

Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda Rızanın Hukuki Niteliği

The Legal Nature of Consent in Crimes Against Sexual Freedom

Hasan İBA* 

ÖZ

Rızaya dayalı olarak gerçekleştirildikleri için haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre rıza hukuka uygunluk nedeni iken diğer bir görüşe göre tipiklikle ilgilidir. İki görüş arasında; rızanın geçerlilik koşulları, akıl hastalarının cinsel haklarının sınırları, hukuka uygunluk nedenlerinde subjektif unsur sorunu, suça iştirak ve hata konuları bakımından önemli farklılıklar vardır.

Anahtar Kelimeler: Rıza, Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Akıl Hastalığı, Hata

ABSTRACT

The legal nature of consent is controversial in terms of sexual behaviors which are not wrongful due to consent. According to one view, consent is a justificatory reason while according to another view, it is related to the definition of crime. Between the two views; there are significant differences in terms of the validity conditions of consent, the limits of the sexual rights of the mentally disorder people, the problem of the subjective element of justificatory reasons, participation in crime and mistake.

Keywords: Consent, Crimes Against Sexual Freedom, Mental Disorder, Error

* Dr. Öğretim Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana bilim Dalı, ORCID: 0000-0002-2330-7190.

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hasan İBA

E-posta/E-mail: hiba@erzincan.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 29.04.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 23.06.2023

GİRİŞ

Rıza, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun (TCK) “Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası” başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre; “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*”.

Kişinin cinsel hayatı ile ilgili hakları, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği haklardandır. Ancak her hakkın kendi niteliğinden ve kanundan kaynaklanan sınırlarının olması dolayısıyla kişinin cinselliği ile ilgili hakları da sınırsız değildir. Kişilerin cinsellikleri ilgili haklarına getirilen en temel ve genel sınırlamalar TCK’da yer almaktadır.

TCK’da cinsellik ile ilgili olan suçların bir kısmı, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlıklı bölümde (m. 102-105)¹; diğer bir kısmı ise, “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” başlıklı bölümde (m. 225-227) düzenlenmiştir. “Genel Ahlaka Karşı Suçlar”, TCK’nın “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmında yer almaktadır. Topluma karşı suçlarda, kural olarak, ilgilinin rızası fiilin haksızlık teşkil etmesine engel olmaz.²

TCK’nın “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmında yer alan “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”da ise, rıza bazı durumlarda fiilin haksızlık³ teşkil etmesine engel olmaktadır. Bu tür durumlarda fiilin tipik olmadığı için mi yoksa hukuka uygun olduğu için mi haksız olmadığı tartışmalıdır. Tipik olmadığı için haksız olmayan fiille, tipik olmakla birlikte hukuka uygun olduğu için haksız olmayan fiil arasında hukuki sonuçları itibarıyla çok önemli farklılıklar vardır.

Bu çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, “*rızanın varlığı nedeniyle suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar hangileridir*” sorusuna yanıt aranacaktır; zira rızanın hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu davranışlar bu davranışlardır. İkinci bölümde, tipiklik unsuru olan rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza ayırımı üzerinde durulacaktır. Üçüncü bölümde, rıza nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızayı hukuka uygunluk nedeni

- 1 Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, bu tür fiiller ahlak ve adaba aykırılıktan ziyade kişilerin cinsel özgürlüğü ile ilgilidir. Evlilik öncesi ve sonrası cinselliğe ilişkin toplumun değer yargılarındaki dönüşüm, kadının özgürleşmesi, kişi otonomisinin anayasal güvence altında olması, meselenin genel ahlak ve adaptan ziyade bireysel özgürlüklerle ilgili olduğunu ortaya koymaktadır. Bu yüzden bölüm başlığının “cinsel özgürlüğe karşı suçlar” şeklinde olması gerekirdi. Erdener Yurtcan, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar* (5. Baskı, Seçkin 2021) 9-10; Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Baskı, Seçkin 2017) 67-68; Nur Centel, ‘5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi’ (2012) 25(99) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 269, 271-272. Aksi yönde bkz. İzzet Özgenç, ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi’ (2020) 24(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 251, 287-288.
- 2 Asiye Merve Turanlı Özcan, ‘Ceza Hukukunda İlgilinin Rızası’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018) 146; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler* (15. Baskı, Seçkin 2022) 295.
- 3 Fiil, rıza nedeniyle, suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmese de hukuka aykırı olabilir. Özgenç (n 1) 25. Örneğin, eşlerin üçüncü kişilerle rızaya dayalı cinsel birliktelikleri suç niteliğinde bir haksızlık olmasa da boşanma nedeni olan ve tazminat sorumluluğu gerektiren hukuki bir haksızlıktır. Biz bu çalışmada *haksızlık* kavramını tek başına kullandığımız yerlerde suç niteliğindeki haksızlıkları kast edeceğiz.

olarak kabul eden görüşle, rızayı tipiklik unsuru olarak kabul eden görüş hukuki sonuçları itibarıyla karşılaştırılacaktır. Dördüncü bölümde, bu iki görüşe ilişkin değerlendirmemize yer verilecektir.

I. RIZANIN VARLIĞI NEDENİYLE SUÇ NİTELİĞİNDE HAKSIZLIK TEŞKİL ETMEYEN CİNSEL DAVRANIŞLAR

TCK'nın "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı bölümünde; *cinsel saldırı suçu* (TCK m. 102), *çocukların cinsel istismarı suçu* (TCK m. 103), *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu* (TCK m. 104) ve *cinsel taciz suçu* (TCK m. 105) düzenlenmiştir. Rıza, bu dört suç tipine konu olabilecek davranışların bazıları bakımından haksızlığı engelleme fonksiyonuna haizdir. Örneğin, *reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda* rıza bazı durumlarda haksızlığı engellerken bazı durumlarda engellememektedir.

Rıza bağlamında cinsel davranışlar ikiye ayrılır:

(1) Rızanın varlığı nedeniyle suç niteliğinde haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar: Bu davranışların üç kategorisi vardır:

- on sekiz yaşını tamamlamış kişilere yönelen cinsel davranışlar⁴,
- on beş yaşını tamamlamış, algılama ve irade yeteneği⁵ bulunan çocuklara yönelen cinsel ilişki boyutuna ulaşmamış cinsel davranışlar,
- evlenmeyle reşit olan çocukla⁶ cinsel ilişki⁷.

Çocukların kendi aralarındaki rızaya dayalı cinsel davranışların (örneğin, ikisi de on beş yaşını tamamlamamış, ikisi de on beş yaşını tamamlamış ya da biri on beş yaşını tamamlamamış diğeri

4 On sekiz yaşını tamamlamış akıl hastalarının durumu rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmada kabul edilecek görüşe göre farklılık arz etmektedir. Aşağıda "Rızanın Geçerliliği Bakımından" başlığı altında detaylı olarak bu tartışma üzerinde duracağız. Keza evli kişiler bakımından bu suçun oluşup oluşmadığı, başka bir ifadeyle evli kişiler bakımından rızanın varlığının ya da yokluğunun bir öneminin olup olmadığı meselesi de tartışmalıdır. Bu tartışmaya da aşağıda, "On Sekiz Yaşını Tamamlamış Kişilere Yönelen Cinsel Davranışlar" başlığı altında detaylı olarak yer vereceğiz.

5 Algılama ve irade yeteneği suç tiplerine göre değişkenlik gösterebilir. Örneğin, *hırsızlık suçu* (TCK m. 141) bakımından algılama ve irade yeteneğine sahip olan çocuk, cinsel suç bakımından bu yeteneğe sahip olmayabilir. Bu yüzden bizim burada algılama ve irade yeteneğinden kastımız, çocuğun kendisine yönelen cinsel davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını buna göre yönlendirme yeteneğidir. TCK m. 103/1-b'de on beş yaşını tamamlamış çocuklarla ilgili olarak algılama yeteneğinden söz edilmiş ancak irade yeteneğinden söz edilmemiştir. Kanaatimizce, düzenleme bu yönüyle yerinde değildir. Çocuk cinsel davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılasa da örneğin *nemfomani* hastası ise iradesini yönlendiremeyebilir. TCK m. 103'de akıl hastalığından söz edilmemiştir. Cinsel davranışın mağdurunun akıl hastası olması, TCK m. 102'de cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul edilmiştir. TCK m. 103'de irade yeteneğinden söz edilmemesi, kanaatimizce, örnekteki *nemfomani* hastası çocuk bakımından kanunun hangi maddesinin (TCK m. 102, 103 veya 104) uygulanacağı sorunu gündeme getirmektedir.

6 Bir kimsenin ya reşit ya da çocuk olabileceği dolayısıyla *reşit olan çocuk* ifadesinin terminolojik olarak sorunlu olduğu düşünülebilir. Ancak, ÇKK m. 3/1-a'ya göre çocuk, "*daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi*" olarak tanımlandığı için, terminolojik olarak, *reşit olan çocuk* kavramının ceza hukuku bakımından sorunlu olmadığını düşünüyoruz.

7 Öğretide *reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu* düzenleyen TCK m. 104'ün içeriğinde reşit olmaktan söz edilmediği için reşit çocukla rızaya dayalı cinsel ilişkisinin suç teşkil ettiğini ileri süren bir görüş olduğu gibi, düzenlemenin amacından hareketle *evlilikle reşit olma* ve *mahkeme kararı ile reşit olma* arasında ayırım yapan bir görüş de vardır. Aşağıda "Reşit Çocukla Cinsel İlişki" başlığı altında detaylı olarak bu tartışma üzerinde duracağız.

on beş yaşını tamamlamış iki çocuk arasındaki cinsel ilişkinin) suç teşkil edip etmediği meselesi tartışmalıdır.⁸ Ancak bu tartışma rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmadan bağımsız olduğu için çocukların kendi aralarındaki cinsel davranışlara, rıza nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranış kategorileri arasında yer vermedik. Zira bu tartışmada fiilin suç teşkil etmediğini ileri süren görüş kabul edilse dahi bu görüşü savunan yazarlara göre, fiilin suç teşkil etmemesinin yegâne nedeni rızanın varlığı değildir. Söz konusu yazarlar, yaşa ve ilgili suç tiplerinin formülasyonuna dayanan çeşitli argümanlarla fiilin suç teşkil etmediği sonucuna ulaşmaktadırlar.

(2) Rızaya rağmen haksızlık teşkil eden cinsel davranışlar: Yukarıda yer verilen üç kategorinin dışında kalan cinsel davranışlar bakımından rızanın varlığı ya da yokluğu fiilin haksızlık niteliğini etkilemez.

Çalışmanın devamında rızanın varlığı nedeniyle suç niteliğinde haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranış kategorilerini ele alacağız. Gayemiz, rızanın hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu cinsel davranış kategorilerini ortaya koymak olduğu için cinsel suçları tek tek; fail, mağdur, fiil vb. yönleri itibariyle incelemeyeceğiz. Keza, hangi davranışların söz konusu üç kategoriye dâhil olduğunu da kazuistik olarak ortaya koymayacağız. Zira bu mümkün değildir; çünkü “cinsel davranış” kavramı başka bir ifadeyle neyin cinsellikle ilgili olduğu, toplumdaki değer yargılarına göre değişkenlik gösterdiği gibi, bu değer yargılarının kendisi de zamanla değişebilmektedir; bu yüzden hangi davranışların cinsel suçlara vücut verdiği önceden kesin bir şekilde belirlenemez.⁹

8 Özbek/Doğan/Bacaksız'a göre, çocukların ikisi de on beş yaşını tamamlamamışsa her biri kendi fiili dolayısıyla faildir; aynı durum reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK m. 104) bakımından da geçerlidir; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2022) 385.

Malkoç'a göre, ikna eden suçun failidir. İsmail Malkoç, *Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları* (1. Baskı, Malkoç Kitabevi 2005) 156. Bu görüş ispat güçlüğüne yol açacağı gerekçesi ile eleştirilmektedir. Bkz. Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı* (1. Baskı, DR Yayınları 2014) 158.

Tezcan/Erdem/Önok'a göre, çocukların cinsel istismarı suçunda (TCK m. 103) çocuklardan ikisi de on beş yaşın altında ise veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda (TCK m. 104) çocukların ikisi de on beş yaşını tamamlamış, algılama ve irade yeteneğine sahip çocuklarsa fiil suç teşkil etmez; çocuklardan biri on beş yaşını tamamlamışsa ve diğeri on beş yaşın altında ise on beş yaşını tamamlamış çocuk faildir. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Rifat Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Baskı, Seçkin 2022) 458-459; Farklı gerekçelerle aynı yönde bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzümler, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Adalet 2022) 426; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Gazi Şerhi* (3. Baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı 2006) 806; Nurullah Kantarcı, *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (1. Baskı, Adalet 2016) 116-117; Sinan Kocaoğlu, *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105)* (1. Baskı, Yetkin 2016) 405; Mahmut Koca, Özge Bozkurt ve İbrahim Acar, 'Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu' iç Mahmut Koca (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a Armağan* (Seçkin, 2020) 664-665.

9 “Cinsel davranış” kavramı çok boyutlu dinamik bir kavramdır. Bu kavramın, psikolojik ve antropolojik boyutu olduğu gibi, cinsellik kültürel bir fenomen olduğu için aynı zamanda sosyolojik bir boyutu da vardır. Taner (n 1) 94.

“Cinsel davranış” kavramının dinamik yapısı, sosyolojik bir kavram olmasından kaynaklanmaktadır. Bir toplum açısından cinsel anlamı olan bir davranış başka bir toplum bakımından cinsel kabul edilmeyebilir. Bununla birlikte belirlilik ilkesi dolayısıyla öğretilerde “cinsel davranış” kavramına yönelik çeşitli ölçütler ileri sürülmektedir.

Objektif ölçüte göre, fail cinsel saikle hareket etmese dahi davranış objektif olarak cinselse bu suç oluşur. Taner (n 1) 107; Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 419; Yener Ünver, “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi” iç *II. Türkiye – Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu* (2013) 37-38.

Sübjektif ölçüte göre, cinsel davranıştan söz edilebilmesi için failin cinsel amaçla hareket etmesi gerekir. Yurtcan (n 1) 12; Nur Centel ve Hamide Zafer, ‘Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)’ iç Mahmut Koca (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a*

A. ON SEKİZ YAŞINI TAMAMLAMIŞ KİŞİLERE YÖNELEN CİNSEL DAVRANIŞLAR

Cinsel davranışlar, temas içeren ve temas içermeyen cinsel davranışlar şeklinde iki genel kategoriye ayrılır. Yetişkinlere yönelen ve bedensel temas içermeyen cinsel davranışlar, koşulları oluşmuşsa, TCK m. 105'in birinci cümlesinde yer verilen *cinsel taciz suçuna* vücut verir.¹⁰

Yetişkinlere yönelen bedeni temas şeklindeki cinsel davranışlar ise, koşulları oluşmuşsa, TCK m. 102'de düzenlenen *cinsel saldırı suçuna* vücut verir. Bedeni temas şeklindeki cinsel davranış, aniye ve belli bir yoğunluğa ulaşmamışsa *sarkıntılıktan* söz edilir.¹¹ *Sarkıntılık*, *cinsel saldırı suçunun* daha hafif cezayı gerektiren şeklidir. TCK m. 102/2'de yer verilen "*vücuda organ veya cisim sokma*" şeklindeki cinsel davranış ise, bizim de katıldığımız görüşe¹² göre, *cinsel saldırı suçunun* daha fazla cezayı gerektiren nitelikli şeklidir.¹³ Anlaşılacağı üzere, TCK m. 102'de, *sarkıntılık* (cinsel saldırı

Armağan (Seçkin 2020) 242; Muhammet Emre Tulay, 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçun Eşe Karşı İşlenmesi' (2020) 8(16) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 507, 510.

Madde gerekçesine göre, birinci fıkra bakımından sübjektif ölçüt, ikinci fıkra bakımından ise, objektif ölçüt esas alınmalıdır: "*Maddenin birinci fıkrasında, cinsel saldırı suçunun temel şekli tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için, cinsel arzuların tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi gerekir. (...) Maddenin ikinci fıkrasında, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hâli olarak tanımlanmıştır.bu fıkrafta tanımlanan nitelikli hâlin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir.*" Öğretide bazı yazarlar gerekçede olduğu gibi ilk fıkra bakımından failde cinsel arzuların tatmin amacının olması gerektiğini, ikinci fıkra bakımından ise, *objektif ölçütün* esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Koca ve Üzülmüş, *Ceza Özel* (n 8) 385.

10 Koca ve Üzülmüş, *Ceza Özel* (n 8) 433; Selman Dursun, 'Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış' (2014) 9(24) Ceza Hukuku Dergisi 57, 61; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (20. Baskı, Adalet 2022) 381; Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 423.

11 Sarkıntılığa; belinden tutarak sarılma, yanaktan makas alma, mağdura sürtünerek geçme, kalçaya dokunma gibi fiiller örnek verilebilir. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 383; Handan Yokuş Sevik, '6545 sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar da Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2015) 3(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 120, 126.

Sarkıntılık, cinsel tacizden ağır, cinsel saldırı suçunun temel halinden hafif olan cinsel davranışları kapsar. Sarkıntılığın cinsel tacizden ayrırak objektif olarak kolaydır. Zira *cinsel taciz suçunda* temas yokken *sarkıntılıktan* temas vardır. Sarkıntılığın *cinsel saldırı suçunun* temel halinden ayrırak ise zordur. Zira *sarkıntılık* kavramını tanımlamak için başvuru, "ani", "yoğunluk derecesi az", "kesintili" gibi ifadeler muğlak ifadelerdir. Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 423.

Yurtcan'a göre, *sarkıntılıktan* ne anlaşılması gerektiği yeterince açık olmadığı için TCK m. 102/1'deki düzenleme yerinde değildir. Yurtcan (n 1) 11. *Özbek/Doğan/Bacaksız'a* göre de düzenleme yerinde değildir; bu tip fiillerin cinsel taciz olarak değerlendirilmesi gerekirdi. *Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler* (n 8) 338.

12 *Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler* (n 8) 339; Taner (n 1) 162; Koca ve Üzülmüş, *Ceza Özel* (n 8) 387; Sevik (n 11) 122; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 385; Centel ve Zafer (n 9) 227; Mehmet Emin Alşahin, 'Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)' iç Mahmut Koca (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a Armağan* ed. Mahmut Koca (Seçkin 2020) 857.

