

¶ REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU
(THE OFFENSE OF SEXUAL INTERCOURSE WITH A MINOR)

Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan * **

ÖZ

Öğretide ve Yargıtay kararlarında söz konusu suç tipinin uygulanma koşullarıyla ilgili çok farklı görüşlerin mevcut olduğu görülmektedir. Bu durum bu suç tipinin yazımındaki özensiz dilden ve yazarların cinsel ilişki kavramına verdikleri farklı anlamlardan kaynaklanmaktadır. Bu suçla korunan hukuksal değer, çocuğun cinsel dokunulmazlığıdır. Suçun faili kadın veya erkek olabilecektir. Suçun failinin 18 yaşını tamamlamış olması veya reşit olması zorunlu değildir. Suç teşkil eden “fiilin işlendiği anda” 15 yaşını doldurmuş, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama, davranışlarını yönlendirme yeteneği gelişmiş olan erkek veya kız çocuk, bu suçun mağduru olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay cinsel ilişkiyi “erkeğin cinsel organının kadınının vajinasına veya anüsüne sokulması veya erkeğin cinsel organın başka bir erkeğin anüsüne sokulması olarak” tanımlamış olsa da, kanaatimizce “organ veya sair bir cismin” “vücuda sokulması veya sokturulması” suretiyle gerçekleşen her türlü ilişkinin cinsel ilişki olarak kabul edilmesi ve sadece “erkeğin cinsel organı” üzerinden yapılacak tanımlamalardan vazgeçilmesi gerekir. Kanuni tipte cinsel ilişkinin mağdura yönelik cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olmaksızın gerçekleştirilmiş olması aranmıştır. Söz konusu hüküm bu haliyle “mağdurun cinsel ilişkiye direnmediği her durumda cinsel ilişkiye rızasının da olduğu” şeklinde geleneksel, hatalı bir ön kabulü bünyesinde barındırmaktadır. Burada olması gereken, kanuni tipte “mağdurun rızasının bulunmasına” açıkça yer verilmesidir. Manevi unsur bakımından, failin cinsel saiklerle, şehvet maksadıyla, cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket edip etmemesi hukuken bir önemi haiz değildir. Bu suç tipi bakımından evlilik birliği içinde karı koca arasında gerçekleşen cinsel ilişkiler hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinden yararlanacaktır.

¶ Eserin Dergimize geliş tarihi: 17.01.2022. İlk hakem raporu tarihi: 14.02.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 04.04.2022. Onaylanma Tarihi: 13.04.2022

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-0443-882X.

Eserin Atf Şekli: Onur Özcan, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, YÜHFD, C.XIX, 2022/Özel Sayı, s.303-390.

Bu suçta üç ayrı nitelikli hal mevcuttur. Nitelikli haller ortaya çıktığında hem suçun takibi resen yapılacak hem de hapis cezasının süresi ağır bir biçimde artmış olacaktır. Bu suç teşebbüse elverişlidir. Bu suçta başta müşterek faillik olmak üzere iştirakin her türünün gerçekleşmesi hukuken ihtimal dahilindedir. Bu suçun basit hali bakımından şikayet hakkı, ayırt etme gücüne sahip mağdur çocuğa aittir.

Anahtar Kelimeler: cinsel suçlar, reşit olmayanla cinsel ilişki, çocuk, rıza

ABSTRACT

It is seen by the doctrine and High Court decisions that there are various opinions regarding the conditions of application of this offense in question. This is due to the inattentive language in the writing of this type of offense and the different meanings that the authors give to the concept of sexual intercourse. The theory of legal interest in this offense is the sexual inviolability of the child. The perpetrator of this offense can either be a woman or a man. The perpetrator does not need to be over 18 years of age or be an adult. A boy or a girl who has completed the age of 15 at the time of the criminal act and who has developed the ability to perceive the legal meaning and consequences of the act and to direct their behavior is regarded as the victim of this offense. Although the High Court defines sexual intercourse as “the insertion of a man’s genitalia into the woman’s vagina or anus or the insertion of a man’s genitalia into another man’s anus”, in our opinion, any kind of intercourse that occurs by “inserting or making someone to insert” “an organ or another object” into the body should be considered as sexual intercourse and the idea of defining the sexual intercourse only through “a male’s sexual organ” should be abandoned. It was sought on the law that sexual intercourse should be carried out without coercion, threat, deceit, or any other reason affecting the will of the victim. This version of the provision embodies the traditional and inaccurate premise that “in any case where the victim does not resist sexual intercourse, there also is a consent to sexual intercourse”. What needs to be done here is to clearly include the “existence of the victim’s consent” to the provision. With regards to the moral element, it is not legally important whether the perpetrator acts with a sexual motive or with the aim of lust or satisfying his sexual desires. In terms of this type of offense, sexual relations between a husband and wife in a marriage union will benefit from the exercise of the right as a lawful justification. There are three mitigating circumstances of offense for this offense. When these forms

arise, both the prosecution will be carried out ex officio and the duration of the prison sentence will be increased severely. For this type of offense, it is possible that all forms of complicity, especially being a joint perpetrator will take place. In the simple sense of this offense, the right to complain belongs to the child victim who has the mental competence.

Keywords: *sexual offenses, sexual intercourse with a minor, child, consent*

GİRİŞ

Bu çalışmanın amacı, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu konusunda öğretide ve Yargıtay kararlarında ortaya konulan farklı görüşleri aktarmak suretiyle yeni bir bakış açısıyla konunun değerlendirilmesini sağlamaktır.

Öğretide ve Yargıtay kararlarında söz konusu suç tipinin uygulanma koşullarıyla ilgili çok farklı görüşlerin mevcut olduğu görülmektedir. Bu durum bu suç tipinin yazımındaki özensizlikten ve bireylerin cinsel ilişki kavramına verdikleri anlamdan kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce, yeni bir bakış açısıyla cinsel suçları açıklamaya çalışan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte kaldığı dönemin bakış açısıyla yorumlamaya çalışmak doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Zira cinselliğin erkek egemen bir bakış açısı altında, erkeğin cinsel organı üzerinden tanımlanması ve bu suretle yorumlanması, bireylerin cinsel özgürlüklerine büyük zarar verecek, faydadan çok zararlı sonuçları olacaktır.

Aşağıda klasik suç tipi inceleme metoduna başvurularak reşit olmayanla cinsel ilişki suçu detaylı bir şekilde analiz edilmeye çalışılmıştır.

I. SUÇLA KORUNAN HUKUSAL DEĞER

Bu suçla korunan hukuksal değer, 15 yaşını tamamlamış “çocukların cinsel dokunulmazlığı”dır¹. Zira bireyin cinsellikle ilgili özgürce verdiği bir

¹ Öğretide Ünver'e göre, cinsel suçlarla korunan hukuksal değer, bireyin özgürce cinsel tercihte bulunma hakkına dayalı olarak ortaya çıkan bireylerin cinsel özgürlüğüdür. Yazara göre sadece yetişkinlerin değil, çocukların da cinsel özgürlüğü mevcuttur. Ancak çocuklar farklı yaş gruplarında, belirli cinsel davranışlara karşı tercihlerini sağlıklı yapamayacaklarından dolayı, onların cinsel özgürlüğünü ve cinsel sağlıklarını korumak adına kanun koyucunun bazı suç tiplerine yer vermesi ve çocuğu kendisine karşı korunması doğal karşılanmalıdır (Yener Ünver, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi”, in Yener Ünver (ed), **II. Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”**, Mayıs 2014, s. 27). Öğretide Tezcan/Erdem/Önok'a göre, bu suçla korunan temel hukuksal değer 15 yaşını doldurmuş çocuğun cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlarına verilen izin dolayısıyla

çocuğun cinsel özgürlüğüdür. Ayrıca yazarlar bu suç tipinin nitelikli halleri vesilesiyle “aile düzeninin ve gelecek nesillerin sağlığının” da korunan bir hukuksal değer olarak ortaya çıktığı görüşündedir (Durmuş Tezcan / Mustafa Ruhan Erdem / R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 19. Baskı, Ankara, 2021, s. 480-481). *Parlar/Öztürk*, bu suçla korunan hukuksal değeri, kişinin bireysel cinsel tercih hak ve özgürlüğü olarak tanımlamıştır. Yazarlar, 15 yaşını tamamlamış çocuğun gerçekleştirdiği davranışların hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla birlikte davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olabileceğinden hareketle, mefruz cebrin varlığı kabul edilerek, çocuğun cinsel özgürlüğünü korumak adına bu suç tipine kanunda yer verildiğini ifade etmiştir (Ali Parlar / Mustafa Öztürk, **Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, İstanbul, 2018, s. 539). Aynı yönde Bknz. Ersan Şen, “Ensest Mağdurlarından Birisi: Kadın”, in **Yorumluyorum-II**, 3. Baskı, Ankara, 2014, s. 129. *Kartal* da, bu suçla korunan temel hukuksal değer bireylerin cinsel özgürlüğü olduğu, çocuğun kişisel, ruhsal ve bedensel gelişiminin de bu özgürlük içinde yer aldığı görüşündedir (Pınar Memiş Kartal, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK.m.104)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2016, Cilt: 65 Sayı: 4, s. 2086). *Doğan* da suçla korunan hukuksal değer 15 yaşını tamamlamış çocuğun kısmi cinsel özerkliği veya özgürlüğü olduğu görüşündedir (Doğan, Recep, “Anlamlı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2017, Sayı:1, s. 130). *Özen*’e göre de bu suçla korunan hukuksal değer, çocuğun cinsel özgürlüğüdür (Mustafa Özen, **Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri**, 6. Baskı, Ankara, 2021, s. 396). *Kanbur*’a göre ise, bu suç tipiyle korunan hukuksal değer, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış çocukların cinsel bütünlüğüdür. Zira bu yaş aralığındaki çocuğun temyiz kudreti olsa da cinsel ilişkinin hukuki ve fiili sonuçlarını tam olarak algılama kapasiteleri gelişmemiştir, bu sebeple onların tam bir özgürlük alanı mevcut değildir (Mehmet Nihat Kanbur, “6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, Yıl: 2015, Cilt: 16, Özel Sayı, s. 4142. *Beyazıt* da, kanun koyucunun asıl amacının çocukların zamansız cinsel deneyimlere karşı korunması olduğunu, yaşı itibarıyla yeterince olgun düşünemeyecek durumda olan 15 yaşını tamamlamış çocuk mağdurun cinsel özgürlüğüne doğrudan müdahale edilmeden, failin ceza tehdidi altında bırakılması suretiyle çocuğun dolaylı olarak korunmaya çalışıldığı bir yapının söz konusu olduğunu ifade edip, netice olarak suçla korunan hukuksal değer 15 yaşını doldurmuş çocukların cinsel özgürlüğünden ziyade onların cinsel dokunulmazlığı olduğunu belirtmiştir (Özgür Beyazıt, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 2010, Sayı:1, s. 296). *Köksal* da mağdurun rızası üzerine kurulmuş bu suç tipi bakımından suçla korunan hukuksal değer cinsel özgürlük olarak ortaya konulmasını bir çelişki olarak gördüğünü ifade edip, bu suçla korunan hukuksal değer çocuğun doğru düzgün cinsel gelişimi olduğunu iddia etmektedir (Atacan Köksal, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, **Prof. Nevzat Toroslu’ya Armağan**, Cilt II, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, 2015, s. 689). Öğretide *Özbek/Doğan/Bacaksız* bu suçla korunan hukuksal değer çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişimi olduğu görüşündedir (Veli Özer Özbek / Koray Doğan / Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 15. Bası, Ankara, 2020, s. 378). *Sevük*’e göre, suçun temel şekli bakımından suçla korunan hukuksal değer, çocuğun cinsel özgürlüğü ve çocuğun yararidir; ancak suçun temel şeklinde bir yandan çocuğun rızasına itibar edilip *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

karardan, sonraki bir aşamada “şikayet yoluyla” dönebiliyor olması, kanun koyucunun bir “özgürlük alanı” yaratmaktan ziyade 15 yaşının tamamlamış çocuklarla ilgili bir “dokunulmazlık alanı” yaratmayı amaçladığını göstermektedir². Zira kanun koyucunun bu suçun potansiyel faillerine

diğer yandan aynı çocuğun şikayeti üzerine failin cezalandırılması yoluna gidilmesi esasen çocuğun yararı amacıyla hareket edildiğini ve çocuğun cinsel dokunulmazlığının korunduğunu ortaya koymaktadır (Handan Yokuş Sevük, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 170). *Koca/Üzülmez*'e göre, bu suç tipi mağdurun yaşı itibarıyla cinsel olgunluğa ulaştığı ancak fiilin anlam ve sonuçlarını sağlıklı değerlendirme kabiliyetinin tam olarak gelişmemiş olabileceği düşünülerek düzenlendiğinden ve bu suç tipiyle 15 yaşını tamamlamış çocukların erken yaşta cinsel deneyimden korunmasını amaç edinildiğinden, bu suçla korunan hukuksal değer çocuğun cinsel dokunulmazlığıdır (Mahmut Koca / İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara, 2020, s. 374). *Pekmez*'e göre, 15 yaşını doldurmuş olan ve böylece yaşı itibarıyla cinsel olgunluğa erişmiş olan ancak hala yaşı itibarıyla cinsel yönden sağlıklı karar verme mekanizması yeterince gelişmemiş olan çocukların tam bir cinsel özgürlüğe sahip olduklarından söz edilemeyeceğinden, bu suçla korunan hukuksal değer, bu çocukların cinsel özgürlüğü değil; bu çocukların kendilerinden yaş itibarıyla ve cinsel olgunluk yönünden gelişmiş olan kişilerin cinsel yönden sömürü olarak nitelendirilebilecek fiillerinden korunması, bu çocukların cinsel dokunulmazlıklarıdır (Kelep Tuba Pekmez, “Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen ‘Rızaya Dayalı’ Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 8, Sayı: 2, s. 189-190). *Özgenç*'e göre, cinsel suçlarla ilgili olarak korunan hukuksal değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır, cinsel özgürlük kavramının kullanılmaması ise bilinçli bir tercihin ürünüdür (İzzet Özgenç, “Cinsel Suçlar”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2020, Cilt: 24, Sayı: 1, s. 260). *Aksakal* da suçla korunan hukuksal değer çocuğun cinsel dokunulmazlığı olduğu görüşündedir (Enver Aksakal, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Yıl: 2014, Cilt 88, Sayı: 2, s. 258). Aynı yönde Bknz. Murat Aydın, **Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu**, 3. Baskı, Ankara, 2018, s. 101. Öğretide *Peker* ise bu suç tipiyle ne çocuğun cinsel dokunulmazlığının ne de cinsel özgürlüğünün korunduğu düşüncesindedir. Yazara göre bu suç tipiyle çocuğun gelişimi ve yararı korunmaktadır (İlbiçe Selcen Peker, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Yer Alan Cinsel İlişki Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme”, **KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 6, Sayı: 1, s. 19). Öğretide *Kantarıcı*, *işlenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girmesinin yasaklanması ile çocuğun cinsel özgürlüğünün korunduğunu söylemenin tutarlı olmayacağından ve bu suçla çocuğun düzgün cinsel gelişimi korunuyor ise suçun neden şikayete tabi kılındığı anlaşılamadığından* bahisle bu suçla korunan bir hukuksal değer olmadığı, bu maddenin yürürlükten kaldırılması gerektiği görüşündedir (Nurullah Kantaracı, **Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu**, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016, s. 58-59).

² Nitekim Anayasa Mahkemesi de aynı görüştedir: *İtiraz konusu kuralın, onbeş yaşını doldurmuş çocukların cinsel farkındalık dönemine girmekle birlikte henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince*

kavrayacak sorumluluk duygusuna sahip olmayabilecekleri düşüncesiyle ve onların cinsel dokunulmazlıklarını korumak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 26.02.2009 tarihli ve E. 2006/17, K. 2009/33 no'lu kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/33?EsasNo=2006%2F17>).

Hukumumuzda 15 yaşını tamamlamış olan çocukların fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olduğu kabul edildiğinden, bu yaş grubunda yer alan çocukların cinsel olgunluğa ve farkındalığına da ulaştığını iddia edip, sonrasında algılama ve irade yeteneklerinin veya kişiliklerin yeterince gelişmemiş olabileceğinden ve cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak bir sorumluluk duygusuna sahip olamayacaklarından hareketle, bu çocukla yaşanan cinsel ilişkiyi suç sayıp algılama ve irade yeteneği veya kişiliği yeterince gelişmemiş olabilecek olan bu mağdura daha sonra da fiili şikayet hakkı tanımak büyük bir çelişkidir. Kanaatimizce, bu yaş grubundaki mağdurun rızasıyla cinsel ilişkiye girebileceğinin düzenleme altında alındığı bir hukuk sisteminde, bu mağdurun hem cinsel olgunluğu ve farkındalığının mevcut bulunduğu hem de cinsel ilişkinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını bu yönde yönlendirme yeteneğini haiz olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda bu hükmün konuluş amacını mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneği üzerinden değerlendirmek çelişkili ve hatalı sonuçlar ortaya çıkaracaktır. Burada suç tipini “mağdurda cinsel ilişki sonrasında ortaya çıkan kullandığına, sömürüldüğüne, istismar edildiğine yönelik olumsuz duygu durumu” üzerinden değerlendirmek kanaatimizce daha yerinde olacaktır. Bu duygu durumu cinsel ilişki sonrasında yetişkin kimselerde de ortaya çıkabilecektir. Yetişkin kimseler de bir anlık heyecan ve hevesle “sonraki neticelerini düşünemedikleri” cinsel ilişkiler yaşayıp, bundan pişman olup kendilerinin kullanıldığını, sömürüldüğünü, istismar edildiğini düşünebilirler. Ancak hala çocuk statüsünde olan bireylerde ortaya çıkan bu olumsuz duygu durumu ve bu duygu durumunun çocuğun gelişimi üzerinde ortaya çıkaracağı olumsuz neticeler kanun koyucu tarafından cezalandırmaya layık ve muhtaç olarak nitelendirilmişken yetişkinler bakımından bu durum ceza hukukunun konusu haline getirilmemiştir. Bu bağlamda çocuğun hukuki yararlarının yetişkin kişilerin hukuki yararlarından daha üstün tutulduğu görülmektedir. Öğretide Akdağ da bizim görüşümüze benzer bir biçimde bu suçla amaçlananın *anlık bir merak veya dürtüyle cinsel ilişkiye giren, ancak psikolojik olarak bu fiilin tüm sonuçlarını hazmedemeyen çocuğu korumak* olduğu görüşündedir (Hale Akdağ, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 5, Sayı: 9, s. 171). Hiç kuşkusuz failin 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış çocuk olduğu durumlarda, çocuk failin ceza soruşturmasıyla karşı karşıya kalması onun da sağlıklı gelişimi açısından bazı sorunlar ortaya çıkarabilecektir. Ancak anlaşılan kanun koyucu cinsel ilişkiye girme hususunda aktif olan bu çocuğunun ruhsal ve sosyal yönden yaşayacağı sıkıntıları görmezden gelmiş veya mağdurun yaşadığı sıkıntılar karşısında bunları önemsiz görmüştür. Öğretide Akdağ da haklı olarak 15 yaşını tamamlamış iki çocuk arasındaki cinsel ilişkide sadece pasif olan çocuğun zarara uğrayacağı düşüncesinin toplumun genel ahlak algısıyla uyumlu olduğu, fakat bu düşüncenin doğruluğunun tartışılması gerektiği görüşündedir (Akdağ, s. 179). Öğretide Köksal cinsel ilişkiye rızanın söz konusu olduğu bir suç tipinde, 15 yaşını doldurmuş bir çocuğun istismara uğradığından iddia edilmesinin hatalı olacağı görüşündedir (Köksal, s. 697). Oysaki rızaya dayalı birçok hukuki ilişkide (örneğin gabin, tefecilik gibi) sömürü ve YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

verdiği mesaj, mağdurun sonradan değişebilecek olan iradesine güvenerek bir cinsel ilişki içinde bulunmamaları, böyle bir harekette bulunuyorlarsa bunun cezai sonuçlarına katlanmaları yönündedir³. Gerçekten de bu suç tipi neticesinde cinsel yönden yeni farkındalığa ulaşmış, cinsel yönden halen sömürüye açık konumda olabileceği düşülen mağdura, cinsel yönden bir sömürüye maruz kalıp kalmadığını cinsel ilişki sonrası bir değerlendirme hakkı tanınmıştır⁴. Nitekim bu suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı

istismarın olabileceği, bu sömürü ve istismarın bazen rızaya dayalı bu hukuki işlemin iptaline veya cezalandırılmasına bile neden olabileceği bilinmektedir. Yani hukuken rıza varsa, istismar yoktur şeklinde genel bir yaklaşım doğru değildir. Nitekim çocuğun cinsel istismarında da 15 yaşını tamamlamamış olan çocuk fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilir ve eyleme rızası da söz konusu olabilir; ancak bu durum çocuğun istismar edilmediği anlamına gelmeyecektir. Zaten günlük hayatta da 15 yaşını tamamlamış birçok çocuğun rızalarıyla gerçekleştirdikleri cinsel ilişki sonrasında çeşitli sebeplerle kendilerini istismar edilmiş hissettikleri görülmektedir. İşte tam bu noktada bu suç tipi şikayet hakkını 15 yaşını tamamlamış çocuğa vererek rızaya dayalı cinsel ilişki sonrası çocuğun karşılaştığı mağduriyetin ceza hukuku aracılığıyla giderilmesi adına bir sistem ortaya koymaktadır. Sistemin doğruluğu veya yanlışlığı, gerekli olup olmadığı tartışılabilir. Ancak bunu yapabilmek adına ilk önce sistemi anlamak şarttır. Kanaatimizce, Türk Ceza Kanunu mevcut yapısı itibariyle 15 yaşını doldurmuş, temyiz gücüne sahip bir çocuğun “erken yaşlarda yaşadığı cinsel ilişkinin onun gelişimi ve sağlığı açısından her daim olumsuz etkileri olacaktır” şeklinde bir hipotezi kabul etmediği için çocuğun şikayetine dayalı bir sistem ortaya koymuş ve çocuğun cinsel dokunulmazlığını çocuğun kendisine rağmen korumamak istememiş ve çocuğa bu konuda bir takdir hakkı vermiştir.

³ *Beyazıt* da bu hükmün 15 yaşını doldurmuş çocuklarla rızaya dayalı cinsel ilişkiye girecek faili bu ilişkiye girmeden önce iki kez düşünmeye zorladığı görüşündedir (*Beyazıt*, s. 307). Öğretide *Aksakal*, failin cezalandırılıp cezalandırılmamasının cinsel ilişkiye baştan rıza gösteren 15 yaşını tamamlamış çocuğun keyfiyetine bırakılmış olmasını, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin kapsamında yer alan belirlilik ilkesine aykırı görmektedir (*Aksakal*, s. 274).

⁴ Kanaatimizce, bu hüküm çocuğun cinsel yönden sömürüldüğü durumların cezalandırılmasını temin etmek adına kabul edilmiş olan Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'yle, (özellikle de bu sözleşmenin 18. maddesinin 3. fıkrasıyla) uyumsuz değildir. Burada sadece sömürülmenin söz konusu olup olmadığı yönünde verilecek karar, çocuk mağdurun eylem sonrasındaki kendi hissiyatına ve iradesine bırakılmıştır. Rızasıyla cinsel ilişkiye girmiş 15 yaşını tamamlamış bir mağdur birçok sebeple kendini kullanılmış, sömürülmüş, istismar edilmiş hissedebilir. Bu hissiyatın tatmini adına getirilen bu düzenlemenin derinlemesine düşünüldüğünde kendi içinde tutarsız bir yanı yoktur. Burada sorun ceza hukukunun mağdur çocuğun yaşadığı olumsuz duygu durumuna müdahale etmesi gereklimediği ve çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı noktasındadır. Yoksa mağdurun önceden rıza verdiği cinsel ilişkiden koşulların değişmesi sonrası çok pişman olması bir tutarsızlık olarak değerlendirilmez. Örneğin sözlü bir evlenme vaadinin hile teşkil etmediği bir durumda, kendini kandırılmış ve sömürülmüş

bulunan kişi tarafından işlenmesinin veyahut da evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesinin şikayete tabi kılınmamış olması da, bu suç tipiyle korunan temel hukuksal değerın mağdurun cinsel dokunulmazlığı olduğunun kanıtı niteliğindedir⁵. Kanaatimizce, çocuklar için oluşturulmuş olan bu cinsel dokunulmazlık alanı, çocuğun üstün yararlarını ve sağlıklı gelişimi de dikkate alarak oluşturulduğundan, “çocuğun kişisel, ruhsal, bedensel ve sosyal bakımdan sağlıklı gelişimi” ayrıca korunan bir hukuksal değer olarak değil, çocuğun cinsel dokunulmazlığı kavramı içinde değerlendirilmelidir⁶.

Esasında cinsellik ne ahlaki yönü ağır basan toplumsal bir değerdir ne de ailevi yönü ağır basan belirli bir gruba ait bir değerdir⁷. Bu yüzden de eski

hisseden mağdurun şikayet yoluyla cezai süreci başlatmasında hiçbir tutarsızlık yoktur. Çocukların Cinsel Suistimal ve Cinsel İstismara karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi) kendi içinde bir ön kabulle hareket etmektedir. Bu ön kabule göre iki çocuk arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkide bir sömürü yoktur, bu yüzden de bu tarz ilişkiler sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak sözleşmenin çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerle ilgili yapılacak düzenlemeleri yasakladığını söylemek doğru olmayacaktır. Bu durum devletlerin takdir hakkı kapsamındadır.

⁵ *Sevük*'e göre de suçun nitelikli halleri bakımından korunan hukuksal değer çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve çocuğun yararlarıdır (Sevük, s. 172).

⁶ Öğretide *Taner*, bu suçla korunan hukuksal değerın “çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi” olduğunu ifade etmektedir (Bknz. Fahri Gökçen *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2. Bası, 2017, s. 366). Aynı yönde Bknz. Köksal, s. 689). Kanaatimizce, bu suçla korunan hukuksal değerın sadece çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi olarak addedilmesi yerinde değildir, zira erken yaşlarda gerçekleşen bu ilişki sadece çocuğun cinsel gelişimini etkilemeyecektir. Erken yaşlarda gerçekleşen bu ilişki çocuğun cinsel gelişiminin yanında, onun bedensel, ruhsal ve sosyal yönden “mevcut” huzurunu ve iyi olma halini olumsuz yönde etkileyebileceği gibi bedensel, ruhsal ve sosyal yönden “gelecekteki” gelişimini de olumsuz yönde etkileyebilecektir. İşlenen suçun cinsellikle bağlantılı olması sebebiyle etkilerinin de sadece çocuğun “cinsel gelişimi” ile bağlantılı olacağını düşünmek doğru bir bakış açısı değildir.

⁷ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 416. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen bu suç tipi, o dönemde “adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler” başlığı altında 8. bapta cezalandırılmaktaydı. O dönemde işlenen cinsel suçların “genel ahlaki ve aile düzenini” ilgilendirmesi kanun koyucunun suçla korunan hukuksal değer bakımından konuya bakış açısını açıkça ortaya koyması bakımından önemlidir. Kanaatimizce, aşağıda da detaylı bir biçimde açıklanacağı üzere bugünkü yargı uygulamasıyla şikayet hakkı çocuk mağdura bırakıldığı için bu suç tipinin “genel ahlak ve aile düzeni” ile bağlantısı önemli ölçüde ortadan kaldırılmıştır. Suçun esas mağduru olan bireyi ikinci plana atan, toplumsal niteliği haiz değerleri ön plana çıkararak suçun mağdurunu toplum olarak kabul eden bu bakış açısından kurtulmuş olunması yerinde bir gelişmedir. Ayrıca cinsel suçların 1987 ve 1989 *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

ceza kanunda “Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler” başlığı altında sekizinci bapta düzenlenmiş bu suç tipinin bugün “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş olması kanaatimizce önemli ama yeterli olmayan bir gelişmedir. Esasen cinsellik aynı zamanda bir tercih ve özgürlük sorunu da olduğu için bu felsefenin hukuk düzenince kabulü ve daha kapsayıcı bir hukuksal değer ortaya koymak adına, cinsel özgürlük kavramının sadece negatif yönünü yansıtan “cinsel dokunulmazlık” kavramı yerine “cinsel özgürlük” kavramının tüm cinsel suçlar bakımından korunan bir hukuksal değer olarak ortaya konması, Türk Ceza Kanunu’nun 2. kısım 6. bölüm başlığının değişmesi gerektiği görüşündeyiz.

II. SUÇUN UNSURLARI

Bu başlık altında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun maddi unsuru, manevi unsuru, hukuka aykırılık unsuru, nitelikli halleri ve özel görünüş biçimleri açıklanacaktır.

A. SUÇUN MADDİ UNSURU

Bu başlık altında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili, mağduru, konusu ve fiil unsuru detaylı bir biçimde açıklanmaya çalışılacaktır.

1. SUÇUN FAİLİ

Yargıtay’a göre bu suçun faili sadece erkekler olabilir. Bunun sebebi, Yargıtay’ın cinsel ilişkiyi klasik bakış açısı altında erkek kimliği üzerinden tanımlama çabasıdır. Bu bağlamda, bu bakış açısı altında failin kadın olduğu durumlarda bu suç tipinin işlenmesi mümkün olmadığından bir kadının bir erkeğe karşı veya bir kadının bir başka kadına karşı bu suçu işlemesi mümkün görünmemektedir⁸. Oysaki kanaatimizce, 765 sayılı eski ceza

tarihli Ceza Kanunu Ön Tasarıları’nda “Genel Ahlak ve Adaba Karşı Suçlar”, 1997 ve 2000 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarıları’nda “Cinsel Özgürlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar”, 2003 tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nda “Cinsel Bütünlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar” başlığı altında “topluma karşı işlenmiş suçlar” olarak nitelendirildiği tarihsel bir gelişim sürecinde (reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından Türk Ceza Kanunu Tasarıları’nın detaylı analizi ve değerlendirilmesi adına Bknz. Kantarcı, s. 28-31), bu değişim kanaatimizce çok değerli bir niteliği haizdir.

⁸ Öğretide *Baytemir* de aynı Yargıtay gibi bu suçun failin sadece erkek olabileceği görüşündedir (Erdal Baytemir, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, Ankara, 2019, s. 485). Öğretide *Tezcan/Erdem/Önok* bu suçun failinin kadın olabileceğini kabul etmekle birlikte, söz konusu yazarlar kanunda cinsel ilişki kavramı kullanıldığından, cinsel ilişkinin de erkek cinsel organının vajinal veya anal yoldan mağdurun vücuduna sokulması veya sokturulması suretiyle ancak gerçekleşebileceğinden bahisle, bir kadının başka bir kadına karşı bu suçu işlemesinin mümkün olmayacağı görüşündedir. Söz konusu yazarlara göre,

kanununun eski bakış açısının bir uzantısı şeklinde devam eden Yargıtay içtihatlarının artık bir geçerliliği olmamalıdır. Yeni ceza kanunu bakış açısı altında artık kadınlar da cinsel suçların faili olabileceklerinden bir kadın da 15 yaşını tamamlamış bir çocukla cinsel ilişki içinde bulunduğu bu suçu işleyebilmelidir⁹. Nitekim Anayasa Mahkemesi de failin erkek veya kadın olabileceğini görüşündedir¹⁰.

Kanunda failinin yaşıyla ilgili herhangi bir kısıtlayıcı hükme yer verilmemiş olduğundan, bu suçun failinin sadece 18 yaşını tamamlamış bir kimse¹¹ veya reşit olan bir kimse¹² olabileceğini söylemek hukuken doğru

yetişkin bir kadın ancak 15 yaşını tamamlamış çocuğun rızasıyla penisini vajinal veya anal yoldan kendisine sokması halinde bu suçun faili olabilecektir (Tezcan/Erdem/Önok, s. 481). *Taner*'e göre de, bu suçun failinin kadın olması halinde mağdurunun muhakkak erkek olması gerekmektedir. Zira yazara göre, iki kadının birbiriyle cinsel ilişkiye girmesi mümkün değildir (Taner, s. 368). Aynı yönde Bknz. Parlar/Öztürk, s. 539-540., Sevük, s. 172., Köksal, s. 691., Kartal, s. 2086-2087., Akdağ, s. 179., Özen, s. 400). Aşağıda cinsel ilişki kavramına verdiğimiz anlam itibarıyla ve görüşlere katılmamaktayız. Kadının failliğini yine erkek cinsel organı üzerinden tanımlamaya çalışmak “kadının cinsel suçlarda fail olamayacağına yönelik” eski ve köhneleşmiş bakış açısının uzantısı niteliğindedir. Kanunda yer almayan ancak zihniyetlerde yer alan bu cinsiyetçi bakış açısının doğru olmadığı, bu yönde cinsiyete dayalı kanuni bir sınırlama söz konusu olmadığı sürece maddenin eşitlik ilkesine uygun bir biçimde uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz. Aynı zamanda bu bakış açısı lezbiyen ilişkileri bu suç tipinin kapsamı dışında bırakıp, sadece heteroseksüel ve erkekler arasındaki homoseksüel cinsel ilişkileri cezalandırmış olacağından, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesindeki ayrımcılık yasağına da aykırılık teşkil edecektir (Ayrıntı bilgi için Bknz. Aksakal, s. 272-274). *Kantarci* da ayrımcılık yasağına aykırı olan bu düşüncenin kabul edilmesi halinde, ülkemiz özelinde heteroseksüel ve erkek eşcinsel ilişkiye rıza yaşı 18 olarak, lezbiyen ilişkiye rıza yaşının ise 15 olarak ortaya çıkacağını ifade etmektedir (Kantarci, s. 88).

⁹ Aynı yönde Bknz. Ünver, s. 43-44., Kanbur, s. 4146., Aydın, s. 103., Kantarci, s. 64-65.

¹⁰ *Madde'de sanık ve mağdur yönünden cinsiyet ayrımı yapılmamıştır*

(Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarihli ve E. 2005/103, K. 2005/89 no'lu kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2005/89?EsasNo=2005%2F103>).

¹¹ Öğretide bir grup yazar, bu suçun failinin ancak 18 yaşını doldurmuş bir kimse olabileceği görüşündedir (Kanbur, s. 4146-4147., Taner, s. 375-376., Koca/Üzülmez, s. 375-376., Nevzat Toroslu / Haluk Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Ankara, 2021, s. 71., Özgenç, s. 267, 4 no'lu dipnot., Aydın, s. 104., Kantarci, s. 67-68., Ali Tanju Sarıgül, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail (TCK m.104)”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 25, Sayı: 2, s. 741. Öğretide *Köksal*, bu suçun failinin 18 yaşını tamamlamış olması gerektiği, aksi halde tek bir suç tipinde fail ve mağdur sıfatlarının birleşeceği, şikayet hakkının kime ait olduğu hususunda sorunların ortaya çıkacağı ve her iki çocuğun cezalandırılması gibi anlamsız sonuçlarla karşılaşılacağı görüşündedir (Köksal, s. 692-695). Öğretide *Aksakal* maddenin konuluş amacının 15 yaşını doldurmuş çocuğun cinsel dokunulmazlığını kendinden yaşça büyük olanlar karşısında korumak olduğundan ve kanuni tipte sadece yaş üzerinden bir düzenleme *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

olmaz¹³. Aynı gerekçeyle 15 yaşını tamamlayan ancak 18 yaşını tamamlamamış bir çocuk da bu suçun faili olabilir¹⁴. Ancak kanaatimizce, 15 yaşını tamamlamamış bir çocuğun bu suçun faili olması mümkün görünmemektedir¹⁵. Zira böyle bir durumda, 15 yaşını tamamlamamış

yapıldığından hareketle, failin mahkeme kararıyla veya evlenmeyle reşit olmasının bu düzenleme karşısında bir anlamı olmayacağı, failin mutlaka 18 yaşını tamamlamış olması gerektiği görüşündedir (Aksakal, s. 261-262).

¹² *Tezcan/Erdem/Önok*, bu suçun failin “reşit olan bir kimse” olabileceği görüşündedir. Bu bağlamda yazarlara göre bu suçun faili ya “18 yaşını tamamlamış bir kimse” olacaktır ya da “18 yaşını doldurmamakla birlikte evlenmeyle veya mahkeme kararıyla reşit olan bir kimse” olacaktır (Tezcan/Erdem/Önok, s. 483). Aynı yönde Bknz. Özen, s. 398, 405.

¹³ *Ünver* de kanunilik ilkesi, madde metni ve gerekçesi, maddenin ilk şeklinde bulunmakla birlikte sonradan Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilen fıkra metni, maddenin mülga Türk Ceza Kanunu’ndaki şekli ve karşılaştırmalı hukuk bakımından “failin 18 yaşını tamamlamış olması” şeklinde bir şartın aranmaması gerektiği görüşündedir (Ünver, s. 44). *Özbek/Doğan/Bacaksız* da haklı olarak failin “18 yaşını doldurmuş bir kimse” olarak ortaya çıkabilmesi için kanunda bu yönde açık bir düzenlenmenin mevcut bulunması gerektiği, 15 yaşını tamamlamış bir çocuğun 18 yaşını tamamlamış bir kişiye karşı korunduğu bir ortamda, aynı çocuğun kendi yaş grubundaki çocuğa karşı korunmadığını iddia etmenin mantıklı olmadığını ifade etmiştir (Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 380-381).

¹⁴ Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne göre de *sanığın cezalandırılması açısından mağdurla aynı yaş grubunda yer alması veya reşit olması arasında fark bulunmamaktadır* (Anayasa Mahkemesi’nin 26.02.2009 tarihli ve E. 2006/17, K. 2009/33 no’lu kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/33?EsasNo=2006%2F17>). Bu konuda Yargıtay da aynı görüştedir: *...5237 sayılı TCK.nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failinin yaşı ile ilgili olarak herhangi bir sınırlandırma bulunmadığı, 18 yaşından küçük failer tarafından da bu suçun işlenmesinin mümkün olduğu gözetilmeden, sanığın mahkumiyeti yerine “Atılı suçun failinin on sekiz yaşından büyük kişiler olabileceği” şeklindeki kanuni olmayan yetersiz gerekçeyle beraatine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 15.01.2015 tarihli ve E. 2014/2241, K. 2015/228 no’lu kararı, aktaran Parlar/Öztürk, s. 559). *Mağdurenin ve sanığın anlatımlarına, Gediz Devlet Hastanesinin 26.5.2010 ve Kütahya Adli Tıp Şube Müdürlüğü’nün 24.6.2010 tarihli raporlarına ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın nüfus kayıt örneğine göre 17 yaş içerisinde olup 18 yaşını bitirmeyen mağdureyi evine götürüp burada rızası ile cinsel ilişkiye girdiği, eylemin bu haliyle TCK.nın 104/1. maddesinde tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarını oluşturduğu gözetilerek bu suçtan mahkûmiyeti yerine, yazılı gerekçeyle beraatine kararı verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 04.11.2014 tarihli ve E. 2013/1323, K. 2014/12142 no’lu kararı, www.kazanci.com).

