

REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNDA FAİL (TCK m.104)

Ali Tanju SARIGÜL*

ÖZ

Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda öğretide üzerinde en çok tartışılan suç "reşit olmayanla cinsel ilişki" suçu olmuştur. Özellikle rızaya dayalı cinsel ilişkinin her iki tarafının da reşit olmaması ya da on sekiz yaşın altında olması durumunda ceza hukukunun müdahale alanı dışında kalması gerektiği konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır. Ancak hukuk uygulamamızda on beş yaşın üzerindeki akran çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel ilişkilerin suç olarak kabul edildiği, herhangi başka bir değerlendirme bile yapılmasına ihtiyaç duyulmaksızın erkek çocuğun fail, kız çocuğun ise mağdur olarak belirlendiği görülmektedir. Korunan hukuki yararlar uyuşmadığını değerlendirdiğimiz ve bir gerekçeye dayanmayan bu kararlar, uygulamada tutarsız sonuçlara ve mağduriyetlere neden olmaktadır.

Kanaatimizce sorunun çözümü; kanun hükmünün Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi kapsamında yapılabilecek bir yorumuyla mümkün olabilecektir. Söz konusu Sözleşmede bir çocukla cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu yaş alt sınırının taraf devletlerce belirlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır (m.18). Sözleşme kapsamında dikkat edilmesi gereken diğer husus ise çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel faaliyetlerin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiğidir. Dolayısıyla çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki, ceza hukukunun dışında tutulmalı, suçun faili olabilmek için on sekiz yaşın tamamlanmış olması koşulu aranmalıdır.

***Anahtar Kelimeler:** Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, Cinsel İstismar, Cinsel İlişki, Ensest, Cinsel Olgunluk.*

THE PERPETRATOR OF SEXUAL INTERCOURSE WITH A MINOR (TURKISH PENAL CODE ART. 104)

ABSTRACT

In the Turkish Penal Code, the crime most frequently discussed in doctrine crimes against sexual inviolability is the crime of "sexual intercourse with minors".

* **Dr. Öğr.Üyesi** Hasan Kalyoncu Üniv. Hukuk Fak. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD/ GAZİANTEP, e-posta: atanju.sarigul@hku.edu.tr

ORCID : 0000-0002-4112-0311

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.933619

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 11/12/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 12/04/2021

There is a consensus in the doctrine that especially if both parties of consensual sexual intercourse are minor or under the age of eighteen, criminal law should remain outside the intervention area. However, in our legal practice, it is seen that consensual sexual intercourse among peer children over the age of fifteen are considered as a crime, the boy is determined as the perpetrator and the girl as the victim without the need for any further evaluation. These decisions, which we consider to be incompatible with the protected legal interest and do not rely on any justification, cause inconsistent results and aggrievements in practice.

In our opinion, the solution of the problem will be possible with an interpretation of the provision of law within the scope of the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse. In the aforementioned Convention, the age below which it is prohibited to engage in sexual activities with a child should be determined by the state parties (Art.18). Another point that should be considered within the Convention is that sexual activities based on consent among children should not be considered within this scope. Therefore, consensual sexual intercourse between children should be excluded from the criminal law, and the condition of completing the age of eighteen must be taken into account in order to be the perpetrator of the crime.

Keywords: *Sexual Intercourse with a Minor, Sexual Abuse, Intercourse, Incest, Sexual Maturity.*

I.GENEL OLARAK

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu TCK'nun 104. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir.

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

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

(3) (Ek: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde

koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna, 765 sayılı Kanunda benzer bir şekilde, ancak başka bir suç adı altında, ırza geçme suçunu düzenleyen 416. maddede yer verilmişti. Kanun'un 416. maddesinin 3. fıkrası hükmü; “*reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır bir cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” düzenlemesini içermektedir. On beş yaşından büyük, fakat reşit olmamış bir kız çocuğu ile rızaya dayalı cinsel ilişkide bu tür fiiller rızaen cinsel ilişki olarak değil, ırza geçmenin mefruz (varsayılan) cebirle işlendiği bir suç tipi olarak değerlendirilmektedir¹.

Ayrıca, 5237 sayılı Kanundan farklı olarak, 765 sayılı Kanun'un 423. maddesinde, bağımsız bir suç tipi olan, “*evlenmek vaadiyle kızlık bozma*” suçuna yer verilmişti. Yalnız on beş yaşından büyük, fakat reşit olmamış bir çocukla rızaya dayalı cinsel ilişkide mağdurun rızası geçerli olmadığından m.423 kapsamında değil, 416. maddesinin 3. fıkrası kapsamında “*ırza geçme*” olarak değerlendirilmektedir².

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (765 sayılı Kanun'dan farklı olarak) 5237 sayılı Kanunda bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır³. Kanun tasarısının ilk metninde olmayan bu düzenleme, Komisyon çalışmalarında eklenmek suretiyle Kanun metnine dâhil edilmiştir⁴.

¹ Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2017, s.371; Nihat Kanbur, “6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104)”, 2014, (Basım Yılı: 2015), C. 16, Özel Sayı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s.4140.

² YİBK 25.04.1956 tarih ve 1956/5 Esas ve 1956/2 Kararı.” ... *onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını ikmal etmeyen bir kızla cinsi münasebette bulunanların hareketleri 423 üncü maddede mevzu cezadan daha ağır bir müeyyide ile tecziye kılınmasına ve Kanun Vazının maksuduna göre böyle bir kimse ile mukarenet halinde fiilin 423 üncü maddede mezkur unsur ve şartların mevcudiyeti aranmaksızın 416 ncı maddenin son fıkrasında yazılı suçu teşkil edeceği anlaşılmaktadır. ... onbeş yaşını bitirip onsekiz yaşını ikmal etmemiş olan bir kızla rızaen cinsi mukarenette bulunanların fiil ve hareketlerinin Türk Ceza Kanunu'nun 423 üncü maddesinde gösterilen sair cürüm unsurlarının ve takibat şartlarının mevcut olup olmadığına bakılmaksızın 6123 sayılı kanunla mezkur kanunun 416 ncı maddesine ilave olunan üçüncü fıkrasına yazılı suçu teşkil ettiğine...karar verildi”*

³ TBMM, Dönem: 22.Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s.512; İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, 2006, s.805.

⁴ Özgenç, Gazi Şerhi, s.805-806.

Kanun'un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra 2. fıkradaki "fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat arttırılır" hükmü Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarihli ve 103/89 sayılı kararıyla Anayasa'nın 2 ve 10. Maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Müteakiben 18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile de cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda önemli sayılabilecek nitelikte bazı değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda 104. madde de, suçun temel şekli için öngörülen ceza arttırılmış, yeni eklenen fıkralarda nitelikli hallere yer verilmiştir.

Bu çalışmadaki amacımız 104. maddedeki tüm sorun alanlarını ortaya koymak olmayıp, suçun maddi unsuruna dâhil bulunan "fail" konusunu milletlerarası sözleşmeler ile karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeleri, öğretilerdeki görüşleri ve Yargıtay içtihatlarını göz önünde bulundurmamak suretiyle tartışmaktır. Ancak "fail" unsuruna yönelik hukuki nitelememizin çözümü çoğu zaman suçun diğer maddi unsurlarına ilişkin değerlendirme yapmamızı gerektirdiğinden, makalemizin kapsamı elverdiği ölçüde bu konulara da değinilmeye çalışılacaktır.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında belki de en tartışmalı konuyu oluşturan "reşit olmayanla cinsel ilişki" suçuna ilişkin öncelikle suçla korunan hukuki değer üzerinde durulması gerektiği düşünülmektedir. Zira, kanun koyucu tarafından bu suçun ne maksatla düzenlendiğini, hangi hukuki yararı korunduğunu tartışmadan failin kim olması gerektiğini yorumlayabilmenin çok mümkün olmadığından, öncelikle kanun koyucunun düzenlemedeki amacına ve karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlara yer verilmeye çalışılacaktır.

Daha sonra ise suçun maddi unsurlarından birini oluşturan faile ilişkin olarak "*failin cinsiyeti ve yaşı*" çerçevesinde, mağdur ve fiil kavramlarına yer verilecektir. Suçun failine ilişkin tartışmanın yapılması m. 104/1'de geçen fiil kapsamında "*cinsel ilişki*" kavramının da yorumlanmasını gerektirdiğinden, öğreti ve içtihatlarla bu konu da irdelenmeye çalışılacaktır.

A. Suçla Korunan Hukuki Değer

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu mülga 765 sayılı TCK'da "*Adabı Umumiye ve Nizamı Aleyhinde Cürümler*" babında düzenlenmiş iken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "*kişilere karşı suçlar*" kısmında ve "*cinsel*

dokunulmazlığa karşı suçlar” bölümünde düzenlenmiştir.

765 sayılı Kanunda bu suça ilişkin düzenlemeyle “*genel ahlak ve aile düzeninin*” korunması amaçlanmıştır. On beş-on sekiz yaş aralığındaki kişilerin cinsel ilişkiye girmeleri cinselliğin toplumun genel ahlaki değerleri ile bağlantılı görülmesinin bir sonucu olarak, genel ahlak ve aile düzenine aykırı görülmekteydi⁵. Bu görüş çerçevesinde cinsel dokunulmazlığa yönelik davranışlar, ne kişiye karşı davranışlar, ne de ahlaka karşı davranışlar olarak görülmekteydi. Kanun, bunları, bireysel niteliğinden çok toplumsal niteliğine bakarak, topluca, “*edep*“ denen toplumsal değerle ilgili görmüş ve “*Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar* “ başlığı altında kendine özgü bir suç kategorisi olarak düzenlemiştir⁶.

5237 sayılı Kanunda ise hukuki tasniften hareketle korunan hukuki yararın, “*çocuğun cinsel dokunulmazlığı*” ve “*gelişimi*” olduğu belirtilmektedir⁷.

ÖZGENÇ, cinsel suçlara ilişkin düzenlemeler yapılırken korunan hukuki değerın “*kişilerin cinsel dokunulmazlığı*” olarak belirlendiğini, cinsel özgürlük ibaresinin kullanılmadığını, bunun bilinçli bir tercih olduğunu belirtmektedir. Bu düzenleme ile kişilerin cinsel arzularını tatmin amacıyla başkalarının vücut bütünlüğünü ihlal edemeyecekleri, cinsel arzularını tatmin etmeye yönelik partnerlerini belirlerken, fiziki ve ruhi gelişmişlik düzeyi, cinsiyet, akrabalık ilişkisi ve medeni hal gibi bazı doğal ve hukuki sınırlama ölçütlerine riayet etmekle yükümlü kılındıkları, ancak her hukuka aykırı fiilin ceza sorumluluğu kapsamında değerlendirilemeyeceği vurgulanmaktadır⁸.

TCK’nın 104. maddesindeki düzenlemede on beş yaşını doldurmuş çocukların cinsel ilişkiye varmayan davranışları kapsam dışı bırakılmakta, rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmeleri ise şikâyete bağlı olarak müeyyide altına alınmaktadır. Kanun koyucu tarafından on beş yaşını tamamlamış çocukların temyiz kudretine sahip olsa bile henüz cinsel ilişkinin hukuki ve fiili sonuçlarını

⁵ Zeki Hafizoğulları, “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, 2005, Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı, , s.1

⁶ Hafizoğulları, s.1.

⁷ Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s.375.

⁸ İzzet Özgenç, “CİNSEL SUÇLAR, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, 2020, C.24, S.1, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.260.

algılayamayacakları kabul edilmiştir⁹. Aslında on beş yaşını tamamlamış olan çocuklar cinsel özelliklerinin farkındadırlar. Ancak kişiliklerinin henüz yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin anlam ve sonuçlarını yeterince kavrayacak bir sorumluluk duygusuna sahip olmamaları dolayısıyla, kanun koyucu tarafından rızaen bile olsa cinsel ilişkiye girmeleri arzu edilmemiş, suç olarak tanımlanmıştır¹⁰.

Düzenlemenin çocukları erken yaşta cinsel deneyimden korumaya yönelik olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamakla birlikte¹¹; bunun toplum ve aile disiplini çerçevesinde çözümlenebileceği haklı olarak ifade edilmektedir¹². Bu yaş grubundakilerin rızaya dayalı cinsel ilişkilerinin ceza hukukunun müdahale alanı dışında kalması gerektiği konusunda öğretide görüş birliği bulunmaktadır¹³.

B. Çocukların Cinsel İstismarını Önlemeye Yönelik Milletlerarası Sözleşmelerdeki Düzenlemeler

Reşit olmayanla cinsel ilişki fiiline ilişkin hukuki yararın anlaşılabilmesi ve suçun faili konusunda bir kanaate varabilmek bakımından, milletlerarası sözleşmeler ve karşılaştırmalı hukuktaki örneklere de bakmanın da faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

Türkiye'nin taraf olduğu pek çok milletlerarası sözleşmede, çocukların cinsel istismarına ve müstehcenliğin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak çocuk pornografisinin önlenmesine ve suç olarak tanımlanmasına yönelik hükümler bulunmaktadır¹⁴.

⁹ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2012, s. 243.

¹⁰ Özgenç, Cinsel Suçlar, s.264.

¹¹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018, s.371.

¹² Özgenç, Cinsel Suçlar, s.267.

¹³ Özgenç, Cinsel Suçlar, s.267; İzzet Özgenç, "Akran Çocuklar Arası Cinsel Birliktelik ve Ceza Hukuku Sorumluluğu Sorunu Türk Uygulamasından Örnekler", 2020, C.24, S.4, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.266; Handan Yokuş Sevik, "6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirmesi", 2015, C.3, S.2, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s.138; Taner, s. 367; Nurullah Kantarcı, Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s.94; S.Sinan Kocaoğlu, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2016, s. 405.

¹⁴ İzzet Özgenç, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi", 2020, C.24, S.2, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.253.

Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme¹⁵; taraf devletlerin çocukları her türlü cinsel sömürüye ve istismara karşı koruma güvencesi sağlaması gerektiği belirtilmektedir (m.34).

Aynı maddede taraf devletlerin özellikle; çocuğun yasa dışı bir cinsel faaliyete girişmek üzere kandırılması veya zorlanmasını, çocukların, fuhuş, ya da diğer yasa dışı cinsel faaliyette bulundurulması, çocukların pornografik nitelikli gösterilerde ve malzemede kullanılarak sömürülmesini önlemek amacıyla ulusal düzeyde ve ikili ile çok taraflı ilişkilerde gerekli her türlü önlemi almaları gerektiği ifade edilmektedir.