Yargıtay da bu görüştedir: "*cinsel saldırı ayrı bir suç olmayıp basit cinsel saldırı suçunun nitelikli halidir*" Yargıtay 14 CD, E 2019/313 K 2019/10951 K, 19.09.2019.

TCK m. 102/2'de "*fiilin vücuda organ ve sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi*" denmektedir. "Fiilin" ifadesi, TCK m. 102/1'e gönderme yapmaktadır. Yani TCK m. 102/1'de tanımlanan suç tipine ilave bir unsur (vücuda organ veya sair bir cisim sokulması) eklenmiştir. Madde gerekçesine göre de, "*maddenin ikinci fıkrasında, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hâli olarak tanımlanmıştır.*"

13 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 424; Centel (n 1) 275; Ünver (n 9) 39-40; Kocaoğlu (n 8) 166. Zeki Hafizoğulları, 'Beşeri Cinsellik ve Yeni Ceza Kanunu' <<http://www.abchukuk.com/cezahukuku/cinsel-suclar.html>> Erişim Tarihi 23 Şubat 2023.

Tezcan/Erdem/Önok'a göre, vücuda organ veya cisim sokma bağımsız bir suç tipi olarak kabul edilmezse bu suçta teşebbüste sorunla karşılaşır. Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 424.

suçunun hafif hali), *sarkıntılığ*ı aşan fakat vücuda organ veya cisim sokma boyutuna ulaşmayan *cinsel davranışlar* (cinsel saldırı suçunun temel hali) ve *vücuda organ veya cisim sokma* (cinsel saldırı suçunun ağır hali) şeklinde üç grup cinsel davranış yer almaktadır.¹⁴

On sekiz yaşını tamamlamış kişilere yönelen cinsel davranışlarda rıza, hem TCK m. 105'te yer verilen *cinsel taciz suçu* bakımından hem de TCK m. 102'de yer verilen *cinsel saldırı suçunun* hafif, temel ve nitelikli şekli bakımından haksızlığın oluşmasını engeller.

Rızanın hukuki niteliğinin tartışmalı olduğu cinsel davranışların kategorisini tespit bakımından, “eş”¹⁵ durumu önem arz etmektedir. Zira *cinsel saldırı suçu*, eşe karşı işlenmiyorsa eşe yönelen cinsel davranışlar bakımından rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmanın bir önemi yoktur; bu ihtimalde eşe yönelen cinsel davranışlar ceza hukukunun kapsamı dışında kalmaktadır.

TCK m. 102/1'de eşe ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. TCK m. 102/2'ye göre; “*Bu fiilin [vücuda organ veya sair cisim sokma] eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağduru şikâyetine bağlıdır*”. TCK m. 102/2'deki düzenlemeye rağmen eşin *cinsel saldırı suçunun* mağduru olup olamayacağı meselesi öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, cinsel davranış “normal”¹⁶ ise, eşin rızası olsun ya da olmasın fiil *cinsel saldırı suçuna* vücut vermez; fail koşulları oluşmuşsa *yaralama* (TCK m. 86) veya *kötü muamele* (TCK m. 232) gibi

TCK m. 102/2'yi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak niteleyen bazı yazarlar, fail TCK m. 102/2'deki fiili hedeflemiş olsa dahi vücuda kısmen ya da tamamen organ ya da cisim sokmamışsa failin TCK m. 102/2'ye teşebbüsten değil, TCK m. 102/1'in tamamlanmış şeklinden sorumlu olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. Taner (n 1) 236; Koca ve Üzülmöz, *Ceza Özel* (n 8) 397; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 388; Soner Demirtaş, ‘Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs’ (2021) 25(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 381, 399.

TCK m. 102/2'yi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli bir hal olarak niteleyen ve bu nitelikli hale teşebbüs edilebileceğini ileri süren yazarlar için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 8) 350; Centel ve Zafer (n 9) 240-241.

14 Centel ve Zafer (n 9) 225.

15 “Eş” kavramından medeni hukuk hükümlerine göre, aralarında evlenme akti kurulan kişileri anlamak gerekir. Taner (n 1) 92; Kocaoglu (n 8) 136; Centel ve Zafer (n 9) 233.

Yargıtay da bu görüştedir: “*Maddede geçen eş tabiri Medeni Kanun hükümlerine göre kurulan evlilik birliği içindeki erkek ve kadın olarak anlaşılmalıdır*”. Yargıtay CGK, E 2017/938 K 2018/119, 27.03.2018.

Koca/Üzülmöz'e göre, dini nikâhlı ya da nikâhsız karı-koca ilişkisi içerisinde olanları da bu kapsama dâhil etmek gerekir. Koca ve Üzülmöz, *Ceza Özel* (n 8) 378.

16 Bu görüşü savunan yazarlar, “normal ilişki” ifadesinden neyi anlamak gerektiği sorusunu açık bir şekilde yanıtlamamaktadırlar. Söz konusu yazarlar, madde gerekçesinde yer verilen “tıbbi ve hukuki sınırlar” ifadesine dayanmaktadırlar. Bkz. Koca ve Üzülmöz, *Ceza Özel* (n 8) 379. Madde gerekçesinden hareketle yazarların kullandığı “normal ilişki” kavramını, *tıbbi ve hukuki sınırlar içerisinde kalan cinsel davranışlar* şeklinde tanımlayabiliriz. Fakat, bu tanım da deskriptif değildir; dolayısıyla “*hangi cinsel davranışlar normaldir*” sorusunu her cinsel davranış bakımından yanıtlamaktan uzaktır. “Normal” kavramı, toplumsal değer yargılarına bağlı olarak zamanla değişkenlik gösterebilir. Bu gün “anormal” olarak görülen bir cinsel davranış gelecekte “normal” görülebilir. Bu yüzden kavramın kendi doğası gereği deskriptif olmadığı açıktır. Bununla birlikte söz konusu yazarların en azından eserlerini kaleme aldıkları zaman için geçerli olan “normal” den hareketle “normal ilişki” ifadesini daha net bir şekilde ortaya koymalarında yarar vardır. Fakat bunun da zor olduğunu *her cinsel davranış bakımından* kesin ve objektif bir şekilde “normal” kavramının tanımlanamayabileceğini göz önünde bulundurmak gerekir. Örneğin, kocanın karısının cinsel organına kendi cinsel organını sokması elbette “normal ilişki” olarak nitelenebilir. Keza anal ilişki de, kolaylıkla, “anormal ilişki” olarak nitelenebilir. Ancak, cinsel davranışlar vajinal ya da anal birleşmelerden ibaret değildir. Oral seksin ya da cinsel objelerin kullanılmasının “normal ilişki” kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususundaki toplumsal uzlaş,

diğer suçlardan sorumlu olur.¹⁷ Bu görüşün dayanak noktaları, evlilik kurumunun doğası ve cinsel saldırı suçunun gerekçesinde yer verilen “*fiili ve hukuki sınırlar*” ifadesidir.¹⁸

Diğer bir görüşe göre, TCK m. 102'nin lafzı dolayısıyla eşin *cinsel saldırı suçunun* hem basit hem de nitelikli şeklinin mağduru olabileceğini kabul etmek gerekir.¹⁹

Üçüncü görüşe göre ise, eşin rızasının olmaması, *cinsel saldırı suçunun* TCK m. 102/1'deki temel şekline vücut vermez; ancak vücuda organ veya sair cisim sokulmuşsa fiil suç teşkil eder.²⁰ Yargıtay, bu görüşü kabul etmektedir.²¹

Bize göre de eş *cinsel saldırı suçunun* hem basit hem de nitelikli şeklinin mağduru olabilir. Kişinin cinselliği üzerindeki haklarının önem derecesi ve TCK m. 102'nin lafzı dolayısıyla cinsel davranış *sarkıntılık* düzeyinde dahi olsa, *cinsel saldırı suçu* eşe karşı işlenebilir. TCK m. 102/1'de eş durumuna değinilmemesinin nedeni, maddenin formülasyonu ile ilgilidir. TCK m. 102/1'de şikâyet koşuluna yer verildiği için ayrıca eşin şikâyetinden söz edilmemiştir.²² *Cinsel saldırı suçunun* TCK m. 102/2'de yer verilen nitelikli şekli ise resen kovuşturulabilmektedir. Eş durumundan bu fıkrada bahsedilmesinin nedeni, fiilin resen kovuşturulabilir olmasına istisna getirmektir.²³ Dolayısıyla, TCK m. 102/2'de eşten söz edilirken TCK m. 102/1'de eşten söz edilmemiş olması, eşin *cinsel saldırı suçunun* TCK m. 102/1'de yer verilen temel ve hafif şeklinin mağduru olamayacağını göstermez. Ancak bu durum, evlilik kurumunun doğasının cinsel özgürlüğe karşı suçlarda hiçbir öneminin olmadığı anlamına da gelmez. Mağdurun eş olması, TCK m. 30'da düzenlenen hata

kanaatimizce, vajinal ve anal ilişkinin aksine yeterince net değildir.

17 Koca ve Üzülmüş, *Ceza Özel* (n 8) 379. Normal-anormal ilişki ayrımı yapmamakla birlikte eşin rızasının bulunmadığı durumlarda cinsel saldırı suçunun oluşmayacağı hakkında ayrıca bkz. Tulay (n 9) 517-518. Koca/Üzülmüş'e göre bu fiil, kanunun “Aile Düzenine Karşı Suçlar” bölümünde ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmelidir. Koca ve Üzülmüş, *Ceza Özel* (n 8) 379.

18 Madde gerekçesine göre; “evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır”.

19 Ünver (n 9) 30-31; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 8) 357; Yurtcan (n 1) 12; Taner (n 1) 90; Dursun (n 10) 65; Kantarcı (n 8) 58; Sevük (n 11) 129.

20 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 375; Kocaoğlu (n 8) 122 ve 139; Centel ve Zafer (n 9) 233; Alşahin (n 12) 862; Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 402-403.

21 “...resmî nikahlı eşinin, kendisiyle rızasına aykırı olarak, 2008 yılında zincirleme biçimde cinsel ilişkiye girdiğini belirttiği, 03.04.2015 tarihinde ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Erişkin Adli Kurulunca düzenlenen heyet raporunda katılan mağdurenin ruh sağlığının bozulduğunun, var olan bozulmanın kalıcı olduğunun ve sanığın 2008 yılında gerçekleştirmiş olduğu eylemler neticesinde bozulmanın gerçekleştiğinin müatalaa edildiği anlaşılan olayda; 2008 yılındaki eylemler nedeniyle katılan mağdurenin ruh sağlığında bozulma meydana gelmiş olması, söz konusu suçun takibinin resen yapılması, bu nedenle 05.05.2013 tarihinde katılan mağdurenin sanığa yönelik şikâyetinin ihbar mahiyetinde bulunması ve söz konusu ihbardan sonra suçun Cumhuriyet savcısı tarafından resen soruşturulmasının gerekmesi, 28.06.2014 tarihli ve 29044 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun’un 58. maddesiyle yapılan değişiklik sonucu 5237 sayılı TCK’nın 102/5. maddesinde düzenlenen beden veya ruh sağlığının bozulmasına ilişkin fıkraya madde metninde yer verilmemiş ise de söz konusu fıkranın yürürlükte bulunduğu tarihte adli mercilere dava zaman aşımı süresi içerisinde intikal etmiş olması hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde mağdurenin sanık hakkındaki şikâyetinin ihbar niteliğinde ve bu nedenle süresinde olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır”. Yargıtay CGK, E 2017/1193 K 2022/392, 26.05.2022.

22 Taner (n 1) 91; Dursun (n 10) 65; Kantarcı (n 8) 158.

23 Taner (n 1) 91; Dursun (n 10) 65; Kantarcı (n 8) 158.

kurumu bakımından önemlidir. Evlilik kurumunun doğasında cinsellik vardır. Bir eş ötekinin rızası olduğu hususunda kolaylıkla yanılabilir. Rızanın tipiklikle ilgili olduğunu ileri süren görüşe göre, bu durumda hata kaçınılabilir olsa dahi, cinsel özgürlüğe karşı suçların taksirli hali suç olarak düzenlenmediği için hataya düşen eşin fiili suç teşkil etmez. Rızanın hukuka uygunluk nedeni olması ihtimalinde ise, TCK m. 30/3'e göre, failin hatasından yararlanabilmesi için hatanın kaçınılmaz olması gerekir.²⁴ Evlilik kurumunun doğası hatanın kaçınılmaz olup olmadığına ilişkin değerlendirmede şüphesiz büyük önem arz eder.²⁵

Evli çocukların durumu da üzerinde durulması gereken bir diğer meseledir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) 124. maddesine göre; *“Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. Hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir”*. Evli çocuk üçüncü bir kişinin cinsel davranışına rıza göstermiyorsa, *çocukların cinsel istismarı suçu* (TCK m. 103) oluşur.²⁶

Tartışmalı olan, evli çocuğun rıza göstermediği cinsel davranışın çocuğun eşinden sadır olmasıdır. Bu ihtimalde bir görüşe göre²⁷, eş durumu TCK m. 102/2'de düzenlendiği için TCK m. 102; diğer bir görüşe göre²⁸, kanunun açık lafzı dolayısıyla, TCK m. 103 esas alınmalıdır. Üçüncü bir görüşe göre ise, bu konuda bir ayırım yapmak gerekir; cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebep varsa çocuk eşe yönelen cinsel davranış, TCK m. 103'te yer verilen *çocukların cinsel istismarı suçuna* vücut verir. Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebep yoksa fiil suç teşkil etmez.²⁹ Yargıtay³⁰ ve Anayasa Mahkemesi³¹, TCK m. 102'nin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.

24 Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasının hukuki niteliği tartışmalıdır; bazı yazarlara göre, hata kaçınılabilir olsa dahi cinsel suçların taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için fiil suç teşkil etmez. Aşağıda “Hata Bakımından” başlığı altında detaylı olarak bu mesele üzerinde duracağız.

25 Hatanın kaçınılabilir olup olmaması değerlendirmesinde somut olaydaki koşullar nazara alınır. Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 372. Eşlerden biri ötekinin cinsel davranışlarda bulunmasını istemediğini önceden bildirmişse ya da eşler arasında ayrılık, kavga vs. varsa hatanın kaçınılabilir olduğu söylenebilir.

26 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 463-464; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 8) 362; Kartal (n 8) 148. Yargıtay da bu görüştedir: *“Bu sebeple onsekiz yaşını bitirmeksizin ergin olan mağdurlara karşı;Eşi dışında başka bir kişi tarafından vücuduna organ veya sair cisim sokmak suretiyle bir suç işlenmesi durumunda 5237 sayılı Kanunun 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturacağı...”* Yargıtay 14. CD, E 2014/582 K 2014/14622, 22.12.2014.

27 Taner (n 1) 293; Ünver (n 9) 41; Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (2. Baskı, Adalet 2017) 290-293.

28 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 464; Kartal (n 8) 148; Doğan Soysalan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Yetkin 2016) 245; Mustafa Artuç, *Kişilere Karşı Suçlar* (1. Baskı, Adalet 2008) 640-641; Kocaoğlu (n 8) 284; Dursun (n 10) 66.

29 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 8) 362-363.

30 *“On sekiz yaşını bitirmeksizin ergin olanlara karşı; a) Eşi tarafından vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle bir suç işlenmesi durumunda 5237 sayılı Kanunun 102/2. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırısuçunun oluşacağı...”* Yargıtay 14. CD, E 2014/582 K 2014/14622, 22.12.2014.

31 *“Türk Medeni Kanunu'nda, erkek veya kadının onyediyedi yaşını doldurmadıkça evlenemeyeceği, ancak olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine hâkimin izin verebileceği belirtilmiştir. Bu anlamda, kişinin onsekiz yaşını doldurmadan önce evlenebilmesinin koşullarının Türk Medeni Kanunu'nda düzenlendiği ve buna uygun olarak gerçekleşen evlilikler yönünden itiraz konusu kuralda öngörülen suçun işlenebilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Kaldı ki evli kişilerin cinsel davranışlarla eşlerinin vücut dokunulmazlığını ihlâl etmesi, Türk Ceza Kanununun 102. maddesinde, takibi şikayete bağlı olan ayrı bir suç olarak öngörülmüştür”*. Anayasa Mahkemesi, E 2015/43 K 2015/101, 12.11.2015.

Mesele, TCK m. 102'ye göre ele alındığında, *cinsel saldırı suçunun* eşe karşı işlenip işlenemeyeceğine ilişkin bir önceki paragrafta üzerinde durduğumuz tartışma evli çocuklar için de önemli hale gelmektedir. Yani sorun, TCK m. 102'ye göre çözümlenirse ve TCK m. 102'deki suçun mağdurunun eş olamayacağını ileri süren görüş kabul edilirse evli çocuk bakımından rızanın varlığının ya da yokluğunun (*dolayısıyla rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmanın*) bir önemi olmamaktadır.

Kanaatimizce, evli çocuğun rıza göstermediği cinsel davranış, TCK m. 103'te düzenlenen *çocukların cinsel istismarı suçuna* vücut verir. TCK m. 6'ya göre, “*çocuk deyiminden; henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi*” anlaşılmalıdır. Konu ile ilgili çok daha açık bir düzenleme, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda (ÇKK) yer almaktadır. ÇKK m. 3/1-a' ya göre; “*çocuk: daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi*” ifade eder. İlgili düzenlemeler karşısında, “*olması gereken*” açısından sorunlu olsa da “*olan*”; evli çocuğun rıza göstermediği cinsel davranışın TCK m. 103'te düzenlenen *çocukların cinsel istismarı suçuna* vücut vermesidir. Üstelik, TCK m. 102/2'nin aksine TCK m. 103'te şikâyet koşuluna yer verilmediği için evli çocuğun rıza göstermediği cinsel davranışın resen kovuşturulabilir olduğunu kabul etmek gerekir.³²

B. ON BEŞ YAŞINI TAMAMLAMIŞ, ALGILAMA VE İRADE YETENEĞİ BULUNAN ÇOCUĞA YÖNELEN CİNSEL İLİŞKİ DIŞINDAKİ CİNSEL DAVRANIŞLAR

Çocuklara yönelen cinsel davranışlar da yetişkinlerde olduğu gibi, temas içeren ve temas içermeyen cinsel davranışlar şeklinde iki genel kategoriye ayrılır:

Çocuklara yönelen bedensel temas içermeyen cinsel davranışlar, TCK m. 105'e göre, *cinsel taciz suçuna* vücut verir. Çocuk, on beş yaşını tamamlamamışsa veya on beş yaşını tamamlamakla birlikte maruz kaldığı fiili algılama yeteneği gelişmemişse çocuğun rızası olsun ya da olmasın fiil TCK m. 105'te düzenlenen *cinsel taciz suçuna* vücut verir.³³ On beş yaşını tamamlamış, maruz kaldığı fiili algılama yeteneğine sahip olan çocuk bedeni temas içermeyen cinsel davranışa rıza göstermişse fiil suç teşkil etmez; bu durumda rızanın haksızlığı engelleme fonksiyonu vardır.