¹⁵ *Ünver* bu suçta failin 15 yaşını doldurmamış bir kişi de olabileceğini ifade etmiştir (Bknz. Ünver, s. 45). Kanaatimizce, 15 yaşını doldurmamış bir kimseyle 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış bir kimsenin rızasıyla cinsel ilişkiye girmeleri halinde, 15 yaşını doldurmamış kimse bu cinsel ilişkinin aktif tarafı olsa dahi onun fail olması mümkün değildir. Kanaatimizce, Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesi kapsamında, 15 yaşını doldurmamış çocuğun mağdur olarak korunduğu ve bu çocuğun rızasına hukuken

çocuk, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesi gereği cinsel istismar suçunun mağduru olarak karşımıza çıkacak ve bu sebeple reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili olma vasfını yitirecektir.

Bu suç tipinin ilk halinde, failin mağdurdan beş yaştan daha büyük olması nitelikli bir hal olarak düzenlenmiş, söz konusu koşul gerçekleştiğinde hem cezanın iki kat artırılacağı hem de suçun resen kovuşturulacağı hüküm altına alınmıştı. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarihli ve E. 2005/103, K. 2005/89 no'lu kararı ile bu düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır¹⁶.

değer tanınmadığı bir durumda, bu çocuğun Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesi kapsamında fail olarak cezalandırılması mümkün görünmemektedir.

¹⁶ *İtiraz konusu kuralla faillerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failler arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failler arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, Kural'ın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir* (Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarihli ve E. 2005/103, K. 2005/89 no'lu kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2005/89?EsasNo=2005%2F103>).

Anayasa Mahkemesi'nin normu iptal gerekçeleri yerindedir. İptal edilen norm esasında cinsel suçlarda suçla korunan hukuksal değer bakımından da bir geriye gidişi ortaya koymaktaydı. Zira failin mağdurdan 5 yaş büyük olduğu durumlarda hem suçun takibinin resen yapılması hem de cezanın artırılmış olması çocuk mağdura kısmen tanınan cinsel özgürlük alanının, fail ile mağdur arasında ortaya çıkan yaş farkının toplum açısından rahatsız edici boyutta bulunması sebebiyle genel ahlakın korunması bakış açısı altında, ortadan kaldırılması, çocuğun menfaatlerinin toplumun genel ahlak anlayışına feda edilmesi anlamına gelmekteydi. Aynı zamanda aralarında 5 yaş fark bulunan fail ile mağdurun sonradan evlenmesine rağmen evlilik öncesi yaşanan cinsel birliktelik sebebiyle failin resen soruşturması ve ona verilecek cezanın sırf yaşının büyüklüğü sebebiyle artırılması toplumun temel yapısı olan aile düzenini yıkıcı bir etkiye sahip olacaktı. Hiç kuşkusuz evlilikle son bulan bu tarz eylemlerin genel ahlaka aykırı olduğunun iddia edilmesi de artık mümkün olmayacaktı. Hiçbir bilimsel ve kriminolojik temele dayalı olmayan tamamen keyfi bir biçimde yürürlüğe konmuş olan bu düzenlemenin iptal edilmesi yerinde olmuştur. Öğretide Kantarcı da karşılaştırmalı hukukta, faille mağdur arasında belirli yaş farkını dikkate alan benzer nitelikteki düzenlemelerin yaşları birbirine yakın olan çocuklar arasında gerçekleşen cinsel ilişkileri cezalandırmamak amacıyla öngörüldüğünü, yaş farkının eşitlik ilkesine aykırı bir biçimde cezayı artıran bir sebep olarak düzenlenmediğini ifade etmiştir (Kantarcı, s. 62). Öğretide Aksakal göre ise, iptal edilen bu düzenleme çocuğun cinsel YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

Suçun failinin ve mağdurunun 15 yaşını tamamlamış ama 18 yaşını tamamlamamış olduklarında, suçun faili “aktif olan kişi” olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷. Ancak bu kıstasın sadece cinsel ilişkiye giren her iki

dokunulmazlığını korumak adına yerinde bir düzenlemeydi. Zira yazara göre yaş farkı artıkça failin mağdur üzerindeki psikolojik etkisi de artacak, böylece fail mağdurun rızasını daha kolay elde edebilecektir (Aksakal, s. 268). Kanaatimizce, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere faille mağdur arasında yaş farkının beşten fazla olduğu durumlarda failin mağdurun rızasını daha kolay elde edeceği bilimsel ve kriminolojik gerçekliği olmayan bir tahminden ibarettir. Hatta olayların birçoğunda aynı yaş grubu çocuklar genellikle birlikte bulduklarından, aynı yaş grubundaki failin mağdurun rızasını daha kolay elde ettiği görülmektedir.

¹⁷ Ünver, s. 45. *Çakmut*'a göre de kanunda failin yaşı bakımından ayırt edici bir kıstasa yer verilmediğinden, 15 yaşını tamamlamış çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerde “baskın ve ısrarcı hareketleri yapan” kişinin fail olarak kabulü yerinde olacaktır (Özlem Yenerer Çakmut, “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu'nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Yıl: 2017, Cilt: 22, Sayı:1, s. 46). Öğretide *Kanbur* ise failin muhakkak 18 yaşını doldurmuş olması gerektiği düşüncesinde olduğundan, fail veya mağdurun 15 yaşını tamamlayıp 18 yaşını tamamlamadan rızalarıyla cinsel ilişkiye girdiği hallerde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipiklik unsurunun gerçekleşmeyeceği görüşündedir. (Kanbur, s. 4150-4151). Öğretide *Aksakal* cinsel ilişkinin taraflarının 15 yaşını doldurmuş çocuklar olduğu durumlarda, kimin diğerinin cinsel dokunulmazlığını ihlal ettiğinin anlaşılamayacağı, kimin fail kimin mağdur olduğu belirlenemeyeceği için failin mutlaka 18 yaşını doldurmuş bir kişi olması gerektiği görüşündedir (Aksakal, s. 262). Öğretide *Doğan* Medeni Kanun'daki evlenme ve yargısal kararlar ergin kılınma yaşları ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de belirlenen ilkeler ile tutarlı olunması adına 15 yaşını tamamlamış çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin suç olmaması gerektiği düşüncesindedir (Doğan, s. 140). Aynı şekilde *Beyazıt* da, kanunun ruhu ve kanun koyucunun amacından hareketle, reşit olmayanla cinsel ilişki suç tipinde reşit bir kişinin reşit olmayanla cinsel ilişkiye girmesinin suç olarak düzenlenmek istendiği, her iki tarafın da reşit olmadığı durumların ise cezalandırılmasının istenmediği görüşündedir (Beyazıt, s. 299). Öğretide *Sevük* de, Lanzarote Sözleşmesi'nin 18. maddesinin 3. fıkrası uyarınca hareket edilerek 15 yaşını tamamlamış çocukların rızalarıyla gerçekleştirdiği cinsel birleşmelerin suç olmaması gerektiği, ancak bunun açık bir kanuni düzenlemeyle yapılmasının yerinde olacağı görüşündedir (Sevük, s. 172-173., aynı yönde Bknz. Sarıgül, s. 742). Öğretide *Koca/Bozkurt/Akar* zihinsel ve fiziksel olarak aynı veya benzer durumda çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel ilişkilerde bir istismar olgusundan bahsedilmesinin mümkün olmayacağı gerekçesiyle, akran çocuklar arasında çocukların cinsel istismarı veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarının işlenmesinin mümkün olamayacağı kanaatindedir (Mahmut Koca / Özge Bozkurt / İbrahim Akar, “Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu”, **Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan**, Ankara, 2020, s. 660-661). Öğretide *Özgenç* de 15 yaşını tamamlamış 18 yaşını tamamlamamış kişiler arasındaki rızaya dayalı karşılıklı cinsel ilişkinin ceza hukukunun müdahale alanı dışında kaldığını, bu yaş grubuna ait kişiler arasındaki cinsel ilişkilerin yaratacağı sorunların ancak toplum ve aile disiplini

tarafında 15 yaşını tamamlamış çocuk olduğu durumlarda geçerli olacağı unutulmamalıdır. Zira taraflardan birinin 18 yaşını tamamladığı durumlarda, 15 yaşını tamamlayan çocuk cinsel ilişkiye girme fiili bakımından “aktif olan kişi” konumunda bulunsa dahi, bu suç tipi bakımdan bunun bir önemi olmayacak, cinsel ilişkiye girmede aktif konumda olan çocuk suçun faili değil, mağduru olacaktır. 15 yaşını tamamlamış iki çocuk arasında gerçekleşen cinsel ilişkide kimin aktif kimin pasif konumda olduğuna ise her somut olay özelinde cinsel ilişkinin öncesi ve icrasıyla ilgili süreç bir bütün olarak değerlendirilerek karara verilmelidir¹⁸. Sadece şikayet hakkını

çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği görüşündedir. Yazara göre kimin fail kimin mağdur olduğunun belirleme imkanının olmadığı bir suç tanımı olmayacağı için ve aynı zamanda şikayet şartının da kimin tarafından kullanılacağına hukuken açıklanması adına, bu suç tipinin failinin ancak 18 yaşını tamamlamış bir kimse, bu suç tipinin mağdurunun ise 15 yaşını tamamlamış ancak henüz 18 yaşını tamamlamamış bir kimse olacağı kabul edilmelidir (Özgenç, s. 264-267). Öğretide *Özbek/Doğan/Bacaksız* ise aktif-pasif ayrımı yapmadan, 15 yaşını tamamlamış her iki çocuğun rızalarıyla cinsel ilişkiye girdikleri durumlarda her ikisinin de birbirlerine karşı işledikleri suçların faili olmaları gerektiği görüşündedir (Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 381). Öğretide *Soyaslan* da bu suç tipiyle reşit olmayan cinsel yaşamı üzerinde tam bir tasarruf yetkisi tanınmadığından hareketle, cinsel ilişkinin her iki tarafının da reşit olmadığı durumlarda, her iki tarafın da birbirlerinden şikayetçi olması koşuluyla, her iki tarafın da ayrı ayrı cezalandırılmaları gerekeceği görüşündedir (Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara, 2020, s. 257., aynı yönde Çetin Akkaya, **Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar**, Ankara, 2018, s. 366).

¹⁸ *Nüfus kayıt örneğine göre, 15 yaş 7 aylık mağdurenin teklifi üzerine cinsel ilişkiye giren 15 yıl 2 aylık sanık hakkında TCK'nın 104/1. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken, hakkaniyet ve orantılılık ilkelerine uygun düşecek ve TCK'nın 3/1. maddesine aykırı olmayacak şekilde bir ceza verilmesi gerekirken, suçun işleniş şekli, olayın mağdure ve ailesi üzerinde yarattığı etkiden söz edilerek dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle üst haddeden ceza tayini...* (Yargıtay 14. CD.'nin 17.02.2014 tarihli ve E. 2012/8899, K. 2014/1766 no'lu kararı, www.lexpera.com). Görüldüğü üzere Yargıtay bu kararında cinsel ilişkinin taraflarından birinin “ikna edici davranışta” bulunmasını reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili olması adına yeterli kabul etmemiştir. Ayrıca bu kararda “yaş kriterine” göre de aktiflik-pasiflik durumunun ortaya konulmadığı görülmektedir. Zira karara konu olan olayda failin yaşının mağdurenin yaşından daha küçük olduğu açıktır. Somut dosya içeriği tarafımızca ayrıntılarıyla bilinmediğinden, ilgili Yargıtay kararında hangi sebeple erkek olan sanığın cezalandırıldığına yönelik bir belirleme de yapılmadığından, Yargıtay kararının doğruluğu veya yanlışlığı bakımından bir değerlendirmede bulunmak güçtür. Ancak sadece failin “organ sokan” mağdurenin da “organ sokulan” şeklinde ortaya konulduğu klasik bakış açısı altında bu karar ortaya çıktı ise, bu kararın hatalı olacağı açıktır. *Tezcan/Erdem/Önok*'un da haklı olarak belirttiği gibi iki kişinin rızaya dayalı katılımı ile ortaya çıkan işteş yapılı bir eylemde faillik veya mağdurluk sıfatının organı kimin soktuğuna göre belirlenecek olması mantıken kabul edilebilir değildir (Tezcan/Erdem/Önok, s. 482). Bu yüzden kanaatimizce, cinsel ilişkinin öncesi ve icrası *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

ilk kullanan kişiyi pasif olarak nitelendirmek veya sadece erkeği her cinsel ilişkinin doğrudan aktif süjesi olarak ortaya koymak yahut da somut olayın koşulları altında ortaya çıkan toplumsal algıya göre cinsel ilişkide kimin aktif kimin pasif olduğu konusunda karar vermek veya cinsel ilişkiye girme konusunda ve cinsel ilişki sırasında daha çok istekli olanı aktif kabul etmek veya diğerini cinsel ilişkiye ikna eden¹⁹ aktif olarak ortaya koymak yerinde bir hukuki değerlendirme olmayacaktır²⁰. Kanaatimizce, cinsel ilişki öncesi ve icrası sırasındaki hareketlerden somut cinsel ilişki sırasında kimin aktif olduğu hususunda şüphe ortaya çıkmış ve bu şüphe yenilememişse, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince herhangi bir cezalandırmanın yapılmaması gerekecektir. 15 yaşını tamamlamış ama 18 yaşını tamamlamamış iki erkek arasında gerçekleşen cinsel ilişki sırasında bu erkeklerden her ikisi de zaman zaman aktif olmuşsa, ortada iki ayrı cinsel ilişki mevcut olacağından, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun iki ayrı failinin ve iki ayrı mağdurunun olacağı da açıktır.

Yargıtay'a göre, bu suç tipi bakımından dolaylı failliğin söz konusu olması mümkün görünmektedir. Bu bağlamda dolaylı failin mağduru araç olarak kullanıp kendi vücuduna organ sokulması suretiyle cinsel ilişkinin

sırasında cinsel ilişkinin gerçekleşmesine sebebiyet veren tüm koşullar birlikte takdir edilmek suretiyle kimin ilişkide aktif kimin pasif olduğunun ortaya çıkarılmaya çalışılması gerekmektedir.

¹⁹ Öğretide *Artuk/Gökcen/Yenidünya* cinsel ilişkiye giren her iki tarafında 15 yaşını doldurmuş çocuk olduğu durumlarda, cinsel ilişkiye ikna edici davranışta bulunan çocuğun fail olması gerektiği görüşündedir (Emin Artuk / Ahmet Gökcen / A. Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Ankara, 2015, s. 322). Kanaatimizce, söz konusu ölçüt, aktif failin kim olduğunu ortaya koymak adına kullanabilecek önemli ölçütlerden biridir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere sadece cinsel ilişki öncesi “ikna eden” üzerinden yapılacak bir değerlendirme kimin cinsel ilişkinin gerçekleşmesine sebebiyet verdiğinin değerlendirilmesinde hatalı sonuçlar ortaya koyabilecektir. Bir kişinin diğerini cinsel ilişkiye ikna edip, failin icrasına henüz başlanmadan önce veya başladığı sırada aniden cinsel ilişkiye girmekten vazgeçtiğini söylemesinin bile mümkün olduğu bir ortamda, cinsel ilişkinin öncesindeki ve icrası sırasındaki koşulların bir bütün olarak değerlendirmesinde fayda olduğu görüşündeyiz.

²⁰ Öğretide *Arslantürk* reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 15 yaşını tamamlamış çocuklar arasında gerçekleşmesi halinde kimin fail kimin mağdur olarak ortaya çıkacağıın belirlenmesi bakımından çeşitli kriterlere başvurulabileceği görüşündedir. Bunlar: *Aktiflik kriteri, ikna kriteri, önce şikayetçi olma kriteri, daha fazla mağdur olma kriteri, toplumsal algılama kriteri, cinsel eylem öni amı itibarıyla eylemde daha fazla etken olma ve etkin pozisyonda bulunma, başkan olma kriteri, cinsel ilişkinin icrasında istekli olma, arzulama kriteri* (Mustafa Arslantürk, **Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar**, 6. Baskı, Ankara, 2022, s. 544).

gerçekleşmesine sebebiyet verdiği durumlarda bu suç işlenmiş olacaktır²¹. Kanaatimizce, aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere suç teşkil eden cinsel ilişki fiili karşılıklı icra edilen “sokma” ve “sokturma” hareketlerinden oluştuğu için ve suç teşkil eden fiilin tanımlanması da “sokma” veya “sokturma” hareketlerine göre değil, “15 yaşını bitirmiş çocukla” bu ilişkiyi gerçekleştirene göre tanımlanmış olduğundan, hareketin niteliği gereği bu örnek bakımından dolaylı faillik kurumuna başvurulmasına gerek yoktur. Yargıtay’ın bu örnek bakımından dolaylı faillik kurumuna başvurması ise klasik bakış açısı altında “sokanın” her zaman fail olacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Ancak bu örnekten hareketle bu suçun dolaylı faillige elverişli olmadığını söylemek de yerinde

²¹ *Suç tarihinde çalıştığı işyerinden çıkarak eve gitmekte olan mağduru "peçeten var mı" biçimindeki soruyla durduran sanığın mağdurla ayaküstü sohbet etmeye başlaması ve akabinde kahve falı baktığını söyleyerek evine davet etmesi, mağdurun bu teklifi kabul etmesi üzerine birlikte sanığa ait eve gelmeleri, söz konusu evde sanığın kendi cep telefonundan mağdurun cep telefonuna bluetooth aracılığıyla porno videolar göndermesi, videoları izledikleri sırada sanığın mağdurun pantolon ve alt iç çamaşırını dizlerine kadar indirip kendisini de soyarak mağdurun kucığına oturduğunda mağdurun cinsel organının sanığın poposuna girmesi ve devamında mağdurun kız arkadaşının beklediğini söyleyerek acilen toparlanıp evden ayrılması biçiminde gerçekleşen olayda; İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 29.4.2011 tarihli raporunda, mağdurda hafif derecede zeka geriliği denilen akıl zayıflığı saptandığı, tespit edilen bu zeka geriliği ve olay tarihindeki yaşı birlikte değerlendirildiğinde olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacağı, bu zeka geriliğinin fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmasına mani olacak mahiyet ve derecede bulunduğu ve durumunun hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği hususlarının açıkça belirtildiği, Eylem, 5237 Sayılı TCK.nın 103/2. maddesinde düzenlenen ve kanuni tanımında "vücuda organ veya sair cisim sokulması" şeklinde tarif edilen suçun tipiklik unsurunu meydana getirilmediğinden anılan Kanununun 103/2. maddesinde yer alan çocuğun vücutuna organ veya sair cisim sokulması şeklindeki çocuğun nitelikli cinsel istismar suçunu oluşturmadığı, Dolaylı fail durumunda olan sanığın, onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan mağdurun bu durumunu bilerek ve isteyerek eylemi gerçekleştirmede, zira anılan raporda da belirtildiği üzere mağdurda mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği ve mağdur ile sanığın suç tarihinde ilk defa görüştikleri, öncesinde birbirlerini tanıdıklarına dair dosyaya yansıyan herhangi bir iddia ya da delil bulunmadığı, bu durumda sanığın mağduru evine götürerek kendi vücutuna organ sokturması biçimindeki eyleminin TCK.nın 103/1-b maddesinde yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçunu da oluşturmadığı, Bu haliyle; eylemin TCK.nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek sanık hakkında 5237 Sayılı TCK.nın 103/1-b maddesinde yer alan çocuğun basit cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması...* (Yargıtay 14. CD.’nin 02.03.2015 tarihli ve E. 2013/6245, K. 2015/2305 no’lu kararı, www.kazanci.com). Öğretide bazı yazarlar ise, bu suçun bizzat işlenebilen bir suç olması sebebiyle bu suçta dolaylı faillığın söz konusu olamayacağı görüşündedir (Beyazıt, s. 303., Baytemir, s. 498).
YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

olmaz. Zira dolaylı failin mağdur dışında başka bir kişiyi araç olarak kullanıp bu suçu işlemesi de mümkün görünmektedir. Örneğin bir arkadaşını 15 yaşını tamamlamış bir çocukla cinsel ilişkiye girmeye, söz konusu çocuğun yaşının 19 olduğunu söyleyerek ikna eden ve arkadaşını bu konuda hataya düşüren bir kişi, mağdurun şikayeti üzerine bu suçu dolaylı fail olarak işlemiş olacaktır.

2. SUÇUN MAĞDURU

Bu suçun mağduru, suç teşkil eden “fiilin işlendiği anda” 15 yaşını doldurmuş, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş (ayırt etme gücüne sahip) olan çocuktur²². Hiç kuşkusuz mağdurun cinsel ilişki sırasında “yaşayan bir kişi” olması şarttır²³.

Mağdur çocuğun yaşı konusunda bir şüphe ortaya çıkarsa, bu şüphenin ortadan kaldırılması adına usulüne uygun araştırmaların yapılması gerekmektedir. Yargıtay haklı olarak söz konusu araştırmalar resen yapılmadan hüküm kurulmuş olmasını, bir bozma nedeni olarak kabul etmektedir²⁴. Suçun mağdurunun fiilin işlendiği anda 15 yaşını tamamlayıp

²² Öğretide haklı olarak “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” yerine “fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği” ibaresinin kullanılmasının daha yerinde olacağı, zira mağdurun gerçekleşen fiilin hukuki açıdan ne anlama geldiğini bilmesinin bir önemi haiz olmadığı ifade edilmiştir (Kantarıcı, s. 78-79). *Taner* de, çocuğun fiilin anlam ve sonuçlarını anlayabilmesi için belirli bir düzeyde cinsel olgunluğa ulaşması ve fiilin sosyal anlamını ve değerini kavrayabilecek durumda olması gerektiğini belirtmiştir (Taner, s. 291-293). Kanaatimizce, mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olması, “insanın içinde yaşadığı toplumdaki nesnelere ve olayların bilincinde olmasını”, “fiilin ortaya çıkaracağı kişisel ve sosyal neticeleri anlama ve değerlendirme yeteneğini haiz olmasını” ve “doğruyu yanlıştan ayırt edebilecek bir bilince sahip olmasını” gerektirmektedir.

²³ Parlar/Öztürk, s. 540. Şayet mağdurun önceden verdiği rızaya dayalı olarak ölümü sonrası bir cinsel ilişki gerçekleştirilmiş ise, bu somut olayın koşullarına göre, Türk Ceza Kanunu’nun 130. maddesinin 2. fıkrasındaki kişinin hatırasına hakaret suçunu veya aynı kanunun 226. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen müstehcenlik suçunu oluşturacaktır. Burada 15 yaşını tamamlamış mağdurun ölümü sonrasında kendisiyle cinsel ilişkiye girilmesi hususunda verdiği rızanın genel ahlaka ve adaba aykırı olması sebebiyle hukuken bir geçerliliği de olmayacaktır.

²⁴ *Nüfus kayıt örneğine göre 01.06.1998 doğumlu olup suç tarihi itibarıyla onbeş yaşından küçük olan mağdurenin 10.08.1999 günü nüfusa kaydedilmesi ve yaşına itiraz edilmesi karşısında, suçun oluşumu ile niteliğini belirlemeye etkisi bakımından, merciinden doğum tutanağının onaylı sureti getirilip, resmi bir sağlık kurumunda doğmadığının anlaşılması halinde, yaşını belirlemeye yönelik kemik grafileri çektilirip, tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulu raporu aldırılması, duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan da görüş sorulup, mağdurenin suç tarihindeki yaşı bilimsel olarak belirlendikten sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken,* YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

tamamlamadığı konusunda her türlü araştırmaya rağmen halen söz konusu şüphe ortadan kaldırılamamış ise, bu şüpheden sanığın yararlanacağı açıktır. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır²⁵.

eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 01.11.2016 tarihli ve E. 2016/4571, K. 2016/7514 no'lu kararı, aktaran Parlar/Öztürk, s. 553-554). *7.6.1991 doğumlu olan ve yaşının düzeltilmesine kayden bir engel bulunmayan mağdurenin, nüfusa doğumundan yaklaşık bir buçuk yıl sonra 5.1.1993 tarihinde kaydedilmesi, mernis doğum tutanağında doğumun "sağlık personeli yardımıyla" gerçekleştiğinin belirtilmesine rağmen, dosya içerisinde her hangi bir doğum raporunun bulunmaması, babasının da mağdurenin evde doğduğunu, herhangi bir resmi kaydının olmadığını beyan etmesi, Mersin Devlet Hastanesince düzenlenen sağlık kurulu raporunda çelişki oluşturacak şekilde, "mağdurenin 17 yaşını bitirip 18 yaşını sürdürdüğü sonucuna varılmakla birlikte kemik yaşı olarak 19 yaşını doldurmuş görünümünde olduğunu" görüşüne yer verilmiş bulunması karşısında, mağdurenin gerçek yaşı hususunda şüphe meydana gelmiş olup, bu şüphenin giderilmesi amacıyla öncelikle mağdurenin doğum tarihi itibarıyla doğduğu kasabada görevli bir ebe bulunup bulunmadığı araştırılıp, bulunduğunun tespiti halinde kayıtlarının istenilerek incelenmesi, buradan bir sonuca ulaşılamaması halinde ise sağlık kurulu raporuna dayanak teşkil eden kemik film ve grafler gönderilmek suretiyle Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan görüş istenilerek mağdurenin gerçek yaşının bilimsel olarak tespitinden sonra, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken, eksik araştırmayla hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.10.2014 tarihli ve E. 2014/14-112, K. 2014/457 no'lu kararı, www.kazanci.com)., *Sanık müdafii tarafından mağdurenin yaşına itiraz edilmesi üzerine mahkemece temin edilen doğum kaydına göre mağdurenin Bursa Zübeyde Hanım Doğum Evinin raporuna istinaden nüfusa tescil edildiği anlaşılmış ise de; söz konusu hastaneye ait doğum raporunun temin edilmesi, raporun temin edilememesi halinde, yaş tespitine esas olacak şekilde kemik grafleri çektilirip tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınması, duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan görüş alınarak gerçek yaşının bilimsel olarak saptanmasından sonra suçun niteliği ile sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 12.12.2016 tarihli ve E. 2014/6017, K. 2016/8448 no'lu kararı, www.kazanci.com). *Sanık Savaş C. Soruşturma aşamasındaki savunmalarında "mağdure bana babasının nüfusa geç tescil ettirdiğini söyledi", "15-16 yaşlarında gösteriyordu" şeklindeki beyanları yaşa itiraz niteliğinde olup, suçun niteliğinin belirlenmesinde etkili olması nedeniyle kemik grafleri ile dosyada mevcut raporlar bu konuda nihai merci olan Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine gönderilerek mağdurenin gerçek yaşının bilimsel şekilde saptanmasından sonra sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiğinin gözetilmemesi* (Yargıtay 5. CD.'nin 22.05.2006 tarihli ve E. 2006/1499, K. 2006/4274 no'lu kararı, aktaran Akkaya, s. 366, 718 no'lu dipnot).*

²⁵ *Mağdurenin, sanıkların eylemlerine dair anlatımlarının 2009 yılı Kasım ayı ve sonrasına yönelik, olması, resmi bir kurumda doğmadığı anlaşılan mağdurenin yaşının tespiti için İstanbul Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulundan aldırılan 22.08.2011 tarihli raporda, mağdurenin film çekilme tarihi olan 19.02.2010 itibarıyla 15 (on beş) yaşını bitirmiş olup, 16 (on altı) yaşını bitirmediğinin kabulünün uygun olacağı belirtilip bunun dışında 2009 YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

Mağdurun yaşı gibi önemli bir diğer nokta da, mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği olup olmadığı (ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı) tespitidir. Yüksek mahkemeler bu suç tipi bakımından bu konunun da resen araştırılması gerektiği görüşündedir²⁶. Zira

yılı Kasım ayında on beş yaşını tamamlamadığına yönelik bir tespitte bulunulması, annesinin, mağdurenin 1993 yılında doğduğundan bahisle yaş tashihi davası açıp babasının da kolluk ifadesinde mağdurenin 1993 yılında doğduğunu beyan etmesi karşısında, mağdurenin tespit edilen yaşı şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sanıklar lehine değerlendirilip ilgili suç tarihlerinde on beş yaşından büyük olduğu kabul edilerek buna göre eylemlerin 5237 Sayılı TCK'nın 104. maddesinde yer alan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı ve mağdurenin 07.02.2012 tarihli ifadesinde şikayetçi olmadığı hususları da nazara alınarak sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hükümler kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 22.10.2018 tarihli ve E. 2018/4808, K. 2018/6162 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Nüfus kaydına göre 13.06.1995, dosyadaki doğum raporuna göre ise 31.05.1995 doğumlu olan mağdurenin soruşturma evresindeki ilk ifadesinde, sanıklar ilk defa 23.04.2010 tarihinden bir yada iki hafta önce rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini belirtmesine karşın, daha sonraki anlatımlarında sanık ile 01.04.2010 ve sonrasında zorla ilişkiye girdiğini söyleyerek çelişkili beyanlarında bulunduğu, sanığın ise aşamalarda mağdureyle 22.06.2010 günü ilk kez rızasıyla ilişkiye girdiğini, ilk ilişkilerinin dosyaya satış sözleşme örneğini sunup 18.05.2010 tarihinde edindiği arabada yaşadığını savunduğu, davaya konu olayın 01.11.2010 tarihinde intikal ettirilmesi sebebiyle ilişkinin yaşandığı tarihi belirlemeye yönelik olarak zamanında mağdurenin muayenesinin yapılamadığı ve intikalde gerçekleştirilen cinsel muayene sonucu tanzim edilen raporda zamanı belirlenemeyen çentiklerin tespit edildiği nazara alındığında, sanığın savunmasının aksine, ilk ilişkinin mağdurenin onbeş yaşını tamamladığı tarihten önce gerçekleştiğine dair soyut ve çelişkili beyanlar dışında sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı ve mevcut haliyle eylemin 5237 Sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılgiya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 08.05.2017 tarihli ve E. 2014/7568, K. 2017/2480 no'lu kararı, www.kazanci.com).

²⁶ *Mağdure ile ilgili olarak Devlet Hastanesinin 30.7.2012 tarihli raporunda "klinik olarak hafif zeka geriliği izlenimi verdiği" belirtilmesi karşısında, Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kuruluna sevk edilerek suç tarihi itibarıyla akıl hastalığı veya akıl zayıflığı olup olmadığı, kendisine karşı işlenen eylemin ahlaki kötülüğünü idrak edip edemeyeceği, fiile karşı mukavemete muktedir olup olmadığı, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı var ise bu durumun beden veya ruh bakımından kendisini savunmasına mani olacak mahiyet ve derecede bulunup bulunmadığı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği... (Yargıtay 14. CD.'nin 05.04.2016 tarihli ve E. 2016/2896, K. 2016/3319 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Ordu Devlet Hastanesinin 31.1.2013 tarihli katı raporunda hafif düzeyde mentalretarde olduğu fiilin hukuki sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yaşına uygun düzeyde gelişmediği, kendisini savunabilecek düzeyde olmadığı saptanan mağdurenin dava dosyasıyla birlikte Adli Tıp Kurumuna sevkıyla suç tarihi itibarıyla fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin*

bilindiği üzere mağdurun ayırt etme gücünün olmadığı bir durumda, bu suç tipi yerine çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır.

Mağdur çocuğun kız veya erkek olmasının bu suçun oluşumu bakımından herhangi bir önemi olmadığı gibi²⁷ daha önceden bir cinsel ilişki yaşamış olup olmaması da önemsizdir²⁸.

Kanaatimizce, 15 yaşını doldurmuş çocuk, evlenme ile veyahut da mahkeme kararıyla reşit kılınsa dahi, bu suçun mağduru olmaya devam edecektir²⁹. Örneğin evlenme ile reşit olmuş 17 yaşındaki bir kız çocuğu

gelişmiş olup olmadığı, maruz kaldığı fiile beden ve ruh bakımından mukavemet edip edemeyeceği herhangi bir akıl hastalığının bulunup bulunmadığı, var ise durumunun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı ve ifadelerine itibar edilip edilemeyeceği hususlarında rapor alındıktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, eksik araştırmayla yazılı şekilde karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 20.10.2014 tarihli ve E. 2014/7208, K. 2014/11334 no'lu kararı, www.kazanci.com). İlk derece mahkemesi ile Dairemiz arasında sanık K5'in eyleminin sübutu ve hukuki nitelendirmesi konusunda herhangi bir ihtilaf bulunmayıp, incelenen dosya içeriğinden katılan mağdurenin organ sokmak suretiyle cinsel istismar eyleminin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayıp algılayamayacağı, bu durumun hekim olanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, tekrar eden görüşmelerde bu durumun anlaşılıp anlaşılamayacağı, mağdurenin ruh ve beden bakımından mağduru olduğu eyleme direnip direnemeyeceği hususlarında Kırşehir Devlet Hastanesi raporları ile Erciyes Tıp Fakültesi Hastanesi raporları arasında çelişkiler bulunduğu ve bu çelişkinin sonucuna göre suç vasfının değişerek TCK'nın 103/2.maddesine dönüşme ihtimali bulunduğu Dairemizce davanın yeniden görülmesine karar verilmiş, çelişkileri giderecek şekilde ATK 6. İhtisas Kurulu'ndan 11/04/2018 tarihli 1124 sayılı kurul raporu alınmıştır. Alınan rapor sonucuna göre mağdurenin olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına ve fiile ruhsal yönden direnmesine engel olacak mahiyette herhangi bir akıl hastalığı ya da zeka geriliği tespit edilmediği rapor edildiğinden ilk derece mahkemesi mahkumiyet hükmüne karşı istinaf başvurularının esasan reddine karar vermek gerekmiştir. (Ankara BAM, 17. CD.'nin 06.06.2018 tarihli ve E. 2017/2853, K. 2018/1024 no'lu kararı, www.lexpera.com).

²⁷ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4157., Doğan, s. 138. Anayasa Mahkemesi de mağdurun kadın veya erkek olabileceği görüşündedir: İtiraz konusu kuralla cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmektedir. Suçun mağdurunun onbeş yaşını bitirmekle birlikte reşit olmayan bir çocuk olduğu, duruma göre kadın veya erkek olabileceği... (Anayasa Mahkemesi'nin 26.02.2009 tarihli ve E. 2006/17, K. 2009/33 no'lu kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/33?EsasNo=2006%2F17>).

²⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 486., aynı yönde Bknz. Köksal, s. 690.

²⁹ Aynı yönde Bknz. Ünver, s. 46. Öğretide Çakmut madde başlıklarının kanun metnine dahil olmadığından hareketle ve özellikle de kanun metninde "reşit" kavramı yerine "çocuk" kavramının kullanılmış olması sebebiyle bu suçun hukuken reşit kabul edilen çocuğa karşı da işlenebileceği görüşündedir (Çakmut, s. 46). Aynı yönde Bknz. Kartal, s. 2086-2087., Kanbur, s. 4161-4162., Doğan, s. 137-138., Köksal, s. 691-693., Akdağ, s. 173. *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

Kantarıcı da, bir hakkın kullanılması için belirli bir yaşı doldurulmasının arandığı durumlarda, evlenmeyle veya mahkeme kararıyla bir kişinin reşit kılınmasının hukuken herhangi bir önemi olmayacağını, ceza hukuku sistemimizde bir kişinin serbestçe cinsel ilişkiye girme hakkını kullanabilmesi için 18 yaşını doldurmuş olması gerektiğini, bu bağlamda 18 yaşını doldurmayan kişinin hukuken ergin olarak kabul edilse dahi cinsel ilişkiye girme hakkını serbestçe kullanamayacağını, bu kişinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olmaya devam edeceğini ifade etmiştir (*Kantarıcı*, s. 75, 85). *Ünver*, önceki ceza kanununda ve ceza kanunu tasarılarında kanuni tipte yer verilen reşitlik kavramından vazgeçilerek bu kavrama sadece suç tipinin başlığında yer verilmesi suretiyle suçun kanuni tipinde sadece mağdurun yaşına dayalı bir düzenlemeye gidilmesini eleştirmektedir (*Ünver*, s. 43). Kanaatimizce de maddenin başlığı ile maddenin içeriği birbirleriyle uyumsuz olup bu haliyle potansiyel faileri yanıltıcı nitelikte olduğu açıktır. Ancak bize göre burada önemli olan mağdurun yaşı ve o yaşı ortaya koyduğu cinselliği anlamlandırma bakımından ortaya çıkan zihinsel ve ruhsal olgunluk düzeyidir. Yoksa mağdurun hakim kararıyla veya evlilik yoluyla reşit olmasının onun yaşının getirdiği cinsellikle ilgili zihinsel veya ruhsal olgunluk düzeyini etkileyen bir unsur olmadığı açıktır. Bu sebeple hukuki bir durum olan reşit olma haline suç tipinde yer vermeyip, eşitlik ilkesine uygun bir biçimde mağdurun yaşı ve bu yaşı ortaya çıkardığı cinsellikle ilgili zihinsel ve ruhsal olgunluk düzeyi üzerinden bir suç tipi düzenlemesini yerinde bulmaktayız. Ayrıca evlenme yoluyla reşit olan bir kimsenin eşyle gerçekleştirdiği rızaya dayalı cinsel birleşmelerin hakkını icrası kapsamında her daim hukuka uygun olacağı da kuşkusuzdur. Bu bakımdan mevcut suç tipinin evlilik sınırları içinde rızaya dayalı cinsel ilişkileri cezalandırıcı bir yapısı bulunmamaktadır. Öğretide bir grup yazar ise, madde başlığı ve gerekçesinin madde metnine dahil olduğundan ve yorum yapılırken dikkate alınması gerektiğinden hareketle, gerek evlenmeyle gerek kazai rüştle reşit kılınan çocukların bu suçun mağduru olamayacakları görüşündedir (*Beyazıt*, s. 296., *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 485-486., *Sevük*, s. 173-174., *Gökhan Taneri*, **Cinsel Suçlar**, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 164., *Arslantürk*, s. 551., *Şen*, “Ensest Mağdurlarından Birisi: Kadın”, s. 130., *Baytemir*, s. 487-488). Öğretide *Akkaya*’nın da Adalet Komisyonu Raporu’na atıfta bulunmak suretiyle Türk Ceza Kanunu bakımından madde başlıkları ve madde gerekçesinin madde metninin ayrılmaz bir parçası olduğunu, bu sebeple incelemekte olduğumuz suçun mağdurunun “reşit olmaması” gerektiğini ifade ettiği görülmektedir (*Akkaya*, s. 364). Gerçekten de TBMM Adalet Komisyonu’nun TCK tasarısına ilişkin 3 Ağustos 2004 tarihli ve Esas 1/593, Karar 60 sayılı Raporu’nda madde başlığı ve gerekçesinin madde metninin ayrılmaz bir parçası olduğu, madde hükümlerinin yorumlanması açısından bu durumun büyük bir önem taşıdığı ifade edilmiş olsa da (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>) kanunun lafzının açık olduğu bir durumda yorum yapılmasını gerektirir bir halin mevcut olmaması ve ayrıca Adalet Komisyonu’nda ortaya konan bu görüşün kanuni bir bağlayıcılığının da bulunmaması sebebiyle, bu görüş tarafımızca kabul edilmemiştir. Öğretide *Aksakal*, Medeni Kanun gereği ergin kılınan kişinin Ceza Kanunu gereğince de ergin kabul edilmesi gerektiği, Medeni Kanun uyarınca ergin kabul edilen kişinin rızasıyla yaşadığı cinsel ilişkiyi suç kabul etmenin hukuk sistemi içinde çelişki yaratacağı görüşündedir (*Aksakal*, s. 264-265). Öğretide *Koca/Üzülmez*’e göre ise, sadece evlenme yoluyla reşit kılınan çocuklar bu suçun mağduru olamayacaktır; zira evlenmeyle reşit hale gelmiş olan bu çocuklar, cinsel ilişkinin sonuçlarını tam olarak kavrayabilecek durumdadır (*Koca/Üzülmez*, s. 376).

kocasını aldatıp bir kişiyle cinsel ilişkiye girerse, ancak daha sonradan kocasını aldattığı bu kişiyi şikayet ederse, bu suç tipi gerçekleşmiş olacaktır³⁰. Zira kanun koyucu her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nun 104.

