

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
ADALET MESLEK YÜKSEKOKULU
DERGİSİ

Cilt
Volume
6

Sayı
Number
2

Yıl
Year
2023

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi

E-ISSN: 2667-6559

Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, 42150, Konya, Turkey

Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu adına

Müdür | Director

Dr. Öğr. Ü. Murat AKSAN

Editörler | Editors

Prof. Dr. Ahmet CUMA

(Dil Editörü – Almanca)

Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi,

Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Literature,

Konya, Turkey

Dr. Öğr. Ü. Sema ZAFER SÜMER

(Dil Editörü – İngilizce)

Selçuk Üniversitesi Edebiyat Fakültesi,

Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Literature,

Konya, Turkey

Dr. Öğr. Ü. Sevgi DURSUN ATEŞ

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu,

Konya, Türkiye

Selçuk University, Vocational School of Justice,

Konya, Turkey

Öğr. Gör. Halil DURSUN

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu,

Konya, Türkiye

Selçuk University, Vocational School of Justice,

Konya, Turkey

Öğr. Gör. Betül ÇATAL

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu,

Konya, Türkiye

Selçuk University, Vocational School of Justice,

Konya, Turkey

Arş. Gör. Mehmet Cemil TÜRK

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi,

Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law,

Konya, Turkey

Arş. Gör. Yasemin

TÜRKMENOĞLU

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi,

Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law,

Konya, Turkey

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER
Faculty of Law, Selçuk University
(Turkey)

Prof. Dr. Berrin AKBULUT
Faculty of Law, Selçuk University
(Turkey)

Prof. Dr. Mehmet Nusret BEDÜK
Faculty of Law, Namık Kemal Uni-
versity (Turkey)

Prof. Dr. İlyas DOĞAN
Faculty of Law, Hacı Bayram Veli
University (Turkey)

Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU
Faculty of Law, Selçuk University
(Turkey)

Prof. Dr. Zekeriyya ARI
Faculty of Law, Uludağ University
(Turkey)

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Faculty of Law, Selçuk University
(Turkey)

Prof. Dr. Faruk TURHAN
Faculty of Law, Süleyman Demirel
University (Turkey)

Prof. Dr. Cemil KAYA
Faculty of Law, İstanbul University
(Turkey)

Doç. Dr. Ayşe ARAT
Faculty of Law, Akdeniz University
(Turkey)

Doç. Dr. Alper UYUMAZ
Faculty of Law, Selçuk University
(Turkey)

Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ
Faculty of Law, Akdeniz University
(Turkey)

Doç. Dr. Sibel SAFİ
Faculty of Law, Dokuz Eylül Uni-
versity (Turkey)

Doç. Dr. Sinan Sami AKKURT
Faculty of Law, Selçuk University
(Turkey)

Doç. Dr. Cemil GÜNER
Faculty of Law, Selçuk University
(Turkey)

Dr. Öğr. Ü. Nurşen AYAN
Faculty of Law, Selçuk University
(Turkey)

Dr. Öğr. Ü. Ahmet Ziya ÇALIŞKAN
Faculty of Law, Selçuk University
(Turkey)

Dr. Öğr. Ü. Özlem ÇELİK
Faculty of Law, Selçuk University
(Turkey)

Dr. Öğr. Ü. Ufuk R. ÇAKMAK
Faculty of Law, Tokat Gazi-
osmanpaşa University
(Turkey)

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ
Faculty of Law, Ankara Hacı
Bayram Veli University (Turkey)

Prof. Dr. Nurettin BİLİCİ
Faculty of Law, Çankaya Univer-
sity (Turkey)

Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ
Faculty of Law, Uludağ Univer-
sity (Turkey)

Prof. Dr. Faruk BİLİR
KVKK (Turkey)

Prof. Dr. Murat ATALI
Faculty of Law, İstanbul Univer-
sity (Turkey)

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Faculty of Law, Erzincan Univer-
sity (Turkey)

Prof. Dr. Hakan ÜZELTÜRK
Faculty of Law, Yeditepe Univer-
sity (Turkey)

Prof. Dr. Mustafa AVCI
Faculty of Law, Ankara Sosyal
Bilimler University (Turkey)

Prof Dr. M. Fatih UŞAN
Faculty of Law, Yıldırım Beyazıt
University (Turkey)

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU
Facult of Law, Necmettin Erbakan
University (Turkey)

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi

E-ISSN: 2667-6559

Hakkında

Amaç: Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin, karar incelemelerinin, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çevirilerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Kapsamı: Dergimiz, Temmuz ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik ortamda yayımlanan (EISSN: 2667-6559) ve hukuk alanında makale kabul eden çift kör hakemli bir dergidir. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlarındaki makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili Türkçe, İngilizce veya Almanca'dır.

Kısaltma: Dergiye yapılan atıflarda SÜ-AMYOD kısaltması kullanılmalıdır.

About

Aim: Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles, decision reviews, legislation reviews, book reviews and translations in the field of law.

Scope: Our journal is a double-blind peer-reviewed journal published electronically twice a year, in July and December (EISSN: 2667-6559) and accepts articles in the field of law. In addition to articles in the fields of public law and private law, the journal also publishes decision reviews, legislative reviews, book reviews and translations. The publication language of the journal is Turkish, English or German.

Abbreviation: SÜAMYOD abbreviations shall be used in reference to the review.

Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu, 42150, Konya, Türkiye
Selçuk University, Vocational School of Justice, 42150, Konya, Turkey

+90 332 223 37 66 +90 332 241 74 81

https://www.selcuk.edu.tr/Birim/meslek-yuksekokullari/adalet_my0/1861

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/suamyod>

adaletdergi@selcuk.edu.tr

Copyright © Published by Selçuk Üniversitesi, Adalet Meslek Yüksekokulu | Selçuk University, Vocational School of Justice Review, 42150, Konya, Turkey. All rights reserved.

Yayın İlkeleri

1. Makalenin Gönderilme Usûlü

Hazırlanan çalışmalar, DergiPark üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar DergiPark sistemi üzerinden yürütülecektir.

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi'ne DergiPark sistemi dışından makale kabul edilmez.

2. Makalede Bulunması Gereken Alanlar

Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "Adı SO-YADI" biçiminde yazılmalıdır.

Eserlerini yayınlamak isteyen yazarlar, "ORCID" numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte * işareti kullanarak dipnota yazmalıdır. "ORCID" numarası, <https://orcid.org/> adresinden alınabilir.

Gönderilen makalelerin başına, makalenin Türkçe ve yabancı dildeki adı, en az 100, en fazla 150 kelimelik Türkçe ve yabancı dilde özeti ile beş adet anahtar kelime (Keywords) eklenmelidir.

Çalışmanın sonunda mutlaka yararlanılan kaynaklara yer verilmelidir.

3. Sayfa Yapısı

Üstten, alttan ve yanlardan 2'şer cm olmalıdır.

Bu şekilde hazırlanan yazılar 50 sayfadan fazla olmamalıdır.

Publication Principles

1. Manuscript Submission Procedure

Prepared manuscripts should be submitted to the journal editorial office by uploading them to the system via DergiPark. All stages, including referee review, will be carried out through the DergiPark system.

Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi does not accept articles from outside the DergiPark system.

2. Required Fields in the Article

The author's name should be written as "FULL NAME" under the main title, right justified, together with the academic title.

Authors who wish to have their works published should obtain an "ORCID" number and write it in the footnote using the * sign together with their personal information (Name-Surname, Academic or Professional Title, E-mail Address). The "ORCID" number can be obtained from <https://orcid.org/>.

The title of the article in Turkish and foreign languages, an abstract of at least 100 and at most 150 words in Turkish and foreign languages, and five keywords (Keywords) should be included at the beginning of the article.

References should be included at the end of the study.

3. Page Structure

It should be 2 cm from the top, bottom and sides.

Articles prepared in this way should not exceed 50 pages.

4. Metin Yazıları

"Palatino Linotype" karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satır özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır.

Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. Dipnotlar

Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, Tek satır aralığı, 0,7 asılı, paragraf sonrası 3 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır.

Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI, Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI, Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı, "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu'nun, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

4. Text Articles

It should be written in "Palatino Linotype" character, 11 pt, single line spacing, the first line should be a paragraph with a special 1 cm value, and the spaces between paragraphs should be aligned on both sides, with 3 nk before and after.

Title 1 format should only be used for the main title of the manuscript.

5. Footnotes

It should be written in the same font as the article, 9 pt, single line spacing, 0.7 hanging, 3 nk space after paragraph.

Footnotes should be given automatically and at the bottom of each page, and footnotes should be written as follows: IN BOOKS; Author's Surname, Name, Book Title, (if any) Edition number, (if any) Translator (or Editor) Surname, Name, Place of publication, year and page; IN ARTICLES; Author's Surname, Name, "Article Name" (in quotation marks), Publication Name, Volume, Issue, year and page; In the second and subsequent references to the same work, a short format can be used as Author's surname and page.

6. The article must not have been published or submitted for publication anywhere before.

7. No royalties will be paid to the authors. Authors agree that Selçuk University Vocational School of Justice has all publication rights on the published manuscripts, including publishing in any format.

Yayın Politikaları

Publication Policies

Makale Gönderme Aşaması

1. Hazırlanan çalışmalar, "DERGİPARK" üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar "DERGİPARK" sistemi üzerinden yürütülmektedir.

2. Dergide yayınlanmak üzere gönderilen eserin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

3. Dergide yayınlanmak üzere gönderilen eser ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu'na ait olduğunu kabul ederler.

Makale Ön İnceleme Aşaması

4. Dergide yayınlanmak üzere gönderilen tüm eserler, "iThenticate" intihal programında incelenir. Bu incelemenin sonucunda intihal/benzerlik oranı en fazla %25 olabilir. İntihal/benzerlik oranı %25'un üzerinde olan eserler, doğrudan editör tarafından reddedilir.

5. Dergide yayınlanmak üzere gönderilen eserler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editörler tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editör tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Article Submission Stage

1. Prepared manuscripts should be submitted to the journal editorial office by uploading them to the system via "DERGİPARK". All stages, including referee review, are carried out through the "DERGİPARK" system.

2. The work submitted for publication in the journal must not have been published or submitted for publication anywhere before.

3. A copyright transfer form must be filled out and sent along with the work submitted for publication in the journal. Within this framework, no royalties will be paid to the authors. Authors agree that all publishing rights and financial rights, including all kinds of formats, on the published works belong to Selçuk University Vocational School of Justice.

Article Preliminary Review Stage

4. All works submitted for publication in the journal are examined by the "iThenticate" plagiarism program. As a result of this review, the plagiarism/similarity rate can be maximum 25%. Works with a plagiarism/similarity rate above 25% are rejected directly by the editor.

5. The works submitted for publication in the journal are first subjected to preliminary evaluation by the editors in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors must complete the corrections requested by the editor within 15 days. Otherwise, the editor has the right to reject the work without contacting the author.

Hakem Değerlendirme Aşaması

6. Dergide yayınlanması talebiyle gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

7. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 15 gün olup bu süre zorunluluk halinde 15 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi Editörlüğü hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

Makale Düzeltme Aşaması

8. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Dergi Dizgi Aşaması

9. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalelerin kabul tarihi esas alınmaktadır.

Referee Evaluation Phase

6. The manuscripts submitted for publication in the journal will not be published without the favorable opinions of the anonymous referees (two referees) or without the provision of a new text containing the corrections suggested by the referees. When one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the manuscript is sent to a third referee.

7. The period given to the referees for evaluation is 15 days and this period can be extended for another 15 days in case of necessity. If the referee evaluation report is not sent within the deadline, Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi Editorial Board will appoint a new referee without contacting the referee.

Article Correction Stage

8. The period given to the authors to complete the corrections specified in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the corrections within 1 month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Journal Typesetting Phase

9. Each issue is based on the date of acceptance of the articles in terms of typesetting order.

İçindekiler
Table of Contents

Araştırma Makaleleri

ResearchArticles

**BASİT REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU (TCK
madde 104/1)** **105-145**

BASIC FORM OF THE CRIME SEXUAL INTERCOURSE WITH
UNDERAGE (Turkish Penal Code article 104/1)

Murat KURBANLI

BASİT REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU

(TCK madde 104/1)

Murat KURBANLI*

Öz

Bu çalışmada, TCK'nın 104. Maddesinde düzenlenen "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki" suçunun basit hali olan 104/1. Maddesi incelenmiştir. TCK'nın 104/1. Maddesi, ilgili hali "Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" şeklinde düzenlemiştir. Bahsi geçen madde yürürlüğe girdiği günden itibaren tatbik açısından hem uygulamada hem de doktrinde birçok tartışmalara yol açmıştır. Biz de bu çalışma ile söz konusu muğlaklıkları ve tartışmalı kısımları aydınlatmaya çalıştık.

Yazıda izlenen yöntem ise şu şekildedir: Maddenin arka planı ve geçmişi ile ilgili kısa bir giriş yapıldıktan sonra suçun hukuki konusu, maddi ve manevi unsuru ile suçun özel görünüş şekillerine değinilmiştir. Çalışmanın sonunda ise kovuşturma usulünden bahsedilmiştir. Fiil, fail ve mağdur konuları birbiriyle yakından alakalı olduğundan yazıda yer yer farklı başlıklar altında açıklama yapılmak zorunda kalınmıştır. Nihayet sonuç kısmında ise şahsi kanaatler dile getirilerek yazı noktalanmıştır.

Makalede yapılan bütün çeviriler yazara aittir.

Anahtar Kelimeler

Reşitlik • Cinsel İlişki • Suçla Korunan Hukuki Yarar • Fail • Mağdur

* Doktora Öğrencisi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Cand. PhD, Selçuk University Institute of Social Sciencens, Department of Public Law, Konya, Turkey.

✉ avmuratkurbanli@gmail.com • ORCID 0000-0002-5588-7142

🔍 **Atıf Şekli:** KURBANLI Murat, "Basit Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK madde 104/1)", *SÜAMYOD.*, C. 6, S. 2, 2023, s. 105-145.

🔍 **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

BASIC FORM OF THE CRIME SEXUAL INTERCOURSE WITH UNDERAGE

(Turkish Penal Code article 104/1)

Abstract

One of the factors considered in assessing the likelihood of confusion between two trademarks is the degree of similarity between the products covered by those trademarks. The risk of confusion increases the more the products are similar. The likelihood of confusion arises not only when its mistakenly assumed that the trademarks concerned originate from the same undertaking but also when the mistaken assumption relates to the existence of an economic link between the undertakings. Considering that the economic relationship can also be established through the licensing, the question arises whether the licensing practices known for the products subject to evaluation are one of the factors to be considered in the product similarity examination.