On beş yaşını tamamlayan, maruz kaldığı fiil bakımından algılama ve irade yeteneği gelişmiş olan çocuğa yönelen cinsel davranış bedene temas etme şeklinde de olabilir. Bu çocuklar bakımından bedensel temas içeren cinsel davranışları, cinsel ilişki boyutuna ulaşan ve ulaşmayan cinsel davranışlar şeklinde ikiye ayırmak gerekir.

32 Aynı yönde bkz. Soyaslan (n 28) 245.

33 Özgenç'e göre, TCK m.105/1 hükmü karşısında “orta bir yol” izlemek gerekir; cinsel taciz suçunun çocuk mağduru, on beş yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmiş çocuklardır. Diğer çocuklara yönelik cinsel davranışlar sözlü de olsa, *çocukların cinsel istismarı suçu* (TCK m. 103) kapsamında değerlendirilmelidir. İzzet Özgenç, 'Cinsel Suçlar' (2020) 24(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 257, 262-263.

TCK m.105/1'deki düzenlemede “çocuk” terimi kullanılmıştır. TCK m. 6'ya göre çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişidir. Kanaatimizce, kanunilik ilkesi gereği, TCK m.105/1'in fail aleyhine sonuç doğuracak şekilde dar yorumlanmaması gerekir. Kanun koyucu yaş grupları arasında bir ayırım yapmak isteseydi çocukların cinsel istismarı suçunda yaptığı gibi çocuğun mağdur olduğu cinsel taciz suçunda da çocuklar arasında yaş kategorilerine göre bir ayırım yapabilirdi.

Cinsel davranış, cinsel ilişki boyutuna ulaşmışsa TCK m. 104'te yer verilen *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu* oluşur.³⁴ *Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda* mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstermesi, fiilin haksızlık teşkil etmesine engel olmaz. Bu suçta rızanın fonksiyonu, haksızlığı engellemek değil, haksızlığın niteliğini değiştirmektedir. *Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda* çocuğun rızası, normalde *cinsel istismar suçuna* vücut veren fiilin hukuki niteliğini değiştirerek kovuşturulması şikâyet koşuluna bağlanmış başka bir haksızlığa (*reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna*) vücut verir.³⁵

On beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği olan çocuğun rıza gösterdiği davranış cinsel ilişki boyutuna ulaşmamışsa rızanın varlığı fiilin haksızlık teşkil etmesine engel olur.³⁶

Sonuç olarak çocuklara yönelik ve bedensel temas içeren cinsel davranışlarda kural, rıza olsa dahi fiilin haksızlığını engellememesidir. Ancak bu kuralın iki istisnası vardır:

(1) On beş yaşını tamamlamış, fiil bakımından algılama ve irade yeteneği olan çocuğa yönelik cinsel davranış cinsel ilişki boyutuna ulaşmamışsa çocuğun rızası fiilin haksızlık teşkil etmesine engel olur.³⁷

(2) Evlenmeyle reşit olan çocuk cinsel ilişkiye rıza göstermişse fiil haksız değildir (*İlk istisnaya ilişkin olarak öğretide bir tartışma yoktur. İkinci istisnaya konu davranışların haksızlık teşkil edip etmediği hususu ise tartışmalıdır. Kuralın istisnası olarak kabul etmemizden de anlaşılacağı üzere, bize göre, evlenmeyle reşit olan çocukla cinsel ilişki haksız değildir. Bu konuya ilişkin tartışmalara ve görüşümüzün dayanaklarına aşağıda "Reşit Çocukla Cinsel İlişki" başlığı altında detaylı olarak yer vereceğiz*).

Birinci istisna bakımından rızanın haksızlığı engelleme fonksiyonunda belirleyici olan kavram, "cinsel ilişki" kavramıdır. TCK m. 102/2'de ve TCK m. 103/2'de, "vücuda organ veya cisim sokmak" ifadesi kullanılmasına rağmen TCK m. 104'te "cinsel ilişki" ifadesi kullanılmıştır. Erkeğin tenasül organının anüse ya da vajinaya sokulması suretiyle gerçekleşen birleşmenin cinsel ilişki olduğu hususunda tereddüt yoktur. Ancak, örneğin, cinsel organın ağza sokulması veyahut anüse ya da vajinaya obje, parmak vs. sokulması, TCK m. 104'te yer verilen "cinsel ilişki" kavramına dâhil midir? Dâhil değilse, bu tür cinsel davranışlar bakımından rıza haksızlığı engelleme işlevine sahiptir. Dâhilse, rızanın varlığı bu tür cinsel davranışların haksızlığını engellemez. Örneğin, Yargıtay'a göre cinsel ilişki, erkek cinsel organının bir kadına anal veya vajinal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan sokulmasıdır³⁸;

34 On beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte algılama ve irade yeteneği gelişmemiş olan veya gelişmiş olmakla birlikte iradesi tehdit, cebir, hile vb. nedenlerle fesada uğratılmış çocuklar üzerinde gerçekleşen cinsel davranışlar ise cinsel ilişki boyutuna ulaşmamış olsalar dahi TCK m. 103'te düzenlenen *çocukların cinsel istismarı suçuna* vücut verilir. *Çocukların cinsel istismarı suçunda* (TCK m. 103) rızanın haksızlığı engelleme fonksiyonu yoktur. Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 471.

35 TCK m. 104'ün ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen hallerde şikâyet koşulu aranmaz. İlgili düzenlemeler şu şekildedir: "(2) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir. (3) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükümlenir".

36 Aynı yönde bkz. Taner (n 1) 322; İlhan Üzülmöz, 'Çocukların Cinsel İstismarı Suçu' (2009) 4(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25, 34.

37 Taner (n 1) 322; Üzülmöz (n 36) 34.

38 "Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK'nın 104. maddesinde belirtilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak anlaşılması karşısında..." Yargıtay 14. CD, E 2018/7624 K 2019/7727, 28.02.2019.

yani Yargıtay’a göre, ağza cinsel organ sokmak, *reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna* vücut vermez.³⁹ Öğretide, ağza cinsel organ sokulmasının bu suça vücut vereceğini kabul eden yazarlar⁴⁰ olduğu gibi aksi görüşte olan yazarlar⁴¹ da vardır. Keza Yargıtay’ın *cinsel ilişki* tanımından taraflardan en azından birinin erkek olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Taraflar kadınsa, örneğin on sekiz yaşını tamamlamış bir kadın, on beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği olan bir çocuğun vajinasına ya da anüsüne çocuğun rızasıyla cisim sokarsa bu suç oluşmaz. Bu mesele öğretide de tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁴² taraflar kadınsa *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu* oluşmazken diğer bir görüşe göre⁴³ oluşur.

Biz, “cinsel ilişki” kavramının anlamı konusunda, *Ünver*’in görüşüne katılıyoruz. *Ünver*’e göre düzenlemedeki “cinsel ilişki” kavramını, “*vücuda organ ve ya sair cisim ‘dühulu’ olarak*” anlamak gerekir.⁴⁴ Kanaatimizce, kanun koyucunun TCK m. 102’de yer verdiği “*organ veya sair cisim sokma*” teriminden TCK m. 104’te ayrılmasının nedeni çocuğun rızasıdır. TCK m. 102/2’deki suçta mağdurun rızası yoktur. “İlişki” ifadesi karşılıklı irade uyuşmasını ifade etmektedir. TCK m. 104’te “cinsel ilişki” kavramının kullanılmasının nedeni, “organ veya sair cisim sokma” fiilinin TCK m. 102/2 ve 103/2’den farklı olarak rızaya dayalı olarak gerçekleşmesidir. “Cinsel ilişki” kavramının bu şekilde anlaşılması, TCK m. 102/2 ve 103/2 ile TCK m. 104 arasında terim birliği sağlaması bakımından yerinde olacağı gibi, yetişkin bir kadının on beş yaşını tamamlamış çocuğa yapay cinsel organ ya da parmak sokması örneğinde olduğu gibi bu suç tipiyle korunmak istenen hukuki değeri ihlal sonucunu doğurabilecek nitelikteki fiilleri kapsamı bakımından da yerinde olacaktır.

C. REŞİT ÇOCUKLA CİNSEL İLİŞKİ

Bir üst başlıkta, çocuklara yönelen cinsel davranışlarda kural olarak rızanın haksızlığı engelleme fonksiyonunun olmadığını; ancak bu kuralın on beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneğine sahip çocuklar bakımından iki istisnasının olduğunu belirterek ilk istisna üzerinde durduk. İkinci istisnaya (evlenmeyle reşit olan çocukla cinsel ilişki) müstakil olarak bu başlık altında yer vermemizin nedeni, bu konunun ilk istisnaya nazaran öğretide çok daha tartışmalı olmasıdır.

Bir görüşe göre, on beş yaşını tamamlamış maruz kaldığı fiil bakımından algılama ve irade yeteneğine sahip olan çocuk, mahkeme kararıyla ya da evlenmeyle reşit olmuşsa davranış cinsel ilişki boyutuna ulaşsa dahi rıza davranışın haksız olmasını engellemez.⁴⁵

39 “Rızasıyla mağdurun ağzına cinsel organ sokmak şeklinde gerçekleşen eylemlerin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı” Yargıtay 14. CD, E 2018/6208 K 2020/2863, 1.7.2020.

40 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 403; Kocaoğlu (n 8) 414.

41 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 487; Taner (n 1) 373.

42 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 482; Taner (n 1) 368; Kocaoğlu (n 8) 408.

43 Ünver (n 9) 43; Kantarcı (n 8) 140. *Özbek/Doğan/Bacaksız*, bu suçun failinin kadından erkeğe yönelik olarak işlenebileceğini belirtmiş, kadından kadına yönelen fiiller açısından net bir açıklama yapmamıştır. *Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler* (n 8) 384.

44 Ünver (n 9) 48.

45 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 486; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 404; Kartal (n 8) 131; Kocaoğlu (n 8) 413.

Diğer bir görüşe göre, ister mahkeme kararıyla ister evlenmeyle reşit olsun çocukla cinsel ilişki suçtur.⁴⁶ Bu görüş Ünver tarafından savunulmaktadır. Ünver'e göre, TCK m. 104'ün madde başlığında yer verilen "reşit olmayan" ifadesine madde metninde yer verilmemesi nedeniyle çocuk reşit olsa dahi çocukla cinsel ilişki, *reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna* vücut verir.⁴⁷ Çocuğun evli olması ve eşiyle rızayla cinsel ilişkiye girmesi dahi Ünver'e göre bu suça vücut verir.⁴⁸ Bu durumun sorun teşkil ettiğini belirten Ünver'e göre düzenlemede değişiklik yapılması gerekir.

Bizim de katıldığımız üçüncü görüşe göre, bir ayırım yapmak gerekir: Cinsel ilişkiye rıza gösteren çocuk evlenmeyle reşit olmuşsa fiil suç teşkil etmez; çocuk mahkeme kararı ile reşit olmuşsa *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu* oluşur.⁴⁹ TCK m. 104'te mağdur, "reşit olmayan çocuk" olarak değil, "on beş yaşını bitirmiş çocuk" olarak tanımlanmıştır. Madde başlığı metne dâhil olmadığından, Ünver'in de haklı olarak belirttiği gibi, on beş yaşını bitirmiş olan çocuğun reşit olması mağdur olmasını engellemektedir. Ancak evlilikle reşit olan çocuğun durumu bakımından Ünver'in görüşüne katılmıyoruz. Evlilik ilişkisinin doğasında cinsellik vardır. Kanun koyucu koşulları oluşturduğunda çocuğun evlenmesine izin vermek suretiyle bu çocuğun cinsel özgürlüğü üzerinde tasarruf edebileceğini de kabul etmiş olmaktadır. Evlilikle reşit olan çocuğun değil üçüncü kişiler, eşiyle dahi rızayla cinsel ilişkiye girmesini suç olarak nitelemek, evlilik kurumunun hukuki niteliğiyle bağdaşmadığı gibi başka sorunlara da yol açabilir. Örneğin, evli çocuk eşiyle çeşitli sağlık sorunları nedeniyle (erekte olamama, vajinismus vb.) cinsel ilişkiye giremiyorsa evli çifti tedavi ederek cinsel ilişki kurmalarını sağlayan doktorun fiili de (eşle rızayla cinsel ilişki *reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna* vücut veriyorsa) iştirak hükümleri gereği haksızlık teşkil eder.

II. GENEL OLARAK RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ceza hukukunda rızanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre (monist teori), rıza tipikliğin bir unsuru iken diğer bir görüşe göre (düalist teori), rıza kural olarak hukuka uygunluk nedeni olmakla birlikte TCK m. 141/1'de düzenlenen *hırsızlık* ya da TCK m. 116/1'de düzenlenen *konut dokunulmazlığının ihlali suçlarında* olduğu gibi bazı suçlarda suç tipinin bir unsurudur.⁵⁰

Monist Teorinin temel dayanak noktası, rızanın diğer hukuka uygunluk nedenlerinden nitelik olarak farklı olmasıdır. Diğer hukuka uygunluk nedenlerinde ihlal edilen hukuki değerle korunan hukuki değer arasında çatışma vardır.⁵¹ Hukuka uygunluk nedenini düzenleyen norm bakımından tipik olan fiil, zorunlu olarak ceza normu bakımından da tipik olmaktadır. Örneğin, meşru savunma halinde

46 Ünver (n 9) 46.

47 Ünver (n 9) 46.

48 Ünver (n 9) 46.

49 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 8) 388; Taner (n 1) 368-369. *Koca/Üzülmez*, mahkeme kararı ile ergin kılınmaya değinmemiş, evlilikle reşit olanlar bakımından ise suçun oluşmayacağını kabul etmiştir. *Koca ve Üzülmez, Ceza Özel* (n 8) 427.

50 Meral Ekici Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza* (1. Baskı, On İki Levha 2012) 70 vd.; Özcan (n 2) 36 vd.

51 Şahin (n 50) 79; Özcan (n 2) 38-39; Muhammed Demirel, 'Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza' (2020) 28(3) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1469, 1490; Özcan (n 2) 38-39.

insan öldürmede, fiil hem kasten öldürmeyi düzenleyen normun (TCK m. 81), hem de somut olayda meşru savunmanın unsurları gerçekleştiği için meşru savunmayı düzenleyen normun (TCK m. 25/1) tipine uygun olmaktadır.⁵² Suç tiplerini düzenleyen ceza normları ve hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen izin normları davranış normlarının kategorileridir.⁵³ Davranış normlarının ortak gayesi, bir takım hukuki değerleri korumak suretiyle düzenin tesisi ve sürekliliğini sağlamaktır.⁵⁴ Somut olaydaki bir hukuka uygunluk nedeni bakımından tipik olan fiil, bir yandan söz konusu hukuka uygunluk nedeni ile korunmak istenen hukuki değeri korurken öte yandan ceza normu bakımından da tipik olduğu için ceza normuyla korunmak istenen hukuki değeri de ihlal eder. Örneğin meşru savunma halinde öldürmede, saldıranın hayat hakkıyla savunanın/savunulananın hayat hakkı arasında çatışma vardır.

Monist Teoriye göre, rızada ilgili, fiilin yöneldiği hakka ilişkin olarak hukuk düzeni tarafından kendisine verilen tasarruf serbestisini kullanmaktadır; burada bir ihlal yoktur; aksine hakkın kullanılması söz konusudur.⁵⁵ Örneğin, burnuna estetik yaptıran kişinin bir hakkı ihlal edilmemekte aksine kişi mutlu kılınmakta, kendi imajını başka bir deyişle kişiliğini gerçekleştirmektedir.⁵⁶

Monist Teori taraftarlarının hukuka uygunluk nedenlerini karakterize eden menfaat çatışmasının rızada söz konusu olmadığı, bu yüzden rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilemeyeceği şeklindeki argümanına, öğretilerde rızada da menfaat çatışması olduğu ancak diğer hukuka uygunluk nedenlerinden farklı olarak rızadaki menfaat çatışmasının dışsal değil, içsel olduğu şeklinde karşıt bir argümanla yanıt verilmektedir.⁵⁷ Karşıt argümana göre, rızanın haksızlığı engellediği suçlarda, hangi menfaatinin ötekenden üstün olduğu konusunda değerlendirme yapma yetkisi, rıza açıklama yetkisine sahip olana bırakılmıştır; ilgili, menfaatleri arasındaki çatışmayı içsel olarak değerlendirmekte, fayda-maliyet analizi yapmakta ve ihlal edilen menfaatten feragat etmektedir.⁵⁸ Örneğin, bacağı kesilmediğinde hayatını kaybedecek kişinin rızası üzerinde gerçekleşen tıbbi müdahale haksız değildir. Örnekte, hastanın vücut bütünlüğüne ilişkin hakkı ile yaşama hakkı arasında çatışma olmuş ve hasta yaşama hakkı karşısında vücut bütünlüğüne ilişkin hakkından feragat etmiştir.

Öğretilerde *varsayılan rıza* olarak adlandırılan hukuka uygunluk nedeninde de aynı durum söz konusudur. Varsayılan rıza, ilgilinin iradesinin öğrenilemediği durumlarda, *yanıt verebilseydi fiile rıza gösterirdi* şeklindeki bir tahmine dayanmaktadır.⁵⁹ Varsayılan rızanın tipik örneği, kaza geçirdiği

52 Hasan İba, 'Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2022) 101-102.

53 İba, 'Hukuka Uygunluk' (n 52) 248; Kazimierz Opalek, 'Norm and Conduct, the Problem of the 'Fulfillment' of the Norm', (1971) 14(53-54) *Logique et Analyse* 111, 111.