Evlenerek reşit olan bir kişinin bir anda cinsel ilişkinin tüm sonuçlarını kavrayabilecek olgunluğa nasıl eriştiği tarafımızca anlaşılamamıştır. Bu bağlamda sadece evlenmeyle kazanılan reşitliğe ayrıcalıklı bir konum addeden görüşün ne bilimsel ne hukuksal bir alt yapısı olduğu görüşündeyiz. Yargıtay ise, evlenmeyle reşit kılınan bir çocuğun bu suçun mağduru olamayacağı görüşündedir: *Sanığın mağdure ile rızası ile cinsel ilişkide bulunduğu yönündeki aşamalarda değişmeyen ifadeleri, mağdurenin de çelişkili beyanları, tanık anlatımları ve tüm dosya içeriğinden; sanığın mağdure ile rızası ile cinsel ilişkide bulunduğu 17.02.2004 gününden önce mağdurenin evli olduğu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 11/2. maddesinin "evlenme kişiyi ergin kılar" hükmü karşısında, reşit olan kişi ile rızası ile cinsel ilişki de bulunmanın suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 19.01.2012 tarihli ve E. 2011/12610, K. 2012/460 no'lu kararı, www.lexpera.com), *Sanığın, katılan ... ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunduğu yönündeki aşamalarda değişmeyen ifadeleri, katılanın da çelişkili beyanları ve tüm dosya içeriğinden sanığın katılan ile rızası dâhilinde cinsel ilişkide bulunduğu anlaşılması, suç tarihinden önce katılanın evli olması ve Türk Medeni Kanununun 11/2. maddesinin "evlenme kişiyi ergin kılar" hükmü karşısında, reşit olan kişiyi rızası ile cinsel ilişkide bulunmanın suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması...* (Yargıtay 18. CD.'nin 13.04.2016 tarihli ve E. 2015/15750, K. 2016/7611 no'lu kararı,*

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

Yargı kararıyla veya evlenme yoluyla reşit kılınan kişilerin bu suçun mağduru olamayacağı görüşü, Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin 2. ve 3. fıkralarıyla getirilmek istenen sisteme de zarar vereceği açıktır. Zira bu görüş kabul edilirse, 16 veya 17 yaşında olan kızıyla cinsel ilişkiye girmek isteyen babanın kazai rüşt kararıyla veya kızını bir başkasıyla evlendirmek suretiyle kızını hukuken reşit kılıp sonrasında onun rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi mümkün olacak ve bu durum suç teşkil etmeyecektir. Oysa bu çocuğun da, reşit kılınmış olsa dahi, cinsel sömürü niteliği açık olan bu eylemlere karşı hukuken korunması gerektiği açıktır. Öğretide *Sarıgül*, evlenmeyle reşit olan çocukların 104. maddenin 2. fıkrası kapsamında suçun mağduru olamayacağı görüşündedir (Sarıgül, 746).

³⁰ *Taner*'e göre evlenme ile reşit olan kişinin eşi dışında başka bir kişiyle cinsel ilişkiye girmesi halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmaz. Zira yazara göre, evlenmeyle reşit olan kişinin eşiyle gireceği cinsel ilişki bakımından açıkladığı rıza nasıl suçun işlenmesini engelliyorsa aynı kişinin eşi dışındaki kişiler bakımından açıkladığı rıza da aynı etkiye sahip olmalı ve bu suçun işlenmesini önlemelidir (Taner, s. 368-369). Kanaatimizce, yazarın gerekçesi ve ulaştığı sonuç hatalıdır. Zira evlenmeyle reşit olan bir kişiyle rızası dahilinde cinsel ilişkiye giren eşin cezalandırılmaması sebebi, evlilik birliği içinde cinsel ilişkiyi meşrulaştıran Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerinden doğan hakkın icrası hukuka uygunluk sebebidir. O yüzden de evlenmeyle reşit olan bir kimsenin rızası dahilinde eşiyle birlikte olması, hakkın icrası sebebiyle hukuka uygun olacakken; reşit olan bu eşin rızası dahilinde eşi dışında bir başka kişiyle cinsel ilişki yaşaması, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi mevcut bulunmadığından, doğrudan doğruya reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmaya devam edecektir (Aynı yönde Bknz. Kantarcı, s. 85-86).

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

maddesinin başlığında ve gerekçesinde “reşit olmama” halini suçun oluşması bakımından dikkate almış gibi görünse de, kanun maddesinin metninde “onbeş yaşını bitirmiş olan çocuk” diyerek önemli olanın mağdur çocuğun yaşı olduğunu açıkça ortaya koymuş, bir anlamda reşit olmama durumundan ne anlaşılması gerektiği açıklamıştır. Bu bağlamda eski kanun döneminde Yargıtay’ın vermiş olduğu kararların artık geçerli olmayacağı kanısındayız³¹. O dönemde, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 416. maddesinin 3. fıkrası, *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 olup, söz konusu madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere önemli olan, mağdurun “reşit olmaması” durumuydu. Oysa bugün yürürlükte olan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu bakımından önemli olan, mağdur çocuğun “15 yaşını bitirmiş olması”dır. Bu bağlamda, 15 yaşını bitirmiş 18 yaşını bitirmemiş bir mağdurun herhangi bir hukuki nedene dayalı reşit kılınması suçun oluşumunu engelleyebilecek bir durum arz etmeyecektir.

Mağdurun fiilin işlendiği tarihte yaşı itibarıyla 15’i tamamlayıp 18’i tamamlamamış olmasına rağmen, sonradan açılan yaşın tahsisi davasıyla yaşı yükseltilmiş ve bu kararla fiilin işlendiği tarihte 18 yaşını tamamlamış hale gelmişse, söz konusu fiil bakımından düzeltilen yaş geçerli kabul edilecek, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu gerçekleşmeyecektir³². Benzer şekilde fiilin işlendiği tarihte hukuken 15 yaşını doldurmamış olan mağdurun sonradan yaşının düzeltilmesi sebebiyle fiilin işlendiği tarih itibarıyla 15 yaşını doldurmuş hale gelmesi halinde, artık çocuğun cinsel

³¹ Nitekim Yargıtay eski kanun döneminde şu şekilde kararlar vermektedir: TCK’nun 416. maddesinin son fıkrasındaki suçun oluşabilmesi için mağdur durumdaki kişinin reşit olmaması gerekir. Mağdure hakkında Gümüşhane Nüfus Müdürlüğü’nce 31.5.2000 tarihinde düzenlenen nüfus kaydında 2.7.1996 tarihinde evlenip 21.6.1999 tarihinde boşanmış olduğunun belirtilmiş olmasına göre kayden 19.3.1982 doğumlu olan mağdurenin suç tarihinde 17 yaşı içinde olmasına rağmen, MK hükümlerince evlenmekle kişi reşit olacağından ve boşanma kazanılan rüstiün kaybına neden olmayacağından, evlenmekle reşit olan mağdureye karşı işlenen rızayla cinsi münasebetin suç oluşturmayacağı gözetilmeden; 25.4.1956 tarih ve 5/2 sayılı içtihadı birleştirme kararına yanlış anlam verilerek suretiyle sanıkların beraatleri yerine yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilmesi...(Yargıtay 5. CD.’nin 20.11.2002 tarihli ve E. 2002/1915, K. 2002/7815 no’lu kararı, www.kazanci.com).

³² Öğretide *Özbek/Doğan/Bacaksız* göre ise cinsel ilişkinin yaşandığı sırada mağdur 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış ise daha sonradan yaşın tahsisi davasıyla yaşın yükseltilmesinin işlenen suça bir etkisi yoktur (*Özbek/Doğan/Bacaksız*, s. 383).

istismarından değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırma yapılacaktır.

3. SUÇUN MADDİ KONUSU

Suçun maddi konusu, üzerinde cinsel ilişkinin icra edildiği 15 yaşını tamamlamış çocuğun vücududur³³. Bu çocuğun vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel ilişki niteliğini haiz hareketler suç olarak tanımlanmıştır.

4. FİİL

Bu suçun fiil unsuru, mağdurun rızasıyla (cebir, tehdit ve hile olmaksızın) cinsel ilişkide bulunmaktır.

a) Cinsel ilişki içinde bulunmak

Yargıtay'a göre, cinsel ilişki içinde bulunmak, erkeğin cinsel organının vajinal veya anal yoldan mağdurun vücuduna sokulmasıdır. Yargıtay'a göre, burada suç oluşturan hareket, erkeğin cinsel organının kadının vajinasına veya anüsüne sokulması veya erkeğin cinsel organın başka bir erkeğin anüsüne sokulması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Görüldüğü üzere Yargıtay "cinsel ilişki" kavramını dar yorumlamaktadır. Yargıtay'ın bu görüşü öğretideki bazı yazarlarca da kabul görmektedir³⁴. Yargıtay'ın bakış açısına

³³ Aynı yönde Bknz. Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 379., Koca/Üzülmez, s. 376., Aksakal, s. 260., Özen, s. 396.

³⁴ Bknz. Beyazıt, s. 299-301., Sevük, s. 176., Köksal, s. 707., Akkaya, s. 368., Baytemir, s. 492. Pekmez, rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen bir fiilin cezalandırılması söz konusu olduğundan, burada suç teşkil eden hareketlerin dar yorumlanması gerektiği görüşündedir (Pekmez, s. 183). Öğretide Özyüksel de cinsel ilişki kavramının kişilerin özgürlükleriyle yakın bağlantı içinde olmasından ve özgürlüklerin kural yasakların ise istisna olması gerektiğinden hareketle insanları özgürlüklerini sınırlandıran bir normun dar yorumlanması gerektiğini ifade etmiş, bu yüzden de cinsel ilişkinin sadece "kişilerin penis-vajinal yoldan birleşmesi" şeklinde anlaşılması gerektiği ortaya koymuştur (Özgün Özyüksel, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda 'Cinsel İlişki' Kavramı", **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2021, Cilt: 9, Sayı: 17, s. 161). Öğretide Özen'in ise cinsel ilişki kavramını Yargıtay'ın bu konuda ortaya koymuş olduğu içtihadından daha dar bir biçimde tanımlamaya çalıştığı görülmektedir. Yazara göre cinsel ilişki, *bir erkeğin cinsel organının (penisinin) bir kadının vajinasına sokulması veya sokturulmasıdır* (Özen, s. 405). Öğretide Tezcan/Erdem/Önok'un Yargıtay'ın bakış açısına yakın bir tanımlama yaptığı, hareket unsurunu sadece "sokma" üzerinden değil "sokturma" üzerinden de tanımladığı, böylece reşit bir kadının kendi vajinasına ya da anüsüne reşit olmayan bir erkeğin penis sokturmasının bu suçu oluşturması gerektiği görüşündedir (Tezcan/Erdem/Önok, s. 487). Kanaatimizce, Yargıtay'ın tipik fiili, cinsel ilişkinin karşılıklı yapıldığını unutup sadece "sokma" üzerinden tanımlaması tek başına bir eksiklik olarak addedilemez. Zira Yargıtay bu suç tipi bakımından dolaylı faillik kurumunun tatbik edilebileceği görüşündedir (Bknz. 21 no'lu dipnottaki Yargıtay kararı). Öğretide bazı yazarlar, kanun koyucunun TCK'nın 102. maddenin 2. fıkrasında ve 103. maddenin 2. fıkrasında özellikle "vücuda organ veya YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

göre erkeğin cinsel organının vajinal veya anal yoldan mağdurun vücuduna sokulması dışında kalan tüm cinsel davranışlar, bu suç tipinin kapsamı dışındadır³⁵. Bu bağlamda,

sair bir cisim sokulması” şeklinde fiilleri tanımlarken, aynı terminolojiyi kullanmayıp “cinsel ilişki” kavramına yer vermesini kanuni bir boşluk olarak nitelendirmekte ve Türk Ceza Kanunu’nun yukarıda zikredilen maddeleriyle uyum sağlanabilmesi adına Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinde yer alan “cinsel ilişki” kavramının değişmesi gerektiği ifade etmektedir (A. Caner Yenidünya, “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 2005, Sayı: 33, s. 3304-3305. Polat da bu madde özelinde “cinsel ilişki” kavramıyla ilgili olarak bir yorum sorunu olmadığı, burada bir boşluk sorunu olduğu ve istenmeyen sonuçlar ortaya çıkaran bu boşluğun kanun koyucu tarafından bir an önce ortadan kaldırılması gerektiği görüşündedir (Halil Polat, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 2010, Cilt: 5, Sayı: 13, s. 191).

³⁵ *Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK’nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında, mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, kayden 10.06.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşını doldurmuş olan mağdureyle rızası ile öpüşüp seviştiği sırada mağdurenin cinsel organına parmağını soktuğu anlaşılan hemcinsi sanığın, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışları nedeniyle hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan beraati yerine, yazılı şekilde düşme karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 21.04.2014 tarihli ve E. 2012/6729, K. 2014/5373 no’lu kararı, www.lexpera.com), *5237 sayılı TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya erkek ya da kadına anal yoldan ithal edilmesi fiillerini kapsadığı, dosya içeriğine göre sanığın onbeş-onsekiz yaş arasında olan ve maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan mağdureye karşı rızası dahilinde gerçekleştirdiği kabul edilen öpmek ve cinsel organ sürtmek şeklindeki basit cinsel istismar eylemlerinin yasalarımızda suç olarak düzenlenmediği gözetilerek, atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 19.02.2018 tarihli ve E. 2015/972, K. 2018/1125 no’lu kararı, www.lexpera.com), *Oluşa uygun kabule göre; sanığın, rızasıyla mağdurun ağzına cinsel organ sokmak şeklinde gerçekleşen eyleminin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı ve TCK’nın 104. maddesinde öngörülen suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı halde suç vasfında yamılgıya düşülerek sanığın beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 16.01.2013 tarihli ve E. 2011/7214, K. 2013/240 no’lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>), *Sanığın, mağdureye oral seks yaptırması eyleminin cinsel ilişki niteliği taşıyamaması nedeniyle olayda TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 10.04.2017 tarihli ve E. 2014/6744, K. 2017/1914 no’lu kararı, aktaran Parlar/Öztürk, s. 547).

-mağdurun anüs veya vajinasına penis dışında sair bir organ veya cismin sokulması (bir lezbiyen ilişkide iki kadından birinin diğerinin vajinasına parmak, vibratör veya yapay penis sokması gibi),

-penisin mağdurun anüs veya vajinası dışında mağdurun vücudunun başka bir yerine sokulması (penisin mağdurun ağzına sokulması gibi)

-penisin sokulması boyutuna varmayan, vücuda teması gerektiren her türlü cinsel niteliği haiz fiiller (öpme, okşama, sürtünme gibi)

-vücuda temas içermeyen, belirli bir mağdura yönelik mağduru cinsel yönden rahatsız etmeye elverişli fiiller (failin mağdura cinsel organını göstermesi, laf atması, eliyle cinsel ilişki teklif etmesi) bu suç tipi kapsamı içinde değerlendirilemeyecektir. Bölge Adliye Mahkemeleri de Yargıtay içtihatlarına uygun şekilde kararlar vermektedir³⁶.

Oysa kanaatimizce, “organ veya sair bir cismin” “vücuda sokulması veya sokturulması” suretiyle gerçekleşen her türlü ilişki, cinsel ilişki olarak kabul edilmelidir³⁷. Burada kanun koyucunun “vücuda organ veya sair bir cisim

³⁶ *Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu yönünden; TCK'nun 104. maddesinin metninde, suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında, Dairemizce sürtünme şeklinde gerçekleştiği kabul edilen eylemlerin, TCK'nun 104. maddesi kapsamında da kalmadığı anlaşılmakla ilk derece mahkemesinin kararı CMK'nın 280/2. maddesinin verdiği yetki uyarınca kaldırılarak sanığın beraatına karar verilerek...* (Erzurum BAM, 3. CD.'nin 01.11.2018 tarihli ve E. 2018/2068, K. 2018/1368 no'lu kararı, www.lexpera.com), *Sanığın 15 - 18 yaş grubundaki mağdur ile 06/01/2017 günü rızası ile cinsel ilişkiye girdiği, öncesinde yine rızası ile mağdurun cinsel organına ve göğüslerine dokunmalarında herhangi bir suç ya da suçluluk durumu bulunmadığı anlaşılmakla, ilk derece mahkemesinin nitelikli cinsel istismardan mahkumiyet kararı isabetsiz görülerek sanığın reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği...* (İstanbul BAM, 20. CD.'nin 07.05.2018 tarihli ve E. 2018/813, K. 2018/774 no'lu kararı, www.lexpera.com).

³⁷ Ünver'e göre de bu suç tipiyle cezalandırılan fiil sadece vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenen nitelikli cinsel saldırıdır (Ünver, s. 47-48). Öğretide Peker de hakkaniyete aykırı sonuçların önüne geçilebilmesi ve eşitlik ilkesine uygun davranılması adına cinsel ilişki kavramının “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması” kavramı üzerinden tanımlanması gerektiği görüşündedir (Peker, s. 28). Aksakal da suçla korunan hukuksal değer in çocuğun cinsel dokunulmazlığı olmasından hareketle cinsel ilişki kavramının geniş bir biçimde yorumlanması gerektiği, buradaki cinsel ilişki ölçütünün de cinsel saldırı ve çocuğun cinsel istismarı suçlarının nitelikli halleri bakımından kullanılan “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması” şeklinde ortaya konulmasının bu konudaki tereddütleri ortadan kaldıracağı görüşündedir (Aksakal, s. 260). *Arslantürk cinsel ilişkinin bu denli çeşitlendiği, failin cinsiyetinin artık önem arz etmediği, failin her türlü organ, alet ve sair cismi kullanabildiği modern dünyada bu suçun sadece erkek fail tarafından ve sadece erkek fail cinsel organıyla işlenebileceğinin kabulünün gerçekte bu suçu işleyenlerin yarasının yok sayılması anlamına geldiğini belirterek cinsel ilişki kavramının günümüze* YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

uygun tanımlanması gerektiğini ifade etmiştir, ancak yazarın eserinin farklı sayfalarında Yargıtay'ın kabul ettiği dar bakış açısıyla konuyu değerlendirmeye devam ettiğini de aktarmakta fayda vardır (Arslantürk, s. 543). *Kantarıcı* da içerik itibarıyla aynı anlam ve yoğunlukta olan çocuğun düzgün cinsel gelişimine zarar verecek veya onu tehlikeye düşürecek fiillerin cinsel ilişki kavramının dar yorumlanması suretiyle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kapsamı dışına çıkarılmasını eleştirmektedir (Kantarıcı, s. 89). *Kanbur*'a göre, *korunan hukuki yarar, cinsel ilişki kavramının günümüzde sahip olduğu anlam, cinsel ilişkinin gerçekleşme türleri ve çocuğun yüksek yararının korunması hususları* bir arada değerlendirildiğinde, cinsel ilişki kavramının geniş yorumlanması gerekmektedir. Yazara göre cinsel ilişki, *aynı ya da farklı cinsiyette olan kişiler arasındaki cinsel uzuvların birleşmesini, cinsel organlara cinsel uzuv dışında başka organların sokulmasını, cinsel organlara sair cisim sokulmasını ve ağız boşluğuna cinsel organ sokulmasını (oral seks) da” kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır* (Kanbur, s. 4169-4170, 4181., aynı yönde Bknz. Akdağ, s. 178. Kanaatimizce, Ünver'in tanımı *Kanbur*'a göre kapsam itibarıyla daha yerindedir. Zira *Kanbur*'un tanımına göre, ağza sokulan yapay bir penis veya vibratör cinsel ilişki olarak değerlendirilmeyecektir. Oysaki kanaatimizce, Yargıtay'ın kararlarında da ortaya koyduğu şekilde cinsel saldırı ve cinsel istismar fiillerinin nitelikli hallerinden bahsedilebilmesi için ya failin kullandığı organ veya sair cismin cinsel motif taşıması ya da cinsel saldırı fiiline maruz kalan kişinin organının cinsel motif taşıması gerekir, eğer failin kullandığı organ veya sair cisim cinsel motif taşımıyorsa mağdurun fiile maruz kalan organı da cinsel organ kabul edilmiyorsa, suçun nitelikli hali söz konusu değildir. *Oluşa uygun kabule ve dosya içeriğine göre, suç tarihinde 11 yaşında bulunan mağdur ...'un annesiyle kaldığı evde misafir olarak bulunup, gece mağdur ve kardeşleri ile aynı odada yer yatağında uyumakta olan 56 yaşındaki sanığın, kardeşleri uyurken, mağduru uyandırıp vücuduna ve bu arada cinsel organına masaj yapmasını mağdurdan istediği, sanığın söylediklerini yapmasının ardından, mağdurun yüzünü yalayıp ağzına dilini sokan sanığın, peşinden de cinsel organını mağdurun kalçasına sürttüğünün anlaşılması karşısında, TCK'nın 103/2. maddesindeki “organ” tabiriyle Kanunda bir sınırlama olmamakla birlikte oral, anal veya vajinal bölgelere yönelik organ sokma eylemleri ile birlikte cinsel organ dışında vücuda girme özelliği olan örneğin; parmak gibi diğer organların da vücuda sokulması halinde suçun nitelikli halinin oluşabileceği, ayrıca sokulmak istenen organ ile içine sokulmaya çalışıldığı vücut bölgesinden en az birinin cinsel özellik taşıması gerektiği, failin cinsel organını mağdurun ağzına sokması, vücuda organ sokulması niteliğinde ise de, ağza parmak sokulması veya somut olayımızda olduğu gibi dilin mağdurun ağzına sokulmasının her iki organın da cinsel özellik taşıması nedeniyle vücuda organ sokulması niteliğinde kabul edilemeyeceği gözetilmeden, sanığın açıklanan eylemlerinin beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturacağı, bu nedenle eylemine uyan TCK'nın 103/1 ve 103/6. maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 28.05.2014 tarihli ve E. 2014/3281, K. 2014/7140 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>). Bu bağlamda, mağdurun ağzına yapay bir penis veya vibratör sokulması cinsel ilişki olarak kabul edilmelidir. Kabul ettiğimiz bu görüş doğrultusunda “ağza parmak sokulması”, “ağza dil sokulması” gibi fiiller nitelikli cinsel saldırı veya istismar olarak değerlendirilmeyeceğinden, incelemekte olduğumuz bu suç tipi bakımından da bu fiiller

sokulması” kavramlarından farklı bir terminoloji kullanarak “cinsel ilişki” kavramına başvurması, hareketin yapıldığı anda fail ve mağdurun karşılıklı olarak bu eyleme rızalarının bulunması, fail ve mağdur arasında rızaya dayalı karşılıklı bir cinsel bağın ortaya çıkmış olması, cinsel ilişkinin içeriğinde “sokma” kadar “sokturulmanın” da bulunduğu karşılıklı bir davranış şekli olması sebebiyledir³⁸. Bu bağlamda suç teşkil eden fiilin tanımlanmasının “sokma” hareketine göre yapılması hukuken doğru olmayacaktır. Suç teşkil eden fiil, 15 yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişki gerçekleştirilmesidir. 15 yaşını tamamlamış çocukla cinsel ilişki gerçekleştiren kişi “sokan” konumunda da olabilir “sokturan” konumunda da olabilir. Cinsel ilişki kavramının ise, Yargıtay’ın Türk Ceza Kanunu’nun 102. maddesinin 2. fıkrasında ve 103. maddesinin 2. fıkrasında geçen “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması” kavramına verdiği anlam çerçevesinde hukuken geniş bir biçimde nitelendirilmesinin yerinde olacağı görüşümdedir. Bu bağlamda, nasıl ki vajinal veya anal ilişkinin bir cinsel ilişki türü olarak nitelendirilmesinde öğretide bir uyuşmazlık mevcut bulunmamakta ise, oral yoldan yapılan cinsel birleşmelerin de aynı şekilde cinsel ilişki olarak kabul edilmesinde bir sorun yaşanmaması gerekir kanaatindeyim. Aynı şekilde cinsel ilişkinin mevcudiyeti için sadece erkeğin penisinin sokulmasını öngören bakış açısı eski ceza kanununun bir bakış açısı olup, bu bakış açısının kadınların da cinsel suçların faili olarak kabul edildiği yeni ceza kanunu bakış açısıyla bağdaşmadığı da açıktır. Bu bağlamda bir kadının diğer bir kadının vajinasına veya bir erkeğin anal bölgesine parmağını veya elini soktuğu cinsel birleşmelerin de cinsel ilişki olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Benzer şekilde sair bir cismin (yapay penis, şişe gibi) vücuda sokulması suretiyle gerçekleşen cinsel birleşmelerin de cinsel ilişki olarak değerlendirilmesinde bir sorun bulunmamalıdır.

cinsel ilişki olarak değerlendirilmeyecektir. Ancak parmak veya dilin vajinaya veya anüse sokulması, kabul ettiğimiz görüş doğrultusunda cinsel ilişki olarak değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, kulak, burun ve göbük deliğine organ veya sair cisim sokulması (failin penisini veya vibratör sokması olasılığında) da suç teşkil etmeyecektir, zira söz konusu delikler “erkek cinsel organının duhulüne elverişli” değildir.

³⁸ Kanun koyucunun incelemekte olduğumuz suç tipinde “cinsel ilişki” olarak tanımladığı bazı hareketleri, Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinde “cinsel istismar” olarak tanımlaması bu vesileyle anlamlı ve yerindedir. Öğretide *Peker* de bizim gibi, Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinde düzenlenen suç tipinde “vücuda organ veya sair bir cisim sokulması” kavramı yerine “cinsel ilişki” kavramının kullanılmış olmasını, suç teşkil eden fiilin iki tarafın rızasına dayalı olarak gerçekleştirileceğine vurgu yapılması adına, bilinçli bir tercihin ürünü olarak görmektedir (*Peker*, s. 27).

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

Kanaatimizce, cinsel ilişki kavramını “erkeklik organına” hapsedmek³⁹, cinsel ilişkiyi sadece “erkek egemen” bir yapı içerisinde tanımlamak cinsel özgürlüğe yapılabilecek en büyük darbe olacaktır⁴⁰. Zaten erkek organın vajinal veya anal yoldan duhulünü içeren cinsel ilişkileri cezalandırıp benzer etki ve özelliklere sahip diğer cinsel ilişki şekillerini (oral ilişki, vajinaya parmak veya yapay organ sokulması suretiyle yaşanan cinsel ilişkiler) özgür bırakmak kendi içinde tutarsız bir yaklaşımdır⁴¹.

Fail ile mağdur arasında cinsel ilişkinin gerçekleşmesi yeterli olup bu ilişkinin kısa veya uzun sürmesi önemli olmadığından bu suç tipi ani karakterli bir yapıya sahiptir, keza suç tipinde herhangi bir netice (örneğin boşalma, cinsel haz alma şeklinde) de aranmadığından cinsel ilişkinin gerçekleşmesiyle bu suç tipi oluşacaktır, bu bağlamda bu suç tipi şekli bir suç tipidir⁴².

b) Mağdurun cinsel ilişkiye rızasının olması

Buradaki rıza suçun kurucu unsuru olup tipikliğe aittir⁴³, bir hukuka uygunluk sebebi değildir⁴⁴. Mağdurun rızasının cinsel ilişkiye yönelik olması şarttır. Nitekim Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay da buradaki rızayı suçun unsuru olarak değerlendirmektedir⁴⁵.

³⁹ Öğretide *Parlar/Öztürk* cinsel ilişkiyi vajinal, anal veya oral yolla yapılan cinsel arzuları tatmin amacına yönelik eylemler olarak kabul etmekle birlikte, erkek üreme organı dışındaki organların veya sair bir cismin kullanılması suretiyle gerçekleştirilen ilişkileri bu kapsamda nitelendirmeyerek yine cinsel ilişkiyi erkeklik organı üzerinden tanımlama yanlışlığına düşmüştür (*Parlar/Öztürk*, s. 541). En azından yazarların Yargıtay kararlarının dışına çıkıp oral ilişkiye de bir cinsel ilişki şekli olarak kabulü önemlidir.

⁴⁰ Öğretide *Doğan* da, cinsel ilişkinin sadece erkeğin cinsel organı ile açıklanmaya çalışılmasını eleştirmekte, bu bakış açısının 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun cinsel suçlarla ilgili eril düşünce yapısından kaynaklandığını ifade etmektedir (*Doğan*, s. 134).

⁴¹ Cinsel ilişki kavramının dar yorumlanmasının heteroseksüel ve homoseksüel ilişkiler, transeksüel bireyler, enest ilişkiler bakımından ortaya çıkardığı tutarsızlıklar ve ayrımcılık yaşağına aykırı uygulamalar için Bknz. *Peker*, s. 23-26.

⁴² *Aksakal*, s. 260-261.

⁴³ Aynı yönde Bknz. *Berrin Akbulut*, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 2019, Cilt: 14, Sayı: 40, s. 284.

⁴⁴ *Kantarıcı* haklı olarak buradaki rızayı “suç tipini değiştiren rıza” olarak tanımlanmıştır. Zira mağdurun rızası varsa fiil reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu, mağdurun rızası yoksa çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır (*Kantarıcı*, s. 96).

⁴⁵ *İtiraz konusu kuralla cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmektedir. Suçun mağdurunun onbeş yaşını bitirmekle birlikte reşit olmayan bir çocuk olduğu, duruma göre kadın veya erkek olabileceği; belli yaş grubundaki mağdura karşı işlenen fiilin rızayla gerçekleştirilmesi nedeniyle suçun, çocukların cinsel istismarına ilişkin bir önceki maddedeki düzenlemeden farklı ele alındığı,* *YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)*

Söz konusu rıza fiilden önce veya en geç fiilin icra hareketlerinin yapılması sırasında mevcut bulunmalı⁴⁶, bu rıza fiilin işlenmesi sırasında da mevcudiyetini korumalıdır. Rıza sözlü olarak açıklanabileceği gibi bedensel davranışlarla da ortaya konabilir⁴⁷. Şayet 15 yaşını tamamlamış 18 yaşını tamamlamamış olan mağdurun rızası cebir, tehdit, hileyle veya iradeyi etkileyen başka bir neden dayalı olarak sakatlanmışsa, artık burada Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesi kapsamında “çocukların cinsel istismar suçu”nun işlendiğinden bahsedilmesi gerekecektir.

Mağdurun cinsel ilişkiye daha önce göstermiş olduğu rıza o hukuki değerini tamamen terkedildiği anlamına gelmeyeceğinden cinsel ilişkiye rızanın varlığı her cinsel ilişki bakımından ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu bağlamda mağdurun faile bir cinsel ilişki için verdiği rızanın faille mağdur arasında gerçekleştirilecek olan diğer cinsel ilişkiler bakımından da geçerli olacağını kabul etmek doğru olmaz. Örneğin faille mağdur arasında rızaya dayalı cinsel ilişki yaşanıp bittikten yarım saat sonra failin uyuya kalmış olan mağdurla tekrar cinsel ilişki yaşaması, çocuğun cinsel istismarı olarak nitelendirilmelidir⁴⁸.

dolayısıyla rızanın, fiilin bu madde kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilebilmesi için bir unsur işlevi gördüğü, ancak sanığın cezalandırılabilmesi için belli bir süre içerisinde şikayet koşulunun da gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır... ..İtiraz konusu kurala göre suç sayılan fiilin “cebir, şiddet ve hile olmaksızın”, bir başka ifadeyle mağdurun rızasıyla işlenmesi gerekmektedir. Bundan, belli yaş grubuna dahil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile onbeş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda sözü edilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu'nun evlenme ve velayete ilişkin hükümlerinin bu yaş grubu çocuklar açısından değerlendirilmesi de varılan bu sonucu desteklemektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 26.02.2009 tarihli ve E. 2006/17, K. 2009/33 no'lu kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/33?EsasNo=2006%2F17>). Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda mağdurun rızasının suçun unsurlarından olduğu, bu nedenle sanığın atılı suçtan mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden bu suçta uygulama yeri olmayan TCK'nın 26/2. maddesi uyarınca sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 12.09.2013 tarihli ve E. 2012/7555, K. 2013/9075 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

⁴⁶ Aynı yönde Bknz. Ünver, s. 49.

⁴⁷ Kantarcı, s. 98.

⁴⁸ Öğretide *Kantarcı*, hem mağdurun uyandırılmak suretiyle açık rızasının alınmasının mümkün olması sebebiyle hem de mağdurun yararına bir fiil söz konusu olmadığından burada varsayılan rıza kurumuna başvurulamayacağı, mağdurun failin eylemine daha önceden rıza göstermiş olmasının mağdur açısından o hukuki değerini tamamen terkedildiği *YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

Aynı şekilde mağdurun şarta bağlı olarak cinsel ilişkiye rıza verdiği bir durumda, söz konusu şartın ihlali suretiyle gerçekleşen cinsel ilişki de rıza dışında gerçekleşmiş bir cinsel ilişki olarak kabul edilmelidir⁴⁹. Örneğin anal yoldan cinsel ilişkiye rıza gösteren 15 yaşını tamamlamış çocukla onun rızası dışında vajinal yoldan cinsel ilişkiye giren fail, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan değil, çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırılacaktır.

Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri, eylemin mağdura yönelik cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştiğine dair mağdurun soyut iddiası dışında bir delilin bulunmadığı, olayın bu boyutuyla şüpheli kaldığı, durumlarda, failin çocuğun cinsel istismarı suçundan değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılması gerektiğine hükmetmektedir⁵⁰. Yargıtay'a göre, burada

anlamına gelmeyeceği, bu sebeple de failin mağdurla gerçekleştireceği her cinsel ilişki bakımından mağdurun rızasını yeniden alması gerektiği görülmüştür (Kantarıcı, s. 102).

⁴⁹ Aynı yönde Bknz. Kantarıcı, s. 98.

