamalarda itirazda bulunmaları ve mağdurenin nüfus kaydının incelenmesinde üç kardeşle birlikte yaklaşık dört yıl sonra nüfusa tescil edildiği anlaşılmasına rağmen bu hususa ilişkin herhangi bir araştırma yapılmadığının belirlenmesi karşısında, suçun niteliği ile oluşumuna etkisi bakımından mağdurenin mernis doğum tutanağı ile varsa tescile esas doğum raporu getirtilerek, resmi bir sağlık kurumunda doğup doğmadığı araştırılıp, doğmadığının anlaşılması halinde yaş tespitine esas olacak kemik grafileri çektilerilmek suretiyle içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulu raporu alınması ve gerektiğinde Adli Tıp Kurumundan da görüş alınarak mağdurenin gerçek yaşının bilimsel olarak saptanmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması”

Yargıtay 14. C.D. 18.09.2019 tarih 2015/8058 E. 2019/10919 K. sayılı kararı ile; “Mağdurenin aşamalarındaki ifadeleri ile suç tarihindeki kemik yaşının on yedi yaş ile uyumlu olduğuna dair Ankara Numune Hastanesi sağlık kurulunca düzenlenen 27.05.2013 tarihli rapor, savunma ve tüm dosya içeriğine göre mahkemece sanığın yaş hususunda hataya düştüğünün ve mağdurenin olay tarihinde on yedi yaşında olduğunun kabul edilmesi karşısında değişen suç vasfına göre sanığın eyleminin şikayete tabi reşit olmayanla cinsel

olduğu tespit edildiğinde, bu husus suç vasfına etkilemesi durumunda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 218/2. maddesi gereğince yaş düzeltilmesi yapılmalıdır.²⁴⁰

Yaş tespitinin önemini açıklayacak olursak, suç tarihinde mağdur on sekiz yaşından büyük olduğu tespit edilirse, cinsel ilişki sırasında cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen bir davranış bulunmadığından eylem suç oluşturmaz. Mağdur suç tarihi itibarıyla on beş yaşından küçük olduğu tespit edilirse, cinsel organ duhulü içeren cinsel ilişkininde gerçekleştiği göz önünde bulundurulduğunda, Türk Ceza Kanunun 103/2 maddesindeki nitelikli çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacaktır.²⁴¹

Mağdurun yaşı daha önce verilen mahkeme kararı ile değiştirilmiş olsa da suçun vasıflandırılabilmesi açısından mağdurun gerçek yaşının tespit edilmesi gerekmektedir. Mağdurun yaşı, daha önceden mahkeme kararıyla büyütülmüş ise, bu karar kesin nitelikte olduğundan yeniden düzeltme mümkün olmayacak, ancak yine de mağdurun gerçek yaşı bilimsel olarak belirlenecek, bilimsel olarak belirlenen yaş esas alınarak suçun vasıflandırması yapılacak, nüfus kaydı tekrar düzeltilmeden hüküm kurulacaktır.²⁴²

ilişki suçunu oluşturup, mağdurenin soruşturma evresinde şikayetçi olmadığını bildirmesi nedeniyle kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan beraatine hükmedilmesi, ...”

240 **BAYTEMİR E.**, *Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar*, 2014, Adalet Yayınevi, Ankara, s.26

241 **GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V.**, *Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Suçlar*, 2011, Bilge Yayınları, Ankara, s. 281 / **HOROZGİL D.** *Çocukların Cinsel İstismarının Basit Şekli*, TBB Dergisi, Y: 2011, S. 93, s.119

Yargıtay 14. C.D. 29.11.2018 tarih, 2018/6713 E., 2018/7117 K. sayılı kararı ile; “... mağdure ile sanığın cebir veya tehdit olmaksızın bir kez vajinal ilişkiye girdikleri, kayden 10.08.1997 doğumlu mağdurenin aşamalarda olayın adli makamlara intikal tarihi olan 18.08.2012'den yaklaşık 20 gün kadar önce ilişkinin yaşandığını beyan edip, sanığın da savcılık ifadesinde buluşma tarihlerinin 20 gün önce olduğunu teyit etmesi karşısında, suç tarihinin kesin olarak tespiti ile suçun niteliğine etkisi nazara alınarak öncelikle mağdurenin resmî bir kurumda doğup doğmadığı araştırılıp, doğmadığının belirlenmesi halinde yaş tespitine esas olacak şekilde kemik grafileri çektilerle tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınması ve duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan görüş alınarak suç tarihindeki gerçek yaşının bilimsel olarak saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması”

242 **Yargıtay 5. C.D. 20.09.2006 tarih, 2016/3997 E., 2006/7126 K.** sayılı kararı ile; “...”Mağdurenin yaşının kesinleşmiş hukuk mahkemesi kararı ile düzeltilmiş olması halinde, Ceza Mahkemesince 5271 Sayılı CMK'nun 218/2. maddesi uyarınca nüfus kaydının düzeltilmesi yolunda bir karar verilmesine olanak bulunmamakta ise de; amaç maddi gerçeğin araştırılması olduğundan, mağdurenin anne-babasının” suç tarihinde 16 yaşındaydı nüfusa geç yazıldı” şeklindeki açıklamaları ile sanığın duruşmada “mağdurenin yaşı gerçekte büyüktür” demesi yaşa itiraz niteliğinde kabul edilerek; suçun oluşumuna etkisi ve şikayetçi olmayan mağdurenin suç tarihinde 15 yaşını bitirmiş olması halinde sanığın eyleminin 5237 sayılı TCK'nun 104. maddesine temas edeceği de gözetilerek; doğum tutanağından mağdurenin Bozüyük Asliye Hukuk Mahkemesinin 1979/169–221 ve 30.7.1979 tarih sayılı kararı ile 25.1.1980 de nüfusa tescil edildiği anlaşılmakla, temini mümkün olduğu takdirde söz konusu dosya getirtilip, tescilin dayanaklarının araştırılması, resmi bir sağlık kurumunda doğmadığının anlaşılmaması halinde, yaş tespitine esas film ve grafilerinin çektilerle sağlık kurulundan rapor alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan da görüş sorularak gerçek yaşın bilimsel biçimde saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması,”

F. Suçun Konusu

Suçun konusunu hareketin yöneldiği kişi ya da şey meydana getirmektedir.²⁴³ Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun konusunu on beş yaşından büyük kendisine karşı gerçekleştirilen eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilen çocuğun vücudu ve cinsel bütünlüğüdür.²⁴⁴

G. Suçun Nitelikli Halleri

5237 sayılı Türk Ceza Kanun'un ilk halinde 104. maddenin ikinci fıkrasında mukayeseli hukukta örnekleri olduğu gibi mağdur ile fail arasında beş yaştan fazla fark olması halinde cezanın arttırılacağına dair hüküm bulunmaktaydı.²⁴⁵ Bu nitelikli hal 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe çıktıktan çok kısa bir süre sonra 23.11.2005 tarihinde daha önceki bölümlerde gerekçesi açıklandığı üzere, iptal edilmişti.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra fail ile mağdur arasında yaş farkının bir öneminin kalmaması ve yeni Türk Ceza Kanunda Encest suçunu düzenleyen bir maddenin bulunmaması üzerine yapılan eleştiriler²⁴⁶ sonucunda, iptal kararının üzerinden yaklaşık on yıl geçtikten sonra 08.06.2014 tarihinde 6545 sayılı kanunun 60. maddesi ile madde metnine ikinci ve üçüncü fıkra eklenerek nitelikli haller madde metnine eklenmiştir.²⁴⁷ Nitelikli haller;

(2) *Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

(3) *Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan*

243 EREM F., *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*, 1993, 2. Cilt, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.589 / ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAĞIZ P., TEPE İ., *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2018, Seçkin Yayınları, Ankar, s.4184

244 MERAN N., *Kişilere Karşı Suçlar*, 2008, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.412 / MEMİŞ KARTAL P., *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı*, Der Yayınları, 2014, İstanbul, s. 133./ TORUSLU N., *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 9. Baskı, 2018, Savaş Yayınları, Ankara,s.67 / TANER F. G., *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2013, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.329 / KÖKSAL A., "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", 2015, Ankara Üniversitesi Yayını, Cilt 2, Ankara s.689

245 TCK 104. maddenin ilk halinde ikinci fıkra "fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet şartı aranmaksızın, cezası iki kat arttırılır"

246 ÜNVER Y., *Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi*, 2014, Ankara, s.51

247 ÇALIŞKAN S., *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, 2013, Adalet Yayınevi, Ankara, s.268

kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

Madde metnine eklenen nitelikli haller ile ilgili Hükümet Tasarısındaki değişiklik gerekçesi; “*Maddeye eklenen ikinci fıkra ile, birinci fıkra da tanımlanan suçun, aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde şikâyet aranmaksızın, altı yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilmesi düzenlenmektedir. “Ensest” ilişkilerin birinci fıkra da tanımlanan suçla nazaran daha ağır cezayı gerektiren ve soruşturulması veya kovuşturulması şikâyetle bağlı olmayan bir suç olarak tanımlanması suretiyle, bu suçla daha etkin mücadele edilebilmesi ve çocukların cinsel sömürüsünün engellenmesi amaçlanmıştır.*

Bu düzenlemeye bağlı olarak, rızaya dayalı da olsa on beş yaşını doldurmamış olan çocuklarla olan ensest ilişkinin, 103’ncü maddede tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçu bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur bulundurduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Maddeye eklenmesi öngörülen üçüncü fıkra ile, suçun koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından da işlenebileceği kabul edilerek, bu durumda, soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet şartının aranmayacağı ve ikinci fıkra da öngörülen cezaya hükmolunacağı düzenlenmektedir”²⁴⁸

Diğer cinsel suçlarda olduğu gibi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda da suçun cezasını hafifleten bir sebep mevcut değildir. Yapılan bu değişiklik içerisinde, suçun kendine has özelliklerinden dolayı, on beş on sekiz yaş aralığında bulunan akran çocuklar arasında cinsel ilişkinin gerçekleşmesi durumunda, bir cezasızlık ya da cezayı hafifleten bir düzenleme getirilseydi, suç ile ilgili süregelen doktrindeki tartışmalar da son bulacaktı.²⁴⁹

248 TBMM, Yasama Dönemi:24, Yasama Yılı:4, Sıra Sayısı:592, Sayfa:22

249 MEMİŞ KARTAL, P., Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, 2014, Der Yayınları, İstanbul, s.101

a. Suçun Mağdur ile Aralarında Evlenme Yasağı Bulunan Kişi Tarafından İşlenmesi

5237 sayılı TCK'nın 104. maddesine 18/06/2014 tarih, 6545 sayılı kanunu 60. maddesi ile eklenen nitelikli hal olan 2. fıkrası ile “*Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*”, failin mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunması durumunda şikâyet şartı kaldırılarak, verilecek ceza on yıl ile on beş yıl arasında olacağı hükme bağlanmıştır.²⁵⁰

Aralarında evlenme yasağı bulunan kişilere, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanun'un 129. maddesinde yer verilmiştir.

Madde 129: *Aşağıdaki kişiler arasında evlenme yasaktır:*

- 1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında, amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında*
- 2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu ve altsoyu arasında*
- 3. Evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında*

Madde metninde sayılan kişiler, tahdidi olarak sayılmış olup yorum yoluyla genişletilemez. Metinde sayılan kişiler ile on beş on sekiz yaş aralığında bulunan mağdur arasında gerçekleşen cinsel ilişki şikâyet şartı aranmaksızın bu fıkra da ki suçu oluşturacaktır.²⁵¹

Ensest ya da fücür, evlenmeleri yasak olan akraba arasındaki evlenmeleri ve evlenme dışı ilişkileri olarak tanımlanmaktadır.²⁵² Mağdurun on sekiz yaşından büyük olması durumunda aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler ile yaşadıkları cinsel ilişki her ne kadar ahlaki açıdan toplum kurallarına aykırı olsa da Türk Ceza Kanunu açısından suç

²⁵⁰ YOKUŞ SEVÜK H., 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, 2015, CHKD, 3(2), s.136

²⁵¹ ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAĞIZ P., TEPE İ., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2018, Seçkin Yayınları, Ankar, s.374 / TANER F. G., Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2013, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.380

²⁵² DÖNMEZER S., Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1975, İstanbul, s.17 / ARTUK M. E., Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçerisinde Fücür ve Fücür, Şubat 2002, s.39

oluşturmaz. Bir babanın on sekiz yaşından büyük kızı ile cinsel ilişkiye girmesi her ne kadar enstest bir ilişki olsa da Türk Ceza Kanuna göre bu eylem bir suç değildir. Bu durumda düzenleme bütün enstest ilişkileri kapsamamaktadır. Doktrinde de bu düzenleme sırf ahlaka aykırı olduğundan dolayı on sekiz yaşından büyüklerin cinsel özgürlüğüne kısıtlama getirmenin doğru olmadığı düşüncesiyle olumlu karşılanmıştır.²⁵³

Enstest ilişki şeklinde gerçekleşen eylemlerin mağdurlarının suçtan daha ağır bir şekilde etkilendikleri, nitelikli halin faillerine karşı daha korumasız ve bazı durumlarda faillere ekonomik, duygusal mecburiyetleri olduğu düşünüldüğünde, bu nitelikli halin kanun maddesine eklenmesinin doğru bir karar olduğu kanaatindeyiz.²⁵⁴

b. Suçun Evlat Edineceği Çocuğun Evlat Edinme Öncesi Bakımını Üstlenen veya Koruyucu Aile İlişkisi Çerçevesinde Koruma, Bakım ve Gözetim Yükümlülüğü Bulunan Kişi Tarafından İşlenmesi

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından yapılan son değişiklik 104.maddeye eklenen 3. fıkradır. Buna göre “*Suçun evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde, şikâyet şartı aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezalandırılır*”. Özellikle evlat edinilen ya da koruyucu aile yanına yerleştirilen çocuklara istismarın daha kolay gerçekleştirileceğinin bir gerçek olduğu, bu suçun cezasının arttırılarak caydırıcılığının temini sağlanmıştır.²⁵⁵

Maddenin ifade tarzı karmaşık olsa da madde ile anlatılmak isteneni kısaca özetlersek evlat edinilmek için başvuru evlatlık işlemleri tamamlanmadan bakımını üstlenen ya da evlatlık ilişkisi kurulduktan sonra bakımını üstlenen kişi tarafından işlenilmesi durumunda suçun nitelikli halinin oluşacaktır.

253 ÜNVER Y. Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’de ki Durum, in: Adalet Yüksekokulu 20.Yıl Armağanı, 2001, İstanbul, s.332

254 TOPÇU S., Cinsel İstismar, Phoenix Yayınevi, 2009, Ankara, s.90

255 YOKUŞ SEVÜK H., 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, 2015, CHKD, 3(2), s.136

Türk Medeni Kanun'un evlat edinme 305 ile 320'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu 305/1. maddesine göre, bir küçüğün evlat edinilebilmesi için evlat edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması şartına bağlıdır. Bu sürede bakımı üstlenen aile koruyucu aile sıfatını alabileceği gibi, bu sıfatı almadan fiili olarak küçüğün bakımını da gerçekleştirebilir. Evlat edinen küçüğü, kendi çocuğu olarak bakıp, büyütmek, çocuğu korumakla birlikte eğitim, öğretim, sağlık, fiziksel ve ruhsal konularında doğal bir ebeveynin yapabileceklerini yapmak zorundadır.²⁵⁶

Koruyucu Aile kavramı Türk Medeni Kanun'un 347. maddesi ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu 23. maddesinde yer verilmiştir. 2828 sayılı kanunda koruyucu ailenin kısaca tanımı yapılarak koruyucu aileye talep halinde ödeme de yapılabilceği belirtilmiştir. Gönüllü koruyucu ailelik de bu madde kapsamında kabul edilmiştir. Madde metnine (*Mahkemece koruma altına alınan korunmaya ihtiyacı olan çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi bu kanuna göre kurulmuş kuruluşlarda olduğu kadar kurumun denetimi ve gözetiminde bir Koruyucu Aile tarafından da yerine getirilebilir*) göre koruyucu aile korumaya ihtiyacı olan çocukların bedeli karşılığında veya gönüllü bakma talebi bulunan ve kurumca denetimden geçirildikten sonra çocuk koruma ve bakımı için uygun görülen aile olarak isimlendirilebilir. Ayrıca 14/10/1993 gün, 21728 sayılı Resmî Gazete yayımlanan Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin 4. maddesi E bendinde (*İl Müdürlükleri denetiminde kısa veya uzun süreli, bedelli veya bedelsiz olarak çocuk bakımını üstlenen, çocuğa aile ortamında yaşamını sağlayan, öz anne-baba yerini tutabilecek aileler veya kişiler*) olarak tanımlanmıştır.²⁵⁷

Bu iki tanımdan da anlaşılacağı üzere amaç, korumaya ihtiyacı olan çocuğu kurum ortamından çıkararak öz anne-babası gibi görebileceği kişilerin yanına yerleştirip çocuğun normal bir aile ortamında büyümesine imkân tanınmak istenmiştir. Bu bakım karşılığı talep üzerine koruyucu aileye ücret dahi ödenme imkânı vardır. Bu haliyle sırf daha iyi şartlarda, aile ortamında talep edildiğinde ücret karşılığında bir nevi emanet edilen çocuğa karşı koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan fail tarafından bu suçun işlenmesi

256 MEMİŞ KARTAL P., *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı*, 2014, Der Yayınları, İstanbul, s.105

257 DOĞAN R., *Koruyucu Aile Yönetmeliği*, 2013/2, A.B.D., Ankara / ÖZTAN B., *Aile Hukuku*, Turhan Kitapevi, 3. B., 2000, Ankara, s. 444 / AKINTÜRK Turgut, *Aile Hukuku*, Beta Yayınları, 18. B., C. II, 2016, İstanbul, s.371

durumunda suçun nitelikli hal olarak değerlendirilerek madde metnine eklenmesi gayet yerinde olmuştur. Anne ve babası yerine koyduğu faille mağdurun güvenmesi ve sevmesinden dolayı düşmüş olduğu yanılgı sonrası cinsel ilişkiye göstermiş olduğu rızasının geçerli sayılmaması ve faillerin daha fazla bir ceza ile karşı karşıya kalması ceza adaleti açısından gayet isabetli bir karar olmuştur.

2. Tipikliğin Manevi Unsurları

Suçun manevi unsurunu oluşturan kusurluluk, fiil ile fail arasında psikolojik nitelikte bir bağlantıdır. Suçun maddi unsurları işlenen suçun objektif boyutunu oluşturup dış dünyada gerçekleşen eylemleri ifade ederken, manevi unsurlar suçu işleyen kişinin iç dünyası ile ilişkili olup subjektif özellikler taşımaktadır.²⁵⁸

Kast, suç teşkil eden fiilin düşünülmesi, öngörülmesi ve istenmesidir.²⁵⁹ Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında kast tanımlanmış olup, söz konusu fıkra; “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” denilmektedir. Bu itibarla, kastın varlığı için iki unsurun bulunması şarttır. Bu unsurlar, suçun kanuni tanımında yer alan fiilin bilinmesi ve istenmesidir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda failin kastı, mağdurun on beş yaşından büyük çocuk olduğunu bilerek mağdur ile mağdurun rızası dâhilinde cinsel ilişkiye girmektir.²⁶⁰ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun doğrudan kast ile işlenebileceğine dair bir düzenleme bulunmasa dahi, doktrinde bu suçun ancak doğrudan kast ile işlenebileceğine dair görüşler bulunmaktadır.²⁶¹ Ancak mağdurun on sekiz yaşından küçük olduğu konusunda şüphesi

258 **ÖZGENÇ İ.**, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 13. Baskı, 2017, Seçkin Yayınları, Ankara, s.225

259 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. E., ÇAKIR K.**, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 12. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.333

260 **TOROSLU N.** *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara, Savaş Yayınevi, 2018, s.71

261 **TANER F. G.**, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2013, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.339 / **MEMİŞ KARTAL P.**, *Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı*, 2014, Der Yayınları, İstanbul, s.315/ **TEZCAN D. ERDEM M. R., ÖNOK R.M.** *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2017, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara s.338 / **BEYAZIT Ö.**, *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Nisan 2010, Sayı:1, TAAD, Ankara, s.300

bulunan failin, bu durumu önemsemeden mağdur ile cinsel ilişkiye girmesi durumunda suçun olası kast ile işlendiğini söyleme ihtimalinin bulunduğunu düşünmekteyiz.²⁶²

Tedbirsizlik, dikkatsizlik veya acemilik nedeniyle hukuk kurallarının öngördüğü dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline taksir denir.²⁶³ 5237 sayılı Türk Ceza Kanun'un 22. maddesinde taksir düzenlenmiştir. Taksir ile ilgili maddenin 1. fıkrasında "Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır." hükmü bulunmaktadır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun yapısı gereği taksirle işlenme imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenlerle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir.²⁶⁴

Saik, kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan özel bir düşünce, suçun işlenmesine neden olan sübjektif nedendir. Örnek olarak kasten adam öldürmeye karar veren kişinin saiki kan gütmeye olabilir.²⁶⁵ Bu tarz suçlarda saik önemli iken reşit olmayanla cinsel ilişki suçu genel kastla işlenebilir.²⁶⁶ Özel kast aranmaz ve saik önemli değildir.