54 İzzet Özgenç, 'Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)' (1996) 5(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan) 443, 447-448.

55 Şahin (n 50) 80; Özcan (n 2) 39; Koca ve Üzülmez, *Ceza Genel* (n 2) 292; Markus D Dubber and Tatjana Hörnle, *Criminal Law-A Comparative Approach* (Oxford University Press 2014) 468; Kai Ambos, Stefanie Bock, 'Germany' in Alan Reed and Michael Bohlander (eds), *Consent (Domestic and Comparative Perspectives)* (Routledge 2016) 262.

56 Alman hukukunda *Roxin*'in başını çektiği bir grup yazar tarafından monist teorinin savunulduğu hakkında bkz. Şahin (n 50) 78 vd.

57 Özcan (n 2) 44; Şahin (n 50) 44 vd.; Neslihan Göktürk, 'Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon' (2016) 7(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 407, 438-439.

58 Özcan (n 2) 44; Demirel (n 51) 1493.

59 Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2022) 345; Zeynel Temel Kangal, 'Ceza Hukukunda

için bilinci yerinde olmayan hastanın derhal ameliyat edilmezse hayatını kaybedecek olmasıdır.⁶⁰ Bu örnekte, ameliyatın yapılmasının hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Örnekte dikkat edilecek olursa hastanın yaşama hakkı ve vücut dokunulmazlığı üzerindeki hakkı arasında bir çatışma vardır. Yaşama hakkı daha üstün olduğu için hastanın fiile rıza göstereceği varsayılmaktadır.⁶¹

Rızanın suç tipinin bir unsuru olduğunu ileri süren bir diğer Teori, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisidir. Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin Monist Teoriden farkı, Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisinin yalnızca rızayı değil; meşru savunma, görevin ifası gibi fiilin haksızlık teşkil etmesine engel olan diğer tüm hukuka uygunluk nedenlerini tipikliğe dâhil etmesidir.⁶² Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisine göre, haksızlığın tipiklik ve hukuka aykırılık şeklinde iki unsuru yoktur; fiil tipikse aynı zamanda haksızdır.⁶³ Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi, cezalandırılabilir fiilin tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluk şeklindeki üç basamaklı yapısını, tipiklik ve kusurluluk şeklinde iki basamaklı bir yapıya indirgemektedir. Cezalandırılabilir fiilin yapısına ilişkin bu kabulün en önemli sonucu, failin kastının hukuka uygunluk nedenlerini de kapsayacak şekilde genişlemesidir.⁶⁴ Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini savunan yazarlar üç temel gerekçeye dayanmaktadır:

(I) Davranışa ölçü olmayan önermeler norm olarak nitelenemezler; hukuka uygunluk nedenlerinde örneğin, meşru savunmada muhatap kendini savunup savunmama, rızada maruz kaldığı fiile onay verip vermeme, hakkın icrasında hakkını kullanıp kullanmama serbestisine sahiptir.⁶⁵ İlgilinin serbestisini kullanıp kullanmaması sorumluluğuna yol açmamaktadır. Davranış normları, davranışları yönlendirme kabiliyetine sahip önermeleridir. Bu tür önermeler, “yap” ya da “yapma” uyarısı içerirler. Hukuka uygunluk nedenlerinde davranışın yönü belli olmadığından hukuka uygunluk nedenleri ayrı bir norm kategorisi teşkil etmezler; hukuka uygunluk nedenleri ceza normlarının çerçevesini çizen; yani ceza normlarının içeriğine dâhil olan unsurlardır.⁶⁶

Varsayılan Rıza' (2011) 15(4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 223, 223-251. Kungal'a göre, varsayılan rızanın ayırıcı özelliği şudur: rıza suç tipinde bir unsur olarak yer alsada dahi, varsayılan rıza fiilin tipik olmasını engellemez; yani varsayılan rıza her durumda bir hukuka uygunluk nedenidir. Kungal, 225.

Öğretide varsayılan rıza kavramını “uydurma” bir kavram olarak niteleyen yazarlar da vardır. Söz konusu yazarlara göre, öğretilde varsayılan rıza olarak nitelenen durumlar ekseriyetle görevin ifası ya da hakkın icrasındır. Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 299. Aynı yönde bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin 2022) 382 vd.

60 Kungal (n 59) 224-225; Demirbaş (n 59) 345; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin 2022) 353.

61 İlhan Gülel, *Tıbbi Müdahaleye Rıza* (1. Baskı, Seçkin 2018) 165. Varsayılan rıza olarak adlandırılan hukuka uygunluk nedeninin üstün menfaatin korunması esasına dayandırıldığı hakkında bkz. Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 298.

62 Şahin (n 50) 65-66.

63 Ragıp Barış Erman, ‘Yanılganın Ceza Sorumluluğuna Etkisi’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2006) 324; Buket Abanoz ‘Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021) 127; İba, ‘Hukuka Uygunluk’ (n 52) 261.

64 Selahattin Keyman, ‘Tipiklik ve Ceza Hukuku’ (1980) 37 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 59, 90; İba, ‘Hukuka Uygunluk’ (n 52) 253.

65 Ali Şahin Kılıç, ‘Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020) 177; İba, ‘Hukuka Uygunluk’ (n 52) 5; Alf Ross, *Directives and Norms* (Routledge and Kegan Paul 1968) 120; Audun Stolpe, ‘A Theory of Permission Based on the Notion of Derogation’ (2010) 8(1) *Journal of Applied Logic* 97, 99.

66 Ross (n 65) 120; Stolpe (n 65) 99.

(2) Her *hak* muhatabı bakımından bir yükümlülük yaratır.⁶⁷ Örneğin, yaşama hakkı dolayısıyla herkes başkasının yaşama hakkını ihlal edecek fiillerden kaçınmakla yükümlüdür. Hukuka uygunluk nedenlerinde ise, muhatabın böyle bir yükümlülüğü yoktur (*örneğin, meşru savunmanın koşulları oluşmuşsa başkasının yaşama hakkını ihlal etmeme yükümlülüğü yoktur*); yükümlülük olmadığı için ihlal de yoktur.⁶⁸ Bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerine ceza normları dışında bağımsız bir norm statüsü tanıyan ve buna gerekçe olarak da biri ihlal edilen, diğeri korunan iki menfaat arasında çatışma olduğunu ileri süren görüş yanlıştır.

(3) “*Fiil hukuka uygundur*” önermesi ile “*fiil hukuki bir değeri ihlal etmiştir*” önermeleri birbirleri ile bağdaşmaz; hukuka uygun olan bir fiilin bir hukuki değeri ihlal ettiğinden söz edilemez.⁶⁹

Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisi çeşitli nedenlerle eleştirilmektedir:

(1) Tipik olmadığı için haksız olmayan fiille, tipik olmakla birlikte hukuka uygun olduğu için haksız olmayan fiil arasında değer farkı vardır.⁷⁰ İlkinde, ceza normuyla korunmak istenen bir hukuki değer ihlali yoktur; ikincisinde ise, bir hukuki değer ihlali vardır; ancak ihlal haksız değildir. Örneğin, bir sineğin öldürülmesi ile meşru savunma halinde bir insanın öldürülmesi aynı şey değildir; iki durumda da fiil haksız değildir; ancak iki fiil arasında bir değer farkı vardır; bu değer farkı, ikinci durumda – *meşru savunma nedeniyle haksız olmasa da* – fiilin yaşama hakkını ihlal etmesidir.⁷¹

(2) Hukuka uygunluk nedenleri suç tipine dâhil edilirse, *kanunilik ilkesi* gereği hukuka uygunluk nedenlerinin de yazılı hukukta yer alması gerekir.⁷² Ancak öğretilerde birçok yazar, yazılı hukuk dışında da hukuka uygunluk nedenlerinin olabileceğini kabul etmektedir.⁷³ Örneğin, 765 sayılı Kanun döneminde rıza, hem öğreti hem de uygulama tarafından, kanunda yer almayan bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir.⁷⁴ Keza yürürlükteki 5237 sayılı Kanun döneminde *yükümlülükler çatışmasında* üstün olan menfaati koruyan yükümlülüğün yerine getirilmesi öğretilerdeki bazı yazarlar tarafından kanun üstü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir.⁷⁵

67 Wesley Newcomb Hohfeld ‘Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning’ (1913) 23 (1) The Yale Law Journal, 16, 31-32

68 Robert Mullins ‘Moral Conflict and the Logic of Rights’ (2020) 17 (3) Philosophical Studies 633, 637; Russ Shafer-Landau, ‘Specifying Absolute Rights’ (1995) 37 (4) Arizona Law Review 209, 222.

69 Mullins (n 68) 637; Shafer-Landau (n 68) 222.

70 Judith Jarvis Thomson, *The Realm of Rights* (1st edition, Harvard University Press 1990) 84; Joel Feinberg, ‘Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life’ (1978) 7(2) Philosophy and Public Affairs 93, 102.

71 Hans Welzel, ‘Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als Legislatorisches Problem’ (1955) 67(2) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 196, 211.

72 George P. Fletcher, ‘The Nature of Justification’ in Stephen Shute et. al. (eds), *Action and Values in Criminal Law* (Clarendon Press, 2003) 175, 181.

73 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 284; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (22. Baskı, Seçkin 2022) 257-258; Göktürk, ‘Yasal Tanımında’ (n 57) 423. Aksi yönde bkz. Nurullah Kunter, *Suçun Kanuni Unsurları* (Köksal bayraktar v.d.) (2. Baskı, Der Yayınları 2022), 149.

74 Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım* (2. Cilt) (12. Baskı, Beta 1999) 28 vd.

75 Sami Selçuk, ‘Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Görevlerin/Yükümlülüklerin Çatışması ve Yargıtay Kararları’ (2010) 5(45) Terazi Hukuk Dergisi 87, 87; Pınar Bacaksız, ‘Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması’, (2013) 8(21) Ceza Hukuku Dergisi 119, 137; Ziya Koç, ‘Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışmasının Hukuki Niteliği ve Görünüş şekilleri’ 2021) 25(4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 573, 578.

(3) Hukuka uygunluk nedenleri niteliğine uygun düştükleri her suç tipi bakımından sonuç doğururlar. Örneğin, meşru savunma hukuka uygunluk nedeni; öldürme, hırsızlık, yaralama vs. gibi niteliği itibarıyla uygun olduğu her suç tipi bakımından sonuç doğurur. Bu nitelikleri dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri, geniş ve soyut kavramlarla tanımlanırlar. Hukuka uygunluk nedenleri suç tipine dâhil edilirse *belirlilik ilkesi* gereği bu durum sorun teşkil eder.⁷⁶

Türk öğretisinde, bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla, ne Monist Teoriyi ne de Tipikliğin Negatif Unsurları Teorisini savunan bir yazar vardır. Türk öğretilerine göre, kural olarak, rıza bir hukuka uygunluk nedeni olmakla birlikte bazı suçlar bakımından tipikliğin bir unsuru olabilmektedir (Dualist görüş).⁷⁷ İstisnai bir görüş Ünver tarafından ileri sürülmektedir. Ünver'e göre, rızanın tipte mi ilişkili olduğu yoksa bir hukuka uygunluk nedeni mi olduğu sorusunun yanıtı, kabul edilecek hareket teorisine göre değişkenlik gösterir; Gai Hareket Teorisi kabul edilecek olursa subjektif unsurlar suçun tipine dâhil olacağından rıza da suç tipinin bir bileşeni olur; Gai Hareket Teorisi kabul edilmez ve failin subjektif gerçekliği kusurluluk içerisinde konumlandırılırsa rıza hukuka aykırılıkla ilgili olmaktadır.⁷⁸

Biz de düalist görüşe katılıyoruz. TCK'da rıza, "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı bölümün 26. maddesinde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde "*maddenin ikinci fıkrasında hukuka uygunluk nedeni olarak rıza düzenlenmiştir*" demek suretiyle rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğu açıkça ifade edilmiştir. Rızanın varlığı nedeniyle haksız olmayan davranışlar bakımından rıza, kural olarak, bir hukuka uygunluk nedenidir. Bununla birlikte bazı suç tiplerinde "rızası olmaksızın" (TCK m.101/1), "rızası olmak koşuluyla" (TCK m.99/5), "rızasına aykırı olarak" (TCK m.116/1) gibi ifadeler yer verilmektedir. Bu tip suçlarda rıza tipiklik unsurudur. Tipiklik unsuru olan rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza ayırımının aşağıda detaylı olarak üzerinde duracağımız üzere, rızanın geçerlilik koşulları ve hata konuları başta olmak üzere önemli sonuçları vardır.

III. RIZANIN VARLIĞI NEDENİYLE HAKSIZLIK TEŞKİL ETMEYEN CİNSEL DAVRANIŞLAR BAKIMINDAN RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM

A. ÖĞRETİDEKİ DURUM

1. Rızanın Hukuka Uygunluk Nedeni Olduğunu İleri Süren Görüş

Hukuka uygunluk nedeni olan rıza iki öncüle dayanır:

(1) Rıza tipte yer almıyorsa ve

(2) İlgili, fiilin yöneldiği hak üzerinde mutlak surette tasarruf yetkisine sahipse; *rıza bir hukuka uygunluk nedenidir*.

76 Fletcher, "The Nature" (n 72) 181; Paul H. Robinson, *Criminal Law Defenses Vol. 1* (1st edition, West Publishing 1984) 159-60.

77 Özgenç, (n 59) 364; Koca ve Üzülmöz, *Ceza Genel* (n 2) 292; Demirel (n 51) 1475.

78 Yener Ünver, 'Türk Tıp Hukukunda Rıza' (2006) 3(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 227, 227-228.

Türk öğretisindeki hâkim görüşe göre, rıza nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza bir hukuka uygunluk nedenidir.⁷⁹ Bu görüşü kabul eden yazarların ekseriyeti neden bu görüşü kabul ettiklerine ilişkin detaylı açıklamalara çalışmalarında yer vermemektedir. Kanaatimizce, yazarların görüşlerini gerekçelendirmeye ihtiyaç duymamalarının nedeni, söz konusu davranışlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olan rızanın yukarıda aktarılan iki öncülünün de gerçekleşiyor olmasıdır:

(1) Rızanın varlığı halinde haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışların konu olduğu suç tiplerinde rızanın yokluğuna bir unsur olarak yer verilmemiştir.⁸⁰ Kanunilik ilkesi gereği suç tipinde yer almayan bir unsur suçun tipine dâhil edilemez.

(2) Söz konusu davranışlar bakımından ilgilinin cinsel özgürlüğü üzerinde tasarruf yetkisi vardır.

İstisnaen, *Tezcan/Erdem/Önok*, hakim görüşü kabul etme nedeni olarak ilave bir argüman ileri sürmektedir. Yazarlara göre, suç tipinin maddi unsurlarında hatayı düzenleyen TCK m. 30/1 dolayısıyla rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek gerekir; aksi halde, cinsel suçların taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için kaçınılabilir hatada cezalandırma boşlukları ile karşılaşılır.⁸¹

79 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 442; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 8) 347; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (5. Baskı, Us-a Yayıncılık 2016) 160; Centel ve Zafer (n 9) 244; Centel (n 1) 276; Özcan (n 2) 133; Ünver (n 9) 38; Ali Parlar ve Meltem Banko, *Cinsel Suçlar* (1. Baskı, Adalet 2014) 9; 120; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* 3. Cilt (2. Baskı, Adalet 2014) 3339; Mustafa Arslantürk, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar* (5. Baskı, Seçkin 2019) 124; Çetin Akkaya, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (1. Baskı, Adalet 2018) 91; Yusuf Pakır, *Cinsel Saldırı Suçu* (1. Baskı, Adalet 2018) 120; Erdal Baytemir, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (1. Baskı, Adalet 2019) 101; Ziya Koç 'Rızanın Varlığında Hatanın Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Değerlendirilmesi' (2020) 15(42) Ceza Hukuku Dergisi 229, 256-257; Remzi Gündüz, *Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (2. Baskı, Bilge Yayınevi 2017) 41.

80 On beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği gelişmiş çocuklara ilişkin olarak TCK m. 103/1-b'de "*cebiri, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden*", TCK m. 104'te ise "*cebiri, tehdit ve hile olmaksızın*" ifadelerine yer verilerek suretiyle dolaylı olarak rızadan söz edilmiştir. Ancak bu ifadeler rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızanın hukuki niteliğine ilişkin sorunu çözümlenmemektedir. Zira TCK m. 104'ye yer verilen ifade esasen haksızlığı engellemekte haksızlığın niteliğini değiştirmektedir. TCK m. 104, cinsel ilişki şeklindeki haksızlığa özgü olduğundan cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan cinsel davranışlar TCK m. 103 ve TCK m. 104'teki düzenlemeler dolayısıyla haksızlık teşkil etmez. TCK m. 103 ve 104, TCK m. 102'ye göre özel niteliktedir. TCK m. 102'de yaşa ilişkin düzenleme yoktur. TCK m. 103 ve 104 olmasa fail hakkında TCK m. 102 uygulanırdı. Bu yüzden on beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği olan çocuğun rıza gösterdiği cinsel ilişki boyutuna ulaşmamış davranışlar haksızlık teşkil etmese de bu davranışlar bakımından rızanın hukuki niteliği sorunu varlığını korur. Kanaatimizce, bu davranışları TCK m. 102 bağlamında değerlendirmek gerekir ve TCK m. 102 bakımından rızanın hukuki niteliği tartışmalıdır.

81 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 442.

2. Rızanın Tipiklik Unsuru Olduğunu İleri Süren Görüş

Bu görüş, şuan itibariyle azınlıkta görünse de öğretilerde hâkim görüş olma eğilimindedir.⁸² Örneğin, Koca/Üzülmez eserlerinin önceki baskılarında⁸³ *cinsel saldırı suçunda* rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmekteyken, söz konusu eserlerinin son baskısında⁸⁴ rızayı tipiklik unsuru olarak kabul etmişlerdir.