⁵⁰ *Olayın intikal şekli ve zamanı, mağdurenin aşamalarındaki çelişkili ve tutarsız anlatımları, savunma, tanık beyanları, adli rapor içeriği ile tüm dosya kapsamına göre sanıkların, suç tarihinde on altı yaş içerisinde bulunan mağdureye yönelik nitelikli cinsel istismar eylemlerini cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirdiklerine dair soyut iddia dışında her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmuyup, mevcut haliyle eylemlerin 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekirken suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hükümler kurulması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 11.03.2020 tarihli ve E. 2018/6414, K. 2020/1946 no'lu kararı, www.kazanci.com)., *Düzeltilmiş yaşına göre suç tarihinde on altı yaş içerisinde bulunan mağdure ile rızasıyla ilişkiye giren sanıkların bu ilişkilerde mağdureyi sanık ...'da ele geçen görüntülerle veya başka bir şekilde tehdit ettiklerine ya da hile veyahutta iradesini etkileyen başka bir sebeple kendileriyle ilişkiye zorladıklarına dair mahkumiyetlerine yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmaması karşısında mevcut haliyle eylemlerin 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup...* (Yargıtay 14. CD.'nin 16.05.2019 tarihli ve E. 2018/9991, K. 2019/9836 no'lu kararı, www.kazanci.com)., *Mağdurenin aşamalarındaki çelişkili anlatımları, savunma, olayın intikal şekli ve süresi, mağdure ile sanık arasında suç tarihi öncesi ve sonrası dönemi kapsayacak şekilde karşılıklı yapılan yoğun telefon mesajlaşmalarına dair döküm kayıtları ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, mağdureyle arkadaşlık yapan sanığın, olay günü kendisine ait evde cebir ve tehditle organ sokmak suretiyle cinsel ilişkiye girdiği hususunda cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı ve mevcut haliyle onaltı yaşındaki mağdure ile cebir, tehdit veya hile olmaksızın cinsel ilişkiye giren sanığın eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek hüküm kurulması yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde* YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkumiyet kararı verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 19.03.2018 tarihli ve E. 2017/6247, K. 2018/1980 no'lu kararı, www.kazanci.com)., 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... (Yargıtay 14. CD.'nin 17.10.2017 tarihli ve E. 2016/6259, K. 2017/4808 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Dosya içeriğine göre, mağdurenin sanıkla mesajlaşmasını ablasının fark etmesi üzerine olayın adli makamlara intikal ettiği, yine mağdurenin soruşturma sırasında verdiği ifadesinde sanıkla yaşadığı ilk olaydan sonra da arabayla gezerken araç içerisinde sayısını hatırlamayacak kadar ilişkiye girdiğini beyan etmesiyle mağdurenin sanığın evindeki eşyaların ayrıntılarını bilmesi ve verdiği bilgilerin sanığın eşinin ifadesiyle uyumlu olması karşısında, olayda cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebeple cinsel ilişkinin gerçekleştiği hususunun şüphede kaldığı, bu hal ile sanığın eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 13.01.2014 tarihli ve E. 2013/7436, K. 2014/18 no'lu kararı, www.kazanci.com)., ...yine sanık A.'in anneannesinin evinde kaldıkları sırada anneannesinin başka yere gittiğini, vajinal yoldan A.'le ilişkiye girmediklerini, ilk beyanında ise kızlığını sanık A.'in bozduğunu, ilk beyanlarıyla çelişkili şekilde ifadelerde bulunduğu, sanıkların kendisiyle cinsel ilişkiye girdiklerinin ifade ettiği halde, yetkili makamlara durumu bildirme imkanı varken herhangi bir müracaatının olmayışı, olayın ortaya çıkış şekli, sanık A.'le anneannesinin tek odalı evinde anneannesinin yanında kendisiyle zorla ilişkiye girdiğine dair hayatın olağan akışına aykırı beyanı, 15.4.2010 tarih ve 3080 Sayılı doktor raporuna göre mağdurenin livataya maruz kaldığı anlaşılmakta ise de, yine aynı tarih ve 4036 Sayılı raporda hymenin anüler intakt tarzda, ekimoz ve hematoma saptanmadığının tespiti, mağdurenin eylemlerin zorla olduğunu söylemesine rağmen zor bulgusuna rastlanmaması ve tüm dosya içeriği gözetildiğinde; cinsel ilişkilerin zorla gerçekleştiğine ve sanık C.'in mağdureyi zorla alıkoyduğuna ilişkin, şüpheden uzak kesin ve yeterli kanıya ulaşılmadığından, cinsel ilişkilerin rızayla gerçekleştirildiği ve mağdurenin şikayeti de gözetildiğinde sanıkların eylemlerinin 5237 Sayılı T.C.K.nın 104. maddesinde düzenlenen "zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki" suçunu oluşturduğu ve T.C.K.nın 61. maddesinde belirtilen suçun işleniş şekli ile hak ve oranlılık ilkesi gözetilerek temel cezaların alt sınırdan uzaklaşarak tayini gerektiği düşünülmeyen... (Yargıtay 14. CD.'nin 20.09.2013 tarihli ve E. 2013/6432, K. 2013/9439 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Sanığın, yaşının düzeltilmesi sonucu 15-18 yaş grubuna dahil olan ve evden kaçmış olan mağduru evine götürerek cebir, tehdit ya da hile kullandığına dair delil bulunmaksızın mağdur ile cinsel ilişkiye girdiği anlaşılma, cinsel istismardan açılan davada yerel mahkemece eylemin reşit olmayanla cinsel ilişki kabul edilip buna göre yaptığını uygulamada bir isabetsizlik bulunmadığı ve bu suç yönünden yapılan istinaf başvurusunun esaslan reddine karar verilmesi gerektiği... (İstanbul BAM, 20. CD.'nin 17.12.2018 tarihli ve E. 2017/2868, K. 2018/2085 no'lu kararı, www.lexpera.com)., Her ne kadar sanık aşamalarda suçlamaları kabul etmemiş ise de, mağdurenin tüm aşamalarda ayrıntıları içerir samimi anlatımları, mağdure ile sanık arasında olaydan önce herhangi bir husumetin ve dolayısıyla mağdurenin iftira atması YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

önemli olan husus, failin mağdurla cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden⁵¹ kullanmaksızın cinsel ilişkiye girmiş olmasıdır, yoksa her

gerektiren bir neden bulunmadığı mağdure beyanını destekleyen müşteki K2 ve tanık K3 anlatımları karşısında mağdurenin üvey babası olan sanığın 2017 yılı Eylül ayı başlarında ve Kasım ayı başlarında anal yoldan organ sokmak suretiyle cinsel ilişkiye girdiği Dairemizce kabul edilmiştir. Mağdure sanık ile rızası ile birlikte olmadığını, sanığın eylemlerini zor kullanarak gerçekleştirdiğini iddia etmiş ise de, sanığın her iki eylemini de ortak yaşadıkları evde gerçekleştirdiği, mağdurenin bedensel ve ruhsal herhangi bir engeli olmadığı, eyleme karşı koyabilecek durumda olduğu, kaldı ki ÇİM'de alınan ifadesinde sanığın vajinal yoldan ilişki kurmak istediğini ancak kendisinin buna engel olduğunu söylediği, mağdurenin çözümü yaptırılan ayrıntılı ifadesi bütün olarak değerlendirildiğinde sanığın kendisindeki hastalığın geçmesi için ondan yardım talep ederek mağdureyi ikna ettiğinin anlaşıldığı, mağdurenin eylemlere gönüllü olduğunu söylenemese de cebir ve tehdit boyutuna ulaşabilecek sanık tarafından gerçekleştirilen bir eylemin bulunmadığı, mağdurenin vücudunda eylemlerin zorla yapıldığını gösterecek fiziki bir bulgunun saptanmadığı, dolayısıyla mağdurenin rızası ile sanıkla cinsel ilişkide bulunduğu kabul edilmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, sanığın 15-18 yaş aralığında bulunan ve üvey kızı olan mağdureyle birden çok kez cinsel ilişkiye girdiği kabul edilmekle birlikte, bu ilişkinin ilk derece mahkemesinin kabul ettiği gibi zora dayalı olmadığı, dolayısıyla eylemin TCK'nın 103/2.maddesinde belirtilen cinsel istismar değil TCK'nın 104.maddesinde belirtilen reşit olmayanla rızasıyla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu Dairemizce kabul edilmiş ve ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir. (Ankara BAM, 17. CD.'nin 05.09.2018 tarihli ve E. 2018/1586, K. 2018/1370 no'lu kararı, www.lexpera.com)., İlk derece mahkemesince yapılan yargılama, toplanan deliller ve Dairemizce yapılan yargılama ve tüm dosya kapsamına göre mağdure ile sanığın 2015 yılı Nisan aylarında sosyal medya üzerinden tanışarak bir süre sonra sevgili oldukları, sanıkla farklı yer ve zamanlarda buluşup birlikte vakit geçirdikleri, sanığın mağdureyle iki kez organ sokmak suretiyle cinsel ilişkiye girdiklerini kabul ettiği, mağdurenin sanık ile tehdit edilmesi nedeniyle cinsel ilişkiye girdiğini ve bu eylemlere karşı rızasının bulunmadığını iddia ettiği görülmüştür. Mağdurenin Yenimahalle Eğitim ve Araştırma Hastanesi'nde 08/02/2016 tarihinde yapılan muayenesinde 22 hafta 6 günlük hamile olduğunun anlaşılması üzerine mağdurenin aynı tarihte sanık hakkında şikayette bulunduğu ve bebekten alınan DNA örneği ile sanıktan alınan DNA örneklerinin karşılaştırılması sonucunda sanığın bebeğin babası olduğu anlaşılmıştır. Her ne kadar mağdure sanığın kendisini tehdit etmesi nedeniyle ilişkiye girdiklerini iddia etmiş ise de; tanık anlatımları, sanık savunması ve şikayetin hamileliğin anlaşılmasından sonra gerçekleşmiş olması nedeniyle mağdurenin bu yöndeki beyanları samimi görülmediğinden itibar edilmemiştir (Ankara BAM, 17. CD.'nin 04.04.2018 tarihli ve E. 2017/2227, K. 2018/547 no'lu kararı, www.lexpera.com).

⁵¹ “İradeyi etkileyen başka bir neden” kavramına Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği kanuni tipte yer verilmemiş olsa da, Türk Ceza Kanunu'nun 103 maddesinin 1. fıkrasının b bendinde “cebir, tehdit, hile” kavramlarıyla birlikte bu kavrama da yer verilmesinden ve 15 yaşını doldurmuş çocuğun iradesini etkileyen bir başka nedenle cinsel ilişkiye rıza gösterdiği durumda artık çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacağından hareketle, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından

somut olayda mağdurun “açık rızasının” olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur⁵². Kanaatimizce, Yargıtay’ın mağdurun açık rızasını aramayan kararları maddenin lafziyle uyumludur⁵³. Ancak burada öğretide *Ünver*’in

bu boşluğun hukuken bir önemi haiz olmayacağı açıktır (Aynı yönde Bknz. Aksakal, s. 266., Kantarcı, s. 39). Ancak yine de benzeri kanun boşluklarının ortaya çıkmaması ve önemli olanın “mağdurun file direnmesi” değil, “mağdurun file rızasının bulunması” olduğunu vurgulamak adına yapılacak bir kanun değişikliğiyle mağdurun rızasına suç tipinde doğrudan yer verilmesi hukuken yerinde olacaktır.

⁵² Söz konusu hüküm bu haliyle “mağdurun cinsel ilişkiye diremediği her durumda cinsel ilişkiye rızasının da olduğu” şeklinde hatalı bir ön kabulü bünyesinde barındırmaktadır. Söz konusu ön kabulün hatalı olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin M.C/Bulgaristan Kararı’nda da açıkça ifade edilmiştir (Ayrıntılı bilgi için Bknz. M.C/ Bulgaristan’a karşı kararı, Başvuru No: 39272/98, Karar Tarihi: 4.12.2003, paragraf: 166, <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%2C%22appno%22:%5B%2239272%2F98%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-66079%22%5D%7D>)).

⁵³ Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu suç tipi bakımından cinsel özgürlüğün korunması adına kanuni tipte açıkça mağdurun rızasına yer verilmesi gerektiği görüşünde olmakla birlikte, suç tipinin bugünkü yapısıyla “mağdurun sessizliğinin” hukuken nasıl değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymak gerekir. Kanaatimizce, mağdurun sessizliğini somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirmek gerekmektedir. Şayet mağdur cinsel ilişkiye rızasının olmadığını sözleri (hayır yapma, istemiyorum şeklindeki beyanları, hakaret içeren kelimeleri) ve davranışlarıyla (faili itme, ağlama, bağırma) beyan edebilecek bir durumda olup, somut olayın koşulları itibarıyla de bunu gerçekleştirebilecek bir durumdayken “sessiz kalmayı tercih ediyorsa” artık burada cebir, tehdit, hile veya mağdurun iradesini etkileyen bir neden bulunmadığından reşit olmayanla cinsel ilişki suçü gerçekleşmiş kabul edilebilecektir; ancak mağdur somut olayın koşulları içinde, örneğin yaşadığı şok sebebiyle, failin daha önceden çokça uyguladığı ve eğer faile karşı çıkarsa yeniden uygulanacağını düşündüğü şiddet sebebiyle veya yardım istenemeyecek bir yerde eylemin meydana gelmesi ve eyleme direnmesinin durumunu daha da kötü hale getireceği endişesiyle cinsel ilişkiye ses çıkarmıyor, “sessiz kalmak zorunda kalıyorsa”, artık burada çocukların cinsel istismarı suçunun gerçekleştiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da mağdurun maruz kaldığı eyleme direnip direnemeyeceği konusundaki değerlendirmenin eylemin gerçekleştiği “ortam ve koşullar” göz önünde bulundurularak yapılması gerektiği görüşündedir: Dosya içeriğine göre, suç tarihinde onyediy yaşında olan mağdurun, mahalleden tanıdığı sanıkla arasında fazla yaş farkının olmadığı, bu nedenle mağdurun rızası dışında gerçekleştirildiğini iddia ettiği fiili livata eylemine buldukları ortam itibari ile karşı koyarak kurtulabilme imkanına sahip olduğu, nitekim mağdur hakkında Bakırköy Adli Tıp Şube Müdürlüğünden olayın sıcağı sıcağına alınan 25.02.2010 tarihli raporunda mağdurun vücudunda darp cebir izinin görülmediğinin bildirildiği, bir kısım tanık beyanlarında mağdurun mahallede "kız N. olarak tanındığına ilişkin beyanları, yine tanık C., mağdurun sanığı kast ederek "mahallede kaslı bir ağbi var bana onu avarlasana" dediğine ilişkin beyanı, olayın ortaya çıkış şekli ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın fiili livata eylemini mağdurun rızasıyla işlediğinin anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin TCK.nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

de haklı olarak ifade ettiği üzere kanuni tipte açıkça mağdurun rızasının aranması, onun özgür iradesiyle bir seçimde bulunup bulunmadığının ortaya konulması bakımından, daha yerinde olacaktır⁵⁴. Zira “cebir, tehdit, hile yoksa otomatik olarak rıza vardır demek” doğru bir yaklaşım olmadığı gibi⁵⁵ bu düzenleme anlayışı cinsel özgürlüğün baskın karakter olması

oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek TCK'nın 103/2. maddesi uyarınca hüküm kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 23.09.2014 tarihli ve E. 2012/15410, K. 2014/10316 no'lu kararı, www.kazanci.com)., İnceleme konusu olayda; babası ile annesinin çok önceden ayrılıp başkalarıyla evlilik yapmaları nedeniyle küçüklüğünden itibaren köy ortamında babaannesi ve dedesinin yanında büyüyen mağdure 15 yaşını henüz bitirmiş genç bir kızdır. Yaşı, kültür düzeyi, yaşadığı ortam ve ekonomik özgürlüğe sahip olmamasının doğal sonucu olarak yakınlarının desteği olmaksızın hayatını sürdürebilmesine olanak bulunmamaktadır. Mağdurenin, sanığın sürekli tehdidine maruz kaldığı, bu tehditlerin babalık otoritesinin ötesinde bir davranış olduğu ve içinde yaşadığı ortam ve koşullarda mağdurenin cinsel eyleme direnmesini engelleyecek ölçüde korkutucu bir etkisinin bulunduğu da açıktır. Olayın görgü tanığı yoktur. Sanık, alkollü olmadığı zamanlarda mağdureye yönelik bir davranışının olmadığını, ancak alkol aldığıda tecavüz edip etmediğini hatırlamadığını belirtmektedir. Mağdure ise, sanığın sürekli tehdit ederek tecavüzde bulunduğunu, korktuğu için sesini çıkaramadığını ve karşı koyamadığını ifade etmiş, mağdurenin cinsel ilişkisi ortaya koyan ve maddi bulgularla desteklenen bu anlatımları doktor ve Adli Tıp Kurumu raporları ile doğrulanmıştır. Öte yandan, mağdurenin hamileliği anlaşılincaya kadar tecavüz olayından aile çevresine bahsetmemiş olması da cinsel ilişkinin rızaya dayalı olduğunu göstermez. Zira, mağdurenin olayı açıklaması üzerine babaannesinin kolluk kuvvetlerinin yanında kendisine saldırmaması, bilahare amcası ile diğer yakınlarının ifadesini değiştirmesi için üzerinde baskı kurup tehdit etmeleri ve olayın açığa çıkmasından sonra mağdurenin köyde kalamayıp annesinin yanına sığınmak zorunda kalması da, önceki suskunluğunun nedeni olan öngörülerinin haklılığını ortaya koymaktadır. Kaldı ki mağdure, babasının kendisine yönelik davranışlarını güvendiği bir arkadaşına kısmen anlatmış ve evden kaçarak babasından kurtulmak istediğini de söylemiştir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, sanığın manevi cebir (tehdit) kullanmak suretiyle zincirleme olarak ve ayıplı bırakacak biçimde öz kızı olan mağdurenin ırzına geçtiği anlaşıldığından, Yerel Mahkeme direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.03.2003 tarihli ve E. 2002/5-324, K. 2003/55 no'lu kararı, www.kazanci.com). Hiç kuşkusuz mağdurun sessizliğinin fail tarafından eyleme gösterilen rıza olarak kabul edilmesinin mümkün olduğu, failin bu konuda hataya düştüğü hallerde, fail Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası uyarınca içine düştüğü hatadan yararlanacaktır ve çocukların cinsel istismarı suçundan değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan dolayı sorumlu olacaktır.

⁵⁴ Ünver, s. 48.

⁵⁵ Öğretide *Taner* haklı olarak bu yaklaşımın cinsel suçlarda “mağdurun direnme yükümlülüğünün olduğuna yönelik” cinsel suçlarla ilgili eski bakış açısını temsil ettiğini (direnmeye muktedir olan kimse direnmemişse eyleme rızası vardır, direnme ortaya çıktığında ise cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen nedenlerle bu direnç ortadan kaldırılacaktır), oysa cinsel özgürlük kavramının ortaya çıkmasıyla “direnme” kavramının yerini “mağdurun rızasının yokluğu” kavramına bıraktığını ifade etmiştir (*Taner*, s. 114-

gereken bir kanuni yapıda söz konusu özgürlüğün ikinci plana atıldığına da bir göstergesi niteliğindedir. Ayrıca reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bugünkü düzenleniş şekli, yapısı itibarıyla “cebir, tehdit ve hile olmaksızın” diyerek sayma metodunu kullandığından, saymayı unuttuğu alanlarda istenmeyen cezasızlık alanları ortaya çıkabilecektir⁵⁶. Oysa bu suç tipinde Ünver’in de haklı olarak belirttiği gibi özgülenmesi gereken nokta mağdurun rızasının varlığı olmalıdır⁵⁷. Nitekim 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu’nun 416. maddesinin 3. fıkrasındaki hüküm kanuni tipte açıkça mağdurun rızasını araması sebebiyle daha yerinde bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁸.

Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca nedenlerin hem objektif olarak “kişilerin irade serbestisini etkileyecek boyutta olduğu” hem de subjektif olarak “mağdurun iradesini etkilemiş olduğu” durumlarda, artık mağdurun fiile rızası olduğundan bahsedilemeyeceğinden dolayı reşit olmayanla cinsel ilişki suçu yerine, çocukların cinsel istismarı suçu gerçekleşmiş olacaktır⁵⁹. Cebir, tehdit veya hilenin mağdurun iradesini etkilemeye yönelik kullanıldığı, ancak 15 yaşını tamamlamış çocuk mağdurun baştan itibaren eyleme rızasının olduğu durumlarda, çocukların cinsel istismarı suçu değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır⁶⁰. Benzer şekilde 15 yaşını tamamlamış çocukla rızasıyla cinsel ilişkiye girilen bir durumda, sırf sadist duyguların tatmini amacıyla uygulanan cebirin de mağdurun cinsel ilişkiye girme iradesi üzerinde bir etkisi olmayacağı için çocukların cinsel istismarı suçundan değil, mağdur çocuğun şikayeti üzerine reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırma yapılacaktır. Burada

121). *Kantarıcı* da “mağdurun fiile katlanmak zorunda kalmasının fiile rıza göstermiş olduğu anlamına gelmeyeceğini” haklı bir biçimde ifade etmiştir (*Kantarıcı*, s. 101). Bu bağlamda, kanaatimizce, “mağdurun cinsel ilişkiye diremediği her durumda cinsel ilişkiye rızasının mevcut olduğu” şeklinde eski ve hatalı bir ön kabul üzerine kurulan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bu maddi yapısı değiştirilmelidir.

⁵⁶ Benzer yönde Bknz. *Kantarıcı*, s. 95.

⁵⁷ Ünver, s. 48., aynı yönde *Kantarıcı*, s. 96.

⁵⁸ *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.*

⁵⁹ Benzer yönde Bknz. *Kantarıcı*, s. 106.

⁶⁰ Bu bağlamda, çocukların cinsel istismarı suçunun oluşması için zarar beyanının objektif olarak ciddi olması tek başına yeterli olmayacak, bu beyanın aynı zamanda mağdurun cinsel ilişkiye rızasını etkilemiş olması da aranacaktır. Mağdurun etkilenmediği, ancak objektif olarak ciddi bir zarar beyanının, Türk Ceza Kanunu’nun 106. maddesinde düzenlenen tehdit suçunu oluşturması mümkün görünse de, mağdurun gireceği cinsel ilişki bakımından bir etkisi olmayacağından, mevcut koşullar altında çocukların cinsel istismarı suçunun değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun gerçekleşeceği düşüncesindeyiz.

cinsel ilişkiye rıza gösteren mağdurun cinsel ilişki sırasında sadist duyguların tatmini amacıyla kullanılan cebre rıza göstermemesi mümkün olabilir. Böyle bir durumda 15 yaşını tamamlamış mağdur sadece kendine karşı uygulanan cebirle ilgili olarak kasten yaralama suçunun işlendiğinden bahisle şikayetçi olabileceği gibi hem kendine uygulanan cebirle ilgili olarak kasten yaralama suçundan hem de rızasıyla gerçekleşen cinsel ilişkiyle ilgili olarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan da ayrı ayrı şikayetçi olabilir. Benzer şekilde rızaya dayalı gerçekleşen cinsel ilişki sonrası failin mağduru tehdit etmesi de, örneğin “yaşadıklarımızı başkalarına anlatırsan seni öldürürüm” demesi de, mağdurun cinsel ilişkiye yönelik iradesini etkilemeye yönelik olmadığından çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturmayacaktır. Hiç kuşkusuz böyle bir durumda, fail hakkında tehdit suçundan resen, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan ise mağdurun şikayeti üzerine soruşturma ve kovuşturma yapıp failin cezalandırılması mümkün olabilecektir.

Cebrin doğrudan mağdura karşı gerçekleştirilmesi mümkün olduğu gibi mağdurun cinsel ilişkiye rızasını elde edebilmek adına mağdurun bir yakınına karşı gerçekleştirilebilmesi de mümkün görünmektedir⁶¹. Ancak eşyaya karşı gerçekleştirilen cebrin somut olayın koşulları çerçevesinde mağdur bakımından tehdit olarak değerlendirileceği ve bu tarz durumlarda da mağdurun rızasının ortadan kalkmış olacağı gözden kaçırılmamalıdır⁶².

Failin mağdura kendisiyle cinsel ilişkiye girmezse ondan ayrılacağı veya onunla konuşmayacağını ifade etmesi üzerine gerçekleşen cinsel ilişkiler, hukuken koruma görmeyen değerler kapsamında kalacağından tehdit olarak nitelendirilemeyecek ve bu bağlamda çocuğun cinsel istismarı suçunu değil, şikayetin gerçekleşmesi koşuluyla reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır⁶³. Aynı şekilde tehdide konu hukuksal değer mağdura veya bir yakınına ait olması gerektiğinden, failin mağdurla cinsel ilişkiye girmeyi temin etmek adına cinsel ilişkiye girmezler ise intihar edeceğini bildirmesi üzerine gerçekleşen cinsel ilişkiler de Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesi kapsamında değil, reşit olmayanla cinsel ilişkiye girme suçunun yer aldığı 104. maddesi kapsamında cezalandırılacaktır⁶⁴.

⁶¹ Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 108. maddesinin gerekçesinde cebir, “*kişiyeye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zecrî bir etki meydana getirilmesi*” olarak tanımlanmıştır (<https://www.lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1>).

⁶² Kantarcı, s. 105.

⁶³ Aynı yönde Bknz. Kantarcı, s. 105.

⁶⁴ Aksi yönde Bknz. Kantarcı, s. 105.

Yargıtay'ın özellikle tehdidin kullanıldığı cinsel ilişkiler bakımından geliştirdiği “tehdidin konusunu oluşturan zararın cinsel ilişki sonucunda gerçekleşecek olan zarardan daha ağır olması, tehdiye maruz kalanın iki seçenekten kendisine daha az zarar vereni tercihe zorlanması gerektiği yönündeki” içtihadı, bu yönde bir değer tartımı yapması, çağdışı bir bakış açısının ürünü olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁵. Zira burada önemli olan husus,

⁶⁵ Dosya içeriğine göre, kayden 24.10.1994 doğumlu olup suç tarihlerinde 15-18 yaş aralığında bulunduğu anlaşılan mağdurenin, sanık H.'ın 3.11.2011 günü gece 01:51 sıralarında mağdurenin evinin balkonunda yakalanması üzerine başlatılan soruşturmada, aşamalarda istikrarlı olarak, 15 yaşını içerisinde bulunduğu 2009 yılı Şubat ayı içerisinde suça sürüklenen çocuk T. ile cebir, tehdit, hile veya iradesini etkileyen başka bir neden olmaksızın suça sürüklenen çocuğun kendi evinde bir kez, 2010 yılı Eylül ayında suça sürüklenen çocuk T.'la ilişkiye girdiğini öğrenen suça sürüklenen çocuk İ. ile tehdit altında suça sürüklenen çocuğun evinde bir kez, 2010 yılı Kasım ayında ise başkalarıyla ilişkiye girdiğini öğrenen suça sürüklenen çocuk M. ile ilkinde cebir, tehdit, hile veya iradesini etkileyen başka bir neden olmaksızın, ikincisinde ise önceki ilişkisini annesine söyleyeceği tehdidi altında kendi evinde iki kez, sanık H.'la 2011 yılı Eylül ayında ilkinde cebir, tehdit, hile veya iradesini etkileyen başka bir neden olmaksızın, ikincisinde ise önceki ilişkilerini annesine söyleyeceği tehdidi altında kendi evinde iki kez, ilişkiye girdiğini, soruşturma sırasında sanıktan şikayetçi olup suça sürüklenen çocuklardan şikayetçi olmadığını, duruşmada ise sanıktan da şikayetçi olmadığını ifade ettiğinin anlaşılması karşısında; mağdurenin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir neden olmaksızın ilki suça sürüklenen çocuk T. ile olmak üzere, suça sürüklenen çocuk M., sanık H. ve sonrasında hakkında takipsizlik kararı verilen M. ve M. ile cinsel ilişkiye girdiğinin kendi kabulünde bulunduğu, mağdurenin yaşı, yaşam biçimi, sosyal konumu ve olayın intikal şekli de dikkate alındığında mağdureye yöneldiği iddia olunan suça sürüklenen çocuk İ.'in "T. ile ilişkiye girmişsin, benimle de gireceksin", suça sürüklenen çocuk M. ve sanık H.'ın "İlişkiye girdiğimizi annene söylerim" şeklindeki sözlerinin, aynı kişilerle daha önce de zor olmaksızın ilişkiye giren mağdure üzerinde objektif olarak ciddi bir mahiyet arz etmeyip, sonuç almaya elverişli, yeterli ve uygun sözler olmaması sebebiyle tehdit niteliğinde sözler sayılamayacağı, sonuç olarak sanık ve suça sürüklenen çocukların isnat edilen suçu tehditle işlemedikleri anlaşıldığından, cinsel istismar suçlarından açılan kamu davalarında eylemlerinin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğunun kabulüyle, sanık H. yönünden şikayetten vazgeçme, suça sürüklenen çocuklar yönünden ise soruşturmanın başından beri şikayetin bulunmadığı gözetilerek düşme kararı, yasal unsurları oluşmayan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından ise beraatleri yerine mahkûmiyetlerine hükmolunması... (Yargıtay 14. CD.'nin 10.04.2014 tarihli ve E. 2013/6701, K. 2014/4837 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Mahkemece, sanığın mağdur Mehmet'i ilk olarak Düziçi ilçesinde 2008 yılı Aralık ayında su deposunun bulunduğu yere götürdüğü, olay tarihi itibarıyla 15-18 yaş grubundan olan mağdura yönelik livata suretiyle cinsel istismar suçunu işlendiği, o tarihten olayın açığa çıktığı 01/09/2009 tarihine kadar sanığın mağdura yönelik olarak livata suretiyle cinsel istismar suçunu birden fazla işlediği, ilk olaydan sonra sanığın mağduru kendisi ile gelmediği, cinsel ilişkiye girmediği takdirde ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceğinden bahisle tehditte bulunduğu, bu şekilde mağduru egemenlik alanına aldığı ve her cinsel istismar eylemi sonrası hem durumdan mağdurun YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

somut olayın koşulları altında mağdurun eyleme rızasının olmaması, bu rızanın tehditle sağlanmış olmasıdır. Bu bakımından failin tehdidinin mağdurun cinsel ilişkiye rızası bakımından nedensel olması tek başına yeterli kabul edilmeli, bu nedenselliğin yoğunluğu üzerinden (az veya çok nedensel şeklinde) bir tartışma yapılmamalıdır. Bu bağlamda yukarıda ortaya koyduğumuz ölçüt doğrultusunda, “zarar beyanının objektif olarak ciddi olduğu” ve “mağdurun da bu beyandan etkilendiği” bir durumda, artık rızanın özgür iradeye dayalı olarak ortaya çıktığından söz edilmesi mümkün olmayacaktır⁶⁶.

ailesini haberdar edeceği yönünde tehdit etmek, hem de mağdura cinsel istismar sonrası para vermek suretiyle psikolojik olarak mağdur üzerinde bir tahakküm oluşturduğu kabul edilerek, sanığın zincirleme nitelikli cinsel istismar ve zincirleme zorla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkûmiyetine karar verildiği anlaşılmakta ise de, dosya içeriğine göre; mağdurun 01.01.1992 doğumlu olup suç tarihinde 17 yaşında olduğu, Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı'nın 18.09.2011 tarihli raporunda mağdurun “gerçeği değerlendirme yetisinin gelişmiş olduğu, algı, bellek, yönelim kusuru olmadığı, düşünce içeriğinde olayın duyulmasıyla çevrenin verdiği tepkilere bağlı sıkıntılı olduğu”nun belirtildiği, olayın gerçekleştiği 9 ay boyunca gerek yakınlarına gerek resmi makamlara bir şikayetin bulunmadığı, olayın sanığın müşteki Aykut'a basit cinsel saldırıda bulunma eylemi esnasında, mağdur Mehmet'e para karşılığı fiili livatada bulunduğunu söylemesi üzerine ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. 15 yaşını tamamlamış fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar suçlarında varlığı kabul edilen tehditin, suçun zor unsurunu oluşturabilmesi için, cinsel istismara uğraması nedeniyle uğrayacağı zarardan daha önemli bir zarara uğratılacağı korkusunun mağdur üzerinde oluşması, tehdiye maruz kalanın iki seçenekten kendisine daha az zarar vereni tercihe zorlanması gerekir. Olayımızda her bir eylemde de seçeneklerden birinin ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceği, diğerinin ise, eylemin gerçekleştiği yere sanığı mağdurun kendi motosikleti ile götürmesi ve cinsel istismara rıza göstermesidir. Evli olan sanığın, eylemin ortaya çıkmasıyla kendisinin de zarara uğrayacağı aşikardır. Keza olayın ortaya çıkmasıyla içinde bulunduğu durumu çevresine mazur göstermek isteyen mağdurun, 9 ay süreyle devamlı tehdit ve baskı altında kaldığının kabulü de mümkün değildir. Bu nedenle nitelikli cinsel istismar ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemlerinin cebir ve tehditle gerçekleştirildiğini kabule elverişli yasal, kuşkuadan uzak ve somut delillerin bulunmadığı anlaşıldığından, mağdurun suç tarihindeki yaşına göre TCK.nun 26. maddesi gereğince rızanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma fiilini hukuka uygun hale getirdiği, mağdurun rızasıyla anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinin de, TCK.nun 104 ve 43. maddelerinde düzenlenmiş olan zincirleme reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması... (Yargıtay 5. CD.'nin 23.05.2011 tarihli ve E. 2011/2970, K. 2011/4134 no'lu kararı, www.kazanci.com).

⁶⁶ Kantarcı, s. 108.

Burada evlenme vaadinin bir hile teşkil etmediğini ifade etmek de fayda vardır⁶⁷. Aynı durum mağdura pahalı bir hediye alma veya para verme vaadiyle gerçekleşen cinsel ilişkiler bakımından da geçerlidir. Ancak kanaatimizce, somut olayın koşulları içinde, “gerçekleştirilmeyecek olan vaatlerin” soyut yalanın dışına çıkıp çıkmadığı, ağır, yoğun, ustaca ortaya konulmak suretiyle sergileniş açısından mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırıp kaldırmadığı, bir mizansen boyutuna ulaşmış olup olmadığı, basit bir denetimle anlaşılacak düzeyde iftihar kabiliyetini haiz olup olmadığı⁶⁸ ve “mağdurun fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldırabilecek boyutlara” ulaşmış olup olmadığı, bu bağlamda nedensel değeri haiz olup

⁶⁷ *Oluş ve kabule göre; suça sürüklenen çocuğun suç tarihlerinde onbeş-onsekiz yaş grubunda yer alıp dosya içeriğine göre akıl hastalığı da bulunmayan mağdure ile birden fazla rızaen cinsel ilişkiye girmesi eyleminde, suça sürüklenen çocuğun evlenme vaadinde bulunması mağdurenin iradesini bertaraf edip fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta bir hile olarak kabul edilemeyeceğinden, mevcut haliyle eylemlerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, TCK'nın 104/1, 43. maddelerine uyduğu gözetilmeksizin dosya kapsamına uygun düşmeyecek şekilde suça sürüklenen çocuğun eylemlerini evlenme vaadi şeklinde hile ile gerçekleştirdiği belirtilerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 30.04.2015 tarihli ve E. 2014/1552, K. 2015/5994 no'lu kararı, www.kazanci.com). Eski Türk Ceza Kanunu'nda evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu 423. maddede düzenlenmişti, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda böyle bağımsız bir suç tipine yer verilmediği veyahut da kızlığın bozulması şeklinde neticelenen cinsel birlikteliklerin nitelikli bir hal olarak da tanımlanmadığı (Bknz. Eski Türk Ceza Kanunu'nun 418. maddesinin 2. fıkrası) görülmektedir. Kanaatimizce, “kızlığın bozulması” şeklinde bir olguya kanunlarda özel olarak yer verilmek suretiyle bu durumun hukukileştirilmemesi, bu bağlamda toplumda tabu haline getirilen eski bir ahlak anlayışının terk edilmesi yerinde olmuştur. Mevcut kanuni yapı çerçevesinde “kızlığın bozulması” ancak somut olayın özel birtakım koşulları çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesindeki kıstaslar dahilinde cezanın belirlenmesinde bir kıstas olarak kullanılabilir. Öğretide *Tezcan/Erdem/Önok* cinsel davranışa mağdurun rızasını temin etmek adına başvuru her türlü aldatıcı hareketi hile olarak nitelendirilip, evlenme vaadine inanılarak mağdur tarafından verilen rızanın da hukuken geçerli olmayacağını ifade etmektedir (*Tezcan/Erdem/Önok*, s. 413).

⁶⁸ *Taner'e göre her birey evlenme vaadinin, kişinin çok zengin olduğuna dair söylemlerin ve diğer vaatlerin gerçekleşmeyebileceğini bilmek ve buna göre davranmak durumundadır* (Taner, s. 135). Öğretide *Kantarıcı* da mağdurun saikinin veya failden olan beklentisinin tek başına cinsel ilişkiye girme hususunda verilen rızanın geçerliliğini etkilemeyeceği görüşündedir (Kantarıcı, s. 111). Kanaatimizce, “soyut bir yalana inanılması” hiçbir zaman “hile” teşkil etmeyecektir. Ancak soyut yalan, rızaya dayalı cinsel ilişkinin gerçekleşmesi için somutlaşmış, ağır, yoğun, ustaca sergilenmesi suretiyle mağdurun denetim olanağı ortadan kaldırılıp nitelikli bir hal almışsa, artık burada hilenin söz konusu olduğundan bahsedilmesi gerekecektir.

olmadığı özellikle araştırılmalıdır⁶⁹. Savunduğumuz görüş doğrultusunda burada hilenin nitelendirilmesi sadece objektif olarak değil somut olayın

⁶⁹ *Ancak yukarıda anlatılan ve subut bulan hali ile mağdure N. Dondurmacı'nın sanıkla cinsel ilişkiye girme rızasının sanığın kandırıcı nitelikte yoğun ustaca sergilenen hileli davranışlarla elde edildiği, mağdurenin gerçekte evlendiği inancı ile ve zincirleme şekilde sanıkla cinsel ilişkiye girdiği, ancak buradaki rızasının gerçek iradesini yansıtmadığı, dolayısıyla sanığın eyleminin zincirleme nitelikte cinsel saldırı suçunu oluşturduğu anlaşılmalı ve sanığın cezalandırılması yoluna gidilmiş, temel ceza tayininde suçun işleniş şekli ve özelliği, sanığın kişiliği, kastı nazara alınarak alt sınırdan uzaklaşıp eylem sonucu mağdurenin ruh sağlığının bozulduğu da anlaşılmalı ve cezası artırılıp yine sanığın mağdureye yönelik değişik tarihlerde cinsel saldırı eylemini gerçekleştirdiği görülmekle zincirleme suç hükümleri uyarınca cezası artırılıp aşağıdaki hüküm kurulmuştur (Yargıtay 14. CD.'nin 05.05.2014 tarihli ve E. 2014/1933, K. 2014/5982 no'lu kararı, www.kazanci.com). Bu karar her ne kadar reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile ilgili değilse de hilenin ağır, yoğun, ustaca sergilenmesi suretiyle mağdurenin rızasının elde edildiği durumlarda bu rızanın hukuken bir önemini olmayacağını tespit etmesi yönüyle yerindedir. Tarikat lideri olduğunu iddia ederek dergah açan sanığın, mağdurları cinsel organını ağzına alarak ve erekte ettikten sonra çıkan meniye yutarak badelenmeleri, daha da mertebelerinin yükselmelerini istiyorlarsa, sır odası denilen kapalı mekanda kapıyı kilitledikten sonra mağdurelerle vajinal, mağdurlarla anal yoldan ilişkiye girmelerini ve kendisine bu şekilde tabi olmalarını, bunun Allah'a yaklaşmak amacıyla yapılmasının gerekli olduğunu anlatarak ve içeriğinin ne olduğu anlaşılabilen bir sudan mağdurların rızaları ile içmemeleri halinde zorla ağızlarından akıtılarak içmelerini sağlayarak, mağdurların bir kısmının nişanlı ya da eşlerini badelenme tabir edilen eylem ve cinsel ilişki için dergaha getirecek kadar sanığa inanıp aldanmaları gözetildiğinde, sanığın dini duyguları istismar ederek mağdurların iradelerini fesada uğratarak, hile kullanmak suretiyle elde etmiş olması sebebiyle itibar edilemeyecek olan irade açıklamaları niteliğindeki ifsad edilmiş rızaları ile gerçekleştirdiği oral, vajinal ve anal yollardan cinsel ilişkiye girme eylemlerinin, mağdurlar ile mağdurelere yönelen birden fazla nitelikli cinsel saldırı eylemleri nedeniyle TCK'nın 102/2 ve 43. maddeleri, mağdurlar Y. ve E. ile mağdureler A. ve N.'a yönelik birer defa gerçekleşen eylemleri nedeniyle TCK'nın 102/2. maddesi uyarınca ayrı ayrı cezalandırılması gerekirken, mağdurların cinsel ilişkiye rızalarının geçerli olduğu biçimindeki yerini olmayan gerekçeyle beraat kararları... (Yargıtay 14. CD.'nin 03.10.2012 tarihli ve E. 2012/11328, K. 2012/9412 no'lu kararı, www.kazanci.com). Yargıtay yeni tarihli bir başka kararında ise tam tersi bir değerlendirmede bulunmuştur. Olayın intikal şekli ve zamanı, mağdurların aşamalarındaki beyanları, tanık ifadeleri, savunma ile tüm dosya kapsamına göre, kendisini din alimi olarak tanıtan sanığın, akıl ve ruh sağlığı yerinde olan mağdurlara karşı oral ve anal yoldan gerçekleştirdiği cinsel ilişkiye girme eylemleri sırasında cebir veya tehdit kullanmadığı gibi mağdurların da bu yönde bir iddialarının bulunmaması, sanığın kendisine itibar edilmesini sağlamak amacıyla sarf ettiği sözlerin aldatıcı nitelikten uzak olması ve eylemlerini mağdurların rızası ile gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, ilk derece mahkemesince sanığın mağdurlardan ...a yönelik eylemlerinden beraatine, mağdur ...'e karşı on beş-on sekiz yaş aralığında gerçekleştirdiği anal yoldan cinsel ilişkiye girme eylemleri reşit olmayanla cinsel ilişki kabul edilip, 5237 Sayılı TCK'nın 73/1. maddesinde*

koşulları altında sübjektif olarak da değerlendirilmelidir. Yani hilenin sadece 3. kişiler nezdinde aldatıcı vasfının olması yeterli olmayıp, mağdur bakımından da aldatıcılık vasfının olup olmağı kontrol edilmelidir. Aynı şekilde internette uzunca bir süre sohbet eden ancak birbirlerinin yüzünü hiç görmeyen iki kişinin cinsel ilişkiye gireceğini öğrenen failin 15 yaşını tamamlamış çocuk mağdura kendisi internette sohbet ettiği kişi olarak tanıtıp onunla cinsel ilişkiye girmesi halinde sadece söze dayalı bir yalanın ötesinde nitelikli bir yalanın unsurları da gerçekleşeceğinden, bu durumu bir hile olarak kabul edip reşit olmayanla cinsel ilişki suçu yerine çocuğun cinsel istismarı suçundan cezalandırma yapılması gerekecektir⁷⁰.