Kişinin kast ettiği suç teşkil eden fiilinin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticeye sebep olması durumunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış halden bahsedilir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanun'un 23. maddesinde düzenlenmiştir. Kişinin ağır halden sorumlu tutulabilmesi için gerçekleşen netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir.²⁶⁷ Kanunilik prensibi gereği kişinin gerçekleştirmiş olduğu ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için bu ağır neticenin kanunda bir suç tipi ile bağlantılı olacak şekilde suçun ağırlaştırılmış hali olarak düzenlenmiş olması gerekir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından böyle bir düzenleme bulunmamaktadır.

262 **KANBUR, M. N.**, *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, CHD, Yıl:8, Sayı:2, Nisan 2013, s.4180 // **TANER F. G.**, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara, s.339 // **TANER F. G.**, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara, s.135

263 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. E., ÇAKIR K.**, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 12. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.364

264 **ARSLAN Ç., AZİAĞAOĞLU B.**, *Yeni Türk Ceza Kanununun Şerhi*, 2004, Asil Yayınları, Ankara, s.433

265 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. E., ÇAKIR K.**, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 12. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.408

266 **YOKUŞ SEVÜK, H.**, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları*, *Hukuk ve Adalet Dergisi*, Yıl:2 Sayı 5, 2005, Ankara s.298 / **V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAĞIZ P., TEPE İ.**, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara s.350 / **ŞEN E.**, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 2006, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.406

267 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. E., ÇAKIR K.**, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, 12. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.411

3. Hukuka Aykırılık Unsuru

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedenleri olarak;

- Kanunun Hükmü ve Amirin Emri (TCK m.24)²⁶⁸
- Meşru Savunma ve Zorunluluk Hâli (TCK m.25)²⁶⁹
- Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası (TCK m.26)²⁷⁰

maddeleri yer almıştır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun yapısı gereği, yukarıda sayımı yapılan hukuka uygunluk sebeplerinin ortaya çıkma ihtimali yoktur.

Mağdurun rızası daha önce açıklandığı üzere hukuka uygunluk sebebi olmamakla birlikte, Türk Ceza Kanunu'nda bulunan, suçun maddi unsuru olduğu, tek suç tipidir. Hukuken geçerli bir rıza söz konusu ise reşit olmayanla cinsel ilişki, aksi halde ifsat edilmiş bir rıza ile gerçekleşen eylem cinsel istismarı suçunu meydana getirecektir.²⁷¹

Medeni Kanun'a göre gerçekleşen evliliklerde, eşler arasında gerçekleşen cinsel birliktelikler, evlilik birliğinden doğan hakkın kullanılması olarak kabul edildiğinden, bu eylemler sonucunda reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmayacaktır.²⁷² Medeni Kanun'a göre yapılmayan imam nikahı tarzı evlilikler suçun oluşumunu etkilemeyecektir.²⁷³

III. Kusurluluğu Azaltan Sebeplerden Haksız Tahrik (m. 29)

Kusurluluk, kişinin haksızlık içeren eyleminin üzerine yüklenebilmesi ve kınanabilmesidir. Kişinin kusurlu olabilmesi için suç teşkil eden eylemlerini ile ilgili

268 **TCK Madde 24-** (1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.

269 **TCK Madde 25-** (1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

(2) Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

270 **TCK Madde 26-** (1) Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.

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

271 **AYDIN M.** Çocukların Cinsel istismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2014, Ankara, s.94

272 **KANBUR, M. N.** Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, CHD, Yıl:8, Sayı:2, Nisan 2013, s.4179

273 **Yargıtay 14. C.D. 19.02.2019 tarih, 2015/7932 E. 2013/7368 K.** sayılı kararı ile ilk derece mahkemesinin imam nikahı sonrası mağdur ile yaşanan cinsel ilişkinin Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunu oluşturacağına dair kararını onamıştır.

hareketlerini özgürce yönlendirebilmesi ve bu eylemlerinin düzeni koruma amaçlı oluşturulan hukuk kurallarıyla çatıştığını anlayabilme yeteneğine sahip olması gerekir.²⁷⁴ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından 5237 sayılı Türk Ceza Kanun’unda uygulanabilecek bir kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir durum bulunmamaktadır. Bu kısımda hemen hemen tüm suçlar bakımından genel bir hafifletici neden olan haksız tahrikin reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından uygulama alını bulunup bulunmadığı durumu üzerinde duracağız.

5237 Sayılı TCK m.29’da; “(1) Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.” denilmektedir. Haksız tahrik, şartları gerçekleştiğinde her suç ve her fail hakkında uygulanma olanağı bulunabileceğinden hem suç, hem de kişi bakımından genel bir hükümdür. Failin haksız tahrik hükümlerinden yararlanabilmesi için suçu hiddet ve şiddetli elemin etkisiyle işlemesi gerekir.²⁷⁵ Failin kapıldığı hiddet ve şiddetli elemin, tahrik edici hareketten kaynaklanması gerektiği yani suçu oluşturan tepki fiiliyle tahrik fiili arasında bir nedensellik ilişkisi bulunmasının zorunlu olduğu anlamına gelmektedir.²⁷⁶ Ayrıca failin gerçekleştirmiş olduğu suça konu tepki fiilinin içerisinde bulunan elem ve hiddet duygularını bastırmaya yönelik olması gerekir.²⁷⁷ Mağdurun rızası ile gerçekleşen suça konu cinsel ilişkinin aynı mağdurun faile gerçekleştirmiş olduğu haksız eylem sonucunda gerçekleştiğini söyleme imkanı bulunmamaktadır. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun yapısı gereği mağdurun tahrik edici hareketi sonrasında işlenmesi mümkün olan bir suç olamayacağı kanaatindeyiz.

274 ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. E., ÇAKIR K., Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 12. Baskı, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara, s.512

275 AYDIN D., Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik, AÜHFD, Y. 2004, C. 54, S. 1, s. 231 / KANGAL Z., Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, EÜHFD, Y. 2010, C. 14, S. 3-4, s. 32

276 CENTEL N., ZAFER H., ÇAKMUT Ö., Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011, S. 434 / ZAFER H., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 2011, s. 330

277 DEMİRBAŞ T., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara 2009, s. 408 / DÖNMEZER S., SAHİR E., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C: II, İstanbul 1999, s. 359.

IV. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu Açısından Hata Halleri

5237 sayılı Türk Ceza Kanun'un 30. maddesi ile ilgili hükümler düzenlenmektedir. Madde metni;

1) *Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.*

2) *Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*

3) *Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.*

4) *İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.*²⁷⁸

Cinsel ilişkiye girdiği mağdurun yaşı veya rızası konusunda bir hataya düşen fail kast ile hareket etmiş olmaz. Mağdurun yaşı ve rızası suçun maddi unsurları arasında yer aldığından, failin, suçun maddi unsurlarına ilişkin yapmış olduğu bu hataları, Türk Ceza Kanunu 30/1. maddesi gereğince kastını kaldıracağından reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşumunu engelleyecektir.²⁷⁹

Hata iddiası, hatanın kanıtlanması durumunda faydalanacak olan fail veya failin müdafisi tarafından yapılmak zorundadır. Mahkeme hata konusunda resen araştırma yapmak zorunda değildir.²⁸⁰

1. Mağdurun Yaşında Hata

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdurun on beş on sekiz yaş aralığındaki mağdurlara karşı işlenebilir. Fail, cinsel ilişkiye girdiği mağdurun on sekiz yaşından büyük

278 08.07.2005 tarih ve 25869 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5377 sayılı Kanunun 4. maddesi ile eklenen 4. fıkra

279 **ARTUK M. E., GÖKCEN A., ALŞAHİN M. E., ÇAKIR M. E.,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, 2018, Adalet Yayınları, Ankara, s. 522 / **EKİCİ ŞAHİN M.,** Ceza Hukukunda Rıza, 2012, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.100 / **HAKERİ H.,** “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 2017, Adalet Yayınevi, Ankara, s.454 / **YOKUŞ SEVÜK H.,** “Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl:2 Sayı 5, 2005, Ankara, s.298

280 **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 05.11.2013 tarih, 2013/14-576 E., 2013/581 K. sayılı kararı ile** “...suçun maddi unsurlarında hata hali faile ilişkin bir durum olduğundan, bu hususun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmekte olup, kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşülmediğine ilişkin bir araştırma yapılmayacaktır”

olduğu konusunda bir hataya düşmüşse, failin hatası kastını kaldıracaktır.²⁸¹ Bu durumda faile, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan ceza verilemez.²⁸²

Örnek olarak, fail mağdur ile on sekiz yaşından küçüklerin kesinlikle giremediği bir bar da tanıştıktan sonra ve mağdurda kendisini on sekiz yaşından büyük olarak tanıtmış ise, fail daha önce tanımadığı mağdurun rızası ile cinsel ilişkiye giriyorsa, fail mağdurun yaşı konusunda bir hataya düştüğü düşünülerek failin kastının kalktığı söylenebilir. Bu durumda fail Türk Ceza Kanunu 30/1. maddesi gereğince cezalandırılmaz.²⁸³

Fail on beş yaşından küçük olan mağdur ile mağdurun on beş yaşından büyük olduğu zannıyla mağdurun rızası ile cinsel ilişkiye girmesi durumunda, fail cinsel istismar suçundan cezalandırılmaz. Hatası cinsel istismar suçu açısından ceza sorumluluğunu tamamen kaldırmasına karşın, rızaya dayalı istisnai bir suç tipi olan reşit olmayanla ilişki suçunun varlığı, gerçekleşen eylemin reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna vücut vermesine sebep olacak ve failin tamamen başka bir suçtan sorumlu olmasına yol açacak, mağdurun geçerli şikâyetinin varlığı halinde, fail reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır.²⁸⁴ Şikâyet yokluğu durumunda fail hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun'un 223. maddesinin 2. fıkrasının c. bendi gereği beraat kararı verilmesi gerekir.²⁸⁵ Failin hatası ile iddialarının, hayatın olağan akışına aykırı olduğu ve inandırıcı

281 *Yargıtay 14. C.D. 18.10.2018 tarih 2018/4624 E., 2018/6131 K. sayılı kararı ile, "...Mağdure ile sanıkların aşamalarındaki mağdurenin yaşı konusundaki beyanları ile tüm dosya kapsamı nazara alındığında, her ne kadar Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun 27.07.2017 tarihli raporunda mağdurenin doğum kaydına uygun gelişim gösterdiği belirtilmiş ise de 15.05.2014 tarihli 17 yaş içi ile uyumlu olduğuna dair usulüne uygun heyet raporu ve mahkemece 12.10.2017 tarihli duruşmada yapılan gözlemlerle 20 yaş civarında olduğuna ilişkin tespitinde mağdurenin kayıt yaşına göre daha büyük olduğunun anlaşılması ve bozma öncesi de sanıkların mağdurenin yaşı konusunda hataya düştüklerinin kabul edilmesi karşısında, sanıklar hakkında TCK.30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanması suretiyle karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi ..."*

282 *ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAŞIZ P., TEPE İ., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara, s.350 / YOKUŞ SEVÜK, H., Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl:2 Sayı 5, 2005, Ankara s.298 / HAKERİ H., Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2017, Adalet Yayınevi, Ankara, s.454 / TORUSLU N., Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, 2018, Savaş Yayınları, Ankara, s.68*

283 *TANERİ G., Cinsel Suçlar, 2014, Bilge Yayınevi, Ankara, s. 122,*

284 *TORUSLU N., Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, 2018, Savaş Yayınları, Ankara, s.68*

285 *Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 05.11.2013 tarih, 2013/14-576 E., 2013/581 K. sayılı kararı ile "...TCK'nun 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçundan değil, şikâyet üzerine 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır.*

Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin onbeş yaşını doldurmadığı halde, onbeş yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikâyetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail TCK'nun 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurenin yaşına ilişkin bu hatasından yararlanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kastın hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir. Suçun maddi unsurlarında hata hali faile ilişkin bir durum olduğundan, bu hususun fail veya müdafii tarafından ileri sürülmesi gerekmekte olup, kural olarak mahkemece suçun maddi unsurlarında hataya düşülüp düşünülmediğine ilişkin bir araştırma yapılmayacaktır....Birbirlerini tanımayan mağdure ile sanığın olaydan 7 gün önce tanıştıkları, sanığın tüm aşamalarda

olmadığı olaylarda fail cinsel istismar suçunu işlediği kabul edilerek bu suçtan cezalandırılır.²⁸⁶

2. Mağdurun Rızasında Hata

Rıza konusunda hata, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşmasına engel değildir. Ancak on beş on sekiz yaş aralığında bulunan mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstermediği halde, rıza gösterdiği konusunda kaçınılmaz ve esaslı hataya düşen fail, cinsel istismar suçu yerine reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır.²⁸⁷

Örnek olarak failin dahili ve bilgisi olmadan, on beş on sekiz yaş aralığında bulunan mağdurun cinsel istek arttırıcı ilaçları, bu ilaçların etkisini bilmeyerek içtikten sonra, bu ilaçların etkisi ile fail ile cinsel ilişkiye rıza göstermesi gerçekleşen cinsel ilişkide, mağdurun bu ilişkiye gösterdiği rızanın sağlıklı bir rıza olmadığı aşıkardır. Bu durumda failin eylemi Türk Ceza Kanunu 103. maddesindeki cinsel istismar suçunu oluşturmaya rağmen, fail mağdurun rızası konusunda hataya düştüğünden, bu hatası cinsel istismar suçu açısından kastını kaldıracaktır.²⁸⁸ Mağdurun geçerli şikâyetinin varlığı halinde, fail reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır. Şikâyet yokluğu durumunda fail hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun'un 223. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendi gereği beraat kararı verilmesi gerekir.

ısrarlı ve tutarlı biçimde mağdurenin kendisine yaşının büyük olduğunu söylediğini, 15 yaşından küçük olduğunu bilmediğini, mağdurenin görünüş itibarıyla de büyük gösterdiği için yaşının küçük olduğundan şüphelenmediğini, suç işlemesi durumunda şartla tahliyesi geri alınacağından mağdurenin yaşının küçük olduğunu bilse değil onunla cinsel ilişkiye girmek kesinlikle arkadaş dahi olmayacağını savunduğu, mağdurenin de aşamalarındaki beyanları ile sanığın savunmalarını doğruladığı, mahkemece mağdurenin fizik görünümünün "14 yaşından daha iri yapıda ve büyük gösterdiği ancak 18 yaşını bitirmemiş görüntüye sahip olduğu" şeklinde gözlemlendiği, sanığın mağdure ile sadece bir kez cinsel ilişkiye girdiği, cinsel ilişki sonrası mağdurenin yaşının küçük olduğunu öğrendikten sonra tekrar ilişkiye girmediği, rızaen kaçtıkları günün ertesinde sanığın mağdureyi ailesine teslim ettiği, sanığın mağdurenin gerçekte 15 yaşından küçük olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini gösteren herhangi bir bilgi ve belgenin dosya içerisinde bulunmadığı anlaşıldığından, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin onbeş yaşını doldurmadığı halde, onbeş yaşını doldurduğu düşüncesiyle ve rızasıyla mağdure ile cinsel ilişkide bulunan sanığın mağdurenin yaşı konusundaki yanlıgisının esaslı bir hata niteliğinde olduğu sabit olup, hakkında TCK'nun 30/1. maddesindeki hata hükümlerinin uygulanma şartları gerçekleşmiştir"

286 **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 13.12.2016 tarih, 2016/14-941 E., 2017/1236 K. sayılı kararı ile** "Sanık ve mağdurenin 2013 yılı Haziran ayında aynı işyerinde çalışırken tanışıp iki ay süre ile duygusal ilişki yaşadıkları, bir süre ayrı kalan tarafların 2014 yılı Mayıs ayından itibaren yeniden görüşmeye başlayıp 2014 yılı Eylül ve Ekim aylarında cinsel ilişkiye girdikleri sabit bulunan olayda; sanığın savunmasında mağdure ile yeniden görüşmeye başladıkları 2014 yılı Mayıs ayından cinsel ilişkiye girdikleri 2014 yılı Eylül ve Ekim aylarına kadar geçen süreçte telefon yoluyla ve yüz yüze çok sayıda görüşme yaptıklarını beyan etmesi, mahkemece yapılan gözlemlerde mağdurenin uzun boyu ve iri yapısına rağmen duruşmadaki hal ve tavırlarından yaşının küçük olduğunu hemen fark edilebilecek nitelikte olduğunun belirtilmesi ve mağdureden onbir yaş büyük olan sanığın, mağdure ile birlikte geçirdiği süre nazara alındığında, mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğunu bilmediği yönündeki savunmasının hayatın olağan akışına uygun olmaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, TCK'nun 30. maddesinde düzenlenen hata halinin uygulanma şartlarının mevcut olmadığı ve sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme kararında herhangi bir isabetsizlik bulunmadığı kabul edilmelidir."

287 **TORUSLU N.**, Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, 2018, Savaş Yayınları, Ankara, s.68 / **TANER F. G.**, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara, s.298

288 **ŞEN E.**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2006, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.406

Failin, mağdurun akıl sağlığının yerinde olup olmadığı konusunda hataya düşmesi mümkündür. On beş on sekiz yaş aralığında bulunan mağdurun kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlerin anlam ve sonuçlarını algılayamadığı durumlarda, mağdura karşı gerçekleştirilen eylemler sonucunda failin 5237 sayılı Türk Ceza Kanun'un 103. maddenin 1. fıkrasının (a) bendi gereği 103. maddenin 2. fıkrasına göre cezalandırılması gerekecektir. Ancak mağdurun akıl sağlığında sorun olduğu ilk bakışta kolayca hekim olmayanlarca anlaşılamayacağının tespit edilmesi halinde ve failin gerçekten bu durumu bilmiyor veya bilebilecek durumda değilse hatasından faydalanacak, bu hatası cinsel istismar suçu açısından kastını kaldırarak, mağdurun geçerli şikâyetinin varlığı halinde, fail reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır.²⁸⁹ Şikâyet yokluğu durumunda fail hakkında yine 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun'un 223. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendi gereği beraat kararı verilmesi gerekecektir.²⁹⁰

V. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun Unsurları Dışında Kalan Haller

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından 5237 sayılı Türk Ceza Kanun'unda özel olarak failin cezalandırılmasını engelleyen şahsi cezasızlık halleri, cezayı kaldıran veya azaltan şahsi sebep olan etkin pişmanlık haller ile objektif cezalandırılabilme şartı öngörülmemiştir.

289 *Yargıtay 14.CD. 24/09/2019 tarih 2019/1920 E., 2019/11022 K. sayılı kararı ile; "on altı yaş içerisinde bulunan mağdurenin, 20.10.2008 tarihinde sanıkla buluşarak birlikte gittikleri İzmir ve İstanbul'da bir süre kaldıktan sonra Bursa'da ev tutup beraber yaşamaya başladıkları, sanıkla mağdurenin birlikte kaldıkları süreçte tehdit, cebir, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olmaksızın çok sayıda cinsel ilişkiye girdikleri ve başlatılan soruşturma neticesinde 03.12.2008 günü birlikte yaşadıkları evde yakalandıkları olayda, sanığın aşamalarındaki mağdurenin zeka geriliği bulunduğunu bilmediğine dair savunması, mağdure beyanları, hakkında tanzim edilen rapor ve görüş içeriklerinden mağduredeki zeka geriliğinin tıp ve psikoloji eğitimi almış kişiler ile yargılama aşamasında mahkeme heyeti tarafından dahi uzun süre anlaşılamamış olması, bozma öncesi ve sonrasında dinlenen ve mağdurenin okuduğu liseden samimi arkadaşlarını da kapsayan tanık beyanlarında, mağdurede zeka geriliği bulunduğuna ve bu durumun sanık tarafından bilindiğine dair anlatımda bulunulmaması karşısında, katılanın mağdurdaki akıl zayıflığını sanığa söylediğine dair anlatımına tek başına itibar edilemeyeceği bu nedenle sanığın, mağduredeki zeka geriliğini bildiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmayıp, mevcut haliyle 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümleri nazara alınarak eylemlerin aynı Kanunun 104 ve 234/3. maddelerinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarını oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanlışlığa düşülerek yazılı şekilde mahkumiyet hükümleri kurulması..."*

290 *Yargıtay 5. C.D. 10/04/2002 tarih, 2001/7258 E. 2002/4780 K. sayılı kararı ile "...Adli Tıp Kurumu 4. İhtisas Kurulunun 19.06.2000 tarihli raporunda "mevcut zekâ geriliğini hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği" belirtildiği cihetle, sanıkla aynı köyde bulunan mağdurenin bu durumunun bilinip bilinmediği köy muhtarı veya ihtiyar heyetinden kişilerin de bilgisine başvurulup araştırılarak sonucuna göre suç vasfının tayini gerekirken eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması"*

§3. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ, USUL HÜKÜMLERİ

I. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Suçun özel görünüş şekilleri; teşebbüs, içtima ve iştirak alt başlıklarında incelenmiştir.