Öğretilerde cinsel özgürlüğe karşı suçlarda rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar TCK m. 102’de düzenlenen *cinsel saldırı suçu* ekseninde yapılmaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, TCK m. 102’nin lafzında rızanın yokluğuna bir unsur olarak yer verilmemesi dolayısıyla, rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğunu ileri süren yazarlar (*Tezcan/Erdem/Önok* hariç) ilave argümanlarla görüşlerini temellendirmeye ihtiyaç duymamışlardır. Bu durum, rızayı tipiklikle ilişkilendiren yazarlar bakımından ise, ters yönde bir etki yaratmıştır. Kanunilik ilkesinin ceza hukukunun en temel ilkelerinden birisi olması ve TCK m. 102’nin lafzında rızadan açıkça söz edilmemesi dolayısıyla, rızanın tipiklikle ilişkili olduğunu ileri süren yazarlar, TCK m. 102’nin lafzını rızayı da kapsayacak şekilde genişleten argümanlar ileri sürmektedir. Söz konusu yazarların çeşitli gerekçelerle rızayı TCK m. 102’nin lafzına dâhil etme çabalarının nedeni, kanaatimizce, rızanın tipiklik unsuru olarak kabul edilmesini gerektiren çok güçlü teorik gerekçelerin olmasıdır. Bu yüzden rızanın tipiklik unsuru olduğunu ileri süren yazarların dayandıkları gerekçeleri, kanuni gerekçeler ve teorik gerekçeler şeklinde iki gruba ayırmak gerekir.

Rızanın tipiklik unsuru olduğunu ileri süren yazarların ileri sürdüğü kanuni gerekçeler:

(1) TCK m. 102’de rızaya yer verilmemesinin nedeni, suç tipini iradeyi sakatlayan nedenlere yer vermek suretiyle sınırlamamak ve bu sayede cinsel özgürlükleri daha etkin bir şekilde korumaktır: “*Her ne kadar TCK’nın 102. maddesinde mağdurun rızasından söz edilmiyorsa da, rızanın varlığı halinde suçun oluşması düşünülemeyeceğinden, bunun önemli bir eksiklik olarak nitelendirilemeyeceği düşüncesindeyiz. Zira hükümde mağdurun rızası konusuna değinilmeyerek, iradeyi sakatlayan hangi durumlarda cinsel saldırı suçunun oluşacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamış ve bu şekilde bireyin cinsel özgürlüğü üzerinde geniş bir koruma alanı oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu yüzden kanımızca cinsel saldırı suçu açısından cebir, hile, tehdit veya iradeyi etkileyen diğer nedenlerin varlığı, suçun oluşumu bakımından zorunlu görülmemelidir. Önemli olan failin cinsel davranışının mağdurun rızasına aykırı olarak gerçekleşmesidir*”⁸⁵

82 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 387; Koca ve Üzülmez, *Ceza Özel* (n 8) 386; Taner (n 1) 120; Şahin (n 50) 87; Dursun (n 10) 63; Kantarcı (n 8) 148; Demirel (n 51) 1518; Tulay (n 9) 511; Berrin Akbulut, ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği’ (2019) 14(40) *Ceza Hukuku Dergisi* 265, 269; Ersin Şare, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası’ (2019) 21(2) *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 977, 993; Kocaoğlu (n 8) 117. Ancak Kocaoğlu aynı çalışmasının başka bir yerinde “*mağdurun rızaya ehil olmadığı yahut rızası var olmakla birlikte rızanın kasten aşıldığı hallerde fail bir hukuka uygunluk nedeni olarak rızadan faydalanamayacaktır*” demektedir. Kocaoğlu (n 8) 160.

83 Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Adalet 2019) 33.

84 Koca ve Üzülmez, *Ceza Özel* (n 8) 386.

85 Taner (n 1) 120.

(2) TCK m. 102/1’de “kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi” ifadesinde yer alan “ihlal” kelimesi *rızasızlık* anlamına gelir.⁸⁶

(3) TCK m.102/4’teki düzenleme, rızanın tipiklikle ilgili olduğunu göstermektedir: “*Biz biliyoruz ki suçun nitelikli şeklinde cebir ve şiddet varsa ayrıca temel şeklinde cebir ve şiddet olmaz. Zira suçun oluşması için cebir ve şiddete unsur olarak yer verilip ayrıca bunun suçun nitelikli hali olarak cezanın daha fazla verilmesini gerektiren bir neden olarak düzenlenmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla TCK m.102’nin temel şekli açısından fiilin rıza dışı gerçekleştirilmesinin arandığını, dolayısıyla da rızanın tipikliğe ait bir unsur olduğunu anlıyoruz*”.⁸⁷

(4) TCK m. 103’teki düzenleme rızanın tipiklikle ilgili olduğunu göstermektedir: “*On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın suç teşkil ettiğinin özel olarak düzenlenmesine ihtiyaç duyulmuş olması da esasen bu çerçevede muhtemel mağdur konumunda olabilecek çocukların belirli bir kısmının belirli türdeki cinsel davranışlara karşı rızalarının kural olarak kabul edilebilir nitelik arz etmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durum, cinsel suçlar açısından rızanın hukuka uygunluk nedeni değil, tipikliğe engel olucu bir nitelik arz ettiğini ortaya koymaktadır. Nitekim rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiş olsaydı on dört yaşında bir çocuğun kendisinin yirmi yaşında biri tarafından öpülmesi hareketine yönelik olarak rızasının geçersiz olduğu ve cezalandırılması gerektiği yönündeki TCK md. 103 hükmüne gerek kalmaz, çocuğun rıza ehliyetine sahip olmadığından bahisle TCK md. 102 hükmüne binaen yirmi yaşındaki kişinin cezalandırılması yoluna gidilebilirdi*”.⁸⁸

Rızanın tipiklik unsuru olduğunu ileri süren yazarların dayandığı teorik gerekçeler ise şu şekildedir:

(1) Rızaya dayalı cinsel davranışlar korunmak istenen hukuki değeri ihlal kabiliyetinde olmadığı için tipik değildir.⁸⁹ Cinsel özgürlüğe karşı suçlarda haksızlığı engelleyen rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse evli çiftlerin bile normalde (*prima facie*) bir haksızlık gerçekleştirdiği; ancak somut olayda bir hukuka uygunluk bulunduğu için tipik fiilin hukuka aykırı olmadığı kabul edilmiş olur.⁹⁰

(2) Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ilgilinin rıza açıklama ehliyetine sahip olması koşulu arandığı için cinsel davranışın hukuki anlam ve önemini algılama yeteneği bulunmayan akıl hastalarına yönelen cinsel davranışlar her durumda haksız olacaktır; başka bir ifadeyle hukuk bizatihi akıl hastası tarafından istenen ve başlatılan cinsel münasebetleri bile yasaklamış olacaktır; bu durum hakkın özüne müdahale anlamına gelir.⁹¹

(3) Rızayı bu suçta hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek, hukuka uygunluk nedenleri, fiili, bütün hukuk düzeni bakımından meşrulaştırdığı için evli kişilerin başkaları ile yaşadığı her türlü

86 Kantarcı (n 8) 148.

87 Akbulut ‘Cinsel Dokunulmazlığa’ (n 82) 269.

88 Demirel (n 51) 1506-1507.

89 Şahin (n 50) 87; Demirel (n 51) 1518; Tulay (n 9) 511; Şare (n 82) 993.

90 Robin Antony Duff, *Answering For Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law* (1 st edition, Hart Publishing 2007) 143.

91 Demirel (n 51) 1518.

cinsel münasebetin de hukuka uygun olduğunu kabul etmek çelişkesine yol açar; oysa evli kişinin zinası boşanma sebebidir (TMK m. 161).⁹²

B. YARGITAYA GÖRE CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLARDA RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Yargıtay'a göre, rızanın varlığı halinde haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza bir hukuka uygunluk nedenidir: “İlgilinin rızası çerçevesinde işlenen eylemden dolayı kimseye ceza verilememesinin nedeni, ilgulinin rızasının işlenen fiili hukuka uygun hale getirmesidir. (...) Akıl ve ruh hastalıkları ile akıl zayıflığı nedenlerinden dolayı akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olan 18 yaşından büyüklerin cinsel dokunulmazlıkları ...ile ilgili açıkladıkları rızalarının geçerli olmadığı, buna bağlı olarak da rızalarının hukuka uygunluk nedeni olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır”.⁹³

Yargıtay, bazı kararlarında ise, rızanın hukuki niteliğini açıkça belirtmemekte ancak kullandığı ifadelerle rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiğini ortaya koymaktadır. Örneğin, Yargıtay, 04.12.2018 tarihli bir kararında, *cinsel taciz suçunun* hukuka aykırı olabilmesi için mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması gerektiğini belirtmiştir.⁹⁴ Haksızlık, tipiklik ve hukuka aykırılık unsurlarından oluşur. Haksızlığın hukuka aykırılık unsurunun içeriğini hukuka uygunluk nedenleri oluşturur. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa fiil hukuka aykırı değildir. Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmesi için hukuka uygunluk nedeni olması gerekir. Dolayısıyla, Yargıtay'ın fiilin hukuka aykırı olabilmesi için mağdurun rızasının hilafına gerçekleştirilmiş olması koşulunu araması, rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiğini göstermektedir. Keza, Yargıtay aynı kararında rızanın *ceza sorumluluğunu kaldıran bir neden* olarak nitelemiştir. Hukuka uygunluk nedenleri, 5237 sayılı Kanunun “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan*” nedenler başlıklı bölümünde düzenlenmiştir. Söz konusu kararda kullanılan terminoloji, 5237 sayılı Kanunun lafzi nazara alındığında, Yargıtay'ın rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiğini göstermektedir.

Tezcan/Erdem/Önok'un aktardığına göre, Yargıtay'ın ilgili ihtisas dairesinin kendilerine verdiği bilgi, daire üyelerinin eğiliminin rızanın tipikliği ilgilendirdiği yönünde olduğudur.⁹⁵

92 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 387; Koca ve Üzülmez, *Ceza Özel* (n 8) 386.

93 Yargıtay CGK, E 2011/230 K 2011/273, 20.12.2011.

Aynı yönde bazı kararlar için bkz: “TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun konusu mağdurun rızası ve iradesi dışındaki eylemler olup, TCK'nın 26/2. maddesinde de ‘Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez’ hükmü düzenlenmiştir”. Yargıtay 14. CD, E 2016/8681 K 2017/2375, 03.05.2017. “TCK'nun 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu, ‘mağdurun cinsel dokunulmazlığına haksız bir müdahale oluşturan, onun rıza ve iradesi dışında meydana gelen bir tecavüz’ olarak tanımlanmaktadır. TCK'nun 26/2. maddesi de ‘Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez’ hükmünü içermektedir. Suçun tanımı ve anılan düzenleme gereğince geçerli bir rızanın varlığı hâlinde cinsel saldırı suçunun basit ve nitelikli hâlinin her ikisi de oluşmamaktadır” Yargıtay CGK, E 2017/785 K 2019/404, 09.05.2019.

94 “Cinsel taciz eylemlerinin suç olarak kabul edilebilmesi için bu eylemlerin hukuka aykırı olarak, başka bir ifadeyle mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması zorunludur. Rıza açıklama ehliyetine sahip bulunan bir kişinin, cinsel taciz eylemlerine TCK'nun 26. maddesi kapsamında göstereceği rıza ceza sorumluluğunu kaldıracaktır” Yargıtay CGK, E 2017/244 K 2018/601, 04.12.2018.

95 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 442.

Biz, 2023 yılının Nisan ayı itibarıyla rızanın tipikliği ilgilendirdiğini belirten bir Yargıtay kararı tespit edemedik. Ancak meselenin Yargıtay üyeleri arasında da tartışmalı olduğu 14. Ceza Dairesinin verdiği birçok kararın karşı oyunda yer alan şu ifadeden anlaşılmaktadır: “*ilgilinin rızası tipik bir cinsel saldırının varlığından bahsedilmesi için bulunmaması gereken (tipikliğin olumsuz unsuru) bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır (tipikliği kaldıran rıza)*”.⁹⁶

Anlaşılabileceği üzere, Yargıtay’daki durumda öğretilerdeki durumla paraleldir. Öğretilerdeki hâkim görüşe göre, rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza bir hukuka uygunluk nedenidir. Yargıtay da bu görüştedir. Öğretilerde gittikçe ağırlık kazanmaya başlayan görüşe göre ise, rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza tipiklik unsurudur. Yargıtay da, *Tezcan/Erdem/Önok*’un aktardığına göre, rızayı tipiklik unsuru olarak kabul eden görüşü benimsemiştir.

Rıza, ister tipiklik unsuru ister hukuka uygunluk nedeni olsun, iki durumda da fiil haksız değildir. Fiilin haksızlığını engelleme bakımından rızayı tipiklikle ya da hukuka aykırılıkla ilişkilendirmenin bir önemi olmadığı akla gelebilir; rızayı tipiklik unsuru olarak kabul etmekle hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmek arasında, hukuki sonuçları itibarıyla, çok önemli farklılıklar vardır. Bu yüzden rızayı tipiklik unsuru olarak kabul eden görüşle, Yargıtay’ın da *-en azından şimdilik -* benimsediği rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüşe ilişkin değerlendirmemize ve görüşümüze yer vermeden önce, bu iki görüşü hukuki sonuçları itibarıyla karşılaştırmamız gerekir.

IV. RIZANIN TİPİKLİKLE İLGİLİ OLDUĞUNU İLERİ SÜREN GÖRÜŞLE RIZAYI HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLARAK KABUL EDEN GÖRÜŞÜN HUKUKİ SONUÇLARI BAKIMINDAN KARŞILAŞTIRILMASI

A. RIZANIN GEÇERLİLİĞİ BAKIMINDAN

Rızanın geçerliliği bakımından tipiklik unsuru olan rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza arasında önemli farklılıklar vardır. Farklılığın nedeni, tipiklik unsuru olan rızanın ontolojik bir kavram olarak, hukuka uygunluk nedeni olan rızanın ise normatif bir kavram olarak cezalandırılabilir fiilin yapısını etkilemesidir.

Tipiklik unsuru olan rızada, ilgilinin fiili doğal olarak onaması yeterlidir; ilgilinin rıza açıklama ehliyetine sahip olup olmamasının bir önemi yoktur.⁹⁷ Örneğin, rızanın yokluğu *hırsızlık suçunda* (TCK m. 141) suç tipinin bir unsurudur. Bu yüzden küçük bir çocuk başka bir çocuğa oyuncaklarını verirse, tipiklik unsuru olan rızada ilgilinin fiili doğal olarak onaması yeterli olduğundan *hırsızlık suçunun* tipi oluşmaz. Tipiklik unsuru olan rızada ehliyet koşulu aranmadığından cinsel suçlarda rıza suç tipinin unsuru olarak kabul edilirse; on sekiz yaşını tamamlamış bir akıl hastasının cinsel davranışa rıza göstermesi (fiili doğal olarak onaması), fiilin suç teşkil etmesine engel olur.⁹⁸

96 Yargıtay 14. CD, E 2020/8315 K 2021/3627, 26.05.2021; Yargıtay 14. CD, E 2017/561 K 2021/2719, 05.04.2021; Yargıtay 14. CD, E 2020/6186 K 2021/2623, 31.03.2021; Yargıtay 14. CD, E 2016/6961 K 2020/5525, 01.12.2020; Yargıtay 14. CD, E 2020/486 K 2020/5064, 17.11.2020 .

97 Şahin (n 50) 73; Demirel (n 51) 1497; Öztürk ve Erdem (n 73) 295.

98 Demirel (n 51) 1518.

Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise, fiilin doğal olarak onanması yeterli değildir; rızanın geçerli olabilmesi belli koşulların varlığına bağlıdır. Her şeyden önce ilgilinin rıza açıklamaya ehil olması gerekir.⁹⁹ Ceza hukukunda rıza açıklama ehliyeti, özel hukuktaki hukuki işlem ehliyetinden farklıdır.¹⁰⁰ Hukuka uygunluk nedeni olan rıza, kişinin kendi geleceğini serbestçe belirleme hakkına dayanır. Hâkim, somut olayda zarar verilen ya da tehlikeye maruz bırakılan hukuki değerın önemi ve rıza açıklama yetkisine sahip olan kişinin zihinsel ve fiziksel gelişimini de dikkate alarak rıza açıklama ehliyeti hakkında belirleme yapar.¹⁰¹

Rıza açıklaması, kural olarak, hak sahibinin kendisi ya da temsilin mümkün olduğu durumlarda temsilcisi tarafından yapılmalıdır.¹⁰² Kişinin cinselliği üzerindeki hakkı, şahsına sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan kanuni temsilci hak sahibi yerine rıza açıklamasında bulunamaz.¹⁰³

Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın fiilden önce ya da en geç fiil anında açıklanmış olması gerekir. Fiil tamamlandıktan sonra geriye etkili olacak şekilde rıza açıklamasında bulunulamaz.¹⁰⁴ Rıza, fiil devam ederken geri alınırsa fail fiile son vermemelidir.¹⁰⁵ Rızanın geri alınmasında, hak sahibi herhangi bir sebep göstermek zorunda değildir.¹⁰⁶ Başlangıçta verilen rıza, faile – kural olarak – fiili tamamlama yetkisi vermez. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada rızanın varlığını gösterir dışsal bir emare olmalıdır. Nitekim, TCK m. 26/2’de “açıkladığı rızası çerçevesinde” demek suretiyle bu koşula açıkça yer vermiştir. Rıza açıklaması, yazılı ya da sözlü, açık ya da örtülü (kafa sallamak suretiyle onay verme, sarılma, öpme, kıyafetlerini çıkarma gibi) olabilir.¹⁰⁷ Önemli olan, rızanın varlığının dış dünyada açıkça anlaşılabilir olmasıdır.¹⁰⁸ Sessiz kalmak ya da faile direnmemek tek başına rızanın var olduğu ve açıklandığı anlamına gelmez.¹⁰⁹

Sonuç olarak, hukuka uygunluk nedeni olan rızada, ilgili rıza gösterdiği fiilin anlam ve sonuçlarını anlayabilecek olgunluğa ulaşmış olmalı, açık ya da örtülü bir şekilde iradesini açığa vurmali ve rıza fiil anında var olmalıdır. Dolayısıyla, hukuka uygunluk nedeni olan rızada, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayamayacak düzeyde akıl hastası olan bir kişi, cinsel ilişkiden haz almış olsa ve hatta ilişki teklifinde kendisi bulunmuş olsa dahi rıza açıklamaya ehil olmadığı için akıl hastası ile cinsel münasebet kuran kişi suç işlemiş olur.