Mağdurun içinde bulunduğu sosyal şartlardan kaynaklanan çaresizlik halinden yararlanarak gerçekleştirilen rızaya dayalı cinsel ilişkilerin de “iradeyi etkileyen başka nedenler” kavramı içinde değerlendirilmemesi

düzenlenen altı aylık kanuni şikayet süresinin geçtiği gözetilerek bu suçtan görülen kamu davasının düşmesine, mağdurun on sekiz yaşından büyük olduğu dönemde gerçekleşen cinsel saldırı eylemlerinden ise beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet hükümleri kurulması karşısında, söz konusu kararlara yönelik istinaf başvurusunun kabulü yerine esastan reddedilmesi... (Yargıtay 14. CD.’nin 11.02.2021 tarihli ve E. 2020/326, K. 2021/1125 no’lu kararı, www.kazanci.com). Kanaatimizce, bu gibi olaylarda önem arz eden husus, failin yalana doğru görünümü vermek adına ağır, yoğun, ustaca bir faaliyet içinde yer alıp almadığı, bu faaliyetlerle mağdurun sağlıklı düşünmesini, araştırma yapmasını ve denetimin gerçekleştirilmesini engelleyip engellemediğinin ortaya konulmasıdır. Soyut yalanların hile olarak algılanmasının mümkün olmadığı, hilenin objektif anlamda aldatmaya elverişli (kandırabilecek nitelikte) olmasının arandığı bir hukuk düzeninde, basit bir araştırmayla her türlü dini bilgiye ulaşılabileceğinin mümkün olduğu bir dönemde, yalana doğru görünümünü vermek adına faaliyet yürütüldüğü kanıtlanmadıkça, sahte bir din aliminin kendisiyle cinsel ilişkiye girilmesinin mağdur üzerinde olumlu dini etkileri olacağından bahisle mağduru ikna ederek cinsel ilişkiye girmesi somut olayın özelliklerine göre cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçlarını oluşturmayacaktır. Ancak yaratılan algı ortamı içinde mağdurun psikolojik körlük içinde kalması temin edilerek mağdurun doğru olmayan şeylere inanması sağlanmış ve bu şekilde mağdurun iradesi etkilenmişse, cinsel saldırı veya çocukların cinsel istismarı suçları oluşacaktır. Bu bağlamda konuyu bir örnekle açıklayacak olursak, bazı psikolojik sorunları olan bir müridinin içine cin kaçtığını ifade eden, yalana doğru görünümünü vermek için de başka bir müridinin yardımıyla sanki odaya bir cin gelmiş gibi algı oluşturan, sonrasında bu cinin ancak kendisiyle cinsel ilişkiye girmesi halinde gideceğini mağdura ifade ederek onu cinsel ilişkiye ikna edip onunla birlikte olan kişi, mağdurun rızası dışında bir cinsel ilişki gerçekleştirmiştir. Ancak kendisinin mesih olduğunu, kendisiyle cinsel ilişkiye giren kadınların cennete gideceğini söyleyen bir kişi, soyut yalanını nitelikli hale getirmek adına bir faaliyet içinde yer almamışsa, etrafındaki yakın dostlarına bunun bir yalan olduğunu söylemiş olsa dahi, hileli bir harekette bulunmuş sayılmayacaktır.

⁷⁰ Aynı yönde Bknz. Kantarcı, s. 111.

gerekir⁷¹. Ancak bu çaresizlik hali, mağdurun özgürce karar verme serbestisini olumsuz etkileyebilecek boyuta ulaşmış ve etkilemişse, söz konusu durum iradeyi etkileyen başkaca nedenler arasında değerlendirilmelidir. Örneğin bir eroin bağımlısının parasız kaldığı için çok az miktarda uyuşturucu için herkesle yatmayı kabul edebileceği bir ortamda, söz konusu çaresizlik hali mağdurun özgürce karar verme serbestisini olumsuz etkileyebilecek boyuta ulaşmış ve etkilemiş olduğundan, bu durum iradeyi etkileyen başkaca bir neden olarak değerlendirilmelidir. Mağduru baştan çıkarmaya yönelik iltifat edici sözler veya birtakım pahalı hediyeler almak “iradeyi etkileyen başkaca nedenler” arasında yer almayacaktır. Mağdurun içeceğine uyku ilacı veya cinsel istek artırıcı ilaç koymak ise, kanaatimizce iradeyi etkileyen başkaca nedenler arasında değerlendirilmelidir.

Fail tarafından mağdurun direnç göstermesine fırsat vermeyecek şekilde ani şekilde gerçekleştirilen hareketler de iradeyi etkileyen başkaca nedenler arasında yer alacaktır, zira bu gibi durumlarda mağdurun iradesini kullanmasına fırsat tanınmamakta, mağdurun vücuduna rızası dışında bir

⁷¹ Yukarıda izah edilen hususlar ve tüm dosya kapsamına göre; sanıklar ..., ... ile ...'un eylemlerini mağdurun düzeltilen doğum tarihine göre onbeş yaşını bitirmesinden sonra gerçekleştirdiklerinin oluşa uygun kabul edildiği, ... Devlet Hastanesince düzenlenen 08.01.2007 tarihli raporda mağdurun cinsel saldırı eylemine karşı kendini savunabileceği, cinsel saldırı eyleminin hukuki anlam ve önemini fark edebildiği ve sonuçlarını algılama yeteneğinin yeterince geliştiğinin belirtildiği, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 25.07.2007 tarihli raporu ile mağdurdurda herhangi bir akıl hastalığına rastlanılmadığının, zeka geriliği veya çocukluk çağı psikiyatrik sendrom arazi bulunmadığının, beyanlarına itibar edilmesine tıbbi bir engel bulunmadığının tespit edildiği, mağdurun, annesinin ölümünden sonra babası ve üvey annesi tarafından sahihsiz bırakılmış olması, bu nedenle sokaklarda yaşamak zorunda kalması, halkın verdiği yiyeceklerle geçinmesi, yönlendirmeye müsait bir yapısının bulunması ise ancak bir çaresizlik hâli olarak kabul edilebilecek ise de, 5237 sayılı TCK'nın 103'üncü maddesinde aynı Kanununun 80 ve 227'nci maddelerinde kabul edildiği gibi çaresizlik hâlinin suçun tipiklik unsuru ya da nitelikli hali olarak kabul edilmediği, belirtilen durumun mağdurun iradesini etkileyip eyleme karşı koymasına engel bir neden olarak kabul edilemeyeceği, aksine kabul ve uygulamanın ise suç ve ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlama yasağı ile kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezaların arttırılıp eksiltilemeyeceği ve değiştirilemeyeceği hükmüne aykırı olacağı, bu sebeple sanıklar ..., ... ile ...'un onbeş yaşını tamamlamakla birlikte onsekiz yaşını tamamlamayan ve maruz kaldığı fiillerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan mağdurla cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın anal yoldan cinsel ilişkiye girmekten ibaret eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı... (Yargıtay14. CD.'nin 15.03.2016 tarihli ve E. 2015/8952, K. 2016/2503 no'lu kararı, www.lexpera.com).

müdahalede bulunulmakta, adeta anlık da olsa mağdurun iradesi felce uğratılmaktadır. Örneğin failin uyku halinde olan 15 yaşını doldurmuş çocuk mağdura anlık bir hareketle cinsel organını sokup çıkarması, çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır.

İradeyi etkileyen başkaca nedenlerin fail tarafından yaratılması şart olmayıp önemli olan nasıl gerçekleşmiş olursa olsun mağdurun bir şekilde bu durum içerisinde yer almasıdır, bu bağlamda mağdurun kendisini bizzat böyle bir duruma sokması ve failin de bu durumdan yararlanması halinde mağdurun geçerli bir rızasının olmayacağı açıktır⁷².

Olayların birçoğunda fail ile mağdurun alınan alkolün de etkisiyle cinsel ilişki yaşadıkları görülmektedir. Burada dikkat edilecek olan husus şudur: Şayet mağdur kendi iradesiyle alkol alıp faille cinsel ilişkiye girmiş olsa dahi, somut olay özelinde mağdurun sarhoşluğu onu olayın hukuki anlam ve sonuçlarını tam olarak algılayamayacak bir hale getirmiş, fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmasına mani olacak mahiyet ve derecede ise ve bu durum fail tarafından bilinmekteyse, artık burada reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, çocukların cinsel istismarı suçu işlenmiş olacaktır⁷³. Burada sarhoşluk halinin “iradeyi etkileyen başka nedenler” kavramı içinde değerlendirilebilmesi için mağdurun iradesini tamamen ortadan kaldırması veya önemli ölçüde etkilemiş olması değil, eylem bakımından nedensel olması (öзgürce karar verme serbestisini olumsuz etkileyebilecek boyuta ulaşmış ve etkilemiş olması) yeterli kabul edilmelidir⁷⁴.

Mağdurun cinsel ilişkiye verdiği rıza meşru amaç ve saiklerle olabileceği gayri meşru amaç ve saiklerin tatbiki içinde de olabilir. Mağdurun ilişkiye rıza verirken meşru veya gayri meşru zeminde olmasının bu bakımdan önemi yoktur. Örneğin bir iş insanına tuzak kurup onunla cinsel ilişki yaşanan 15 yaşını tamamlamış çocuk iş insanını şikayet edeceğinden ve onu herkese rezil edeceğinden bahisle belirli bir miktarda para talebinde bulunsa, hatta en nihayetinde tüm bu olaylar neticesinde mağdur şantaj suçu sebebiyle cezalandırılmış olsa bile, burada mağdurun rızasını hangi saik ve

⁷² Aynı yönde Bknz. Kantarcı, s. 115.

⁷³ Ancak fail, mağdurun sarhoşluğunun ve bu sarhoşluğun derecesinin farkında olmaması sebebiyle cinsel ilişkiye girme hususunda mağdurun rızası olmamasına rağmen mağdurun rızasının mevcut olduğunu düşünüyorsa, hata hükümlerinden yararlanmalı ve mağdurun şikayeti gerçekleşmişse reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılmalıdır (Aynı yönde Bknz. Akbulut, s. 284).

⁷⁴ Kantarcı iradeyi etkileyen başkaca nedenlerin rızayı ortadan kaldırabilmesi için mağdurun irade oluşturmasını “önemli derecede” etkilemiş olması gerektiği düşüncesindedir (Kantarcı, s. 115).

amaçlarla açıkladığının bir önemi olmayacağından, mağdurun şikayeti üzerine bu iş insanının reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılması gerekecektir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda “suçun kurucu unsuru olarak ortaya çıkan cinsel ilişkiye rıza” ile kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından eylemi “hukuka uygun hale getiren rızayı” birbirine karıştırmamak gerekir. Bu bağlamda, fail, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış bir mağduru yazlık evine götürür ve o evde birlikte kalarak cinsel ilişki yaşanır, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu gerçekleşmiş; ancak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu gerçekleşmemiş olacaktır⁷⁵. Bu şekilde kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk etmiş olan çocuğu, çocuğun bu durumu bilerek yanında tutan fail Türk Ceza Kanunu’nun 234. maddesinin 3. fıkrası uyarınca sorumlu

⁷⁵ ...suç tarihinden önce sanığın komşusunun kızı olup aynı zamanda kendi kızının okul arkadaşı olan onaltı yaşl içerisindeki mağdure ile bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik tarihlerde cebir veya hile olmaksızın, tehdit iddiası konusunda da mahkumiyete yeter her türlü şüpheden uzak, kesin ve yeterli delil bulunmaksızın kendine ait evlerde birden fazla cinsel ilişkiye girmesi nedeniyle eylemin 5237 sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek mahkumiyetine ve yaşı itibarıyla hukuken geçerli rızasına istinaden mağdureyi yanında tuttuğunun anlaşılması karşısında üzerine atılı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun kanuni unsurlar itibarıyla oluşmaması nedeniyle beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde müsnet suçlardan mahkumiyetine hükmedilmesi... (Yargıtay 14. CD.’nin 15.12.2016, E. 2016/8648, K. 2016/8508 no’lu kararı, aktaran Parlar/Öztürk, s. 551). Olayın meydana çıkış biçimi, müraacaatın yapılış zamanı, savunmalar ile tüm dosya kapsamına göre, sanıklar ile suça sürüklenen çocuğun, mağdureye yönelik eylemlerini zora dayalı gerçekleştirdiklerine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı, mağdure hakkında Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunca düzenlenen 30.05.2012 tarihli raporda “mağduru bulunduğu olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabileceği ve olaya ruhsal yönden muktedir bulunduğu” belirtilmesi de nazara alındığında, suça sürüklenen çocuğun, mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğu 2008 yılı Aralık ayının ilk haftasındaki eylemine dair olarak TCK’nın 103/2, 31/3 ve 109/1-3-f-5, 31/3. maddeleri uyarınca mahkumiyetine karar verilmesi, suça sürüklenen çocuk ile sanık haklarında mağdurenin onbeş-onsekiz yaş grubunda bulunduğu 2009 yılı Şubat ayındaki çocuğun cinsel istismarı suçundan açılan kamu davalarına konu eylemlerin ise TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup aynı Kanununun 73/1. maddesinde öngörülen 6 aylık şikâyet süresinin geçtiğinin anlaşılması karşısında, bu suçlara dair kamu davalarının şikâyet yokluğu sebebiyle düşmesine ve aynı Kanununun 26/2. maddesi kapsamında mağdurenin hukuken geçerli rızasına istinaden sanık ile suça sürüklenen çocukla birlikte kalması halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmayacağı gözetilerek bu suçtan beraatlerine karar verilmesi yerine yazılı şekilde hükümler kurulması... (Yargıtay 14. CD.’nin 30.11.2016 tarihli ve E. 2016/3510, K. 2016/8162 no’lu kararı, www.kazanci.com).

kılınabilecektir⁷⁶. Nitekim Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararları da bu yöndedir⁷⁷.

⁷⁶ Ersin Şare, “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 2019, Cilt: 21, Sayı: 2, s. 1009.

⁷⁷ *Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun 14.06.2012 günlü raporu ile "... ruh sağlığını bozacak mahiyet ve derecede olan travma sonrası stres bozukluğu denilen psikiyatrik bozukluk ile sınır-hafif derecede zeka geriliği denilen akıl zayıflığı tespit edildiği, kendisinde tespit edilen zeka geriliğinin olay tarihindeki yaşı da dikkate alındığında mağduru bulunduğu olayın kötülüğünü anlamasına ve ruhsal yönden karşı koymasına engel olacak mahiyet ve derecede bulunmadığı ve kendisinde mevcut zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayacağı" oybirliğiyle bildirilen, suç tarihinde onyediyedi yaşta içerisinde bulunan mağdurenin, olay günü sanık ve suça sürüklenen çocukla buluşup, çarşıdan alkollü içecek aldıktan sonra sanığın arkadaşının evine gittiği, burada alkol aldıktan sonra önce sanık ardından suça sürüklenen çocukla cinsel ilişkiye girmesinin ardından dışarıya çıkıp suça sürüklenen çocukla diskeye giderek burada da bira içtikten sonra birlikte yolda giderken polisler tarafından yakalandıkları olayda, sanık ve suça sürüklenen çocuğun mağdureye yönelik eylemlerinde cebir, tehdit veya hile kullandıklarına ilişkin mağdurenin dahi bir beyanda bulunmadığının ve alkollü rızasıyla aldığına anlaşılması karşısında, sanık ile suça sürüklenen çocuğun eylemlerinin TCK'nın 104/1. maddesinde tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki ve TCK'nın 234/3. maddesinde yer alan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarını oluşturduğu gözetilerek, bu suçlardan mahkûmiyetleri yerine, suç vasfının tayininde yanılığa düşülerek yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkûmiyetlerine karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 10.11.2015 tarihli ve E. 2015/5752, K. 2015/10400 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Mağdurenin aşamalarındaki anlatımlarına, sanığın mağdureyle rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği şeklindeki savunmalarına, duruşmada mağdure dinlenirken hazır bulunan pedagogun mağdurenin yönlendirmeye açık olduğu ve beyanlarına itibar edilemeyeceği biçimindeki görüşüne ve tüm dosya içeriğine göre, 17 yaşını bitiren mağdurenin, sanığın arabasıyla gezdikten sonra arabanın içinde rızasıyla sanıkla cinsel ilişkiye girdiği, eylemlerin bu haliyle 5237 Sayılı T.C.K.nın 104/1. maddesinde tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki ve 5237 Sayılı T.C.K.nın 234/3 maddesinde yer alan çocuğun kaçırılması veya alıkonulması suçlarını oluşturduğu gözetilerek bu suçlardan mahkûmiyeti yerine, çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkûmiyetine karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 18.02.2014 tarihli ve E. 2013/11356, K. 2014/1813 no'lu kararı, www.kazanci.com)., ...düzeltilen yaşına göre 17 yaşta içerisindeki mağdureyi rızasıyla alkoyan sanık C.'in, aynı Kanununun 109. maddesi anlamında hukuka aykırı bir davranışından söz edilemeyeceği, ancak sanığın mağdurenin kanuni temsilcisinin rızası olmaksızın evden ayrıldığını bildiği halde ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin birlikte kalmalarının T.C.K.nın 234/3. maddesinde öngörülen çocuğun kaçırılması veya alıkonulması suçunu oluşturduğu gözetilmeyerek ek savunma hakkı verilerek bu maddeden mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde hüküm kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 20.09.2013 tarihli ve E. 2013/6432, K. 2013/9439 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Yerel mahkemece kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak suçundan açılan davada mağdurenin rızasıyla gidip kaldığından bahisle beraat kararı verilmiş ise de, 15-18 yaş grubuna dahil olup evden kaçan mağduru rızasıyla kendi evine YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)*

B) SUÇUN MANEVİ UNSURU

Bu suçun manevi unsuru bakımından genel kast yeterlidir. Failin mağdurun 15 yaşını doldurmuş, ayırt etme gücüne sahip bir kişi olduğunu ve cinsel ilişkiye rızasının olduğunu bilmesi ve cinsel ilişkiye girmek istemesi yeterli kabul edilmelidir.

Failin mağdurun şahsında veya yaşı konusunda yanılması, Türk Ceza Kanunu'nun 30. maddenin 1. fıkrası hükmü gereğince kastı ortadan kaldıran bir hata hali ortaya çıkarabilir⁷⁸. Örneğin sarhoş olan fail karısıyla cinsel

götürüp alıkoymaktan ibaret eylemin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu değil TCK'nun 234/3. maddesinde tanımlanan "kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu rızasıyla da olsa ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutma" suçunu oluşturduğu, bu suçta şikayet hakkının kanuni temsilciye ait olduğu ve mağdurun yasal temsilcisinin sanıktan şikayetçi olduğu, bu suç münhasıran uzlaşmaya tabi olsa da uzlaşma kapsamında olmayan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile birlikte işlendiği için uzlaşmaya tabi olmaktan çıktığı ve sanığın bu suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği... (İstanbul BAM, 20. CD.'nin 17.12.2018 tarihli ve E. 2017/2868, K. 2018/2085 no'lu kararı, www.lexpera.com).

⁷⁸ *...sanıklar ...,'ın ifadelerinde mağdurenin kendilerine Üniversite 2. sınıf öğrencisi olarak tanıtıldığını savunmaları karşısında, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli karar hakkına ilişkin 25.03.2015 günlü, 2014/6419 başvuru numaralı kararı ve tüm dosya içeriği nazara alınarak, olayda 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin de uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı tartışılıp bu yöndeki savunmanın reddi nedenleri karar yerinde açıklandıktan sonra hükme varılması gerekirken, eksik gerekçe ile yazılı şekilde mahkûmiyet hükümleri kurulması suretiyle ... sayılı CMK'nın 230. maddesine muhalefet edilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 20.05.2019 tarihli ve E. 2019/2794, K. 2019/9847 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Mağdure beyanı, savunma ile tüm dosya kapsamı ve kabule göre; suç tarihine yakın bir zamanda kaldığı bakımevinden kaçan mağdurenin tanıştığı ve adını ... olarak bildiği kadından etkilenerek geçimini sağlamak için fuhuş yapmaya karar verdiği, bu nedenle olay gecesi saat 22:00 sularında yol kenarında beklediği sırada kullandığı arabayla seyir halinde olan sanığın yanında durup aracına aldığı mağdureyle yemek yedikten sonra ilişkiye girme konusunda anlaştığı ve araçta soydukları sırada devriye gezen polis ekibinin gelip camı tıklatması nedeniyle ilişkiye giremedikleri anlaşıldığından, mağdurenin, sanığa onsekiz yaşında olduğunu söylediğinin taraflarca ifade edilmesi, dosyaya getirilen doğum tutanağı ile Nazilli Devlet Hastanesine yazılan müzekkere cevaplarına göre resmi bir kurumda doğup doğmadığı dosya kapsamından anlaşılmayan mağdurenin kayden 15.06.1997 doğumlu olup nüfusa 01.02.2001 tarihinde tescil edilmesi ve mağdurenin olaydan yaklaşık iki ay sonra mahkemede görüntülü kayda alınan beyanında gözlemlenen fiziki özellikleri de nazara alındığında, öncelikle suç niteliğine etkisi nazara alınarak resmi bir kurumda doğup doğmadığının araştırılıp doğmadığının tespit edilmesi halinde yaş tespitine esas olacak şekilde kemik grafileri çekirilip tam teşekküllü bir hastaneden içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınması, duraksama halinde Adli Tıp Kurumundan görüş alınarak gerçek yaşının bilimsel olarak saptanmasından sonra suçun niteliği ile sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği ve mağdurenin onbeş yaşından küçük*

ilişkiye girdiğini zannedip 17 yaşındaki baldızıyla onun rızası dahilinde cinsel ilişki yaşar, baldızı da eylem sonrasında şikayetçi olmaya kalkar ise, burada fail artık esaslı hataya düştüğünden dolayı fiili cezalandırılmayacaktır. Aynı şekilde mağdurun faile sahte bir nüfus cüzdanı göstermesi üzerine failin mağduru 20 yaşında zannedip onunla cinsel ilişkiye girdiği bir durumda, failin düştüğü bu hata kastı kaldırıcı bir etkiye sahip olacağından, bu suç tipi oluşmayacaktır.

Fail 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış mağdurun kendisine karşı gerçekleştirilen eylemlerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığı biliyorsa, TCK 103. maddesinde düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacak; ancak failin aynı yaş grubundaki mağdurun bu zihinsel yetersizliğini bilmiyorsa, TCK 30/1 hükmü gereğince hata durumu ortaya çıkacak, failin fiili reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturabilecektir⁷⁹.

olduğunun tespiti halinde dahi sanık savunmaları, mağdure beyanı, sanık ile mağdurenin tanışma şartları, daha önceden birbirlerini tanımıyor olmaları, olay gecesini ilk defa karşılaşmaları, yaş konusunda aralarında geçen konuşmalar ile mağdurenin gözlemlenen fiziki ve bilişsel durumu da gözetilerek sanığın, mağdurenin yaşı hususunda kaçınılmaz bir hataya düşüp düşmediğinin değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması... (Yargıtay 14. CD.'nin 17.04.2017 tarihli ve E. 2014/7126, K. 2017/2093 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

⁷⁹ *Dosyada mevcut nüfus kayıt örneğine göre suç tarihinde onbeş-onsekiz yaş aralığında olan mağdurenin aşamalarda beyanlarında, olay günü rızasıyla ilişkiye girdiği sanıkları daha önce hiç görmediğini ve tanımadığını belirtmesi, sanıkların tüm savunmalarında mağdureyi daha önce tanımadıklarını ve ilk kez olay günü gördüklerini, mağdurenin normal bir kişi görünümünde olduğunu ve herhangi bir akıl hastalığı veya zeka geriliği bulunduğu dair gözlemlerinin olmadığını belirtmeleri, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 28.12.2012 tarihli raporda, mağdurenin kendisinde mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılabilir olmadığı, ancak yakın çevresinde yaşayanlarca ve kendisini tanıyanlarca anlaşılabilirliğinin mütalaa edilmesi ve tüm dosya kapsamına göre; sanıkların, mağdurenin kendisine karşı gerçekleştirilen eylemlerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığını bildiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği, buna göre sanıkların mağdureye yönelik gerçekleştirdikleri eylemin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı, söz konusu suçun kovuşturulmasının şikayete tabi olduğu ve mağdure ile annesi müşteki sanıklardan şikayetçi olmadıklarını ifade etmeleri hususu gözetilerek, sanıklar haklarında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan açılan kamu davalarının düşmesi...* (Yargıtay 14. CD.'nin 15.06.2017 tarihli ve E. 2017/985, K. 2017/3351 no'lu kararı, www.kazanci.com), *...akıl hastalığı veya zavıflığının hekim olmayanlarca veya tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı hususlarında açıklayıcı rapor alındıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 05.04.2016 tarihli ve E. 2016/2896, K. 2016/3319 no'lu kararı, www.kazanci.com)

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

Benzer şekilde kendi ülkesinde 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış bir kadınla rızaya dayalı cinsel ilişkiye girme eylemi cezalandırılmayan yabancı uyruklu bir kişinin Türkiye’de tatil yapan arkadaşlarının yaşadıkları cinsel deneyimlerden hareketle bu tarz bir eylemin haksızlık teşkil etmediğini düşünüp gerçekleştirmesi ve sonrasında arkadaşlarının durumundan farklı olarak hakkında şikayette bulunulması halinde, koşulları oluşmuşsa, Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 4. fıkrası uyarınca cezalandırılmayabilir. Aynı hukuki durum lisede bütün arkadaşlarının kendi aralarında cinsel ilişkiye girdiği bir ortamda bulunan 17 yaşındaki failin bunun bir haksızlık teşkil etmediğini düşünerek aynı yaştaki sınıf arkadaşıyla gerçekleştirdiği cinsel ilişkiler bakımından da geçerli olabilecektir.

Failin cinsel saiklerle, şehvet maksadıyla, cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket edip etmemesi bu suçun işlenmesi bakımından bir önemi haiz değildir⁸⁰. Failin bu suçtu karşı tarafa veya kendisine acı vermek, karşı tarafı küçük düşürmek maksadıyla işlenmesi mümkün olabileceği gibi tamamen duygusuz bir biçimde de gerçekleştirmesi mümkün olabilecektir. Bu bağlamda önemli olan cinsel birleşmenin gerçekleşmiş olması olup, bunun hangi saik veya amaçlarla gerçekleştirildiğinin bir önemi yoktur.

Bu suçun olası kastla işlenmesi mümkündür⁸¹. Örneğin failin mağdurun 17 yaşında olabileceğinden şüphelenmesine rağmen onunla rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi halinde, olası kastla bu suçtu işlemiş olacaktır. Ancak failin mağdurun evli olması sebebiyle onun 18 yaşını doldurmuş olduğunu düşünüyorsa, suçun maddi unsurunda esaslı bir hataya düştüğünden, Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 1. fıkrası uyarınca bu suçtu tipi oluşmayacaktır.

⁸⁰ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4180., Doğan, s. 140., (Beyazıt, s. 301)., Sevük, s. 177., Akdağ, s. 179. Öğretide *Kartal ise*, cinsel ilişkiyi *bir kimsenin cinsel organını bir başkasının vajına ya da anüsüne şehvi hislerle sokması olarak tanımlamıştır* (Kartal, s. 2089). Gerçekten de olayların birçoğunda yazarın tespit ettiği gibi suç teşkil eden hareket şehvi hislerle gerçekleştirilecek olsa da bu tarz bir hissin olmadığı cinsel birleşmeleri suç kalıbının dışına çıkarmak Türk Ceza Kanunu’nun nitelikli cinsel saldırı ve nitelikli cinsel istismar suçları bakımından kabul ettiği bakış açısıyla uyumlu değildir. Ayrıca kanunda özellikle zikredilmediği sürece ceza hukukunun failin saiki ve amacıyla ilgilenmesi doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

⁸¹ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4180., Doğan, s. 140-141., Tezcan/Erdem/Önok, s. 489., Aksakal, s. 265., Köksal, s. 708., Kantarcı, s. 120., Özen, s. 406. Öğretide *Taner ise* cinsel ilişkiye girme davranışının fail tarafından doğrudan istenmesi gerektiğinden bahisle bu suçun olası kastla işlenemeyeceği görüşündedir (Taner, s. 379). *Taner*’le aynı yönde Bknz. Kartal, s. 2089.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler arasında işlenmesi durumunda ise, failin mağdur ile arasında evlenme yasağını ortaya çıkaran akrabalık ilişkisini de bilmesi gerekeceğinden, failin uzun yıllar önce terk ettiği, bir daha da görüşmediği, aralarında evlenme yasağının olduğunu bilmediği 15 yaşını tamamlamış çocuğuyla cinsel ilişkiye girmesi suçun nitelikli hali üzerinden değil, şikayetin gerçekleşmiş olması şartıyla suçun basit hali üzerinden cezalandırılacaktır.

C) SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Kanaatimizce, bu suçta fail ile mağdur arasındaki “evlilik ilişkisi” bir hukuka uygunluk sebebi yaratabilir⁸². Zira bir evlilik birliği içinde “rıza dayalı cinsel ilişkiler” Türk Medeni Kanunu 185. maddesi uyarınca mutlu bir evlilik birliğin ve birlikte yaşamının doğal bir parçası olup, hakkın icrası hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilmelidir⁸³. Bu bağlamda, evlenmeyle rüşt olan karısının rızasıyla cinsel ilişkiye giren kocanın sonradan karısının şikayetiyle fail olması mümkün değildir. Ancak burada hakkın icrası hukuka uygunluk sebebinin imam nikahıyla veya imam nikahı olmaksızın fiilen birlikte yaşamaların söz konusu olduğu durumlarda veya nişanlılık gibi durumlarda geçerli olmayacağını ifade etmek gerekir⁸⁴.

D) SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ

Bu suçun nitelikli halleri, Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu nitelikli hallerin

⁸² Öğretide *Kartal* ise bu suç tipi bakımından herhangi bir hukuka uygunluk sebebi olmadığı görüşündedir (Kartal, s. 2090., Öğretide *Şare*, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tipikliği yaş üzerinden tanımlandığı için evlenmenin reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından (cinsel ilişkinin evlilik içinde veya evlilik dışında yaşanmasından bağımsız olarak) bir hukuka uygunluk sebebi yaratmayacağı, burada ancak Türk Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen hata hükümlerinin devreye girebileceği görüşündedir (Şare, s. 1017-1018).

⁸³ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4177-4179., Beyazıt, s. 302., Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 387., Köksal, s. 707. Öğretide *Akdağ*, hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninin tatbik koşullarından birinin hakkın doğrudan doğruya kullanılabilir olması olduğunu ifade ederek karşı tarafın rızasına dayalı bir hak kullanımı olamayacağından hareketle, bu suç tipi bakımından fail eşin hakkın icrası hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacağı, fail eşin mağdur eşin şikayeti üzerine cezalandırılabileceği görüşündedir (Akdağ, s. 172-173). Oysa kanaatimizce, evlilik birliği içinde “rıza dayalı cinsel ilişkiler” her iki taraf açısından da bir hak oluşturur, hakkın niteliği gereği “karşılıklı rıza” “hakkın doğumu” adına bir ön koşuldur. Bu yüzden de evlilik birliği içinde hukuken kendisine tanınmış olan hakkın kapsamında hareket etmiş olan eşin partneri konumunda olan diğer eşin sonradan değişen iradesine göre cezalandırılması mümkün değildir.

⁸⁴ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4179., Köksal, s. 707., Kantarcı, s. 124.

gerçekleştiği durumlarda, hem suçun takibinin resen yapılması söz konusu olacağından hem de suçun yaptırımı ağır bir biçimde artırılmış olduğundan artık bir “cinsel ilişkiden” ziyade bir “cinsel istismarın” varlığından bahsedilmesi daha doğru olacaktır. Bu bağlamda söz konusu nitelikli hallerde kanunda yer verilmesinin amacı fail ile mağdur arasındaki belirli ailevi statülerin ve ilişkilerin istismarının önlenmesi⁸⁵, bu hukuki ilişkilerin süjesi konumunda bulunan 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını tamamlamamış çocukların cinsel ilişkiye olan rızalarının önemsiz hale getirilmesi suretiyle, onlara bir dokunulmazlık alanı yaratmaktır⁸⁶. Hiç kuşkusuz söz konusu nitelikli haller, fail bakımından görünüşte özgü suç durumunun yaratılmasını sağlamıştır.

1) SUÇUN MAĞDUR İLE ARASINDA EVLENME YASAĞI BULUNAN KİŞİ TARAFINDAN İŞLENMESİ

Türk Medeni Kanunu'nun 129. maddesinde “kimler arasında evlenme yasağının bulunduğu” ifade edilmiş bulunmaktadır. Söz konusu maddeye göre, üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında⁸⁷; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında, kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında, evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme yasağı söz konusudur. İşte fail ile mağdur arasında

⁸⁵ Söz konusu nitelikli hallerin ailevi niteliği (yakın akrabalık-evlat edinme öncesi bakım ilişkisi-koruyucu aile ilişkisi) haiz olduğu, özellikle çocukların “ailevi temelli ilişkiler” sırasında daha kolay yönlendirilmeye açık olmaları sebebiyle, cinsel yönden istismarının engellenmeye çalışıldığı görülmektedir. Bu bağlamda kanun koyucunun bir amacı toplumun temel taşı olan aileyi korumak, diğer amacı da aile içinde yetişmekte olan çocuğun bedensel, ruhsal ve sosyal bakımından sağlıklı gelişimini sağlamak olduğu açıktır.

⁸⁶ Öğretide Akdağ, “çocuk üzerinde yönlendirme imkanı fazla olan diğer sülhelerin” de yapılacak olan yeni bir düzenlemeyle bu suç bakımından ortaya çıkan nitelikli haller kapsamına alınması gerektiği görüşündedir. Bu bakımdan yazar, aynı Türk Ceza Kanunu'nun 103/3-d hükmüne benzer bir düzenlemenin bu madde bakımından da yapılmasının yerinde olacağını ifade etmektedir (Akdağ, s. 184). Öğretide Şen de, yapılacak olan bir kanun değişikliğiyle 15 yaşını tamamlamış çocukla rızaya dayalı cinsel ilişki kuran kişinin çocuğun eğitimi veya öğretmeni olmasının bu suçun nitelikli halleri kapsamına dahil edilmesi gerektiği görüşündedir (Ersan Şen, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişkide Değişiklik Önerisi”, in **Yorumluyorum-XII**, Ankara, 2016, s. 276). Kanaatimizce de bu suçun nitelikli hallerinin sadece ailevi temelli ilişkiler üzerinden oluşturulması eksik olmuştur. Bu eksikliğin diğer cinsel suç tiplerindeki düzenlemelere paralel bir biçimde giderilmesinde fayda vardır.

⁸⁷ Burada evlenme yasağı ana bir veya baba bir veyahut da her ikisinin bir olduğu öz kardeşler arasındadır. Ortak bir kan bağına sahip olmadığı üvey kardeşler arasında evlenme yasağı yoktur.

bu evlenme yasağının söz konusu olduğu durumlarda, faille 15 yaşını doldurmuş, ayırt etme yeteneğini haiz çocuk arasında gerçekleşmiş olan rızaya dayalı cinsel ilişkiler hem resen kovuşturulacak hem de işlenen suçta daha fazla hapis cezası tatbik edilecektir. Böylece “mağdurun yaşıyla sınırlı”, “evlenme yasağı” üzerinden tanımlanmış bir “ensest ilişki yasağı”nın⁸⁸ kanun koyucu tarafından düzenlendiği ve bu yasağın ihlalinin ağır bir biçimde yaptırım altına alındığı görülmektedir⁸⁹. Burada yasağın kapsamı sınırlı tutulduğundan, bir kimsenin 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış kuzeniyle veya baldızıyla veya üvey kardeşi ile rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmesi Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinin 2. fıkrasındaki suçun nitelikli halini değil, mağdurun şikayeti üzerine suçun basit halini oluşturacaktır.

Burada bu hükmün sadece resmi evlenme neticesinde ortaya yakın akrabalık ilişkileri bakımından mı söz konusu olacağı yoksa gayri resmi birlikteler neticesinde kurulan yakın akrabalıklar bakımından da geçerli olup olmayacağı tartışılmaya değerdir. Kanaatimizce, üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında cinsel ilişkiler bakımından evlenmenin resmi olması veya gayri resmi birliktelik şeklinde olması bakımından bir fark mevcut değildir. Ancak kayın hısımlığı ancak resmi evlilikle kurulan bir akrabalık bağı olduğu için burada evliliğin resmi olarak mevcut olması şart görünmektedir. Bu bakımdan evlenmeden birlikte yaşadığı kişinin 15 yaşını doldurmuş çocuğu ile cinsel ilişkiye giren fail, resmi evlilik ilişkisi içinde olmadığından, Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinin ikinci fıkrasındaki suçu değil, Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinin birinci fıkrasındaki suçu işlemiş olacak, şikayetin gerçekleşmesi halinde de cezalandırılacaktır. Oysa aynı fail, resmi evlilik gerçekleştirdiği karısının başkasından olan 15 yaşını doldurmuş çocuğuyla karşılıklı rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmiş olsaydı, Türk Ceza Kanunu’nun 104.

⁸⁸ Öğretide *Genç/Coşkun*, enest ilişkinin hatalı olarak genellikle aralarında kan bağı bulunan, evlenmeleri kanunlarla engellenen akrabalar arası cinsel ilişki olarak tanımlandığı, oysa enest *evlenmeleri yasak olan reşit kişiler (rıza ehliyeti olan) arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki* olarak tanımlanmasının hukuken daha doğru olacağı görüşündedir. Yazarlara göre, enest suç olarak tanımlanması halinde, bu suç tipi “çok failli” bir suç niteliği arz edeceğinden tarafların her ikisi de fail olacak, taraflardan biri mağdur olarak karşımıza çıkmayacaktır (Şura Genç / Seçil Coşkun, “Enest”, **TBB Dergisi**, Yıl: 2013, Sayı: 106, s. 217).

⁸⁹ Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen bu hüküm, 5237 sayılı Kanun’un hazırlanma sürecinde Adalet Komisyonu’nun değişiklik teklifi ile gündeme gelmiş, ancak o dönem bu değişiklik teklifi kanunlaşmamıştı. O dönemde suçun cezası, 5 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştü.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

maddesinin 2. fıkrasındaki reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halini işlemiş olacak ve bu suçtan dolayı resen kovuşturulacaktır.

2) SUÇUN, EVLAT EDİNECEĞİ ÇOCUĞUN EVLAT EDİNME ÖNCESİ BAKIMINI ÜSTLENEN VEYA KORUYUCU AİLE İLİŞKİSİ ÇERÇEVESİNDE KORUMA, BAKIM VE GÖZETİM YÜKÜMLÜLÜĞÜ BULUNAN KİŞİ TARAFINDAN İŞLENMESİ

Burada iki farklı nitelikli hal düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, failin evlat edineceği çocuğun “evlat edinme öncesi bakımını üstlenen” kişi olmasıdır. İkinci nitelikli hal ise, failin “koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi” olmasıdır.

Burada faille mağdur arasında “evlat edinme öncesi bakım ilişkisi⁹⁰” veya “koruyucu aile ilişkisi⁹¹” olmalı, fail tahdidi olarak sayılan bu yakın

⁹⁰ Türk Medeni Kanunu’nun 305. maddesinin 1. fıkrasına göre, *bir küçüğün evlat edinilmesi, evlat edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması koşuluna bağlıdır.* Bu bağlamda bu nitelikli hal, ancak evlat edinecek olan kişinin evlat edinilecek olan 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış çocukla, bu çocuğun rızası dahilinde, bir yıllık deneme süresi içinde gerçekleştirdiği cinsel ilişkiler bakımından uygulama alanı bulacaktır. Öğretide *Taneri* ise bu fıkranın tatbik alanının 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’nda yer alan çocuğun bakımını üstlenecek kurumlar temel alınarak belirlenmesi gerektiği görüşündedir. Yazara göre, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun bu nitelikli halinin faili ancak çocuk yuvaları, yetiştirme yurtları, çocuk destek merkezleri gibi çocuklarla ilgili 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu’nda sayılmış olan kurumlarda çalışan, çocukların bakımı ve gözetimiyle yükümlü kılınmış olan kişilerdir (*Taneri*, s. 161-162). Oysa Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesinin 3. fıkrasında açıkça sadece “evlat edineceği çocuğun” evlat edinme öncesi bakımını üstlenen kişinin bu suçun nitelikli halinin faili olabileceğini düzenlemiştir. Yoksa bu nitelikli hal bakımından ortaya konan kriterin “çocukların devlet tarafından bakımlarının üstlenilmesi” üzerinden yorumlanması mümkün değildir. Kanaatimizce, bu görüş olması gereken hukuk bakımından yerinde olsa da, mevcut kanun hükmünün açık lafzı karşısında hükmün bu şekilde yorumlanması hiçbir biçimde mümkün değildir.