1. Teşebbüs

A. Kavram

Suçta teşebbüs kavramı Türk Ceza Kanunu'nun 35. maddesinin birinci fıkrasında *“Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerde tamamlayamaması”* şeklinde tanımlanmıştır. Bu madde ile birlikte suçun icrasına başlanılmadan önce gerçekleştirilen “hazırlık hareketlerinin” cezalandırılmayacağını belirtmiştir. Hazırlık hareketlerinden sonra icra hareketlerine başlanmasıyla birlikte fiil cezalandırılabilir bir nitelik kazanmaktadır.²⁹¹

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna teşebbüs edilebilir. Suç cinsel ilişkinin gerçekleşmesi yani vücuda organ sokulması ile tamamlanır. Suçun tamamlanması açısından cinsel ilişkinin belli bir uzunlukta devam etmesi, tarafların cinsel yönden tatmine ulaşmaları, fiziki boşalma gerçekleşmesi aranmamaktadır.²⁹² Cinsel ilişki olarak ifade edilen eylemin hareket kısmı neticeden ayrılabilir olması dolayısıyla reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna teşebbüs söz konusu olabilecektir.²⁹³

Fail mağdur ile cinsel ilişkiye girmeye yönelik elverişli hareketlerle icra etmeye başlamış, ancak elinde olmayan sebeplerle cinsel ilişkiyi gerçekleştirememişse bu suçta teşebbüs etmiş sayılır. Bu durum ispatı zor bir durumdur. Cinsel ilişki öncesi cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel yakınlaşmalarda mağdura karşı cebir, hile ve tehdit olmadığı ve

²⁹¹ CENTEL N., ZAFER H., ÇAKMUT Ö., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Beta Yayınları, 2014, İstanbul, s.434

²⁹² KOCA M., ÜZÜLMEZ İ., *“Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”*, 2015, Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı, Ankara, s.335 / TANER F. G., *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara s.334

²⁹³ TEZCAN D., ERDEM M.R., ÖNOK M., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2010, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.339 / ARSLANTÜRK M., *“Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar”*, 2014, Seçkin Yayınları, Ankara, s.506 / KANBUR M. N., *“Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”*, CHD, Yıl:8, Sayı:, Nisan 2013, s4181 / aksi görüş için bkz. MERAN N., *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, 2008, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.286

mağdurun rızası ile gerçekleştiğinden Türk Ceza Kanunu açısından suç oluşturmayacak, hangi hareketler ile cinsel ilişkiye girmek amacıyla icrai hareketlere başladığını tespit etmek gerçekten uygulamada ve somut olayların değerlendirilmesinde çok zor durumlar oluşturacak ve fail ikrarı olmadan çoğu olayda kesin bir kanaat elde etme imkânı olmayacaktır.²⁹⁴

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda suçun oluşması için tanımlanan cinsel ilişkinin gerçekleşebilmesi için cinsel organın vajina veya anüse sokulması gerekmektedir.²⁹⁵ Cinsel organ duhulü öncesinde gerçekleşen öpüşme, okşama, dokunma, sürtünme gibi fiiller cinsel ilişki fiili kapsamında değerlendirilemeyecek, belki bu hareketler, fiilin hazırlık hareketi niteliğinde görülecek ve teşebbüsten söz edilemeyecektir.²⁹⁶ Ancak hazırlık hareketlerinin doğal sonucu olarak sokma fiili gerçekleştirilmeye yönelmiş ve fakat duhul sağlanamadan fail yakalanmışsa, örneğin vajina yanaklarına organ yerleştirilmiş, anüs ağzı kayganlaştırıcı sürülmüş, penise prezervatif takılmış ve fakat duhul sağlanamadan fail yakalanmış ise, ancak bu durumda teşebbüs kabul edilebilecektir. Benzer bir olayda Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 08/04/2009 tarihli, 2008/3902 Esas, 2009/4389 Karar sayılı kararı ile *“Teşebbüs hükmünün uygulanabilmesi için eylemin yapıcı davranışlarına başlanmış olması tek başına yeterli olmayıp açıklanabilir ve kabul edilebilir engel bulunmasının zorunlu olduğu, şayet ciddi bir engel mevcut değilse sanık yararına olan maddenin uygulanması gerektiği”* ifade edilmiştir.²⁹⁷

294 **BEYAZIT Ö.**, *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Nisan 2010, Sayı:1, TAAD, Ankara, s.301 / **ŞEN E.**, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 2006, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.406 / **AKSAKAL E.**, *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, İBD, Cilt 88, Sayı 2, 2014, İstanbul, s.269 / **KOCAOĞLU S.**, *“Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”*, 2016, Yetkin Yayınları, Ankara s.420

295 **ATAMAN, E.**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 2011, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.B.D., Yayınlanmış Y. Lisans Tezi, s.56 / **TANER F.G.**, *Türk Ceza Kanununda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2011 Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku A.B.D., Yayınlanmış Doktora Tezi, s.284/ **BEYAZIT Ö.** *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, TAAD, Nisan 2010, Sayı: 1, s. 299 / **TEZCAN D., ERDEM M.R., ÖNOK M.**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2012, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.338 / **BAYRAKTAR K. vd.**, 2017, Özel Ceza Hukuku Kişilere Karşı Suçlar (1), 2, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s.543

296 **BEYAZIT Ö.** *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, TAAD, Nisan 2010, Sayı: 1, s. 302 / **KOCAOĞLU Sinan**, *“Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”*, 2016, Yetkin Yayınları, Ankara s.420

297 **Yargıtay 5. C. D. 08.04.2009 tarih, 2008/3902 E., 2009/4389 K.sayılı kararı ile**, *“...Teşebbüs hükmünün uygulanabilmesi için eylemin yapıcı davranışlarına başlanmış olması tek başına yeterli olmayıp açıklanabilir ve kabul edilebilir engel bir neden bulunmasının zorunlu olduğu, şayet ciddi bir engel mevcut değilse sanık yararına olan maddenin uygulanması gerektiği, olayda ise sanığın, mağdureye yönelik cinsel davranışlara başladığı sırada mağdurenin bağırıp direnmesi ve annesinin birazdan eve geleceğini söylemesinin ciddi bir engel neden teşkil etmediği, sanığın vazgeçme anına kadar tamamlanan eyleminin ırz ve namusa tasaddi suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması”*

Suçun teşebbüs aşamasında kalabilmesi için fiili hareketlere başlandıktan sonra failin elinde olmayan sebeplerle sonucu gerçekleştirememesi yani cinsel organı duhulünü gerçekleştirememesi gerekmektedir. Mağdur ile fail beraber cinsel davranışlarda bulunduktan sonra, mağdurun cinsel ilişkiye göstermediği rızanın fail tarafından kırılmadığından dolayı cinsel ilişki gerçekleşmiyorsa, failin mağdur rızasını olmadığını öğrendiği andan itibaren gerçekleştirdiği cinsel davranışlar, cinsel istismara teşebbüs olarak değerlendirilmelidir.²⁹⁸

B. Gönüllü Vazgeçme

Fail icra i hareketlere başladıktan sonra kendi isteği ile dışarıdan herhangi bir zorlama olmadan cinsel ilişki yani organ sokmadan vazgeçerse Türk Ceza Kanunun 36. maddesi gereğince gönüllü vazgeçmeden yararlanır, kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını önlediğinden dolayı teşebbüsten dolayı sorumlu tutulmaz.²⁹⁹ Ancak şartları varsa ve failin o ana kadarki hareketleri ayrı bir suçu oluşturuyorsa, söz konusu suçtan dolayı cezalandırılması mümkündür.

Cinsel ilişki öncesi yaşanan cinsel davranışlar mağdura karşı cebir, hile, tehdit ve iradeyi etkileyen başka bir nedene bağlı olmadığı ve mağdurun rızası ile gerçekleştiğinden Türk Ceza Kanunu açısından mağdur on beş yaşından büyük olmasından dolayı 103.

²⁹⁸ *Yargıtay 14. C.D. 27.11.2017 tarih, 2015/2612 E. 2017/5958 K. sayılı kararı ile, "...kaldığı kız yetiştirme yurdundan kaçıp Gaziantep'e gelerek sanıkla buluşmasının ardından yanlarında tanık U. olduğu halde Burç ormanına gittikleri, burada biraz alkol alarak arabaya bindikleri, bir süre sonra arabadan midesinin bulanması nedeniyle inen sanığın, peşinden yardım etmek için gelen mağdureye aniden saldırıp yere yatırdıktan sonra kemerini çözerek pantolonunu çıkarmaya çalıştığı sırada mağdurenin yardım istemesi ve tanık U.'un tokat atıp engellemesi sebebiyle eylemini tamamlamadığı, daha sonra mağdure ile sanığın olay yerinden ayrılarak sanığın tanıdığı olan tanık D.'in evine gittikleri, o anda evde sadece D.'in oğlu tanık M.'in bulunduğu, sanık ile mağdurenin geceyi bu evde aynı odada geçirip üç-dört kez rızaen cinsel ilişkiye girdikleri ve ertesi sabah tanık M.'la birlikte kahvaltı yaptıktan sonra evden ayrılıp gittikleri parkın tuvaletinde tekrar cinsel ilişkiye girdikleri sabit olduğundan, her ne kadar mağdure aşamalarda, olay gecesi tanık D.'in evinde sanığın kendisiyle zorla cinsel ilişkiye girdiğini beyan etmiş ise de, sanığın savunmalarında cinsel ilişkilerin rızayla olduğunu belirtmesi, tanık M.'in gece boyunca herhangi bir ses duymadığını, mağdurenin bağırma ve çağırmasının olmadığını söylemesi ve sanık ile mağdurenin ertesi sabah kalkıp beraber kahvaltı yaptıktan sonra evden ayrılıp gittikleri parkta tekrar ilişkiye girdiklerinin anlaşılması karşısında, olay gecesindeki cinsel ilişkilerin cebir, tehdit veya hileyle gerçekleştiğine dair mağdurenin soyut beyanından başka delil bulunmadığından, mevcut haliyle anılan ilişkilerin rızayla gerçekleştiği kabul edilip Burç ormanında gerçekleşen eylem dışındaki ilişkilerin 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu, Burç ormanında gerçekleşen eylemin ise çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüs olduğu gözetilmeden ve Burç ormanında gerçekleşen olay hükmün gerekçesinde değerlendirilmeden, dosya içeriğine aykırı olacak şekilde hüküm kurulması,*

²⁹⁹ *Yargıtay 14. C. D. 14.10.2012 tarih, 2011/10750 E. 2012/10275 K. sayılı kararı ile, "Reşit olmayanla cinsel ilişki eylemleri nedeniyle kurulan hükümde, tamamlanan cinsel ilişkiden önceki tarihlerde gerçekleşen iki fiilde mağdurenin acı duyması sebebiyle ilişkiden vazgeçildiği bu durumda teşebbüsten söz edilemeyeceği, ilişkiden vazgeçilen iki eylemin, gönüllü vazgeçme hükümleriyle, mağdurenin yaşı ve rızası dikkate alındığında suç oluşturmayacağı ve olayda zincirleme suç hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunmadığı gözetilmeden cezanın TCK'nın 43. maddesi uyarınca artırılması..."*

madde de bulunan çocuğun cinsel istismarı suçunu da oluşturmayacak, o ana kadar cinsel ilişkiye yönelik olarak gerçekleştirdiği eylemler herhangi bir suç teşkil etmediğinden cezalandırılması mümkün olmayacaktır.³⁰⁰

2. İştirak

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna iştirak mümkündür. Ancak bu suç fail tarafından bizzat eşlenebilen bir suç olduğundan müsterek veya dolaylı faillikten bahsedilemez. Bu suç açısından iştirak duruma göre yardım eden ya da azmettiren olarak değerlendirilebilir.³⁰¹ Yargıtay'da cinsel ilişkiye aracılık eden ya da yer sağlayan sanıkları, yardım eden sıfatıyla sorumlu tutmuştur.³⁰²

İkinci ve üçüncü fıkrada düzenler suçlar fail açısından özgü suç niteliğindedir. Özgü suçlarda ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişiler fail olabilir. Türk Ceza Kanunun 40/2 maddesine göre, bu suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler özel faillik niteliğini taşıyorlarsa, azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulur. Suça iştirakten dolayı sorumlu tutulabilmek için, Türk Ceza Kanunun 40/2 maddesine göre ilgili fiilin en azından suça teşebbüs aşamasına varması gerekir.³⁰³

300 **GÜNDÜZ, R., GÜLTAŞ, V.**, Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Suçlar, 2011, Bilge Yayınları, Ankara, s.322 / **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAŞIZ P., TEPE İ.**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara s.351 / **YOKUŞ SEVÜK, H.**, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları , Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl:2 Sayı 5, 2005, Ankara, s.299

301 **BEYAZIT Ö.**, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Nisan 2010, Sayı:1, TAAĞ, Ankara s.303 / **ARSLANTÜRK M.**, "Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar", 2014, Seçkin Yayınları, Ankara, s.507 / **KOCA M., ÜZÜLMEZ İ.**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2018, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara / 333 / **TEZCAN D. ERDEM M. R., ÖNOK R.M.** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2017, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara s.339

302 **Yargıtay 14. C.D. 24.06.2019 tarih 2015/7470 E. 2019/10314 K. sayılı kararı ile;** "Mağdurenin aşamalarındaki çelişkili anlatımları, savunma, doktor raporu ile tüm dosya içeriği nazara alındığında suç tarihinden önce on yedi yaşındaki mağdure ile arkadaş olan sanık S.'nin, olay günü diğer sanık C.'le beraber evine gelerek yanına çağırdığı mağdure ile yakında bulunan ahıra gitmesinin ardından, C.'nin dışarıda gözcülük yaptığı sırada Sabri'nin cebir, tehdit veya hile olmaksızın mağdure ile cinsel ilişkiye girdiği anlaşıldığından mevcut haliyle sanıkların eylemlerinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu ve C. hakkında ayrıca TCK'nın 39. maddesinin tatbiki gerektiği gözetilerek aynı kanunun 104/1. maddesi uyarınca mahkumiyetleri yerine..."

Yargıtay 14. C.D. 03.10.2017 tarih 2014/8479 E. 2017/4416 K. sayılı kararı ile, "Sanık İ. hakkında beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu yönünden yapılan değerlendirmede, dosya içeriğine göre İ.'in, diğer sanık E.'in mağdureye karşı işlediği reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna 5237 sayılı TCK'nın 39. maddesi anlamında yardım eden sıfatıyla iştirak etmesi nedeniyle bu suçtan mahkûmiyeti yerine suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan beraatine karar verilmesi"

Yargıtay 14. C.D. 02.06.2015 tarih 2013/7385 E. 2015/6774 K. sayılı kararı ile, "...sanık İ. ile birlikte sanık M.'in evine gidip burada kaldığı 15-20 günlük süre zarfında yine rızasıyla İ.'le birçok kez cinsel ilişkiye girdiği anlaşıldığından, İ.'in reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu zincirleme suç hükümleri kapsamında işlemesi nedeniyle TCK'nın 43. maddesi uyarınca cezasında artırım yapılmaması ve sanık M.'in evini sağlamak suretiyle sanık İ.'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,"

303 **MEMİŞ KARTAL, P.**, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, 2014, Der Yayınları, İstanbul, s.101

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halleri dahil olmak üzere müşterek failliğin mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.³⁰⁴ Doktrinde mağdura rızası dahilinde aynı anda iki fail tarafından anal ve vajinal yoldan cinsel organ sokulması durumunda müşterek faillik uygulanabileceği yönünde görüşler bulunmaktadır.³⁰⁵ Kanaatimizce böyle bir durumda bile faillerin eylemi aynı anda aynı mağdura karşı gerçekleştirilmiş olsalar dahi, her birinin eyleminin farklı bir suç olacağıdır.³⁰⁶

Türk Ceza Kanunu'nun çocuğun cinsel istismarı suçunu düzenleyen 103. maddesinin 3/a bendinde suçun birden fazla kişi ile işlenmesi durumunun suçun nitelikli hali olarak değerlendirilerek, öngörülen cezanın yarı oranında arttırılması hükme bağlanmış olsa da reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından böyle bir ceza artırımı yoluna gidilmemiştir. Cinsel istismar suçunda, suçun birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi durumunda mağdurun direncinin daha çabuk ve kolay kırılacağı değerlendirilerek ceza artırımı yoluna gidilmiş olması ile birlikte reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdurun rızasının varlığı kabul edildiği ve zorlama olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda, ceza artırımı yoluna gidilmemesinin doğru bir tercih olduğu kanaatindeyiz.

Suç iştirak halinde işlenmesi durumunda sanıklardan biri hakkında şikâyetten vazgeçme, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 73/5 maddesi gereğince diğer sanıkları da kapsar.³⁰⁷ Şikâyetten vazgeçme sanık tarafından kabul edilmesi durumunda soruşturma veya kovuşturma son bulur.³⁰⁸ Lekelenmeme hakkı kapsamında, sanık şikâyetten

304 **TEZCAN D. ERDEM M. R., ÖNOK R.M.** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2017, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara s.339 / **ÖZBEK V. Ö., KANBUR M. N., DOĞAN K., BACAĞIZ P., TEPE İ.**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara, s.4184

305 **KOCAOĞLU Sinan**, "Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", 2016, Yetkin Yayınları, Ankara s.427

306 **TANER F. G.**, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara, s.341

307 **Yargıtay 14. C.D. 12.02.2019 tarih 2015/3789 E. 2019/2591 K.** sayılı kararı ile, "...kayden 24.04.1992 doğumlu mağdurenin reşit olduktan sonra verdiği 02.11.2011 havale tarihli dilekçeyle sanık O. hakkındaki şikâyetinden vazgeçtiğini belirtmesi karşısında, 5237 sayılı TCK'nın 73/5. maddesi gereğince iştirak halinde işlenen suçlarda sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçmenin diğerini de kapsamı nedeniyle O ile ilgili vazgeçme diğer sanık N'ye de sirayet edeceğinden..."

Yargıtay 14. C.D. 24.06.2019 tarih 2018/10052E. 2019/10291 K. sayılı kararı ile, "savcılık beyanında E. hakkındaki şikâyetinden vazgeçmesi ve 5237 sayılı TCK'nın 73/5. maddesi gereğince iştirak halinde işlenen suçlarda sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçmenin diğerlerini de kapsamı nedeniyle anılan vazgeçme diğer sanık Em.'e de sirayet edeceğinden, her iki sanık yönünden davaların düşmesine..."