This study explains that image-related licensing activities must be kept apart from the factors related to the similarity of the products, whereas license systems based on technology/knowledge transfer are capable of ensuring product similarity.

All translations made in the article belongs to the writer.

Key Words

Maturity • Sexual Intercourse • Legal Interest Protected by Crime • Perpetrator • Victim

GİRİŞ

Henüz reşit olmayan, daha doğru bir tabir ile belli bir yaşın altında bulunan birey ile cinsel ilişki yaşamak birçok hukuk sisteminde yasaklanmıştır: Örneğin Fransa, İsviçre, İtalya, Azerbaycan ve Amerika'nın bazı eyaletlerinde. Aslında cinsel ilişkiye rıza gösterme, kişinin vücudu üzerinde tasarrufta bulunmasından ibaret bir eylemdir. Fakat bu eylemin yasaklanmasının altında yatan sebep, henüz çocuk yaşta olan bireyin bedeni üzerindeki tasarruf hakkını tam olarak idrak ederek kullanamayacağı veya idrak etmiş olsa bile gelişimine olumsuz olarak yansıyacağı endişesidir.

Türk kanun koyucusu da bu endişe ile ilk kez mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 416/3. Maddesinde "Reşit olmayan bir kimse ile

rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır'' şeklinde düzenlemeye gitmiştir. Esasen 765 sayılı TCK'da 15 yaşını tamamlamamış çocukla cinsel ilişkide bulunma hali bağımsız bir suç olmayıp, ırza geçme suçunun farklı bir görünümü olarak düzenlenmiştir. Daha sonraları kanun koyucu, henüz yaşı küçük olan bireyle cinsel ilişki yaşanmasının suç olması gerektiği görüşüne 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da devam etmiş; eylemi kanununun 2. Kitap, 2. Kısım, 6. Bölümünde 104. Madde olarak cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç olarak düzenlemiştir.

104. Madde yürürlüğe girdiği tarihten itibaren tartışmalara neden olmuştur. Hatta 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sadece birkaç ay sonra Anayasa Mahkemesi, 104. Maddenin 2. Fıkrasını iptal etmiştir. 2014 yılında ise 6545 sayılı kanunla madde metninde birtakım değişikliklere gidilmiştir. Fakat tüm bunlara rağmen 104. Madde ile ilgili tartışmalar sona ermemiştir.

TCK'nın 104. Maddesinin hâlihazırdaki halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu üç fıkra halinde şu şekilde düzenlenmiştir:

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

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

Konumuz olan 104. Maddenin 1. Fıkrasına baktığımızda kanun koyucunun 15-18 yaş grubundaki çocukların cebir, tehdit veya hile olmaksızın yani rıza dâhilinde bile olsa cinsel ilişki yaşamalarını suç olarak düzenlediğini görüyoruz. Bu anlamıyla TCK'nın 104/1. Maddesi

Türk Hukukunda cinsel ilişkiye girmede özgürlük yaşını da (18 yaşın tamamlanması) tayin etmektedir¹.

I. SUÇUN HUKUKİ KONUSU

Bir suçun hukuki konusu, o suç tipi ile korunmak istenilen hukuki menfaati ifade eder². Diğer bir anlatımla, suçun hukuki konusu kanun koyucunun korumayı hedeflediği menfaattir³. Bu menfaatin ne olduğunun tespitinde yararlanılacak ilk kaynak şüphesiz madde gerekçeleridir. Ancak 104. Maddenin gerekçesi üzerinden bu tespiti yapabilmemiz mümkün değildir. Çünkü gerekçede sadece “*Madde metninde, reşit olmayan kişiyle cinsel ilişkide bulunmak, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır*”⁴ denilerek reşit olmayan bir kişi ile cinsel ilişkiye girmenin suç olduğu belirtilmiş fakat neden suç olduğu açıklanmamıştır. Bu yüzden doktrinde maddenin sistematiği üzerinden yorum yapılarak suçun Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlığı altında düzenlendiği ve TCK’nın da suç tasniflerini korunan hukuki değere göre yaptığı gerekçesi ile suçun hukuki konusunun çocuğun cinsel dokunulmazlığı, cinsel özgürlüğü olduğu söylenmiştir⁵.

-
- 1 Şayet 104. Madde olmasaydı bu yaş TCK m. 103 uyarınca 15 yaşın tamamlanması olacaktı.
 - 2 **ARTUK**, Mehmet Emin/ **GÖKÇEN**, Ahmet/ **YENİDÜNYA**, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 285.
 - 3 **ÖZBEK**, Veli Özer/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar/ **TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 221.
 - 4 Gerekçe için bkz. **ÖZGENÇ**, İzzet, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 205.
 - 5 **TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan/ **ÖNOK**, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018 s.438; **AYDIN**, Murat, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olamayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 101, 102; **YAŞAR**, Osman/ **GÖKCAN**, Hasan Tahsin/ **ARTUÇ**, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 3414 (Yazar ayrıca bu suçta korunan yararın çocuğun cinsel gelişimi de olduğunu söylemektedir); **KANBUR**, Mehmet Nihat, “6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m.104)”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, Y. 2014, s. 4142. (Yazar ayrıca bu suçta korunan yararın çocuğun cinsel gelişimi de olduğunu söylemektedir); **ÖZCAN**, Onur, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 3, Y. 2022, s. 305.

Madde metnini de nazara alarak bir yorum yapacak olursak, korunmak istenen menfaatin çocuğun cinsel gelişimi olduğunu söylemek daha yerinde olacaktır⁶. Çünkü cinsel dokunulmazlık, kişinin rızası hilaflına yapılacak olan cinsel içerikli saldırılardan korunmasını ifade eder⁷. Yani cinsel dokunulmazlık, kişinin cinsel şiddete⁸ karşı korunmasıdır. Ancak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda herhangi bir zorlama olmayıp aksine rıza, suçun maddi unsurları arasında yer almaktadır. Benzer şekilde rızaya dayalı olan bir suçta cinsel özgürlüğün korunduğu da yine söylenemez⁹.

II. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. Fail

104. Maddenin 1. Fıkrasının metninde faile ilişkin herhangi bir özellik belirtilmediği için reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bir özgü suç¹⁰ değildir. Yani herkes bu suçun faili olabilir¹¹. Fakat durum böyle olmakla beraber doktrinde failin belli vasıflara sahip olması gerektiğini savu-

⁶ Aynı yönde bkz. **ÖZBEK**, Veli Özer/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar/ **TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 366; **KANTARCI**, Nurullah, Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 92; **TANER**, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 366; **KANBUR**, s. 4143; **KOCAOĞLU**, Sinan, Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 404.

⁷ **GÜLVEREN**, İbrahim, Yeni Türk Ceza Kanunu Sistemi İçerisinde Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanunu Reformu Üçüncü Kitap Yeni Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu Panel 1 Nisan 2005 Çanakkale, (Türkiye Barolar Birliği), Ankara 2005, s. 153.

⁸ Cinsel şiddet, zorlayıcı ve yıkıcı cinsel davranışlarda bulunmayı ifade eder. **POLAT**, Oğuz, Adli Psikolojiye Giriş, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 66.

⁹ **KANTARCI**, s. 92.

¹⁰ Özgü suç, yalnızca belirli bir sığata veya niteliğe sahip kişiler tarafından işlenebilen suç tipini ifade eder. **ÖZBEK vd**, Genel Hükümler, s. 586.

¹¹ Aynı yönde bkz. **YAŞAR vd**, s. 3414; **ÖZBEK vd**, Özel Hükümler, s. 366; **YURTCAN**, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 237; **TANER**, s.376; **AKKAYA**, Çetin, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 363; **BAYRAKTAR**, Köksal/**YILDIZ**, Kemal/**ALTUNÇ**, Sinan **vd**, Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 541.

nan görüşler de ileri sürülmüştür. Bu görüşleri iki ana başlık altında şu şekilde toplayabiliriz:

- 1) Fail 18 Yaşından Büyük Olmalıdır Görüşü
- 2) Fail Erkek Olmalıdır Görüşü

1. Fail 18 Yaşından Büyük Olmalıdır Görüşü

Bu görüşü savunanlara göre failin muhakkak 18 yaşını tamamlamış olması gereklidir¹². Yazarlar bu görüşlerine ana gerekçe olarak failin reşit olmadığı bir durumda fail ile mağdur sıfatlarının birleşeceği tezini ileri sürmektedirler. Ayrıca madde başlığı ve gerekçesinde sadece reşit olmayan mağdura vurgu yapılmış olmasından dolayı kanun koyucunun bir nevi gizli özne kullanarak faili, reşit olan bir kimse olarak düzenlediğini, sonuç olarak da suçun reşit olmuş bir kimse ile henüz reşit olmamış bir kimse arasındaki cinsel ilişkiyi yasakladığını iddia etmektedirler¹³.

Bu görüşe üç gerekçe ile katılmamaktayız:

1) Kanun metninde failin yaşına yönelik herhangi bir sınırlama yapılmamışken madde başlığı ve gerekçesinden yola çıkılarak faile 18 yaşından büyük olması gerektiği şeklinde bir vasıf yüklenilmesi ceza hukukunun temeli olan tipiklik ilkesine aykırıdır.

2) 104. Maddenin ilk halinde faille mağdur arasındaki yaş farkının beşten büyük olması halinde verilecek cezanın artırılacağını öngören bir

¹² TEZCAN vd, s. 441; KANTARCI, s. 117; KANBUR, s.4146; AYDIN, Reşit Olamayanla Cinsel İlişki Suçu, s.104; TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 10. Baskı, Savaş Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 70; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 6. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 169; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 372; KOCAOĞLU, s. 405, 406 (Ancak yazar kitabın 409. sayfasında failin yaşının 18'den küçük olabileceğini kabul etmektedir); SARIGÜL Ali Tanju, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail (TCK m.104)", AHBVÜHFD, C. 25, S. 2, Y. 2021, s. 741, 742.

¹³ Bu görüşü savunan isimlerden olan Özgenç kanun koyucunun faili belirsiz bir suç ihdas etmeyeceğini bu yüzden failin 18 yaşından büyük olması gerektiğini failin de 15-18 yaş grubunda bulunması halinde bu durumda eylemlerine uyan bir suç tipinin TCK da yer almadığını söylemektedir bkz. Özgenç, İzzet, Gazi Şerhi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 824. Aynı yönde; TEZCAN vd, s. 441; KOCAOĞLU, s. 406; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 372.

nitelikli hal mevcuttu¹⁴. Daha sonra bu hüküm Anayasa Mahkemesince eşitlik ilkesine aykırı görülerek iptal edilmiştir¹⁵. Burada önemli olan nokta, eski düzenlemenin mefhumu muhalifinden, mağdur ile fail arasındaki yaş farkının beşten az olabileceği, hatta yaş farkının olmayabileceği sonucunun çıkmasıdır. Yani, kanunun ilk halinde failin yaşının 18'den az olabileceği açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır.

3) Fail ve mağdur sıfatlarının birleşmesinden söz edilebilmesi için ortada tek bir eylemin bulunması ve bu eylemden başkaca bir 3. kişinin etkilenmemiş olması gereklidir¹⁶. Örneğin, bir kişinin kendisini sakatlaması veya başka bir şekilde kendisine zarar vermesi halinde (*self injury*) fail ve mağdur sıfatları birleşmiş olacaktır¹⁷ ancak aynı kişinin askerlikten kaçmak amacıyla kendisini askerliğe yaramayacak hale getirmesinde ortada yine tek bir eylem olmasına rağmen fiilden etkilenen üçüncü bir kişi yani devlet olduğundan bu kişi cezalandırılacaktır¹⁸ (Askeri Ceza Kanunu'nun 79. Maddesi uyarınca). Bu bağlamda konuyu cinsel ilişki eylemi açısından irdelersek; fail hem kendisi dışında bir 3. kişiyi etkilemekte hem de ortada zaten tek bir eylem bulunmamaktadır. Çünkü cinsel ilişki her ne kadar tek eylemiş gibi gözükse de gerçekte karşılıklı bir eylem olduğundan iki taraf da birbirini etkilemektedir. Diğer bir anlatımla, tek taraflı/yönlü cinsel ilişki şeklinde bir fiilden söz edile-

¹⁴ 104. Maddenin 2. Fıkrasının ilk hali şu şekilde idi: *Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır.*

¹⁵ *AYM., E. 2005/103, K. 2005/89 (25/2/2006 tarih ve 26091 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır)*

¹⁶ **KANTARCI**, s. 110.

¹⁷ Aslında TCK'nun kasten yaralama suçunun temel halini düzenleyen 86. Maddesinin 1. Fıkrasında "*Kasten başkasının vücuduna...*" demek suretiyle failin kendisi dışında birisinin vücuduna acı vermesi, sağlığını veya algılama yeteneğini bozması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Fakat böyle bir ibare olmasaydı bile kişinin kendisini yaralaması kasten yaralama suçuna vücut vermeyecekti. Tıpkı TCK'nun tehdit suçunu düzenleyen 106. Maddesinin 1. Fıkrasındaki "*Bir başkasını*" ifadesinin olmaması halinde de kişinin kendisine karşı tehdit suçunu işleyememesinde olduğu gibi. Çünkü suçun aktif süjesi olan fail ile pasif süjesi olan mağdurun farklı kişiler olması gereklidir. Bkz. **AYDIN**, Murat, *Ceza Hukukunda Mağdur Kavramı, Mağdur Hakları Ve Mağdurun İkincil Mağduriyetten Korunması*, Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku, Ankara, 2022, s. 41.

¹⁸ **KANTARCI**, s. 110.

mez¹⁹. Nitekim salt lügat manasıyla dahi konuyu ele alırsak “cinsel” kelimesi sözlükte “seksüel²⁰” manasına gelmektedir. İlişki ise “iki şey arasında karşılıklı ilgi, bağ, münasebet, temas²¹” anlamına gelmektedir. Tanımlardan yola çıkarak cinsel ilişkiyi iki şey arasında karşılıklı seksüel ilgi, münasebet, temas şeklinde tanımlayabiliriz.