B. HATA BAKIMINDAN

Hata, dış âleme ait gerçeklik hakkındaki yanlış inanıştır.¹¹⁰ Rızaya ilişkin hata, olgusal gerçekliğe ya da normatif gerçekliğe ilişkin olabilir. Hata, normatif gerçekliğe ilişkinse fail hakkında haksızlık

99 Rıza ehliyetinin üç unsuru vardır: (1) Mağdur maruz kaldığı fiili algılayabilmedir. (2) Mağdur fiili anlam ve sonuçları itibarıyla anlayabilmelidir. (3) Mağdur algıladığı ve anladığı fiil karşısında kendi davranışlarını yönlendirebilmelidir. Şahin (n 50) 151.

100 Şahin (n 50) 150; Özcan (n 2) 174; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 351; Öztürk ve Erdem (n 73) 297.

101 Şahin (n 50) 148 vd.; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 351.

102 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 351-352; Öztürk, Erdem (n 68) 297-298.

103 Şahin (n 50) 163; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 352.

104 Şahin (n 50) 178; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 352; Öztürk ve Erdem (n 73) 298.

105 Şahin (n 50) 177-178; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 352; Öztürk, Erdem (n 73) 298.

106 Şahin (n 50) 181.

107 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 352; Öztürk ve Erdem (n 73) 298.

108 Şahin (n 50) 171.

109 Şahin (n 50) 171.

110 İba, ‘Hukuka Uygunluk’ (n 52) 141.

hatasına¹¹¹ ilişkin hükümler (TCK m. 30/4) uygulanır.¹¹² Örneğin, cinsel ilişkiye eşinin rıza göstermediğini bilen koca olguyu doğru algılamıştır; zira dış dünyadaki objektif gerçeklik, eşin fiile rıza göstermemesidir ve koca bunu bilmektedir. Bu örnekte koca, evlilik hukukundan doğan bir hakkı icra ettiğinden bahisle eşiyile zorla ilişkiye girerse – bizim katıldığımız görüşe göre *cinsel saldırı suçu* eşe karşı işlenebildiğinden – *haksızlık hatasından* söz edilir. Rıza, ister tipiklikle ilişkilendirilsin ister hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilsin, haksızlık hatası kusuru etkiler; dolayısıyla haksızlık hatası bakımından rızanın tipiklikle ilişkilendirilmesi ya da hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi arasında bir farklılık yoktur. Farklılık, rızaya ilişkin olgusal gerçeklikte hatada ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden bu başlığın devamında rızaya ilişkin olgusal gerçeklikte hatayı esas alarak rızanın tipiklikle ilgili olduğunu ileri süren görüşle rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüş arasındaki farklılık üzerinde duracağız.

Olguya ilişkin hatada, algılama sürecindeki bir aksama dolayısıyla maddi gerçeklik ile failin iradesi arasında uyumsuzluk olmaktadır. TCK m. 30/1’de, *suç tipinin maddi unsurlarında hata*; TCK m. 30/3’te ise, *hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata* düzenlenmiştir.¹¹³ Tipikliğin maddi unsurlarında hata, TCK m. 30/1’de düzenlendiği için rızanın tipiklikle ilgili olduğu kabul edilirse rızaya ilişkin maddi/olgusal unsurlarda hatada TCK m. 30/1 uygulanır. Rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğunun kabul edilmesi halinde ise, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata TCK m. 30/3’te düzenlendiği için rızaya ilişkin maddi/olgusal unsurlarda hatada TCK m. 30/3 uygulanacaktır.

TCK m. 30/1’e göre; “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır*”. Dolayısıyla, rızanın tipiklik unsuru olduğu kabul edilirse rızaya ilişkin olgusal gerçeklikte hata kastı engeller. Cinsel suçların taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için hata kaçınılabilir olsa dahi fiil suç teşkil etmez.

TCK m. 30/3’e göre; “*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır*”. Rıza nedeniyle haksızlık teşkil

111 Haksızlık hatasının biri *yasak hatası*, diğeri *izin hatası* olmak üzere iki türü vardır. *Yasak hatasında* fail fiilinin belli bir şekilde davranmayı ya da davranmamayı yasaklayan normla çeliştiğini ve dolayısıyla hukuka aykırı olduğunu bilmez. *İzin hatasında* ise, fail davranışının normalde hukuka aykırı olduğunu bilir; ancak normatif gerçeklikte hataya düşerek hukuk düzeninde var olmayan bir hukuka uygunluk nedeninin fiilini hukuka uygun hale getirdiğini zanneder. Detaylı bilgi için bkz. İba, ‘Hukuka Uygunluk’ (n 52) 121 vd.

112 Öğretide katılmadığımız bir görüşe göre hata, normatif unsurun sosyal uzlaşısı ile genelleşmiş sosyal anlamına ilişkinse kastı engeller; hata normatif unsurun sosyal anlamını aşan hukuki anlamına ilişkinse kusuru etkiler (*uzman olmayan kişilerin paralel muhakemesi*). Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 163; Fatih Selami Mahmutoğlu ve Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (2. Baskı, Beta 2021) 704; Gökhan Ölmez, ‘Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları’ (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisans Üstü Eğitim Merkezi 2020) 158.

Bu görüşe katılmıyoruz. Bu görüş, “*kanunu bilmemek mazeret sayılmaz*” kuralının geçerli olduğu hukuk sistemlerinde kuralın katılığını yumuşatmada işlevsel olabilmektedir. Sosyal anlamdan kastın ne olduğu yeterince açık olmadığı gibi normatif unsurun sosyal anlamında hata kastı engellediği için bağlılık kuralı (TCK m. 40) dolayısıyla bu görüşün cezalandırma boşluklarına yol açma tehlikesi de vardır. İba, ‘Hukuka Uygunluk’ (n 52) 191 vd.

113 Öğretide bir görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatada TCK m. 30/3 değil, TCK m. 30/1 uygulanır. Bu görüşe göre, TCK m. 30/3, kusuru etkileyen nedenlerin maddi unsurlarında hatayı düzenlemektedir. Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 303.

etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse fail hakkında TCK m. 30/3 uygulanacak; fail kaçınılmaz hatadan yararlanacaktır. Hatanın kaçınılabılır olması durumu kanunda düzenlenmemiştir. Düzenlemede yer verilen “*hatasından yararlanır*”¹¹⁴ ifadesinin muğlaklığı ve kaçınılabılır hataya düzenlemede yer verilmemesi, düzenlemenin hukuki niteliğini tartışmalı hale getirmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasına ilişkin olarak öğretide birçok teori ileri sürülmüştür. Biz aşağıda Türk öğretisinde karşılığı olan teorilere yer vereceğiz.

Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata, suç tipinin maddi unsurlarında hata ile aynı sonucu doğurur; yani kastı engeller; hata kaçınılabılırsa ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur.¹¹⁵ Sınırlı Kusur Teorisi haksızlıkla ilgili olan tüm olguları kastın kapsamına dâhil etmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri haksızlığın *hukuka aykırılık* unsurunun içeriğini oluşturur; bu yüzden hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olgular haksızlıkla ilgilidir.¹¹⁶ Sınırlı Kusur Teorisine göre, kendi paltosu olduğu zannıyla başkasının paltosunu alan kişi ile partneri olduğu zannıyla başka bir kadının kalçasını sıkan kişi arasında bu bağlamda bir farklılık yoktur. İki durumda da fail olgusal gerçekliği bilmemektedir ve gerçek failin inandığı gibi olsa fiil haksız olmamaktadır.

Saf Sübjektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kaçınılmazsa, fiil tipiktir; fakat, hukuka aykırı değildir.¹¹⁷ Bu görüşe göre, normun uyarısı faile davranış anında ulaşır. Adil olan, *ex-ante* bir değerlendirme yapmaktır.¹¹⁸ *Hâkimin bizatihi kendisi bile failin yerinde olsaydı failin inandığına inanırdı* denebilen durumlarda fiilin hukuka uygun olduğunu kabul etmek gerekir. Bu durumda, *ex-post* yorumla failin fiilini haksız olarak nitelemenin bizatihi kendisi haksızdır.¹¹⁹ Bu

114 Cezalandırılabilir fiil, haksızlık ve kusurluluk unsurlarından oluşur. Hatanın ceza hukukunda sonuç doğurabilmesi için ya haksızlığı ya da kusuru etkilemesi gerekir. Hata haksızlığı ya da kusurluluğu engellense fail ceza almamakta, kusuru etkilemekle birlikte kusurluluğu engellemiyorsa failin cezası azalmaktadır. Bu yüzden hata haksızlığı da etkilese kusuru da etkilese fail lehinedir. *Hatasından yararlanır* ifadesi iki hata türünü de kapsayacak nitelikte olduğundan kanunda bu ifadeye yer verilmesi hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasının hukuki sonucunun ne olduğu meselesini tartışmalı hale getirmektedir. İba, ‘Hukuka Uygunluk’ (n 52) 234.

115 Özgenç, *Ceza Genel* (n 59) 538; Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 302; Mahmutoğlu ve Karadeniz (n 112) 735; Şahin (n 50) 227; Ahu Karakurt, ‘Türk Ceza Kanunu’nda Hata’ (2009) 4(10) *Ceza Hukuku Dergisi* 109, 130-131; Olgun Değirmenci, ‘Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma’ (2014) 110 *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 129, 176-177; Neslihan Göktürk, ‘Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılığının Hukuki Niteliği’ (2014) 9(26) *Ceza Hukuku Dergisi* 7, 22 vd.

116 Özgenç, *Ceza Genel* (n 59) 538.

117 Kunter (n 73) 3137-139; Dönmez ve Erman (n 74) 26-27; Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları* (1. Baskı, Sevinç Matbaası 1970) 86; Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa* (1. Baskı, Seçkin, 1995) 148 vd.; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Us-A Yayıncılık 2021) 293-294; Demirbaş (n 59) 298; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Baskı, Beta 2020) 304-306; Kübra Tunç, *Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata* (1. Baskı, Adalet 2020) 268.

118 Douglas Husak, ‘Justifications and the Criminal Liability of Accessories’ (1989) 89(2) *The Journal of Criminal Law and Criminology* 491, 516; Marcia Baron, ‘Justifications and Excuses’ (2005) 2(2) *Ohio State Journal of Criminal Law* 387, 402.

119 Husak (n 118) 508; Baron (n 118) 399; Hamish Stewart, ‘The Role of Reasonableness in Self-Defence’ (2003) 16(2) *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 317, 336; Kent Greenawalt, ‘The Perplexing Borders of Justification and Excuse’ (1987) 84(8) *Columbia Law Review* 1897, 1908-09.

görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini dikkate almamakta kaçınılmaz hata bakımından hukuka uygunluk nedenlerini salt failin zihin dünyasına indirgemektedir.¹²⁰ Bu görüşün en önemli sonucu, kaçınılmaz hatada fiilin hukuka uygun olduğu kabul edildiği için fail aleyhine özel hukukta bir tazminata hükmedilemeyecek olmasıdır. Zira bir fiilin yalnızca belli bir hukuk dalında hukuka uygun olduğundan söz edilemez. Hatanın kaçınılabılır olması durumu ise, Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarlar arasında tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hata kaçınılabılırsa ve fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olmalıdır.¹²¹ Diğer bir görüşe göre, hata kaçınılabılırsa fail kasıtlı suçtan kusuru oranında sorumlu olmalıdır.¹²² Üçüncü bir görüşe göre ise, fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmiş olsa dahi fail cezalandırılmaz.¹²³

Türk öğretisinde kastın biri haksızlık, diğeri kusur içerisinde fonksiyonu olduğunu ileri süren görüşü (kastın fonksiyonu) kabul eden yazarlar, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisini kabul etmektedir.¹²⁴ Söz konusu yazarlara göre, bu tip bir hatada fail haksızlık tipinin olgusal unsurlarını bilmektedir; bu yüzden failde *haksızlık kastı* vardır; failin bilmediği, fiilin hukuk düzeni ile çeliştiğidir; fail fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilmediği için failde *kusur kastı* yoktur; sonuç olarak, bu tür bir hata haksızlığı değil, kusuru etkiler.¹²⁵ Bu görüşe göre, fiilin taksirli hali kanunda cezalandırılıyorsa fail kasıtlı suçtan taksirli haksızlığın cezasına göre sorumlu olur; fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmemişse, failin fiili yine kasıtlı bir haksızlık olmakla birlikte fail cezalandırılmaz.¹²⁶

Kast Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata münhasıran kusurun bir türü/unsuru olan kastı engeller; fiilin taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmişse fail taksirli suçtan sorumlu olur.¹²⁷ Bu görüşe göre kast, haksızlığın bir unsuru olmadığı için hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığın varlığını etkilemez (objektif haksızlık anlayışı). Bu görüşü Türk öğretisinde Klasik Suç Teorisini kabul eden bazı yazarlar savunmaktadır. 5237 sayılı Kanunla birlikte Klasik Suç Teorisi Türk hukukundaki hâkimiyetini kaybettiği ve Klasik Suç Teorisini kabul eden yazarların ekseriyeti Saf Sübjektif Teoriyi savunduğu için bu görüşün Türk hukukundaki en azınlıkta olan görüş olduğunu söyleyebiliriz.¹²⁸

120 İba, 'Hukuka Uygunluk' (n 52) 243.

121 Demirbaş (n 110) 299; Hafızoğulları ve Özen, *Genel Hükümler* (n 117) 212.

122 Kunter (n 73) 138-139; Alacaktan (n 117) 86; Centel, Zafer ve Çakmut (n 117) 304-306; Tunç (n 117) 268.

123 Dönmezer ve Erman (n 74) 26-27; Özen (n 117) 148 vd.

Bu görüşün hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasına ilişkin bir düzenleme içermeyen 765 sayılı TCK dönemi için geçerli olduğunu vurgulamamız gerekir.

124 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 449; Erman (n 63) 353; Abanoz (n 63) 151.

125 Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 449; Erman (n 63) 353; Abanoz (n 63) 151.

126 Selim Erdin, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sübjektif Unsur Sorunu* (1. Baskı, Adalet 2021) 343; Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur* (1. Baskı, Seçkin 2017) 189-190; Abanoz (n 63) 153.

127 Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri* (Filiz Kitabevi, 1992) 226; Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi (1. Cilt)* (Seçkin, 1993) 327; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (26. Baskı, Savaş Yayınevi 2021) 269-270; Cemil Halit Bengü, *Ceza Hukukunda Hata* (Sakarya Kitabevi 1948) 75.

128 5237 sayılı TCK döneminde Türk öğretisinde Kast Teorisini savunan yazarlar için bkz. Toroslu ve Toroslu (n 127) 270-271; Devrim Güngör, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata* (1. Baskı, Yetkin 2007) 70-71.

Bizim de katıldığımız Katı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata haksızlığın subjektif bileşeni olan kastı etkilemez; fail hataya düştüğü için fiilin hukuka uygun olduğunu zannediyorsa hata kusuru etkiler.¹²⁹ Hata kaçınılmaz ise, fail kastı olmadığı için değil, kusuru olmadığı için cezalandırılmaz. Hatanın kaçınılabılır olması sonuçlarını kusur üzerinde gösterir. Hatadan kaçınma ne kadar kolaysa failin kusuru o nispette artar.¹³⁰

Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasına ilişkin öğretideki görüş ayrılıkları Yargıtay kararlarında da görülmektedir. Yargıtay, bazı kararlarında hata kaçınılmazsa fiilin hukuka uygun olduğunu (Saf Subjektif Teori)¹³¹, bazı kararlarında ise, hatanın kastı engellediğini (Sınırlı Kusur Teorisi)¹³² kabul etmektedir. Hatanın kaçınılabılır olduğu durumlarda ise, Yargıtay'ın verdiği kararlar, Katı Kusur Teorisi ile uyumludur.¹³³

Sonuç olarak, cinsel özgürlüğe karşı suçlarda rızanın tipiklikle mi ilgili olduğu yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğu sorunu hata kurumu bakımından önem arz eder. Suç tipinin maddi unsurlarında hatanın suçun subjektif unsuru olan kastı engellediği hususunda bir tartışma yoktur. Dolayısıyla rıza tiplerine ilişkilendirilirse, rızaya ilişkin maddi gerçeklikte hatanın hukuki sonucu tartışmadan varestedir: bu tür bir hata kastı engeller ve cinsel özgürlüğe karşı suçların taksirli hali cezalandırılmadığı için failin hatası kolayca kaçınılabılır bir hata olsa dahi fiil suç teşkil etmez. Rıza, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse, rızaya ilişkin maddi gerçeklikte hatanın hukuki sonucu tartışmalı hale gelmektedir. Zira hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası, öğretilerde tartışmalı olduğu gibi Yargıtay kararları arasında da uyumsuzluk vardır. Sınırlı Kusur Teorisi, Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisi ve Kast Teorisi esas alınır, cinsel özgürlüğe karşı suçların taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için hata kaçınılabılır olsun ya da olmasın failin cezai sorumluluğundan söz edilemez. Hukuki Sonuçları ile Sınırlı Kusur Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası haksızlığın subjektif unsuru olan kastı engellemediği için şeriklerin cezai sorumluluğuna

129 Erdin (n 126) 325-326; Muhammed Emre Tulay, *Ceza Hukukunda Şahista veya Konuda Hata* (1. Baskı, Adalet 2022) 175; İba, 'Hukuka Uygunluk' (n 52) 309.

130 Katı Kusur Teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. İba, 'Hukuka Uygunluk' (n 52) 309 vd.

131 "Sanıkların eylemlerini meşru savunma unsurlarının oluştuğuna ilişkin kaçınılmaz bir hataya düşerek işledikleri anlaşılmalı, TCK. nun 30/3. maddesi delaletiyle TCK. nun 25/1 maddesi uyarınca meşru savunma nedeniyle beraatlerine karar verilmesi [gerekir]". Yargıtay 1. CD, E 2010/6130 K 2012/4937, 14.06.2012.