308 **BAYTEMİR E.**, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, 2014, Adalet Yayınevi, Ankara, s.632

vazgeçmeyi kabul etmezse mahkeme yargılamaya devam edip hüküm vermek zorundadır.³⁰⁹

3. İçtima

A. Zincirleme Suç Hükümleri Bakımından İçtima (m. 43)

Fail, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda aynı kişiye karşı aynı suçu birden fazla işlenmesi durumunda, fail hakkında Türk Ceza Kanunu 43/1. maddesi uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.³¹⁰ Fail, aynı suçu tek bir fiille birden fazla mağdura karşı işlenmesi durumunda, fail hakkında Türk Ceza Kanunu 43/2. maddesi uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.³¹¹

Aynı maddenin üçüncü fıkrasının ilk halinde cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda zincirleme suç hükümleri uygulanamayacağı şeklinde hüküm vardı. 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanunun 6'ncı maddesiyle bu hüküm madde metninden çıkartılmıştır. Hali hazırda kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümleri uygulanamamaktadır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından Türk Ceza Kanunu 43/1. maddesi uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanması mümkündür. Failin aynı suç işleme kastıyla on beş on sekiz yaş aralığında bulunan aynı mağdur ile farklı zamanlarda cinsel ilişkiye girmesi durumunda 43/1 maddesi uygulanır.³¹² Yargıtay, aynı mağdur ile çok kısa zaman bir zaman diliminde gerçekleştirilen cinsel ilişkilerini³¹³ ve aynı cinsel ilişki

309 *Yargıtay 14. C.D. 25.12.2018 tarih 2015/6063 E. 2018/7763 K. sayılı kararı ile, "Sanığın değişik tarihlerde mağdure ile rızasıyla birden fazla cinsel ilişkiye girmesi şeklinde gerçekleşen son üç eyleminin ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup bu suçun soruşturma ve kovuşturmasının şikâyet tâbi olması ve 5237 sayılı TCK'nın 73/6. maddesi uyarınca şikâyetten vazgeçmenin onu kabul etmeyen sanığı etkilememesi karşısında, sanığa şikâyetten vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorulmadan yargılamaya devamla yazılı şekilde düşme kararları verilmesi"*

310 *GÖKTÜRK N., Fikri İçtima, 2013, Adalet Yayınevi, Ankara, s.112 / TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK R. M., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2017, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.431 /*

311 *Yargıtay 14. C.D. 10.01.2019 tarihli, 2016/16133 E. 2019/969 K. sayılı kararı ile, "...Sanığın, yaşı küçük katılana karşı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu birden fazla işlediği sabit olduğu halde, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın zincirleme suçu düzenleyen 43. maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini..."*

312 *TEZCAN D., ERDEM M. R., ÖNOK R. M., Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2017, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, s.346*

313 *Yargıtay 14. C.D. 10.09.2013 tarihli, 2012/3956 E. 2003/8882 K. sayılı kararı ile, "...mağdurenin de rızasıyla sanığın evine gittikleri, daha sonra sanığın da eve geldiği ve beraber oturup yemek yedikten sonra mağdure ile sanığın ayrı bir odaya geçerek birden fazla kez cinsel ilişkiye girdikleri ve gece boyunca aynı yatakta yatıp uydukları... mağdurenin soyut ve çelişkili beyanları dışında sanığın eylemini cebir veya tehditle gerçekleştirdiğine dair delil bulunmadığı ve eylemin TCK'nın 104 ve 43. maddelerinde öngörülen reşit olmayanla zincirleme şekilde cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden..."*

içerisinde anal ve vajinal yoldan organ sokulması³¹⁴ eylemlerini, zincirleme suç hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine dair kararları vardır. Suçun doğası gereği, aynı anda tek bir fiille birden fazla mağdura reşit olmayanla cinsel ilişki suçu işlenemeyeceğinden, bu suç açısından 43/2 (fikri içtima) maddesindeki zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

B. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu ile Bazı Suç Tipleri Arasında İçtima

a. Kişi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçu (m. 109) ile İçtima

On beş on sekiz yaş aralığında bulunan mağduru, rızası olmaksızın, cinsel amaçlı alıkoyan fail Türk Ceza Kanunu'nun 109. maddesinin 1. fıkrası, 3. fıkrasının (f) bendi ve 5. fıkrasından sorumlu tutulacaktır. Mağdurun rızasının varlığı halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 26. maddesinde düzenlenen Cezayı Ortadan Kaldıran veya Azaltan Nedenler hükmünün 2. fıkrası gereğince, faile bu suçtan dolayı ceza verilmeyecektir. Mağdur şikâyetçi olmasa da mağdurun veli veya vasisinin geçerli şikâyeti bulunması durumunda, suça konu eyleminden dolayı fail, 234/3. maddesi gereğince çocuğun kaçırılması ve alıkoyulması suçundan cezalandırılabilir.³¹⁵

Doktrinde bir görüş, cinsel amaçlı hürriyetinden yoksun bırakılan mağdur daha sonra rızası ile cinsel ilişkiye girmiş olsa dahi, mağdurun rızasının fesada uğramasından dolayı, failin cinsel istismar ve cinsel amaçlı çocuğu hürriyetinden yoksun kılma suçlarından dolayı cezalandırılması gerektiği yönündedir.³¹⁶ Bu durum psikolojideki

314 *Yargıtay 14. C.D. 23.02.2006 tarihli, 2005/19512 E. 2006/1058 K. sayılı kararı ile, "Oluşa göre sanığın nitelikli cinsel istismar eylemini zorla ve hem anal hem oral yoldan gerçekleştirildiği halde hakkında 5237 sayılı Yasanın 103/4 ve 43. maddelerin uygulanmaması, karşı temyiz bulunmadığından bozma nedeni sayılmamıştır."*

315 *Yargıtay 14. C.D. 09.01.2019 tarihli, 2015/7947 E. 2019/186 K. sayılı kararı ile, "5237 sayılı TCK'nın 234/3. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda on sekiz yaşını bitirmeyen çocuğun annesi ile babasının çocuk üzerinde sahip oldukları velayet haklarının koruma altına alınması nedeniyle atılı suçun mağdurunun anne ile baba olması ve çocuk H.'nin velayet hakkına sahip babası M. kovuşturma evresinde alınan mahkeme ifadesinde sanıktan şikâyetçi olup davaya katılmasının ardından yokluğunda verilip usulüne uygun şekilde tebliğ edilen hükmü temyiz etmemesi karşısında, H.'ya yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından bu suçtan kurulan hükmeye yönelik temyiz isteminin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 317. maddesi uyarınca reddiyle, incelemenin reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan hükümle sınırlı olarak yapılmasına karar verildikten sonra gereği düşünüldü: Oluşa uygun kabule göre sanığın, on yedi yaşındaki mağdure ile cebir tehdit olmaksızın değişik zamanlarda birden ziyade cinsel ilişkiye girmesi eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup soruşturma ve kovuşturmasının şikâyetçi bulunması ve soruşturma evresinde mağdurenin vekil huzurunda verdiği 01.08.2012 tarihli kolluk ifadesinde şikâyetçi olmadığını beyan etmesi karşısında vaki şikâyet yokluğu nedeniyle kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması,*

316 *ŞEN E., Türk Ceza Kanunu Yorumu , 2006, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s.407*

Stocholm Sendromu'na benzemektedir. Bu sendrom da mağduru iradesi hakkında ki görüş, "Mağdur şiddet gördüğü faille özdeşleşmeye ve bir hayatta kalma stratejisi olarak onun için hareket etmeye başlayabilir. Mağdurun iradesinin faile bağlı olması gönüllü bir karar olmayıp, mağdura uygulanan şiddetin doğrudan sonucudur"³¹⁷ şeklindedir.

Kanaatimizce her somut olayda, olayın özelliklerine göre değerlendirmeli ve mağdurun rızasının, suçun vasfı ve failin alacağı ceza üzerinde ki etkisi de göz önüne alınarak, mağdurun rızasının hukuken geçerli bir rıza olup olmadığının araştırılması gerekmektedir.

b. Çocuğun Kaçırılması ve Alıkoyulması Suçu (m. 234/3) ile İctima

TCK'nın 234/3. maddesinde "*Kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla hükümde belirtilen şekilde evi terk etmiş olan çocuğu yanında çocuğun rızasıyla tutan ve onunla rızasıyla cinsel ilişkiye giren kişi hem reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hem de TCK'nın 234/3. maddesinde yer alan suçtan sorumlu olur.³¹⁸ Bu suç açısından şikayet hakkı mağdurun yasal temsilcilerine aittir.³¹⁹

³¹⁷ <https://www.e-psikiyatri.com/stockholm-sendromu-nedir-ve-belirtileri-nelerdir-28637>

³¹⁸ **Yargıtay 14. C.D. 26.03.2018 tarih 2017/8046 E. 2018/2197 K. sayılı kararı ile;** " Olayın intikal biçimi ve zamanı, mağdurenin olaydan sonra arkadaşı S.la buluşmak için gittiği yerde babasının dayısı R.'ı görmesi üzerine kaçarak tekrar sanığın çalıştığı işyerine gelmesi savunma, tanık anlatımları ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında sanığın, mağdureye yönelik eylemlerini zora dayalı gerçekleştirdiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmayıp, mevcut haliyle sanığın, evini terk eden on beş - on sekiz yaş grubundaki mağdureyi yanında tutarak cebir, tehdit veya hile olmaksızın cinsel ilişkiye girmesi eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki ve aynı Kanunun 234/3. maddesinde yer alan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarını oluşturduğu gözetilip ilk derece mahkemesince suç vasfının tayininde yanilgiya düşülerek çocuğun nitelili cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından kurulan hükümlere yönelik istinaf başvurusunun kabülü yerine yazılı şekilde esastan reddine karar verilmesi, "

³¹⁹ **Yargıtay 14. C.D. 24.09.2019 tarih 2015/8948 E. 2019/11051 K. sayılı kararı ile;** "Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunda korunan hukuki yararın, velinin aile hukukundan kaynaklanan velayet hakkı olması ve atılı suçla ilgili olarak çocuğun babası olup katılan sıfatına haiz olan M. 'ye gerekçeli karar tebliğ edildiği halde hükmü temyiz etmemesi karşısında..."

Yargıtay 14. C.D. 24.09.2019 tarih 2016/4856 E. 2019/11033 K. sayılı kararı ile; "Sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan kurulan hükmün incelenmesinde muhakeme safahatını yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre; sanığa isnat edilen suçun sanık tarafından işlendiğinin belirlendiği, iddia ve savunma ile tüm delillerin eksiksiz olarak kararda gösterildiği, hükmedilen cezanın nevi ve miktarı itibarıyla kanuni sınırlar içinde tayin edildiği anlaşılmakla, sanık müdafisinin yerinde görülmeleyen temyiz talebinin reddiyle hükmün onanmasına, sanık hakkında çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan kurulan hükmün temyiz incelemesine gelince anılan suçta çocuğun annesi ile babasının çocuk üzerinde sahip oldukları velayet haklarının koruma altına alınması nedeniyle suçun mağdurunun anne ile baba olması karşısında, yaşı küçük Sibel'in anne ve babasının davaya dahil edilip şikayetleri olup olmadığı araştırılmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması..."

Yargıtay ilk zamanlarda, cinsel istismar ve kişi hürriyetinden yoksun kılma iddiaları ile açılan davalarda, yargılama sonucunda, rızanın varlığının tespiti ve geçerli şikayetin varlığı halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan ceza verdikten sonra, eylem rıza ile gerçekleştiği tespit edildiğinden dolayı, kişi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraat verdiği kararlarında, rızanın TCK 234/3. maddesindeki çocuğun kaçırılması ve alıkoyulması suçu oluşmasına engel olacağı³²⁰ yönünde karar vermiş olsa da, bizce de doğru olan ve son zamanlarda yerleşik içtihat halini alan kararları ile rızanın varlığı kanıtlanıp suçun nevi değiştiğinde faili hakkında, kişi hürriyetinden yoksun kılma suçu iddiası ile açılan davalarda, eylemin TCK 234/3 maddesi kapsamında kaldığına karar vermektedir.³²¹

c. Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (m. 134) ile İçtima

On beş on sekiz yaş aralığında bulunan mağdur ile rızası dahilinde cinsel ilişkiye girdikten sonra, mağdurun uygunsuz görüntülerinin kayıt altına alınması durumunda, fail Türk Ceza Kanun'un 104. ile 226.3 ve 134. maddelerinde düzenlenen suçları işlemiş olacaktır. Failin bu kayıtları dağıtması durumunda ayrıca 134. maddenin nitelikli hali olan 134/2. maddesini işlemiş olacaktır. Benzer bir olayda Yargıtay mağdur ile rızası dahilinde cinsel ilişkiye girdikten sonra banyoda çıplak bir şekilde mağdur ile beraber fotoğraflarını

320 *Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09.06.2015 tarihli, 2013/14-668 E. 2015/202 K. sayılı kararı ile; " Suç tarihinde 16 yaş içerisinde bulunan mağdurenin rızası ile vücuda organ sokmak suretiyle ilişkiye giren sanık hakkında, mağdurenin şikâyetinin olmaması nedeniyle TCK'nun 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla ilişki suçundan Cumhuriyet Savcılığınca ek kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verildiği, TCK'nun 234/3. maddesinde düzenlenen; evi terk eden çocuğa suç teşkil eden hiçbir eylemde bulunmadığı halde ve yine mağdurenin yanında olduğu yönünde bilgi vermeme şeklindeki suçun yasal unsurları oluşmadığı halde, sanık hakkında beraat kararı verilmesi yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine hükmedilmesi" **bizinde hem fikir olduğumuz karşı oy;** "15-18 yaş grubu arasında olan S. 20.02.2010 günü ailesine haber vermeksizin evden ayrılmış, sanıkla buluşarak yaklaşık 10 gün boyunca sanığın yanında kalmıştır. Kızı S.'in evden kaçtığını fark eden baba Ş. polis karakoluna giderek kızının evden kaçtığını, nerede olduğunu bilmediğini beyan etmiştir. Sanık savunmalarında S.'in yanına kaçtığını, rızasına dayalı kendisi ile cinsel ilişkiye girdiklerini, 10 gün boyunca kendisine ait Ürgenpaşa Mahallesindeki evinde kaldığını, S.'in yanında olduğunu ailesine bildirmediğini söylemiştir. Çoğunluk görüşüne göre sanığın evi terk eden çocuğa karşı ayrıca başka bir suç işlemesi halinde bu suç oluşacaktır. Yasa metninde bu görüşü destekler bir düzenleme bulunmamaktadır. TCK'nun 234/3. madde ve fıkrasında yazılı suçun oluşumu için 18 yaşını doldurmamış çocuğun kendi isteğiyle kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk ederek sanığın yanına gitmiş olması, sanığın yetkili makamları veya çocuğun ailesini durumdan haberdar etmemesi ve çocuğu yanında tutması yeterlidir. Bu itibarla suçun yasal şartları oluşmuştur. Sanığın mahkûmiyetine yönelik mahkeme ilamı yasaya uygundur"*

321 *Yargıtay 14. C.D. 24.06.2019 tarih 2018/10052 E. 2019/10291 K. sayılı kararı ile; "suç tarihinde on beş yaşından büyük olan mağdurenin, sanıklar tarafından cebir, tehdit veya hileyle hürriyetinden yoksun kılındığına ve sanık E.'nin rızası dışında mağdureyle cinsel ilişkiye girdiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmayıp, mevcut haliyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna konu eylemlerin çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturup, mağdurenin babası müşteki C.'nin 15.06.2011 tarihli savcılık beyanında E. hakkındaki şikâyetinden vazgeçmesi ve 5237 sayılı TCK'nın 73/5. maddesi gereğince iştirak halinde işlenen suçlarda sanıklardan biri hakkındaki şikâyetten vazgeçmenin diğerlerini de kapsaması nedeniyle anılan vazgeçme diğer sanık E.'ye de sirayet edeceğinden, her iki sanık yönünden davaların düşmesine"*

çeken ve bu fotoğrafları mağdurun okulunda dağıtan faile 104/1. ve 134/2. maddelerince verilen cezayı onamıştır.³²²

Kanaatimizce bu karar hatalıdır. Fail mağdurun uygunsuz görüntülerini, başka çocukların görmesini sağlayacak şekilde dağıtarak, TCK'nın 134/2. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yanı sıra toplumun sahip olduğu ortak ar ve haya duygularını, yerleşik edep kurallarını incitici ve genel ahlâka aykırı nitelikteki resimlerin ifşa edildiği sırada çocuğa ait müstehcen görüntünün ifşa ettiğinden 226/5. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunu da işlemiştir. Fail, bir fiili ile birden fazla farklı suç işlediğinden, TCK'nın 44. maddesi gereğince, daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılması gerekmektedir.³²³

d. Müstehcenlik Suçu (m. 226) ile İçtima

Müstehcenlik suçunun düzenlendiği 226. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünleri veren ya da bunların içeriğini gösteren, okuyan, okutan veya dinleten kişi cezalandırılır hükmü bulunmaktadır.³²⁴ On beş on sekiz yaş aralığında bulunan mağdura bu tarz görüntüleri gösterdikten sonra rızası dahilinde cinsel ilişkiye giren fail Türk Ceza Kanunu 104. ve 226/1. maddelerinde düzenlenmiş suçları işlemiş olacaktır.³²⁵ Bu durumda fail gerçekleştirmiş olduğu iki ayrı

322 *Yargıtay 14. C.D. 05.02.2019 tarihli, 2018/8352 E. 2019/653 K. sayılı kararı ile, "Suça sürüklenen çocuk İ. hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarından kurulan hükümlerin incelenmesinde;*

Delillerle iddia ve savunma; duruşma göz önünde tutularak tahlil ve takdir edilmiş, sübutu kabul olunan fiillerin unsurlarına uygun şekilde tavsif ve tatbikatları yapılmış bulunduğundan, suça sürüklenen çocuk İ. müdafisi ile O Yer Cumhuriyet Savcısı ve katılan mağdure vekillerinin yerinde görülme temyiz itirazlarının reddiyle hükümlerin onanmasına.

323 *Yargıtay 14. C.D. 03.04.2019 tarihli, 2015/3631 E., 2019/8733K. sayılı kararı ile, "...suç tarihinde evi terk eden reşit olmayan mağdureyi ailesine veya yetkili makamlara bildirmeksizin yanında tuttuğu anlaşılan sanıkların eylemlerine uyan 5237 sayılı TCK'nın 234/3. maddesi uyarınca cezalandırılmaları yerine oluşa uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan beraatlerine karar verilmesi..."*

324 *Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24.03.2015 tarihli, 2014/14-603 E. 2015/66 K. sayılı kararı ile, "...katılanın cinsel ve fiziksel mahremiyetine ilişkin çıplak görüntülerini, onun bilgisi dışında ifşa edilmesi eyleminde TCK'nın 134/2. maddesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yanı sıra toplumun sahip olduğu ortak ar ve haya duygularını, yerleşik edep kurallarını incitici ve genel ahlâka aykırı nitelikteki resimlerin ifşa edildiği sırada 16 yaşındaki katılana ait müstehcen görüntünün ifşa edilmesi nedeniyle 226/5. maddesinde düzenlenen müstehcenlik suçunun da oluştuğu, bir fiili ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan suça sürüklenen çocuğun, TCK'nın 44. maddesi gereğince, daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılması gerekirken..."*

325 *Yargıtay 14. C.D. 10.01.2019 tarihli, 2016/16133 E., 2019/969 K. sayılı kararı ile, "...TCK'nın 226/4. maddesindeki "doğal olmayan" kavramının, şiddet kullanılarak, hayvanlarla, ölmüş insan bedeni üzerinde cinsel eylemler gibi bireylerin cinsel yaşamının içerisinde yeri olmayan, aşağılayıcı veya bütün toplum tarafından da doğal olarak kabul edilmeyen ilişkileri tanımlamaktadır. Somut olayda; bilirkişi raporunun içeriğine göre sanığın eyleminin TCK'nın 226/1-a maddesinin ihlali niteliğinde olduğu ve bu maddeye göre cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, aynı Kanun'un 226/4. maddesinden hüküm kurulması, Sanığın, farklı tarihlerde yaşı küçük katılana cinsel içerikli videolar izlettiği sabit olduğu halde, eylemleri nedeniyle hakkında 5237 sayılı TCK'nın zincirleme suçu düzenleyen 43. maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini..."*

326 *Yargıtay 18. C.D. 10.01.2019 tarihli, 2016/16133 E. 2019/969 K. sayılı kararı ile, "... Sanığın, farklı tarihlerde yaşı küçük katılana cinsel içerikli videolar izlettiği sabit olduğu halde, eylemleri nedeniyle hakkında 5237 sayılı TCK'nın zincirleme suçu düzenleyen*

eylem bulunduğundan gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve fail her iki suçtan ayrı cezalandırılacaktır.

Benzer şekilde mağdur ile rızası dâhilinde cinsel ilişkiye girerken yine rızası ile bu cinsel ilişkiyi kayıt altına alan kişi, cinsel ilişkiyi kayıt altına alarak müstehcen görüntü ürettiğinden 226/3. maddedeki suçu da işlemiş olacaktır. Aynı şekilde Türk Ceza Kanunu 104. ve 226/3. maddelerindeki suçları farklı eylemlerle işlediğinden, fail hakkında gerçek içtima hükümleri uygulanacak ve fail her iki suçtan ayrı cezalandırılacaktır.³²⁶

On beş, on sekiz yaş aralığında mağdurun bilgisi veya rızası olmadan çıplak görüntülerinin kayıt altına alınması, hem TCK 226/3. maddesindeki çocuğu kullanarak müstehcen görüntü üretme, hem de TCK 134/1. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturur.³²⁷ Bu durumda fail, bir fiili ile birden fazla farklı suç işlediğinden, TCK'nın 44. maddesi gereğince, daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılması gerekir.³²⁸

43. maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini, Sanığın, yaşı küçük katılana karşı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu birden fazla işlediği sabit olduğu halde, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın zincirleme suçu düzenleyen 43. maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini,"

326 **ÖZBEK V. Ö.**, Müstehcenlik Suçu, 2009, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 140

327 **Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24.03.2015 tarihli, 2014/14-603 E. 2015/66 K. sayılı kararı ile**, "TCK'nın 226/3-1.cümlesindeki suçun oluşumu için önemli olan bir çocuğun müstehcen ürün üretiminde kullanılması olup, bu düzenlemede, suçun oluşumu için müstehcen görüntülerin profesyonel olarak hazırlanması aranmamakta, müstehcen ürünlerin şekli şartları ya da bu ürünlerin üretiliş biçimi ve amaçları konusunda bir sınırlama getirilmemektedir. Ayrıca suçun unsurlarının oluşması bakımından müstehcen ürünlerin izlenmesi, izlettirilmesi, satılması ve dağıtılması gibi bir zorunluluk da söz konusu değildir. Bu mahiyetteki müstehcen ürünlerin hiç izlenmemiş olması ya da bireysel amaç için üretilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir. Bu bilgiler ışığında, sanığın, yaşı küçük mağdurun cinsel ilişki sırasındaki görüntülerini cep telefonuna kaydetmesi şeklindeki eyleminin, TCK'nın 226/3. maddesinin ilk cümlesindeki müstehcen görüntülerin üretilmesinde çocukların kullanılması suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vafında yanılığa düşerek TCK'nın 134. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlâl suçundan açılan davada, yaşı küçük mağdurun rızasının bulunduğu gerekçeyle bu suçun oluşmadığından bahisle beraat kararı verilmesi,..."