Sonuç olarak, cinsel ilişkinin bir tarafı olan 15-18 yaş grubundaki çocuk kendi eylemi dolayısıyla fail konumundayken, karşı taraftaki 15-18 yaş grubundaki çocuk partnerinin eylemleri dolayısıyla da mağdur konumundadır²². Bu yüzden iki tarafın da çocuk olduğu bu ihtimalde tarafların karşılıklı şikâyeti var ise her ikisinin de cezalandırılması gereklidir²³. Bu konuda Yargıtay da failin yaşının 18’den az olabileceğini kabul etmektedir²⁴. Fakat failin yaş küçüklüğü TCK m. 31 anlamında hafifletici sebep teşkil edecektir²⁵. Yine kanaatimizce failin yaşı on beşin altında da olabilir. Örneğin; 14 yaşında bir çocuk ile 15-18 yaş grubundaki bir çocuğun rıza ile cinsel ilişkiye girmeleri halinde bizce 15-18 yaş grubundaki çocuk TCK m. 103’ ten, 14 yaşında bulunun çocuk ise TCK m. 104’ ten sorumlu tutulmalıdır.

Son olarak doktrindeki şu görüşe de yer vermeliyiz: O da iki çocuk arasında bu suçun işlenebileceğinin kabulüyle beraber ikna eden tarafın fail sayılması gerektiği görüşüdür. Bu görüşe göre sadece cinsel ilişkiye ikna eden çocuğun fail sayılması gereklidir²⁶. Madde metninde iknaya

¹⁹ KANTARCI, s. 110. Aynı yönde bkz. TEZCAN vd, s. 446; TANER, s. 375; ÖZBEK vd, Özel Hükümler, s. 368; ÇETİNKAYA, s. 366. (Yazar eylemin tekliğinden söz etmeyip doğrudan karşılıklı olarak mağdur ve fail olunacağını belirtmiştir.)

²⁰ TDK, Türkçe Sözlük, 11. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2011, s. 468.

²¹ TDK, s. 1176.

²² Aynı yönde YAŞAR vd, s. 3415.

²³ Aynı yönde. KOCAOĞLU, s. 409.

²⁴ *Suçta sürüklenen çocuğun... 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmemesi... Y., 14. CD., E. 2016/200, K. 2019/13414. (Kazancı); Y., 14. CD., E. 2016/4402, K. 2018/320 (Kazancı)*

²⁵ *Reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan dolayı suçta sürüklenen çocuğun... 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 31/3. maddesi gereğince indirim yapılması gerektiği gözetilmeden... Y., 14. CD., E. 2019/5335, K. 2019/12652. (Kazancı)*

²⁶ ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA Caner, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 244. Özgenç de benzer bir yaklaşımla TCK'nın 104. Maddesinin adının *Reşit Olmayan Cinsel*

yönelik bir ibare bulunmadığından ve suçun koruduğu hukuki yararı da dikkate aldığımızda böyle bir görüşün kabulü mümkün değildir²⁷.

2. Fail Erkek Olmalıdır Görüşü

Aslında bu görüş 765 sayılı TCK zamanındaki cinsel suçların failinin ancak erkek olabileceği kabulünün bir tezahürü olup çıkış noktası ise madde metninde geçen cinsel ilişki kavramının hatalı şekilde tanımlanmasıdır. Bu konuya aslında fiil başlığı altında detaylı bir şekilde değinilecektir. Fakat burada şunu söyleyebiliriz: Yargıtay ve doktrinin azınlık bir kısmı madde metnindeki cinsel ilişki kavramını “*bir erkeğin penisini bir kadının vajinasına veya anüsüne yahut başka bir erkeğin anüsüne dahil ettirmesi*” olarak tanımlamaktadır²⁸. Böyle bir tanım yapıldığı takdirde bir kadının bu suçu işleyebilmesi biyolojik olarak imkânsız hale gelmektedir²⁹. Ayrıca bu tanım fail açısından bir de aktiflik (dahil etme) şartı getirmektedir.

Tekrar belirtelim ki bu görüş azınlıkta olup aksi yönde düşünen birçok yazar vardır³⁰. Nitekim biz de bu görüşe iki gerekçe ile katılmaktayız:

1) Kanun koyucunun fail için cinsiyet belirlememesine rağmen böyle bir ayırımın yapılması tipikliğe aykırıdır.

İlişkiye İkna olarak değiştirilmesi gerektiğini, ayrıca 1. Fıkranın da “*Onbeş yaşını bitirmiş olan çocuğu, cinsel ilişkide bulunmaya ikna eden kişi cinsel ilişkinin gerçekleşmesi halinde ve şikâyet üzerine altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” şeklinde değiştirilmesi gerektiğini söylemektedir. **ÖZGENÇ**, Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, s. 206.

²⁷ **SARIGÜL**, s. 733.

²⁸ *Y., 14. CD., E. 2012/6729, K. 2014/5373.* (**KANTARCI**, s. 103, dpn. 372); **BAYTEMİR**, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 485; **YAŞAR vd**, s. 3417.

²⁹ Aynı yönde bkz. **BAYTEMİR**, s. 485.

³⁰ Bkz. **KANTARCI**, s. 102; **TANER**, s. 369; **TEZCAN vd**, s. 440; **ÖZBEK vd**, Özel Hükümler, s. 366; **KANBUR**, s. 4146; **KOCAOĞLU**, s. 406; **KOCA/ÜZÜLMEZ**, s. 372; **YOKUŞ SEVÜK**, Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 144, **ÖZCAN**, s. 312. Anayasa Mahkemesi de 104. Maddeye ilişkin olarak verdiği iptal kararında madde metninde fail yönünden cinsiyet ayırımına gidilmediğini belirtmiştir. *Madde’de sanık ve mağdur yönünden cinsiyet ayırımı yapılmamıştır. Suçun oluşması için aranan ön koşul, mağdurun onbeş yaşını bitirmiş, onsekiz yaşını doldurmamış olmasıdır.* *AYM., E. 2005/103, K. 2005/89 (25/2/2006 tarih ve 26091 sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır)*

2) Cinsel ilişki kavramının bu denli dar tanımlanması hatalı olup sadece vücuda penis ithal edilmesinin cinsel ilişki sayılması tıbben doğru değildir. Ayrıca cinsel ilişkinin bir boyutu hatta belki de en önemli boyutu cinsel organların birleştirilmesidir. Bu birleştirme eyleminde aktif taraf erkek olabileceği gibi kadın da olabilir³¹. Yani cinsel ilişki sadece organ sokulması değil aynı zamanda organ sokturulmasıdır da³². Bu açıdan da bir kadın pek tabii bu suçun faili olabilecektir³³.

Yargıtay ise bir kararında suçun failinin erkek olabileceği görünüşünden yola çıkarak 15 yaşındaki kız ve 15 yaşındaki erkek çocuğun rızaen cinsel ilişkiyi girdikleri olayda failin erkek, mağdurun ise kız olduğuna hükmetmiştir³⁴. Yine Yargıtay başka bir kararında iki tarafın da erkek olduğu bir olayda aktif olan erkek çocuğunun fail, pasif olan erkek çocuğunun ise mağdur olduğuna hükmetmiştir³⁵. Kanaatimizce her iki karar da yanlış olup iki olayda da çocukların karşılıklı olarak suç işlediklerinin kabulü gerekliydi³⁶.

B. Mağdur

Mağdur için kanun metninde yaş haricinde başkaca bir özelliğe yer verilmemiştir³⁷. Buna göre mağdur 15-18 yaş grubunda bulunan kız veya erkek çocuğu olabilir. Fakat durum yine böyle olmakla beraber kişinin belli vasıflara haiz olması halinde bu suçun mağduru olamayacağı yönünde görüşler ileri sürülmüştür.

Bu görüşleri iki başlık altında şu şekilde toplayabiliriz:

- 1) Reşit Kişi Bu Suçun Mağduru Olamaz Görüşü
- 2) Failin Kadın Olması Halinde Mağdur Kadın Olamaz Görüşü

³¹ Aynı yönde KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 374.

³² Aynı yönde ÖZCAN, s. 330.

³³ Sarıgül de bir kadının kendisine penis sokturmak suretiyle bu suçun faili olabileceğini söylemektedir. SARIGÜL, s. 733.

³⁴ Y., 14. CD., E. 2012/8899, K. 2014/1766. (TANER, s. 376)

³⁵ Y., 14. CD., E. 2012/13961, K. 2013/467. (KANBUR, s. 4151) Aynı yönde görüş için bkz. ÖZCAN, s. 315, 316.

³⁶ Sarıgül de iki tarafın erkek olduğu durumlarda aktif-pasif ayrımının yapılmaması gerektiğini görüşündedir. SARIGÜL, s. 733.

³⁷ Aynı yönde bkz. TOROSLU, s. 70.

1. Reşit Kişi Bu Suçun Mağduru Olamaz Görüşü

Bu görüşün çıkış noktası madde metni ile madde başlığı arasındaki uyumsuzluktur. Konumuz olan 104. maddenin metninde sadece yaşa yer verilip reşit olma halinden hiç söz edilmemişken madde başlığı *Reşit Olmayan İle Cinsel İlişki* adını taşımaktadır. Durum böyle olunca salt madde başlığı üzerinden bir yorum yapıldığında reşit olmuş birisi ile cinsel ilişki kurmanın suç olmayacağı sonucu çıkmaktadır. Nitekim madde gerekçesi de bu yorumu güçlendirecek şekilde yaştan bahsetmeyip sadece reşit olmayan birisi ile cinsel ilişki kurmanın suç olduğundan söz etmektedir. Peki, gerçekte reşit olmuş biri ile cinsel ilişkiye girmek her zaman için suç teşkil etmeyecek midir? Bu konuya ilişkin açıklamalara geçmeden önce, reşitlik kavramının izah edilmesi faydalı olacaktır.

Reşitlik, TCK'da tanımı yapılmış bir kavram değildir. Bu yüzden hukukta birlik ilkesi gereğince bu kavramın açıklanmasında Türk Medeni Kanunu'ndan faydalanmalıyız. TMK'ya göre reşitlik (kanundaki adıyla erginlik) fiil ehliyetine sahip olma şartlarından biri olup³⁸, kazanılması için –istisnai iki durum hariç- TMK m. 11/1 uyarınca 18 yaşın doldurulması gereklidir. Buna “olağan yoldan erginliğin kazanılması” da denilmektedir³⁹. Bu noktada olağan yoldan reşit olmuş birisi ile rıza dâhilinde gerçekleşen cinsel ilişkiler zaten konumuzu ilgilendirmeyecektir. Ancak medeni kanunda erginliğin olağanüstü yollardan, yani 18 yaş henüz tamamlanmadan kazanılmasının yolları da vardır. Bunlar ise TMK m. 11/2 uyarınca evlenme ve TMK m. 12 uyarınca mahkeme kararı ile ergin kılınmadır. Tartışmaların çıktığı nokta da tam olarak burasıdır. Yani mağdur henüz 18 yaşını tamamlamamış fakat hukuken reşit olmuş ise bu durum suç teşkil edecek midir?

Mahkeme kararı ile erginliğin kazanıldığı durumlarda bu suçun oluşmaya devam edeceği konusunda öğretide hemen hemen görüş birliği vardır⁴⁰. Bizce de böyle bir durumda suç oluşmaya devam edecektir.

³⁸ TMK m. 10; *Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.*

³⁹ **AYAN**, Mehmet/**AYAN**, Nurşen, *Kişiler Hukuku*, 6. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, s. 34.

⁴⁰ Aksi görüşler için bkz. **YAŞAR vd.**, s. 3415; **AYDIN**, *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, s. 105; **AKKAYA**, s.364; **KOCAOĞLU**, s. 413; **DÜLGER**, İbrahim,

Asıl sorun evlenme ile erginliğin kazanılması durumunda suçun oluşumuna devam edip etmeyeceğindedir. Bu soruna yönelik öğretide getirilen cevapları üç başlık altında toplayabiliriz:

1. Görüş: Evlenme halinde suç, eş de dâhil herkese karşı oluşmaya devam edecektir⁴¹.

2. Görüş: Evlenme halinde suç, eş de dâhil hiç kimseye karşı oluşmayacaktır⁴².

3. Görüş: Evlenme halinde suç, sadece eş açısından oluşmayacak fakat diğer kişilere karşı oluşmaya devam edecektir⁴³.

Kanaatimizce, 104. maddenin başlığının madde metnine dâhil edilebilmesi için aynı TTK'nın 1534. Maddesinde olduğu gibi kanunda açık bir düzenlemenin olması gereklidir⁴⁴. Bu yüzden madde başlığından ve gerekçesinden yola çıkarak suçun kapsamına henüz 18 yaşını doldurmadan reşit olanları dâhil etmemek kanun koyucunun maksadını aşar derecede genişletici yorum yapmak olacaktır. Buradaki "reşit olmayan" ifadesinin, madde metni ve suçla korunan hukuki yarar nazara alınarak "on beş yaşını tamamlamış olan çocuk" şeklinde yorumlanması gereklidir⁴⁵. Dolayısıyla mahkeme kararıyla yahut da evlenme yolu ile reşit olmuş bir kimse ile cinsel ilişkide bulunmak, kural olarak bu suçun oluşumuna engel teşkil etmeyecektir.

Fakat evlenme yolu ile erginliğin kazanıldığı hallere parantez açılması gereklidir. Şöyle ki, evli kadın veya erkeğin eşi ile cinsel birlik-telik yaşaması ceza hukuku bağlamında hakkın kullanılması niteliğindedir⁴⁶. Hakeza Medeni Hukuk doktrinine göre de eşlerin birbirlerinin

"Çocukların Cinsel İstismarı", Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 6, Mayıs 2010, s. 41; YOKUŞ SEVÜK, s. 146.

⁴¹ BAYRAKTAR vd, s. 542.

⁴² KOCAOĞLU, s. 413; TEZCAN vd, s. 444; AYDIN, Reşit Olamayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 105; AKKAYA, s. 365; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 373; TANER, s. 369.

⁴³ KANBUR, s. 4162; KANTARCI, s. 133; ÖZBEK vd, Özel Hükümler, s. 370.

⁴⁴ Karşıt görüşler için bkz. SAYMEN, Ferit, "Matlablar Kanun Mudur?", İÜHFM, C. 10, S. 3-4, Y. 1945, s. 577, 578; KOCAOĞLU, s. 412; YAŞAR vd, s. 3415; AKKAYA, s. 364 (Yazar, Adalet Alt Komisyonu raporuna dayanarak 104. Maddenin başlığının madde metnine dâhil olduğunu savunmaktadır).

⁴⁵ ÖZCAN, s. 325.