132 "Sanığın görev ve sorumluluğunun kendisine verilen talimatlar doğrultusunda iş makinasını kullanmakla sınırlı olması, yol genişletme çalışmasını kendisine verilen etüt çalışma planı doğrultusunda gerçekleştirmesi ve bu etüt planında katılanın arazisinin çalışma alanı içerisinde gösterilmesi karşısında; çalışma sınırlarına dâhil edilen arazilerin sahiplerinin müdahaleye rızalarının olup olmadığını ayrıca araştırma ve sorgulama yükümlülüğü bulunmayan sanığın bilgi düzeyi, gördüğü eğitim, içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre unsurları da nazara alındığında; sanığın katılanın arazisinde çalışma yapılması konusunda rızası bulunduğu dair TCK'nun 30/3. maddesi anlamında kaçınılmaz bir hataya düştüğü ve bu kaçınılmaz hatanın atılı mala zarar verme suçuna yönelik kastını ortadan kaldırdığı anlaşıldığından, hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği kabul edilmelidir". Yargıtay CGK, E 2014/259 K 2017/449, 31.10.2017.

133 "Uyuşmazlık konusu ile bağlantılı olarak, 18 yaşını tamamlamış ancak rıza açıklama ehliyetine sahip bulunmayan bir kişinin, cinsel davranışlar ile bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlükleri yönünden açıkladığı rızasının eylemi hukuka uygun hale getirdiğinden söz edilemeyeceğinden, eylemi gerçekleştiren kişinin mağdurun rıza açıklama ehliyetinin bulunmadığını bilip bilmediğinin ve bu konuda 5237 sayılı TCY'nin 30/3. maddesi uyarınca hataya düşüp düşmediğinin belirlenmesi gerekecektir. Sanık, mağdurun rıza ehliyeti olmadığını bilememesi nedeniyle hukuken geçerli bir rızanın bulunduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğünde bu yanılgıdan yararlanacaktır. Buna karşılık hatanın kaçınılabılır olduğu hallerde cezai sorumluluğun varlığı kabul edilecektir". Yargıtay CGK, E 2011/230 K 2011/273, 20.12.2011.

gidilebilir. Sınırlı Kusur Teorisi ve Kast Teorisine göre, bu tür bir hata kastı engellediği için bağluluk kuralı gereği, şeriklerin sorumluluğuna da gidilemez. Katı Kusur Teorisi ve Saf Sübjektif Teorinin¹³⁴ kabul edilmesi halinde ise, kaçınılabılır hatada fiil kasıtlı bir haksızlık teşkil etmeye devam ettiği için fail ve şeriklerin sorumluluğuna gidilebilmektedir.

C. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNDE SÜBJEKTİF UNSUR SORUNU BAKIMINDAN

Ceza hukukunda haksızlığın sübjektif unsurlarının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. 765 sayılı TCK dönemindeki hâkim suç teorisi ile yürürlükteki 5237 sayılı TCK döneminde hâkim olan suç teorisi arasındaki en belirgin farklılık, haksızlığın sübjektif unsurlarının olup olmadığına ilişkindir. 765 sayılı Kanun döneminde hâkim olan Klasik Suç Teorisine göre, haksızlık objektif niteliktedir; sübjektif unsurlardan izoledir.¹³⁵ 5237 sayılı Kanun döneminde öğretilde ağırlık kazanan görüşe göre, haksızlığın sübjektif unsurları da vardır.¹³⁶ Haksızlığın sübjektif unsurunun olup olmadığı iki yaklaşım arasında tartışmalı olsa da haksızlığın objektif unsurlarının olduğu hususunda bir tartışma yoktur.

Haksızlığın tipiklik unsurunun objektif bileşenlerinde bir eksiklik varsa fiil tipik olmaz. Türk hukukunda *elverişsiz teşebbüs* cezalandırılmadığı için suç tipinin objektif unsurlarında bir eksiklik varsa fiil ceza hukukunun kapsamı dışında kalmaktadır. Rızanın varlığı halinde haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza tipiklik unsuru olarak kabul edilirse, rızanın varlığı halinde fail fiilinin suç teşkil ettiğini zannetse (*tersine tipiklik hatası*) dahi, fiil tipik olmadığından ceza hukukunun kapsamı dışında kalır.

Cinsel saldırı suçunda rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse; rızanın objektif koşulları itibariyle var olduğu ve fakat fail tarafından bilinmediği durumlarda ilgilinin rızası, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurları sorununda kabul edilecek görüşe göre farklı sonuçlara yol açmaktadır. Bu konuda üç görüş vardır. Saf Sübjektif Teoriye göre, fail fiilinin hukuka uygun olduğuna inanıyorsa ve bu inancı makulse fiil hukuka uygundur.¹³⁷ Objektif Teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurları gerçekleşmişse fail bu durumu bilsin ya da bilmesin fiil

134 Bu önermede, kaçınılabılır hatada hatanın kastı engellemediğini kusuru etkilediğini ileri yazarların görüşünü kast ediyoruz. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarlar arasında kaçınılabılır hatanın hukuki niteliği tartışmalıdır.

135 Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (Ahmet Sait Matbaası 1949) 315 vd.; Alacakaptan (n 117) 139; Dönmez ve Erman, (n 74) 205; Hafızoğulları ve Özen, *Genel Hükümler* (n 117) 243, Toroslu ve Toroslu (n 127) 204.

136 Özgenç, *Ceza Genel* (n 59) 233-234; Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 152; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet 2018) 509; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 256; Öztürk ve Erdem (n 73) 237-238; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Adalet 2017) 351; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı, Adalet 2017) 225; Neslihan Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi* (1. Baskı, Seçkin 2016) 67; Meraklı (n 126) 48.

137 Türk hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında – yukarıda değindiğimiz üzere – Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarlar olmakla birlikte hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununda Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazar – bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla – yoktur. Amerikan hukukunda Saf Sübjektif Teoriyi savunan bazı yazarlar için bkz. Baron (n 118) 398; Husak (n 118) 508; Greenawalt (n 118) 1907-1909.

hukuka uygundur.¹³⁸ Çifte Gereklilik Teorisine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif ve sübjektif unsurları vardır; fiilin hukuka uygun olabilmesi için objektif unsurların varlığı tek başına yeterli değildir; sübjektif unsurun da gerçekleşmesi gerekir.¹³⁹

Türk hukukunda her ne kadar hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazarlar¹⁴⁰ olsa da, hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur meselesinde bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla Saf Sübjektif Teoriyi savunan yazar yoktur.¹⁴¹ Hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur meselesinde Türk öğretisindeki yazarlar, Çifte Gereklilik Teorisi¹⁴² ve Objektif Teori altında kümeleşmektedir.

Çifte Gereklilik Teorisini savunan yazarlara göre, suç tipinin objektif ve sübjektif unsurları vardır. Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa haksızlık tipinin objektif unsurlarının haksızlığı somut olaydaki hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları ile; haksızlık tipinin sübjektif unsurunun haksızlığı ise, somut olaydaki hukuka uygunluk nedeninin sübjektif unsuru ile denkleştir (denkleştirme/telafi tezi).¹⁴³ Somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin objektif unsurları gerçekleşmesine rağmen fail bu durumu bilmiyorsa bir görüşe göre¹⁴⁴, fail tamamlanmış suçtan; başka bir görüşe¹⁴⁵ göre ise, suça teşebbüsten sorumlu olmalıdır. Bu tür durumlarda failin suça teşebbüsten sorumlu olması gerektiğini ileri süren görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleşmesi tipik fiilin neden olduğu neticenin haksızlığını kaldırır ve geriye hukuka uygunluk nedeninin varlığından haberdar olmadığı için suç işlediğini zanneden failin iradesinin karakterize ettiği haksızlık kalır; bu da suça teşebbüsün haksızlığına karşılık gelir.¹⁴⁶

Bizim de katıldığımız objektif görüşe göre, hukuka uygunluk nedenleri somut olayda objektif olarak vardır ya da yoktur. Tipikliğin objektif unsurundaki eksiklik fiilin suç niteliğinde bir haksızlık teşkil

138 Dönmezer ve Erman, (n 74) 21; Alacakaptan (n 117) 84; Önder (n 127) 223; Taner (n 135) 395; Toroslu ve Toroslu (n 127) 160; Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler* (n 117) 212; Şahin (n 50) 175; Demirbaş (n 110) 297; Erdin (n 126) 427; Tunç (n 117) 288; Selman Dursun ve Ali Emrah Bozbayındır 'Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi' (2015) 73(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 63, 86-87; Hasan İba, 'Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılmasının Hukuki Niteliği' (2022) 26(2) Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 619, 659.

139 Koca ve Üzülmöz, *Ceza Genel* (n 2) 272; Özgenç, *Ceza Genel* (n 59) 238; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Genel Hükümler* (n 60) 446; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, (n 136) 595; Akbulut, *Genel Hükümler* (n 136) 421; Hakeri (n 12) 342; Öztürk ve Erdem (n 73) 261; Meraklı (n 126) 418; Karakurt (115) 128-129; Neslihan Göktürk 'Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?' (2015) 10(27) Ceza Hukuku Dergisi 7, 16.

140 Kunter (n 73) 137-139; Dönmezer ve Erman (n 74) 26-27; Alacakaptan (n 117) 86; Özen (n 117) 148 vd.; Hafizoğulları ve Özen, *Genel Hükümler* (n 117) 293-294; Centel, Zafer ve Çakmut (n 117) 304-306; Tunç (n 117) 268.

141 Hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında Saf Sübjektif Teoriyi kabul eden yazarların ekseriyeti hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununda Objektif Teoriyi savunmaktadır. Bu iki teori birbirinin zıttı olduğu için bu yaklaşım kanaatimizce yerinde değildir.

142 Bu görüş Türk öğretisinde Sübjektif Teori olarak adlandırılmaktadır. Biz bu görüşü daha doğru ifade ettiğini düşündüğümüz için Anglo-Amerikan hukukundaki "Dual Requirement Theory" (Çifte Gereklilik Teorisi) şeklindeki adlandırmayı tercih ettik.

143 Göktürk, 'Objektif Nitelikte' (n 139) 17 vd.; Erdin (n 126) 211 vd.

144 Öztürk ve Erdem (n 73) 262.

145 Koca ve Üzülmöz, *Ceza Genel* (n 2) 273; Göktürk, 'Objektif Nitelikte' (n 139) 27; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler* (n 136) 595.

146 Koca ve Üzülmöz, *Ceza Genel* (n 2) 273; Göktürk, 'Objektif Nitelikte' (n 139) 27.

etmesini engelliyorsa hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarındaki tamlık da fiilin haksızlık teşkil etmesine engel olur. Örneğin, (A), çiftçi (B)'ye ateş ettiği zannıyla tarladaki korkuluğa ateş eder. Örnekte dikkat edilecek olursa failde suç işleme kastı vardır; ancak fiil objektif olarak tipik olmadığı ve Türk hukukunda elverişsiz teşebbüs cezalandırılmadığı için faildeki suç işleme kastının bir önemi yoktur. Hukuka uygunluk nedenleri bakımından da bu esastan hareket edilmesi gerekir; fail suç işlediğini zannetse dahi fiil objektif olarak hukuka uygunsuz suç değildir.¹⁴⁷ Çiftçi zannıyla korkuluğa ateş eden fail ile, kadın ilişkiye rıza göstermesine rağmen kadının alkolün etkisiyle kendinde olmadığını ve dolayısıyla *cinsel saldırı suçunu* işlediğini zanneden fail arasında bir fark yoktur. İlkinde tipikliğin şartları objektif olarak oluşmamışken, ikinci örnekte rızanın koşulları objektif olarak oluşmuştur. İki örnekte de faillerin suç işleme iradesi ile hareket etmesi, Türk hukukunda *elverişsiz teşebbüs* kurumuna yer verilmediği için haksız değildir. Ceza hukuku niyetleri değil, fiilleri cezalandırır; niyetler ahlaki ilgilendirir.¹⁴⁸ Ceza hukukunda önemli olan, suç işlenmemesidir; failin cezalandırılmaktan korktuğu için mi, hasta olduğu için mi, mağdurun direnmesi nedeniyle başarısız olacağına inandığı için mi vs. suç işlememesi önemli değildir. Çifte Gereklilik Teorisine göre ise, kadının rızasının olduğu örnekte fail hukuka uygunluk nedeninden yararlanamaz. Çifte Gereklilik Teorisini savunan yazarlardan bazılarının göre¹⁴⁹, bu örnekte fail tamamlanmış nitelikli cinsel saldırı suçundan, diğer bazılarının göre¹⁵⁰ ise, nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsten sorumlu olmalıdır.

Sonuç olarak, rızanın tipiklikle ilgili olduğu kabul edilirse rızanın objektif olarak var olduğu ve fakat fail tarafından bilinmediği durumlarda fiil, objektif olarak tipik olmadığından haksız değildir. Rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğu kabul edilirse rızanın objektif olarak var olduğu ve fakat fail tarafından bilinmediği durumlarda fiilin haksız olup olmadığı kabul edilecek görüşe göre farklılık arz etmektedir. Objektif görüş kabul edilirse fiil haksız değildir; Çifte Gereklilik Teorisi kabul edilirse fiil haksızdır.

D. DİĞER HUKUK DALLARINA ETKİSİ BAKIMINDAN

Hukuka uygunluk nedenleri fiili yalnızca belli bir hukuk dalı bakımından değil, hukukun bütünü bakımından meşrulaştırır. Bir fiilin yalnızca ceza hukukuna, idare hukukuna ya da medeni hukuka uygun olduğundan söz edilemez. Ceza hukuku bakımından hukuka uygun olan fiil, diğer tüm hukuk dalları bakımından da hukuka uygundur. Örneğin, somut olayda meşru savunma varsa savunmada bulunanın ceza hukuku bakımından bir sorumluluğu söz konusu olmadığı gibi, bu kişinin tazminat sorumluluğu da yoktur.

Fiilin tipik olmaması ise, ceza hukuku bakımından suç teşkil etmediği manasına gelir. Ancak fiilin ceza hukuku bakımından suç teşkil etmemesi, bu fiilin başka hukuk dalları bakımından hukuka

147 Elverişsiz teşebbüsün hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorunu ile ilişkisi hakkında bkz. Dursun ve Bozbayındır (n 138) 71 vd.

148 Şahin (n 50) 363; Dursun ve Bozbayındır (n 138) 86-87; İba, 'Sınırın Aşılması' (n 137) 659.

149 Öztürk ve Erdem (n 73) 262.

150 Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel* (n 2) 273; Göktürk, 'Objektif Nitelikte' (n 139) 27; Artuk, Gökcen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler* (n 136) 595.

aykırı olmadığı anlamına gelmez.¹⁵¹ Örneğin, özensizliği nedeniyle başkasının aracına çarpan sürücünün fiili *mala zarar verme suçuna* (TCK m. 151) vücut vermez; zira *mala zarar verme suçu* taksirle işlenemez. Ancak sürücünün fiili suç teşkil etmese de bu fiil tazminat sorumluluğu gerektiren bir özel hukuk haksızlığıdır.

Sonuç olarak, rızanın varlığı halinde haksızlık teşkil etmeye cinsel davranışlar bakımından rıza bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse bu davranış bütün bir hukuk düzeni bakımından meşrulaşır. Rıza, tipiklik unsuru olarak kabul edilirse rızanın varlığı halinde bu tür davranışlar tipik olmadıkları için suç teşkil etmezler; ancak bu durum bu tür davranışların diğer hukuk dalları bakımından hukuka aykırı olmasını engellemez. Tipiklik unsuru olan rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza arasındaki bu farklılık, “Değerlendirme” başlığı altında üzerinde duracağımız üzere evli kişilerin zinası (TMK m. 161) bakımından önem arz eder.

V. DEĞERLENDİRME

*Cinsel saldırı suçu*nu düzenleyen TCK m. 102'nin ve *cinsel taciz suçu*nu düzenleyen TCK m. 105'nin lafzında rızanın yokluğundan söz edilmemiştir. On beş yaşını tamamlamış maruz kaldığı fiil bakımından algılama ve irade yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik cinsel davranışlara ilişkin olarak TCK m. 103/1-b'de “*cebiri, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden*”, TCK m. 104' ise, “*tehdit, cebir ve hile olmaksızın*” ifadelerine yer verilmiş dolaylı olarak rızaya gönderme yapılmıştır. Ancak TCK m. 103 ve m. 104'te yer ver verilen bu ifadeler, *çocukların cinsel istismarı ve reşit olmayanla cinsel ilişki* suçlarının çerçevesini çizmekle birlikte, on beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği olan çocuğa yönelik ve rıza nedeniyle haksız olmayan cinsel davranışlar bakımından rızanın hukuki niteliğine ilişkin sorununu çözümlenmemektedir. On beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği olan çocuğun rıza gösterdiği davranış cinsel ilişki ise, haksızlığın niteliği değişmekte ve diğer koşulları da gerçekleşmişse *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu* oluşmaktadır; yani bu durumda rıza haksızlığı engellemektedir.¹⁵²

151 Öğretide bir görüşe göre, bir fiilin yalnızca belli bir hukuk dalında hukuka aykırı olduğu ileri sürülemez; bir hukuk dalında hukuka aykırı olan fiil, diğer hukuk dalları bakımından da hukuka aykırıdır. Kayıhan İçel, Füsün Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih Selami Mahmutoglu ve Yener Ünver, *Suç Teorisi* (2) (3. Baskı, Beta 2003) 101.

Bir hukuk dalında hukuka aykırı olan fiile başka bir hukuk dalı kayıtsız kalmış olabilir. Örneğin, bir memurun işe bir gün mazeretsiz olarak gitmemesi idare hukukuna özgü bir hukuka aykırılıktır. Bu fiilin ceza hukukuna da aykırı olduğu söylendiğinde akla bu fiilin hangi suça vücut verdiği gelmektedir. Ceza hukukunun bu fiile kayıtsız kalması, fiilin idare hukukuna özgü bir hukuka aykırılık teşkil etmesine engel olmaz. Yani davranışın normatif statüsü değişmemekte dolayısıyla hukukun birliği ve bütünlüğü ilkesi ile çelişilmemektedir. Hasan İba, “Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır” *Önermesinin Doğruluk Değeri* (2022) 5(2) Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 776-778.