Yargıtay 14. C.D., 15.01.2014 tarihli, 2013/10217 E. 2014/257 K. sayılı kararı ile, "Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu yönünden yapılan incelemede; Sanığın cep telefonu ve hafıza kartı üzerinde yapılan incelemede, sanığın müstehcen görüntü üretiminde mağdur çocuğu kullandığından, sanığın eyleminin TCK'nın 226/3. maddesindeki suçu oluşturdu gözetilmeden, suç vafında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,"

328 **Yargıtay 14. C.D., 21.05.2019 tarihli, 2015/4690 E. 2019/9925K. sayılı kararı ile**, "Sanığın, çocuk yaştaki mağdurenin çıplak görüntülerini cep telefonuna kaydetmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 226/3-c.1. maddesinde düzenlenen müstehcenlik ve 134/1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını oluşturduğu ve tek eylemle birden fazla suçun oluşması nedeniyle sanık hakkında aynı Kanunun 44. maddesinde yer alan fikri içtima kuralına göre bu suçlara ilişkin en ağır cezayı öngören TCK'nın 226/3-c.1. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, suç vafının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde aynı Kanunun 134/1. maddesi ile mahkumiyetine karar verilmesi..."

Yargıtay 14. C.D., 15.01.2014 tarihli, 2013/10217 E. 2014/257 K. sayılı kararı ile, "Özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu yönünden yapılan incelemede; Sanığın cep telefonu ve hafıza kartı üzerinde yapılan incelemede, sanığın müstehcen görüntü üretiminde mağdur çocuğu kullandığından, sanığın eyleminin TCK'nın 226/3. maddesindeki suçu oluşturdu gözetilmeden, suç vafında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması,"

Yargıtay kararları ışığında, reşit olmayanla cinsel ilişki, müstehcenlik ve özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını içtima açısından değerlendirecek olursak, fail on sekiz yaşından küçük mağdurun uygunsuz görüntülerini cinsel ilişki sırasında kayıt altına alırsa aynı anda TCK'nın 134/1 ve 226/3 maddelerindeki suçları işlemiş olacak, 44. madde gereği 226/3 ten cezalandırılacaktır.³²⁹ Bu görüntüleri dağıtırsa TCK'nın 134/2 ve 226/5 maddelerindeki suçları işlemiş olacak, 44. madde gereği 226/5'ten cezalandırılacaktır.³³⁰

e. Fuhuş Suçu (m. 227/1) ile İçtima

Türk Ceza Kanun'un 227. maddesinin 1. fıkrasında “Çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden...” hükmü vardır. Cezalandırılan eylem fuhuş yapmak değildir. Çocukların fuhuş yapmasına aracılık veya sevk edilmesidir.³³¹ On beş on sekiz yaş aralığında bulunan çocuğu para karşılığı cinsel ilişkiye girmesine, aracılık ve sevk eden fail, bir fiili ile birden fazla farklı suça vücut verecektir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu TCK 39. maddesi gereğince yardım eden sıfatıyla, fuhuş suçunu TCK 37. maddesi gereğince asli fail olarak işlemiş olacaktır. Fail hakkında fikri içtima hükümleri uygulanarak, TCK'nın 44. maddesi gereğince, daha ağır cezayı gerektiren TCK'nın 227/1 çocuğun fuhuş suçundan cezalandırılması gerekmektedir.³³²

329 **Yargıtay 14. C. D., 18.04.2018 tarihli, 2016/3653 E. 2018/5741 K. sayılı kararı ile,** “yaşı küçük mağdurun cinsel ilişki sırasındaki görüntülerini cep telefonuna kaydetmesi şeklindeki eyleminin, TCK'nın 226/3. maddesinin ilk cümlesindeki müstehcen görüntülerin üretilmesinde çocukların kullanılması suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşerek TCK'nın 134. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlâl suçundan açılan davada, yaşı küçük mağdurun rızasının bulunduğu gerekçesiyle bu suçun oluşmadığından bahisle beraat kararı verilmesi”

330 Dipnot 224.

331 **ATALAY A.Ö.,** Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu, 2013, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s.43

332 **Yargıtay 14. C. D., 25.11.2015 tarihli, 2015/5573 E. 2015/10993 K. sayılı kararı ile,** “Sanık R.'ın, suç tarihinde onbeş yaşını tamamlamakla birlikte onsekiz yaşını bitirmeyen ve mağduru bulunduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olan kız kardeşi mağdureyi cinsel ilişkiye girmesi için sanık R.'in evine götürerek bu sanıklacinsel ilişkiye girmelerini sağlamak ve bunun karşılığında sanık R.'ten para almaktan ibaret eylemi hem TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna iştirak, hem de TCK'nın 227/1-5. maddelerine uyan fuhuş suçunu oluşturduğundan, aynı Kanunun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükümleri uyarınca sanığın en ağır cezayı gerektiren fuhuş suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması,

Yargıtay 14. C. D., 11.03.2019 tarihli, 2017/8706 E. 2019/8100 K. sayılı kararı ile, “Olayın adli makamlara intikal şekli, mağdurenin aşamalarındaki beyanları, savunma, mağdurenin kullandığı telefonda sanığa gönderdiği mesaj içerikleri ve tüm dosya kapsamına göre sanığın suç tarihi itibarıyla on beş yaşını tamamlayan mağdureye yönelik çocuğun nitelikli cinsel istismarı eylemlerini zorla gerçekleştirdiği hususunda soyut iddia dışında cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı, mevcut haliyle eylemin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, mağdurenin şikayetinden vazgeçtiği de gözetilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi,

Suç tarihleri itibarıyla on beş yaşını tamamlamış olan ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabildiği anlaşılan mağdurenin, gerek sanıkla ilişkiye girdikleri zamanlarda onunla buluşmalarında gerekse sanığın, mağdureye yönelik fuhuş suçunu işlerken diğer sanıklarla buluşturduğu olaylarda, mağdurenin iradesi dışında bir yere gitmek ya da bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakıldığından söz edilemeyeceğinden, sanığın üzerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi,

f. Kötü Muamele Suçu (m. 232) ile İçtima

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 232. maddesinde kötü muamele suçu ile ilgili hükmü; “(1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.” şeklindedir.

Doktrinde üst soy ile on beş on sekiz yaş aralığında bulunan mağdur ile mağdurun rızası dâhilinde cinsel ilişkiye girdiği takdirde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ek olarak, aile fertlerine kötü muamele suçunun da oluşacağı savunulmakta, buna gerekçe olarak da mağdurun rızasına dayansa dahi böyle bir davranışın aile fertlerine gösterilmesi gereken “rahim ve şefkat duygularıyla” bağdaşmaması gösterilmektedir.³³³ 6545 sayılı kanunu 60. maddesi ile madde metnine 2. fıkra olarak eklenen nitelikli hal olan failin arasında evlenme yasağı olan mağdur ile cinsel ilişkiye girmesi durumunda şikayet şartı kaldırılarak suçun cezası arttırılmıştır. Doktrindeki bu görüşün doğru olduğunu kabul ettiğimizde, fail tek bir eylemle iki suç birlikte işlediğinden Türk Ceza Kanunu’n 44. maddesi gereğince fikri içtima uygulanacak ve fail cezası ağır olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır.

Sanığın, insan ticareti suçunu düzenleyen TCK’nın 80/3. maddesinde yer alan seçimlik hareketlerden herhangi birini mağdureye karşı gerçekleştirmediği ve bu nedenle insan ticareti suçunun kanuni unsurlarının olayda oluşmayıp, eylemin mevcut haliyle yalnızca fuhuş suçunu oluşturduğu gözetilmeden ayrıca insan ticareti suçundan da hüküm kurulması,

TCK’nın 227/4. maddesinde sayılan “mağdurun çaresizliğinden yararlanma” kavramına bakıldığında mağdurun içinde bulunduğu ve üstesinden gelemediği maddi veya manevi anlamda elverişsiz duruşmadan yararlanmak suretiyle mağdurun fuhuşa razı edilmesi çaresizlik olarak kabul edilmektedir. Yani mağdurun çaresizliğinden yararlanılarak fuhuş suçunun işlendiğinden söz edilebilmesi için failin, mağduru fuhuşa sevk veya fuhuş yapmaya razı ederken bu durumdan özellikle yararlanmış olması, mağdurun içinde bulunduğu olumsuz koşullardan başka türlü kurtulma imkanı bulunmadığı fikri oluşturularak fiile razı edilmesi gerekir. Önemli olan mağdurun, failin istediği yönde hareket etmeye, maddi ya da manevi nitelikli bir zorlama sonucunda sevk edilmesidir. Bu çaresizliğin sebebi güçsüzlük, sağır ve dilsizlik, akıl hastalığı gibi fiziksel durumlar veya madde ya da alkol bağımlılığı, açlık gibi şahsi konuma bağlı durumlardan kaynaklanabilir. Bu açıklamalar göz önüne alınarak değerlendirme yapıldığında sanığın evlenme vaadiyle mağdureyi fuhuşa teşvik ettiğinin sabit olduğu TCK’nın 227/1. maddesi ile belirlenen temel cezanın koşulları oluşmadığı halde aynı Kanunun 227/4. maddesi ile arttırılması suretiyle fazla tayini,

333 ÜNVER Y., *Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi*, 2014, Ankara, s.51

Doktrinde ki bir diğer görüşe göre, kötü muamele sonucu mağdurun rızası sakatlanıp cinsel ilişkiye girildiğinde cinsel istismar suçu oluşacaktır. Rızanın fesada uğramadığını kabul edildiğinde, kötü muameleden bahsedilmez.³³⁴

Kanaatimizce birinci görüş kısmen de olsa daha doğrudur. Normal bir çocuğun ailesinde cinsel ilişkiye girdiği üst soyunun yönlendirmesi, baskısı ve arzusu olmadığına, üst soyu ile cinsel ilişkiye girmek istediği düşünülemez. Çocukluk evrelerinin bazılarında, karşı cins ebeveynlere ilgi duyulduğu bir gerçek olsa da bu ilgiyi yönetme ve yönlendirme görevi üst soyundur. Kendi çocuğu ile cinsel ilişkiye giren ebeveynin aslında mağdurun iradesi üzerinde ki etkisi göz önüne alındığında cinsel istismar suçundan sorumlu tutulması gerekmektedir.

II. Usul Hükümleri

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunun basit halinin soruşturma işlemlerine başlanması suçtan zarar göreninin şikâyetine bağlıdır. Resen soruşturma başlatılmaz. Şikâyet hakkı ayırt etme gücüne sahip mağdur çocuğun olmakla birlikte,³³⁵ bazı yazarlara göre mağdur çocuğun veli, vasi ve kayyımının da şikâyet hakkı vardır.³³⁶ Şikâyet edip etmeme konusunda mağdur ile yasal temsilcisi arasında çıkan bir uyuşmazlıkta mağdurun iradesi esas alınır.³³⁷

334 **TANER F. G.**, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, 2013, Ankara, s.342

335 **İstanbul B.A.M. 20. C.D. 08/10/2019 tarih, 2018/1839 E., 2019/1945 K.**, sayılı kararı ile; “Sanıklar S. ve A. hakkındaki Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçları yönünden yapılan incelemede;5237 sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun soruşturma ve kovuşturmasının şikayete tabi olması ve katılan mağdure G.’nin 17/07/2018 tarihli dilekçeyle sanıklar S. ve A. hakkındaki şikayetinden vazgeçtiğini belirtmesi gözetilerek anılan sanıklar hakkında şikayetten vazgeçme nedeniyle düşmesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması ... yüklenen suçun takibinin şikayete tabi olması ve katılan mağdurenin 17/07/2018 tarihli dilekçeyle sanıklar hakkında şikayetçi olmadığını belirtmesi nedeniyle TCK’nın 73/4 ve CMK’nın 223/8 maddeleri uyarınca ayrı ayrı düşürülmesi...”

Yargıtay 14. C.D. 07/05/2015 tarih, 2013/7341E., 2015/6190 K. sayılı kararı ile; “Her ne kadar mağdurenin babası H.’in 18.10.2011 tarihli duruşmada sanıktan şikâyetçi olmadığını belirttiğinden bahisle sanık hakkında düşme kararı verilmiş ise de; olay tarihinde onyediyi yaşta içerisinde olup kolluk beyanında sanıktan şikâyetçi olduğunu belirten ve yargılama sırasında 30.06.2011 tarihinde de evlenmek suretiyle ergin olan mağdurenin, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikâyet hakkına sahip olduğu gözetilmeden ve kovuşturma sırasında yeniden beyanı alınarak şikâyetçi olup olmadığı hususu sorulmadan, babasının şikâyetçi olmadığından bahisle düşme kararı verilmesi...”

336 **MERAN N.**, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, 2008, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.379

337 **TEZCAN D., ERDEM M.R., ÖNOK M.**, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2010, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.422

Yargıtay 14. C.D. 04/07/2019 tarih, 2019/5199 E., 2019/10644 K. sayılı kararı ile; “Kayden 10.11.1998 doğumlu olup kovuşturma evresinde mahkemeye tashih edilen doğum tarihine göre on yedi yaşta içerisinde bulunan mağdurenin, olay nedeniyle şikâyetçi olmadığını beyan etmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükümleri temyize hakkı bulunmadığından, vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK’nın 317. maddesi uyarınca reddine”

Soruşturma ve kovuşturma her ne kadar mağdur çocuğun yasal temsilcisi, vasi veya kayyımının şikâyeti ile başlamış olsa da failin yargılama sonunda cezalandırılabilmesi için yasal süresi içinde, mağdurun failden şikâyetçi olması gerekmektedir.³³⁸

Şikâyet süresi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 73. maddesi gereği altı aydır.³³⁹ Bu süre dava zaman aşımı süresi aşmamak şartıyla fiili ve faili öğrendikten sonra başlar. Bu süre geçtikten sonra yapılan şikâyetler açısından soruşturma evresinde “kovuşturmaya yer olmadığı” kararı, kovuşturma evresinde “düşme” kararı verilmesi gerekir.³⁴⁰

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu şikâyete bağlı bir suç olduğundan bu suç kapsamında işlenen fiiller ilk başta uzlaştırma hükümlerine tabiydi. 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 Sayılı Kanunun 2. ve 24. maddesi ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar uzlaşma kapsamından çıkarılmıştır. Fail hakkında lehe olan kanun uygulanması zorunluluğu nedeniyle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 01.06.2005 tarihi ile 19.12.2006 tarihleri arasında işlenen Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçları açısından 5237 sayılı Türk Ceza Kanun’un 73. maddesi gereğince uzlaşma hükümleri uygulanmak zorundadır.³⁴¹

³³⁸ Mağdurun annesinin şikayeti üzerine reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan soruşturmanın başladığı, yasal süresi içerisinde mağdurun failden şikayetçi olduğunu beyan etmediği, yapılan yargılama sonucunda failin ceza aldığı olayda, **Yargıtay 14. C.D. 11/12/2018 tarih, 2015/4392 E., 2018/7375 K. sayılı kararı ile**; “5237 sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun soruşturma ve kovuşturmasının şikâyete tabi olup, şahsa sıkı sıkıya bağlı şikâyet hakkını müstakilen mağdurenin kullanabileceği ve dosya kapsamına göre mağdurenin söz konusu eylemle ilgili kanuni süresi içerisinde şikâyetinde bulunmadığı anlaşıldığından, vaki şikâyet yokluğu nedeniyle kamu davasının TCK’nın 73 ve 5271 sayılı CMK’nın 223/8. maddeleri uyarınca düşmesi yerine yazılı şekilde mahkûmiyet kararı verilmesi,” şeklinde karar vermiştir.

³³⁹ **Yargıtay 14. C.D. 20/06/2019 tarih, 2015/7108 E., 2019/10150 K. sayılı kararı ile** “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 kanuni süresi içerisinde yapılıp yapılmadığı belirlendikten sonra sanıklar ile suça sürüklenen çocukların hukuki durumlarının değerlendirilmesi gerekirken, eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması,”

³⁴⁰ **Yargıtay 14. C.D. 17/09/2019 tarih, 2015/7211 E., 2019/10888 K. sayılı kararı ile** “5237 sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun soruşturma ve kovuşturmasının şikâyete tabi bulunması ve oluşa uygun kabule göre sanıkla 25.05.2012 tarihinde rızaen cinsel ilişkiye giren mağdurenin 19.03.2013 günü şikâyetçi olduğunun anlaşılması karşısında, aynı Kanunun 73/1. maddesinde düzenlenen altı aylık kanuni şikâyet süresinin geçtiği gözetilerek sanık hakkında görülen kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması...”

Yargıtay 14. C.D. 13/05/2013 tarih, 2012/1778 E., 2013/5912 K. sayılı kararı ile “Sanığın üzerine atılı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikâyete tâbi olduğu ve katılanın suç tarihinden yaklaşık 1 yıl sonra şikâyetinde bulunduğu anlaşıldığından, şikâyetin süresinde yapılmaması nedeniyle sanık hakkındaki kamu davasının düşürülmesi yerine yazılı şekilde beraat kararı verilmesi,”

³⁴¹ **BAYTEMİR E., Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakı Karşı Suçlar, 2007, Adalet Yayınevi, Ankara, s.633**

Yargıtay 14. C.D. 09.07.2014 tarih, 2012/11610 E. 2014/9378 K. sayılı kararında “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 104/1. maddesi uyarınca yaptırma bağlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu şikâyete bağlı olup, zarar görenin gerçek kişi olduğundan, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 73/8. maddesine göre, suç tarihi itibarıyla uzlaştırma kapsamında kaldığı, uzlaştırmanın da bir kovuşturma şartı olduğu gözetilerek 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 253 ve 254. maddeleri gereğince uzlaşma işlemleri yapılması ve sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması...”

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun'un 231/5. maddesin göre, sanık hakkında hükmolunan sonuç ceza iki yıl veya daha az hapis veya adli para cezası ise gerekli şartların sağlanması³⁴² ve sanığında kabul etmesi durumunda, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına kararı verilebilecektir. Her ne kadar cinsel suçlarda uzlaşma hükümleri uygulanamasa da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesinde, yasal bir engel yoktur. Yargıtay, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan ceza verilen bir ilk derece mahkemesinin kararının gerekçesinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesinin tartışılmadığı gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.³⁴³

Dava zaman aşımı süresi, failin yetişkin olması halinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 62. maddesi 1. fıkrası gereği suçun basit hali olması durumunda sekiz yıl, nitelikli halleri olması durumunda ise on beş yıl olarak uygulanır. Suçun failinin de çocuk olması durumunda Türk Ceza Kanunun 62. maddesi 2. fıkrası gereği dava zaman aşımı süresi, suçun basit halinde beş yıl dört ay³⁴⁴, nitelikli hallerinde ise on yıl olarak uygulanır. Suça konu cinsel ilişki eylemi gerçekleştikten sonra dava zaman aşımı süresinin dolması üzerine fail ya da fiil yeni öğrenilmiş olsa dahi şikâyet hakkı bulunmamaktadır.

342 **CMK 235/6** (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,
b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,
c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir.

(Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/7 md.) Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

343 **Yargıtay 14. C.D. 08.09.2014 tarih, 2012/14793 E. 2014/9518 K.** sayılı kararı ile, "... sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm kurulurken;"sabıkasız oluşu, suç işleme konusundaki eğilimi,cezanın ertelenmesi halinde bir daha suç işlemeyeceği konusunda olumlu kanaat oluştuğu" gerekçeleriyle sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükümlerinin ertelenmesine rağmen, hükümlerin açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı hususunun tartışılmaması hukuka aykırıdır."