⁹¹ *Serdar* koruyucu aileyi; *mahkemece hakkında korunma kararı alınan çocuğun, sevgi, ilgi ve hoşgörü ile büyümesi ve fiziksel, duygusal, sosyal ve zihinsel olarak sağlıklı gelişip, topluma uyumlu, yararlı bireyler olarak yetiştirilmesini sağlamak amacıyla, geçici veya sürekli, ücretli veya gönüllü olarak aile ortamında bakımını gerçekleştirecek ve öz ana babanın yerini tutacak bir aile olarak tanımlamaktadır* (İlknur Serdar, “Koruyucu Aile”, **Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan**, İzmir, 2000, s. 468). Sosyal Hizmetler Kanunu’nun 23. maddesinde ve Koruyucu Aile Yönetmeliği’nde koruyucu aile statüsünün nasıl oluşacağı ayrıntılarıyla izah edilmiştir. Koruyucu Aile Yönetmeliği’nin 14. maddesinin 2. fıkrasına göre, *koruyucu aile sözleşmesi imzalanıncaya kadar çocuk ve ailenin birlikte zaman geçirmeleri, birbirlerini tanımaları ve alışmalarına uygun ortam sağlanması planlanır. Bu süreçte çocuk önce saatlik, daha sonra günlük, haftalık ve iki haftalık gibi sürelerle, çocuk ile koruyucu ailenin uyumuna göre toplamda iki ayı geçmeyecek şekilde* YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

ilişkilerden yararlanarak mağdurla rızaya dayalı bir cinsel birliktelik gerçekleştirmelidir. Bu sebeple kanunda tahdidi olarak sayılan ilişki biçimlerinden biri olmadıkça, bu suçun ancak basit halinin gerçekleşebileceği ifade edilmelidir⁹². Örneğin 16 yaşındaki bir kız çocuğu komşularına iki günlüğüne emaneten bırakıldığı bir süreçte komşu olan erkekle kız çocuğu arasında rızaya dayalı bir cinsel birliktelik gerçekleşirse, yukarıda zikrettiğimiz nitelikli hallerin burada uygulanması mümkün olmayacaktır.

Burada önemli olan husus, faille mağdur arasında “evlat edinme öncesi bakım ilişki” veya “koruyucu aile ilişkisi” şeklinde ortaya çıkan hukuki niteliği haiz, fail ile mağdurun aynı ortamda bulunmalarına hizmet eden yakın bağın fail tarafından kötüye kullanılmasını engellemek olup, bu hukuki statülerin ortaya çıkmasından bitmesine kadarki aşamada gerçekleşen tüm cinsel ilişkilerin bu suç tipi kapsamında kalacağı açıktır. Söz konusu fiilin çocuğun fiili bakımı sırasında gerçekleşmesi ise zorunlu olmayıp, söz konusu statülerin doğduğu andan sonraki herhangi bir zaman diliminde suç teşkil eden fiil işlenebilir. Bu bağlamda mağdurun gizlice Çocuk Esirgeme Kurumu’ndan kaçıp evlat edinme öncesi bakım ilişkisi içinde olduğu faille bir otel odasında cinsel ilişkiye girdiği durumlarda da bu suç tipi işlenmiş olacaktır. Hiç kuşkusuz bu statüler sona erdikten sonra gerçekleşen cinsel ilişkinin bu nitelikli hal kapsamında cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

koruyucu aileye izinli verilebilir. Süreçte olumlu kanaat oluşması, çocuğun ve ailenin de istemeleri halinde yerleştirme işlemi başlatılır. Kanaatimizce, çocuk ve koruyucu ailenin birbirine alışmasını sağlamak ve birleriyle iyi anlaşış anlaşmadıklarının kontrolü adına koruyucu aile sözleşmesi imzalanmadan önce gerçekleşen deneme aşamasında, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış çocukla koruyucu aile ferdi arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel ilişkiler de bu suçun nitelikli halini oluşturacaktır. Bu bağlamda, burada önemli olan koruyucu aile sözleşmesinin imzalandığı an değil, deneme süreci olsa bile çocukla koruyucu aile ilişkisinin fiilen başladığı, çocuğun faille emanet edildiği andır (Aynı yönde Bknz. Taner, s. 385).

⁹² Öğretide *Sevük*, haklı olarak, sadece faille mağdur arasında “evlat edinme öncesi bakım ilişki” veya “koruyucu aile ilişkisi” üzerinden nitelikli hallerin oluşturulmasının çocuğun sömürülmesinin engellemesi adına yetersiz kalacağı görüşündedir. Yazar özellikle Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinin 3. fıkrasının d bendindeki ve 105. maddesinin 2. fıkrasının b bendindeki düzenlemelerle uyumun sağlanması ve mağdur çocuk bakımından etkin bir koruma sağlanması adına Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinin 3. fıkrasının kapsamının genişletilmesi gerektiği görüşündedir (Sevük, s. 178., aynı yönde Bknz. Sarıgül, s. 742).

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

Koruyucu aile ilişkisinin Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin 4. maddesinin e bendine göre “geçici koruyucu aile modeli”⁹³ üzerinden veya aynı maddenin h bendine göre “koruyucu aile”⁹⁴ üzerinden şekillenmesi, bu bağlamda koruyucu aile ilişkisinin geçici veya sürekli olmasının nitelikli halin tatbiki bakımından hukuken bir önemi haiz değildir⁹⁵.

E) SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

Bu başlık altında, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından ortaya çıkan suçun özel görünüş biçimleri açıklanmaya çalışılacaktır.

1) TEŞEBBÜS

Bu suça teşebbüs mümkündür⁹⁶. Örneğin failin “cinsel organını mağdura sokmak üzere” olduğu bir anda odaya giren kişinin fiili engellemesi veya failin cinsel organını mağdura sokmaya çalışırken aniden boşalması halinde, bu suça teşebbüs edilmiş olacaktır. İcra hareketlerinin henüz başlamadığı durumlarda ise bu suça teşebbüs mümkün olmayacaktır⁹⁷. Bu bağlamda,

⁹³ Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin 4. maddenin e bendine göre, “geçici koruyucu aile modeli”, *acil koruma gereken ya da hakkında hizmet planı oluşturulmamış ve kuruluş bakımına yerleştirilmemiş ya da kendisi için planlanan hizmet modelinden çeşitli nedenlerle henüz yararlandırılmamış çocuklar için, temel ana, baba eğitimleri ve Koruyucu Aile Birinci ve İkinci Kademe Eğitimini almış profesyonel kişi ve ailelerin sağladığı birkaç gün ile en fazla bir ay arasında değişen bakımı* ifade eder.

⁹⁴ Koruyucu Aile Yönetmeliği'nin 4. maddesinin h bendine göre, “koruyucu aile”, *bu Yönetmelikte belirlenen esas ve usuller çerçevesinde korunmayı gerektiren duruma göre belirlenen sürede, il veya ilçe müdürlükleri denetiminde, ödeme karşılığı ya da karşılıksız olarak çocuğun bakımını ve yetiştirilmesini üstlenen, aile ortamında yaşamını sağlayan, tercihen (j), (k), (s) bentlerinde tanımlanan eğitimlerden en az birini almış ve (a), (e), (r), (s) bentlerinde tanımlanan modeller kapsamındaki aileyi veya kişiyi* ifade eder.

⁹⁵ Akkaya, s. 373.

⁹⁶ Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur: *Mağdurenin aşamalarındaki çelişkili anlatımlarına, savunmaya, doktor raporlarına, olay yeri krokisine, tanıklar A.D. ile O.P.'in beyanlarına ve dosya içeriğine göre, olay günü saat 15.00 sıralarında mağdurenin kendi isteğiyle meskun mahal içerisinde bulunan boş inşaata girerek daha önceden tanıdığı sanıkla bulunduğu, mağdurenin inşaata doğru gittiğini gören tanık A.D.'in bu durumu mağdurenin ağabeyi tanık O.'a haber verdiği, olay üstüne abanmış halde gördüğü ve tanığın müdahalesi üzerine sanığın kaçtığına ilişkin anlaşılması karşısında, tanık A.'in beyanı, olay yeri, zamanı ve gelişme tarzı dikkate alındığında eylemin zora dayandığına dair kanıt bulunmadığı, mağdureyle rızayla cinsi münasebette bulunmak isteyen sanığın, tanığın gelmesiyle tamamlanamayan filinin, reşit olmayan mağdure ile rızasıyla cinsi münasebette bulunmaya eksik teşebbüs suçunu oluşturduğu ve TCK'nın 416/son ve 61. maddelerine uyduğu gözetilmeden oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle, yazılı bir biçimde zorla ırza geçmeye teşebbüsten mahkumiyet kararı verilmesi.. (Yargıtay 5. CD.'nin E. 2002/1506 ve K. 2002/7136 no'lu kararı, aktaran Baytemir, s. 494).*

⁹⁷ Nitekim Yargıtay da bu görüşte olup icra hareketlerinin henüz başlamadığı durumlarda, bu suça teşebbüsün mümkün olmadığını kararlarında açıkça ortaya koymaktadır: *Sanık* YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

cinsel ilişkiye hazırlanmak adına yapılan öpme, sarılma, dokunma, sürtünme gibi hareketler, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından doğrudan doğruya icra hareketi niteliğini haiz olmadığından, hazırlık hareketi olarak nitelendirilecektir⁹⁸.

Bu suç tipi, organ veya sair bir cismin” “vücuda sokulması veya sokturulması” suretiyle gerçekleştiğinden, “organ veya sair bir cismin vücudun tamamına veya bir kısmına sokulması veya sokturulması” arasında hukuken bir fark yoktur, her iki durumda da reşit olmayanla cinsel ilişki suçu tamamlanmış olacaktır⁹⁹.

Failin iktidarsızlığı, icra hareketlerine başlanmış olmak şartıyla, fiilin teşebbüs halinde kalmasına sebebiyet verecektir¹⁰⁰.

Nasıl ki failin şehvet maksadıyla, cinsel arzularını tatmin amacıyla hareket edip etmemesi bu suçun işlenmesi bakımından bir önemi haiz değil ise aynı şekilde failin veya mağdurun cinsel arzularının tatmininin sağlanmış olup olmaması da suçun tamamlanması bakımından bir öneme haiz olmayacaktır¹⁰¹.

Bu suçta gönüllü vazgeçme kurumunun uygulanması da mümkündür. Örneğin failin cinsel organını mağdurun anüsüne sokma girişimi sırasında, mağdurun acıdığını belirtmesi üzerine, hareketlerine devam etme imkan ve

hakkında konut dokunulmazlığının ihlali ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarından kurulan hükümlerin temyiz incelemesine gelince; Mağdurenin aşamalarda çelişkili anlatımları, savunma, tanık beyanı ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, olay günü abisinin evinde oturmakta olan on sekiz yaşından küçük mağdurenin yanına gelen sanığın, evlerine gelen resmi yazıyı okuması için annesinin kendisini gönderdiğini söylediği mağdureyle birlikte onun evine girmesinin ardından cebir, tehdit veya hile olmaksızın cinsel ilişkiye girmek için mağdurenin altını soyduktan sonra eve gelen tanık ...'nin durumu görüp tepki göstererek dışarı çıkması üzerine cinsel ilişkiye girmeksizin evden ayrıldığı ve mevcut haliyle olayda atılı suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı anlaşıldığından, beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 05.02.2020 tarihli ve E. 2019/314, K. 2020/852 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>), ...sanık ile mağdurenin araç içerisinde buldukları tanık beyanlarından anlaşılan durumları ve üzerlerinin giyinik bulunması nedeniyle, sanığın mağdurun rızasıyla cinsel ilişkiye girmeye teşebbüs ettiğinin de kesin olarak kanıtlanmadığı, sanığın cinsel organını mağdurenin vücuduna dahil ettirmeksizin yalnızca onu öpmesi veya vücudunu okşamasının da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 22.01.2013 tarihli ve E. 2011/7863, K. 2013/320 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

⁹⁸ Kanbur, s. 4182., Beyazıt, s. 302.

⁹⁹ Aynı yönde Bknz. Taneri, s. 168., Özen, s. 410.

¹⁰⁰ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4182., Beyazıt, s. 303.

¹⁰¹ Kanbur, s. 4181., Koca/Üzülmez, s. 379., Özen, s. 410.

iktidarını haiz olan failin hareketini yarıda kesmesi durumunda fail hukuken gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanacaktır. TCK 36 uyarınca gönüllü vazgeçmenin olduğu durumlarda, reşit olmayanla cinsel ilişkiye teşebbüsten dolayı cezalandırma yapılamayacak, o ana kadar yapılan eylemler (öpme, sarılma, sürtünme gibi) de bu suç bakımından hazırlık hareketi olarak nitelendirileceği için bu eylemlerle ilgili de ceza verilmesi mümkün olmayacaktır¹⁰². Gönüllü vazgeçmenin sadece teşebbüs aşamasında kalan fiil bakımından bir cezasızlık durumu yarattığı, tamamlanmış olan fiilden dolayı cezalandırmayı engellemediği unutulmamalıdır. Örneğin failin 17 yaşında evli olduğunu bildiği bir kadının kocasıyla birlikte yaşadığı evine gidip tam bu kadın ile cinsel ilişkiye girmek üzere iken kadının kocası olan yakın arkadaşının resmini yatak odasında gördüğü için hareketlerini devam ettirmediği bir durumda, şayet kadının şikayeti gerçekleşirse fail gönüllü vazgeçme hükümleri gereğince teşebbüs halinde kalan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılmayacak, ancak kocanın şikayeti üzerine tamamlanmış olan konut dokunulmazlığını ihlal suçundan cezalandırılabilmesi mümkün olabilecektir.

2) İŞTİRAK

Bu suçta iştirakin her hali mümkündür¹⁰³. Örneğin iki kişinin birden 15 yaşını tamamlamış 18 yaşını doldurmamış bir kızla “aynı anda” cinsel

¹⁰² *Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre, mağdureyle cinsel ilişkiye girmek isteyen sanığın, mağdurenin acı duyduğunu söylemesi ve istememesi üzerine ilişkiden gönüllü olarak vazgeçtiğinin anlaşılması karşısında, sevişme şeklindeki cinsel ilişki içermeyen, cinsel nitelikteki eylemlerin mağdurenin yaşı ve rızası dikkate alındığında suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 11.03.2013 tarihli ve E. 2011/9207, K. 2013/2448 no’lu kararı, www.kazanci.com). Kanaatimizce, burada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus vardır. Şayet fail cinsel organını mağdura sokmaya çalışmış, ancak bunu gerçekleştirmek için çabalarken mağdurun acı duyduğu söylemesi ve istememesi üzerine eylemine devam edebilecek durumdayken eylemine son vermişse, burada bir gönüllü vazgeçme vardır. Ancak bu suç hareket bakımından mütemadi niteliği haiz olmayıp ani karakterli bir yapıya sahip olduğundan, failin cinsel organının mağdurun vücuduna kısmen veya tamamen sokulmasıyla da suç tamamlanacağından, failin cinsel organın mağdurun vücuduna kısmen girdiği ve mağdurun acı duyduğunu söylemesi ve istememesi üzerine failin eylemine son verdiği bir durumda, artık reşit olmayanla cinsel ilişki suçu tamamlandığı için burada gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbiki mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda bu suçta özgü özel bir etkin pişmanlık hali de düzenlenmediği için mağdurun şikayeti üzerine failin reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılması mümkün görünmektedir. Bu sebeple somut olayın koşulları içinde failin cinsel organının mağdurun vücuduna vajinal, anal veya oral yoldan kısmen dahi olsa girip girmediği gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı adına önemlidir.

¹⁰³ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4184., Aydın, s. 109.

ilişkiye girmesi halinde müşterek faillik söz konusu olabilecektir¹⁰⁴. Hiç kuşkusuz 15 yaşını tamamlamış bir çocuğun rızasıyla bir kişiyle cinsel ilişki girdikten hemen sonra başka bir kişiyle daha cinsel ilişkiye girmesi ve bu kişiler hakkında sonradan şikayetçi olması halinde, ortada aynı mağdura karşı farklı kişilerce farklı zamanlarda işlenmiş iki ayrı reşit olmayanla cinsel ilişki suçu söz konusu olacaktır¹⁰⁵. Burada artık müşterek faillikten değil, müstakil faillikten söz etmek gerekeceği açıktır. Bu durum özellikle suçun soruşturulması bakımından önem arz edebilir, zira müşterek failliğin söz konusu olduğu durumlarda şikayetin bölünmezliği kuralı gereğince hareket edilecekken, müstakil faillik durumunda bir iştirak ilişki olmadığından ve her bir fiil ayrı ayrı bağımsızlığını koruduğundan dolayı artık mağdur istediği faili şikayet edebilecek istediği faili şikayet etmeyebilecektir.

Failin annesinin söylem ve yoğun ısrarları üzerine aklında hiç yokken, 15 yaşını tamamlamış kız çocuğunun rızası dahilinde cinsel birliktelik yaşaması halinde, mağdurun şikayeti üzerine failinin annesinin “azmettiren” olarak ortaya çıkması mümkün görünmektedir.

Burada önemli olan bir diğer husus, yardım etme niteliğindeki bazı iştirak hareketlerinin hem fail üzerinden hem de mağdur üzerinden icra

¹⁰⁴ Kanaatimizce, müşterek faillik durumu faillerin suçun icrasına yaptıkları katkının somut olay özelinde arz ettiği önem ve zaruret göz önünde bulundurularak yapılacak bir değerlendirme ile ortaya çıkacağından, burada müşterek faillerin aynı anda mağdurla cinsel birleşme yaşamaları da zorunlu değildir. Örneğin failin 15 yaşını tamamlamış 18 yaşını tamamlamamış kız arkadaşını yakın bir arkadaşıyla cinsel ilişkiye girmeye ikna etmesi, bu ilişki için uygun bir ev ortamını hazırlaması ve kız arkadaşını bu ilişkiye hazırlamak için öpme, dokunma tarzındaki ön sevişme hareketlerini gerçekleştirip cinsel ilişki sırasında da mağdur üzerinde aktif olarak aynı hareketleri devam ettirmesi halinde, fiil üzerinde hakimiyet kurmuş olan bu kişinin müşterek fail olarak kabul edilmesi gerekecektir. Aynı şekilde grup seks ortamında 15 yaşını tamamlamış çocukla ilişkiye girecek olan adamın penisini bu ilişki için oral seksle hazırlayan ve cinsel ilişki devam ederken de ara ara oral seks yaparak ilişkinin sürekliliğini temin eden kadın da şikayet üzerine müşterek fail olarak cezalandırılmalıdır. Cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının “birden fazla kişi tarafından birlikte” işlenmesinin kanun koyucu tarafından mümkün görüldüğü ve ayrıca daha ağır şekilde cezalandırıldığı bir ortamda, cinsel ilişki suçu bakımından müşterek failliğin olmayacağını savunmak da kanaatimizce tutarlı bir görüş değildir. Öğretide bazı yazarlar ise bu suçun bizzat işlenebilen suç olması sebebiyle birlikte faillik durumunun ortaya çıkmayacağı görüşündedir (Tezcan/Erdem/Önok, s. 491., Beyazıt, s. 303., Aksakal, s. 269., Köksal, s. 711., Taner, s. 387., Kantarcı, s. 131). Öğretide Özen, bu suçta müşterek failliğin mümkün olduğu görüşündedir (Özen, s. 410). Öğretide bazı yazarlar ise, bu suçta müşterek failliğin teorik olarak mümkün olduğu; ancak uygulamada ortaya çıkmasının zor olduğu görüşündedir (Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 388).

¹⁰⁵ Tezcan/ Erdem/Önok, s. 491.

edilebilir olmasıdır. Örneğin yardım eden, 15 yaşını doldurmuş olan çocuk mağdurla cinsel ilişkiye girmeyi düşünen ama bu konuda tereddüt yaşayan faili mağdurla cinsel ilişkiye girmeye cesaretlendirmiş olabileceği gibi mağduru da faille cinsel ilişkiye girmeye ikna etmiş olabilir¹⁰⁶. Aynı şekilde yardım eden, faile cinsel ilişki sırasında kullanılmak üzere kayganlaştırıcı, prezervatif gibi ürünleri temin ederek “fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamış” olabileceği gibi aynı malzemeleri mağdura vererek de söz konusu fiile aynı şekilde iştirak etmiş olabilir. Benzer şekilde yardım eden, failin istemi üzerine cinsel ilişkiye girilecek olan evi temin etmiş olabileceği gibi mağdurun ricası üzerine de evini cinsel ilişki için tahsis ederek “suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmış olabilir¹⁰⁷. Hangi durum gerçekleşmiş olursa olsun mağdurun şikayeti üzerine, failin eylemine yardım eden olarak iştirak eden kişinin de faille birlikte cezalandırılacağı açıktır. Burada failin şerikin hareketlerinden haberdar olup olmaması ve birlikte suç işleme kararı içinde hareket edip etmemeleri, şerikin cezalandırılması bakımından önemsizdir. Özellikle kırsal kesimde, 15 yaşını tamamlamış çocuklar arasında ailelerin izni, onayı veya fiili katkılarıyla, örneğin başlık parası verilmesi, yer temin edilmesi, fail ile mağdurun aynı odada yatmalarına ses çıkarılmaması gibi hareketlerle, gerçekleşen gayri resmi, evlilik dışı cinsel ilişkiler söz konusu olduğunda, somut olayın koşullarına göre failin veya mağdurun anne veya babasının yardım eden olarak sorumlu olacağı da açıktır¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Yardım eden bakımından, failin cesaretlendirilmesi hukuken “suç işlemeye teşvik etme” olarak nitelendirilebilecek iken, mağdurun ikna edilmesi hukuken “suçun işlenmesinden önce yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırma” olarak nitelendirilecektir.

¹⁰⁷ *Dosya içeriğine göre, suç tarihlerinde onyediyedi yaşında olan mağdurenin evden kaçıp rızasıyla sanıklar ..., ... ile’in bulunduğu eve gelip burada ...’le rızasıyla cinsel ilişkiye girdikten sonra’le birlikte sanık ...’in evine gidip burada kaldığı 15-20 günlük süre zarfında yine rızasıyla....’le birçok kez cinsel ilişkiye girdiği anlaşıldığından, ...’in reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu zincirleme suç hükümleri kapsamında işlemesi nedeniyle TCK’nın 43. maddesi uyarınca cezasında artırım yapılmaması ve sanık ...’in evini sağlamak suretiyle sanık ...’in işlediği reşit olmayanla cinsel ilişki eylemine yardım eden sıfatıyla iştirak etmesi nedeniyle TCK’nın 104/1, 39, 43. maddeleri ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan ise aynı Kanununun 234/3. maddesi uyarınca mahkûmiyeti yerine beraatine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 02.06.2015 tarihli ve E. 2013/7385, K. 2015/6774 no’lu kararı,

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

¹⁰⁸ (Suça sürüklenen çocuk) K...’in anne ve babası olan sanıklar M... ve M...’in başlık parası karşılığında Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesinin 21.12.2012 tarihli raporuna göre suç tarihi itibarıyla onaltı yaşında bulunan mağdureyi K... ile gayri resmi olarak evlendirip kendi evlerinde kalmalarına müsaade ettikleri ve bu sürede K... ile mağdurenin YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

15 yaşını doldurmuş çocuk, faili kendisiyle cinsel ilişkiye girmeye azmettirmiş, suç işleme kararını kuvvetlendirmiş, onun cinsel ilişki sırasında kullanacağı temin etmiş olabilir, bu suça yapılan bu tür katkılardan hiçbirinin hukuken bir önemi yoktur. Zira burada suç teşkil eden fiil yukarıda da ifade edildiği üzere mağdur üzerinden tanımlanmıştır ve bu tanımlamanın ortaya koyduğu ceza siyasetinin bir gereği olarak, bir kişinin aynı fiil sebebiyle hem fail hem mağdur olması mümkün olmayacağından, mağdurun suça yaptığı katkıların hukuken bir önemi yoktur.

Bir çocuğu fuhşa teşvik eden, bunun yolunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişinin hareketleri aynı zamanda reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından “yardım etme” olarak nitelendirilebilir. Ancak böyle durumlarda “failliğin şerikliği göre önceliği kuralı” gereği zikredilen hareketleri yapan kimsenin Türk Ceza Kanunu’nun 227. maddesinin 1. fıkrası gereğince fuhuş suçundan cezalandırılması gerekmektedir¹⁰⁹. Uygulamada her ne kadar Yargıtay’ın fikri içtima hükümlerine başvurarak aynı sonuca ulaştığı görülse de¹¹⁰, fikri içtima ilişkisi ancak görünüşte içtimanın söz konusu olmayacağı

bir kaç kez rızaen cinsel ilişkiye girdikleri dosya kapsamında anlaşıldığından, yardım eden sıfatıyla sanıklar M... ile M...’in TCK’nın 104/1, 43/1 ve 39. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları yerine dosya içeriğine uygun düşmeyecek şekilde beraatlerine karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.’nin 12.11.2015 tarihli ve E. 2015/4290, K. 2015/10517 no’lu kararı, www.lexpera.com). Ayrıca Bknz. Taneri, s. 168., Baytemir, s. 498.

¹⁰⁹ Kantarcı, s. 134.

¹¹⁰ *Sanık ...’in mağdureyle altı ay birlikte kalmasına rağmen mağduredeki akıl zayıflığını bilmediğini savunması, mağdurenin de bu doğrultuda beyanda bulunması karşısında, bu hususlar da hatırlatılmak suretiyle Adli Tıp Kurumundan yeniden rapor alınıp sanığın mağduredeki akıl zayıflığını anlayıp anlayamayacağı hususunda görüş alınması, sanığın zeka geriliğini anlayabilecek durumda olduğu bildirildiği takdirde TCK’nın 103/1-a. maddesi kapsamında kalan mağdurenin fuhuş yapması için aracılık yaptığı dosya kapsamında anlaşıldığından, eyleminin hem çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu, hem de fuhuş suçunu oluşturduğu gözetilerek 5237 Sayılı TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca bu suçların en ağırı olan çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan dolayı TCK’nın 103/2. maddesi gereğince hüküm kurulması gerektiği, aksi takdirde onbeş yaşından büyük olan mağdureyi fuhuş maksatlı sanık ...’a temin edip cinsel ilişkiye girmesini sağlayan sanığın eylemlerinin fuhuş ile TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarını oluşturduğu ve soruşturma evresinde sanık hakkında şikayette bulunulmadığı dikkate alınarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan görülen kamu davasıyla ilgili düşme kararı verilip, fuhuş suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması, ayrıca onbeş yaşından büyük mağdurenin rızaen alıkonulması eylemi de suç teşkil etmediğinden kişiyi hürriyetinden yoksun kilma suçundan beraat kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...* (Yargıtay 14. CD.’nin 04.10.2016 tarihli ve E. 2016/4930, K. 2016/6794 no’lu kararı, www.kazanci.com).

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

durumlarda tatbik edileceği unutulmamalıdır. Burada fuhşa sürüklenmiş bir çocukla çocuğun rıza kapsamında birlikte olan kişinin ise sadece reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacağı, bu kişinin fuhuş suçundan suçun tipikliğinin gerçekleşmemesi sebebiyle herhangi bir ceza almayacağı açıktır¹¹¹.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halleri bakımından özgü bir suç tipi söz konusu olacağından, Türk Ceza Kanunu'nun 40. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, özel faillik niteliğini taşımayan kişiler ancak azmettiren veya yardım eden olarak suça iştirak edebileceklerdir¹¹². Örneğin kız arkadaşını abisiyle cinsel ilişkiye girmesi için ikna eden, bu ilişki için uygun bir ev ortamını hazırlayan ve kız arkadaşını bu ilişkiye hazırlamak için öpme, dokunma tarzındaki ön sevişme hareketlerini gerçekleştirip cinsel ilişki sırasında da mağdur üzerinde aktif olarak aynı hareketleri devam ettiren kişi, gerçekleştirdiği hareketlerle her ne kadar suç tipi üzerinde hakimiyet kurmuş olsa da, Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin 2. fıkrasındaki suça müşterek fail olarak değil; ancak yardım eden olarak iştirak etmiş olacaktır. Ancak burada ilginç olan bir durumu ortaya koymakta fayda vardır. Şayet kız arkadaşının abisiyle cinsel ilişkiye girmesi için etkin hareketlerde bulunan kişi, bu hareketlerin yanında o da kızın abisiyle birlikte aynı anda kız arkadaşıyla cinsel ilişki de yaşarsa, artık burada failliğin şerikliğe önceliği kuralı gereği reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli haline iştiraktan değil, mağdurun şikayeti üzerine reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun basit halinden cezalandırma yapılacaktır. Burada mağdurun şikayetçi olmadığı durumlarda ise söz konusu failin suçun nitelikli haline yardımdan cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

3) İÇTİMA

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkün görmektedir. Bu bağlamda fail aynı suç işleme kararının icrası kapsamında 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte 18 yaşını tamamlamamış bir mağdurla farklı zamanlarda¹¹³ cinsel ilişki gerçekleştirmiş olursa, TCK

¹¹¹ Kantarcı, s. 133-134.

¹¹² Taneri, s. 168-169.

¹¹³ *Baytemir teselsüle esas teşkil eden her eylemin müstakil suç özelliğini kaybetmediği hususu nazara alındığında her bir suç yönünden şikayet süresinin geçip geçmediğinin ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini* haklı olarak ifade etmiştir (Baytemir, s. 495). Bu bağlamda müteselsil suç hükümlerinin tatbiki için bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanlarda ortaya çıkan eylemlerin muhakkak "6 aylık şikayet süresi
YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

43/1 uyarınca hareket edilmesi gerekecektir¹¹⁴. Burada önemli olan failin aynı suç işleme kararı icrası kapsamında hareket edip etmediği olup, cinsel ilişki şekillerinin değişmesi, yani önceleri vajinal yolla yapılan cinsel ilişkinin sonraları anal yolla yapılan cinsel ilişkiye dönüşmesi, farklı suç işleme kararları olarak değerlendirilemez. Ayrıca aynı suç işleme kararının icrasının fail bakımından yapılacak olan bir değerlendirme olacağı açıktır, mağdur bakımından ilk cinsel ilişki sonrasındaki ilişkilerin yenilenmiş bir kararlar ile icra edilmiş olup olmaması önem arz etmeyecektir. Şayet fail farklı mağdurlara karşı bu suçu işlerse gerçek içtima hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Bu bağlamda aynı anda birden fazla 15 yaşını tamamlamış çocukla rızaları dahilinde grup yaparak cinsel ilişkiye giren fail de ilişkiye girdiği çocuk sayısınca bu suçu işlemiş olacaktır. Hiç kuşkusuz aynı mağdura karşı kastın yenilendiğinin tespit edildiği durumlarda da, artık zincirleme suç

içinde” gerçekleşmesi gerekli olup, şayet bazı eylemler bakımından 6 aylık şikayet süresi geçmişse, bu eylemlerin artık müteselsil suç hükümleri bakımından teselsülü oluşturan suç olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

¹¹⁴ Nitekim Yargıtay da bu suçta zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı görüşündedir: *Sanığın mağdure ile birden fazla cinsel ilişkiye girdiğinin anlaşılması karşısında hakkında TCK'nın 43. maddesinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi...* (Yargıtay 14. CD.'nin 05.04.2016 tarihli ve E. 2016/2896, K. 2016/3319 no'lu kararı, www.kazanci.com). *Suç tarihinden önce tanışıp arkadaş olduğu onaltı yaşındaki mağdure ile 04.02.2011 günü dışarıda buluşan sanığın, babasının evine götürüp birlikte yaşamaya başladığı mağdure ile bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik tarihlerde yaşı itibarıyla hukuken geçerli rızasına istinaden birden ziyade cinsel ilişkiye girdiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, hakkında 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesiyle belirlenen temel cezanın koşulları olduğu halde zincirleme suçta dair aynı Kanununun 43/1. maddesiyle artırılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması suretiyle eksik ceza tayini...* (Yargıtay 14. CD.'nin 14.06.2017 tarihli ve E. 2014/8362, K. 2017/3308 no'lu kararı, www.kazanci.com)., *...sanığın, reşit olmayan mağdure ile ikiden fazla cinsel ilişkide bulunduğu hususunda delil bulunmadığının anlaşılması karşısında, eylemin sayısı dikkate alınarak TCK'nın 43. maddesiyle cezada artırım yapılırken aynı Kanununun 3. maddesindeki orantılılık ilkesi ile uygun düşmeyecek şekilde gerekçe gösterilmeden üst sınırdan artırım yapılması neticesinde fazla ceza tayini...* (Yargıtay 14. CD.'nin 27.02.2018 tarihli ve E. 2017/7772, K. 2018/1358 no'lu kararı, www.kazanci.com). Bölge Adliye Mahkemeleri de Yargıtay'ın içtihatları doğrultusunda karar vermektedir: *Sanığın eyleminin TCK'nın 104/1 maddesinde belirtilen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu ve bunun birden fazla kez gerçekleşmesi nedeniyle hakkında TCK'nın 43 maddesinde belirtilen zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğine kanaat edilerek, ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılarak belirtilen maddeler doğrultusunda sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerektiğine kanaat edilmiş...* (İzmir BAM, 15. CD.'nin 03.04.2019 tarihli ve E. 2017/2865 K. 2019/519 no'lu kararı, www.lexpera.com).

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

hükümleri yerine gerçek içtima hükümleri tatbik edilecektir¹¹⁵. Çok yakın zaman aralıkları içinde, örneğin 5 dakika ara ile, aynı fail ve mağdurun gerçekleştirdiği birden fazla cinsel ilişki ise, değişik zamanlarda gerçekleştirilmiş olarak değerlendirilemeyeceğinden, müteselsil suç hükümleri uygulanmayacak, sadece tek bir cinsel ilişkiye girilmiş gibi sayılarak şikayet halinde, fail hakkında tek bir suçtan hüküm kurulacaktır¹¹⁶. Aynı şekilde kanunda “cinsel ilişkide bulunma” hareketi suç olarak tanımlandığı için “cinsel ilişki sırasında” failin mağdurun farklı vücut boşlukları (vajinal-anal-oral) üzerinden gerçekleştirdiği sokma hareketleri de tek bir fiil olarak nitelendirilecek ve fail hakkında şikayet gerçekleşir ise müteselsil suç hükümleri uygulanmayıp sadece reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm kurulacaktır¹¹⁷. İstisnai olarak ortaya çıksa da suçun basit haliyle nitelikli hallerinin aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda birden fazla işlenmiş olması mümkün olabilecektir. Türk Ceza Kanunu’nun 43. maddesinin 1. fıkrasında “bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır” hükmüne yer verilmiş olduğundan, bu gibi durumlarda müteselsil

¹¹⁵ *Oluş ve kabule göre; aralarında duygusal yakınlık bulunan mağdure ile sanığın, 2009 yılı Mart ayı ve 2010 yılı Ocak ayı içerisinde iki kez rızaen cinsel ilişkiye girdiklerinin ve her iki eylem arasındaki süre ve eylemlerin oluş şekli nazara alındığında, sanığın suç kastının yenilendiği ve eylemlerin ayrı ayrı suç oluşturduğunun anlaşılması karşısında, sanığın 2009 yılı Mart ayında gerçekleştirdiği eyleme ilişkin şikâyetin TCK.nun 73. maddesinde düzenlenen 6 aylık süreden sonra yapıldığı gözetilerek kamu davasının düşürülmesine, 2010 yılı Ocak ayı içerisinde gerçekleştirdiği eylemine ilişkin olarak 5237 sayılı TCK.nun 104/1. maddesi uyarınca mahkûmiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden “Mağdurenin rızasının eylemi suç olmaktan çıkardığı” şeklinde hukuka uygun düşmeyen gerekçeyle yazılı şekilde karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.’nin 10.11.2014 tarihli ve E. 2013/2402, K. 2014/12359 no’lu kararı, www.kazanci.com).*

¹¹⁶ Burada hareketlerin doğal anlamda teklîğinden bahsedilmesi gerekecektir. Öğretide Köksal da bir gecelik süre içinde yaşanan birden fazla cinsel ilişkinin cinsel tatmin sayısından bağımsız olarak fiilin bütünselliği gereği tek bir suç oluşturacağı görüşündedir (Köksal, s. 712). Burada aynı suç işleme kararının icrası kapsamında “yakın zaman aralıkları” içinde olmak şartıyla bu görüşe katılmak mümkün görünmektedir. Örneğin bütün geceyi yatak da geçiren ve birden fazla cinsel ilişki yaşayan fail ve mağdur bakımından eylemin teklîği hususunda bir şüphe yokken, eve gittiklerinde cinsel ilişkiye giren sonra yemek yiyen ardından film izleyen gecenin ilerleyen saatlerinde tekrardan cinsel ilişki yaşayan fail ve mağdur bakımından eylemin teklîğinden bahsedilemeyecek, müteselsil suç hükümleri yönünden bir değerlendirilme bulunmak gerekecektir. Bu bağlamda, gece gerçekleşen birden fazla cinsel ilişki bakımından bunların hepsinin tek bir suç olacağını ifade etmek doğru bir yaklaşım değildir, somut olayın koşulları içinde değerlendirme yapılması gerekmektedir.

¹¹⁷ Aynı yönde Bknz. Aydın, s. 109.

suç hükümlerinin uygulanmasında herhangi bir sorun mevcut değildir. Örneğin 15 yaşına tamamlamış çocukla bir defa cinsel ilişkiye giren failin daha sonra bu çocuğu evlat edinmesi ve aynı suç işleme kararının icrası kapsamında rızaya dayalı olarak bir defa daha cinsel ilişkiye girmesi halinde, söz konusu failin Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin 2. fıkrasını müteselsil bir biçimde işlemiş olacağı açıktır.

Burada zikredilmesi gereken bir diğer husus ise, bu suçun basit hali şikayet tabi olduğundan, suçun basit hali bakımından müteselsil suç hükümlerinin tatbiki adına şikayete tabi her bir fiille ilgili şikayet şartı gerçekleşmiş olmalı veya gerçekleşmiş olan şikayet geri alınmamış olmalıdır¹¹⁸.