⁴⁶ KOCAOĞLU, s. 411; KANBUR, s. 4161; ÖZCAN, s. 352.

cinsel arzularını yerine getirmeleri evlilik birliğinin getirmiş olduğu bir yükümlülüktür⁴⁷. Yükümlülük ise kişinin yerine getirmeye mecbur olduğu şeyleri ifade eder⁴⁸. Böyle bir durumda medeni hukuktan doğan yükümlülüğünü yerine getiren kişiye ceza verilmesi adalet duygusuyla ve hukuk devleti ilkesiyle⁴⁹ bağdaşamaz. Bu yüzden, henüz çocuk da olsa eşiyile cinsel ilişki yaşayan kişi "hakkın kullanılması" hukuka uygunluk sebebinden faydalanacak ve suç işlememiş sayılacaktır. Yalnız altını tekrar çizelim; burada hak olan, eşlerin rıza dâhilinde cinsel ilişki yaşamalarıdır. Eşin rızası hilafına yaşanacak cinsel ilişkiler mağdurun çocuk olduğu bu durumda TCK m. 103/2 uyarınca Çocuğun nitelikli Cinsel İstismarı suçuna vücut verecektir. Medeni Hukuk açısından da bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin müeyyidesi tabii ki eşle zorla cinsel ilişkiye girmek değil, evlilik birliğinin sarsılması sebebine dayanarak boşanabilmektir⁵⁰.

Buraya kadar olan kısımları özetlersek:

18 yaşını doldurarak ergin olanlar Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu'nun konusunu oluşturmayacaktır. Mahkeme kararıyla ergin kılınanlar ile cinsel ilişkide bulunmak ise suçun oluşumuna etki etmeyecek ve suç oluşmaya devam edecektir. Evlenmek suretiyle ergin olanlar ile cinsel ilişkide bulunmak ise kural olarak suçun oluşumuna etki etmeyecektir. Kuralın tek istisnasını ise evlilik yolu ile reşit olan çocuğun eşi ile cinsel ilişki yaşaması hali teşkil edecektir. Bu durumda çocuğun eşi açısından suç oluşmayacak, buna mukabil eş dışındaki 3. kişiler açısından suç oluşmaya devam edecektir. Çünkü 3. kişiler için herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmayacaktır.

⁴⁷ GENÇCAN, Ömer Uğur, Boşanma Tazminat Ve Nafaka Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 516; AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 112; ZEVLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/GÜRPINAR, Damla, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 9. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2015, s. 237.

⁴⁸ GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, 12. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2015, s. 400.

⁴⁹ Vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlet anlamına gelmektedir. GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2019, s. 207.

⁵⁰ GENÇCAN, s. 512.

2. Failin Kadın Olması Halinde Mağdurun Kadın Olamayacağı Görüşü

Daha önce değindiğimiz cinsel ilişki kavramının hatalı tanımlanmasından doğan tartışmalardan biri de, iki kadın arasında bu suçun işlenip işlenemeyeceği sorusudur. Doktrinde suçun failinin hem kadın hem de erkek olabileceğini kabul edenler dahi failin kadın olması halinde mağdurun muhakkak erkek olması gerektiğini savunmaktadırlar. Buna gerekçe olarak da kanun koyucunun TCK madde 102 ve 103'ten farklı olarak organ veya cisim sokulması tabiri yerine cinsel ilişki tabirini kullanmış olmasını göstermektedirler. Şöyle ki; yazarlar cinsel ilişkinin en az bir tarafının erkek olması gerektiğini (iki tarafı da olabilir), iki kadın arasında asla cinsel ilişkinin yaşanamayacağını savunmaktadırlar⁵¹. Nitekim Yargıtay da bir kız çocuğunun başka bir kız çocuğunun vajinasına parmak sokması eylemini bu gerekçeyle suç olarak kabul etmemiştir⁵².

Kanaatimizce cinsel ilişki kavramı daha geniş manada tanımlanmalı ve vücuda penis dışında bir organ yahut cismin sokulması da cinsel ilişki olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda iki kız çocuğunun cisim veya parmak kullanmak suretiyle beraberlik yaşamaları da suç sayılmalıdır⁵³. Bu görüş, suçla korunan hukuki yarar da nazara alındığında daha isabetli olacaktır. Aksi takdirde bir erkeğin bir kız çocuğuna penis ithal etmesi çocuğun cinsel gelişimini bozuyorken iki kız çocuğunun birbirlerine yapay penis ithal etmesi cinsel gelişimlerini etkilemeyeceği sonucunu doğuracaktır ki bu da son derece bilimsellikten uzak bir sonuç olacaktır⁵⁴. Konuyu bir de anayasa hukuku açısından ele alırsak, bu görüşün kabulü halinde Türk Hukukunda gay ve heteroseksüel cinsel ilişki yaşı 18 olarak kabul edilirken, lezbiyen ilişki yaşı 15 yaş olarak kabul

⁵¹ YAŞAR vd, s. 3417; KOCAOĞLU, s. 405, 408, 415; BAYRAKTAR vd, s. 541; TEZCAN vd, s. 440; TANER, s. 368, SARIGÜL, s. 732, 733; YOKUŞ SEVÜK, s. 144.

⁵² Y., 14. CD., E. 2012/6729, K. 2014/5373. (KANBUR, s. 4146)

⁵³ Suçun aynı cinsler arasında işlenebileceğine ilişkin görüşler için bkz. AKKAYA, s. 363; ÖZBEK vd, Özel Hükümler, s. 344; KANBUR, s. 4146 ve 4159; AYDIN, Reşit Olamayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 103; PEKER, İlbilge Selcen, "Reşit Olamayanla Cinsel İlişki Suçunda Yer Alan Cinsel İlişki Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme", KTOKÜHFD, C. 6, S. 1, Y. Ocak 2021, s. 28.

⁵⁴ Aynı yönde bkz. AYDIN, Reşit Olamayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 103.

edilmiş olacaktır. Hiçbir hukuki ve tıbbi dayanağı olmayan bu ayrım, Anayasa'nın 10. Maddesine de aykırıdır⁵⁵.

III. Fiil

TCK'nın 104. Maddesinin 1. Fıkrası fiile ilişkin iki şart öngörmüştür. İlk olarak fiil cinsel ilişki niteliğinde olmalıdır. İkinci olarak ise fiil, cebir, hile veya tehdit içermemelidir.

A. Fiil Cinsel İlişki Olmalıdır

Kanun koyucu, TCK'nın 102 ve 103. Maddelerinden farklı olarak bu suçta vücuda organ veya sair cisim sokulması tabirini değil de cinsel ilişkide bulunulması tabirini kullanmıştır. Şimdiye kadar olan kısımlarda değindiğimiz üzere kanun koyucunun bu tercihi yüzünden öğretilerde suça ilişkin tartışmalar yaşanmaktadır⁵⁶.

Cinsel ilişkinin genel kabul gören tanımı *tarafardan en az birinin erkek olduğu ve vücuda penis ithal edilen birleşmeler* şeklinde yapılmaktadır. Bu tanım oral seks ve vücuda cisim veya penis dışında bir organın sokulması yahut sokturulmasını 104. Maddenin kapsamı dışında bırakmaktadır⁵⁷. Bu tanıma öğretilerde cinsel ilişkinin dar yorumlanması da denilmektedir⁵⁸. Nitekim Yargıtay da cinsel ilişkiyi *erkeğin penisinin bir kadının vajinasına veya anüsüne yahut başka bir erkeğin anüsüne dahil edilmesi* şeklinde tanımlayarak dar yorumu kabul etmektedir.

Konuya ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce şunu belirtelim ki, cinsel ilişki kavramının bu denli dar yorumlanması yukarıda da yer yer değindiğimiz üzere suçla korunan hukuki yarar ve mantık kıstasıyla birlikte değerlendirildiğinde sakıncalı sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin, böyle bir tanımın kabulü halinde bir erkeğin bir kız çocuğuna penisini sokması suçken ve mağdur çocuğun cinsel gelişimini bozuyorken, aynı kişinin çocuğa yapay bir cisim sokması suç olmamakta ve çocuğun cinsel gelişimini bozmamaktadır. Yine iki erkek çocuğunun bir-

⁵⁵ Aynı yönde bkz. **BAYRAKTAR vd**, s. 541.

⁵⁶ Özcan'a göre kanun koyucunun cinsel ilişki tabirini kullanmasının sebebi suçun rızaya dayalı olarak işlenmesidir. **ÖZCAN**, s. 329, 330.

⁵⁷ Bkz. **YAŞAR vd**, s. 3417; **YOKUŞ SEVÜK**, s. 148.

⁵⁸ **ÖZCAN**, s. 326; **KOCAOĞLU**, s. 414; **ÜNAL**, Can, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, İstanbul, 2019, s. 47.

birlerine penis ithal etmeleri suçken/cinsel gelişimlerini bozuyorken cisim ithal etmeleri suç olmayacak/cinsel gelişimlerini bozmayacaktır. Dahası, 104. Maddenin 1. Fıkrasında aranan cinsel ilişki şartı 2. ve 3. Fıkralar için de geçerlidir. Böyle bir durumda bir annenin kendi çocuğuna rıza dâhilinde cisim yahut parmak sokması gibi bir eylemi ceza hukuku açısından meşru sayılacaktır⁵⁹. Bu durumun çocuğun cinsel gelişimi üzerinde olumsuz bir etki yaratmayacağı iddia edilemez.

İlaveten, penisin sadece anüs veya vajinaya sokulması cinsel ilişki olarak kabul edilerek oral seksin cinsel ilişki kapsamı dışında bırakılması da hatalıdır⁶⁰.

Girizgâh ışığında suçla korunan hukuki yarar çocuğun cinsel gelişimi olduğundan bu kabullerin ne kadar sakıncalı olduğunu görebiliyoruz. Peki, gerçekte 104. Madde bu hatalı sonuçları doğuracak şekilde mi düzenlenmiştir? Doktrinde fiile ilişkin yapılan tartışmaların altında yatan sebep madde metninde geçen cinsel ilişki kavramının hukuki bir kavram olarak görülerek hukukçular tarafından yorumlanmaya çalışılmasıdır. Cinsel ilişki tıbbi bir kavram olup bu kavramın tanımında tıp biliminin verilerinden yararlanılmalıdır. Tıp ise cinsel aktiviteyi (*sexual activity*) penetrasyon içeren cinsel aktiviteler (*intercourse, penetrative sex*) ve penetrasyon içermeyen cinsel aktiviteler (*outercourse, non-penetrative sex*) olarak ikiye ayırmaktadır⁶¹. TCK m. 104'teki cinsel ilişki ile *intercourse* yani penetrasyon (duhul) içeren cinsel aktivitelerdir. Bunlar ise vajinal seks, anal seks, oral seks (*cunnilingus, fellatio* veya *analingus* olabilir) ve obje veya penis dışındaki bir organın vajinal ya da anal kavitelere sokulmasıdır⁶².

⁵⁹ PEKER, s. 26.

⁶⁰ Oral seks cinsel ilişki olarak kabul etmeyen Yargıtay 16 yaşındaki bir erkek çocuğuna oral seks yaptırarak yetişkin erkeğin fiilini suç olarak değerlendirmemiştir. Bkz. Y. 5.CD., E.2011/2970, K.2011/4134. (YURTCAN, s. 262); Benzer yönde Y., 14. CD., E. 2011/7214, K. 2013/240 (ÜNAL, s. 49)

⁶¹ https://en.wikipedia.org/wiki/Human_sexual_activity ET: 25/4/2022.

⁶² BRUESS, Clint E/SCHROEDER, Elizabeth, Sexuality Education, 6. Baskı, Jones&Bartlett Learning, ABD, 2014, s. 152. <https://books.google.gg/books?id=WWF W6kkAVoC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false> ET: 25/4/2022; UNITED STATES. DEPARTMENT OF EDUCATION, Sexual Exploitation: What Parents of Handicapped Persons Should Know, Office of Special Education, 1983, s. 5. <https://b>

Bu tanımdan yola çıkarak iki çocuk arasında (15-18 yaş grubundaki) veya bir çocuk ile bir yetişkin arasında gerçekleşen her türlü vajinal, anal veya oral seks halleri ile vajinal ya da anal boşluklara sair bir organ veya cisim sokulması halleri reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna vücut verecektir⁶³. Bu sonuca ulaşmak için madde metninde herhangi bir değişikliğin yapılmasına da gerek yoktur. Yapılması gereken tek şey, yargı yerlerinin cinsel ilişkiyi bir hukuki tanım sorunu olarak görmeyi bırakarak tıbbın verilerine dayalı karar vermelidir. Başka bir anlatımla, cinsel ilişkinin dar olarak değil geniş olarak tanımlanması tüm bu sorunları çözecektir⁶⁴.

Son olarak; yukarıda sayılan hallerin dışında kalan sevişmek, sür-tünmek⁶⁵, göğüslerin öpülmesi, cinsel organlara dokunulması⁶⁶, cinsel organların ani ve kısa süreli öpülmesi, okşamak, öpüşmek, ısırarak, tarafların birbirlerine mastürbasyon yaptırması (cinsel kavitelere organ yahut cisim sokmamak koşuluyla) gibi penetrasyon içermeyen diğer cinsel içerikli davranışlar suç kapsamında sayılmayacaktır⁶⁷.

ooks.google.com.tr/books?id=GSE2lhPtdGgC&printsec=frontcover&dq=sexual+intercourse&hl=tr&sa=X&ved=2ahUKEwjDtey4j6_3AhXrgf0HHYvwARcQ6AF6BAGFEAl#v=onepage&q&f=false ET: 25/4/2022; SALM, Don, Legislation on Sexual Assault Laws, Wisconsin Legislative Council Staff, ABD, 1991, s. 17. <https://books.google.com.tr/books?id=xTtIAAAAMAAJ&pg=PA18&dq=sexual+intercourse+meaning&hl=tr&sa=X&ved=2ahUKEwi1kMu6q73AhXrhv0HHa72D4EQ6AF6BAGKEAI#v=onepage&q&f=false ET: 25/4/2022>.

⁶³ Aynı yönde bkz. **ÖZBEK vd**, Özel Hükümler, s. 371; **AYDIN**, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, s. 107; **KANBUR**, s. 4160; **KANTARCI**, s. 146, **PEKER**, s. 28; **ÖZCAN**, s. 328, 331.

⁶⁴ Cinsel ilişki sadece Ceza Hukukunu değil aynı zamanda Medeni Hukuku da ilgilendiren ve kendisine birtakım sonuçlar bağlanan bir eylemdir. Örneğin TMK'nın 161. Maddesi zinayı eşler açısından boşanma sebebi olarak kabul etmektedir. Üzerinde ittifak edilen görüşe göre bir eylemin zina olarak kabul edilebilmesi için cinsel ilişki niteliğinde olması gereklidir. Bkz. **GENÇCAN**, s. 131; **AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN**, s. 245; **ZEVKLİLER vd**, s. 283. Gençcan ise cinsel ilişkiyi cinsel organ ya da organların dâhil oldukları her türlü ilişki olarak kabul etmektedir. Ayrıca yazar aynı cinseler arasında da zinanın yani cinsel ilişkinin olabileceğini kabul etmektedir. Bkz. **GENÇCAN**, s. 132, 135 ve 136.