Türkiye'nin de taraf olduğu 25.10.2007 tarihli "Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi"¹⁶ ile de, taraf devletlerden her biri, çocukların cinsel sömürü ve istismarının her türünü engellemek ve çocukları korumak için gereken yasal ve diğer tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır (m.4)

Sözleşme'nin "cinsel istismar" başlıklı 18. Maddesi;

"1.Taraflardan her biri aşağıdaki kasti fiilin suç kapsamına girmesini sağlamak için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır:

a- Ulusal hukukun ilgili hükümlerine göre **yasal olarak cinsel erginlik yaşına gelmemiş olan bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak**;

b- Bir çocukla aşağıdaki yollarla cinsel faaliyette bulunulması halinde:

- Zor, güç veya tehdit kullanma veya

- Aile içi dâhil, çocuk üzerinde güven, yetki veya etki gerektiren mevki kullanarak istismar veya

- Özellikle bir zihinsel veya fiziksel özurlülüğü veya bağımlılığı sebebiyle, çocuğun özellikle savunmasız bir durumundan yararlanarak istismar.

2. Yukarıdaki 1. fıkra amacına uygun olarak, taraflardan her biri **bir çocukla cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu yaş alt sınırına karar verir.**

¹⁵ Sözleşme uyarınca erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılmaktadır (m.1).

¹⁶ *Lanzarote Convention*; Sözleşme metni için bkz. RG: 10 Eylül 2011/28050; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, cilt 3 (Milletlerarası Sözleşmeler), s. 85 vd.

<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/09/20110910-4-1.pdf> (erişim tarihi: 31.12.2020)

3. 1.a fıkrasının hükümleri, küçükler arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetleri düzenlemeye yönelik değildir.” düzenlemesini içermektedir.

Maddede dikkat edilecek olursa; bir çocukla cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu yaş alt sınırının belirlenmesi zorunluluğuna işaret edilmektedir (m.18/2). Ancak Sözleşme'nin aynı maddesinin 3. fıkrasında ise; küçükler (çocuklar) arasındaki karşılıklı rızaya bağlı cinsel faaliyetlerin¹⁷ bu kapsamda ele alınmaması gerektiğine de vurgu yapılmaktadır (m.18/3)¹⁸.

Sözleşme'nin bu hükümlerinin TCK'da çocukların cinsel istismarı, makale konumuzu oluşturan “reşit olmayanla cinsel ilişki” ve “cinsel taciz” suçunun çocuğa karşı işlenmesi hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınması gerekmektedir¹⁹.

Sözleşme'nin 28. maddesinde ise “ağırlaştırıcı durumlara” yer verilmiş, taraf devletlere Sözleşmedeki suçlara ilişkin yaptırımlara karar verilirken ağırlaştırıcı durum olarak değerlendirilmesini sağlamak için gerekli yasal ve diğer tedbirleri almaları yükümlülüğü yüklenmiştir.

Madde kapsamında;

- a. Suç mağdurun fiziksel ve akıl sağlığına ciddi olarak zarar vermişse;
- b. Suçun öncesinde veya beraberinde işkence veya ciddi şiddet eylemleri olduysa;
- c. Suç özel olarak savunmasız bir mağdura karşı işlenmişse;
- d. Suç ailenin bir üyesi tarafından, çocukla beraber yaşayan bir şahıs ya da yetkisini kötüye kullanan bir kişi tarafından işlenmişse;
- e. Suç beraber hareket eden birkaç kişi tarafından işlenmişse;
- f. Suç bir suç örgütü çerçevesinde işlenmişse;
- g. Fail daha önce aynı türden bir suçtan hüküm giymişse,

Ağırlatıcı durum olarak taraf devletlerce dikkate alınmak durumundadır.

¹⁷ *Consensual sexual activities between minors*

¹⁸ Türkçe resmi metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/09/20110910-4-1.pdf>; Sözleşmenin (*Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*) orijinal metni için bk. <https://rm.coe.int/1680084822> (erişim tarihi: 27.3.2020)

¹⁹ Özgenç, Cinsel Dokunulmazlık, s.257.

Bu çerçevede TCK uygulamasında cinsel suçların nitelikli hallerine ilişkin hükümlerin yorumlanmasında göz önünde bulundurulması gerekmektedir²⁰.

Dikkat edilecek olursa, Sözleşme'nin çocuğun yaşı ile ilgili olarak herhangi bir sınırlama getirmediği görülmektedir. Söz konusu fiiller, kural olarak, yaş sınırlaması getirilmeksizin bütün çocuklar bakımından yasaklanmıştır. Keza, suç olarak tanımlanması gereken söz konusu fiiller bakımından çocuğun rızasının bir önemi bulunmamaktadır²¹.

BM Çocuk Hakları Komitesi, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme kapsamında, küçük yaşlarda evliliğe müsaade eden düzenlemelere, rızaya dayalı cinsel ilişkiyi meşrulaştırdığı için tereddütlü bakmaktadır. Ayrıca çocukların cinsel istismarının, "*cinsel davranışın rızası dışı olmaması durumu*" ile sınırlı olarak yorumlanmaması gerektiği, belli bir yaşın altında çocuklarda çocuğun istekli olması ve hatta cinsel davranışı kendisinin başlatması durumunda dahi istismar kapsamında değerlendirilebileceği düşüncesindedir²².

BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede de, aynı Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi'nde olduğu gibi, cinsel ilişkiye rıza gösterilmesine ilişkin asgari bir yaş düzenlemesi öngörülmemektedir. Ancak Komite, Endonezya'da müsaade edilen on iki yaşı oldukça düşük olarak değerlendirmiş ve on dört yaşa ilişkin olarak da, büyüklere karşı istismara yönelik yeterli koruma sağlamayacağı düşüncesiyle endişeli baktığını belirtmiştir. Ayrıca Komite, on dört-on sekiz yaş arasındaki çocukların pornografi ve fahişeliğe karşı hukuken korunmadıkları takdirde istismara uğrayabileceklerine vurgu yapmaktadır. Bunun yanında; erkek-kız, homoseksüel-heteroseksüel şeklinde ayrımlar yapılarak, cinsiyetine göre farklı yaş tespitlerinin yapılmasının Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen "ayrımcılık yasağı" ile bağdaşmayacağı da belirtilmektedir²³.

Söz konusu Sözleşme'nin 34. maddesinin kaleme alınması sırasındaki tartışmalarda da, amacın çocukların cinsel yaşamlarını düzenlemekten ziyade cinsel yönden sömürülmeleri ile mücadele etmek olduğuna işaret edilmiştir.

²⁰ Özgenç, Cinsel Dokunulmazlık, s.259.

²¹ Özgenç, Cinsel Dokunulmazlık, s.259.

²² Rachel Hodgkin/Peter Newell, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, 3.Baskı, UNICEF, 2007, s.523, 524.

²³ Hodgkin/Newell, s.523, 524. https://www.unicef.org/publications/files/Implementation_Handbook_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child_Part_3_of_3.pdf (erişim tarihi: 29.3.2020).

Dolayısıyla Sözleşme ile güvence altına alınan çocuk hakları kapsamında amaç, “*çocukların cinsel istismarını önlemek*” olarak vurgulanmıştır²⁴.

Diğer taraftan Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen çocuğun görüşlerine saygı gösterilmesi hakkı²⁵ bağlamında; kendi görüşlerini serbestçe oluşturma yeteneğine ve olgunluğuna sahip olan çocukların cinsel ilişkiye rıza konusunda sınırlı bir özerliğe sahip olduklarını söylemek yanlış olmayacaktır²⁶.

C. Çocukların Cinsel İstismarını Önlemeye Yönelik Karşılaştırmalı Hukuktaki Düzenlemeler

Suçla korunan hukuki yararın daha iyi anlaşılabilmesi ve dolayısıyla normun yorumlanmasında katkısı sağlayabilmesi bakımından kanaatimizce karşılaştırmalı hukuka da yer vermek gerekmektedir.

Karşılaştırmalı hukuktaki örnekler incelendiğinde; “*reşit olmayanla cinsel ilişki*” suçuna benzer bir düzenlemeye yer verilmediğini görmekteyiz. Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerin çocukların istismarını önlemeye yönelik olduğu, istismar içermeyen rızaya dayalı cinsel ilişkinin cezalandırdığı bir suç tipine yer verilmediği görülmektedir.

Kanaatimizce yukarıda değindiğimiz BM Çocuk Hakları Komitesinin bakış açısı da dikkate alınmak suretiyle, “*belirli bir yaşın altında karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişki acaba istismarın bir türü olarak değerlendirilebilir mi?*” sorusunun tartışılmasında fayda bulunmaktadır. Bu bağlamda; “*reşit olmayanla cinsel ilişki*” suçuna ilişkin bu değerlendirmeyi yapabilmek için çocukların cinsel istismarına yönelik karşılaştırmalı hukuk örneklerine bakmanın yerinde olacağını düşünmekteyiz.

İsviçre Ceza Kanunu'nda; çocuklar bakımından suç teşkil etmeyen cinsel ilişki yaş sınırı on altı olarak kabul edilmiş, bu yaşın altında bir çocukla rızasına dayalı cinsel davranışlar ve dolayısıyla “cinsel ilişki” hürriyeti bağlayıcı ceza ile müeyyide altına alınmıştır. İlgili maddede suça konu fiil, cinsel davranışlar olarak belirtildiğinden, sadece cinsel ilişki değil, her türlü cinsel davranışın gerçekleştirilmesi durumunda cezalandırma öngörülmektedir. İlgili maddede ayrıca; fail ile mağdur arasındaki yaş farkının üçü geçmemesi halinde fiilin

²⁴ Hodgkin/Newell, s.523, 524.

²⁵ *Respect for the views of the child*

²⁶ Aynı yönde Recep Doğan, “Anlamlı Yanıt Üretilemeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, 2017, S. 2017/1, Ankara Barosu Dergisi, s.128.

cezalandırılmayacağına ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmiştir²⁷. Söz konusu hüküm; “*cinsel bütünlüğe karşı suçlar*” bölümü altında “*çocukların gelişmesini tehlikeye sokmak, çocuklarla cinsel davranışlar*”²⁸ başlığı altında düzenlenmiştir. Düzenlemenin yeri ve başlığı dikkate alındığında, İsviçre Ceza Kanunu’nda korunan hukuki değer “*çocukların sağlıklı gelişimi*” olduğu söylenebilecektir.

İsviçre Ceza Kanunu’nda ayrıca mağdurun yaşında hata konusu da düzenlenmiş, failin mağdurun yaşının on altıdan fazla olduğuna ilişkin hatalı tasavvurunun kaçınılabilir olması durumu yaptırma bağlanmıştır (m.187) İlgili maddenin 3.fıkrasında ise; takdire bağlı bir cezazırlık sebebi öngörülmektedir. Fail suç tarihinde yirmi yaşını doldurmamışsa ve özel koşulları varsa ya da fail ile mağdur evlenmiş ya da birlikte yaşamaya başlamışlarsa soruşturma ve kovuşturma mercileri cezalandırmadan sarfinazar edebilmektedirler.

Alman Ceza Kanunu’nda²⁹, on altı yaşını tamamlamamış kişilere karşı cinsel suçlar (m.182) “*cinsel tercihte bulunma hakkına karşı suçlar*”³⁰ bölüm başlığı altında düzenlenmiştir.

Alman öğretisinde bu suçlarda korunan hukuki yararın on altı yaşın altındaki gençlerin “*cinsel tercihte bulunma hakkı*”, bir başka deyişle “*cinsel özgürlükleri*” olduğu vurgulanmakta³¹, gençlerin cinsel kimliklerinin gelişimi ile fiziki ve sosyal olgunlaşmalarının korunmasının amaçlandığı vurgulanmaktadır. Ayrıca mağdurun istismar niteliğindeki cinsel davranışların olumsuz sonuçlarından korunması zorunluluğuna işaret edilmektedir³². Burada amacın belirli standart bir cinsel gelişim modeli değil, kişinin kendisinin belirlediği cinsel yaşama ilişkin gelişim hedeflerinin korunması olduğu ifade edilmektedir³³.

²⁷ *Schweizerisches Strafgesetzbuch par.187*. Kanun orijinal metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html> (erişim tarihi: 18.3.2020); Memiş Kartal, s.2085.

²⁸ *Gefährdung der Entwicklung von Minderjährigen/Sexuelle Handlungen mit Kindern*

²⁹ *Strafgesetzbuch-StGB*; Alman Ceza Kanunu’nun Türkçe tercümesi için bkz. Feridun Yenisey/ Gottfried Plagemann, *Strafgesetzbuch (StGB) Alman Ceza Kanunu*, 2. Bası, Beta Yayınları, 2015.

³⁰ *Sexuelle Selbstbestimmung*

³¹ Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch*, 56. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2009, StGB § 182 Kn.2, s.1265; BGH 42, 27, 29, 51, 55, NJW 97, 1590); Kristian Köhl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 26. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2007, s.793.

³² Fischer, s.1265; Köhl, s.793.

³³ Fischer, s.1265.

“Gençlerin cinsel istismarı”³⁴ başlığı altında düzenlenen StGB’nin 182/2. maddesi incelendiğinde ise; öncelikle “reşit olmayanla rızaya dayalı cinsel ilişki”yi düzenleyen bir hüküm bulunmadığını belirtmek gerekmektedir. Maddede failin yirmi yaşını tamamlamış, mağdurun ise on altı yaşın altında olması durumunda “istismar”³⁵ teşkil eden fiiller müeyyide altına alınmaktadır. Keza mağdurun zaruret durumundan faydalanmak ya da ivaz karşılığında cinsel davranışta bulunmak gibi istismar niteliğindeki fiiller de bu madde altında cezalandırılmaktadır.

Maddenin uygulamasında; mağdur kadın ya da erkek olabilmekle birlikte, yaşının on altının altında olması gerekmektedir. Fail bakımından ise yetişkin³⁶, yani yaşının en azından on sekiz yaşını tamamlamış olma koşulu bulunmaktadır³⁷ (StGB par.182/1). Kanunda on dört yaşından önce kişinin cinsel davranışını tayin ehliyetinden objektif olarak yoksun bulunduğu kabul edildiğinden, bu yaşın altındaki çocuklara yönelik cinsel davranışlar “çocukların cinsel istismarı” olarak nitelendirilmektedir (StGB par.176)³⁸.