344 **Yargıtay 14. C.D. 27.12.2018 tarih, 2018/6911 E. 2018/7825 K.** sayılı kararı ile; "Suça sürüklenen çocuk hakkında katılan mağdureye karşı reşitolmayanlacinsellilişki suçundan kurulan hükmün temyiz incelemesine gelince;Suç tarihinde onbeş- onsekiz yaş grubunda bulunan suça sürüklenen çocuğun eylemine uyan 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde öngörülen cezanın üst sınırı itibarıyla aynı Kanunun 66/1-d ve 66/2. maddelerine göre, beş yıl dört ay asli dava zamanaşımı süresine tâbi olduğu ve karar tarihi olan 27.05.2013 ile inceleme günü arasında bu sürenin gerçekleştiği anlaşıldığından, ... Kanunun 322/1 ve 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca suça sürüklenen çocuk hakkında açılan kamu davasının zamanaşımı nedeniyle düşmesine, 27.12.2018 tarihinde oy birliğiyle karar verildi"

Yargıtay 14. C.D. 02.07.2019 tarih, 2017/4760 E. 2019/10515 K. sayılı kararı ile; "Suç tarihinde on beş-on sekiz yaş grubunda bulunan suça sürüklenen çocuğun eylemine uyan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde öngörülen cezasının üst sınırı itibarıyla aynı Kanunun 66/1e, 66/2, 67/son. maddelerine göre 8 yıllık asli ve ilave dava zaman aşımına tabi bulunduğ ve suç tarihi olan 2011 yılı Haziran ayı ile inceleme günü arasında bu sürenin geçtiği anlaşıldığından, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca bozulmasına, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, suça sürüklenen çocuk hakkında açılan kamu davasının 1412 sayılı CMUK'nın 322 ve 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca zaman aşımı nedeniyle düşmesine"

Suçun nitelikli hallerinde dava zaman aşımı başlangıcı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 66. maddesinin 6. fıkrasının son cümlesi “*çocuklara karşı üst soy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren başlar*” gereğince mağdur çocuğun on sekiz yaşını bitirmesi olarak belirlenmiştir. On sekiz yaşını doldurmadan önce yapılan şikayetler geçerlidir. Fransız Ceza Usul Kanunu madde 7/3. esinlenerek 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu’nda bulunmayan bu madde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’na eklenmiştir.³⁴⁵ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru çocuklar, yaşları nedeniyle üst soy ya da üzerinde nüfus sahibi failer tarafından yapılan eylemlerin suç olduğunun farkında olamadıkları ya da aynı evde bulundukları süre içerisinde duydukları kaygı ve korku nedeniyle şikayetçi olmadıkları, sonradan şikayetçi olsalar dahi bu seferde zaman aşımı süresinin dolmuş olması nedeniyle suçun failinin cezasız kalma ihtimaline karşı yapılan düzenleme bizce doğru bir düzenlemedir. Bu maddenin, dava zaman aşımı konusunda genel kuraldan farklılık gösterdiği ve zaman aşımı müessesinin hukuki niteliğine bağdaşmadığı gerekçesi ile Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilmiştir.³⁴⁶

1. Soruşturma

Birinci fıkarda bulunan suçun basit hali şikâyet tabi olduğundan, şikâyet harici suçun işlendiğini öğrenilmesi durumunda, res’en soruşturma işlemlerine başlanmayacaktır.

Şikâyet hakkı konusunda Türk Ceza Kanunu’nda bulunan en sorunlu ve genel kurallara aykırı madde reşit olmayanla cinsel ilişki maddesidir.³⁴⁷ Suçun oluşumu sırasında on beş yaşından büyük mağdur çocuğun rızasının var olması gerekmektedir. Mağdur çocuk rıza ile girdiği cinsel ilişkiden sonra fail hakkında şikâyetçi olabilir. Mağdur çocuk şikâyetçi olmasa dahi veli veya temsilcisinin şikâyeti ile de soruşturma işlemlerine başlanabilir. Mağdur ve temsilcinin şikâyet konusunda uyuşmazlık çıkması durumunda mağdurun iradesi esas alınır.³⁴⁸

345 TAŞDEMİR K., *Ceza Hukukunda Zaman aşımı*, 2011, Ütopyagrafik Yayınları, Ankara, 143

346 DONAY S., *Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunun Şerhi*, Beta Yayınları, İstanbul, s.213

347 ÜNVER Y., “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, 2014, Ankara, s.49

348 TEZCAN D., ERDEM M.R., ÖNOK M., *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2010, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.422

Mağdurun cinsel ilişki sonrası başlatılan soruşturma kapsamında failden şikâyetçi olmaması, aynı failin daha sonra gerçekleştirmiş olduğu cinsel ilişkilere karşı şikâyetçi olma hakkını elinden almaz.³⁴⁹ Soruşturma sonucunda suçun işlendiğine dair yeterli şüphenin elde edilmesi halinde, suçun işlendiği yer Cumhuriyet Başsavcılığı'na 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun'un 170. maddesindeki şartları sağlayan bir iddianame düzenlenecektir.³⁵⁰

Soruşturma süresince karşılaşılan en büyük sıkıntı mağdur ile fail arasında gerçekleşen cinsel ilişki sırasında suçun unsuru olan rızanın varlığının tespitidir. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince uygulamada rızasızlığın ispatlanması gerekir.³⁵¹ Her türlü şüpheden uzak kesin delillerle mağdurun rızasızlığı tespit edilemiyorsa yargılama sonunda

Yargıtay 14. C.D. 04/07/2019 tarih, 2019/5199 E., 2019/10644 K. sayılı kararı ile; "Kayden 10.11.1998 doğumlu olup kovuşturma evresinde mahkemece tashih edilen doğum tarihine göre on yedi yaşı içerisinde bulunan mağdurenin, olay nedeniyle şikâyetçi olmadığını beyan etmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükümleri temyize hakkı bulunmadığından, vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 317. maddesi uyarınca reddine"

349 **Yargıtay 14. C.D. 05.12.2013 tarih, 2012/4984 E., 2013/12723 K. sayılı kararı;** "Tüm dosya kapsamına göre; sanığın 05.11.2009-13.11.2009 tarihleri arasında mağdure ile cinsel ilişkiye girdiği iddiasıyla yapılan 2009/18640 sayılı soruşturmada mağdurenin kollukta 13.11.2009 tarihinde alınan ifadesinde sanıktan şikâyetçi olmadığını beyan etmesi nedeni ile sanık hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan 17.12.2009 tarihinde kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiği, bu olaydan sonra sanık ile mağdurenin 2010 yılı şubat ayına kadar birlikte aile hayatı yaşayıp cinsel ilişkiye girmeye devam ettikleri, sanığın mağdureyi istememesi üzerine babasının evine dönen mağdurenin, nüfus kaydına göre 18 yaşını doldurmadığı 09.02.2010 tarihinde sanıktan tekrar şikâyetçi olması üzerine hakkında kamu davası açıldığı, mağdurenin ilk şikâyetten vazgeçme beyanının daha sonraki eylemler yönünden geçerli olamayacağı gözetilmeden, 13.11.2009 tarihli şikâyetten vazgeçme beyanına dayanılarak kamu davasının, 5237 sayılı TCK'nın 73 ve 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri gereğince düşmesine karar verilmesi,"

350 **Kamu davasını açma görevi (Madde 170)**

(1) Kamu davasını açma görevi, Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirilir.

(2) Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluştuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler.

(3) Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamede;

- a) Şüphelinin kimliği,
- b) Müdafii,
- c) Maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği,
- d) Mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanunî temsilcisi,
- e) Açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği,
- f) Şikâyetle bulunan kişinin kimliği,
- g) Şikâyetin yapıldığı tarih,
- h) Yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri,
- i) Yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi,
- j) Suçun delilleri,
- k) Şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri,

Gösterilir.

(4) İddianamede, yüklenen suçu oluşturan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır.

(5) İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür.

(6) İddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilir.

351 **KORKUSUZ G., "Cinsel Saldırı Suçu", 2013, İÜHFM, Cilt:71, Sayı:1, s.825**

cinsel istismar suçu yerine şartları oluşuyorsa reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm kurulması gerekir. Bu şekilde aslında Asliye Ceza mahkemelerinin görev alanına giren reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile ilgili yargılamalar, cinsel istismar iddiasının tartışılması gerektiği ve cinsel istismar suçlarına bakmakla görevli mahkemelerin Ağır Ceza mahkemeleri olması nedeniyle, Ağır Ceza Mahkemelerinde görülmekte ve sonuçlandırılmaktadır.³⁵²

Bazı durumlarda da tam tersi yaşanmaktadır. Fail mağdura zorla cinsel istismarda bulunulduğu halde, mağdur sanık, ailesi veya toplum baskısından korkması ve benzeri sebeplerle faili suçtan kurtarmaya yönelik rıza ile cinsel ilişkiye girdiğini ve şikayetçi olmadığını beyan edebilmektedir. Böyle durumlarda mağdurun olayın sıcağı ile verdiği beyanlar, tanık beyanları ve adli tıp raporları, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve failin gerekli cezayı alabilmesi adına önemli deliller haline gelmektedir.³⁵³

352 **Yargıtay 14. C.D. 18.02.2013 tarih, 2012/15762 E. 2013/1472 K. sayılı kararı** “...Katılanın aşamalarındaki ifadelerinde sanıkların tehditi sonucu sanık H.’yi zorla ırzına geçtiğini ileri sürmesi karşısında, sanıkların eyleminin 5237 sayılıTCK’nın 103/2. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturabileceği nazara alınarak bu suçla ilgili yargılama yapma, delilleri değerlendirme ve suç vasfının tayini görevinin üst dereceli ağır ceza mahkemesine ait olduğu gözetilip 5235 sayılı Kanunun 11 ve 12 ile CMK’nın 4 ve 5. maddeleri gereğince görevsizlik kararı verilmesi gerektiği halde, yargılamaya devam edilip yazılı şekilde hüküm kurulması...”

353 **Yargıtay 14. C.D. 18.11.2018 tarih, 2015/2094 E. 2018/6593 K. sayılı kararı** “Kayden 03.08.1994 doğumlu olup, on beş yaşını doldurmuş olan ve şikâyetten vazgeçen mağdurenin hükmü temyiz etme hakkı bulunmayan zorunlu vekilinin temyiz isteğinin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK’nın 317. maddesi gereğince reddine karar verildikten sonra gereği düşünüldü: Dosya kapsamına göre, her ne kadar mağdure 23.03.2012 tarihli beyanında sanıklar ... ile rıza ile ilişkiye girdiğini beyan etmişse de; mağdurenin tanıklar tarafından yalın ayak ve yarı çıplak vaziyette görülmesi, tanıklar ... ve ... tarafından mağdureye ne olduğunun sorulması üzerine mağdurenin sanıklar tarafından cinsel saldırıya maruz kaldığını anlatması ve sanıklar... tarafından mağdurenin tanıklardan geri istenmiş olması, mağdurenin olayın sıcağı sıcağına alınan soruşturma aşamasındaki sanıkların cinsel saldırısına maruz kaldığına dair beyanları karşısında; mağdurenin 23.03.2012 tarihli beyanlarının tamamen sanıkları kurtarmak ve olayı gizlemek amacıyla gerçeği yansıtmayan beyanlar olduğu anlaşılmakla; mağdurenin tanıklar beyanları ve alınan adli raporları ile desteklenen soruşturma aşamasındaki beyanları, alınan adli raporlar ve tüm dosya kapsamından; Mağdure ile sanıklardan ...’in suç tarihinden önce duygusal manada arkadaş oldukları, olay günü mağdurenin mahalli bir düğüne katıldığı, sanık ...’in da orada olduğu, düğün sonuna doğru ...’in; mağdureye “araç yoksa seni eve bırakayım” diye teklifte bulunduğu, mağdurenin kabulü üzerine, ...’in daha önceden temin etmiş olduğu, sanıklardan ...’in babasına ait araca bindikleri, aracı ...’in kullandığı, araç hareket ettikten kısa bir süre sonra önceden yapmış oldukları anlaşma gereği diğer sanıklar ...’in de aracın kasasına bindikleri bir süre sonra ...’in diğer sanıkları da ön kabine aldığı ve hep birlikte bu şekilde yolculuk ederlerken ...’in mağdureye “seni yengemle tanıştıracam” dediği ve telefonuyla birisini arayıp, ya da arıyor gibi yapıp “çay yap, geliyoruz, misafir getiriyorum” dediği, köye geldiklerinde içinde kimsenin bulunmadığı, kapısı açık olan eve hep birlikte girdikleri, böylece sanıkların birlikte suç işleme kastıyla hareket ettiklerinin anlaşıldığı, bu evde önce ...’in, sonra da ...’nin... ile anal yoldan zorla cinselilişkiye girdikleri, sanık ...’in ise cinselilişkiye girmek için sırada beklediği...’nin, sanık ...’in kendisiyle zorla anal yoldan cinselilişkiye girdikten sonra,...’in odadan çıkmasından sonra her üç sanık salonda konuşurken, mağdurenin hemen kapıyı kapatıp, arkasına bir masa dayayıp orada gördüğü bir erkek pantolonuyla, hırkayı üzerine giyinip pencereden atlamak suretiyle kaçtığı, sanık ...’in,...’nin peşinden koştuğu ancak yakalayamadığı, mağdurenin tanıklar ... ve ...’in evine sığınıp yardım istediği anlaşılmakla, Sanıkların eylemlerini önceden yapmış oldukları plan çerçevesinde irade birliği içerisinde gerçekleştirdikleri ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma ve çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçu yönünden her bir sanığın diğerinin eylemine TCK’nın 37. maddesi kapsamında asli olarak iştirak ettiği ve bu şekilde sanıkların mağdureye karşı çocuğun zincirleme şekilde nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarını işledikleri anlaşıldığından, sanıkların atılı suçlardan mahkumiyetleri yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi...”

Cinsel suçlar doğaları gereği genellikle fail ile mağdurun baş başa olduğu durumlarda gerçekleşir. Bu tip suçlarda genel uygulama kadının beyanına itibar etmektir. Bu düşüncenin açıklaması ise Türk toplumunda bir kadının başka birine iftira atmak için kendi namusunu ortaya koymayacağıdır.³⁵⁴ Çoğu zaman mağdur ve failin beyanı dışında dosyaya eklenen sadece mağdurun adli raporudur. Bu durumda rızanın olmadığına dair en önemli delil mağdurun vücudunda darp ve cebir izinin bulunup bulunmadığını gösteren adli raporudur.³⁵⁵ Mağdurun vücudunda darp cebir izine rastlanması, cinsel ilişkinin rıza dışı gerçekleştiğine dair ciddi bir delil olsa da bu delilinde kesinlikle diğer delillerle desteklenmesi gerekmektedir. Cinsel ilişki sırasında tarafların birbirlerini istemeyerek veya bazen fantezi olması amacıyla bilinçli bir şekilde zarar verme ihtimallerini gözden kaçırmamak gerekir.

Yargıtay uygulamalarıyla, mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstermediğinin tespiti açısından bazı kıstasları ortaya çıkmaktadır.

- Mağdurun aşamalarda istikrarlı beyanlarının olması gerekir.³⁵⁶ Her ne kadar mağdurun yaşı gereği olayları olduğu gibi net anlatması beklenmese de mağdurun anlatımlarında hayatın olağan akışına aykırı tutarsızlıklar bulunması durumunda, mağdurun beyanı hükme esas alınamaz.
- Mağdur ile fail arasında önceye dayalı herhangi bir husumetin var olup olmadığı tespit edilmelidir. Her ne kadar genel görüş kadının başkasına iftira atma amacıyla

354 **Yargıtay 14. C.D. 20.01.2014 tarih, 2012/8259 E. 2014/499 K. sayılı kararı**, “Mağdurenin aşamalarda değişmeyen ve özde tutarlı anlatımları, tanık Hamiyet’in bu iddiaları doğrular ve destekler mahiyetteki beyanları, sanığın, tanık E.’in haline üzümlere tekrar işe alınması konusunda girişimlerde bulunduğu ilişkin savunmasının tanıklar Ş. ve Ş. tarafından doğrulanmaması, şikâyet zamanı ve olayın mağdur tarafından sıcağı sıcağına babasına intikali, taraflar arasında mağdurun kendi iftini ortaya koyacak şekilde sanığa iftira atmasını gerektirir aktif bir husumetin bulunmaması...”

355 **KORKUSUZ G.**, “Cinsel Saldırı Suçu”, 2013, İÜHFİM, Cilt:71, Sayı:1, s.844

356 **Yargıtay 5. C.D. 27.12.2006 tarih, 2006/9859 E. 2006/10684 K. sayılı kararı**, “İstanbul gibi büyük bir metropolde küçük çocuğu ile tek başına yaşayan 29 yaşındaki müdahilin, olaydan 5 ay sonra hamile olduğunu anladıktan ve sanığın eşi olan ablasının sanıktan ayrılmasından sonra durumu ailesine açıklayarak şikâyetçi olduğu, olayın akabinde hemen şikâyetle bulunmadığı, tecavüzün şikâyet tarihine kadar sürmesine karşın hiç kimseye bahsetmediği gibi, 17.1.2004 günlü şikâyet dilekçesinde olay günü ablasıyla eve gelen sanığın ablasını gönderip bıçak tehditi ile zorla ırzına geçtiğini beyan ettiği halde, 16.1.2004 günlü C.Savcısında ki ifadesinde bu defa sanığın gizlice eve girip bıçak tehditi ile ırzına geçtiğini söylediği, 30.1.2004 günlü kolluk ifadesinde ise daha önceleri kendisine cinsel tacizde bulunmuş olması nedeniyle olay günü eve yalnız gelen sanığı içeriye almak istemediğini, ancak sanığın zorla eve girip tabanca ile tehdit etmek suretiyle tecavüz edip dövdüğünü açıklamış, duruşmada ise olayın oluş şekli, yeri ve zamanını anlatması istendiğinde açıklama getirmedeği gibi karnındaki çocuğun babasının sanık olmadığını, sonrada bebeğin sanıktan olduğunu söyleyerek tutarsız beyanda bulunduğu dikkate alınarak olayın ortaya çıkış zamanı ve şekli karşısında; savunmanın aksine cinsi ilişkinin zorla olduğuna dair müdahilin çelişkili beyanları dışında zoru doğrular yeter delil bulunmadığı, reşit olan müdahille rızaen cinsi ilişkinin suç teşkil etmeyeceği ve şüpheden sanık yararlanır ilkeside gözetilerek, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi,

kendi namusunu ortaya koymayacağı şeklinde olsa da her türlü ihtimalin araştırılması ve buna göre hüküm kurulması gerekmektedir.³⁵⁷

- Olayın ortaya çıkış şekli özellikle suçun vasıflandırılması açısından çok önemlidir. Suçun ortaya çıkış şekli mağdurun yaşananlara dayanamayarak ailesine söyleyemediği, okullarda yapılan cinsel anlamda bilinçlendirme amaçlı anketlerde verdiği bilgiler ya da güvendiği birine olayları anlatması, hamile olduğunun ortaya çıkması ve benzeri tarzda ortaya çıkan olaylarda mağdurun beyanına itibar edilmesi, suçun cinsel istismar olarak değerlendirilmesi yönünde kararlar çıkmaktadır.³⁵⁸ Ailesinin öğrenmesi ya da gönül ilişkisi yaşadığı fail ile arasında geçen sıkıntılardan dolayı mağdurun cinsel istismara uğradığını iddia ettiği çoğu olay da ise sonuç ceza genellikle reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan verilmektedir.³⁵⁹

Cinsel suçlarda mağdurun beyanlarının doğru olmadığını ispat etme görevinin fail üzerine bırakılması, masumiyet karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesine aykırıdır.³⁶⁰

357 **Yargıtay 14. C.D. 04.06.2018 tarih, 2018/4763 E. 2018/4179 K. sayılı kararı**, “Olayın intikal şekli ve zamanı, sanığın aksı inkar olunmayan husumet iddiası, olaya ilişkin doğrudan görgü tanığı bulunmaması ve tüm dosya kapsamı nazara alındığında sanığın atılı suçu işlediğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden, ilk derece mahkemesince sübuta yönelik delillerin değerlendirilmesine ilişkin olarak mevcut delillerle dosya içeriği arasında çelişki oluşturacak şekilde ve 5271 sayılı CMK’nın 230/1-b. maddesine uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle kurulan mahkumiyet hükmüne ilişkin istinaf başvurusunun kabulü yerine yazılı şekilde esasen reddine karar verilmesi,”

358 **Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25.03.2003 tarih, 2002/5-324 E. 2013/55 K. sayılı kararı**, “babası ile annesinin çok önceden ayrılıp başkalarıyla evlilik yapmaları nedeniyle küçüklüğünden itibaren köy ortamında babaannesi ve dedesinin yanında büyüyen mağdure 15 yaşını henüz bitirmiş genç bir kızdır. Yaşı, kültür düzeyi, yaşadığı ortam ve ekonomik özgürlüğe sahip olmamasının doğal sonucu olarak yakınlarının desteği olmaksızın hayatını sürdürebilmesine olanak bulunmamaktadır. Mağdurenin, sanığın sürekli tehdidine maruz kaldığı, bu tehditlerin babalık otoritesinin ötesinde bir davranış olduğu ve içinde yaşadığı ortam ve koşullarda mağdurenin cinsel eyleme direnmesini engelleyecek ölçüde korkutucu bir etkisinin bulunduğu da açıktır. Olayın görgü tanığı yoktur. Sanık, alkollü olmadığı zamanlarda mağdureye yönelik bir davranışının olmadığını, ancak alkol aldığı zamanlarda tecavüz edip etmediğini hatırlamadığını belirtmektedir. Mağdure ise, sanığın sürekli tehdit ederek tecavüzde bulunduğunu, korktuğu için sesini çıkaramadığını ve karşı koyamadığını ifade etmiş, mağdurenin cinsel ilişkiyi ortaya koyan ve maddi bulgularla desteklenen bu anlatımları doktor ve Adli Tıp Kurumu raporları ile doğrulanmıştır. Öte yandan, mağdurenin hamileliği anlaşılınca kadar tecavüz olayından aile çevresine bahsetmemiş olması da cinsel ilişkinin rızaya dayalı olduğunu göstermez. Zira, mağdurenin olayı açıklaması üzerine babaannesinin kolluk kuvvetlerinin yanında kendisine saldırmaması, bilahare amcası ile diğer yakınlarının ifadesini değiştirmesi için üzerinde baskı kurup tehdit etmeleri ve olayın açığa çıkmasından sonra mağdurenin köyde kalamayıp annesinin yanına sığınmak zorunda kalması da, önceki suskunluğunun nedeni olan öngörülerinin haklılığını ortaya koymaktadır. Kaldı ki mağdure, babasının kendisine yönelik davranışlarını güvendiği bir arkadaşına kısmen anlatmış ve evden kaçarak babasından kurtulmak istediğini de söylemiştir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, sanığın manevi cebir (tehdit) kullanmak suretiyle zincirleme olarak ve ayıplı bırakacak biçimde öz kızı olan mağdurenin ırzına geçtiği anlaşıldığından...”