⁶⁵ *Erzurum BAM.*, 3. CD., E. 2018/2068, K. 2018/1368 (**ÖZCAN**, s. 328, dpn. 36).

⁶⁶ *İstanbul BAM*, 20. CD., E. 2018/813, K. 2018/774 (**ÖZCAN**, s. 328, dpn. 36).

⁶⁷ TCK'nın 225. Maddesinin gerekçesinde cinsel ilişki, *cinsel arzuların tatmini amacıyla yönelik her türlü davranış ifade etmektedir* şeklinde tanımlanmıştır. **ÖZGENÇ**,

B. Fill Cebir, Tehdit veya Hile İçermemelidir

Madde metnindeki cinsel ilişki eyleminin cebir, tehdit veya hile olmaksızın işlenmesi gerekliliği hukuka uygunluk sebeplerinden olan rızayı suçun maddi unsuru haline getirmiştir. Şimdi bu halleri inceleyelim.

1. Cebir

Cebir, lügati olarak *bir kimsenin isteğinin aksine bir hareketi yapmaya veya yapmamaya zorlanması; zorlama*⁶⁸ anlamına gelmektedir. Hukuki manada ise tartışmalar olmakla beraber genel kabul edilen tanımı şu şekildedir: *mağdurun direncini/iradesini kırmaya yönelik zorlayıcı her türlü eylem*⁶⁹. Bu eylemler mağdurun dövülmesi, kollarının sıkıca tutulması, saçının çekilmesi, tokat atılması, boğazının sıkılması gibi mağdura yönelik fiziksel eylemler olabileceği gibi duvara vazo fırlatılması, masaya sertçe vurmak gibi eşyaya yönelik eylemler de olabilir⁷⁰.

Cebrin mağdura yönelik mi olması gerektiği yoksa bir 3. kişi üzerinde de cebrin olup olamayacağı hususu tartışmalıdır. Konumuz açısından pratik bir sonuç doğurmayacağından bu tartışmalara girmiyoruz.

2. Tehdit

Tehdit, bir kişinin zarara uğratılacağından bahisle korkutulmasıdır⁷¹. Buradaki zarar tehdidi, doğrudan kişiye karşı olabileceği gibi bir 3. kişi yahut bir mala karşı da olabilir⁷².

Tehdit için nitelik itibarıyla cebire benzemesinden dolayı manevi cebir tabiri de kullanılmaktadır.

Bu manevi cebrin objektif açıdan etki yaratabilecek güçte olması gereklidir⁷³. Örneğin, "Benimle beraber olmazsan saçını çekerim." yahut "Sana küserim." şeklindeki ifadeler tehdit olarak kabul edilemez⁷⁴.

Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, s. 333. Kanaatimizce gerekçedeki bu tanım hatalı olup yukarıda sayılan cinsel arzuları tatmine yönelik olan fakat cinsel ilişki olarak nitelendirilemeyecek eylemleri de suç kapsamına dâhil etmektedir.

⁶⁸ YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 133.

⁶⁹ ÖZBEK vd, Özel Hükümler, s. 413; TEZCAN vd, s. 504.

⁷⁰ TEZCAN vd, s. 504, 505; ÖZBEK vd, Özel Hükümler, s. 414.

⁷¹ YILMAZ, s. 741.

⁷² ÖZBEK vd, Özel Hükümler, s. 392, 393.

Ayrıca tehdidin objektif açıdan etkileyici olması yeterli olduğundan mağdurun gerçekte korkmamış olmasının yahut tehdit edenin gerçekte eylemi gerçekleştirme iradesinin olmaması tehdidin varlığı açısından bir önem kesbetmemektedir⁷⁵. Örnek verecek olursak, silah doğrularak kendisiyle beraber olmasını isteyen failden korkmayıp, direnen mağdur açısından tehdit suretiyle TCK 103. Maddeye teşebbüs suçu oluşacaktır. Yargıtay ise bir kararında evli olan erkek failin daha önce beraber olduğu 16 yaşındaki erkek çocuğunu “Yaşadıklarımızı ailene ve arkadaşlarına anlatırım” tehdidi ile defalarca anal yoldan birlikte olduğu olayda failin evli olmasını gerekçe göstererek evli birisinin kendisini de zarara uğratacak bir eylemde bulunmayacağını, bu yüzden olayda tehdit unsurunun oluşmadığına hükmetmiştir⁷⁶. Kanaatimizce bu karar son derece yanlıştır. Öncelikle mahkemenin “Bir fail kendisini zarara uğratmaz.” şeklindeki yorumunun hiçbir dayanağı yoktur. Kaldı ki durum öyle bile olsa tehditte önemli olan mağdurun objektif açıdan ciddi bir tehdit ile etkilenecek iradesinin sakatlanması olduğundan failin gerçekte bu tehdidi gerçekleştirme iradesinin olmamasının tehdidin varlığı açısından bir önemi olmayacaktır.

Son olarak, objektif olarak etkileyici bile olsa tehditle cinsel ilişki arasında nedensellik bağı olmalıdır⁷⁷. Örneğin, kendisini silahla tehdit eden sevgilisiyle korktuğu için değil de bu eylemini çekici bulduğu için beraber olan 15-18 yaş grubundaki çocuk yönünden tehdit suretiyle TCK'nun 103. Maddesinin işlenmesi hali değil, TCK'nun 104. Maddesi oluşacaktır.

3. Hile

⁷³ ÖZBEK vd, Özel Hükümler, s. 394.

⁷⁴ Yargıtay vermiş olduğu bir kararda kendisiyle beraber olmaması halinde daha önce birlikte olduklarını annesine anlatmakla tehdit eden failin bu sözlerini tarafların daha önce rıza dâhilinde beraber olmaları bu nedenle sarf edilen sözlerin ciddi mahiyette olmadığı gerekçesiyle tehdit olarak görmemiştir. Bkz. Y., 14. CD., E. 2013/6701, K. 2014/4837 (Kazancı).

⁷⁵ TEZCAN vd, s. 474, 475.

⁷⁶ Y., 5. CD., E. 2011/2970, K. 2011/4134. (YURTCAN, s. 262).

⁷⁷ KANTARCI, s. 166.

Hile, kısaca mağdurun iradesinin ifsat edilerek kandırılmasıdır⁷⁸. Aslında mağdur burada eyleme rıza göstermektedir. Ancak eyleminin sonuçlarının farkında değildir. Bu hale örnek olarak sahte evlenme merasimi düzenlenerek mağdurun cinsel ilişkiye girmeye rıza göstermesini sağlamak⁷⁹ veya başka birinin kimliğiyle kendini tanıtmak gösterilebilir. Ancak kişinin beklediği menfaatini elde edememesi yahut saik hatasına düşmesi hile olarak değerlendirilmemelidir⁸⁰. Örneğin, mağdura evlenme vaadinde bulunarak cinsel ilişkiye girilmesi yahut failin mağdura para vereceğini söylemesi fakat vermemesi hallerinde hile söz konusu olmayacaktır. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda evlenme vaadini hile olarak kabul etmemişken⁸¹ bir tarikat liderinin kendilerini cennete ulaştıracağı vaadiyle cinsel ilişkiye girmesini nedense hileli davranış olarak kabul etmiştir⁸².

4. İradeyi Etkilen Hallerin Suçun Kapsamında Olup Olmadığı Sorunu

Kanun koyucunun rıza unsuruna vurgu yapmak maksadıyla sık sık benzer düzenlemeleri yaptığını görüyoruz. Örneğin TCK'nın 103/1-b. Maddesinde "*Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar*" şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak 104. Maddede benzer düzenlemelerden farklı olarak *iradeyi etkileyen başka bir neden* ifadesine yer verilmemiştir. Peki, maddenin bu ifadeye yer vermemiş olması mağdurlar açısından aleyhte bir durum doğuracak mıdır? Örneğin, sarhoş bir çocuğun bu halinden istifade ederek almış olduğu rıza ile onunla cinsel ilişkiye giren kişinin durumu ne olacaktır? Öncelikle şunu belirteyim ki Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda madde metninde geçmemesine rağmen *iradeyi etkileyen başkaca nedenleri* suç kapsamında araştırmak-

⁷⁸ YILMAZ, s. 304.

⁷⁹ KANTARCI, s. 175.

⁸⁰ KANTARCI, s. 173.

⁸¹ Y., 14. CD., E. 2014/1552, K. 2015/5994 (Kazancı).

⁸² Y., 14. CD., E. 2012/11328, K. 2012/9412 (Kazancı).

tadır⁸³. Nitekim doktrin de Yargıtay'ın bu tutumuna olumlu bakmaktadır.

Kanaatimizce de kanun metninde böyle bir kavrama yer verilmiş olması eksiklik olmayıp madde metninde geçen cebir, tehdit ve hile, rızanın olmayışının her türlü halini içinde barındırabilecek kavramlardır. Kaldı ki “rıza” olsa dahi iradeyi etkileyen bir nedenin varlığı halinde ortada geçerli bir rıza olmadığından artık Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu değil, Çocuğun nitelikli Cinsel İstismarı Suçu oluşacaktır. Konuya örnek verecek olursak; alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında olan, uykulu veya hipnoz halinde olan, nöbet geçiren veya benzeri hallerde bulunan bir mağdurun bu halinden istifade ederek rızasını alan kişi artık 104. Madde kapsamında değil, 103. Madde kapsamında cezalandırılacaktır.

Fakat yine de hukuk dilinde terim birliğini sağlanmak için aynı amaca hizmet eden hükümlerin aynı şekilde düzenlenmeleri daha doğru olacaktır.

C. Fiilin İspatı

Hangi eylemlerin konumuz olan suçu oluşturacağını açıkladık. Şimdi ise bu eylemlerin varlığının ispatına gelelim. Ceza hukukunda sanığın cezalandırılabilmesinin ilk şartı eylemin kanun maddesinde suç olarak tanımlanan tipikliğe uygun olmasıdır. Yani failin kanuni tanımdaki eylem veya eylemleri eksiksiz bir şekilde gerçekleştirmesidir. Ancak bir bu kadar önemli olan bir diğer şart ise, sanığın bu eylemi işlemiş olduğunun kesin olarak ispat edilmesidir. Gerçekte kişi suçu işlemiş olsa dahi bu eylemi her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı deliller ile ispat edilemediği takdirde sanık cezalandırılmayacaktır. Bu bağlamda konumuz olan suç açısından mahkemenin tespit etmesi gereken ilk husus, failin mağdur üzerinde herhangi bir iradeyi etkileyici hali (cebir, tehdit veya hile) kullanıp kullanmadığının tespiti hususudur. Çünkü iradeyi etkileyen bir halin tespiti halinde failin eylemi cinsel ilişki dahi olsa, zaten TCK m. 104 oluşmayacağı için diğer hususların tespitine

⁸³ *Mağdureyi sanıkta ele geçen görüntülerle veya başka bir şekilde tehdit ettiklerine ya da hile veyahutta iradesini etkileyen başka bir sebeple kendileriyle ilişkiye zorladıklarına dair... delil bulunmaması karşısında... Y., 14. CD., E. 2018/9991, K. 2019/9836 (Kazancı).*

geçmeye gerek kalmayacaktır. Yargıtay, rızanın varlığının tespiti konusunda çok hassas davranmakta ve “şüpheden sanık yararlanır” ilkesini katı bir şekilde uygulamaktadır⁸⁴. Yargıtay’ın bu tutumu tabii ki oldukça yerindedir. Çünkü fail, rızanın yokluğu halinde çok ağır bir suç olan çocuğun cinsel istismarı suçundan cezalandırılacak, rızanın varlığı halinde ise nispeten çok daha hafif olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır. Bu yüzden rıza unsurunun doğru bir şekilde tespiti fail açısından oldukça hayatidir. Burada, haliyle şu konuya da değinmemiz gereklidir: Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların mağdurları çoğunlukla her zaman için kadınlar ve çocuklar olmuştur. Yine cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar; doğaları itibariyle mağdurun tek başına olduğu, başka görgü tanığının bulunmadığı, gözden irak, mahrem yerlerde işlenmektedir. İlaveten, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamında olan çoğu eylem, arkasında fiziki delil de bırakmamaktadır. Örneğin sözle sataşmak, öpmek, dokunmak gibi eylemler adli bulgudan yoksundurlar. Tüm bunların neticesi olarak hukuk yargılamalarında, halk arasında “Kadının beyanı esastır.” şeklinde bilinen, başka bir delilin bulunmadığı hallerde mağdurun beyanının esas alınıp sanığa ceza verilmesini savunan bir bakış açısı doğmuştur⁸⁵. Bu bakış açısı ile verilen kararlar doktrinde tartışmalara yol açmıştır⁸⁶. Örneğin, Yargıtay bir kararında mesleğe yeni başlamış bekâr bir avukatın kendi kişiliğine ve meslek saygınlığına zarar verecek bir konuda iftira atmayacağından

⁸⁴ *Dosya içeriğine göre sanığın, para karşılığı bir çok erkekle birlikte olan mağdureye yönelik eylemini zorla işlediğine dair mağdurenin soyut beyanlarından başka cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı ve mevcut haliyle eylemin 5237 Sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek bu suçtan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi... Y., 14. CD., E. 2016/6259, K. 2017/4808. (Kazancı); Y., 14. CD., E. 2019/2915, K. 2019/11258. (Kazancı); Y., 14. CD., E. 2018/10052, K. 2019/10291 (Kazancı).*

⁸⁵ **BACAKSIZ**, Pınar, **BAYZİT**, Tuğba, “Yargıtay’ın Cinsel Dokunulmazlığı Karşı Suçlarda İspata Yaklaşımı”, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, Y. 2019, s. 388.