On dört-on altı yaş aralığındaki çocuklara yönelik cinsel davranışlar bakımından ise gencin cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin³⁹ bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir. Ancak mağdurda bu ehliyetin bulunmaması durumunda failin davranışı “cinsel istismar” olarak kabul edilebilmektedir (StGB par.182/2-2).

StGB’de “mağdurun cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmaması” kavramı yanında “mağdurun kendisini savunamayacak halde bulunması”⁴⁰ (StGB par.179/1) “kavramına da yer verildiği görülmektedir. Kendisini savunamayacak durumda olması kavramından bedensel ya da ruhsal engellilik, maluliyet gibi fail bakımından cinsel davranışı kolaylaştıran durumların istismarı olarak anlaşılmaktadır⁴¹. Mağdurun cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yoksunluğu ise; tespiti daha karmaşık ve birçok

³⁴ *Sexueller Missbrauch von Jugendlichen*

³⁵ *Missbrauch*

³⁶ *Erwachsene*

³⁷ Kühl, s.794.

³⁸ Fischer, S.1270; Adolf Schröder/Horst Schönke, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2019, StGB § 176, Rn.2-4.

³⁹ *Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung*

⁴⁰ *Widerstandsunfähig*

⁴¹ Fischer, s.1236.

kriterin değerlendirilmesini gerektiren bir niteliktedir. Uygulamada, somut olay göz önüne alınarak, bilirkişi ya da uzman bir kişi tarafından, failin kişiliği ve fail ile mağdur arasındaki ilişkinin mahiyeti vb. dikkate alınmak suretiyle belirlenebilmektedir⁴².

Gençlerin cinsel istismarı suçunun bir şeklini düzenleyen StGB par.182/2'de ise; fail için yirmi bir yaşını tamamlamak, mağdur bakımından da ise on altı yaşını tamamlamamış bulunmak koşulu öngörülmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu tarafından burada fail ile mağdur arasında en az beş yaş gibi önemli bir yaş farklılığı olması zorunluluğu getirilmiştir. Öğretide yaş farklılığı nedeniyle failin mağdur üzerinde ciddi bir otorite eğilimi olabileceği ve dolayısıyla istismar tehlikesi doğurabileceği kabul edilmektedir⁴³. Ancak sadece yaş farklılığına dayalı olarak mağdur bakımından “cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmadığı” şeklinde bir tahminde bulunmanın doğru olmadığı, mağdurun kişilik özelliklerinin de dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır. Sözelimi; mağdurun henüz olgunlaşmamış olması, uçarılık ya da bilgisizliğe dayanan hareketlerinin bulunmasının da göz önünde alınması gerektiği ifade edilmektedir.

Alman öğretisine göre; “*cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin*” değerlendirilmesinde mağdur bakımından tam bir olgun kişilik özellikleri arandığı şeklinde anlaşılmalıdır ya da ahlaki değerler ile de karıştırılmamalıdır. Zira yetişkin insanların cinsel yaşam konusundaki kararları çoğu zaman sorumluluk duygusuna sahip bir yaşam tarzı ile çelişebilmektedir⁴⁴. Dolayısıyla; mağdur bakımından ahlaki değerleri yüksek, örnek bir rol modele dayalı değil, mağdura özgü kişilik özellikleri somut olay kapsamında dikkate alınmak suretiyle bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir.

“*Cinsel istismar*” Alman öğretisinde genel olarak; cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmemiş bir kişiden faydalanmak olarak nitelendirilmektedir⁴⁵. Bu nedenle “*faydalanmak*”⁴⁶ kavramının açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir. Sadece fail ve mağdur arasında beş yaş farkının bulunduğu hareketle bu sorunun çözümü mümkün görülmemektedir. Diskotekte tanışma ya da fail-mağdur arasında ilk ya da

⁴² BGH 42, 402; Fischer, s.1269.

⁴³ Kühl, s.795.

⁴⁴ Fischer, s.1269-1270.

⁴⁵ Schönke/Schröder, StGB § 182, Rn.14, 14a.

⁴⁶ *Ausnutzen*

ikinci kez kişisel temas kurulmuş olması gibi örneklerin de “faydalanma” olup olmadığı hakkında yeterli ipucu vermediği düşünülmektedir⁴⁷.

Mahkemenin kararı; uzman kişinin ya da bilirkişinin “*mağdurun cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneği var mı?*” şeklindeki normatif bir sorunu çözmesi ile mümkündür. Cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneği olmayan çocuğun cinsel ilişkiye ve diğer cinsel davranışlara gösterdiği rızanın geçersiz kabul edilebileceği düşünülmektedir⁴⁸. Uzman tarafından bu karmaşık sorunun çözümü ise; fail ve mağdurun kişilik özellikleri, aralarındaki ilişkinin mahiyeti, yaş farkları, cinsel davranışa rıza gösterilmesinin rasyonel, ahlaki ve duygusal anlamda bir yaşam tarzına uygunluğu gibi birçok faktörün bir arada değerlendirilmesi suretiyle mümkündür⁴⁹. Sadece olması gereken ahlaki değerlerden yola çıkarak mağdurun bu yeteneğinin olmadığı sonucuna varmak doğru bir çözüm olarak nitelendirilmemektedir.

Alman öğretisinde; somut olayda mağdurdan faydalanma olup olmadığının tespitinin nihayetinde içtihatlarla ve bilimsel öğretilere bırakıldığı ifade edilmektedir⁵⁰.

İtalya’da da reşit olmayanlar arasındaki cinsel ilişki suç olarak düzenlenmemiştir. Cinsel ilişkiye girme yaşı on dört olarak kabul edilmektedir. İki kişi arasındaki yaş farkının üç yaştan az olması ve ikisinin de on üç yaşından küçük olmaması şartıyla cinsel ilişki istismar olarak nitelendirilmemektedir⁵¹.

⁴⁷ Kühl, s.795-796.

⁴⁸ Alman Ceza Kanunu’nun 182/2. maddesinde yirmi bir yaşını tamamlamış bir fail, on altı yaşını tamamlamamış bir kişinin cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunmamasının, cinsel davranışlarla istismar edilmesi müeyyide altına alınmaktadır (StGB par. 182/2).

Söz konusu maddede mağdurun cinsel davranışa gösterdiği rıza, cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneği bulunmadığından ya da yeterince gelişmemiş olması halinde geçerli kabul edilmemektedir. Her şeyden önce, failin benimsediği “haksız” yaklaşıma bakılmaksızın, mağdur genç yaşa bağlı olgunlaşmamış olması nedeniyle buna karşılık gelen bir irade geliştiremiyorsa veya gerçekleştiremiyorsa, fail bunu bilinçli olarak fiiline katkı sağlayan bir faktör olarak kullanıyorsa bir istismar söz konusudur. Madde hükmü sadece geçerli olmayan rıza bulunması halini değil, rızanın olmaması durumunda da uygulanmaktadır (Schönke/Schröder, StGB § 182, Rn.14, 14a).

⁴⁹ Benzer açıklamalar için bkz. Fischer, s.1269.

⁵⁰ Kühl, s.796.

⁵¹ <http://www.protection-of-minors.eu/en/country/IT> (erişim tarihi: 18.3.2020)

İngiltere’de ise cinsel ilişkiye rıza yaşı 2003 tarihli *Cinsel Suçlar Kanunu*⁵² tarafından on altı, Kuzey İrlanda da ise on yedi olarak belirlenmiştir. Bu yaşı altındaki çocuklar arasında rızaya dayanan ve istismar içermeyen cinsel ilişki durumunda farklı bir soruşturma süreci uygulanmaktadır. Bu durumda Savcılık makamı çocuk suçluluğu uzmanları⁵³ ile beraber çalışmakta, fiilin soruşturulup soruşturulmayacağı konusunda somut olay kapsamında birçok ölçüt dikkate alınmaktadır. Özellikle; fail ve mağdurun birbirine yakın yaş grubu içinde olup olmadıkları, cinsel ilişkinin rızaya dayalı olup olmadığı, tarafların cinsel, duygusal ve eğitsel gelişimleri, cinsel ilişkinin ergenliğin gelişim evresine ile psikolojik ve sosyal gelişimlerine etkileri, cinsel ilişkinin duhul içerip içermediği gibi birçok ölçüt bir arada değerlendirilmek suretiyle karar verilmekte, savcılık makamınca uygun görülmesi halinde ailenin görüşleri de değerlendirmeye alınmaktadır⁵⁴.

Diğer ülke örneklerinden edindiğimiz kanaat; ülkemizde rızaya dayalı cinsel ilişki yaşının diğer ülkelere oranla yüksek olduğu hususudur. Ayrıca reşit olmayan mağdurla karşılıklı rızaya dayanan cinsel ilişkinin cezalandırılması şeklinde benzer bir düzenlemenin bulunmadığını söyleyebiliriz.

Dikkat çekici diğer husus ise; bazı ülke kanunlarında istismar olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından suçun unsuru olarak, fail ile mağdur arasında asgari bir yaş farkının öngörülmüş olmasıdır. Ayrıca Almanya ve İngiltere örneklerinde olduğu gibi bazı ülke kanunlarında; mağdurun istismar edildiği, bir başka deyişle mağdurdan faydalandığı konusunda bir tespit bulunabilmek için mağdurun cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneği yönünden bir uzman görüşüne başvurulduğu görülmektedir. Uzman kişinin başta fail ve mağdurun kişilik özellikleri olmak üzere somut olay kapsamında birçok faktörü değerlendirmek suretiyle bir kanaate vardığı ve hazırladığı bu görüşün soruşturma ve kovuşturma mercilerine yön verdiği anlaşılmaktadır.

D. Tipikliğin Maddi Unsurları

Türk ceza hukuku öğretisinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna 5237 sayılı Kanunda yer verilmesinin doğru olmadığı, burada ceza hukuku ile

⁵² *Sexual Offences Act*; Kanun metni için bkz. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/pdfs/ukpga_20030042_en.pdf (erişim tarihi: 18.3.2020)

⁵³ *Youth Offender Specialists*

⁵⁴ <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/child-sexual-abuse-guidelines-prosecuting-cases-child-sexual-abuse> (erişim tarihi: 18.3.2020); Doğan, s.145-146.

korunması gereken bir menfaat bulunmadığı şeklinde görüşler bulunmaktadır⁵⁵. Ayrıca bu yaşta cinsel ilişkinin psikolojik açıdan zararlı olması ya da toplumda tercih edilen bir şey olmamasının, suç olarak düzenleme yapılmasına haklı bir gerekçe oluşturmayacağı ifade edilmektedir⁵⁶.

Öğretideki suç olarak düzenlemesinin yerinde olup olmadığı şeklindeki bu tartışmaların aksine ilgili suçun müeyyidesinde 18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle artırım yoluna gidilmiştir. Öngörülen müeyyide “altı aydan iki yıla” kadar hapis cezası iken “iki yıldan beş yıla” kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmak suretiyle değiştirilmiştir.

Düzenlemenin diğer bir tartışma noktasını ise 765 sayılı Kanundan farklı olarak, 5237 sayılı Kanunda suçun şikâyete tabi kılınmış olması oluşturmaktadır. Madde bir taraftan mağdurun iradesini sakatlayan bir sebep olmamasını şart koşarak rızasını aramış, diğer taraftan da suçu şikâyete bağlı kılarak çelişki yaratmıştır⁵⁷. Rızaya dayalı cinsel ilişki sonrası mağdurun şikâyeti ile soruşturma başlayabilecek olması, faili öngörülemez ve mağdurun keyfiyetine dayalı bir ceza tehdidi ile karşı karşıya bıraktığı şeklinde görüşler bulunmaktadır⁵⁸. Hatta bu düzenlemenin mağdurun şikâyet etmeme karşılığında çıkar sağlamasına hukuki dayanak olabileceği gibi bir görüş de bulunmaktadır⁵⁹.

Şikâyet konusunda dile getirilen diğer bir sorun ise, şikâyet hakkının münhasıran mağdurda olup olmadığı konusudur. Mağdurun yanında kanuni temsilcilerin (veli ya da vasi) de şikâyet haklarının bulunduğu kabulü uygulamada iki süje arasındaki ihtilafın nasıl çözülmesi gerektiği konusunu da gündeme getirmektedir.

104. maddede failin yanında mağdurun da belirsiz oluşu ise öğretideki diğer bir tartışma konusudur. Örneğin evlenmek suretiyle ergin olan ve on

⁵⁵ Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R.Murat Önok, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2018, s.447; Kantarcı, s.93; Taner, s.367.

⁵⁶ Taner, s.367.

⁵⁷ Mustafa Arslantürk, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s.536; Hale Akdağ, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, 2017, C.5, S.9, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.180.

⁵⁸ Enver AKSAKAL, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, 2014, 2014/2, İstanbul Barosu Dergisi, s.271.

⁵⁹ Atacan Köksal, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, 2015, Prof. Dr. Nevzat Toroslu ’ya Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, s.719.

sekiz yaşını doldurmamış kişilerin suçun mağduru olup olamayacakları konusunda kanunda bir açıklık bulunmamakla birlikte; bu sorunun da milletlerarası sözleşme ve Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde bir çözüme kavuşturulabileceği düşüncesindeyiz.

Rızaen cinsel ilişkide bulunan her iki tarafında on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklar olmaları durumunda, fail ve mağdurun kim olacağı konusu uygulama nedeniyle tartışmalı bir şekilde kavuşmuştur.

Hukuk uygulamamızda bu yaş aralığındaki akran çocuklar arasındaki cinsel ilişkinin m.104. kapsamında suç olarak kabul edildiği, fail ve mağdurun cinsiyetlerine göre hukuki sorunun çözümlendiğini görmekteyiz⁶⁰. Öğretide bu kriterin yanında cinsel ilişkiye ikna etme, razı etme ya da yönlendirme gibi kriterlerin de kullanılabilirliği ifade edilmektedir⁶¹. Ancak uygulamada bu kriterlerin referans alındığına ilişkin bir içtihadı rastlanmamıştır.