359 **Yargıtay 14. C.D. 14.02.2019 tarih, 2017/7718 E. 2019/4976 K. sayılı kararı ile**; İlk derece mahkemesinin; mağdurun iki SSC ile rızası dahilinde anal yoldan cinsel ilişkiye girdiği, bu olay üzerinden altı aydan uzun bir süre geçtikten sonra mağdurun ailesinin öğrenmesinden dolayı cinsel ilişkinin zorla gerçekleştiği iddiası ile iki SSC’den şikayetçi olduğu, yapılan yargılama sonucunda cinsel ilişkinin zorla gerçekleştiğine dair her türlü şüpheden uzak kesin delil elde edilemediği, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince cinsel ilişkinin zorla gerçekleşmediğinin kabul edildiği, yargılama sırasında ölen SSC için verilen 5237 sayılı TCK’nun 64/1 ve CMK’nun 223/8 maddesi gereğince kamu davasının düşürülmesi ve diğer SSC hakkında verilen yasal şikayet süresinde şikayetin olmaması sebebiyle 5237 sayılı TCK’nun 73 ve CMK’nun 223/8 maddeleri uyarınca kamu davasının düşürülmesine kararını onamıştır.

360 **BİRTEK F.**, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 2017, Ankara, s.566 / Aksi yönde görüş için bkz. NUHOĞLU A., Cinsel Suç Mağdurunun Beyanı ve İspat, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi, 2002, 2. Baskı, İstanbul, s. 63

Failin mağdur beyanının aksini ispat edemediğinde, sadece mağdur beyanı ile cezalandırılma sonucunu ortaya çıkaracaktır.

Rızanın var olup olmadığının tespiti için yukarıda açıklanan dikkat edilmesi gereken hususlar ile beraber, tanık beyanları, kriminal raporları, failin beyanı,³⁶¹ olay yeri inceleme raporu gibi delillerinde somut olayda değerlendirilip, suçun işlendiğine dair her türlü şüpheden uzak kesin kanaat getirildikten sonra failin cezalandırılması yoluna gidilmesi gerekmektedir.³⁶²

2. Kovuşturma, Görevli ve Yetkili Mahkeme

5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun 11 ve 12. maddesi gereği reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından birinci fıkraya giren durumlarda Asliye Ceza Mahkemesi, ikinci ve üçüncü fıkraya giren durumlarda Ağır Ceza Mahkemesi görevlidir. Yetkili mahkeme ise Ceza Muhakemesi Kanunu 12. maddesine göre genel kural uyarınca suçun işlendiği yer mahkemesidir.³⁶³

3. Zamanaşımı

Kesinleşen mahkeme kararları için uygulanacak ceza zaman aşımı süreleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 68. maddesinde yer verilmiştir. Bu maddeye göre reşit olmayan cinsel ilişki suçları için öngörülen cezalar da dikkate alındığında beş yıldan fazla verilen cezalar için yirmi yıl, beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl ceza zaman aşımı süreleri uygulanacaktır. Bu süreler geçtikten sonra verilen cezaların infaz edilme imkanı kalmamaktadır.³⁶⁴

361 *Yargıtay 14. C.D. 21/12/2015 tarih, 2014/306 E. 2015/11883 K. sayılı kararı, "Sanığın aşamalarda değişmeyen samimi savunmaları, tanık beyanları, olayın ortaya çıkış şekli, zamanı ve tüm dosya kapsamından, sanığın eylemlerini zorla gerçekleştirdiğine dair mağdurenin birbiriyle çelişen anlatımları dışında delil bulunmadığı anlaşılmakla, suç tarihinde onaltı yaşında olan mağdureye yönelik cinsel ilişkide bulunma eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu ve suç tarihinin 15.08.2009 olarak belirlenmesi karşısında mağdurenin 06.09.2010 günü şikayetçi olduğu gözetildiğinde, başvurunun yapıldığı güne kadar 5237 sayılı TCK'nın 73/1. maddesinde düzenlenen altı aylık şikayet süresinin dolması nedeniyle sanık hakkında bu suçtan görülen kamu davasının düşmesine..."*

362 *TUĞRUL A. C., Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Enest İlişkiler, Legal Kitabevi, 3. Baskı, 2018, Ankara, s.662*

363 *MEMİŞ KARTAL, P., Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, 2014, Der Yayınları, İstanbul, s.120*

364 *TANER F. G., Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Adalet Yayınevi, 2008, Ankara, s.126*

4. Yaptırım

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel halini düzenleyen 1. fıkraya göre ceza miktarı iki yıl ile beş yıl arasındadır. Maddenin nitelikli hallerini düzenleyen 2. ve 3. fıkra için öngörülen ceza on yıl ile on beş yıl arasındadır. On sekiz yaşından büyük faile verilen mahkûmiyet kararı ile birlikte Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesi gereğince, uygun olan hak yoksunluklarından bir veya birkaçı uygulanacaktır.³⁶⁵

5. İnfaz Rejimi

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun özellikle ikinci ve üçüncü fıkrasında bulunan nitelikli halleri ile ilgili bir başka önemli değişiklik ise yine 18 Haziran 2014 tarihinde 6545 sayılı Kanun ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un mükerrerlere ve bazı suç faillerine özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbirini düzenleyen 108. maddesinde yapılan değişikliktir.³⁶⁶ Söz konusu madde de yapılan değişiklik ile reşit olmayanla cinsel suçunun nitelikli halinin faillerinin cezalarını, tekrerrür uygulanan mükerrerlere özgü infaz rejimine tabi bir şekilde çekmeleri hükme bağlanmıştır. Nitelikli haller için öngörülen cezanın süreli hapis olduğu göz önüne alındığında faillerin 5275 sayılı kanunun 108. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendine göre mahkûm olunan cezanın dörtte üçünü infaz kurumunda iyi halli olarak geçirmeleri durumunda koşullu salıverilmeden yararlanabileceklerdir.

365 KANBUR M. N., *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, CHD, Yıl:8, Sayı:, Nisan 2013, s.4187

366 **Yapılan değişiklik sonrası madde metni;** “ Birinci fıkradaki koşullu salıverme süreleri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan, 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanır. 188 inci madde hariç olmak üzere bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilir: 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 (10) (Ek: 18/6/2014-6545/82md.) Dokuzuncu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz. (11) (Ek: 18/6/20146545/82 md.) Bu maddenin dokuzuncu fıkrasının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir”

5275 sayılı kanunun 108. maddesinin 9. fıkrasında cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan biri olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failleri hakkında tedavi tedbirinin (kastrasyon) uygulanabileceği bu suçun failleri hakkında da uygulanabileceği yorumlarına sebep olmuştur.³⁶⁷

Kastrasyon ile ilgili düzenlemeler 26.07.2016 tarihli ve 29782 sayılı Resmî Gazete ‘de “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik” yayımlanarak yürürlüğe girmişti. Yönetmeliğin 7/1. maddesinde *“kimyasal kastrasyon” önlemine tedavi olarak yer verilmiş ve “cinsel saldırı suçlarına yönelik olmak üzere ayakta ya da yatarak, ilaçla ya da ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün azaltılmasına ya da denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azılmasını ya da yok edilmesini sağlayan yöntem”* olarak tanımlanmıştı. Ancak söz konusu yönetmeliğin kastrasyon ile ilgili düzenlemesinin iptali için Danıştay’a açılan dava sonucunda, Danıştay 10. Dairesi yönetmeliğin 7/1. maddesinin yürütmesinin durdurulmasına *“Anayasa’da tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağına hüküm altına alındığı, bu nedenle ancak kanunda açıkça belirtilmek, sınır ve kapsamı çizilmek suretiyle kişinin vücut bütünlüğüne yönelik düzenlemelerin getirilebileceği, kanunda sınırları belirsiz tedavi kavramını da aşar nitelikte yöntemler içeren davaya konu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamakta olup uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara yol açabileceği sonuçlarına varılmaktadır”* gerekçesiyle oy çokluğuyla karar vermiştir. Bu şekilde kastrasyon ile kimyasal hadımlaştırma yöntemi, hiç uygulama örneği olmadan, Danıştay 10. Dairesinin kararı ile iptal edilmiştir.

367 ÖZBEK V. Ö., *İnfaz Hukuku*, 9. Baskı, 2016, Seçkin Yayınları, Ankara, s.179

SONUÇ

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlığını taşıyan 8. Babın, 414 ve 428. maddelerini kapsayan, "cebren ırza geçen, küçükleri baştan çıkararak ve iffete taarruz edenler" başlıklı birinci faslının 416. maddesinin son fıkrasına 09.07.1953 gün ve 6123 sayılı kanunla "*Reşit olmayan bir kimse ile rızası ile cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde, altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" şeklinde eklenerek, ırza geçme suçunun daha az cezayı gerektiren bir hali olarak düzenlenmişti. Suçun takibi şikâyetle bağlı değildi. Korunan hukuki yarar, maddenin bulunduğu yer de göz önüne alındığında "genel ahlâkı ve aile nizamı" idi.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanun'un ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" düzenleyen altıncı bölümünün 104. maddesinde düzenlenmiştir. Madde metninin ilk hali iki fıkradan oluşmaktaydı. İlk fıkra suçun basit halini ikinci fıkra ise suçun nitelikli hali ile ilgili düzenlemeleri içermekteydi. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarih, 2005/103 Esas 2005/89 Karar sayılı iptal kararından önceki 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 idi. Anayasa Mahkemesi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 2. fıkrasını, özellikle aynı eylemi gerçekleştiren faillerin yaşına göre yapılan sınıflandırmayı hukuki güvenlik, adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle, mukayeseli hukukta İsviçre ve İtalya'da benzeri uygulamalar olduğu halde, oy çokluğuyla iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının üzerinden yaklaşık on yıl geçtikten sonra reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile ilgili 18 Haziran 2014 tarih ve 6545 Sayılı Kanun'un 60. maddesi ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçu önemli ölçüde değişikliklere

uğrayarak bugünkü halini almıştır. Bu değişikliklerden ilki, takibi şikâyeteye bağlı olan suçun temel şeklinin altı aydan iki yıla olan cezasını, iki yıldan beş yıla olacak şekilde arttırmıştır. Ayrıca madde metnine nitelikli hal oluşturan ve takibi şikâyeteye bağlı olmayan ikinci ve üçüncü fıkra eklenmiştir. İkinci fıkra olarak eklenen “*Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” hükmü ile o zamana kadar kanunda düzenlenmediği için sıkça eleştirilen ensest ilişkilerin suç haline getirildiği bir düzenleme yapılmıştır. Üçüncü fıkra olarak “*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.*” hükmü getirilmiştir. Evlat edinme ve koruyucu aile gibi uygulamalarla, korumaya ihtiyacı olan çocuğu kurum ortamından çıkarılarak öz anne-babası gibi görebileceği kişilerin yanına yerleştirip, çocuğun normal bir aile ortamında büyümesine imkân tanınmak istenmektedir. Bu fıkra ile, anne ve babası yerine koyduğu faillere mağdurun güvenmesi ve sevmesinden dolayı düşmüş olduğu yanılğı sonrası cinsel ilişkiye göstermiş olduğu rızasının geçerli sayılmaması ve faillerin daha fazla bir ceza ile karşı karşıya bırakılması amaçlanmıştır.

765 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarının reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından kıyaslarsak ilk başta kanun metninin düzenlendiği bölümde farklılık görürüz. Eski kanunda “Genel Ahlaka ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar” kısmında düzenlenmekte iken, yeni kanunda “Kişilere Karşı İşlenen Suçlar” kısmında “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar” bölümü altında düzenlenmiştir. Yapılan bu değişiklik ile suçun odak noktası ve korunan değer toplumun genel değerleri ve ahlakı olmaktan çıkartılarak bireyin cinsel özgürlüğü olarak belirlenmiştir. Eski kanunda takibi şikâyeteye bağlı değil iken yeni kanunda suçun temel hali şikâyeteye tabidir. Eski kanunda failin erkek olduğu kabul edilirken yeni kanunda failin kim olacağına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Eski kanunda yer alan fail ile mağdurun evlenmesi ve failin hatası ile evlilik son bulmadığı belirli bir süre boyunca davayı ya da cezayı askıya alma uygulaması yeni kanunda bulunmamaktadır. Eski kanunda kızlık zarının

bozulması halinde 418. maddenin son fıkrası bakımından “mayubiyet” (ayıplılık) sayılarak, faile verilecek cezanın ağırlaştırılacağına hükmedilmişken yeni kanunda böyle bir hüküm mevcut değildir. Eski kanunda enstest ilişkiler ile ilgili bir hüküm bulunmazken yeni kanunun ikinci fıkrasında nitelikli hal olarak 2014 yılından itibaren ceza kanunda yerini almıştır.

Doktrinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel halinin, var olmasının bile gerekli olmadığına dair görüşler bulunmaktadır. Cinsel gelişimini tamamlamış olan mağdurun cinsel ilişkiye gösterdiği rızanın geçerlilik yaşının 15 veya 16 yaşına düşürülmesi gerektiği savunulmuştur. Benzer bir görüşte ise cinsel ilişkiye giren tarafların ikisinin de 15-18 yaş aralığında olması durumunda kimin fail kimin mağdur olduğu konusunda net bir tespitin yapılamaması nedeniyle, suçun kanunilik ilkesine aykırı olduğu belirtilerek suçun failinin 18 yaşından büyük olması gerektiğini savunmaktadırlar. Anayasa mahkemesi bu nedenle madde metninin iptal edilmesi istemiyle açılan iptal davasını failin erkek, kadın veya çocuk olabileceğinden bahsederek ret etmiştir. Yargıtay uygulamalarında cinsel ilişkiye giren tarafların ikisinin de 15-18 yaş aralığında olması durumunda failin erkek olduğu yönünde istikrar kazanan kararları bulunmaktadır.

Bize göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kanunda bulunması gerekmektedir. Failin 18 yaşından büyük olduğu durumlarda mağdurun rızası eylemi suç olmaktan çıkarmamalıdır. Kanun koyucu uluslararası sözleşmeler ile çocukları her türlü istismara karşı koruyacağı taahhüdünü vermiştir. 18 yaşından büyük, mesela 50 yaşında bir failin, 15-18 yaş arasında bulunan mağdurun rızası ile dahi olsa cinsel ilişkiye girmesi suç olarak kalmaya devam etmelidir. Mağdura göre daha tecrübeli olan failin mağdurun deneyimsizliğinden yararlanarak rızasını elde ettikten sonra cinsel ilişkiye girmesi aslında bir çeşit çocuğun cinsel olarak sömürülmesi ve kullanılması demektir.

Cinsel ilişkiye rıza ile giren tarafların ikisinin de 15-18 yaş aralığında reşit çocuk olması durumu açısından madde metnine “*cinsel ilişkinin 15-18 yaş aralığında bulunan kişiler arasında gerçekleşmesi durumunda, ikna eden taraf cezalandırılır*” şeklinde

ekleme yapılarak failin tespiti yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu şekilde her iki tarafın hem mağdur hem de fail olması probleminin önüne geçilmiş olacak, madde metninin kanunilik ilkesine daha uygun bir hal alması sağlanmış olacaktır. Ayrıca her iki çocuğun istek ve arzusu sonucunda gerçekleşen cinsel ilişkilerde, suç şekli bir suç olmaktan çıkıp, sırf cinsel ilişki gerçekleştiği ve şikâyetin bulunduğu gerekçeleriyle, cinsel ilişkiyi belki de kendisinden daha fazla isteyen kız mağdurla ilişkiye giren erkek çocuk cezalandırılmayacak, bunun yanında akran olsalar dahi bariz bir baskı etkisi ile cinsel ilişkiye girmiş olan taraf mağdur olarak değerlendirilerek cinsel yönden kullanılması engellenecektir.

Suçun mağdurunun kazai rüşt (erken ergenlik) sahibi çocukların olup olmayacağına dair doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un 11. ve 12. maddelerinde erken ergenlik şartlarından bahsedilmiştir. Kanunun 11. maddesi "*Ergenlik 18 yaşını doldurulmasıyla başlar. Evlenme kişiyi ergin kılar.*" şeklindedir. Bu madde ile 18 yaşından önce duruma göre mahkeme kararı ya da veli izni ile resmi olarak evlenen çocuk ergin sayılır. Kanunun 12. maddesinde ise "*On beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemeye ergin kılınabilir*" hükmü gereği küçüğün talebi ve velinin rızası ile çocuk ergin sayılabilir. On sekiz yaşından küçük olduğu için veli izni veya hâkimin kararı ile evlendikten sonra, evli eşler arasında rıza dahilinde girilen cinsel ilişkinin, suç olduğunu söylemek hakkaniyete aykırıdır. On sekiz yaşından küçüklerin hâkim kararı ile evlenmelerinin doğal sonucu olarak bu kişilere yasal olarak cinsel ilişkiye girme izni verilmektedir. Bu kişilerin artık cinsel ilişkiye gösterdikleri rıza hukuken geçerli olur. Bununla beraber evlilik sırasında veya evliliğin boşanma ile sonuçlanmasından sonra ve on sekiz yaşına girmeden önce, evlendikleri kişi harici kimselerle rızaları dahilinde cinsel ilişkiye girmeleri halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşmayacağı kanaatindeyiz. Mahkeme kararı ile bir nevi cinsel ilişkiye rızası muteber sayılan mağdur ile cinsel ilişkiye giren failin, sırf mağdurun eşi olmadığı için cezalandırılması, suçun hangi olguyu koruduğu konusunda problemler ortaya çıkaracaktır. Bu suç ile çocuğun cinsel özgürlüğü ve gelişiminin korunduğu kabul edildiğine göre, mahkeme kararı ile cinsel gelişimini tamamladığı ve cinsel ilişkiye girebildiği tescillenen mağdur ile rızası ile cinsel ilişkiye giren fail

cezalandırılmamalıdır. Zira mahkeme kararı ile çocuğun cinsel davranışlar konusundaki tasarruf yetkisindeki sınırları kaldırılmıştır. Ancak şunu da belirtmek gerekmektedir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu mağdurun rızasına dayalı bir suç tipi olduğundan değerlendirmemiz bu yöndedir. Bununla beraber evlenerek erken ergenlik hakkını kazanan mağdurlara karşı rızası hilafına gerçekleştirilen cinsel saldırılar, cinsel istismar suçuna vücut verecektir. Yargıtay uygulamaları da bu yöndedir.