¹¹⁸ Baytemir de teselsüle esas teşkil eden her eylemin müstakil suç özelliğini kaybetmediği hususu nazara alındığında her bir suç yönünden şikayet süresinin geçip geçmediğinin ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini haklı olarak ifade etmiştir (Baytemir, s. 495). Bu bağlamda müteselsil suç hükümlerinin tatbiki için bir suç işleme kararının icrası kapsamında farklı zamanlarda ortaya çıkan eylemlerin muhakkak “6 aylık şikayet süresi içinde” gerçekleşmesi gerekli olup, şayet bazı eylemler bakımından 6 aylık şikayet süresi geçmişse, bu eylemlerin artık müteselsil suç hükümleri bakımından teselsülü oluşturan suç olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır. Söz konusu durum Yargıtay kararlarında da ifade edilmektedir: *Mağdurenin soruşturma evresinde verdiği savcılık ifadesinde 31.12.2006 tarihinde arkadaşı olan sanık ...'ın evine gittikten sonra sanığın zorla vajinal yoldan ilişkiye girmesi sonucunda kızlığının bozulduğunu beyan etmesine karşılık anatomikman bakire olduğuna dair alınan doktor raporu sonrası verdiği mahkeme ifadesinde, olay günü regl olması sebebiyle kızlığının bozulduğunu zannettiğini bildirmesi, bu olayla ilgili olarak ailesine bilgi vermeyip resmî şikâyetle bulunmaması, yine 03.04.2008 tarihinde ...'la birlikte gittiği sanık ...'ın evinde ...'ın ikram ettiği meyve suyunu içmesinin ardından hareketsiz hale geldiğini iddia etmesine karşılık kendisiyle zorla ilişkiye giren ...'a ve bu sırada kollarını tutan ...'a itme ve sanıkları konuşup şakalaşırken gördüğünü ve anormal bir durumu görünmeyen mağdurenin sanıklarla evden ayrıldığını beyan etmesi karşısında, toplanan deliller ışığında dosya incelendiğinde mağdurenin sanıklara yönelik zora ilişkin beyanlarının temelsiz olup sanıklar ile aynı okulda okuyan mağdurenin duygusal birliktelik yaşadığı sanık ... ile 31.12.2006 tarihinde ...'ın evinde cebir, tehdit veya hile olmaksızın cinsel ilişkiye girmesinin ardından yaşanan bazı hadiseler nedeniyle ...'ın kendisini terk etmesinden sonra 2008 yılı nisan ayında bilgisayarda ...'la tekrar görüşmeye başladığı ve kısa bir süre sonra ...'la buluşup diğer sanık ...'ın evine gittiği, burada mağdurenin cebir, tehdit veya hile olmaksızın sanıklarla cinsel ilişkiye girmesini müteakip okulda çıkan dedikodular üzerine vekili kanalıyla şikâyetçi olduğu tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanıkların eylemlerinin TCK.nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu ve sanık ...'ın ilk eyleminin 31.12.2006 tarihinde gerçekleşmesini müteakip 6 aylık kanuni şikâyet süresi geçtikten sonra 2008 yılı içerisinde şikâyetle bulunulması nedeniyle ilk eylemle ilgili olarak takibat şartı gerçekleşmediğinden, sanık ... hakkında TCK.nın 43. maddesinin de uygulanamayacağı hususu gözetilerek sanıkların TCK.nın 104/1. maddesi uyarınca* YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

Şayet gerçekleşen cinsel ilişkiler arasında fiili veya hukuki kesintiler mevcutsa, bu eylemlerin müteselsil suç hükümleri uyarınca değil, gerçek içtima hükümleri uyarınca cezalandırılması gerekeceği açıktır. Örneğin fail hakkında mağdurun şikayeti üzerine reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan dolayı bir iddianame hazırlanıp bu iddianame sonrasında da faille mağdur arasında rızaya dayalı bir başka cinsel ilişki yaşanmış ve failin bu eylemi de mağdurun şikayeti üzerine soruşturulmaya başlanmış olursa, artık burada hukuki bir kesinti söz konusu olduğundan dolayı müteselsil suç hükümleri uyarınca değil, gerçek içtima hükümleri uyarınca bir cezalandırma durumu söz konusu olacaktır.

Çocuk mağdurla 15 yaşını tamamlamadan önce gerçekleştirilen cinsel ilişkilerin söz konusu yaşın tamamlaması sonrasında da aynı şekilde rızaya dayalı olarak devam ettirilmesi halinde, eylemler farklı suçları oluşturacağından bir suç işleme kararının icrasından bahsedilemeyecek, gerçek içtima hükümlerinin tatbik edilmesi suretiyle fail hakkında hem çocukların cinsel istismarı suçundan hem de reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan ayrı ayrı cezalandırma yapılacaktır¹¹⁹.

cezalandırılmalarına karar verilmesi yerine suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 29.01.2015 tarihli ve E. 2013/6271, K. 2015/750 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>), *Mağdurenin 06.09.2011 tarihinde verdiği ifade üzerine başlatılan soruşturmada, mağdurenin 03.09.2011 günü rızasıyla ilişkiye girdiği sanıkla esasen bir yıl önce de cinsel ilişkiye girdiğini beyan etmesi ve başvuru gününden bir yıl önce yaşandığı iddia edilen ilk beraberlik yönünden şikayetin yapıldığı ana kadar 5237 sayılı TCK'nın73/1. maddesinde düzenlenen altı aylık şikayet süresinin geçtiğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında atılı suçtan hüküm kurulurken ilk eylemle ilgili kanuni takibat şartının gerçekleşmediği gözetilerek 03.09.2011 günlü ikinci eyleminden dolayı TCK'nın 104/1. maddesi uyarınca tayin edilen temel cezanın koşulları oluşmadığı halde zincirleme suça ilişkin aynı Kanunun 43/1. maddesi ile arttırılması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 21.12.2015 tarihli ve E. 2014/1402, K. 2015/11899 no'lu kararı, aktaran Parlar/Öztürk, s. 555).

¹¹⁹ *Mağdurenin cebir, tehdit veya iradesini etkileyen başka bir neden olmaksızın sanıkla 2011 yılı Kasım ve 2012 yılı Ocak aylarında iki kez cinsel ilişkiye girdiği, ilk cinsel ilişki tarihinde mağdurenin onbeş yaşından küçük olmasına rağmen ikinci ilişki tarihinde onbeş yaşından büyük olduğu, bu itibarla 2012 yılı Ocak ayında meydana gelen cinsel ilişkisinin 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden, sanığın 2011 yılı Kasım ayındaki eylemi nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 103/2, 103/6. maddeleri ve 2012 yılı Ocak ayındaki eylemi ile ilgili olarak 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesi uyarınca ayrı ayrı cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, eylemlerin küll halinde zincirleme olarak beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturduğu kabul edilip aynı Kanunun 103/2, 103/6, 43/1. maddeleri ile hüküm kurulması,* (Yargıtay 14. CD.'nin 15.11.2016 YUHFD Vol. XIX Special Issue (2022)

Bu suç bakımından aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkün görünmektedir. Örneğin 45 yaşındaki bir kadının biri 17, biri de 16 yaşında olan iki erkek çocukla aynı anda vajinal ve anal yoldan cinsel ilişkiye girdiği bir durumda, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu tek bir

tarhli ve E. 2016/3663, K. 2016/7846 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>). Tüm dosya içeriğinden, sanığın 2011 yılında ahırda yem karışımı hazırlayan öz yeğeni mağdurenin yanına gelip "seni seviyorum, gözlerin güzel, benimle birlikte ol, buralardan gideriz" biçiminde sözler söyledikten sonra kendisine karşı çıkan mağdureye sarılmasının ardından mağdurenin kardeşi ... 'in ahıra gelmesiyle eylemine son verdiği, bir gün sonra ahırda tekrar karşılaştıklarında mağdurenin boyun alt kısmından öpmeye çalıştığı, 2014 yılı Ağustos ayında aynı avlu içindeki evinde uyumakta olan mağdurenin kardeşleriyle birlikte kaldığı odaya açık olan pencere camından girip mağdureyle organ sokmak suretiyle cinsel ilişkiye girmesi eyleminin ise cebir, tehdit, hile veya iradevi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirildiğine dair dosyaya yansıyan herhangi bir delil bulunmadığı ve 07.11.2014 tarihinde hastaneye giden mağdurenin hamile olduğunun ortaya çıkmasıyla olayın kolluğa intikal ettiği anlaşıldığından, sanığın 2011 yılında mağdure henüz onüç yaşındayken gerçekleşen eylemleri nedeniyle 5237 sayılı TCK'nın 103/1, 103/3, 43. maddeleri 2014 yılı Ağustos ayında mağdure onaltı yaş içindeyken gerçekleşen eyleminden dolayı 6545 sayılı Kanun ile değişik TCK'nın 104/2. maddesi gereğince cezalandırılması gerekirken dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçeyle yazılı şekilde hüküm kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 20.06.2016 tarihli ve E. 2016/4180, K. 2016/6082 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

Mağdurenin aşamalarda anlatımları savunma ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın mağdurenin onbeş yaşını henüz ikmal etmediği, 15.08.2014 tarihindeki mağdureyi öpme, cinsel organını cinsel organına dokundurma şeklindeki eylemlerinin çocuğun basit cinsel istismarı; mağdurenin onbeş yaşını doldurduktan sonraki organ sokma suretiyle cinsel ilişkiye girme şeklindeki eylemlerinin mağdurenin rızasıyla gerçekleştiği anlaşıldığından reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek, sanığın bu iki suçtan mahkûmiyeti yerine, yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması... (Yargıtay 14. CD.'nin 08.11.2016 tarihli ve E. 2016/8128, K. 2016/7655 no'lu kararı,

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>). Öğretide Özgenç, işlenen fiillerin doğal mahiyetinde bir değişiklik bulunmadığından bahisle, gerçek içtima yerine müteselsil bir biçimde gerçekleşen çocukların cinsel istismarı suçundan cezalandırma yapılması gerektiği görüşündedir (Özgenç, s. 270-271). Kanaatimizce, müteselsil suç hükümlerinin uygulanabilmesi adına "aynı suçun" bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı kişiye karşı değişik zamanlarda işlenmesi gerektiğinden, "farklı suçlar" söz konusu olduğunda artık müteselsil suç hükümlerinin işletilememesi gerekmektedir. Fiillerin doğal mahiyetlerinin aynı olması onları hukukun "aynı suç" haline dönüştürmeyecektir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun farklı ve bağımsız bir suç tipi şeklinde düzenlendiği unutulmadan hareket edilmesi kanaatimizce doğru olacaktır.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

hareketle birden fazla kişiye karşı işlenmiş olacağından, Türk Ceza Kanunu'nun 43. maddesinin 2. fıkrasındaki aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilecektir¹²⁰.

Bu suç bakımından somut olayın koşullarına göre farklı neviden fikri içtima hükümlerinin de tatbiki mümkündür. Örneğin aile içinde bir babanın 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış kızıyla rızaya dayalı cinsel ilişkiye girdiği durumlarda, hem reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 2. fıkrasında düzenlenmiş olan nitelikli hali hem de Türk Ceza Kanunu'nun 232. maddesinde düzenlenen kötü muamele suçu oluşacaktır, en nihayetinde fikri içtima kuralları gereğince sadece en ağır olan suç tipinden dolayı işlem yapılmak zorunda kalınacaktır¹²¹. Aynı şekilde bu suçun fail ve mağdurunun alenen cinsel ilişkiye girmeleri halinde tek bir hareketle hem reşit olmayanla cinsel ilişki suçu hem de Türk Ceza Kanunu'nun 225. maddesinde düzenlenen hayasızca hareketler suçu gerçekleşmiş olacak, burada da fikri içtima kuralları gereğince sadece en ağır cezayı gerektiren suç tipinden cezalandırma yoluna gidilecektir¹²².

Bu suçun Türk Ceza Kanunu'nun 109. maddesinin 3-f ve 5. fıkrasında düzenlenen “çocuğa karşı işlenen cinsel amaçlı hürriyetten yoksun kılma” fiili birlikte işlenmesi mümkün görünmektedir¹²³. Bu bağlamda rıza dışı hürriyetinden yoksun bırakılan 15 yaşını doldurmuş çocuğun sonradan

¹²⁰ Özen, s. 411.

¹²¹ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4185-4186., Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 388-389., Koca/Üzülmez, s. 379-380., Özen, s. 411. Öğretide bazı yazarlar ise, bir fiilin kötü muamele suçunu oluşturabilmesi için bu fiilin mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmesi gerektiğini, bu bağlamda failin mağdurla rızayla cinsel ilişkiye girmesinin kötü muamele suçu olarak kabul edilmemesi gerektiği görüşündedir (Taner, s. 388., Köksal, s. 714., Kantarcı, s. 135). Kanaatimizce, bir üst soyun alt soyu olan mağdurla rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi hukuken yasaklandığı ve ağır bir biçimde cezalandırıldığı için bu durum her halükarda kötü muamele suçunu oluşturacaktır. Kötü muamele suçunu mağdurun rızasıyla açıklamak ve ancak mağdurun rızası hilafına gerçekleşecek fiilleri bu suç tipi kapsamında değerlendirmek doğru olmayacaktır. Kötü muamele suçunun takibinin resen yapılması ve suçun düzenlendiği yer de burada kişisel değil, toplumsal bir değer korunması gerektiğini ve mağdurun rızanın bu bakımdan bir öneminin olmadığını teyit edici niteliktedir.

¹²² Aynı yönde Bknz. Özen, s. 411. *Kantarcı*'nın haklı olarak vurguladığı üzere cinsel ilişkinin alenen gerçekleştirilmesi halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olan çocuğun hayasızca hareketler suçunun faili olarak cezalandırılması söz konusu olacaktır (Kantarcı, s. 132).

¹²³ Türk Ceza Kanunu'nun 109. maddesinde düzenlenen fiilin işlemesi için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, ayrıca aynı maddenin 2. fıkrası hükmü de tatbik edilebilecektir.

rızasıyla kendisini kaçıran kişiyle birlikte olması ve sonrasında şikayette bulunması mümkün görüldüğünden, böyle bir durumda hem Türk Ceza Kanunu'nun 109. maddesinin 3-f ve 5. fıkrasından hem de Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinden gerçek içtima hükümleri gereğince cezalandırma yapılacaktır¹²⁴.

Bu suçun Türk Ceza Kanunu'nun 234. maddesinin 3. fıkrasındaki “çocuğun kaçırılması ve alıkonulması” suçuyla birlikte işlenmesi mümkün görünmektedir. Örneğin fail kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evini terk edip yanına geldiğini bildiği, 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış olan mağdurla, mağdurun rıza dahilinde cinsel ilişkiye girse, ancak daha sonra mağdurun yaşadığı pişmanlıkla durumu ailesine açıklaması neticesinde mağdurun ailesinin durumdan haberdar olup hem mağdurun hem de ailesinin şikayetçi olduğu bir durum ortaya çıkarsa, Türk Ceza Kanunu'nun 104 ve 234/3. fıkralarında düzenlenen suçlar işlenmiş olacaktır¹²⁵ ve gerçek içtima hükümleri gereğince her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırma yapılacaktır¹²⁶. 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış bir mağdurla rızası dahilinde cinsel ilişkiye giren bir failin bu cinsel ilişkiyi kayda aldığı bir durumda, fail hakkında hem müstehcenlik suçundan¹²⁷ hem de mağdurun şikayetinin gerçekleşmesi koşuluyla reşit

¹²⁴ Benzer yönde Bknz. Kantarcı, s. 136.

¹²⁵ *Olay tarihinde on yedi yaşındaki mağdurenin bulunduğu sanık ...'la rızasıyla cinsel ilişkiye girmesinin ardından evine döndüğü ve mevcut haliyle olayda mağdurenin evi terk etme iradesinin bulunmaması nedeniyle çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı* gözetilerek sanıkların müstehcenlik suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 21.05.2019 tarihli ve E. 2015/4690, K. 2019/9925 no'lu kararı, www.kazanci.com).

¹²⁶ Aynı yönde Bknz. Taner, s. 387., Kantarcı, s. 135-136.

¹²⁷ *Sanığın, çocuk yaştaki mağdurenin çıplak görüntülerini cep telefonuna kaydetmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin 5237 Sayılı TCK'nın 226/3-c.1. maddesinde düzenlenen müstehcenlik ve 134/1. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını oluşturduğu ve tek eylemle birden fazla suçun oluşması nedeniyle sanık hakkında aynı Kanunun 44. maddesinde yer alan fikri içtima kuralına göre bu suçlara ilişkin en ağır cezayı öngören TCK'nın 226/3-c.1. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek yazılı şekilde aynı Kanunun 134/1. maddesiyle mahkumiyetine karar verilmesi...* (Yargıtay 14. CD.'nin 21.05.2019 tarihli ve E. 2015/4690, K. 2019/9925 no'lu kararı, www.kazanci.com)., a-) *TCK'nın 226/3-1.cümlesindeki düzenlemede “müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları kullanmak” suç olarak tanımlanmıştır. Üretmek kelime anlamıyla oluşturmak, yayırlamak ve meydana getirmek anlamlarına da gelmektedir (B.K.. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts) Çocuğun müstehcenlik içeren görüntüsünün, resminin veya sesinin kullanılması, yazı veya ses içeriğinde çocuğun yer alması bu suçun oluşumu için yeterlidir. Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel YÜHFD Cilt: XIX Sayı:Özel Sayı (2022)*

olmayanla cinsel ilişki suçundan gerçek içtima hükümlerine göre ayrı ayrı cezalandırma yapılacaktır¹²⁸.

Şayet fail ailesinin evinde yaşamakta olan 15 yaşını tamamlamış mağdurun evine mağdurun anne ve babasının haberi olmaksızın mağdurun daveti üzerine gider ve bu evde mağdurun rızasıyla onunla cinsel ilişkiye girse, reşit olmayanla cinsel ilişkiye girme bir suç teşkil ettiğinden ve bu bağlamda rıza açıklaması gayri meşru bir amaca yönelik olduğundan, burada şikayet üzerine gerçek içtima hükümleri uygulanacak, hem konut dokunulmazlığını ihlal suçundan hem de reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırma yapılacaktır¹²⁹.

Mağdurun rızası dahilinde başlayan cinsel ilişki sırasında mağdurun söz konusu ilişkiye daha fazla devam etmek istememesine rağmen, fail zorla ilişkiyi devam ederse, fail hakkında fikri içtima kuralları gereğince sadece en ağır suç tipi olarak ortaya çıkacak olan çocuğun nitelikli cinsel istismarından cezai işlem yapılacaktır. Ancak şayet rızaya dayalı ilk cinsel

Kurulu'nun 24.03.2015 tarihli ve 2014/14-603 Esas, 2015/66 Karar sayılı ilamında vurgulandığı üzere TCK'nın 226/3-1.cümlesindeki suçun oluşumu için önemli olan bir çocuğun müstehcen ürün üretiminde kullanılması olup, bu düzenlemede, suçun oluşumu için müstehcen görüntülerin profesyonel olarak hazırlanması aranmamakta, müstehcen ürünlerin şekli şartları ya da bu ürünlerin üretiliş biçimi ve amaçları konusunda bir sınırlama getirilmemektedir. Ayrıca suçun unsurlarının oluşması bakımından müstehcen ürünlerin izlenmesi, izlettirilmesi, satılması ve dağıtılması gibi bir zorunluluk da söz konusu değildir. Bu mahiyetteki müstehcen ürünlerin hiç izlenmemiş olması ya da bireysel amaç için üretilmiş olması da sonucu değiştirmeyecektir. Bu bilgiler ışığında, sanığın, yaşı küçük mağdurun cinsel ilişki sırasındaki görüntülerini cep telefonuna kaydetmesi şeklindeki eyleminin, TCK'nın 226/3. maddesinin ilk cümlesindeki müstehcen görüntülerin üretilmesinde çocukların kullanılması suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılgiya düşerek TCK'nın 134. maddesindeki özel hayatın gizliliğini ihlâl suçundan açılan davada, yaşı küçük mağdurun rızasının bulunduğu gerekçesiyle bu suçun oluşmadığından bahisle beraat kararı verilmesi... (Yargıtay 18. CD.'nin 18.04.2018 tarihli ve E. 2016/3653, K. 2018/5741 no'lu kararı, www.kazanci.com).

¹²⁸ Kantarcı, s. 133.

¹²⁹ *Sanık hakkında konut dokunulmazlığının ihlali suçundan kurulan beraat hükmünün temyiz incelemesine gelince; katılan mağdurenin aşamalarda anlatımları, savunma ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, suç tarihinden önce onyediy yaşındaki mağdure ile arkadaş olan sanığın, bir gece mağdurenin babası olan katılanın evine bilgi ve rızası dışında geldikten sonra odada mağdureyle cinsel ilişkiye girdiği anlaşıldığından, müsnet suçtan mahkumiyeti yerine dosya kapsamına uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi, kanuna aykırı, katılanlar vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükümlerin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 11.10.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi (Yargıtay 14. CD.'nin 11.10.2017 tarihli ve E. 2014/8954, K. 2017/4648 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).*

ilişki sonrası fail mağduru yeni bir cinsel ilişkiye zorlayıp mağdurun rızası hilafına söz konusu eylemi gerçekleştirirse, bu defa fail hakkında hem reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hem de cinsel istismar suçundan gerçek içtima hükümleri gereğince ayrı ayrı cezalandırma yapılacaktır¹³⁰. Benzer şekilde ilk olarak mağdurun rızası hilafına başlayan cinsel ilişki, sonradan mağdurun rızası dahilinde devam etmiş ise, fail hakkında fikri içtima kuralları gereğince sadece çocuğun nitelikli cinsel istismarından cezalandırma yapılması gerekecektir.

III) YAPTIRIM VE USUL HÜKÜMLERİ

Bu suçun basit halinin yaptırımını, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır¹³¹. Suçun nitelikli hallerinin yaptırımını ise, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasıdır.

Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması¹³² mağdurun şikayetine bağlıdır¹³³. Şikayet hakkının kullanılacağı sırada ayırt etme gücüne sahip olan çocuklar, şahsa sıkı sıkıya bağlı olan haklarını kendileri kullanabileceği için¹³⁴ bu suçta şikayet hakkı, suçun mağduru olan çocuğa aittir, bu hakkın

¹³⁰ Aynı yönde Bknz. Beyazıt, s. 304.

¹³¹ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun yaptırımını 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası olarak öngörülmüştür. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilk halinde de bu suçun yaptırımını 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'yla kısmen uyumlu bir şekilde 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 60 ıncı maddesiyle hapis cezası bugünkü halini almış bulunmaktadır.

¹³² Öğretide *Arslantürk* reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşması için bir ön şart olarak mutlaka şikayetin bulunması gerektiği görüşündedir (*Arslantürk*, s. 532, 552). Oysaki şikayetin gerçekleşmiş olup olmamasının suçun oluşumu bakımından bir önemi yoktur. Şikayet sadece tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş bir suçla ilgili olarak resmi organlarca takibin yapılması adına önemlidir.

¹³³ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ise resen kovuşturulmaktaydı. Öğretide *Baytemir* bu suçun şikayete tabi kılınmasını eleştirmiştir, suçun eskisi gibi resen kovuşturulması gerektiğini ifade etmiştir. Yazara göre, mağdurun rızasıyla gerçekleşen bir eylemi mağdurun sonradan şikayet edebilecek olması failin kandırılması ve mağdurun hakkını kötüye kullanması anlamına geleceği gibi şikayet hakkına sahip olan mağdurun faille ahlaka aykırı pazarlıklar yapmasına da vesile olacaktır (*Baytemir*, s. 511).

¹³⁴ 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 13. maddesinde, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu vurgulandıktan sonra 16. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kanuni temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri belirtilmiş, ancak karşılıksız kazanmada ve kişiyi sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı hükme bağlanmıştır. Kişiyi sıkı sıkıya bağlı haklar kanunda tek tek YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

çocuk adına anne veya babası tarafından kullanılması hukuka uygun değildir¹³⁵. Bu yaklaşım cinsel dokunulmazlığın bireyselleştirildiği Türk

sayılmamakla birlikte genel olarak öğretide, kişinin sadece kendisinin kullanabileceği, başkasına devredilemeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklar olarak açıklanmaktadır. Bu tür haklar insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden, bunların kullanılmasına karar verme yetkisi başkasına bırakılmamıştır. Örneğin; evlenme, nişanlanma, nişanı bozma, evlat edinilmeye razı olma gibi... Diğer taraftan, 15.04.1942 gün ve 14-9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve Ceza Genel Kurulunun 15.02.1972 gün ve 43-50 ile Ceza Genel Kurulunun 02.03.2004 gün ve 2004/2-44-58 sayılı kararlarında; ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 30.06.2015 tarihli ve E. 2014/14-678, K. 2015/267 no'lu kararı, www.kazanci.com).

¹³⁵ Aynı yönde Bknz. Kanbur, s. 4193-4194., Taner, s. 389-390., Doğan, s. 142-144., Beyazıt, s. 304-305., Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 389., Tezcan/Erdem/Önok, s. 491-492., Sevük, s. 180., Koca/Üzülmez, s. 380., Akdağ, s. 179-183., Arslantürk, s. 555., Akkaya, s. 380., Kantarcı, s. 142-144. Aksi yönde görüş ortaya koyan Ünver'e göre ise, Türk Ceza Kanunu'nun 102. ve 105. maddelerinde açıkça "mağdurun şikâyetinden" söz edilmişken, aynı kanunun 104. maddesinde "mağdurun şikâyetinden" bahsedilmemiş olması anlamlıdır. Yazara göre, Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesindeki mağdurun rızası sadece eylemin aynı kanunun 103. maddesi kapsamı dışına çıkarılmasına hizmet edip, failin daha az bir yaptırımla karşı karşıya kalmasını sağlayacak bir niteliği haizdir. Yazara göre, rızası eylemi hukuka uygun hale getirmeyen bir kişiye şikâyet hakkını tanımak mantıken doğru olmayacağı gibi şayet mağdura şikâyet hakkı tanınması istenseydi, bunun açık bir kanuni düzenlemeyle yapılması gerekirdi. Yazar, mevcut kanuni düzenleme karşısında, şikâyet hakkının mağdura tanınmasını hakkın kötüye kullanılmasına meşruluk kazandırma çabası olarak değerlendirmektedir. Bu bağlamda, yazara göre, bu suç tipi bakımından şikâyet hakkı doğrudan doğruya mağdur adına kanuni temsilcilerine ait olmalıdır (Ünver, s. 49-50). Öğretide *Parlar/Öztürk* de şikâyet hakkının çocuğun hukuki statüsüne göre veli, vasi, kayyım veya Çocuk Esirgeme Kurumu gibi organların temsilcileri tarafından kullanılacağı görüşündedir (Parlar/Öztürk, s. 543). Öğretide *Şen*, şikâyet hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle öncelikle mağdur çocuk tarafından kullanılabileceğini, ancak bu hakkın Türk Medeni Kanunu'nun 339 ve 342. maddeleri gereğince aynı zamanda mağdur çocuğun kanuni temsilcisi tarafından da kullanılabilmesinin mümkün olduğunu, bu bağlamda mağdur çocuk ve onun kanuni temsilcisinin (veli-vasi) bu hakkı birlikte veya bağımsız olarak kullanmasında kanuni bir engelin olmadığını belirtmiştir. *Şen*'e göre mağdur çocuğun suç sonrasında erginliğini kazandığı durumlarda ise, artık kanuni temsilcinin bir hakkından bahsedilmesi mümkün olmayacak, şikâyet hakkı sadece mağdur çocuğa ait olacaktır (Ersan Şen, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki", in **Yorumluyorum-XII**, Ankara, 2016, s. 258-259., aynı yönde Bknz. Şen, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişkide Değişiklik Önerisi", s. 274). Öğretide *Özen* hem mağdurun hem de suçtan zarar gören olarak mağdurun veli veya vasisinin bu suç bakımından şikâyet hakkına sahip olduğunu; ancak her iki tarafın iradelerinin çelişmesi halinde mağdurun iradesine üstünlük tanınması gerektiği görüşündedir (Özen, s. 413). Kanaatimizce, yapılan kanuni düzenlemede "açıkça kanuni temsilciye tanınmamış" olan (oysa suçun failinin çocuk olduğu sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel istismar suçunda kanunda açıkça kanuni temsilciye şikâyet hakkı

Ceza Kanunu'nun yeni sistemiyle de uyumludur¹³⁶. Nitekim Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay da bu görüştedir¹³⁷.

tanınmıştır) “şahsa sıkı sıkıya bağlı” bir hakkın, ilerde mağdur çocukla “menfaat çatışması” ortaya çıkabilecek kanuni temsilcilerine bırakılması, cinsel ilişki öncesi rızasına (cinsel ilişkiye verilen rıza) ve cinsel ilişki sonrası onamına (şikayet hakkının kullanılmayarak cinsel ilişkiye verilen rızasının devam ettiğinin, bu ilişkinin sonradan da onaylandığının gösterilmesi) bütüncül bir yaklaşımla hukuken değer verilen mağdurun cinsel ilişki sonrasındaki rızasının devamlılığının görmezden gelinmesi suretiyle kişinin cinsel özgürlüğü konusunda kanuni temsilcilerine söz hakkı verilmesi, kişinin cinsel özgürlüğüne verdiğimiz önem sebebiyle hem düşünsel açıdan hem de hukuken kabul edilebilir değildir. Böyle bir düşünce, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen “çocuğun yüksek yararı” yerine sözleşme hükümlerine aykırı bir biçimde çocuğun kanuni temsilcilerinin yüksek yararının korunması anlamına da gelecektir. Ayrıca fiile rıza verebileceği düşülen mağdurun fiilin cezai yönden takibi konusunda yeterli olgunluğa ulaşmadığını savunmak, bu konuda kanuni temsilcilerin devreye girmesini savunmak, kendi içinde çelişkili bir yaklaşım olacaktır. Aynı zamanda Ünver'in ortaya koyduğu düşünce suçun faili açısından da ceza hukukunun güvence fonksiyonu ile bağdaşır değildir, zira mağdurla birlikte hareket edip onun kendisini şikayet etmeyeceğine güvenerek cinsel ilişki yaşayan failin sonraki süreçte mağdurun kanuni temsilcilerinin inisiyatifleriyle cezalandırılabilmesi, kanunda mağdurun kanuni temsilcilerine şikayet hakkı tanıyan açık bir düzenleme olmadığı müddetçe, mümkün olmamalıdır. Hatta bu son durumda, şayet şikayet hakkı çocuğun kanuni temsilcisine tanınrsa “fiil ve faili” yıllar sonra öğrenmesi mümkün olan çocuğun kanuni temsilcileri karşısında failin dava zamanaşımı süresince ceza tehdidiyle karşı karşıya kalması riski de ortaya çıkacaktır (Benzer yönde bir değerlendirme için Bknz. Akdağ, s. 183).

¹³⁶ Hatice Karakuş, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Şikayet Hakkı”, **Hukuk Gündemi**, Yıl: 2012, Sayı:2, s. 91.

¹³⁷ Başvurucu baba; kızının hamile olduğunu, dolayısıyla cinsel ilişkiyi kendisinin öğrendiği tarihten itibaren süresinde yaptığı şikâyet üzerine kovuşturma başlatılmamasından şikâyetçidir. "Reşit olmayanla cinsel ilişki" suçu, 5237 sayılı Kanun'da "kişilere karşı suçlar"ı hüküm altına alan ikinci kısmın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmektedir. Suçun basit hâlinin takibi şikâyete tabidir. Şikâyet hakkı ise kişiye sıkı surette bağlı bir hak olup korunan hukuki değer in sahibi olan çocuğa aittir. Ayırt etme gücüne sahip (sezgin) küçükler, mağduru oldukları suç yönünden doğrudan doğruya şikâyet hakkına sahiptirler. Çocuğun kanuni temsilcisi olmaları nedeniyle ebeveynlerinin de şikâyet hakkı bulunmaktadır. Ancak ebeveynin şikâyet hakkı suçun mağduru çocuğun şikâyet hakkından bağımsız bir hak değildir. Ebeveyn ile çocuğun iradelerinin çatışması durumunda çocuğun iradesine üstünlük tanınmaktadır... (Anayasa Mahkemesi'nin 08.03.2018 tarihli, Hacı Polat Başvurusu, Başvuru No: 2014/15959, 55. ve 56. paragraflar, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15959>). Her ne kadar mağdurenin babası H.Y.'nin 18.10.2011 tarihli duruşmada sanıktan şikayetçi olmadığını belirttiğinden bahisle sanik hakkında düşme kararı verilmiş ise de; olay tarihinde onyediy yaşta içerisinde olup kolluk beyanında sanıktan şikayetçi olduğunu belirten ve yargılama sırasında 30.6.2011 tarihinde de evlenmek suretiyle ergin olan mağdurenin, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikayet hakkına sahip olduğu gözetilmeden ve kovuşturma YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

Yukarıda da belirtildiği üzere ancak ayırt etme gücüne sahip olan çocuklar bu hakkı kullanabileceğinden, somut olayın koşulları içinde ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar adına şikayet hakkı kanuni temsilcileri tarafından kullanılabilir. Örneğin fail, mağdurun kendisine karşı gerçekleştirilen eylemlerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığını bilememesi sonucunda cinsel ilişkiye yönelik rızasını mevcut zannederek ilişkiye girmiş ise, bu eylem her ne kadar çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturmasa da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturabilecektir ve hiç kuşkusuz böyle bir durumda, şikayet hakkını kullanacak olan kişi ayırt etme gücüne sahip olmayan mağdur değil, mağdurun kanuni temsilcileri olacaktır. Aynı şekilde gerçekleştirilen cinsel ilişki sonrasında ayırt etme gücünün yitilmesi durumunda da, şikayet hakkının artık mağdurun kanuni temsilcileri tarafından kullanılacağı kabulü gereklidir. Nitekim Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir¹³⁸.

Hiç kuşkusuz şikayet hakkına sahip, 15 yaşını tamamlamış, ayırt etme gücüne haiz mağdur çocuk şikayet hakkını kullanamadan ölmüşse, bu hakkı onun adına kanuni temsilcilerinin kullanması mümkün olmayacaktır¹³⁹.

CMK 158. maddenin 7. fıkrası hükmü, *yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde,*

sırasında yeniden beyanı alınarak şikayetçi olup olmadığı hususu sorulmadan, babasının şikayetçi olmadığından bahisle düşme kararı verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 07.05.2015 tarihli ve E. 2013/7341, K. 2015/6190 no'lu kararı, www.kazanci.com).

¹³⁸ *...sanıkların, mağdurenin kendisine karşı gerçekleştirilen eylemlerin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığını bildiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği, buna göre sanıkların mağdureye yönelik gerçekleştirdikleri eylemin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı, söz konusu suçun kovuşturulmasının şikâyete tabi olduğu ve mağdure ile annesi müşteki sanıklardan şikayetçi olmadıklarını ifade etmeleri hususu gözetilerek, sanıklar haklarında reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan açılan kamu davalarının düşmesi...* (Yargıtay 14. CD.'nin 15.06.2017 tarihli ve E. 2017/985, K. 2017/3351 no'lu kararı, www.kazanci.com).

¹³⁹ Özenç, s. 266, 3 no'lu dipnot., aynı yönde Baytemir, s. 509-510. 5237 sayılı TCK'nun 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun soruşturma ve kovuşturmasının şikâyete tabi olması ve *mağdurenin soruşturma evresinde ifadesi alınmadan 26.08.2012 tarihinde öldüğünün tüm dosya içeriğinden anlaşılması karşısında, yaşı itibarıyla şahsa sıkı sıkıya bağlı şikayet hakkını müstakilen mağdurenin kullanabileceği nazara alınarak vaki şikayet yokluğu nedeniyle kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerekirken, anne ve babanın şikayetçi olmaları nedeniyle yargılamaya devamla yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması...* (Yargıtay 14. CD.'nin 22.03.2018 tarihli ve E. 2015/2643, K.2018/2167 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

yargılamaya devam olunur şeklindedir. Bu sebeple fail hakkında rızasıyla cinsel ilişki yaşadığı mağdurun 14 yaşında olduğundan bahisle çocuğun cinsel istismarı suçundan dava açılıp sonraki aşamada mağdurun suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış olduğu anlaşılırsa, mağdur açıkça şikayetten vazgeçmedikçe yargılamaya devam edilecektir. Bu bağlamda, öğretide “sessiz şikayet” olarak adlandırılan kurum sayesinde sanki mağdurun en baştan itibaren şikayeti varmışçasına dava devam ettirilecek; ancak mağdurun şikayetinden vazgeçmesi halinde davanın düşecektir. Nitekim Yargıtay da CMK’nın 158. maddesinin 7. fıkrası gereği, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan şikayet olmasa bile, yargılamanın devam edeceği görüşündedir¹⁴⁰. Öğretide *Taner* CMK 158 maddesinin 7. fıkrası hükmünün tatbiki sırasında mağdurun açıkça şikayetten vazgeçmesi halinde “bunun daha önceden yapılmış olan şikayetin geri alınması hali olmadığı”, “şikayet hakkının kullanılmaması hali” olduğundan hareketle” bu vazgeçmeyle ilgili olarak sanığın kabulüne gerek bulunmadığını ifade etmiş olsa da¹⁴¹, artık davanın açıldığı bir ortamda yargı organı önünde aklanma hakkının tesisi için getirilmiş Türk Ceza Kanunu’nun 73. maddesinin 6. fıkrasındaki ana kuraldan ayrılmamak ve vazgeçmenin onu kabul etmeyen sanığı etkilemeyeceğini kabul etmek gerekir.

TCK 73/1 ve 73/2 gereğince, şikayet, mağdur çocuğun fiili ve faili bildiği veya öğrendiği günden itibaren, dava zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla, 6 aylık süre içinde gerçekleştirilmelidir. Burada fiilin öğrenilmesinden kasıt, cinsel ilişki şeklinde gerçekleşen hareketin öğrenilmesi olup, gerçekleşen cinsel ilişkinin hukuken suç teşkil ettiğinin mağdur tarafından öğrenmesi değildir¹⁴². Failin bir suç işleme kararının

¹⁴⁰ Cinsel istismar suçuna ilişkin TCK’nın 103/2. maddesi uyarınca açılan kamu davasında eylemin mağdurenin rızası ile gerçekleştiği ve TCK’nın 104/1. maddesine uyduğu gözetilerek, CMK’nın 158/6. maddesinde bir suça ilişkin kovuşturma evresine geçildikten sonra takibinin şikâyete tâbi olduğunun anlaşılması halinde mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde yargılamaya devam edilmesi gerektiği öngörüldüğünden, yargılamaya devam edilerek atılı suçun işlendiğinde ilişkin kesin ve yeterli delil bulunmadığından ve atılı suçun unsurları oluşmadığından beraat kararı verilmesi yerine şikâyetin süresinde yapılmadığından bahisle düşme kararı verilmesi... (Yargıtay 14. CD.’nin 09.09.2013 tarihli ve E. 2011/19769, K. 2013/8783 no’lu kararı, www.kazanci.com).

¹⁴¹ *Taner*, s. 392.