Ağırlıklı olarak uygulama temelli olduğunu değerlendirdiğimiz⁶² bu sorulara aşağıda belli bir sistematik içinde konuya ilişkin Yargıtay kararlarına da yer vermek suretiyle cevap vermeye çalışacağız.

aa. Fail

TCK'daki 104. maddesinin temel şekli; “*cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” hükmünü haizdir.

Öğretide, bu suçun failinin çocuk olmaması gerektiği, aksi düşünüldüğü takdirde kimin mağdur, kimin fail olduğunun tespitinin mümkün olmaması

⁶⁰ Hukuk uygulamamızda, on beş yaşını tamamlamış akran çocuklar arasında rızaen gerçekleştirilen cinsel ilişkilerin “suç” oluşturduğu, suçun failinin erkek çocuk olduğu, kızın ise, bazı olaylarda yaş olarak erkekten büyük olmasına rağmen, “mağdur” olarak kabul edildiği yönünde kararlar verilmektedir (Özgenç, Akran Çocuklar, s.266); Y.14. C.D., 6.7.2020, E. 2019/429, K. 2020/3120; Y.14. C.D., 25.6.2020, E. 2018/9851, K. 2020/2675; Y.14.C.D., 29.6.2020, E. 2018/8581, K. 2020/2772. Söz konusu kararlarda cinsel birleşmede bulunan çocuklardan kızın yaşı erkeğin yaşından büyük olmasına rağmen, suçu işleyen yine de erkek kabul edilmiş, kız ise “mağdur” olarak değerlendirilmiştir. Kararların ayrıntılı tahlil ve eleştirisi için bkz. Özgenç, Akran Çocuklar, s.268-271.

⁶¹ İsmail Malkoç, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 1. Baskı, Malkoç Kitabevi, 2009, s. 275; Akdağ, s.175.

⁶² Özgenç, Akran Çocuklar, s.266. ÖZGENÇ, söz konusu makalesinde akran çocuklar arasındaki cinsel birlikteliklere ilişkin hukuk uygulamamızdaki tutarsızlıklara değinmiştir.

nedeniyle 104. maddedeki düzenlemenin “*belirlilik*” ilkesine aykırı olduğu ifade edilmektedir⁶³.

TCK’nın 104. maddesi çerçevesinde; on beş yaşını tamamlamamış olan çocuklara, bir başkasıyla cinsel ilişkide bulunmak yönünde cinsel bütünlükleri üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi tanınmamıştır. Dolayısıyla on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun rıza açıklaması, reşit kılınmadığı sürece, kendisiyle cinsel ilişkide bulunan bir başkasının fiilini hukuka uygun hale getirmemektedir⁶⁴.

Türk Ceza Kanunu’ndaki 104. maddesine ilişkin uygulamada; failin reşit olmaması durumunda hükmün uygulanıp uygulanamayacağı ve hatta kimin fail, kimin mağdur olduğu gibi temel konular tartışma konusu olmaktadır. Bu başlık altında faile ilişkin sorun alanları incelenmeye çalışılmıştır.

104. madde; cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin, şikâyet üzerine cezalandırılmasını müeyyide altına almaktadır. Madde metninde failin yaşına ya da cinsiyetine ilişkin bir ibare bulunmamaktadır. Failin cinsiyetine ilişkin yer verilecek bir ibarenin “*ayrımcılık yasağı*” ile çelişeceği de izahtan varestedir.

Karşılaştırmalı hukukta, yukarıda bazı ülke örneklerinde bahsettiğimiz üzere; reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna yer verilmemiş olmakla birlikte, çocuğun cinsel istismarı suçu bakımından failin yaşının belli bir yaşın üstünde olmasına ilişkin düzenlemelere rastlamaktayız.

Almanya örneğini tekrar ele alacak olursak (reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte); istismarın nitelikli halinde on altı yaşını doldurmamış bir mağdura karşı ancak on sekiz yaşını tamamlamış (StGB par.182/1), haksızlık içeriği daha az olan cinsel istismarın temel şekline ilişkin fiillerde ise yirmi bir yaşını tamamlamış bir kişi cinsel istismar suçunun faili olabilmektedir (StGB par.182/2).

Türk ceza hukuku öğretisi ve uygulamasında; failin yaşı ve özellikle on beş-on sekiz yaş aralığındaki failerin ceza sorumluluklarının söz konusu olup olmadığı konusu çalışmamızın temel noktasını oluşturmaktadır. Failin kanuni yolla ergenliğini elde etmiş olması durumunda ceza sorumluluğunun nasıl değerlendirileceği ise yine ayrı bir sorundur.

⁶³ Özgenç, Cinsel Suçlar, s.267; Kantarcı, s.88-89; Yokuş Sevük, 6545 sayılı Kanun, s. 138.

⁶⁴ Özgenç, Cinsel Suçlar, s.264.

Diğer bir tartışma konusu ise failin cinsiyetine ilişkindir. Failin cinsiyeti madde metninde belirtilen “*cinsel ilişki*” kelimesine verilen anlamla da doğrudan ilişkilidir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halleri incelendiğinde; faile ilişkin bazı özellikler arandığı görülmektedir. 2014 yılında yapılan değişiklik ile, 6545 sayılı Kanun’un 60. maddesinde iki ayrı özgü faillik düzenlemesi getirilmiş olduğunu görmekteyiz. Bu düzenleme uyarınca, söz konusu suçun mağdurlar aralarında evlenme yasağı bulunan kişilerce işlenmesi maddenin 2.fıkrasında, koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi de 3. fıkrasında şikâyete tabi olmaksızın nitelikli haller olarak düzenlenmiştir.

aaa. Failin Cinsiyeti ve Cinsel İlişki Kavramı

TCK 104. maddenin başlık ve metni bize failin cinsiyeti hakkında bir fikir vermemektedir. Öğretide; madde metninin hukuk biliminin gereklerine uygun olarak yapılan yorumuna göre, fail ya da mağdurun cinsiyetinin önemli olmadığı belirtilmektedir⁶⁵.

Öncelikle belirtmek gerekirse, kanun koyucu tarafından suçun maddi unsuru olarak “*cinsel davranış*” değil, “*cinsel ilişki*” terimi tercih edilmiştir. Kanunda “*cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar*” bölümünde cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında “*cinsel davranış*” yeterli görülürken, 104. maddede “*cinsel ilişki*”nin gerçekleşmesinin aranması öğretide eleştiri konusu olmuştur.

Gerçekten yukarıda karşılaştırmalı hukuk örneklerinde de belirttiğimiz üzere; çocukların cinsel istismarında her türlü “*cinsel davranış*” suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır. Keza Alman Ceza Kanunu’nda “gençlerin cinsel istismarı” başlıklı 182. maddesinde sadece cinsel ilişki değil, “*cinsel davranışlar*”⁶⁶ kavramı kullanılmak suretiyle suça konu fiilin kapsamı geniş tutulmuştur.

Suçla benzer hukuki yararların korunduğu göz önüne alındığında, cinsel ilişki ile diğer cinsel davranışlar arasında ayrıma gidilmiş olması, kanun koyucu tarafından çocuğun gelişimine etkileri yönünden aralarında bir derecelendirme yapılmış olduğu düşüncesini doğurmaktadır.

⁶⁵ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Cilt 1 (Kanunlar), 11. Baskı Seçkin Yayınevi, 2014, s. 291.

⁶⁶ *Sexuelle Handlungen*

104. maddedeki mevcut düzenlemeden çıkarabileceğimiz sonuç, on beş-on sekiz yaş aralığında bulunan çocuklar arasında rızaya dayanan ya da kanundaki lafzı ile ifade edecek olursak cebir, tehdit ve hile içermeyen ve cinsel ilişki aşamasına varmayan cinsel davranışları kanun koyucunun ceza hukuku alanının dışında tuttuğudur. Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar ve cinsel ilişki ise TCK m.103/1-b maddesi uyarınca çocuğun cinsel istismarı olarak müeyyide altına alınmıştır.

104. madde esas itibariyle, failin cinsiyeti ve yaşına işaret etmeksizin on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cebir, tehdit ya da, hile içermeyen, karşılıklı rızaya dayanan cinsel ilişkiyi müeyyide altına almaktadır. Ayrıca maddede suçun takibi mağdurun şikâyetine tabi kılınmıştır. Dolayısıyla failin cinsiyeti konusundaki tartışmalar “*cinsel ilişki*” kavramına verilecek anlam ile doğrudan bağlantılıdır.

Cinsel ilişki kavramı, 765 sayılı Kanun döneminde Yargıtay Kararlarında; “*aktif failin tenasül organını kadının vücuduna normal (vajinal) ya da anormal (anal) yoldan, erkeğin vücuduna ise anormal (anal) yoldan sokması*” olarak tanımlanmıştır⁶⁷. Oral yoldan gerçekleşen duhul cinsel ilişki sayılmayarak ırza tasaddi kapsamında değerlendirilmekteydi. Eşin rızası hilafına anal ilişkide bulunulması ise, 478. madde kapsamında “*kötü muamele*” olarak değerlendiriliyordu⁶⁸. Ayrıca, 765 sayılı Kanun’a ilişkin içtihatlarda, cinsel

⁶⁷ YCGK, 19.2.2002, E. 2002/5-44, K. 2002/175 “*Irza geçme suçu aktif failin cinsel organını diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde kısmen veya tamamen ithal etmesiyle oluşur. Şehevi duyguların cinsel birleşme dışında tatminine yönelik, sarkıntılık boyutunu aşan ve devamlılık gösteren davranışlar ırza tasaddi, belli bir kimseye karşı işlenen ve o kişinin edep ve ifetine dokunan ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren edepsizce davranışlar ise sarkıntılık suçunu oluşturur.*”

YCGK, 4.6.1990, E.1990/5-101, K.1990/156 “*Irza geçme...Aktif failin cinsel organını, diğerinin vücuduna normal veya anormal bir şekilde menisini boşaltacak şekilde kısmen ya da tamamen ithal etmesi, sokmasıdır.*”

⁶⁸ Y.4.CD, 19.12.1990, E.1990/5557, K.1990/7044; Söz konusu kararda ilk derece mahkemesi sanığın eşi olan mağdureyi tehdit etmek (manevi cebir) suretiyle anal ilişkide bulunulması şeklinde gerçekleşen fiili nedeniyle “*aile bireylerine kötü muamele suçundan (m.478)*” hüküm kurmuş, Yargıtay Ceza Dairesince söz konusu karar yerleşik yargı kararlarına uygun bulunarak onanmıştır.

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

organa erkek cinsel organından başka bir cismin ithal edilmesi de bu suç kapsamında görülmemekte idi. 765 sayılı Kanunu uygulamasında fail yönünden en dikkat çekici husus ise, failin ancak erkek olabileceğinin kabulü idi.

5237 sayılı Kanunda ise 765 sayılı Kanundan farklı olarak, fail erkek ya da kadın olabilmektedir⁶⁹. Öğretide, 5237 sayılı Kanun'un 104. maddesindeki cinsel ilişki kavramını "*erkek cinsel organının vajina ya da anüse sokulması veya sokturulması*" olarak tanımlayan görüşler bulunmaktadır⁷⁰. Bu görüşe göre oral yoldan yapılan birleşmeler bu suç bakımından fiil olarak nitelendirilmemektedir⁷¹. Diğer bir görüş ise cinsel organın oral yoldan duhulünü de cinsel birleşme kavramı içinde değerlendirmekte; "*iki karşı ya da aynı cinsin üreme organlarının duhul niteliğinde birbirleriyle birleşmesi ya da anal ya da oral yoldan cinsel organın duhulü*" olarak nitelendirilmektedir⁷². Bu durumda bir erkeğin bir kadınla vajinal, anal ya da oral yönden, bir erkeğin başka bir erkekle anal ya da oral yoldan yaşayacağı birleşme cinsel ilişki olarak nitelendirilmektedir⁷³. Görüldüğü üzere öğretideki temel farklılık oral yoldan birleşmelerin cinsel ilişki olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusundadır.

Yargıtay içtihatlarında ise; oral yoldan birleşme, kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı gerekçesiyle cinsel ilişki olarak nitelendirilmemektedir⁷⁴. Bu yerleşik içtihadın bir sonucu da iki kadın arasında

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 7.7.1994 tarihli kararında da; eşe yönelik yerleşik yargısal görüşler doğrultusunda, eşi olan mağdureyi tehdit etmek (manevi cebir) suretiyle anal ilişkide bulunulması şeklinde gerçekleşen eylemi "sevecenlikle bağdaşmayan suç" olarak nitelendiren ve TCK'nın 478. maddesi çerçevesinde hüküm kuran ilk derece mahkemesi kararını onamıştır (Y.4.CD, 7.7.1994, E.1994/2788, K.1994/6217).

⁶⁹ Pınar Memiş Kartal, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m.104)", 2016, S.65/4, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.2087.

⁷⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s.445; Memiş Kartal, s.2089; Köksal, s.707.

⁷¹ Köksal, s.707.

⁷² Özbek/Doğan/Bacaksız, s.381.

⁷³ Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014, s.3417; Özbek/Doğan/Bacaksız, s.381.

⁷⁴ Y.14.CD, 16.1.2013, E.2011/7214, K.2013/240. "*Oluşa uygun kabule göre; sanığın, rızasıyla mağdurun ağzına cinsel organ sokmak şeklinde gerçekleşen eyleminin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı ve TCK'nın 104. maddesinde öngörülen suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı halde suç vasfında yanılığa düşülerek sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi...*"

gerçekleşen fiillerin cinsel ilişki olarak nitelendirilmemesidir⁷⁵. İki kadın arasındaki birleşmenin cinsel ilişki olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde ayrık görüşler de bulunmaktadır⁷⁶. Kanunda düzenlenen tipik fiilin, “cinsel davranış” değil, “cinsel ilişki” olarak belirlendiği dikkate alındığında, yerleşik içtihat ve görüşler ile çelişecek şekilde, böyle bir yoruma ulaşılamayacağı düşüncesindeyiz.

5237 sayılı Türk Ceza Kanun 765 sayılı Kanun ile karşılaştırıldığında diğer bir farklılık ise; cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında sair cisim sokulmasının da nitelikli hal olarak kanun metnine dahil edilmiş olmasıdır. Ancak “*sair cisim sokulması*”, cinsel ilişki kavramı kapsamında değerlendirilmediğinden, m.104 bakımından tipik fiil olarak görülmemekte, suç olarak nitelendirilmemektedir.