⁸⁶ Bkz. **KARACAN**, Olcay, “Kadının Beyanı Esastır İlkesi Ve Bağlamsallık”, AÜHFD, C. 71, S. 3, Y. 2022, s. 1293-1294; **BOZDAĞ**, Ahmet/**SARIUSTA**, Kader, “Ceza Yargılamasında Mağdurun Beyanı Ve Delil Değeri”, İnÜHFD, C. 8, S. 2, Y. 2017, s. 599; **BACAKSIZ/BAYZİT**, s. 388-390; **KOCAOĞLU**, s. 532-537; **KANTARCI**, s. 186-188.

bahisle sanık hakkında cezaya hükmetmiştir. Kararda bu sav, görülen her davada delil aramanın birçok olayın karşılıksız ve cezasız kalması sonucuna yol açacağı gerekçesiyle de desteklemiştir⁸⁷. Yine yüksek mahkeme başka bir kararında, suçtan kurtulmaya yönelik olan sanık beyanı yerine iffetli bir kadının beyanının daha muteber olduğuna karar vermiştir⁸⁸. Ayrıca benzer yönde daha birçok karar da mevcuttur⁸⁹. Böyle bir bakış açısı, en başta ceza yargılamasının temel ilkelerinden olan “Şüpheden sanık yararlanır ilkesini⁹⁰” ihlal etmektedir. Yine, ispat yükünü iddiada bulunan tarafa yükleyen ve Anayasa’nın 38/4. ve AİHS’in 6/2. Maddeleri ile güvence altına alınan “masumiyet karinesini⁹¹” de ihlal ederek sanığa masum olduğunu ispatlama külfeti getirmektedir⁹². Dahası, yerel mahkemelere yol gösterir nitelikte olan bu kararlar; hâkimlere mahkûmiyet için gerekli olan kesin kanaate ulaşılması yerine bazı hallerde delil aramaya dahi gerek olmadığı, kadınlar arasında iffetli-

⁸⁷ Suç kanıtı aramanın birçok olayın karşılıksız ve cezasız kalması gibi istenmeyen bir sonuca yol açacağı ve şikâyetçinin başkasına zarar vermek için kendisine zarar vermesinin hayatın olağan akışına uygun olmadığı, söz konusu olan olayda henüz avukatlık mesleğinin başlangıcında bekâr genç bir bayan olup kendisiyle ilgili böyle bir iddiayı ortaya koymasında toplumumuzda hâkim olan sosyal ve ahlaki değerler de gözetildiğinde, kişiliğinin ve mesleki saygınlığının zarara uğrayacağı muhakkaktır. Başkasını zarara uğratmak isterken kendisini zarara uğratması insanın doğasına aykırı bir olgudur... Y., 5. CD., E. 2003/4048, K. 2004/2528. (KARACAN, s. 1290).

⁸⁸ Kendisini suçtan kurtarmaya yönelik olarak inkârda bulunabileceği düşünülen sanık savunması yerine, saptanabilen başka bir amacı bulunmadığı gibi, henüz genç ve bekâr bir genç kız olması nedeniyle kendi iffetine zarar verecek şekilde yalan da söylemeyeceği değerlendirilen mağdurenin, baştan itibaren tutarlı iddialarına itibar etmek gerekmektedir... YCGK., E. 2008/5-187, K. 2009/128 (KARACAN, s. 1291).

⁸⁹ YCGK., E. 2019/481, K. 2019/652 (KARACAN, s. 1292); Y., 14. CD, E. 2013/523, K. 2014/12610; Y., 14. CD, E. 2011/21496, K. 2012/8620; Y., 14. CD, E. 2013/2047, K. 2014/12628 (Kazancı).

⁹⁰ Bu ilke, uyarınca mahkûmiyet hükmü kurma hususunda en ufak bir şüphe varsa bu şüpheden sanık yararlanacak ve hakkında cezaya hükmedilmeyecektir. ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 29.

⁹¹ Masumiyet karinesi, mahkûmiyet hükmü kesinleşinceye kadar şüpheli veya sanığın suçlu sayılmaması halidir. ŞAHİN, Cumhur/GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 148.

⁹² KORKUSUZ, Gülşah, “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, İÜHFD, C. 71, S. 1, Y. 2013, s. 843; KIRBAŞ CANİKOĞLU, Seher, “Kadının Beyanı Esastır: Çok Bilinmeyenli Bir Denklem”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Y. 2015, s. 239-241.

iffetsiz ayrımı yapılarak buna istinaden beyanına itibar edilip edilmeyeceğine karar verilmesi gerektiği şeklinde Anayasa ve CMK açısından son derece sakıncalı emsaller sunmaktadır.

Konumuz olan 104. Maddenin tatbiki açısından da böyle bir yaklaşım kabul edilemez. Mağdurun beyanı dışında bir delilin bulunmadığı hallerde hâkim mutlaka ek bir delil arayıp bulmak zorundadır. Örnek verecek olursak; mağdurun tecavüze uğradığını, sanığın ise rıza ile cinsel ilişkiye girdiklerini söylediği bir durumda salt mağdurun beyanından yola çıkılarak sanık hakkında TCK m. 103/2'den değil, "Şüpheden sanık yararlanır." ilkesi gözetilerek TCK m. 104'den hüküm kurulmalıdır⁹³. Diğer yandan sanık ile aralarında cinsel ilişki yaşanmamış olmasına rağmen sanki yaşanmış gibi şikâyette bulunulması da muhtemeldir. Rıza zaten suçun bir unsuru olduğundan ve cinsel ilişkinin alenen başkalarının şahitliğinde yaşanması pek mümkün olmadığından geriye mağdurun beyanına karşı sanığın beyanı kalmaktadır (*He Said, She Said Case*). Bu noktada, hâkimin başka deliller araması (örneğin sperm bulgusu, hymen muayenesi, anal muayene, konuya ilişkin telefon mesajları, e-posta, video kayıt, sanığın cinsel ilişkiye girdiklerini söylediği bir arkadaş...) gereklidir. Mağdurun beyanını destekleyici başkaca bir delilin bulunamaması halinde yine "Şüpheden sanık yararlanır." ilkesi nazara alınarak, mahkûmiyete yeterli delil bulunmadığından, CMK m. 223/2-e maddesi uyarınca sanık hakkında beraat kararı verilmelidir⁹⁴. Ayrıca bu suçun mağdurunun çocuk olduğu unutulmamalıdır: Cinsel ilişki yaşadığı ortaya çıkan bir çocuğun korkarak aslında rızasının olmadığını söylemesi veya yaşadığı olayı cinsel ilişki zannetmesi de ihtimaller arasın-

⁹³ Aynı yönde **KANTARCI**, s. 181. Örnek karar için bkz. *Suç tarihi itibarıyla on beş yaşını tamamlamış olup fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasını veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyecek mahiyet ve derecede herhangi bir zeka geriliği ya da çocukluk dönemi psikopatolojisi saptanmayan mağdureye yönelik eylemlerin cebir veya tehditle gerçekleştirildiğine dair, soyut iddia dışında her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı nazara alındığında, sanıklardan ...'in reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkûmiyeti yerine çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi... Y., 14. CD., E. 2019/2794, K. 2019/9847 (Kazancı).*

⁹⁴ Kocaoğlu, aksine uygulamaları "tarafli ve sanık aleyhine yorumlama" şeklinde değerlendirmektedir. **KOCAOĞLU**, s. 537.

dadır⁹⁵. Sonuç olarak; her halükarda hâkimin, sanığın suç işlediği konusunda delillerle sabit, kesin kanıya ulaşması gereklidir⁹⁶.

Son tahlilde ise mahkemenin cinsel ilişkiye girilip girilmediğini, yaşanan olayın cinsel ilişki boyutunda olup olmadığının tespitini yapması gerekir. Burada da öncelikle adli tıp kurumu ile çocuk psikoloğunun verilerinden ve mağdur-sanık beyanlarından yararlanılmalıdır.

IV. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu'nun kanunda taksirli hali düzenlenmediğinden mezkûr suç ancak kasten işlenebilir bir suçtur. Bu kastın da fiile (cinsel ilişkiye ve rızaya) ve mağdurun yaşına yönelik olması gereklidir⁹⁷. Hatta suçun oluşumu için mağdurun yaşına yönelik olası kastın varlığı da yeterlidir⁹⁸. Bunun haricinde fail açısından özel bir kast aranmayıp genel kastın, sırf cinsel ilişkiye girme kastının varlığı yeterlidir⁹⁹.

Haliyle burada failin, rızaya ve yaşa yönelik hataya düşmesi mümkündür. Hata konusu TCK'nın 30. Maddesinde dört fıkra şeklinde düzenlenmiştir. Failin, mağdurun rızasına veya yaşına yönelik hataya düşmesi TCK m. 30/1 kapsamındadır yani suçun maddi unsurlarında hata halidir. Esasen uygulamada da suçun maddi unsurlarında hata ile sıklıkla karşılaşılmaktadır. TCK m. 30/1, aşağıda açıklanacağı üzere üçüncü ve dördüncü fıkralardan farklı olarak failin özellikle kaçınılmaz bir hataya düşmesini aramamaktadır. Bunun sebebi ise şudur: Maddi unsurlarda hataya düşülmesi halinde failin kastı ortadan kalkacaktır ancak koşulları varsa taksire ilişkin kusuru devam edecektir¹⁰⁰. Şayet

⁹⁵ ÇELİK, Dilek, Çocukluk Çağı Cinsel İstismar Olgularında Mağdur İfadesinin Delil Niteliği Ve İfade Geçerlilik Analizi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2014, s. 27-28.

⁹⁶ ŞAHİN/GÖKTÜRK, Ceza Muhakemesi II, s. 182.

⁹⁷ YAŞAR vd, s. 3418; TEZCAN vd, s. 447.

⁹⁸ TEZCAN vd, s. 447.

⁹⁹ KESER, Ömer Faruk, Uygulamaya Bakan Yönleriyle Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Yalova, 2019, s. 48.

¹⁰⁰ DÜLGER, Murat Volkan/ÖZKAN, Onur/BAKDUR, Merve, "Ceza Hukukunda Hata Ve Hataya Bağlanan Sonuçlar", TAAD, S. 45, Y. Ocak 2021, s. 232 ve 236; ÖZBEK vd, Genel Hükümler, s. 453.

“Fail gereken dikkat ve özeni göstermiş olsaydı yine de hataya düşecekti.” diye biliyorsak, bu durumda taksirli sorumluluğu da olmayacaktır¹⁰¹. TCK m. 22/1’ e göre taksirle işlenen fiiller ancak kanunda açıkça belirtilen hallerde cezalandırılabilir. Bu yüzden, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu’nun taksirli hali olmadığından, hâkimin bu yönde bir araştırma yapmasının pratikte hiçbir faydası olmayacaktır.

Maddi unsurlarda hatanın rızaya veya mağdurun yaşına yönelik olabileceğini söylemiştik. Rıza konusunda hataya örnek olarak gerçekte rızası olmayan mağdurun isteksizliğinin cilve olduğu zannıyla cinsel ilişkiye girilmesi veya uyuşturucu madde etkisi altında bulunduğu bilinmeyen mağdurun rızasına dayanarak cinsel ilişkiye girilmesi gösterilebilir¹⁰². Yaş konusunda hataya gelecek olursak bu konuda hata karşımıza 3 ihtimalde çıkabilir:

1) *Gerçekte 15-18 yaş grubuna dâhil olan mağdurun yaşının 18’den büyük zannedilmesi*: Böyle bir durumda failin düşmüş olduğu hata, somut olayın şartlarına göre TCK m. 30/1 kapsamında değerlendirilebiliyorsa fail bu hatasından yararlanacak ve anılan madde uyarınca ceza almayaacaktır¹⁰³. Değerlendirme yapılırken dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılıp davranılmadığı yahut da dikkatli ve özenli davranılsa bile kaçınılamayacak türde bir hatanın olup olmadığı araştırılır.

Yargıtay, sanığın daha önce tanışmadığı mağdurun yaşının 18’den büyük olduğunu söylemesini¹⁰⁴, mağdurun kimlikteki yaşının 18’den büyük olmasına rağmen gerçekte daha az olmasını¹⁰⁵ TCK m. 30/1 kapsamında değerlendirmiştir.

2) *Gerçekte 0-15 yaş grubuna dâhil olan mağdurun 15-18 yaş grubunda zannedilmesi*: Böyle bir durumda doktrinde failin TCK m. 104 uyarınca

¹⁰¹ DÜLGER vd, s. 236.

¹⁰² KANTARCI, s. 192.

¹⁰³ KOCAOĞLU, s. 418; KANTARCI, s. 189; TEZCAN vd, s. 447; ÖZBEK vd, Özel Hükümler, 375. Örnek karar için bkz. Y., 14. CD., E. 2015/9460, K. 2019/10850 (Kazancı).

¹⁰⁴ Y., 14. CD., E. 2018/8230, K. 2019/9136 (Kazancı).

¹⁰⁵ Y., 5. CD., E. 1983/800, K. 1983/1354 (KANTARCI, s. 190).

cezalandırılması yönünde görüşler mevcuttur¹⁰⁶. Ancak YCGK vermiş olduğu bir kararda böyle bir ihtimalde failin hatasından yararlanarak hiçbir ceza almaması gerektiği yönünde kanaate ulaşmıştır¹⁰⁷. Bizce de Yargıtay'ın bu görüşü yerindedir. Çünkü böyle bir ihtimalde fail öncelikle TCK m. 103 açısından hatasından yararlanarak, kasten hareket etmiş sayılmayacak ve suçun taksirli hali de olmadığından cezalandırılmayacaktır. Kişiye TCK 104. Maddeden de ceza verilemez çünkü böyle bir durumda faile işlemeyi kastettiği fakat gerçekte işleyemediği bir suçtan ceza verilmiş olacaktır. Hal böyle olunca TCK'nun 2. Maddesindeki kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi bir kenara bırakılarak TCK'da tanımı yapılmamış bir suçtan fail cezalandırılmış olacaktır¹⁰⁸.

3) *Gerçekte 15-18 yaş grubunda bulunan mağdurun 0-15 yaş grubunda zannedilmesi*: Görüşümüze göre bu ihtimalde faile ceza verilmemelidir. Çünkü TCK m. 103 açısından ortada işlenemez bir suç söz konusudur. Şöyle ki, mağdur 15 yaşını tamamlamış ve rızaen cinsel ilişkiye girilmiştir. TCK m. 103 kapsamında, 15 yaşını tamamlamış çocukla cinsel birliktelik yaşayan failin cezalandırılabilmesi için çocuğun ya fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olmalı yahut da çocuğa karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden söz konusu olmalıdır. 104. Madde açısından değerlendirme yaptığımızda ise

¹⁰⁶ KANTARCI, s. 191; ERMAN, Ragıp Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, İstanbul, 2006, s. 104, 105.

¹⁰⁷ *Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurun yaşına ilişkin bu hatasından yaralanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir... YCGK., E. 2013/14573, K. 2013/432 (Kazancı).*

¹⁰⁸ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 2016/12465 esas ve 2017/1869 karar numaralı kararındaki karşı oy yazısında gerçekte 14 yıl 10 aylık olan mağdurenin yaşının 17 olduğunu beyan etmesi ve görünüş itibarıyla de dediği yaşa uygun olması sebebiyle hataya düşen failin TCK m. 104'den cezalandırılması gerektiği söylenmiştir. (karar için bkz. YURTCAN, s. 269). Bu görüşe yukarıda açıklanan sebepler dolayısıyla katılmamaktayız.

failin kastının yaşa da yönelik olması gerektiğinden ve bu konuda hataya düşüldüğünden ortada kastı kaldıran hata olup 104. Maddenin takserli hali de olmadığından failin cezalandırılmaması gereklidir.

V. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ VE KUSURLULUĞU KALDIRAN HALLER

İlk olarak hukuka uygunluk sebepleri bakımından konuyu ele alırsak Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, niteliği itibariyle “meşru savunma, emrin ifası ve ilgilinin rızası” hukuka uygunluk sebeplerinin oluşumuna uygun değildir. Çünkü meşru savunma halinde saldırı ile savunma arasında nedensellik bağı olmalıdır. Yani savunmanın, saldırının sonucu olması gereklidir¹⁰⁹. Emrin ifası açısından ise TCK m. 24/3 gereğince konusu suç teşkil eden emrin uygulanması yasaklanmıştır. Son olarak, ilgilinin rızası da bu suçta asla oluşamayacaktır. Bunun sebebi kanun koyucunun rızayı suçun maddi unsuru olarak düzenlemesidir. Nitekim Yargıtay da 15-18 yaş grubunda bulunan mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstermiş olması sebebiyle sanık hakkında beraat kararı veren ilk derece mahkemesinin kararını hukuka aykırı bularak bozmuştur¹¹⁰. Bununla beraber bir diğer hukuka uygunluk sebebi olan “hakkın kullanılması” ise, yukarıda açıkladığımız üzere, sadece eşler arasında yaşanan cinsel ilişkilerde var olabilecektir.

Kusurluluğu kaldıran hallerin incelemesine gelecek olursak; bu suçta niteliği itibariyle ancak cebir, şiddet, korkutma ve tehdit, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma ile hata hali söz konusu olabilir. Bu noktada, uygulamada rastlanma ihtimali daha yüksek olduğundan, hata haline ayrıca değinilmelidir. TCK'nın 30. Maddesinde dört fıkra halinde düzenlenen hata, kusurluluğu azaltan veya tamamen kaldıran bir hal olarak karşımıza çıkmaktadır. İlk fıkra suçun maddi unsurlarına, ikinci fıkra nitelikli hallerine, üçüncü fıkra ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ve son fıkra eylemin haksızlık boyutuna ilişkin hatayı düzenlemektedir. Konumuz 104. Maddenin basit hali olduğundan nitelikli hallere ilişkin hata konusuna değinmeyeceğiz. Yine suçun maddi

¹⁰⁹ ÖZBEK vd, Genel Hükümler, s. 319.

¹¹⁰ Y., 14. CD., E. 2013/2402. (YURTCAN, s. 261). Yazar karar numarasını belirtmemiş.

unsurlarında hata konusu “Manevi Unsur” başlığı altında ele alındığından tekrar değinmeyeceğiz. Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerde hatayı ele alacak olursak; yukarıda gerekçesiyle izah edildiği üzere bu suç yalnızca “hakkın kullanılması” hukuka uygunluk sebebine elverişlidir. Böyle bir hataya örnek olarak failin, eşi zannederek 15-18 yaş grubundaki baldızıyla rıza ile cinsel ilişkiye girmesi durumu verilebilir. Ancak düşünülen bu hatanın TCK m. 30/3 uyarınca kaçınılmaz olması gereklidir. Yani fail, gereken tüm dikkat ve özeni gösterse bile yine de hataya düşecek olmalıdır¹¹¹. Teorik olarak mümkün olsa da pratikte böyle bir hususta kaçınılmaz hataya düşülmesi pek olası görünmemektedir. Son olarak, TCK m. 30/4’ün yani haksızlık yanılığının da oluşması kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü haksızlık yanılığı, eylemi bilerek ve isteyerek gerçekleştiren failin eylemin yasak olmadığını zannetmesi halidir¹¹². İlk bakışta her olayda kolaylıkla uygulanarak cezadan kaçınma vasıtası olarak kullanılmaya müsaitmiş gibi görünse de¹¹³ aslında haksızlık yanılığı sıkı şartlara bağlanmıştır. Şöyle ki, TCK m. 30/4 gereği düşünülen hatanın kaçınılmaz olması gereklidir. Buradaki kaçınılmazlık, doktrinde kişinin haksızlığı idrak etme imkânının olmaması şeklinde yorumlanmaktadır¹¹⁴. Diğer bir deyişle, bilme olanağı bulunan bir kişi TCK m. 30/4’ten yararlanamayacaktır¹¹⁵. Kısacası ceza hukuku alanında hiçbir bilgisi bulunmayan bir kişi bile hayat tecrübesi ile haksızlık bilincine ulaşabiliyorsa kaçınılabılır bir hata söz konusu olur ve hatasından yararlanamaz¹¹⁶. Bu çerçevede, henüz çocuk olan bir kimse ile rıza dâhilinde bile olsa cinsel ilişkiye girilmesinin suç olduğunu bilmemek Türk Hukuk Sistemine yabancı olan birisi için dahi kanaatimizce kaçınılmaz bir hata olarak değerlendirilemez¹¹⁷.

¹¹¹ DÜLGER vd, s. 245.

¹¹² ÖZBEK vd, Genel Hükümler, s. 464.

¹¹³ ÖZBEK vd, Genel Hükümler, s. 465.

¹¹⁴ DÜLGER vd, s. 255.

¹¹⁵ ÖZBEK vd, Genel Hükümler, s. 466.

¹¹⁶ SOYER GÜLEÇ, Sesim, “Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılığı (M. 30/4)”, DEÜHFD, C. 10, S. 1, Y. 2008, s. 81.

¹¹⁷ Benzer yönde TEZCAN vd, s. 448; KANTARCI, s. 200, 201.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Bu başlık altında teşebbüs, iştirak ve içtima hallerini inceleyeceğiz.

A. Teşebbüs

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu icrai bir suç olup teorik olarak bu suça teşebbüs mümkündür¹¹⁸. Bu anlamda suça teşebbüs duhulün veya cinsel organların oral yolla temasının gerçekleşeceği ana kadar olabilecektir. Eylemin bir kez gerçekleşmiş olmasıyla da artık suç tamamlanacaktır.

Burada önemli olan nokta, cinsel ilişkiye varmayan hareketler suça sebebiyet vermediğinden failin cinsel ilişkiyi giden süreçte sergilemiş olduğu hareketlerdeki kastın doğru bir şekilde tespitinin yapılmasıdır. Bu da ancak mağdurun beyanı ve failin suçu itiraf etmesi ile tespit edilebilir. Fakat bu tespit yapılırken TCK'nın 35. Maddesinin kapsamında da uzaklaşmamak gerekir. Örneğin cinsel ilişkiye hazırlık mahiyetinde olan öpüşmek, soyunmak gibi eylemler icra hareketi olarak değerlendirilmemelidir.

Bu suça teşebbüse örnek olarak failin mağdurun anüsüne penisi yerleştirip duhul ettirirken yakalanması verilebilir. Yine cinsel ilişkiye girileceği esnada vazgeçmesi halinde bu durum TCK m. 36 kapsamında gönüllü vazgeçme sayılacağından kişi teşebbüsten sorumlu tutulamayacaktır. İlâveten cinsel ilişki gerçekleşinceye kadar ki hareketler TCK kapsamında başlı başına bir suç oluşturmadığından fail hiçbir ceza almamaktadır.

B. İştirak

Suçta iştirak açısından bu suçta önem kesbeden tek durum, müşterek failliğin bu suçta oluşmamasıdır¹¹⁹. Bunun sebebi suçun öncelikle rızaen işlenebilmesi, ikincil olarak ise gerçekleştirilmesi gereken cinsel ilişki eyleminin konusu üzerinde bölünememesidir. Bu sebeple kadın olan mağdurla aynı anda vajinal, anal ve oral ilişki yaşayan faillerin her biri müstakil fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Yine gerçekte 15 yaşını tamamlamış olan mağdur çocuğun 18 yaşını tamamladığını söyleyerek

¹¹⁸ YAŞAR vd, s. 3419; TANER, s. 385; ÜNAL, s. 62, YOKUŞ SEVÜK, s. 151.

¹¹⁹ Aksi yönde bkz. ÖZCAN, s. 359, 360.

arkadaşını mağdur çocukla cinsel ilişkiye girmeye ikna eden kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır¹²⁰.

Bunun dışında iştirak açısından suç bir farklılık içermeyip suça azmettiren veya yardım eden olarak iştirak hali mümkündür¹²¹.

C. İçtima

TCK'nın 104/1. Maddesinde niteliği itibariyle ayrı neviden fikri içtima (TCK m. 44) ve aynı neviden fikri içtima hallerinin oluşması (TCK m. 43/2) mümkün görünmemektedir. Ancak bununla beraber bu suçun yanında başka suçların da işlenmesi halinde gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Örneğin failin, kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evini terk eden ve henüz 16 yaşını tamamlamış olan bir çocuğu önce rızası ile yanına alıp daha sonra da rızası ile cinsel ilişkiye girmesi halinde fail hem TCK m. 234/3'den hem de TCK m. 104/1'den cezalandırılacaktır.

Yine bir suç işleme kararı kapsamında suçun aynı mağdura karşı farklı zamanlarda işlenmesi halinde ise zincirleme suç oluşacaktır¹²². Fakat failin mağdurla art arda cinsel ilişkiye girmesi zincirleme suç olarak kabul edilmemelidir¹²³. Çünkü ortada fiilen birden fazla eylem olsa da hukuken tek bir fiil söz konusu olacaktır. Yine faille mağdur arasında farklı zamanlarda gerçekleşen cinsel ilişkilerde aradaki zaman farkının kastın yenilendiğini kabul ettirecek kadar uzun olmaması gerekir.

VII. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA

TCK m. 104/1'in soruşturması ve kovuşturması aynı maddeye göre takibi şikâyete bağlıdır. Doktrinde şikâyet hakkının kimde olduğu konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre şikâyet hakkı sadece çocuk mağdurda¹²⁴, bir görüşe göre sadece mağdurun kanuni temsilcisinde¹²⁵, bir

¹²⁰ ÖZCAN, s. 319.

¹²¹ YAŞAR vd, s. 3419; YOKUŞ SEVÜK, s. 151.

¹²² YAŞAR vd, s. 3419; YOKUŞ SEVÜK, s. 151. Örnek karar için bkz. Y., 14. CD., E. 2014/8362, K. 2017/3308 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

¹²³ Cinsel ilişkinin türü de bu noktada önemli olmayıp failin mağdur ile önce vajinal ardından anal ilişki yaşamasının zincirleme suç oluşturduğu şeklindeki Yargıtay kararına katılmıyoruz. Bkz. YAŞAR, s. 3419, dnp. 796.

¹²⁴ YAŞAR vd, s. 3420; ÜNAL, s. 72; BAYKAL, Ceren Soner, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal

görüŖe göre ise her ikisindedir. Anayasa Mahkemesi ise daha farklı bir yaklaşım ile Ŗikâyet hakkının somut olayın özelliklerine göre yargı yerlerince tespit edileceğini söylemiştir¹²⁶.

Biz sayılan görüşlerden ikinci görüşe katılıp Ŗikâyet hakkının sadece kanuni temsilcide olduğunu düşünüyörüz. Bunun da esas sebebi suçun rızaya dayalı olmasıdır. Kendi rızası ile ilişkiye girmiş mağdura Ŗikâyet hakkının tanınması kendi için de çelişkilidir ve adalet duygusuyla bağdaşmamaktadır¹²⁷. Böyle bir durumda, önce rıza ile cinsel ilişkiye giren mağdur daha sonra Ŗikâyet hakkını kötüye kullanarak fail üzerinden çıkar sağlayabilir. Ayrıca suçla korunan hukuki yararın çocuğun cinsel gelişimi olduğunu da dikkate aldığımızda bu gelişimin korunmasını en iyi gözetecek kişi de şüphesiz mağdurun kendisi değil kanuni temsilcileri olacaktır. Türk Medeni Kanunu'ndaki ana ve babanın çocuğu gözetme ve korumaya yönelik hükümlerinin de görüşümüzü desteklediği kanaatindeyiz. İlaveten, suç tarihi itibariyle çocuk olup Ŗikâyet süresi içerisinde 18 yaşın tamamlanması halinde de Ŗikâyet hakkı yine veli ya da vaside olmalıdır. Askeri Yargıtay da vermiş olduğu eski bir kararında suçtan zarar gören sıfatıyla veli ya da vasinin Ŗikâyet hakkının olduğuna karar vermiştir¹²⁸. Fakat Yargıtay kesin olarak Ŗikâyet hakkının çocukta olduğu görüşündedir¹²⁹.

Ŗikâyet hakkının TCK m. 73/1 ve TCK m. 73/2 hükümleri uyarınca fiil ve failin öğrenilmesinden itibaren uyarınca 6 ay içinde kullanılması gereklidir. Bu sürenin geçmesinden sonra yapılacak Ŗikâyetler sonuç

Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, İstanbul, 2019, s. 99; KESER, s. 93, 94, YOKUŞ SEVÜK, s. 152; TEZCAN vd, s. 449; ÖZCAN, s. 372.

¹²⁵ ŞEN, Ersan, Reşit olmayanla cinsel ilişkide değişiklik <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1897410-resit-olmayanla-cinsel-iliskide-degisiklik> ET: 20/4/2023.

¹²⁶ AYM., E. 2006/17, K. 2009/33. (02/06/2009 tarih ve 27246 sayılı resmi gazetede yayımlanmıştır)

¹²⁷ ÖZCAN'a göre, kanun koyucu Ŗikâyet hakkını çocuğa tanıyarak cinsel ilişki sonrası çocuğa değerlendirme yapma şansı tanımıştır. Ayrıca suçun potansiyel failleri için de caydırıcılık yaratılmak amaçlanmıştır. ÖZCAN, s. 308, 309.

¹²⁸ AYDK., E. 2007/44, K. 2007/44. (Fullegal)

¹²⁹ Y., 5. CD., E. 2009/9330, K. 2009/10415 (YAŞAR, s. 3442); Y., 5. CD., E. 2006/9267, K. 2006/8082. (YAŞAR, s. 3420, dpn. 798)

doğurmayacaktır¹³⁰. Yine aynı madde uyarınca şikâyetten vazgeçilmesi halinde dava düşecektir. Suçun yargılamasında görevli mahkeme ise (TCK 104/1 maddesi açısından) 5235 sayılı kanunun 11. Maddesi uyarınca asliye ceza mahkemesidir. Yetkili mahkeme de CMK m. 12/1 hükmüne cinsel ilişkinin gerçekleştiği yer mahkemesidir. Son olarak, her ne kadar basit reşit olmayanla cinsel ilişki suçu takibi şikâyete bağlı olsa da CMK m. 253/3 gereğince uzlaşmaya tabi değildir. Ancak 5560 sayılı kanunla değişiklik yapılmadan önce işlenen suçlar TCK m. 7/2 aleyhe uygulanma yasağı gereğince uzlaşma kapsamındadır¹³¹.