¹⁴² Öğretide haklı olarak şikayet süresinin mağdurun maruz kaldığı eylemin suç olduğunu bilmesiyle birlikte başlamasının şikayet süresini belirsiz kılacağı ve suçun failini belirsiz süre mağdurun şikayet tehdidi altında bırakacağı, kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağına yönelik kuralın mağdurlar için de geçerli olduğundan bahisle, şikayet süresinin başlangıcının fiilin suç olduğunun öğrenilme anı değil, fiilin ve o fiilin failinin

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

icrası kapsamında aynı mağdurla değişik zamanlarda birden fazla kez cinsel ilişkiye girdiği durumlarda, 6 aylık şikayet süresi, mağdurun 18 yaşını tamamlamadan önce faille gerçekleştirdiği son cinsel ilişki anından itibaren başlayacaktır¹⁴³. Burada şikayetin bölünmezliği ilkesi gereği şikayet edilen şey fiil olduğundan dolayı bu suçun iştirak halinde işlendiği durumlarda fail ve şeriklerin her birinin tek tek şikayet edilmesine gerek yoktur. Bu bağlamda şikayet dilekçesinde fail veya şerik gösterilmemiş olsa veya fail veya şeriklerin bir kısmı unutulmuş dahi olsa, yapılan şikayet olaya katılan tüm fail veya şerikleri kapsayıcı niteliktedir.

Şikayetin açık ve anlaşılır bir şekilde yapılması gerekmekte olup, şayet dosya kapsamında mağdurun şikayetçi olup olmadığı hususunda tereddüt hasil olmuşsa, bu tereddüt giderildikten sonra hüküm kurulması gerekmektedir¹⁴⁴.

Bu suçta şikayetin zamanında yapılmaması, soruşturma evresinde kamu davasının açılmasına yer olmadığı (takipsizlik kararı) kararının verilmesine, kovuşturma aşamasında ise kamu davasının düşmesi kararının verilmesine yol açacaktır. Nitekim Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemesi'nin aynı yönde birçok kararı bulunmaktadır¹⁴⁵.

kim olduğunun bilindiği veya öğrenildiği an olduğu ifade edilmiştir. (Aydın, s. 110., Köksal, s. 720).

¹⁴³ Mağdure ile sanık arasında mağdurenin onsekiz yaşını doldurmadan önceki son cinsel ilişki tarihi belirlenmesi ile şikayetin 6 aylık sürede yapılıp yapılmadığının tespitinden sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 20.10.2014 tarihli ve E. 2012/12037, K. 2014/11260 no'lu kararı, www.kazanci.com).

¹⁴⁴ Akkaya, s. 379. Yargıtay'ın da aynı görüşte olduğu görülmektedir: Suç tarihinde onaltı yaş içinde olan mağdure ile cebir, hile, tehdit veya zor olmaksızın rızası ile cinsel ilişkide bulunan sanığın eyleminin oluşa ve dosya kapsamına uygun olarak reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu kabul olunmuş ise de mevcut suçun şikayete tabi bir suç olduğu, mağdurenin duruşmadaki 07.12.2010 günlü beyanında "aslında ben şikayetçiyim de annem babam şikayeti geri alalım dedi. Sen istiyorsan alalım dediler. Ben de bilmiyorum" şeklindeki beyanında açıkça şikayetçi olup olmadığı anlaşılammakla mağdurenin yeniden çağrılarak bu hususta açıkça bir beyanı alındıktan sonra sonucuna göre hüküm kurulması ve katılan vekilinin katılma hususunun sonuca göre değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yargılamaya devamla yazılı şekilde karar verilmesi... Yargıtay 14. CD.'nin 03.03.2016 tarihli ve E. 2014/2624, K. 2016/2100 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

¹⁴⁵ ...mevcut haliyle eylemin 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen tabii şikayete bağlı reşit olmayanla casliyeinsel ilişki suçunu oluşturduğu ve sanığın eylemini şikayet tarihinden yaklaşık on ay önce gerçekleştirdiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, aynı Kanunun 73/1. maddesinde düzenlenen altı aylık kanuni süresi içerisinde mağdurenin şikayete bulunmadığı gözetilerek sanık hakkında değişen vafsa göre

Mağdur “serbest iradesiyle” şikayetten feragat ettiğinde sonradan feragatten dönmesi, vazgeçtiğinde ise sonradan vazgeçmeden dönmesi mümkün değildir¹⁴⁶. Hükümün kesinleşmesinden sonraki vazgeçmelerin hukuken bir önemi haiz değildir.

kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması.... (Yargıtay 14. CD.’nin 23.12.2019 tarihli ve E. 2016/5078, K. 2019/13526 no’lu kararı, www.kazanci.com)., Mağdurenin kollukta fuhşa teşvik edildiğini belirttiği tarihleri ...’le ilişkisi olan 2012 yılı Ağustos ayı ile Mersin’de yakalandıkları 09.04.2013 tarihleri arası beyan etmesine rağmen diğer sanıklarla ilişkiye girdiği günlerle ilgili net bir tarih vermemesi, kovuşturma evresinde ise sanık ...’ın 2012 Kasım ayı ortalarından sonra fuhşa zorladığını iddia etmesi, sanık ...’ın samimi beyanında eyleminin 2012 yılının Eylül ayında gerçekleştiğini beyan etmesi ve mağdurenin şikayetini 16.04.2013 günü yaptığının anlaşılması karşısında, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkûmiyetlerine karar verilen sanıklar’ın eylemlerinin ne zaman gerçekleştiği konusu her bir sanık açısından ayrı ayrı tartışılıp açıklığa kavuşturulduktan sonra şikayetin altı aylık kanuni süresinde gerçekleşip gerçekleşmediği ... (Yargıtay 14. CD.’nin 20.05.2019 tarihli ve E. 2019/2794, K. 2019/9847 no’lu kararı, www.kazanci.com)., ...bu suçun soruşturma ve kovuşturmasının şikayete tabi olduğu ve mağdurenin dosyaya sunduğu 02.07.2014 havale tarihli dilekçeyle sanıklar haklarındaki şikayetinden vazgeçtiği anlaşıldığından, vaki feragat nedeniyle kamu davalarının 5237 Sayılı TCK’nın 73 ve 5271 Sayılı CMK’nın 223/8. maddeleri uyarınca düşmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi (Yargıtay 14. CD.’nin 16.05.2019 tarihli ve E. 2018/9991, K. 2019/9836 no’lu kararı, www.kazanci.com)., Oluş ve kabule göre, suç tarihinde onbeş-onsekiz yaş aralığında bulunan mağdurenin, okuldan öğretmeni olan sanık ile aralarında geçen duygusal yakınlaşma sonrası 2011 yılı Ocak ayında sanığın evinde rızaen cinsel ilişkiye girdiği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından mevcut haliyle kabul edilen eylemin 5237 Sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, şikayetin altı aylık kanun süresinden sonra 14.10.2011 tarihinde yapılması sebebiyle açılan kamu davasının düşürülmesi yerine, davaya konu yapılmayan cinsel taciz suçundan mahkûmiyet hükmü kurulması... (Yargıtay 14. CD.’nin 18.12.2017 tarihli ve E. 2015/335, K. 2017/6502 no’lu kararı, www.kazanci.com)., Sanık K1 hakkında, TCK 104/1 maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturan eylemi nedeniyle açılan kamu davasının şikayetten vazgeçme nedeniyle TCK 73/4 ve CMK 223/8 maddeleri gereğince DÜŞÜRÜLMESİNE" şeklinde hüküm kurulmak suretiyle CMK 280/1-a maddesi gereğince hukuka aykırılığın DÜZELTİLEREK İSTİNAF BAŞVURULARININ ESASTAN REDDİNE, dosyanın hükmü veren ilk derece mahkemesine gönderilmesine... (Antalya BAM, 6. CD.’nin 06.02.2019 tarihli ve E. 2018/2099, K. 2019/190 no’lu kararı, www.lexpera.com).

¹⁴⁶ ...bu suçun ise soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlardan olduğu, mağdurun soruşturma evresinde onbeş yaşını tamamladıktan sonra kollukta ve Cumhuriyet savcılığında 27.12.2006 tarihinde vekil huzurunda alınan ifadelerinde, kendisiyle ters ilişkiye giren kişilerden şikayetçi olmadığını beyan ettiği, 05.01.2007 günü Cumhuriyet savcılığında ve 16.02.2007 tarihli duruşmada sanıklardan şikayetçi olduğunu belirtmiş ise de, şikayetten vazgeçmeden rücu etmenin mümkün olmadığı gözetilerek sanıklar ile ... haklarında açılan kamu davalarının şikayet yokluğu nedeniyle 5271 sayılı CMK’nın 223/8. maddesi uyarınca düşmesine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde YÜHF D Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

Mağdur şikayetten vazgeçtiğinde sanığa bunu kabul edip etmediği de sorulmaktadır. Sanık bunu kabul etmezse yargılamaya kaldığı yerden devam edilmekte; ancak yargılama mahkumiyetle bitecekse şikayetin yokluğu sebebiyle davanın düşmesine karar verilmektedir. Nitekim Yargıtay da şikayetten vazgeçme söz konusu olduğunda hem vazgeçmenin doğruluğunun kontrolü adına mağdurun dinlenmesini hem de şikayetten vazgeçme sanığın kabulüne bağlı olduğundan vazgeçmenin kabul edilip edilmediğinin sorulması için sanığın dinlenmesini istemektedir¹⁴⁷.

Bu suç tipi iştirak halinde işlenebildiğinden, faillerden biri hakkında şikayetten vazgeçme Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin 5. fıkrası gereği diğerlerine de sirayet edecektir. Bu bağlamda fail hakkında şikayetten vazgeçtiğini açıklayan mağdurun cinsel ilişkisinin yaşandığı evi ve ortamı ayarlamış olan kişi hakkında şikayetini devam ettirmesi mümkün değildir. Kanaatimizce, bu suç tipinde müşterek failliğin ortaya çıkması mümkün olduğundan, faillerden biri hakkındaki şikayetten vazgeçme diğer fail hakkında da geçerli olacaktır¹⁴⁸.

mahkûmiyetlerine karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 15.03.2016 tarihli ve E. 2015/8952, K. 2016/2503 no'lu kararı, www.lexpera.com)., ...her ne kadar mağdure 11.02.2004 tarihli duruşmada sanıktan şikayetçi olduğunu beyan etmiş ise de, soruşturma evresinde kollukta alınan 26.07.2003 tarihli beyanında kimseden şikayetçi olmadığını beyan ettiği, bu durumda şikayetten vazgeçmeden vazgeçmenin sözkonusu olamayacağı düşünülmüş, sanık hakkında reşit olmayan mağdure ile rızaya dayalı cinsel ilişkide bulunmak suçundan açılan kamu davasının şikayet yokluğu sebebiyle 5237 Sayılı Kanun'un 73/4 ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 223/8. maddeleri gereğince düşürülmesine karar verilmesi gerekirken... (Yargıtay 14. CD.'nin 21.01.2016 tarihli ve E. 2015/8229, K. 2016/539 no'lu kararı, www.kazanci.com)., Sanığın işlediği kabul edilen ve 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun takibinin şikayete bağlı bulunduğu, mağdurenin 26.02.2005 günlü kollukta alınan beyanında şikayetçi olmadığını bildirdiği, bu beyanın serbest irade sonucu olmadığına dair bir tespitin bulunmadığı, daha sonraki şikayetçi olduğu yönündeki açıklamalarının da vazgeçmeyi ortadan kaldırmayacağı nazara alınarak kamu davasının vazgeçme nedeniyle düşmesi yerine yazılı biçimde mahkumiyetine karar verilmesi... (Yargıtay 5. CD.'nin 29.01.2009 tarihli ve E. 2008/7984, K. 2009/679 no'lu kararı, aktaran Baytemir, s. 502).

¹⁴⁷ *Sanığa isnat olunan ve 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesi kapsamında bulunan reşit olmayanla rızasıyla cinsi münasebette bulunmak suçunun takibi şikayete bağlı olup, katılan vekilinin temyiz aşamasında mahkemeye sunduğu 22.01.2008 günlü dilekçede katılan Arife'nin sanık hakkında şikayetinden vazgeçtiğini beyan ettiğinden, öncelikle katılana şikayetten vazgeçme hususu, sanığa da vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorulup, sonucuna göre 5237 sayılı TCK'nın 73. maddesi de gözetilerek mahkemesince bir karar verilmesi lüzumu... (Yargıtay 14. CD.'nin 12.06.2008 tarihli ve E. 2008/1869, K. 2008/6353 no'lu kararı, www.kazanci.com).*

¹⁴⁸ Aksi düşünce için Bknz. Beyazıt, s. 303.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağdurunun şikayetçi olmadığı¹⁴⁹ veya şikayetinden vazgeçtiği¹⁵⁰ veya şikayetçi olup davaya katılmak istemediği durumlarda¹⁵¹, yaş küçüklüğü nedeniyle atanan vekilin hükmü kanun yoluna gönderme hakkı yoktur.

¹⁴⁹ Kayden 01.02.1999 doğumlu olup kovuşturma evresinde mahkemece ifadesinin alındığı 01.12.2015 tarihli duruşmada on yedi yaş içerisinde bulunan mağdurenin, olay nedeniyle şikayetçi olmadığını beyan etmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından, vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nun 317. maddesi uyarınca REDDİNE, 07.10.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi (Yargıtay 14. CD.'nin 07.10.2019 tarihli ve E. 2019/5789, K. 2019/11382 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>), Suç tarihinde on altı yaşında olan mağdurenin, ilk derece mahkemesinde verdiği ifadesinde şikayetçi olmadığını beyan etmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığı gibi mahkemece verilen katılma kararı da bu hakkı vermeyeceğinden, vaki temyiz isteminin 5271 sayılı CMK'nun 298. maddesi uyarınca REDDİNE... (Yargıtay 14. CD.'nin 02.03.2021 tarihli ve E. 2020/2543, K. 2021/1732 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

¹⁵⁰ Kayden 07.02.1997 doğumlu olup kovuşturma evresinde ifadesinin alındığı 22.01.2013 günlü duruşmada onaltı yaş içerisinde bulunan mağdurenin, sanık hakkındaki şikayetinden vazgeçtiğini beyan etmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından, vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nun 317. maddesi uyarınca REDDİNE, 14.02.2018 tarihinde oybirliğiyle karar verildi (Yargıtay 14. CD.'nin 14.02.2018 tarihli ve E. 2018/906, K. 2018/1065 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

Kayden 1994 doğumlu olup suç tarihinde on yedi yaş içerisinde bulunan mağdurenin 02.03.2011 tarihli duruşmada sanıktan şikayetçi olmadığını beyan etmesi ve her ne kadar 08.02.2012 günlü celsede şikayetçi olmuş ise de, şikayetten vazgeçmeden rücnunun mümkün olmaması karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından, vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nun 317. maddesi uyarınca REDDİNE... (Yargıtay 14. CD.'nin 10.05.2018 tarihli ve E. 2017/5971, K. 2018/3532 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

¹⁵¹ Zorunlu vekilin kanun yollarına başvurabilmesi için mağdurun katılan sıfatını alması gerekmektedir. Yargıtay mağdurun davaya katılmak istemediği veya bu konuda beyanının alınmadığı durumlarda zorunlu vekilin hükmü temyiz hakkı olmadığı görüşündedir: Kayden 09.05.1993 doğumlu olup kovuşturma evresinde verdiği 04.03.2010 tarihli mahkeme ifadesinde on yedi yaş içerisinde bulunan mağdurenin, olay nedeniyle sanıktan şikayetçi olduğunu ancak davaya katılmak istemediğini beyan etmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından, vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nun 317. maddesi uyarınca REDDİNE... (Yargıtay 14. CD.'nin 05.02.2020 tarihli ve E. 2018/4292, K. 2020/821 no'lu kararı,

Kural olarak bu suç tipi şikayete bağlıdır; ancak suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde ve evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde soruşturma resen yapılacaktır. Aile içi ilişkilerin mağdurun şikayet hakkını özgürce kullanmasını engelleyebileceğinden, suçun kovuşturulmasının resen yapılması yerinde olmuştur.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikayete tabi basit hali bakımından görevli mahkeme, asliye ceza mahkemesidir¹⁵². 01.02.1943 tarihli 1942-39/9 no'lu Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, cezayı ağırlaştırın

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

Kayden 20.09.1996 doğumlu olup kovuşturma evresinde ifadesinin alındığı 13.03.2014 günlü duruşmada onsekiz yaş içerisinde bulunan mağdurenin vekil huzurunda verdiği ifadesinde suça sürüklenen çocuktan şikayetçi olduğunu ancak davaya katılmak istemediğini beyan etmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından, vaki temyiz isteminin 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 317. maddesi uyarınca REDDİNE, 21.06.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi (Yargıtay 14. CD.'nin 21.06.2017 tarihli ve E. 2017/3337, K. 2017/3508 no'lu kararı,

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

Suç tarihinde on altı yaş içerisinde bulunan mağdurenin, kovuşturma evresinde yapılan araştırmalara rağmen temin edilememesinden dolayı mahkemece dinlenilmesinden vazgeçilmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından (Yargıtay 14. CD.'nin 07.06.2021 tarihli ve E. 2017/3532, K. 2021/4095 no'lu kararı,

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>),.

Kayden 01.07.1999 doğumlu olup tashih edilmiş kaydına göre suç tarihinde on yedi yaş içerisinde bulunan mağdurenin, yapılan araştırmalara rağmen temin edilememesinden dolayı mahkemece dinlenilmesinden vazgeçilmesi karşısında, yaş küçüklüğü nedeniyle tayin edilen vekilin hükmü temyize hakkı bulunmadığından, vaki temyiz isteminin ... sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek ... sayılı CMUK'nın 317. maddesi uyarınca REDDİNE, 07.05.2019 tarihinde oy birliğiyle karar verildi... (Yargıtay 14. CD.'nin 07.05.2019 tarihli ve E. 2019/2971, K. 2019/9568 no'lu kararı,

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).

¹⁵² Baytemir bu suç bakımından görevli mahkemenin asliye ceza mahkemesi olduğunu; ancak uygulamada genellikle cinsel ilişkinin “zora dayalı” olarak gerçekleştiği iddia edildiğinden dolayı, bu iddianın araştırılması adına bu suçun yargılama aşamasında yüksek görevli mahkeme olan ağır ceza mahkemesi nezdinde gerçekleştirildiğini haklı olarak ifade etmektedir. Ayrıca yazar, cinsel ilişkinin zora dayalı olarak gerçekleştiğinin iddia edilmesine rağmen yargılamanın asliye ceza mahkemesi nezdinde yapılmış olmasının temyiz ve istinaf aşamasında hükmün bozulmasına sebebiyet verdiğini de belirtmektedir (Baytemir, s. 513).

haller suç, “nitelikli bir suç”a dönüştürmüş ve ağırlaşmış hal için kanunda “bağımsız bir ceza” öngörülmüşse, bu cezaya bakılmak suretiyle mahkemenin görevli olup olmadığının tespiti yapılması gerekeceğinden, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halleri bakımından görevli mahkeme ise ağır ceza mahkemesi olarak karşımıza çıkacaktır.

Yetkili mahkeme ise, suç teşkil eden filin gerçekleştiği, yani cinsel ilişkiye girildiği, yer mahkemesi olarak karşımıza çıkacaktır. Şayet fail bir suç işleme kararı kapsamında aynı mağdura karşı değişik yerlerde bu suç işlemişse, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 12. maddesinin 2. fıkrası gereği son cinsel ilişkinin yaşandığı yer mahkemesi, yetkili mahkeme olarak karşımıza çıkacaktır.

Bu suçta mağdur 15 yaşını doldurmuş çocuk olduğundan, CMK 236/3 uyarınca bu çocuğun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin hazır bulundurulması gerekecektir. Şayet bu suç sebebiyle mağdurun psikolojisi bozulmuşsa, CMK 236/2 uyarınca, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklı kalmak kaydıyla, mağdurun tanıklığına soruşturma veya kovuşturma aşamasında sadece bir defa başvurulabilecektir. Bu suç bakımından 15 yaşını doldurmuş, mağdur çocuğa CMK 234/2 uyarınca istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilecektir.

Bu suçta dava zamanaşımı TCK 66/1-e uyarınca 8 yıldır, uzatılmış dava zamanaşımı süresi ise 12 yıldır. Suçun nitelikli halleri söz konusu olduğunda dava zamanaşımı süresi, TCK 66/1-d uyarınca 15 yıldır, uzatılmış dava zamanaşımı ise 22 yıl 6 aydır. Dava zamanaşımının başlangıç anı, Türk Ceza Kanunu’nun 66. maddesinin 6. fıkrasına göre belirlenecektir¹⁵³. Bu suçun faili kabul ettiğimiz görüş uyarınca 15 yaşını

¹⁵³ Türk Ceza Kanunu’nun 66. maddesinin 6. fıkrasında çeşitli olasılıklara göre dava zamanaşımı süresinin ne zamandan itibaren başlayacağı ifade edilmiştir. Burada özellikle çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağını ifade eden kanun hükmünü bu suç tipi bakımından uygulanma olasılığının yüksek olması sebebiyle hatırlatmakta yarar vardır. Hiç kuşkusuz çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından şayet suçun nitelikli halleri gerçekleşmişse, 15 yıllık dava zamanaşımı süresi çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren başlayacak; ancak suçun basit hali gerçekleşmiş ise, 8 yıllık dava zamanaşımı süresinin çocuğun on sekiz yaşını bitirdiği günden itibaren başlayabilmesi adına mağdur çocuğun şikayet hakkını önceden zamanında kullanmış olması da gerekecektir (Aynı yönde Bknz. Köksal, s. 723).

doldurmuş bir çocuk da olabileceğinden, Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesinin 2. fıkrası uyarınca dava zaman aşımı süresi, normal veya olağanüstü dava zaman aşımı süresinin üçte ikisi olarak ortaya çıkacaktır¹⁵⁴.

CMK 253/3 gereğince, *soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemeyeceğinden*, bu suçta uzlaşmaya gitmek mümkün görünmemektedir¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Olay tarihinde on beş-on sekiz yaş grubunda bulunan suçta sürüklenen çocuğa isnat edilen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenip öngörülen cezanın üst sınırı itibarıyla aynı Kanunun 66/1-e, 66/2. maddelerinde belirtilen 5 yıl 4 aylık olağan dava zaman aşımına tabi bulunduğu ve beraat eden suçta sürüklenen çocuğun mahkeme sorgusunun yapıldığı 07.09.2015 ile inceleme tarihi arasında bu sürenin geçtiği anlaşıldığından, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, aynı Kanunun 322/1 ve 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca münnet suçtan görülen kamu davasının zaman aşımı nedeniyle DÜŞMESİNE, 03.02.2021 tarihinde oy birliğiyle karar verildi (Yargıtay 14. CD.'nin 03.02.2021 tarihli ve E. 2019/4122, K. 2021/890 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>), *Suç tarihinde onbeş-onsekiz yaş grubunda bulunan suçta sürüklenen çocuğun eylemine uyan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde öngörülen cezasının üst sınırı itibarıyla aynı Kanunun 66/1.e, 66/2 ve 67/son maddelerine göre, 8 yıllık asli ve ilave dava zaman aşımına tâbi olduğu ve suç tarihi olan 2007 yılı Temmuz ayı ile karar tarihi olan 04.11.2015 arasında bu sürenin gerçekleştiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması kanuna aykırı, suçta sürüklenen çocuk müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5237 sayılı TCK'nın 7/2 ile 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddeleri gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, ancak bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden suçta sürüklenen çocuk hakkında açılan kamu davasının aynı Kanunun 322. ve 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri uyarınca zaman aşımı sebebiyle DÜŞMESİNE, 18.04.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi (Yargıtay 14. CD.'nin 18.04.2016 tarihli ve E. 2016/1538, K. 2016/3878 no'lu kararı, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>).*

¹⁵⁵ Bu suç uzlaşma kapsamındayken, 19.12.2006 yürürlük tarihli 5560 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle uzlaşma kapsamı dışına çıkarılmıştır. Söz konusu kanun değişikliğinin failin aleyhine olduğundan ve aleyhe olan kanunun geriye yürümesi mümkün olmadığından, söz konusu düzenleme yürürlüğe girmeden önce işlenmiş olan suçlar bakımından uzlaşmaya gidilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur: Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikâyete tabi olup uzlaşma kapsamında kaldığı, 5560 sayılı Yasa ile değişik CMK.nun 253/3. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmekle birlikte eylemin aleyhe düzenleme getiren bu değişiklikten önce gerçekleştiği ve 5237 sayılı TCK.nun 7/2. maddesi dikkate alınarak kovuşturma şartı olan uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiğinden CMK.nun 253 ve 254. maddeleri uyarınca uzlaşma girişiminde bulunulmaması... (Yargıtay 5. CD.'nin

Somut cezanın iki yıl veya daha az hapis cezası olarak ortaya çıktığı durumlarda, hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya cezanın ertelenmesi mümkün görünmektedir¹⁵⁶.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından yaptırımın tatbiki açısından önemli olan bir diğer husus ise, bu suçun basit halinden dolayı haklarında hapis cezası tatbik edilenler cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde koşullu salıverilmeden yararlanabilecekken¹⁵⁷, suçun nitelikli hallerinden dolayı hapis cezasına mahkum olanlar ise cezalarının dörtte üçünü infaz kurumunda çektikleri takdirde koşullu salıverilmeden yararlanabilecektir¹⁵⁸. Ayrıca, bu suçun nitelikli hallerinden mahkum olanlar hakkında cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde kanunda sınırlı sayıda

25.02.2010 tarihli ve E. 2010/631, K. 2010/1537 no'lu kararı, www.lexpera.com)., Sanığın işlediği kabul edilen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu şikâyete tâbi olup uzlaşma kapsamında kaldığı, 5560 sayılı Kanun ile değişik CMK.nın 253/3. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmekle birlikte atılı suçun aleyhe düzenleme getiren bu değişiklikten önce gerçekleştiği ve 5237 sayılı TCK.nın 7/2. maddesi dikkate alınarak kovuşturma şartı olan uzlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiğinden, mağdurenin yargılama aşamasında beyanının tespit edilememesi de gözönünde bulundurularak, mağdurenin olayla ilgili ifadesine başvurulup, CMK.nın 253 ve 254. maddeleri uyarınca uzlaşma girişiminde bulunulduktan sonra hüküm kurulması yerine, yargılamaya devamla yazılı şekilde karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 16.01.2014 tarihli ve E. 2012/2649, K. 2014/405 no'lu kararı, www.lexpera.com). Öğretide Koca/Üzülmez cinsel suçlarda yakışsız pazarlıklara engel olmak, uzlaşma hükümlerinin kötü emellere alet edilmesinin önüne geçmek için bu düzenlemenin yapıldığı görüşündedir (Koca/Üzülmez, s. 380). Suçun şikâyete tabi olduğu bir ortamda bu "yakışsız pazarlıklar" her zaman söz konusu olabilecektir. Kanaatimizce, cinsel suçların uzlaşma kapsamı dışında bırakılmasının temel nedeni toplumun bu suçları işleyenlere duyduğu yoğun tepki kaynaklı olabileceği gibi fail ve mağdurun katılımıyla yürütülen uzlaşma sürecinin mağduru daha da mağdur duruma düşürebileceği endişesi olabilir.

¹⁵⁶ Dairemizce de benimsenen Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.02.2009 tarih, 2008/11-250 Esas ve 2009/13 Karar sayılı kararında; CMK.nın 231/5-c maddesinde geçen zarar kavramının yalnızca maddi zararları ifade etmek için kullanıldığı manevi zararın bu kapsamda değerlendirilemeyeceği belirtilmiş olduğu ve dosyada mağdurenin maddi zararının bulunduğu dair herhangi bir belge ya da bu konuda ileri sürülen bir iddia da bulunmadığı halde, zararın giderilmediğinden ve uzlaşmanın sağlanmadığından söz edilerek anılan gerekçelerle ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi... (Yargıtay 14. CD.'nin 19.01.2012 tarihli ve E. 2011/12610, K. 2012/460 no'lu kararı, www.lexpera.com).

¹⁵⁷ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 107. maddesinin 2. fıkrasının d bendi.

¹⁵⁸ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108. maddesinin 9. fıkrası.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı: Özel Sayı (2022)

sayılmış olan tedavi veya yükümlülüklerden¹⁵⁹ bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilecektir.

SONUÇ

Bugün gelinen noktada, Yargıtay'ın reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından “cinsel ilişki” kavramına verdiği anlamın ne 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nun “kadının da cinsel suçların faili olabileceğini ortaya koyan bakış açısıyla” ne Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Türkiye'nin imzalamış olduğu Uluslararası Sözleşmeler'le korunan “eşitlik ilkesiyle” ne de modern toplum düzenin cinsellikte geldiği aşama ve “cinsel ilişki şekilleriyle” bağdaşmaktadır. Cinsel ilişkinin erkek egemen bir yapı üzerinden anlamlandırılmasının, bu bağlamda diğer cinsiyetlerin cinsel ilişkilerinin dışlanması, cinsel ilişkinin sadece “erkeğin cinsel organının kadınının vajinasına veya anüsüne sokulması veya erkeğin cinsel organın başka bir erkeğin anüsüne sokulması” olarak tanımlanmasının, bu bağlamda erkeğin cinsel organı dışında kalan diğer vücut organlarıyla icra edilebilen (parmak gibi), cisimle (yapay penis gibi) veya oral yolla gerçekleşen cinsel ilişki biçimlerinin dışlanması hukuki bir açıklaması Türk Ceza Kanunu metinlerinde bulunmamaktadır. Kanaatimizce, kanun metinlerinde mevcut bulunmayan bu türden ayrımcılıkların uygulayıcıların zihinlerinde de bulunmaması gerekir. Aynı şekilde kanun metninin açık olduğu “suçun mağdurunun 15 yaşını doldurmuş çocuk olarak tanımlandığı, fail bakımından herhangi bir kısıtlamanın öngörülmediği” bir durumda, kanunun madde başlığında yer alan “reşit olmayan” kelimelerinden hareketle eski içtihatlarla bağlı kalınarak bu suçun faili ve mağduru bakımından yapılan yorumların da hatalı sonuçlar ortaya çıkaracağı açıktır.

Burada sorun sadece kanunu uygulayanlar da değildir. Bu bağlamda kanun koyucuya da bazı önemli görevler düşmektedir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun, açık ve kolay anlaşılır, uygulayıcıların kafasında kuşku yaratmayacak suç tanımlamalarının yapılması önemlidir. Özellikle reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından yazımızda ortaya koyduğumuz

¹⁵⁹ 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 108. maddesinin 9. fıkrasında sınırlı sayıda sayılmış olan tedavi ve yükümlülükler şunlardır: a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak, b) Tedavi amaçlı programlara katılmak, c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak, d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak, e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak, f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak.

doktrindeki görüş farklılıkları dikkate alındığında, suçta ve cezada kanunilik ilkesine uygun, sade, açık, anlaşılır suç tipleri yaratmanın ne kadar önemli olduğu bir kez daha anlaşılacaktır. Aynı şekilde kanun metninde “cebir, tehdit ve hile olmaksızın” şeklinde ortaya çıkan kelime grubu yerine “rızasıyla” tabirinin kullanılması, “cinsel suçlarda direnme yoksa rıza da vardır” şeklinde ortaya çıkan eski bakış açısının ortadan kaldırılması adına önemli bir gelişme olacaktır. Hiç kuşkusuz böyle bir değişikliğin anlamlı olabilmesi için bu değişikliğin Türk Ceza Kanunu’nun 103. maddesinin 1. fıkrasının b bendi ile uyumlu bir biçimde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ancak tüm bunlardan da öte, gerçekleşecek olan esas değişikliğin işin felsefesinde olması elzemdir. Kanun koyucunun “cinsel dokunulmazlık” kavramı yerine “cinsel özgürlük” kavramını hukuken tanımasının zamanı çoktan gelmiştir. Bilindiği üzere cinsel özgürlük kavramı hem kişinin kendi vücudundan özgürce yararlanma ve cinsel tercihlerini özgürce yaşama hakkını hem de başkalarının kendi vücuduna zarar vermesinin engellenmesini isteme hakkını içermektedir. Cinsel özgürlük yerine cinsel dokunulmazlık kavramının kullanılması bireyi süje olmaktan çıkarıp obje konumuna getirme riskini içinde barındırmakta, sanki bireye rağmen bireyin cinselliğini koruyor imajı ortaya koymaktadır. Zaten birey merkezli cinsel özgürlük kavramı daraltılmaya devam edildikçe, çeşitli sebeplerle cinsel tercihlerini özgürce yaşayamayan bireylerin ileride gerçekleşecek cinsel suçların faili ve mağduru olma olasılığı da gittikçe artacaktır. Bu yüzden de unutulmamalıdır ki cinsellik bir dokunulmazlık sorunu değil, bir özgürlük sorunudur. Cinselliğin bir özgürlük sorunu olduğu anlayışıyla, 15 yaşını tamamlamış, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve irade yeteneği gelişmiş olan çocuğun cinsel ilişkiye rızasının “cinsel tercihini özgürce yaşama hakkı” çerçevesi içinde kalıp kalmadığı sorgulanmalı, kanuni düzenlemeler bu sorgulamanın neticesine uygun yapılmalıdır.

Şayet 15 yaşını doldurmuş, algılama ve irade yeteneği gelişmiş çocukların cinsel ilişkiye girme hususunda özgürce tercihte bulunma hakkının olduğu kabul edilecekse, bu hak “amasız fakatsız” tanınmalı, böyle bir suç tipine kanunlarda yer verilmemelidir. Ancak şayet bu çocukların cinsel tercihini özgürce yaşama hakları sınırlandırılmak isteniyorsa, bu hakkın sınırlarının açıkça “çocuğun sömürülmesi” kavramı üzerinden tanımlanması gerekmektedir. Bu yüzden de 15 yaşını doldurmuş çocuğun rızasının “güvene dayalı ilişkilerle” rahatlıkla elde edilebildiği (aile içi ilişkiler-bakım/gözetim ilişkileri gibi) veyahut da “objektif olarak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen sebep niteliğinde olmayan ancak somut olayın koşulları altında sübjektif olarak mağdurun iradesini etkileyen”

durumların suç olarak düzenlenmesi yoluna gidilebilir. Zaten bu günkü yapısı içinde de bu suç tipinin bu amaca hizmet edecek şekilde kullanıldığı görülmektedir. Yani tek başına soyut evlilik vaaadinin objektif manada bir hile teşkil etmediği bir durumda, 15 yaşını doldurmuş çocuk mağdur bakımından söz konusu evlilik vaaadinin mağdurun cinsel ilişkiye girme hususundaki iradesini etkilemesi ve bu sebeple de mağdurun sömürüldüğünü hissetmesi sebebiyle yaptığı şikayet üzerine fail ceza alabilmektedir. Burada önemli olan, 15 yaşını doldurmuş çocuğun hangi durumda sömürülmüş sayılacağına kanuni şartlarının açıkça ortaya konulması ve buna uygun bir suç tipi düzenlemesi yoluna gidilmesidir. Bunu yaparken de cinselliğin insanlar açısından önemli bir ihtiyaç olduğu unutulmadan hareket edilerek, konunun sosyolojik ve psikolojik temelleri de göz önünde tutularak bu suç tipiyle alakalı hukuki düzenlemelerin multidisipliner bir bakış açısıyla ortaya konulmasında yarar olacağı düşüncesiyiz.

KAYNAKÇA

KİTAP VE MAKALELER

- AKBULUT Berrin, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2019, Cilt:14, Sayı: 40.
- AKDAĞ Hale, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2017, Cilt: 5, Sayı: 9.
- AKKAYA Çetin, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara, 2018.
- AKSAKAL Enver, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, İstanbul Barosu Dergisi, Yıl: 2014, Cilt: 88, Sayı: 2.
- ARSLANTÜRK Mustafa, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 6. Baskı, Ankara, 2022.
- ARTUK Emin / GÖKCEN Ahmet / YENİDÜNYA A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2015.
- AYDIN Murat, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. Baskı, Ankara, 2018.
- BAYTEMİR Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara, 2019.
- BEYAZIT Özgür, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl: 2010, Sayı:1.
- ÇAKMUT Özlem Yenerer “Cinsel Şiddet Mağduru Çocuk Kavramı ve Türk Ceza Kanunu’nun Çocuğa Yönelik Cinsel Şiddet Düzenlemelerine Genel Bakış”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2017, Cilt: 22, Sayı:1.

- DOĞAN Recep, “Anlamlı Yanıt Üretilmeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 2017, Sayı:1.
- GENÇ Şura / COŞKUN Seçil, “Ensest”, TBB Dergisi, Yıl: 2013, Sayı: 106.
- KANBUR Mehmet Nihat, “6545 Sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu’nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104)”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, Yıl: 2015, Cilt: 16, , Özel Sayı.
- KARAKUŞ Hatice “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Şikayet Hakkı”, Hukuk Gündemi, Yıl: 2012, Sayı:2.
- KARTAL Pınar Memiş, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK.m.104)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2016, Cilt: 65, Sayı: 4.
- KANTARCI Nurullah, Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2016.
- KOCA Mahmut / BOZKURT Özge / AKAR İbrahim, “Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu”, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Ankara, 2020.
- KOCA Mahmut / ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, 2020.
- KÖKSAL Atacan, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Prof. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Cilt II, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, 2015.
- ÖZBEK Veli Özer / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Bası, Ankara, 2020.
- ÖZEN Mustafa, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 6. Baskı, Ankara, 2021.
- ÖZGENÇ İzzet, "Cinsel Suçlar", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2020, Cilt: 24, Sayı: 1.
- ÖZYÜKSEL Özgün, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ‘Cinsel İlişki’ Kavramı”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2021, Cilt: 9, Sayı: 17.
- PARLAR Ali / ÖZTÜRK Mustafa, Uygulamada Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, İstanbul, 2018.
- PEKER İlbilge Selcen, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Yer Alan Cinsel İlişki Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2021, Cilt: 6, Sayı: 1.
- PEKMEZ Kelep Tuba, “Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen ‘Rızaya Dayalı’ Cinsel İlişkinin

- Cezalandırılabilirliği Sorunu”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2020, Cilt: 8, Sayı: 2.
- POLAT Halil “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2010, Cilt: 5, Sayı: 13.
- SARIGÜL Ali Tanju, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail (TCK m.104)”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2021, Cilt: 25, Sayı: 2.
- SERDAR İlknur, “Koruyucu Aile”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir, 2000.
- SEVÜK Handan Yokuş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2019.
- SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara, 2020.
- ŞARE Ersin “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2019, Cilt: 21, Sayı: 2.
- ŞEN Ersan, “Ensest Mağdurlarından Birisi: Kadın”, in Yorumluyorum-II, 3. Baskı, Ankara, 2014.
- ŞEN Ersan, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişkide Değişiklik Önerisi”, in Yorumluyorum-XII, Ankara, 2016.
- ŞEN Ersan, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki”, Yorumluyorum-XII, Ankara, 2016.
- TANER, Fahri Gökçen Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Bası, 2017.
- TANERİ Gökhan, Cinsel Suçlar, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Ankara, 2021.
- TOROSLU Nevzat / TOROSLU Haluk, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, 2021.
- ÜNVER Yener, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi”, in Yener Ünver (ed), II. Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku” 16/17-05-2013, 2014.
- YENİDÜNYA A. Caner, “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 2005, Sayı: 33.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2009/33?EsasNo=2006%2F17>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/2005/89?EsasNo=2005%2F103>
<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>
<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22languageisocode%22%3A%22FRE%22%2C%22appno%22%3A%2239272/98%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-66079%22%7D>
<https://www-lexpera-com-tr.lproxy.yeditepe.edu.tr/mevzuat/gerekceler/turk-ceza-kanunu-madde-gerekceleri/1>
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>
www.lexpera.com
www.kazanci.com