Cinsel ilişki dışındaki her türlü cinsel davranış ve bu hatta vücuda sair cisim sokulmasına gösterilen rıza geçerli sayılıp, söz konusu fiiller suç olarak değerlendirilmezken, cinsel ilişkinin suç olarak düzenlenmiş olması öğretide eleştirilmiştir⁷⁷.

KOCA/ÜZÜLMEZ de; m. 104’de bu suçta sair cisim sokulması fiiline yer verilmemiş olmasını haklı olarak eleştirmektedirler. Söz konusu maddenin “...onbeş yaşını bitirmiş bir çocuğun vücuduna organ veya sair cisim sokan kişi,cezalandırılır” şeklinde yeniden formüle edilmesi gerektiğini, böyle bir düzenlemenin çocukların tam bir olgunluğa erişmeden, her türlü cinsel deneyimden uzak tutulmasını sağlayacağı belirtilmektedir⁷⁸.

Failin yaşı sorunu aşağıda incelenecek olmakla birlikte, yaş konusundan bağımsız olarak ve on sekiz yaşın altındakilerin de suçun faili olabileceği kabul edildiği takdirde, on beş yaşından büyük, yani akran olan erkek ve kız çocuğunun cinsel ilişkiye girmeleri durumunda failin cinsiyet itibariyle kim olacağı konusu ayrı bir tartışma konusudur.

Yargıtay kararlarında suçun failinin erkek olduğu kabul edilmektedir. İki tarafın da çocuk olduğu ve cinsel ilişki teklifinde ilk bulunanın kız çocuğu olduğu olayda (teklif edenin kim olduğunun bir önemi bulunmamaktadır)

⁷⁵ Taner, s.368: Köksal, s.691.

⁷⁶ Doğan, s.134; Farklı gerekçeyle eleştiri için bk. Memiş Kartal, s.2087.; Kanbur, s.4146.

⁷⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s.446.

⁷⁸ Koca/Üzülmez, s.374; Tezcan/Erdem/Önok, s. 446; Handan Yokuş Sevik, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019, s.176;

erkek çocuk fail olarak kabul edilmiştir⁷⁹. Diğer bir olayda ise kız çocuğu erkek çocuğundan büyük olmasına rağmen, kızın şikâyeti üzerine erkek çocuk hakkında zincirleme reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan verilen mahkûmiyet hükmü Yargıtay tarafından hukuka uygun bulunmuştur⁸⁰.

Kanaatimizce, failin erkek olması gerektiği yönündeki görüş, 5237 sayılı Kanunun cinsel suçlara ilişkin düzenlemeleri ile uyumlu değildir⁸¹. 5237 sayılı Kanun'da, 765 sayılı Kanundan farklı olarak kadın da suçun faili olabilmektedir. Örneğin; yetişkin kadın, çocuğun penisini kendisine sokturması durumunda bu suçun faili olabilmektedir⁸². Ancak iki kadın arasındaki cinsel münasebet, cinsel ilişki olarak nitelendirilmediğinden 104. madde kapsamında değerlendirilmediğini belirtmiştik.

Diğer taraftan Yargıtay'ın diğer bir yerleşik içtihadında görüldüğü üzere, iki erkek çocuğunun karşılıklı rızaya dayanan cinsel ilişkisinde de aktif-pasif ayırımından hareket edilerek fail-mağdur tespiti yapılması da⁸³ suçla korunmak istenen hukuki yararlar örtüşmemektedir.

Öğretide erkek- kız ayrımı yapılmaksızın diğer tarafı cinsel ilişkiye ikna eden tarafın fail sayılması gerektiği yönünde görüşler bulunmakta ise de⁸⁴, yine suçun koruduğu hukuki yarardan hareketle, istismar içermeyen ve karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişkide, suç tipi ile ilgisi olmayan kimin kimi ikna ettiği konusunun önemli olmadığı düşüncesindeyiz.

Cinsel ilişki kavramına öğretide "*cinsel haz*" kavramından hareketle farklı bir yorum da getirildiğini görmekteyiz. Bu görüş çerçevesinde; erkek ile kadın arasında gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, vücutların

⁷⁹ Y.14.CD., 17.2.2014, E. 2012/8899, K. 2014/1766. "Nüfus kayıt örneğine göre, 15 yaş 7 aylık mağdurenin teklifi üzerine cinsel ilişkiye giren 15 yıl 2 aylık sanık hakkında TCK. nın 104/1. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken, hakkaniyet ve orantılılık ilkelerine uygun düşecek ve TCK.nın 3/1. maddesine aykırı olmayacak şekilde bir ceza verilmesi gerekirken, suçun işleniş şekli, olayın mağdure ve ailesi üzerinde yarattığı etkiden söz edilerek dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle üst haddeden ceza tayini, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, belirtilen nedenle 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nın 321. maddesi uyarınca hükmün BOZULMASINA"

⁸⁰ Y. 14. C.D., 29.6.2020, E. 2018/8581, K. 2020/2772.

⁸¹ Koca/Üzülmez, s.372.

⁸² Kocaoğlu, s.403.

⁸³ Y.14.CD, 24.1.2013, E.2012/13961, K.2013/467.

⁸⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 67.

herhangi bir şekilde “*cinsel haz*” amacıyla bir araya gelmesini sağlayan her türlü yakın temasın “*cinsel ilişki*” olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁵. “*Cinsel ilişki*” kavramının yerleşik tanımından uzaklaşarak genişletici bir yoruma tabi tutulması ve bu suretle suçun kapsamının belirsiz bir şekilde genişletilmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı düşüncesindeyiz. Zira bu sefer de “*cinsel haz*” gibi başka bir bilinmeyen kavramının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Tartışmalar kanaatimizce kanun koyucunun madde ile korumak istediği hukuksal değeri açıklığa kavuşturmamış olmasından kaynaklanmaktadır⁸⁶. Kanun koyucunun çocukları henüz yeterli olgunluğa erişmeden deneyimleyecekleri cinsel ilişkilerde yaşanabilecek istismara karşı korumak istediğini düşünmenin doğru bir yaklaşım olduğu kanaatindeyiz.⁸⁷

Kanaatimizce; karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, konuya yaklaşımın “*cinsiyet*” ya da “*cinsel ilişki*” kavramlarından değil, somut olayda gerçekleşen cinsel ilişkide taraflardan birinin istismar edilip edilmediği noktasından yapılması gerekmektedir. Ancak m.104 deki düzenlemede tipik fiilin “*cinsel ilişki*” olarak belirlenmiş olması “*cinsel istismar*” bakımından değerlendirme yapmamızı mümkün kılmamaktadır. Ayrıca böyle bir yoruma ulaşabilmek için, cebir, tehdit veya hile içermediği halde “*istismar*” olarak değerlendirilebilecek olan cinsel davranışın ölçütlerinin ortaya konulması gerekmektedir.

Öğretide; 104. maddenin 103. madde ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği, zira 104. maddenin de çocukların cinsel istismarını önlemeyi amaçladığı ifade edilmektedir⁸⁸. Bu görüş çerçevesinde 103. Maddede suç olan bir fiilin 104. Maddede sadece rızanın varlığına bağlı olarak suç olmaktan çıkarılmasının doğru olmadığı da belirtilmektedir⁸⁹.

Bu görüş kabul edildiği takdirde cinsiyet ve yaş ayrımı yapılmaksızın, istismar içeren tüm cinsel davranışların suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Böyle bir düzenleme yapılması durumunda, mevcut düzenleme ile söz konusu suç kapsamında değerlendiremediğimiz, yetişkin bir kadının bir kız çocuğunu

⁸⁵ Doğan, s.134.

⁸⁶ Aynı yönde Doğan, s.134.

⁸⁷ Doğan, s.134.

⁸⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.377.

⁸⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s.377.

istismar etmesi gibi durumlar da madde kapsamında yorumlanabilecektir. Bu şekilde yapılacak bir düzenlemenin çocukların cinsel istismara karşı korunmasına yönelik sağlayacağı teminat nedeniyle, milletlerarası sözleşmeler ile korunması gereken hukuki yararlar daha uyumlu olacağı düşünülmekle birlikte; 104. madde metni böyle bir genişletici yoruma müsaade etmemektedir. Diğer taraftan kanun koyucunun bu madde düzenlemesiyle çocukların cinsel istismarını önlemeyi amaçladığı düşüncesi de azınlıkta kalan bir görüştür.

Reşit olmayanla cinsel ilişkinin çocukları erken cinsel ilişkiden korumayı amaçladığı görüşü, suçta istismar çerçevesinde yorumlamamızın önüne geçmektedir. Ayrıca cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip on beş yaşın üzerindeki bir kişinin rızaya dayalı olarak cinsel ilişkiye girmesi durumunda, hangi koşullarda istismar olduğunu ortaya koyabilmek ve buna ilişkin ölçütler belirleyebilmek “kanunilik” ve “belirlilik” ilkeleri çerçevesinde pek mümkün görülmektedir.

bbb. Failin Yaşı

M.104'deki mevcut düzenlemede failin yaşına ilişkin bir ibare bulunmamaktadır. Madde başlığı dikkate alındığında, suçun mağdurunun reşit olmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Madde başlığı tek başına failin yaşına ilişkin bir değerlendirme yapma imkânı vermemektedir.

Yukarıda da vurguladığımız üzere; 104. maddenin milletlerarası sözleşme hükümlerine uygun olarak yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu kapsamda yapılacak bir yorumla, suçla korunması gereken hukuki yarar çocuğun cinsel istismarını önlemek şeklinde kabul edildiği takdirde, failin ancak on sekiz yaşını doldurmuş kişi olabileceği düşünülebilir⁹⁰. Aksi düşüncenin kimin fail, kimin mağdur olduğu konusunda tereddüt doğurduğu öğretide haklı olarak ifade edilmektedir.

Öğretide, cinsel ilişkinin tarafı olan çocukların on beş-on sekiz yaş aralığında olması durumunda, her iki çocuğun da hem fail, hem de mağdur olabileceği görüşünü savunanlar bulunmaktadır. Bu görüş çerçevesinde her iki taraf da karşılıklı kasten yaralama suçunda olduğu gibi kendi fiilinden sorumlu olacaktır⁹¹.

Diğer bir görüş ise; korunan hukuki yarar konusuna işaret ederek benzer bir sonuca ulaşmaktadır. Bu görüş kapsamında, suçla korunan hukuki yarar

⁹⁰ Aynı yönde bkz. Köksal, s.695.

⁹¹ Soyaslan, s.247.

çerçevesinde çocuğun sadece reşit olan faile karşı değil, birbirlerine karşı da korunmasının gerektiği, 103. madde bakımından suç teşkil eden eylemin 104.madde bakımından suç olmaktan çıkarılmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir. Dolayısıyla on beş-on sekiz yaş aralığında iki çocuk arasındaki cinsel ilişkide, her iki kişi için de 104.maddenin uygulanması dışında bir seçenek bulunmadığı ifade edilmektedir⁹².

Kanun koyucunun suçu takibi şikâyete tabi kılmak suretiyle, pratikte rızaya dayalı cinsel ilişkide böyle bir şikâyet olamayacağı düşüncesinden hareketle, aslında takibini imkânsız kıldığı, bir nevi fiilin suç sayılmadığı da öğretilerde ifade edilmektedir. Bu görüş çerçevesinde on beş yaşını bitirmiş çocukların, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, yani isteyerek cinsel ilişkiye girmeleri, karşılıklı birbirlerini şikâyet etmedikleri sürece, hukuk düzenimizde artık ceza hukukunun dışında bırakılmıştır⁹³.

Rızaya dayanan bir fiilin şikâyete tabi kılınarak suç olarak düzenlenmiş olması tutarlı görülmemekle birlikte, suça ilişkin muhakeme şartı olan şikâyete tabi olmasından hareket edilerek suç teorisine ilişkin bir sonuca ulaşılmamasının mümkün olmadığını değerlendirdiğimizden bu görüşe katılmıyoruz. Zira bu yaklaşım failin çocuk olmayacağını değil, suçun failinin çocuk olması durumunda soruşturma ya da kovuşturmanın fiilen imkânsız olacağını savunmaktadır⁹⁴. Kaldı ki kanunun lafzı karşısında fail ile mağdurun nasıl tespit edileceği ayrı bir sorun olmakla birlikte, her iki çocuğun diğerinden şikâyetçi olması ihtimal dâhilindedir.

Öğretilerde son ve ağırlıklı olan görüş ise; on beş-on sekiz yaş aralığındaki iki çocuk arasında karşılıklı rıza çerçevesinde gerçekleştirdikleri cinsel ilişkinin 104. maddenin kapsamına girmediğidir⁹⁵.

Yargıtay Kararlarında 104. maddeye ilişkin içtihatlar incelendiğinde ise; on beş-on sekiz yaş aralığındaki çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel ilişkinin kız-erkek çocuklar arasında gerçekleşmesi durumunda erkek çocuk fail olarak kabul edilmektedir. İki erkek çocuk arasındaki cinsel ilişkide ise fiili livatanın aktif tarafı fail, pasif tarafı ise mağdur olarak kabul edilmektedir⁹⁶.

⁹² Özbek/Doğan/Bacaksız, s.377-378.

⁹³ Hafizoğulları, s.7-8.

⁹⁴ Akdağ, 174.

⁹⁵ Özgenç, Cinsel Suçlar, s.267; Koca/Üzülmez, s.372; Tezcan/Erdem/Önok, s.441; Yokuş Sevik, 6545 sayılı Kanun, s.138; Taner, s. 367; Kantarcı, s.94; Kocaoğlu, s.405.

⁹⁶ Y.14.CD, 24.1.2013, E.2012/13961, K.2013/467.

Yargıtay'ın yaklaşımı, 765 sayılı Kanun dönemindeki suç sistematığıne uygun olarak çocuklardan erkek ve de aktif olanın fail olarak kabul edilmesi şeklindedir⁹⁷. Ancak failin daima erkek olmasını öngören çözüm tarzının yukarıda da değindiğimiz üzere, 5237 sayılı Kanunla uyumlu olmayacağı düşüncesindeyiz. Öncelikle içtihatlarda bu kabulün nedenine ilişkin bir gerekçeye rastlamamaktayız. Diğer taraftan sadece pasif durumda olan çocuğun zarara uğrayacağı düşüncesinin de bilimsel bir temeli bulunmadığından kabulü mümkün değildir⁹⁸.