SONUÇ

Şu ana kadar yapılan açıklamalardan da görüldüğü üzere cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar içerisinde en tartışmalı olan madde belki de TCK'nın 104/1. Maddesidir. Suçun failinin kim olduğundan şikâyet hakkının kimde olacağına kadar suçla ilgili hemen her konu tartışmalıdır. Lakin konunun bu kadar ihtilafli olmasında yasama organının hataları olduğu kadar yargı yerlerinin ve hatta öğretinin de hataları vardır. Ama bu tartışmalara son verecek olan yine kanun koyucu olacaktır.

Bizce kanun koyucunun yapması gereken en doğru şey TCK'nın 104. Maddesini tamamen ilga ederek TCK m. 103'teki yaş haddini de 16 yaşa çekmektir. Böylece cinsel özgürlük yaşı açısından TMK ve TCK tamamen uyumlu hale gelecektir. Aksi halde Medeni Kanun'un 16 yaşını tamamlanmasından itibaren evlenmek ve bu suretle cinsel ilişki yaşamak özgürlüğü tanıdığı çocuğa Ceza Kanunu bu hakkı tanımayacak, hatta yerine göre kendisini cezalandıracaktır. Bu durum hukuktaki birliği zedelemekte ayrıca geçerli bir izahı da bulunmamaktadır¹³². Yani kanun koyucunun yapması gereken farklı hukuk kolları arasındaki anlayış farklılığına son vermektir. Aslında benzer bir tartışma 2017 yılında Amerika'da da yaşanmıştır. New Jersey Yasama Meclisi'ne, 18 yaşın altında evlenmeyi yasaklayan bir yasa tasarısı sunulmuştur. Bu tasarıya

¹³⁰ Örnek karar için bkz. Y., 14. CD., E. 2015/335, K. 2017/6502. (Kazancı)

¹³¹ Örnek karar için bkz. Y., 5. CD., E. 2008/12839, K. 2009/11547 (YAŞAR vd, s. 3448-3449)

¹³² Aynı yönde Yokuş Sevük de kanun koyucunun hangi gerekçe ile 15 yaş sınır olarak tayin ettiğini açıklaması gerektiği görüşündedir. Bkz. YOKUŞ SEVÜK, s. 141.

karşı meclis üyelerinden Chris Christie, New Jersey yasalarına göre 16 yaşında ailesinin bilgisi ve onayı dışında cinsel ilişkiye girme ve kürtaj yaptırabilme özgürlüğü kazanan çocuğun evlenmeyi düşünmeyeceğini varsaymanın saf numarası yapmak olduğunu bu yüzden, asgari evlenme yaşının 16 olması gerektiğini savunmuştur¹³³.

Şayet kanun koyucu suçun varlığını sürdürmekten yana ise en azından TCK m. 104/1'in doğru bir şekilde tatbiki için kanaatimizce madde metninde aşağıda sayılan değişiklikler yapılmalıdır:

1) Suçun mağduruna ilişkin tartışmaların sona erdirilmesi için madde başlığı ile madde metni uyumlu hale getirmelidir. Örneğin *15 Yaşını Tamamlamış Çocukla Cinsel İlişki* gibi¹³⁴.

2) Failin yaşına ilişkin tartışmaların sona erdirilmesi için madde metninin failin yaşını açıkça ortaya koyacak şekilde revize edilmesi gereklidir. Örneğin Fransız Ceza Kanunu'nun 227-25. Maddesi *15 yaşını doldurmamış bir çocuk ile şiddet, baskı, tehdit ya da hile olmadan birlikte olan bir yetişkin, 5 yıllık hapis ve 75.000 € tutarında para cezası ile cezalandırılır*¹³⁵ şeklindedir. Benzer şekilde Azerbaycan Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nun 152.1. Maddesi de *16 yaşını tamamlamamış kişiyle cinsel ilişkide bulunmak veya cinsel içerikli diğer hareketlerde bulunma, 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu kanununun 152 ve 153. maddelerinde düzenlenen suçlardan kişinin sorumlu tutulabilmesi için adı geçen maddelerde gösterilen hareketleri yerine getiren şahısla bu hareketlerden zarar görmüş olan şahsın aralarındaki yaş farkı 2 yıldan fazla olmalıdır*¹³⁶ demek suretiyle failin yaşını açıkça belirlemiştir. Bizde de TCK'nın 104/1. Maddesi *15 yaşını tamamlamış çocukla cinsel ilişkiye giren yetişkin veya çocuk ya da çocukların bu suçta fail olması istenmiyorsa 15 yaşını tamamlamış çocukla cinsel ilişkiye giren yetişkin* şek-

¹³³ Haber metni için: <https://wng.org/articles/a-ring-by-spring-1620597985> ET: 20/4/2022.

¹³⁴ Misalen Azerbaycan Ceza Kanunu'nun konuya ilişkin 152. Maddesinin başlığı "*on altı yaşını tamamlamamış kişiyle cinsel ilişkiye girmek veya cinsel içerikli diğer hareketlerde bulunma*" dır.

¹³⁵ Maddenin İngilizce metni için bkz. https://www.legislationline.org/download/id/3316/file/France_Criminal%20Code%20updated%20on%2012-10-2005.pdf ET: 22/4/2022.

¹³⁶ Maddenin orijinal metni için bkz. https://e-qanun.az/framework/46947#_Toc89058512_ET:24/4/2023.

linde yahut da mağdurla fail arasında asgari yaş farkı tayin edilmek suretiyle belirlenmesi gereklidir.

3) TCK'nın 104/1. Maddesinin fiile ilişkin tartışmalara son vermek maksadıyla suç kapsamına giren fiillilerin tek tek sayılması suretiyle yeniden yazılması gerekmektedir. Yine mukayeseli hukuktan örnek verecek olursak, 1900 tarihli Yeni Güney Galler Ceza Kanunu Bölüm 61HA¹³⁷ya baktığımızda kanunda cinsel ilişkinin tanımı oldukça başarılı bir şekilde şöyle yapılmıştır:

Cinsel ilişki şu anlama gelmektedir:

(a) Dişi bir bireyin genital bölgesinin herhangi bir bölgesine (cerrahi olarak yapılmış vajına da dâhil) veya herhangi bir bireyin anüsüne;

i. Başka bir bireyin vücudunun herhangi bir kısmı ile, veya

ii. Başka bir birey tarafından kullanılan obje ile tıbbi amaçlar dışındaki bir saikle yapılan penetrasyondur, veya

(b) Bir bireyin penisinin herhangi bir kısmını başka bir bireyin ağızına girişidir veya

(c) Cunnilingus, veya

(a),(b) ve (c) bentlerinde sayılan hallerin devamıdır.

Galler Ceza Kanunu'ndaki düzenleme cinsel ilişkinin sınırlarını açıkça ortaya koymaktadır. Fakat daha önemlisi bu sınırlar tıbbın çizdiği sınırlardır.

4) Şikâyet hakkının açıkça kimde olduğu belirtilmelidir. Örneğin mağdurun şikâyeti üzerine cezalandırılır veya çocuğun kanuni temsilcisinin şikâyeti üzerine cezalandırılır gibi. Ancak en doğrusu suçun re'sen kovuşturulabilir hale getirilmesi olacaktır. Böylece cumhuriyet savcısı tarafından şikâyet olmaksızın doğrudan soruşturma işlemleri başlatılabilecektir. Devletin çocuğu koruma yükümlülüğü de nazara alındığında bu daha yerinde bir düzenleme olacaktır. (AY m. 41/son)

Bu sayılanlar yasama organının yapabilecekleri olup ondan sonrası yasayı uygulayan yargı yerlerine ve yol gösterici olan öğretiyeye kala-

¹³⁷ Maddenin İngilizce metni için bkz. <https://www.legislation.nsw.gov.au/#/view/act/1900/40/part3/div10/subDiv1/sec61ha> ET: 24/4/2023.

caktır. Unutulmamalıdır ki, en mükemmel şekliyle oluşturulan hukuk kuralları dahi kötü bir uygulamada gayesine ulaşamayacaktır.

KAYNAKLAR

- AKINTÜRK**, Turgut/ **ATEŞ KARAMAN**, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- AKKAYA**, Çetin, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- ARTUK**, **Mehmet Emin**/ **GÖKÇEN**, Ahmet/ **YENİDÜNYA**, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKÇEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- AYAN**, Mehmet/**AYAN**, Nursen, Kişiler Hukuku, 6. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2014.
- AYDIN**, Murat, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- AYDIN**, Murat, Ceza Hukukunda Mağdur Kavramı, Mağdur Hakları Ve Mağdurun İkincil Mağduriyetten Korunması, Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku, Ankara, 2022.
- BACAKSIZ**, Pınar, **BAYZİT**, Tuğba, "Yargıtay'ın Cinsel Dokunulmazlığı Karşı Suçlarda İspata Yaklaşımı" , DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, Y. 2019, s. 379-414.
- BAYKAL**, Ceren Soner, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, İstanbul, 2019.
- BAYRAKTAR**, Köksal/**YILDIZ**, Kemal/**ALTUNÇ**, Sinan vd, Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar, 1. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- BAYTEMİR**, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

- BOZDAĞ**, Ahmet/**SARIUSTA**, Kader, "Ceza Yargılamasında Mağdurun Beyanı Ve Delil Değeri", İnÜHFD, C. 8, S. 2, Y. 2017, s. 573-602.
- BRUESS**, Clint E/**SCHROEDER**, Elizabeth, Sexuality Education, 6. Baskı, Jones&Bartlett Learning, ABD, 2014.
- ÇELİK**, Dilek, Çocukluk Çağı Cinsel İstismar Olgularında Mağdur İfadesinin Delil Niteliği Ve İfade Geçerlilik Analizi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2014.
- DÜLGER**, İbrahim, "Çocukların Cinsel İstismarı", Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 6, Mayıs 2010, s. 41-42.
- DÜLGER**, Murat Volkan/**ÖZKAN**, Onur/**BAKDUR**, Merve, "Ceza Hukukunda Hata Ve Hataya Bağlanan Sonuçlar", TAAD, S. 45, Y. Ocak 2021, s. 227-264.
- ERMAN**, Ragıp Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, İstanbul, 2006.
- GENÇCAN**, Ömer Uğur, Boşanma Tazminat Ve Nafaka Hukuku, 1. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- GÖZLER**, Kemal, Hukuka Giriş, 12. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2015.
- GÖZLER**, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 3. Baskı, Ekin Yayıncılık, Bursa, 2019.
- GÜLVEREN**, İbrahim, Yeni Türk Ceza Kanunu Sistemi İçerisinde Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Türk Ceza Kanunu Reformu Üçüncü Kitap Yeni Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu Panel 1 Nisan 2005 Çanakkale, (Türkiye Barolar Birliği), Ankara 2005.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 6. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2017.
- KANBUR**, Mehmet Nihat, "6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel

İlişki Suçu (TCK m.104)”, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, Y. 2014, s. 4139- 4210.

KANTARCI, Nurullah, Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

KARACAN, Olcay, “Kadının Beyanı Esastır İlkesi Ve Bağlımsallık”, AÜHFD, C. 71, S. 3, Y. 2022, s. 1279-1296.

KESER, Ömer Faruk, Uygulamaya Bakan Yönleriyle Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Yalova, 2019.

KIRBAŞ CANİKOĞLU, Seher, “Kadının Beyanı Esastır: Çok Bilinmeyenli Bir Denklem”, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, Y. 2015, s. 229-253.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

KOCAOĞLU, Sinan, Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

KORKUSUZ, Gülşah, “Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, İÜHFD, C. 71, S. 1, Y. 2013, s. 815-854.

ÖZBEK, Veli Özer/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar/ **TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

ÖZBEK, Veli Özer/ **DOĞAN**, Koray/ **BACAKSIZ**, Pınar/ **TEPE**, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

ÖZCAN, Onur, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 3, Y. 2022, s. 303-390.

ÖZGENÇ, İzzet, Gereğçeli Türk Ceza Kanunu, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

ÖZGENÇ, İzzet, Gazi Şerhi, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

- PEKER**, İlbilge Selcen, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Yer Alan Cinsel İlişki Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme", *KTOKÜHFD*, C. 6, S. 1, Y. Ocak 2021, s. 11-33.
- POLAT**, Oğuz, *Adli Psikolojiye Giriş*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2018.
- SALM**, Don, *Legislation on Sexual Assault Laws*, Wisconsin Legislative Council Staff, ABD, 1991.
- SARIGÜL**, Ali Tanju, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail (TCK m.104)", *AHBVÜHFD*, C. 25, S. 2, Y. 2021, s. 711-754.
- SAYMEN**, Ferit, "Matlablar Kanun Mudur?", *ÜHFM*, C. 10, S. 3-4, Y. 1945, s. 565-578.
- SOYER GÜLEÇ**, Sesim, "Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (M. 30/4)", *DEÜHFD*, C. 10, S. 1, Y. 2008, s. 59-91.
- ŞAHİN**, Cumhur/**GÖKTÜRK**, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku I*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ŞAHİN**, Cumhur/**GÖKTÜRK**, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- TANER**, Fahri Gökçen, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- TDK**, *Türkçe Sözlük*, 11. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2011.
- TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan/ **ÖNOK**, Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- TOROSLU**, Nevzat, *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 10. Baskı, Savaş Yayıncılık, Ankara, 2019.
- UNITED STATES. DEPARTMENT OF EDUCATION**, *Sexual Exploitation: What Parents of Handicapped Persons Should Know*, Office of Special Education, ABD, 1983.
- ÜNAL**, Can, *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, İstanbul, 2019.

YAŞAR, Osman/ **GÖKCAN**, Hasan Tahsin/ **ARTUÇ**, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt III, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ZEVKLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/HAVUTÇU, Ayşe/GÜRPINAR, Damla, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 9. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2015.

İnternet Siteleri

<https://www.books.google.gg>

<https://www.e-qanun.az>

<https://www.en.wikipedia.org>

<https://www.fullegal.com>

<https://www.haber7.com>

<https://www.kazancı.com>

<https://www.legislation.nsw.gov>

<https://www.legislationline.org>

<https://wng.org>