Türk Medeni Kanunu 12. maddesine göre ergin kılınan mağdurla failin, mağdurun rızası ile cinsel ilişkiye girmesi halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşacağı, kişinin yargı kararıyla örneğin bir meslek veya sanatı icra etmek için ergin kılınması, cinsel olgunluğa ulaştığı anlamına gelmeyeceği kanaatindeyiz. Bu şekilde TMK'nın 11. maddesine göre erken ergen olan kişilerin suçun mağduru olamayacağı, TMK 12. maddesine göre erken ergen olanların suçun mağduru olabileceğini, kanun koyucunun yeni TMK'da "reşit" terimini "ergen" terimi olarak değiştirmesine karşın, eski ve yeni TCK'da "reşit" terimini kullanmaya devam etmesi ile reşitlik ile erken ergenliğin tam olarak aynı anlama gelmediğini anlatmaya çalıştığı düşüncesindeyiz.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda doktrindeki bir diğer tartışma konusu, madde metninde geçen cinsel ilişkinin hangi tür cinsel davranışları içerdiğine yöneliktir. Maddede geçen cinsel ilişki eyleminin tanımına, TCK'da yoktur. Yargıtay cinsel ilişki eylemini dar yorumlayıp, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, suçun oluşabilmesi için vajinal ya da anal yoldan erkeğin cinsel organın ithali şarttır. Bu şekilde suçun oluşabilmesi açısından taraflardan en az birinin erkek olma şartı getirilerek, kadınlar arası lezbiyen ilişki şeklinde geçen cinsel davranışların reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun konusu olamayacağı sonucu çıkarılmaktadır.

Yargıtay'ın cinsel ilişkiyi dar yorumlaması sonucunda oral seks ile vücuda anal ya da vajinal yoldan cinsel organ harici organ veya sair cisim sokulması durumunda reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmamaktadır.

Doktrinde oral seksin cinsel ilişki olup olmadığına dair farklı görüşler bulunmaktadır. Kanun koyucunun bu suç tipini oluştururken suç ile korumak istediği hususun çocuğun cinsel bütünlüğü ve sağlıklı cinsel gelişimi olduğunu kabul ettiğimiz takdirde, oral seksin yani vücuda ağız yoluyla cinsel organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen fiilin çocuğun korunmasını istediğimiz değerlerini, olumsuz yönde etkilemediğini kabul etmek bizce doğru olmayacaktır.

Cinsel organ harici şehvet hissi uyandıran organ veya sair cisim sokma eyleminin bu suçu oluşturmaması aslında cinsel suçlarla ilgili ceza sistematigiyle çelişki oluşturmaktadır. Türk Ceza Kanun'un cinsel suçları düzenleyen 102 ve 103. maddelerinin 2. fıkralarında cinsel ilişki sırasında sair cisim sokulması ile cinsel organ sokulmasını seçimlilik hareket olarak değerlendirerek eş değer cezalara hükmedilmesi karşısında 104. madde olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından sair cisim sokulmasında suçun oluşmayacağını söylemek ceza sistemi açısından bir çelişki oluşturduğu aşikardır. Kanunun sistematigi açısından reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun sair cisim sokulması halinde de oluşması gerektiği görüşündeyiz. Mağdur çocuğa anal veya vajinal yoldan parmak ya da cisim sokulmasının mağdurun cinsel gelişimine olumsuz etkilerinin cinsel organ sokulduğu durum ile pek bir farkının olmadığı görüşündeyiz.

Yargıtay'ın uygulamaları ile cinsel ilişkiyi dar yorumlaması, bizce pek hakkaniyete uygun değildir. Vücuda anal veya vajinal yoldan organ veya sair cisim sokulması eylemi ile oral yoldan cinsel organ sokulması eylemlerinin, cinsel ilişki olarak kabul edilmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz. Madde metninin “*cebiri, hile, tehdit ve iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın on beş yaşını bitirmiş çocuğu ikna ederek vücutuna anal veya vajinal yoldan organ veya sair bir cisim sokan veya oral yoldan cinsel organ sokan kimse ... cezalandırılır*” şeklinde değiştirilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda açık bir şekilde şikâyet hakkının kimde olduğu hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Cinsel suçlardan olan TCK 102.

maddesi cinsel saldırı suçu ile 105. maddesi cinsel taciz suçlarında şikâyet hakkının suçtan zarar gören mağdura ait olduğu belirtilmiştir. TCK 103. maddesinde yer alan çocuğun cinsel istismarı suçunda şikâyet hakkı mağdur ile beraber kanuni temsilcisine de verildiği açıkça belirtilmiştir. İncelememize konu reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikâyet hakkının sadece mağdura mı ait olduğu, kanuni temsilcinin de şikâyet hakkının olup olmadığı konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Doktrinde genel görüş, şikâyet kurumunun istisnai bir kurum olduğu ve dar yorumlanması gerektiği, açıkça belirtilmediği sürece şikâyet hakkının sadece ayırt etme gücüne sahip mağdur tarafından kullanılabileceğidir. Uygulamada her ne kadar soruşturma işlemleri kanuni temsilcinin şikâyeti ile başlayabilse de, Yargıtay 14. Ceza Dairesin 11/12/2018 tarihli, 2015/4392 Esas, 2018/7375 Karar sayılı kararı ile belirtildiği üzere, sanığın cezalandırılabilmesi için mağdurun geçerli şikâyetinin bulunması aranmaktadır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bulunduğu yer itibari ile her ne kadar çocuğun cinsel özgürlüğü ve bütünlüğünü koruduğu sonucu çıkartılıyor olsa da suçun eski kanundaki yeri ve kanun koyucunun bu suçu tahsis etmesindeki bir diğer amacının toplum ahlakı ve aile yapısını korumak olduğu aşîkârdır. Bu nedenle suça konu eylemin, mağdurun rızası ile gerçekleşen kendine has yapısı nedeniyle, şikâyet hakkının yapılacak bir düzenleme ile mağdurun yasal temsilcisine de verilmesi kanaatindeyiz. Eyleme başından rıza gösteren mağdura sadece şikâyet hakkının tanınması, maddenin uygulama alanı çok daraltacak ve somut olaylarda gerçekten zarar görme olma ihtimali olan mağdurun bakımını üstlenen kanuni temsilcinin suçtan zarar görmesine rağmen failden şikâyetçi olamaması sonucunu doğuracaktır.

Çalışmamızın sonucunda incelemeye konu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 104. maddesi olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şeklini oluşturan birinci fıkrası iki bentten oluşturularak;

“(a) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan on sekiz yaşını ikmal etmiş kişi, mağdur veya kanuni temsilcisinin şikâyeti üzerine... cezalandırılır.

(b) Cinsel ilişkinin taraflarının ikisinin de on beş yaşını bitirmiş çocuk olması durumunda ikna eden çocuk, mağdur veya kanuni temsilcisinin şikâyeti üzerine... cezalandırılır”

Şeklinde değiştirilmesi ve maddenin gerekçesine cinsel ilişki tanımını;

“Cinsel ilişki; Mağdurun vücuduna anal veya vajinal yoldan organ veya sair bir cisim, oral yoldan cinsel organ sokulması durumunda cinsel ilişki oluşur.”

Şeklinde eklenmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.



KAYNAKÇA

- AKARSLAN Mediha**, “Ana Hatlarıyla Çocuk Hakları ve Çocuk Hakları Mevzuatı”, 1998, Alfa Yayınları, İstanbul
- AKÇAN Ramazan ve ÇEKİN Necmi**, “Cinsel Suçlu (!) Olarak Çocuk”, Adli Tıp Dergisi, 25(1), 2011,
- AKÇİN İhsan**; “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Yargıtay Dergisi, Ocak – Nisan, 2006, Ankara
- AKSAKAL Enver**, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu” İBD, Cilt 88, Sayı 2, 2014, İstanbul
- AKYÜZ Emine**, “Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması”, MEB Yayınları, 2000, Ankara
- ARSLAN Ç., AZİAĞAOĞLU B.**, “Yeni Türk Ceza Kanunun Şerhi”, 2004, Asil Yayınları, Ankara
- ARSLANTÜRK Mustafa**, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar”, 2014, Seçkin Yayınları, Ankara
- ARSLANTÜRK Mustafa**, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar”, 2017, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Ankara
- ARTUK Mehmet Emin**, “Kadına Yönelik Cinsel İstismara Örnek Olarak Evlilik İçi Irza Geçme ve Fücür”, in: Kadına Yönelik Şiddete Karşılaştırmalı Hukukun Yaklaşımı, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi, Yayın no:1, Şubat 2002,
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner**, “Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler”, 3. Cilt, 2009, Turhan Kitapevi, Ankara
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, ALŞAHİN Mehmet Emin, ÇAKIR Kerim**, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 12. Baskı, 2018, Adalet Yayınları, Ankara,
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, ALŞAHİN Mehmet Emin, ÇAKIR Kerim** “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 17. Baskı, 2018, Adalet Yayınları, Ankara,
- ARTUNÇ Mustafa**, "Cinsel Taciz Suçu", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl, 2007, S: 11, Ankara
- ARTUNÇ Mustafa**, “Kişilere Karşı Suçlar”, 2008, Adalet Yayınları, Ankara

ATAÇ Asiye Selcen,“Cinsel İstismar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişkiye Girme Suçu”,
Editor: Nur Centel, 2013, İstanbul,

ATALAY Ayşe Özge, “*Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu*”, 2013, *On İki Levha Yayıncılık, İstanbul*

ATAMAN Emrah,“5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, 2011, Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku A.B.D.,
Yayımlanmış Y.Lisans Tezi,

AYDIN Devrim, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Haksız Tahrik”, AÜHFD, Y. 2004, C. 54, S. 1, s

AYDIN Murat, “Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”,
Seçkin Yayınları, 2. Baskı, 2014, İzmir

BAKICI Sedat, Evlenme Sözü Vererek Kızlık Bozma Suçu ve Unsurları, Ankara Barosu
Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 1985/1, s. 35

BALO Yusuf Solmaz, “Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması”, Seçkin Yayıncılık, 2005, Ankara

BAYRAKTAR Köksal, YILDIZ Ali Kemal, ERMAN Barış, EROĞLU ERMAN Fulya, BOSTANCI BOZBAYINDIR Gülşah, KURT Gülşah, SINAR Hasan, MEMİŞ KARTAL Pınar, KESKİN KIZIROĞLU Serap, ALTUNÇ Sinan, 2017, “Özel Ceza Hukuku Kişilere Karşı Suçlar (1)”, 2, On İki Levha Yayınları, İstanbul.

BAYTEMİR Erdal, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar”, 2014,
Adalet Yayınevi, Ankara

BEYAZIT Özgür, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Nisan 2010, Sayı:1, TAAD,
Ankara

BİRTEK Fatih, “Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat”, 2017,Adalet Yayınevi, 2. Baskı, ,
Ankara,

CAN Cahit, “Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar”, Seçkin Yayınları,
Ankara, 2004

CENTEL Nur, ZAFER Hamide, ÇAKMUT Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Beta
Yayınları, 2014, İstanbul

CENTEL Nur, ZAFER Hamide, ÇAKMUT Özlem, “Türk Ceza Hukukuna Giriş”, 7.
Bası, Beta Yayınları 2011, İstanbul

CENTEL Nur, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, Y.2012, S. 99,

ÇALIŞKAN Serdar, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, 2013, Adalet Yayınevi, Ankara

ÇAVLİN BOZBEYOĞLU Alanur, “Türkiye’de Encest Sorununu Anlamak”, 2009, Özet Rapor, Ankara,

Çocuk Hakları Sözleşmesi, 1990, Unicef Yayınları, New York,

DEMİRBAŞ Timur, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 11. Bası, Adalet Yayınları, 2016, Ankara

DEVELİOĞLU Ferit, “Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lugat”, 1997, Aydın Kitabevi Yayınları. Ankara

DOĞAN Recep, “Anlamlı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, 2017/1. sayı, Ankara Barosu Dergisi

DOĞAN Recep, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Koruyucu Aile Kurumu ve Koruyucu Aile Yönetmeliği”, 2013/2, Ankara Barosu Dergisi

DONAY Süheyl, “Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ceza Kanunun Şerhi”, 2007, Beta Yayınları, İstanbul

DÖNMEZER Sulhi, “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler”, Sulhi Garan Matbaası, 4. Bası, İstanbul, 1975,

DÖNMEZER Sulhi, “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler”, 1975, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul,

DÖNMEZER Sulhi, “Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler”, Cilt 1, 2008, Ankara,

DÖNMEZER Sulhi, SAHİR Erman, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku” C: II, 1999, İstanbul

DURSUN Selman, “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 24, 2014

DÜLGER İbrahim, CİN Onursal, AKŞAN Murat, “Türk Ceza Hukuku Mevzuatı”, 2007, Kopuz Yayınları, Ankara

BOSTANCI BOZBAYIDIR Gülşah, Çocukların Cinsel İstismarı, Özel Ceza Hukuku, c.2, Kişilere Karşı Suçlar 1, 2017, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul

EKİCİ ŞAHİN Meral, “Ceza Hukukunda Rıza”, 2012, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul

EREM Faruk, “Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler”, 1993, 2. Cilt, Seçkin Yayınevi, Ankara

EROL Haydar, Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 2017, Adalet Yayınevi, Ankara

GÜNDEL Ahmet, “Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı, Cinsel İstismar, Cinsel Taciz, Rızaen Irza Geçme, Hürriyeti Kısıtlama Alıkoyma, Fuhuş ve Müstehcen Yayın Suçları” 2009, Seçkin Yayınları, Ankara

GÖKTÜRK Neslihan, “Fikri İçtima”, 2013, Adalet Yayınevi, Ankara

GÜNDÜZ Remzi, GÜLTAŞ Veyssel, Açıklamalı-İçtihatlı Cinsel Suçlar, 2011, Bilge Yayınları, Ankara

HAFIZOĞULLARI Zeki, ÖZEN Muharrem, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar”, 2015, Usa Yayıncılık, Ankara

Hamiltone, E. Mitologya, 1990, 5. Bası, Varlık Yayınları,

HAKERİ Hakan, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 2017, Adalet Yayınevi, Ankara

HOROZGİL Denizhan; “Çocukların Cinsel İstismarının Basit Şekli” , TBB Dergisi, Y:2011, S. 93

KANBUR Mehmet Nihat, “Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, CHD, Yıl:8, S:2, Nisan 2013

KANGAL Zeynel, “Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik”, EÜHFD, Y.2010, C.14, S.3-4

KANTARCI Nurullah, “Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, 2016, Adalet Yayınları, Ankara

KILIÇ Abbas “Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m.102)”, TBB Dergisi, Y. 2008, S.78.

KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, “Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 2018, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara

KOCAOĞLU Sinan, “Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, 2016, Yetkin Yayınları, Ankara

KORKUSUZ Gülşah, “Cinsel Saldırı Suçu”, 2013, İÜHFM, Cilt:71, Sayı:1

KÖKSAL Atacan, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, 2015, Ankara Üniversitesi Yayını, Cilt 2, Ankara

KURT Gülşah, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçu”, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, C.1, İstanbul, 2008, s. 507.

MALKOÇ İsmail, “Açıklamalı Türk Ceza Kanunu”, 2002, 3. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara

MALKOÇ İsmail, “Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları”, 2005, Malkoç Kitabevi, Ankara

MALKOÇ İsmail, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar”, 2009, Malkoç Yayınevi, Ankara,

Mayer, A., Incest, A Treatment Manuel, 1983, Learning Publications Inc., USA,

MEMİŞ KARTAL Pınar, “Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı”, 2014, Der Yayınları, İstanbul

MERAN Necati, “Kişilere Karşı Suçlar”, 2.Baskı, 2008, Seçkin Yayıncılık, Ankara

NUHOĞLU Ayşe, “Türk Ceza Kanunu'nda ve 2002 Tasarısı'nda Cinsel Suçlar”, 2004, Seçkin Yayınevi, İstanbul,

NUHOĞLU Ayşe, “Cinsel Suç Mağdurunun Beyanı ve İspat”, 2002, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi, 2. Baskı, İstanbul,

OĞUZMAN Kemal., SELİÇİ Özer, OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Kişiler Hukuku, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, 2018, İstanbul

ÖZBEK Veli Özer, İnfaz Hukuku, 9. Baskı, 2016, Seçkin Yayınları, Ankara

ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 2018, Seçkin Yayınları, Ankara

ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, “TCK İzmir Şerhi- Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı”, 2008, Seçkin Yayınları, II. Cilt, Ankara

ÖZGENÇ İzzet, “Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi”, (Genel Hükümler), 2005, Seçkin Yayıncılık, Ankara,

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, 13. Baskı, 2017, Seçkin Yayınları, Ankara,

ÖZGÜVEN İbrahim Ethem, “Cinsellik ve Cinsel Yaşam”, 1997, Pdrem Yayınları, Ankara

ÖZTAN Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Baskı, *Turhan Kitabevi*, 2015, Ankara

ÖZTÜRK Bahri, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Nisan 2010 Sayı:1, TAAD, Ankara,

PARLAR Ali, HATİPOĞLU Meltem, “Çocukların Cinsel İstismarı”, 2. Cilt, 2010, Seçkin Yayınları, Ankara

POLAT Halil, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, CHD, Y.5, S. 13, Ağustos 2010,

POLAT Oğuz, “Tüm Boyutları ile Çocuk İstismarı”, 2007, Seçkin Yayınları, Ankara,

SANCAR Türkan Yalçın, YAŞAR Nimet, “Ensest, Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesi Kararı”, in TBBD, S.80, 2009,

SAVAŞCI Bilgehan, “Çocukların Cinsel İstismar Suçu”, 1.Baskı, Legal Yayıncılık, 2012, İstanbul

SOYASLAN Doğan, “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 2014, Yetkin Yayınları, Ankara

STRONG A.K., IncestLawsandAbsentTaboos in Roman Egypt, [www.http//history of theancient world.com](http://www.historyoftheancientworld.com), 21/12/2018

ŞEN Ersan, “Türk Ceza Kanunu Yorumu” , 2006, Vedat Kitapçılık, İstanbul

ŞAHİN Meral Ekici, “Ceza Hukukunda Rıza”, 2012, Oniki Levha Yayınları, İstanbul,

TANER Fahri Gökçen, “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, Seçkin Yayıncılık, 2017, Ankara

TANER Fahri Gökçen, “Türk Ceza Hukukunda Zamanaşımı”, Adalet Yayınevi, 2008, Ankara

TANERİ Gökhan, “Cinsel Suçlar”, 2014, Bilge Yayınevi, Ankara,

TANERİ Gökhan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunda Sık Karşılaşılan Suçlar”, 2014, Bilge Yayınevi, Ankara

TAŞDEMİR Kubilay, “Ceza Hukukunda Zaman aşımı”, 2011, Ütopyagrafik Yayınları, Ankara

TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Rıfat Murat, “Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku”, 2017, 15. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara.

TDK.(2018)GüncelTürkçeSözlük, (<http://www.tdk.gov.tr/index.>)

TOPÇU Sedat, “Cinsel İstismar”, Phoenix Yayınevi, 2009, Ankara, s.90

TORUSLU Nevzat, “Ceza Hukuku Özel Kısım”, 9. Baskı, 2018, Savaş Yayınları, Ankara

TOROSLU Nevzat, TOROSLU Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 2018, Savaş Yayınevi, Ankara,

TUĞRUL Ahmet Ceylani, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar ve Ensest İlişkiler”, 2018, Legal Kitabevi, Ankara,

ÜNVER Yener, “Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer”, 2003, Seçkin Yayınları, Ankara,

ÜNVER Yener, “Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Kaynaklanan Sorunlar içinde, 2008, İstanbul

ÜNVER Yener, “Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’de ki Durum, in: Adalet Yüksekokulu 20.Yıl Armağanı, 2001, İstanbul

ÜNVER Yener, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi” 2. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, 2014, Ankara

ÜZÜLMEZ İlhan, KOCA Mahmut, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 2015, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara,

YALÇIN SANCAR Türkan, “Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Görüşler”, AÜHFD, C: 51, S. 3, Y: 2002,

YALÇIN SANCAR Türkan, “Çocuk İstismarı ve Türk Ceza Kanunu”, 2008, Güncel Hukuk, , Ankara

YALÇIN SANCAR Türkan, “Türk Ceza Hukukunda Kadın”, 2013, Seçkin Yayınları, Ankara,

YARSUVAT Duygun, “Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK’nın 50 yılı ve Geleceği Sempozyumu Kitabı içinde, 1977, İstanbul,

YENİSEY Feridun, İÇEL Kayıhan, “Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları”, 1989, 2. Bası, Beta Basım Yayım, Ankara

YILMAZ Ejder, “Hukuk Sözlüğü”, 2016, Yetkin Yayınları, Ankara

YOKUŞ SEVÜK Handan, “Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçları”, Hukuk ve Adalet Dergisi, Yıl:2 Sayı 5, 2005, Ankara

YOKUŞ SEVÜK Handan, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl, 2005, Ankara

YOKUŞ SEVÜK Handan, “Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara

YOKUŞ SEVÜK Handan, “6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlara Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, 2015, CHKD, 3(2),

ZAFER Hamide, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 2. Bası, Beta Yayınları, 2011, İstanbul