Karşılaştırmalı hukuk örneklerinde belirttiğimiz üzere; bazı ülke düzenlemelerinde fail ile mağdur arasında asgari bir yaş farkı öngörölmüş olması da henüz cinsel olgunluğa erişmemiş çocuğun kendisinden büyük bir kişi tarafından istismar edilmesinin önlenmesine yönelik olmasındandır. TCK'nın 104. maddedeki düzenlemeyle her ikisi de on beş-on sekiz yaş aralığında olan iki çocuk arasındaki cinsel ilişkide, failin kim olduğunun tespitinin mümkün olmadığı bir suçta, kanun koyucunun çocuklardan birini ya da her ikisini cezalandırmak maksadında olmadığı düşüncesindeyiz.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu TBMM Adalet Komisyonundaki çalışmalar sırasında düzenlenmiş olduğundan, bu suç tanımına ilişkin olarak komisyon raporunda ayrıntılı bir gerekçeye yer verilmemiştir⁹⁹. Bu nedenle; kanun koyucunun, sadece failin reşit olmasına ya da on sekiz yaşından büyük olmasına münhasır bir cezalandırmayı amaçlayıp amaçlamadığını komisyon raporundan da çıkartamıyoruz. Ekseriyetle, çocuklardan birisinin diğerine göre psikolojik ve de fizyolojik olarak daha olgun olması durumunda, diğer çocuğu istismar edebileceği düşünülebilir. Ancak, yaşı daha küçük olmasına rağmen çocuklardan birinin inisiyatif almış, diğerini etkilemiş olması da ihtimal dahilindedir. Öğretide bu görüşten hareketle failin belirlenmesinde cinsel ilişkiye ikna eden, razı eden, yönlendiren gibi kriterlerin kullanılabilceği ifade edilmektedir¹⁰⁰.

Suçun failinin sadece reşit ya da on sekiz yaşını tamamlamış kişi olabileceği görüşü ise, kanun metninin lafzı ile ulaşılabilecek bir yorum değildir. Ancak,

⁹⁷ Bu kararların eleştirisi için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s.441.

⁹⁸ Aynı yönde görüş için Akdağ, s.179. Tezcan/Erdem/Önok, bir cinsel ilişkide faillik ve mağdurluk sıfatının, organı kimin soktuğuna göre belirlenmesinin mümkün olmadığına işaret etmiştir (Tezcan/Erdem/Önok, s.441).

⁹⁹ Özgenç, Gazi Şerhi, s.805.

¹⁰⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 67; Akdağ, s.175.

suçla korunan hukuki yarar dikkate alındığında, amaçsal yorumla böyle bir yorum yapılabilmesinin mümkün olabileceği değerlendirilebilir. Bu sefer de, suçun unsurları arasında karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi fail-mağdur arasında belli bir yaş farkı olmadığı takdirde yine istismar içermeyen bazı somut örneklerin suç kapsamında değerlendirilmesi kaçınılmaz olacaktır.

Örneğin, on sekiz yaşını henüz yeni tamamlamış olan failin, yeterli cinsel olgunluğa eriştiği konusunda tereddüt bulunmayan on yedi yaşındaki kız arkadaşıyla karşılıklı rızaya dayalı olarak cinsel ilişkiye girdiklerini, ancak şikâyet süresi içinde aralarının bozulması nedeniyle kız arkadaşının kendisinden şikâyetçi olduğunu düşünelim. Failin fiilinin 104. madde kapsamında soruşturulması gerekecektir. Bu örnekte herhangi bir istismar olduğunu söyleyebilmek mümkün değildir. Örnekte olduğu gibi istismar içermeyen, karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişkinin suç olarak düzenlenmiş olmasının hukuki yararın sorgulanmasına neden olabilecek nitelikte hatalı sonuçlar doğurduğu kanaatindeyiz. Kanunun ilk metninde olduğu gibi suçun nitelikli hali olarak değil, bir unsuru olarak arada belirli bir yaş farkının öngörülmesi düşünülebilir. Lakin yaş farkının da korunması gerek hukuki yarar dikkate alındığında yukarıda belirttiğimiz üzere dikkate almamız gereken birçok kriterden sadece birisi olabileceği kanaatindeyiz.

Fail ile mağdurun aralarındaki yaş farkına ilişkin normlara çocukların cinsel istismarı bakımından birçok ülke düzenlemesinde yer verildiğini belirtmiştik. 5237 sayılı Kanun'un 104. maddesinin ilk metninde de "*failin mağdurdan beş yaştan daha büyük olması durumunda şikâyet koşulunun aranmaksızın cezasının iki katına kadar arttırılabileceği*" düzenlemesi mevcuttu. Hüküm, sadece yaş farkına dayalı olarak suçu nitelikli hal kapsamına sokmakta ve şikâyete tabi olmaktan çıkarmaktaydı.

Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarihli kararı ile, söz konusu hüküm Anayasanın hukuki güvenlik, adalet ve eşitlik ilkelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir¹⁰¹. Oysa nitelikli hal olarak düzenlenmiş ve iptal edilmiş olan bu hükme benzer hükümlere, yukarıda da belirttiğimiz üzere bazı ülkelerin Ceza kanunlarında istismar suçu bakımından suçun unsuru olarak yer verildiğini görmekteyiz.

Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu iptal kararında; nitelikli hale ilişkin iptal edilen düzenlemenin hukuki yarar bakımından sonuca etkili olmadığı,

¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarih ve E.2005/103, K.2005/89 sayılı kararı.

sadece yaş farkı nedeniyle şikâyet koşulunun kalkması ve müeyyidenin iki katına çıkarılmasını Anayasa'nın ceza hukukunda yasa önünde eşitlik ve adalet ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçelerine yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi kararında ayrıca; söz konusu kuralın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığına da vurgu yapılmaktadır.

Anayasa Mahkemesince iptal edilen kanun hükmü öğretide de eleştiri konusu olmuş, beş yaş sınırının hiçbir bilimsel temele ve kriminolojik veriye dayanmadığı belirtilmiştir¹⁰². Ayrıca yaş farkı dışında hiçbir veriyi dikkate almadan şikâyete tabi olmaksızın nitelikli hal olarak uygulanması, bazı adaletsiz sonuçlar doğurması nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir.

Örneğin, on yedi yaşında olan mağdurun, yirmi üç yaşındaki fail ile rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmeleri durumunda daha sonra evlenseler bile, şikâyet şartı aranmadığından resen soruşturulacak ve nitelikli hal hükümleri uygulandığından ceza ağırlaştırılacaktır¹⁰³.

Kanaatimizce fail ile mağdur arasında, akran olmanın ötesinde belirli bir yaş farkının bulunması, fiilin haksızlık içeriğinin değerlendirmesi bakımından önemli olabilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta, “*akran birlikteliği*” ya da Amerika Birleşik Devletlerinin bazı eyaletlerindeki mevcut deyimiyile “*Romeo and Juliet Law*” kapsamında; yakın yaşlardaki çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel ilişkileri suç olarak öngörmeyen örnek düzenlemeler bulunmaktadır.

Kanaatimizce, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ile milletlerarası bağlayıcı metinlerden çıkarabileceğimiz ortak sonuç, çocukların gelişiminin sağlıklı olabilmesi bakımından, kanun koyucuların yasal düzenlemelerdeki öncelikli amaçlarının; onların cinsel yaşamlarını düzenlemekten ziyade, her türlü cinsel istismardan korunmalarını sağlamaya yönelik olması gerektiğidir.

Bu çerçevede; fail ile mağdur arasındaki yaş farkının “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunda tek başına nitelikli hal olarak değerlendirilmesi yönündeki bir hükmün yerinde bir düzenleme olmayacağı açıktır. Ancak yaş farkının, Alman Ceza Kanunu'nda istismara ilişkin düzenlemede olduğu gibi; somut olayda çocuğa yönelik cinsel istismar olup olmadığının değerlendirmesinde,

¹⁰² Tezcan/Erdem/Önok, s.441.

¹⁰³ Tezcan/Erdem/Önok, s.441.

isnadın objektif ve bilimsel bir şekilde ortaya konulabilmesi bakımından önemli bir kriter olduğu da bir gerçektir.

Burada fail ve mağdurun yaşları yanında, aralarındaki ilişkinin mahiyeti, fail ve mağdurun kişilik özellikleri, cinsel, duygusal ve eğitsel gelişimleri, cinsel ilişkinin ergenliğin gelişim evresine ile psikolojik ve sosyal gelişimlerine etkileri, gibi birçok ölçüt bir arada değerlendirilmek suretiyle karar verilmesi gerekmektedir. İngiltere örneğindeki savcılık makamınca uygun görülmesi halinde ailenin görüşlerinin de değerlendirmeye alınması, özellikle mağdura ilişkin daha fazla veri edinebilmek bakımından faydalı olabilecektir.

Burada diğer bir önemli nokta ise; cinsel ilişkiye rıza gösteren mağdurun bu kararı verebilecek şekilde cinsel davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi zaruretidir. TCK'daki düzenlemede on beş yaşından büyük her çocuğun bu yeteneğe sahip olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla çocuğun zihinsel gelişiminin yetersiz olduğu ileri sürüldüğü takdirde, bu tespitin ancak bir uzman marifetiyle ortaya konulabileceği izahtan varestedir.

Özetle; milletlerarası sözleşmeler ve karşılaştırmalı hukuk örneklerinde dikkat çekilen husus, çocukların cinsel istismardan korunmaları bağlamında, yasal olarak cinsel ergenlik yaşına gelmemiş olan bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmanın suç olarak düzenlenmesi gerektiğidir. Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesinde bir çocukla cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu yaş alt sınırının taraf devletlerce belirlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır (m.18).

Söz konusu Sözleşme kapsamında dikkat edilmesi gereken diğer husus ise çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel faaliyetlerin bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiğidir. Dolayısıyla çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki, ceza hukukunun dışında tutulmalı, suçun faili olabilmek için reşit kişi olması koşulu aranmalıdır.

Evlenmek ya da kanuni yolla ergin olmuş kişilerin suçun faili olup olamayacağı da ayrı bir tartışma konusudur. Öğretide bu kişilerin suçun faili olabileceği yönünde de görüş bulunmakla birlikte¹⁰⁴, ağırlıklı görüşün aksi yönde, yani bu kişilerin suçun faili olamayacakları yönünde olduğu görülmektedir¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s.441.

¹⁰⁵ Özbek/Erdem/Bacaksız, s.380; Kanbur, s.4147; Kantarcı, S.108; Köksal, s.698.

104. maddedeki düzenleme ile; madde başlığı da dikkate alındığında, reşit olmayan çocukların henüz cinsel olgunluğa erişmemiş olmaları nedeniyle erken cinsel deneyim yaşamalarının ruhsal gelişimlerine olumsuz etki edebileceği düşüncesinden hareket ettiğini ve bu yaşlardaki çocukların yetişkinler tarafından istismar edilmelerinin önlenmesini amaçladığını düşünmekteyiz. Hükmün aslında reşit olan bir kişiyle reşit olmayan bir kişi arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiyi suç olarak düzenlemesi gerekmektedir¹⁰⁶.

Diğer bir tartışma konusu ise evlenme suretiyle reşit kılınan kişilerin fail ya da mağdur olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Evlenme ile kazanılan rüşt, kişinin cinsel bakımdan da ergin olduğu sonucuna gösterdiğinden, eşler arasında bu suçun işlenmesi mümkün değildir¹⁰⁷. Mağdur bakımından incelediğimizde; evlenmek suretiyle reşit hale gelen kişinin cinsel ilişkisinin anlam ve sonuçlarını kavramak bakımından bir sorun söz konusu değildir. Bu nedenle on beş-on sekiz yaş aralığında olmakla birlikte, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmayacaktır¹⁰⁸.

Fail bakımından ise kanun hükmünün milletlerarası sözleşme hükümleri çerçevesinde yorumlanması ile doğru bir sonuca ulaşılabileceği düşüncesindeyiz. Kanaatimizce burada kanun koyucunun amacı, yeterli cinsel olgunluğa eriştiği kabul edilen 18 yaşını doldurmuş kişinin ancak fail olarak kabul edilebileceğidir¹⁰⁹. Henüz on sekiz yaşını doldurmamış, ancak kanuni yolla ya da evlenmek suretiyle erginliğini elde etmiş kişiler ceza kanunu kapsamında hala çocuktur. Sadece medenî hakları kullanma bakımından yasal menfaati gereği Medeni Kanun'un hükümleri gereğince ergin kılınmışlardır¹¹⁰. Daha erken yaşta ergin olmaları, kişilik özellikleri, fizyolojik ve psikolojik özellikleri dikkate alındığında, bu kişilerin çocuk olduğu ve dolayısıyla yeterli cinsel olgunluğa erişmedikleri gerçeğini değiştirmeyecektir. O halde bu suçun faili ancak 18 yaşını doldurmuş olan birisi olabilecektir¹¹¹.

Öğretide, Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi'nin 18. maddesinin 3. fıkrası gereğince on beş-on sekiz

¹⁰⁶ Kanbur, s.4147.

¹⁰⁷ Taner, s.368.

¹⁰⁸ Koca/Üzülmez, s.373.

¹⁰⁹ Kanbur, s.4147.

¹¹⁰ Özbek/Erdem/Bacaksız, s.380.

¹¹¹ Kanbur, s.4147.

yaş arasındaki çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkinin suç olmaktan çıkarılması gerektiği de ifade edilmektedir¹¹².

Yukarıda da vurgulandığı üzere; on beş-on sekiz yaş arasındaki kişilerin bu suçun faili olamayacakları Kanun'un lafzi itibariyle açıkça belirtilmemiş ise de; düzenlemenin söz konusu Sözleşme kapsamında yorumlanması durumunda on beş yaşını doldurmuş akran çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkinin 104. maddede düzenlenen suç oluşturmadığı düşüncesindeyiz¹¹³.

Bu itibarla akran çocuklar arasındaki cinsel ilişkinin suç olarak nitelendirilmemesi gerekmektedir. Ancak öncelikle kanunilik ilkesinin gereği olarak kanun metninin özellikle fail bakımından aksi yoruma imkân vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulması gerektiği kanaatindeyiz. Bu sayede hukuk uygulamamızla yerleşik hale gelen ve taraf olduğumuz milletlerarası sözleşmeler ile çeliştiği açık olan aksi yöndeki içtihatların da değişmesi kaçınılmaz olacaktır¹¹⁴.

E. Nitelikli haller

6545 sayılı Kanunla 104. maddeye iki ayrı nitelikli hal eklenmiştir. Maddeye eklenen 2. bent hükmünde evlenme yasağı olan kişiler tarafından işlenmesi, 3. bent hükmü ile de; koruma, gözetim ve bakım yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

Failler yönünden özgü suç olarak düzenlenen bu iki nitelikli hal düzenlenmesi olumlu, ancak yetersiz olarak nitelendirilmektedir. Çocuk üzerindeki yönlendirme etkileri göz önüne alınarak eğitici ve öğreticilerin fiillerinin de nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁵.

Nitelikli hallere ilişkin düzenlemeler dikkate alındığında; mağdurun cinsel ilişkiye göstermiş olduğu rızanın, fail ile aralarındaki yakın akrabalık ilişkisinin mahiyeti göz önüne alındığında ne derece serbest iradesine dayandığı konusunda tereddüt bulunmaktadır. Bu nedenle bu suç altında değil, çocuğun cinsel istismarı olarak nitelendirilmesi gerektiği öğretilmektedir¹¹⁶.

¹¹² Yokuş Sevik, 6545 Sayılı Kanun, s.137-138.

¹¹³ Özgenç, Akran Çocuklar, s.266.

¹¹⁴ Özgenç, Akran Çocuklar, s.265-271.

¹¹⁵ Kantarcı, s.195.

¹¹⁶ Taner, s.383.

Alman Ceza Kanunu incelendiğinde; reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun açıkça düzenlenmediğini belirtmiştik. Ancak StGB’de gençlerin istismarına ilişkin hükümler incelendiğinde; TCK m.104’deki nitelikli hallerde farklı hukuki yararları koruduğu gerekçesiyle farklı bölümler altında yer verildiği görülmektedir.

Alman Ceza Kanunu’nda “*akrabalar arasındaki cinsel ilişki*¹¹⁷”; “*kişisel durum, evlilik ve aileye karşı suçlar*” bölümünde düzenlenmiştir (StGB par.173). İlgili maddede altsoy, üstsoy ve kardeşler arasında cinsel ilişkide bulunmak suç olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla ancak çekirdek aile mensupları suçun faili olabilecektir. Kanun koyucu hukuki yarar olarak evlilik ve ailenin korunmasının önemine atıf yapmaktadır. Çekirdek ailenin kendisiyle bağdaşmadığı düşünülen cinsel ilişkilerden uzak tutulması amaçlanmıştır. Aile içi cinsel ilişkinin aile iç düzenini ve aile hayatını önemli ölçüde bozabilecek, hatta yok edebilecek, ailenin varlığının sorgulanmasına neden olabilecek olması nedeniyle ailenin cinsel ilişkilerden arındırılmasına hizmet ettiği düşüncesinin sosyal gerçekliğe daha uygun olduğu ifade edilmektedir¹¹⁸. Düzenlemenin sadece cinsel ilişki ve çekirdek aile ile sınırlı tutulması evlilik ve aile için yeterli normatif koruma sağlamayacağı gerekçesiyle öğretilerde eleştirilmektedir¹¹⁹. Normun geleneksel ahlaki fikirleri ceza hukukuna dahil ettiği şekilde ensest kavramının tartışmaya açıldığı da görülmektedir. Ancak Alman Federal Anayasa Mahkemesinin anayasal şikâyet nedeniyle incelediği konuda; ensest cezalandırılmasında tarihsel kültür bağlamında toplumsal kanaatin hala rasyonel bir etkisinin olduğu ifade edilmektedir¹²⁰. Ayrıca Yüksek Mahkeme medeni hukuktaki¹²¹ akrabaların evlenmesinin yasaklanmasının da bu toplumsal kanaatin bir yansıması olduğu görüşündedir¹²².

Alman Federal Anayasa Mahkemesi sınırlamanın İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin cezai müeyyide ile temel haklara müdahale ölçüsüne ilişkin kararları ile de uyumlu olduğu görüşündedir. Kanun koyucunun temel haklara ilişkin müdahaleler konusunda, ancak üstün kamu yararı veya üçüncü kişilerin

¹¹⁷ *Beischlaf zwischen Verwandten*

¹¹⁸ Wolfgang Joeks/Klaus Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, 3. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2017, StGB § 173, Rn.5.

¹¹⁹ Joeks/Miebach, StGB § 173, Rn.5.

¹²⁰ *BVerfG 26.2.2008 – BvR 392/07, BVerfGE 120, 224 = NJW 2008, 614 – 617 = NStZ 2008, 614.*

¹²¹ BGB, par. 1307.

¹²² Joeks/Miebach, StGB § 173, Rn.7.

temel hakları söz konusu olduğunda ve ölçülülük ilkesi gözetilmesi kaydıyla, özerk olduğu vurgulanmaktadır¹²³.

İHAM, yetişkin kardeşler arasında cinsel ilişkiyi Sözleşmenin 8. Maddesi kapsamında değerlendirdiği *Stübing/Almanya* kararında; bireyin özel yaşamının en mahrem yönlerinden biriyle ilgili olsa da, yetişkinler arası ensest ilişkileri nasıl karşılayacakları konusunda ulusal makamların geniş bir takdir alanına sahip olduklarına işaret etmiştir¹²⁴.

Alman Ceza Kanunu'nda mevcut düzenlemeye ilişkin olarak, eşlerin cinsel tercihlerini belirleme ve ruhsal gelişimlerine yönelik tehlikeler ile ensest ilişki münasebetiyle doğan çocuklarda genetik hasar tehlikesi de cezalandırma gerekçesi olarak belirtilmiştir¹²⁵. Kanun koyucunun uzun süre ön plandaki gerekçesini teşkil eden genetik hasar ihtimalinin tıbbi olarak kesin olarak ortaya konmadığı ve doğum kontrol yöntemleriyle önüne geçilebilmesi nedenleriyle artık güncelliğini yitirdiği belirtilmektedir¹²⁶.

Ayrıca m.173'ün düzenlenmesinde kanun koyucunun amacının “*cinsel tercihte bulunma hakkını koruma*” olmadığı ifade edilmektedir. Cinsel tercihte bulunma hakkı kapsamında kişinin fiziksel, zihinsel ve duygusal üstünlüğe karşı korunması, Alman Ceza Kanunu'nun 13. bölümünde düzenlenen “*himayesine verilen insanın cinsel istismarı (par.174)*” ve “*çocukların cinsel istismarı (par.176)*” suçlarında amaç olarak öngörülmektedir¹²⁷.

¹²³ İHAM. *Stübing/Almanya*, 12.4.2012, Başvuru No: 43547/08.

¹²⁴ İHAM, *yetişkin kardeşler arasında cinsel ilişkinin cezalandırılmasının 8. maddeyi ihlal ettiği iddiasını incelediği bu davada, sözleşmecî devletlerin yarısından fazlasının bu eylemlere cezaî sorumluluk bağladığını tespit etmekle birlikte, konuyla ilgili bir konsensüsün bulunmadığını belirtmektedir. İHAM'a göre, cezaî yaptırım öngörmeyenler de dâhil olmak üzere bütün hukuk sistemlerinin kardeşler arasında evliliği yasaklaması, hukuk düzeninde ve bir bütün olarak toplumda bu kişiler arasındaki cinsel ilişkinin kabul edilmediği hususunda geniş bir konsensüs olduğunu ortaya koymaktadır. İHAM, bireyin özel yaşamının en mahrem yönlerinden biriyle ilgili olsa da, yetişkinler arası ensest ilişkileri nasıl karşılayacakları konusunda ulusal makamlar geniş bir takdir alanına sahip olduklarına işaret etmiştir (İHAM, *Stübing/Almanya*, pa.55-67; Karar ile ilgili açıklamalar için bkz. Ali Bal, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması”, 2009, C.21, S.1, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, s.56, Osman Doğru/Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt 2, Avrupa Konseyi, 2013, s.16, 17, 43).*

¹²⁵ BGH 39 329; Schönke/Schröder, StGB§ 173, Rn.1.

¹²⁶ Joeks/Miebach, StGB § 173, Rn.3.

¹²⁷ Joeks/Miebach, StGB § 173, Rn.4.

Alman Ceza Kanunu'nun 173. maddesinin son fıkrası dikkat çekicidir. Fiil sırasında henüz on sekiz yaşını doldurmamış akraba ve kardeşlerin bu hüküm uyarınca cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır (par.173/3). Dolayısıyla bu suçun faili ancak on sekiz yaşını doldurmuş çekirdek aileden birisi olabilecektir.

Diğer nitelikli hal ise, cinsel tercihte bulunma hakkına karşı suçlar bölümünde ve himaye altındaki çocukların tümünü kapsayacak şekilde “*himayesine verilen kişinin cinsel istismarı*”¹²⁸ başlığı altında düzenlenmiştir (StGB par.174). Düzenlemede sadece cinsel ilişki değil, istismar niteliğindeki tüm cinsel davranışlar müeyyide altına alınmaktadır.

aa. Mağdur ile aralarında evlenme yasağı bulunan bir kişi tarafından işlenmesi

TCK'nın 6545 sayılı Kanunla eklenen m.104/2'sinde; “*Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” düzenlemesi bulunmaktadır. Düzenlemede “evlenme yasağı” kapsamında olanların cinsel ilişkiye girmeleri suç olarak müeyyide altına alınmaktadır. Hukuk sistemimizde evlenmeleri yasak olan kişiler Medeni Kanun'un 129. maddesinde sayılmaktadır. Anılan madde kapsamında;

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

Öğretide aile bireyleri arasındaki cinsel ilişkinin suç haline getirilmesinin üstü örtülü ensest düzenlemesi olduğu ifade edilmektedir¹²⁹. Türk Dil Kurumu Sözlüğünde ensest; “*aile içi yasak ilişki*” olarak tanımlanmaktadır. Öğretide farklı ve cinsel teması da içeren daha geniş kapsamlı tanımlar bulunmakla birlikte; rızaen cinsel ilişki kavramı üzerinden yapılan bir tanıma özellikle değinmek gerektiği düşünülmektedir.

¹²⁸ *Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen*

¹²⁹ Memiş Kartal, s.2090.

SANCAR/YAŞAR; ensest kavramını, "evlenmeleri yasak olan reşit kişiler (rıza ehliyetine sahip olan) arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki" olarak tanımlamaktadır.¹³⁰ Yine bu tanım çerçevesinde; ensestte cinsel karşı işlenen suçlardan farklı olarak taraflardan birinin mağdur olmayıp, her iki tarafın da suçun faili olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla ensest çok failli bir suç olarak nitelendirilmektedir¹³¹.

TCK m.104 düzenlemesi mağdur bakımından irdelendiğinde; madde başlığında "reşit olmayan", ibaresi kullanılmış iken, madde metninde "on beş yaşını bitirmiş olan çocuk" ibaresine yer verilmiştir. Madde başlığı ile metin içindeki bu çelişki öğretide özellikle mahkeme kararı ile ya da evlilik yoluyla reşit kılınmış olan mağdurlar bakımından farklı görüşler doğmasına neden olmuştur.

Yukarıda fail bakımından belirttiğimiz üzere, henüz on sekiz yaşını doldurmamış, ancak kanuni yolla ya da evlenmek suretiyle erginliğini elde etmiş kişiler reşit olsalar dahi suçun mağduru olabilirler. Ancak evlilik yoluyla ergin kılınmış kişiler bakımından, eşiyle yaşadığı rızaya dayalı cinsel ilişkinin söz konusu suç kapsamında görülemeyeceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Eşi dışındaki kişiler ile rızaen cinsel ilişkiye girmesi durumunda ise, kanaatimizce korunan hukuki yarar dikkate alındığında çocuğun cinsel gelişiminin zarar görebileceğini düşünmek pek mümkün görülmemekle birlikte; kanun metninin mağdur bakımından "on beş yaşını tamamlamış olanlar" şeklinde bir kapsam belirlemiş olması, ancak amaçsal yorumla böyle bir sonuca ulaşabilmeyi mümkün kılmaktadır¹³².

Kanaatimizce; 104. maddede düzenlenen nitelikli hal (2.bent), suç ile korunan hukuki yarar dikkate alındığında on sekiz yaşın üstündeki fail ile on beş-on sekiz yaş aralığındaki mağdur (evlenme yoluyla reşit olanlar istisna olmak üzere) arasındaki karşılıklı rızaya dayanan cinsel ilişkiyi cezalandırmaktadır.

Alman Ceza Kanunu'nda yukarıda da belirttiğimiz üzere; on sekiz yaşını doldurmamış kardeşler arasında gerçekleşen cinsel ilişkinin cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır (StGB par.173/3). Öğretide bu

¹³⁰ Türkan Yalçın Sancar/ Tuğçe Nimet Yaşar, "Ensest, Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesinin Kararı", 2009, S.80, TBB Dergisi, s.247.

¹³¹ Sancar/Yaşar, s.247.

¹³² Akdağ, s.172; Farklı yönde Köksal, s.693.

husus, şahsi bir cezasızlık¹³³ sebebi olarak nitelendirilmektedir¹³⁴. Dolayısıyla aslında burada tipik haksızlık gerçekleşmekte, ancak kanun koyucu tarafından cezalandırılmasına engel olan bir neden olarak kabul edilmektedir. Şahsi cezasızlık sebepleri sadece ilgili kişi yönünden sonuç doğurduğundan, fiile şerik olarak iştirak edenler bakımından şahsi cezasızlık sebebine ilişkin hükmün uygulanması mümkün değildir¹³⁵.

TCK'nın 104/2.maddesinde; fail bakımından suçun temel şeklinden farklı değerlendirmemizi gerektirecek bir düzenleme bulunmadığından failin cinsiyeti ve yaşına ilişkin fikirlerimize atıf yapmakla yetineceğiz.

Kanun koyucu 104/2. maddede söz konusu nitelikli halini, temel şeklinden farklı olarak şikâyete tabi kılmamıştır. Karşılaştırmalı hukukta ise düzenlemeye çoğunlukla Almanya örneğinde olduğu gibi aile aleyhine işlenen suçlar arasında yer verildiği görülmektedir¹³⁶. Kanun koyucular, daha fazla zarar gördüğünü düşündükleri değeri dikkate alarak farklı tercihler yapmışlardır.

5237 sayılı Kanunda da suçun resen soruşturulacak şekilde düzenlenmiş olmasının, akrabalar arasında şikâyetin manevi baskı ya da aile içi dinamikler nedeniyle çoğunlukla fiilen mümkün olamayacağı dikkate alındığında, yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

Ayrıca, sosyolojik, psikolojik ve ahlaki olmak üzere çok boyutlu ve toplumsal ahlaki değerlerle çatışma halinde olan bu istismarın, özellikle mağdur ergen kız çocuklarında psiko-sosyolojik alanda ağır davranış bozukluklarına neden olduğu maddi bir vakıadır¹³⁷. Resen soruşturabilmeyi öngören hükmün, bu yönüyle de olumlu bir düzenleme olduğu değerlendirilmektedir.

¹³³ *Strafausschließungsgrund*.

¹³⁴ Kühn, StGB § 173, Rn.7; Schönke/Schröder, StGB § 173, Rn.9; Fischer, StGB § 173, Rn.7; Urs Kindhäuser/ Ulfrid Neumann/ Hans Ullrich Paeffgen, Strafgesetzbuch-Nomos Kommentar, 5. Baskı, 2017, StGB § 173, Rn.23.

¹³⁵ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB § 173, Rn.23.

¹³⁶ İngiliz Hukukunda Cinsel Suçlar Kanunu'nun 25-27. maddeleri arasında düzenlenen ensest fiilleri "*aile içi cinsel suçlar*" olarak düzenlenmiştir. İtalyan Ceza Kanunu'nu ensesti "*aile ahlakına karşı suç*" (par.54), İsviçre Ceza Kanunu ise "*aileye karşı işlenen suç*" saymıştır (par.213) Avusturya Ceza Kanunu ise daha farklı bir boyutta, konuyu "*cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlük*" sorunu olarak görmüştür (par.211). (Sancar/Yaşar, 249; Memiş Kartal, s. 2091-2092). Alman Ceza Kanununda da ensest, diğer örneklere benzer şekilde "*kişisel durum, evlilik ve aileye karşı suçlar*" bölümünde düzenlenmiştir.

¹³⁷ Sancar/Yaşar, s.256.

bb. Koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi

Kanun'un 6545 sayılı Kanunla eklenen 104.maddesinin 3.fikrasında ise; *“Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur”* şeklinde nitelikli hale yer verilmiştir.

Düzenleme ile himaye yükümlülüğü bulunan belirli statüdeki kişiler bakımından özgü suç niteliğinde bir nitelikli hale yer verilmiştir. Düzenlemenin, 103/3-d belirtilen nitelikli halden farklı bir düzenleme içerdiği, eğitici statüsündeki kişilere yer verilmediği görülmektedir. 104. maddede sayılan kişilere dikkat edilecek olursa, mağdur çocuğu aile ilişkisi çerçevesinde gözetmekle ve sağlıklı kişisel gelişimini sağlamakla yükümlü kişiler olduğu görülmektedir.

Alman Ceza Kanunu'nda bakım ve koruma yükümlülüğü olan kişilerin on altı yaşından küçük çocuğa yönelik yükümlülüklerini ihlal etmeleri ve çocuğun bu ihlalin neticesinde bedeni veya psikolojik gelişmesinin zedelenmesi, suça yönelik bir yaşam tarzı ya da fuhuşa sürüklenmesi tehlikesine düşmesi durumunda *“kişisel, durum, evlilik ve aileye karşı suçlar”* bölümünde (par.171) müeyyide altına alındığı görülmektedir¹³⁸. Bu madde çocuğun gelişimini sağlamaya yönelik olmakla birlikte, ihmali bir sorumluluğun cezalandırılması söz konusu olmaktadır. Söz konusu düzenleme, TCK'da *“aile düzenine karşı suçlar”* bölümünde düzenlenen *“aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali (m.233)”* suçuna karşılık gelmektedir.

TCK'nın 104.maddesinin 3.fikrasının karşılığı olan Alman Ceza Kanunu'ndaki hüküm, *“himayesine verilen insanın cinsel istismarı”*nı düzenleyen 174. maddedir. Alman Ceza Kanunu'nun bu maddesinde mağdurun yaşı ve failin statüsü bakımından üçlü bir ayırım yapıldığı görülmektedir.

İlk grupta kendisine terbiye, öğrenim veya yaşam tarzının yönlendirilmesi için teslim edilen on altı yaşını tamamlamamış bir çocuğa yönelik cinsel istismar suç olarak düzenlenmiştir (StGB par.174/1-1). Koruyucu aile, üvey anne-baba, evlilik dışı çocuklar, mesleki eğitim için yanında bulunduğu öğretmen vb. bu bent kapsamında fail olarak nitelendirilmektedir¹³⁹.

¹³⁸ Kühl, StGB § 173, Rn.1-9.

¹³⁹ Fischer, s.1155.

İkinci grupta ise, birinci grup statüdeki faillerin yanı sıra hizmet ya da iş ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle on sekiz yaşını tamamlamamış çocuğa yönelik istismar eylemleri (StGB par.174/1-2), üçüncü grupta da, on sekiz yaşını tamamlamamış öz evlat ya da evlat edinilen çocuğa yönelik istismar eylemleri suç olarak düzenlenmiştir (StGB par.174/1-3). Düzenleme biraz karmaşık gibi görünse de, objektif kriter esas alınarak koruma ve bakım yükümlülükleri ile eğitici ve yönlendirici yetkilerinin ağırlığı dikkate alınmak suretiyle bir tasnif yapıldığı anlaşılmaktadır.

Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenlemede dikkate değer diğer bir husus ise; istismar teşkil eden fiil olarak sadece cinsel ilişki değil, tüm "*cinsel davranışların*" yaptırım altına alınmış olmasıdır.

TCK'nın 104/2. maddesinde evlenme yasağı kapsamında olan kişiler belirtmek suretiyle Medeni Kanun'un 129. maddesi kapsamında geniş bir aile çevresi birinci grup nitelikli hal kapsamında düzenlenmiştir. 104/3. maddede belirtilen gruptakilerin ise, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler olduğu görülmektedir. Dolayısıyla TCK'nın 104. maddedeki nitelikli haller evlenme yasağı kapsamındaki kişiler ve evlat edinme ya da koruyucu aile ilişkisi içindeki kişilerle sınırlı tutulmuştur.

Öğretide 103. maddedeki nitelikli hallerin tamamına 104. maddede yer verilmesi gerektiği, çocuğun korunması bakımından böyle bir yaklaşımın olumlu olacağı belirtilmektedir¹⁴⁰.

Eğitici konumundaki kişilere 103. maddede nitelikli hal olarak yer verilmiş iken, 104. maddede yer verilmemiş olmasının kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olabileceği, zira 103. maddede belirtilen kamu nüfuzunun ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun suiistimali suretiyle istismar gibi diğer bazı nitelikli hallere de bu maddede yer verilmemiş olduğu görülmektedir. Nitelikli hallerin kapsamının niçin dar tutulduğu anlaşılacakla birlikte, 104. maddede cinsel ilişkinin karşılıklı rızaya dayandığı dikkate alındığında, cinsel istismarı düzenleyen 103. maddeye göre kanun koyucu tarafından haksızlık içeriği itibariyle daha hafif nitelikli olarak değerlendirilmesinin bir tezahürü olabileceği düşünülmektedir. Diğer taraftan, koruduğu hukuki yarar nedeni tartışmalı bir düzenlemenin kapsamının genişletilmesinin kanun koyucunun amacıyla da uyumlu olmayacağı düşünülmektedir.

¹⁴⁰ Akdağ, s.184.

SONUÇ

Kanunun 104. maddesinde düzenlenen “*Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu*” cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında en çok tartışılan maddelerinden birisini oluşturmaktadır.

Suçun konusunun, 103. Maddeden farklı olarak “*cinsel davranış*” olarak değil de, “*cinsel ilişki*” olarak belirlenmiş olması ve rızaya dayanan cinsel ilişkiyi yaptırma bağlamış olması, kanun koyucunun çocukları erken cinsel deneyimden korumayı amaçladığı düşüncesini ortaya koymaktadır. Düzenleme ile, mağdurun bir şekilde rıza göstermiş olsa bile daha sonra pişman olabileceği, yeterli cinsel olgunluğa erişmediği, bu nedenle bu deneyimin cinsel gelişimini tehlikeye sokabileceği düşünülmüş olabilir.

Özellikle cinsel olgunluğa erişmemiş olarak kabul edebileceğimiz çocuğun kendisinden belirli bir yaş büyüklükte olan, fiziki ve psikolojik yönden gelişmiş bir kişi tarafından istismar edilebileceği ihtimal dâhilinde olabilmekle birlikte, akran olan ve her ikisi de benzer fiziki ve psikolojik gelişim düzeyine sahip iki çocuk arasındaki cinsel ilişkinin ceza kanunu kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği düşünülmektedir.

Öncelikle suçun koruduğu hukuki yarar konusunun uygulamada ve öğretide daha fazla tartışılması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira hukuki yarar netleşmeden, tipikliğin unsurlarının uygulanması anlamlı olmayan sonuçlar üretebilmektedir.

Kanundaki mevcut düzenlemenin madde metni ve komisyon raporundan faile ilişkin bir ibareye rastlamamaktayız. Madde başlığı mağdurun “*reşit olmaması*” gerektiğine, metin ise “*on beş yaşını bitirmiş*” olması gerektiğini belirtmektedir. Kanunda bir açıklık olmaması on beş-on sekiz yaş arasındaki çocukların bu suçun faili olup olamayacakları konusunu en tartışmalı sorun haline getirmektedir. Anayasa Mahkemesince iptal edilen, fail ile mağdur arasında beş yaştan fazla bir yaş farkı bulunması durumunun tek başına nitelikli hal olarak düzenlenmesi de, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının gerekçesinde vurgulandığı üzere sorunun çözümüne bir katkı sunmamaktaydı.

Kanaatimizce düzenlemenin amacı çocukların cinsel hayatlarını düzenlemek olmamalıdır. Karşılaştırmalı hukuk örneklerinde de görüldüğü gibi bu konu toplum ve aile disiplini çerçevesinde çözümlenmeli, ceza hukukunun konusu dışında kalmalıdır. Düzenleme ile korunması gereken hukuki yararın milletlerarası sözleşmeler de dikkate alındığında “*çocuğun cinsel istismardan*

korunması” olması gerektiği, dolayısıyla kanuni düzenlemenin ve korunması gereken hukuki yararın bu çerçevede tartışılmasında fayda olduğu mülhaza edilmektedir.

KAYNAKÇA

Akdağ H, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, 2017, C.5, S.9, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.167-188.

Aksakal E, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, 2014, 2014/2, İstanbul Barosu Dergisi, s.257-275.

Arslantürk M, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.

Artuk M/Gökçen A/Yenidünya C, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, 2014.

Bal A, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması”, 2009, C.21, S.1, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, s.27-82.

Doğan R, “Anlamli Yanıt Üretilmeyen İkiilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, 2017/1, 2017, Ankara Barosu Dergisi, s.125-149.

Doğru O/Nalbant A, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Açıklama ve Önemli Kararlar, Cilt 2, Avrupa Konseyi, 2013.

Fischer T, Strafgesetzbuch, 56. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2009.

Hafızoğulları Z, “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, 2005, Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı.

Hodgkin R/Newell P, Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child, UNICEF, 3.Baskı, 2007.

Joeks W/Miebach K, Münchener Kommentar zum StGB, 3. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2017.

Kanbur N, “6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104)”, 2014,

(Basım Yılı: 2015), C. 16, Özel Sayı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s.4139-4210.

Kantarıcı N, Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016.

Kindhäuser U/Neumann U/Paeffgen H U, Strafgesetzbuch-Nomos Kommentar, 5. Baskı, 2017.

Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, 2018.

Kocaoğlu S S, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2016.

Köksal A, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", 2015, Prof. Dr. Nevzat Toroslu 'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, s.687-726.

Kühl K, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2007.

Malkoç İ, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 1. Baskı, Malkoç Kitabevi, 2009.

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

Özbek V Ö /Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.

Özgenç İ, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, 2006 (Gazi Şerhi).

Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, Cilt 1 (Kanunlar), 11. Baskı Seçkin Yayınevi, 2014.

Özgenç İ, "CİNSEL SUÇLAR, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar", 2020, C.24, S.1, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.257-283, (Cinsel Suçlar) .

Özgenç İ, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin

Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi”, 2020, C.24, S.2, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.251-288, (Cinsel Dokunulmazlık).

Özgenç İ, “Akran Çocuklar Arası Cinsel Birliktelik ve Ceza Hukuku Sorumluluğu Sorunu Türk Uygulamasından Örnekler”, 2020, C.24, S.4, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s.265-271 (Akran Çocuklar).

Sancar Türkan Yalçın/Yaşar Tuğçe Nimet, “Ensest, “Genel Ahlak” ve Alman Anayasa Mahkemesinin Kararı, 2009, S.80, TBB Dergisi, s.245-298.

Schönke A/Schröder H, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Baskı, Verlag C.H.Beck, 2019.

Soyaslan D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2012.

Taner F G, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2017.

Tezcan D, Erdem M R/Önok R M, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2018.

Yenisey F/Plagemann G, Strafgesetzbuch (StGB) Alman Ceza Kanunu, 2. Bası, Beta Yayınları, 2015.

Yokuş Sevik H, “6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirmesi”, 2015, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s.119-145 (6545 sayılı Kanun).

Yokuş Sevik H, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019.

İnternet Ortamında Bulunan Kaynaklar:

<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19370083/index.html> (erişim tarihi: 18.3.2020);

<http://www.protection-of-minors.eu/en/country/IT> (erişim tarihi: 18.3.2020)

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/pdfs/ukpga_20030042_en.pdf (erişim tarihi: 18.3.2020)

<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/child-sexual-abuse-guidelines-prosecuting-cases-child-sexual-abuse> (erişim tarihi: 18.3.2020);

<https://rm.coe.int/1680084822> (erişim tarihi: 27.3.2020)

https://www.unicef.org/publications/files/Implementation_Handbook_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child_Part_3_of_3.pdf (erişim tarihi: 29.3.2020).