152 Ancak bu haksızlık (*reşit olmayanla cinsel ilişki suçu*) dolayısıyla soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi şikâyet koşuluna bağlanmıştır. Cinsellik, kişinin şahsına sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu*nda şikâyetle bulunma yetkisi çocuğa aittir. Şikâyet konusunda kanuni temsilcisi ile çocuğun iradesi çeliştiğinde çocuğun iradesine üstünlük verilmelidir. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 8) 394; Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 492. Ünver'e göre, TCK m. 105'in lafzında şikâyetle bulunma yetkisinin mağdura ait olduğundan söz edilmemiştir. Çocuğu cinsel ilişkiye ikna eden kişi hakkında çocuğun çoğunlukla şikâyetle bulunmayacağı açıktır; bu durum suiistimallere yol açabilir. Belirtilen nedenlerle Ünver'e göre, *reşit olmayanla cinsel ilişki suçu*nda şikâyetle bulunma yetkisi kanuni temsilciye aittir. Ünver (n 9) 50.

On beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği olan çocuğun rıza gösterdiği davranış cinsel ilişki boyutuna ulaşmamışsa bu durumda TCK m. 102'ye göre değerlendirme yapmak gerekir. Çünkü, kanaatimizce, temas içeren cinsel davranışlar bakımından TCK m. 102 şemsiye norm niteliğindedir; diğer normların tipine uymayan ve temas içeren cinsel davranışları TCK m. 102 bağlamında değerlendirmek gerekir. Bu yorum, özellikle rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüş açısından önemlidir. Aksini kabul, rızaya dayalı olarak öpüşen iki yetişkinin fiilinin *cinsel saldırı suçu* bakımından tipik olduğunu, algılama ve irade yeteneğine sahip on beş yaşını tamamlamış çocukla öpüşen bir başka yetişkinin fiilinin ise, tipik olmadığını (cinsel özgürlüğe karşı olan hiçbir suç bakımından) kabul etmek çelişkisine yol açar. TCK m. 104'e göre, *reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun* tipi cinsel ilişki ile sınırlıdır. Bu yüzden on beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği bulunan çocukla öpüşme, çocuğun rızası varsa TCK m. 104 bakımından tipik değildir. Keza, örnekteki fiile rıza gösteren çocuk, on beş yaşını tamamladığı, algılama ve irade yeteneğine sahip olduğu için fiil, *çocukların cinsel istismarı suçu* (TCK m. 103) bakımından da tipik değildir. Tipik olmadığı için haksız olmayan fiil ile tipik olmakla birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu için haksız olmayan fiil arasında değer farkı vardır.¹⁵³ Tipik olmadığı için haksız olmayan fiilin haksızlık belirtisi yoktur. Tipik olmakla birlikte hukuka uygun olduğu için haksız olmayan fiilin ise, haksızlık belirtisi vardır. TCK m. 102, temas içeren cinsel davranışlar bakımından şemsiye norm olarak kabul edilmezse – rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüş esas alındığında – rızaya dayalı olarak öpüşen yetişkinlerin fiilinin haksızlık belirtisinin olduğu, on beş yaşında olan çocukla öpüşen yetişkinin davranışının ise, haksızlık belirtisinin olmadığı kabul edilmiş olur.¹⁵⁴

Sonuç olarak, cinsel saldırı (TCK m. 102) ve cinsel taciz suçlarında (TCK m. 105) rızaya tipiklikte yer verilmemiş, çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103/1-bde) ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarında (TCK m. 105/1) ise, cebir, tehdit ve hileden söz etmek suretiyle dolaylı olarak rızaya tipiklikte yer verilmiştir. Ancak, TCK m. 102, temas içeren, TCK m. 105 ise, temas içermeyen cinsel davranışlar bakımından genel nitelikli normlardır. Bu yüzden TCK m. 103 ve 104'te dolaylı olarak rızadan söz edilmesi, son tahlilde, rıza nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızanın tipiklik unsuru mu yoksa hukuka uygun nedeni mi olduğu sorununun çözümlenmemektedir.

TCK m. 102 ve TCK m. 105'te yer verilen haksızlıkların kanuni tarifinde rızaya yer verilmemesi, rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu ileri süren görüş açısından önemli bir dayanaaktır. Zira *kanunilik ilkesi* gereği, suç tiplerinden unsur eksiltilemeyeceği gibi, suç tiplerine yeni unsurlar da eklenemez. Bu yüzden öğretide rızayı tipiklikle ilişkilendiren yazarlar görüşlerini yalnızca teorik gerekçelerle değil, kanunun lafzına dayanan bir takım gerekçelerle de temellendirmeye çalışmaktadırlar.

¹⁵³ Welzel (n 71) 196.

¹⁵⁴ Rızanın TCK m. 102 bakımından tipiklik unsuru olarak kabul edilmesi halinde ise, TCK m. 102'yi temas içeren cinsel davranışlar bakımından şemsiye norm olarak nitelemenin bir önemi olmamaktadır. Zira bu durumda hem rızayla öpüşen yetişkinlerin hem de on beş yaşını tamamlamış algılama ve irade yeteneği bulunan çocukla çocuğun rızasıyla öpüşen yetişkinin fiili tipik olmamaktadır. İki durumda da fiiller tipik olmadığından tipik olmadığı için haksız olmayan fiille tipik olmakla birlikte hukuka uygun olduğu için haksız olmayan fiil arasındaki değer farkına ilişkin çelişkiyle karşılaşılmamaktadır.

Taner'e göre, *cinsel saldırı suçunda* (TCK m. 102) rızadan söz edilmemesinin nedeni, iradeyi sakatlayan hangi durumlarda *cinsel saldırı suçunun* oluşacağına ilişkin bir düzenleme yapmamak suretiyle cinsel özgürlükleri etkin bir şekilde korumaktır.¹⁵⁵ *Taner'e* göre, rızaya yer verilmemesi nedeniyle, cebir, hile, tehdit veya iradeyi etkileyen diğer nedenlerin varlığı suçun oluşması bakımından zorunlu değildir.¹⁵⁶ Kanaatimizce, *Taner'in* ileri sürdüğü gerekçe, rızanın yokluğunu suç tipinin bir unsuru olarak kabul etmek bakımından yeterince ikna edici değildir. Rızasızlığı ifade etmek için kanun koyucunun suç tipinde, cebir, tehdit, hile gibi nedenlerden söz etmesi bir zaruret değildir. Zira, kanun koyucu, “rıza hilafına”, “rıza olmaksızın”, “rızası olmaksızın” gibi ifadelerle suç tipinde pekâlâ yer verebilir ve böylece rızasızlığı iradeyi sakatlayan belli durumlarla sınırlamayabilirdi. Bu durumda *Taner'in* üzerinde durduğu sakınca ile karşılaşmazdı.

Kantar'a göre, TCK m. 102/1'nin lafzında yer verilen “*kişinin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi*” ifadesindeki “*ihlal*” kelimesi rızasızlık anlamına gelir.¹⁵⁷ Kanaatimizce, “*ihlal*” kelimesi “*rızasızlık*” kelimesini ikame edecek nitelikte değildir. Örneğin, *mala zarar verme suçunda* (TCK m. 151) ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedenidir. *Mala zarar verme suçunun* tipinde “*mülkiyet hakkının ihlal edilmesi*” ifadesi yer alsaydı bu ifade *mala zarar verme suçunda* rızanın tipikliğin bir unsuru olduğu anlamına gelmezdi.

Akbulut'a göre, cinsel saldırı suçunda cebir ve şiddete suçun nitelikli hallerinde değil de neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinde (TCK m. 102/4) yer verilmesi, cebir ve şiddetin suçun temel halinin unsuru olduğunu başka bir ifadeyle rızanın yokluğunun suç tipinin bir unsuru olduğunu gösterir.¹⁵⁸ TCK m. 102/4'ye göre; “*Cinsel saldırı için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır*”. *Akbulut'un* görüşü, suç tipinin basit halinin cebir ve şiddetle de işlenebileceğini ortaya koymaktadır; bu konuda bir tartışma yoktur; rızayı cinsel saldırı suçunda hukuka uygunluk nedeni olarak gören görüşteki yazarlara göre de suç şiddet ya da cebirle işlenebilir; çünkü bu suç serbest hareketli bir suçtur. Suçun şiddet, cebir veya iradeyi etkileyen başka bir sebeple işlenmesi suç tipinin unsuru olarak kabul edilirse bu tür durumların olmadığı hallerde fiilin suç teşkil etmemesi gerekir. Bu durumda cinsel özgürlüğe karşı suçların koruma alanı daraltılmış olur. Örneğin, alkol nedeniyle kendinde olmayan bir kadının odasına gizlice giren ve bu kadına yönelik cinsel davranışlarda bulunan otel personelinin fiili şüphesiz cinsel saldırı teşkil eder. Örnekte, kadının bilinci yerinde olmadığı için iradesi zorlanmamış ya da etkilenmemiştir; bu kadın ertesi gün hiçbir şeyin farkına varmadan hayatına devam etse dahi, fiilin suç teşkil etmediği ileri sürülemez.

Demirele göre, TCK m. 103'ün lafzı, cinsel suçlarda rızanın tipiklikle ilgili olduğunu göstermektedir. *Demirele* göre, rıza bir hukuka uygunluk nedeni olsaydı, çocuklarla ilgili TCK m. 103'teki düzenlemeye gerek duyulmazdı; zira, hukuka uygunluk nedeni olan rıza bakımından ehliyet koşulu aranmaktadır ve çocuklarda rıza açıklama ehliyeti olmadığından fiil suç teşkil etmektedir; yani rıza

155 *Taner* (n 1) 120.

156 *Taner* (n 1) 120.

157 *Kantar* (n 8) 148.

158 *Akbulut*, ‘Cinsel Dokunulmazlığa’ (n 82) 269.

bir hukuka uygunluk nedeni olsaydı TCK m. 103 olmasaydı dahi çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar suç teşkil ederdi; TCK m. 103'ün varlığı rızanın tipiklikle ilgili olduğunu gösterir.¹⁵⁹ Kanaatimizce, ceza hukukundaki rızaya ehliyetin özel hukuktaki fiil ehliyetinden farklı olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir. Ceza hukukunda rıza ehliyeti bakımından bir yaş sınırı yoktur. Ceza hukukunda önemli olan ilgilinin maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilmesi ve davranışlarını bu çerçevede yönlendirebilmesidir. Ceza hukukunda rıza ehliyetinde yaş sınırı olmadığı için TCK m. 103'teki düzenleme olmasa doğal olarak üreme dönemine giren çocukların (örneğin, kız çocukları için *menarş*) cinsel ilişki kurabilme ehliyetine sahip olup olmadıkları tartışması yapılabilirdi. Kanaatimizce, kanun koyucu bu tartışmaları önlemek ve çocukları korumak için TCK m. 103'teki düzenlemeyi yapmıştır. TCK m. 103'ün madde gerekçesine göre; “*Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından rızanın varlığı, ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Buna karşılık, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır*”. Gereçede dikkat edileceği üzere “*ceza sorumluluğunu kaldırma*” ifadesine yer verilmiştir. Hukuka uygunluk nedeni olan rıza, 5237 sayılı TCK'nın “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler” başlıklı bölümünde düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde kullanılan ifade, hukuka uygunluk nedeni olan rıza (TCK m. 26/1) ile terminolojik olarak örtüşmektedir.

Anlaşılabacağı üzere, rızanın varlığı halinde haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızanın tipiklik unsuru olduğunu ileri süren yazarların kanunun lafzına dayanarak ileri sürdükleri gerekçeler, kanaatimizce, yeterince ikna edici değildir. Söz konusu yazarların dayandıkları teorik gerekçeler ise oldukça kuvvetlidir.

Rızayı tipiklikle ilişkilendiren yazarların dayandığı teorik gerekçelerden biri, tipik olmadığı için suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmeyen fiille, tipik olmakla birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu için haksız olmayan fiil arasındaki değer farkıdır.¹⁶⁰ Bu değer farkı, tipik olmadığı için suç niteliğinde bir haksızlık teşkil etmeyen fiilin ilgili ceza normuyla korunmak istenen hukuki değeri ihlal etmemesidir. Tipik olmakla birlikte somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu için hukuka uygun olan fiil ise, ilgili suç tipiyle korunmak istenen hukuki değeri ihlal eder; ancak ihlale hukuk düzeni izin verdiği için ihlal haksız değildir. Örneğin, meşru savunma bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için koşulları gerçekleşmişse meşru savunma halinde bir insanı öldürme hukuka uygundur. Ancak, fiilin hukuka uygun olması, yaşama hakkının ihlal edilmediği anlamına gelmez. Meseleye bu açıdan bakılacak olursa rıza nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlarda rıza tipiklikle ilgilidir. Zira, fiilin tipik ama hukuka uygun olması, normalde fiilin haksız olduğu (tipikliğin haksızlık belirtisi) ancak hukuk fiile izin verdiği için fiilin haksız olmadığı anlamına gelir. Rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul etmek, söz konusu cinsel davranışların ilgili suç tipleriyle korunan hukuki değerleri ihlal ettiği fakat hukuk izin verdiği için ihlalin haksız olmadığı

159 Demirel (n 51) 1506-1507.

160 Şahin (n 50) 87; Demirel (n 51) 1518; Tulay (n 9) 511; Şare (n 82) 993.

anlamında gelir. Bu durumda eşler arasındaki rızaya dayanan cinsel ilişkinin normalde hukuki bir haksızlık teşkil ettiği ancak rıza hukuka uygunluk nedeni olduğu için fiilin hukuka uygun hale geldiği sonucuna ulaşılır.¹⁶¹

Rızayı tipiklikle ilişkilendiren yazarların dayandığı teorik gerekçelerden ikincisi, akıl hastalarının cinsel haklarıdır.¹⁶² Tipiklik unsuru olan rızada ilgilinin rıza açıklamaya ehil olması gerekmez, ilgilinin fiile tabii olarak onay vermesi fiilin tipik olmadığı anlamına gelir. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise, ilgilinin rıza açıklamaya ehil olması gerekir. İlgili, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip değilse rıza açıklaması geçersizdir. Akıl hastalarının şahıs varlıkları ve malvarlıkları itibarıyla bir zarara uğramadıkları, doğal olarak istedikleri ve haz aldıkları cinsel davranışlarda rızanın geçersiz olduğundan bahisle fiilin her durumda suç teşkil ettiğini ileri sürmek, akıl hastalarının cinsellikleri üzerindeki haklarının özüne dokunmaktadır. Bu durum, 1982 Anayasası'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. maddesi bakımından sorun teşkil eder. Anayasa m. 13'e göre; "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir*". Küçüklerde de üreme içgüdüğü vardır. Kanun koyucunun küçüklerin menfaatini korumak için getirdiği yaş sınırlaması küçüklerin cinsellikleri üzerindeki haklarının özüne dokunmaz. Çünkü, kanunda öngörülen yaş sınırı aşıldığında küçükler cinselliklerini yaşayabilmektedirler. Akıl hastalığı ise, hastalıktan muzdarip olanların hayatı boyunca devam edebilir. Karşı tarafın rızası varsa akıl hastasının cinsel ilişki yaşamasının akıl hastasının kendisi bakımından suç teşkil etmediği ve bu yüzden hakkın özüne dokunulmadığı ileri sürülebilir. Ancak cinsel birliktelik iki taraflıdır; diğer kişilerin akıl hastası ile cinsel münasabet kurmasının yasaklanması, dolaylı olarak akıl hastasının da bu kimselerle cinsel münasabet kurmasının yasaklanması anlamına gelir. Fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayacak derece akıl hastası olan kişilerin rıza açıklaması her ihtimalde geçersiz sayıldığı için adeta kanunda yazılı olmayan bir suç yaratılmış olmaktadır. Bu yüzden on sekiz yaşını geçkin akıl hastalarının durumu on beş yaşından küçük olan küçüklere benzemektedir.

Ayrıca, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak derecede akıl hastası olan kişilerin rızası geçersiz sayıldığı için fiilin her durumda suç sayılması, ceza adaleti bakımından da problemlidir. *Cinsel saldırı suçunun* (TCK m. 102) nitelikli hallerinden birisi de, suçun beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı gerçekleştirilmesidir (TCK m.102/3-a). İlgili düzenlemeye göre, *cinsel saldırı suçu* fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan akıl hastasına karşı işlenirse ceza yarı oranında arttırılır. *Cinsel saldırı suçunun* vücuda organ ve sair cisim sokmak suretiyle gerçekleşmesi halinde faile verilecek ceza, 12 yıldan az olamaz (TCK m.102/2). Fiilin, cinsel davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacak derece akıl hastası olan kişiye karşı işlenmesi halinde ceza yarı oranında arttırılacağı için bakıcısına dokunmaya başlayan ve bakıcısının da karşılık vermesi sonucu bakıcısıyla cinsel ilişki yaşayan akıl hastası örneğinde bakıcının cezası 18 yıldan az olamaz. *Çocukların cinsel istismarı suçunda* fiilin on iki yaşını tamamlamış çocuklara karşı vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde faile verilecek hapis cezası

161 Duff (n 90) 209.

162 Demirel (n 51) 1518.

16 yıldan aşağı olamaz (TCK m.103/2). Akıl hastası ile cinsel ilişki yaşayan bakıcının cezası 18 yıldan az olamazken, on iki yaşını tamamlamış bir çocuğu istismar eden faile verilecek ceza 16 yıldan aşağı olmamaktadır. Bu durumun adil olmadığı ortadadır.

Rızayı tipiklikle ilişkilendiren yazarların dayandığı üçüncü teorik gerekçe, hukuka uygunluk nedenlerinin fiili bütün bir hukuk düzeni bakımından meşrulaştırma etkisidir.¹⁶³ Rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlarda rıza bir hukuka uygunluk nedeni ise, rızanın fiili yalnız ceza hukuku bakımından değil, hukukun diğer tüm dalları bakımından da hukuka uygun hale getirmesi gerekir. Ancak evli eşin üçüncü bir kimseyle rızaya dayalı cinsel birlikteliği (zina), TMK m. 161'e göre bir hukuka aykırılıktır. Bu durum, rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olmadığını rızanın tiple ilgili olduğunu gösterir.¹⁶⁴

Rızanın tipiklikle ilgili olduğunu ileri süren görüşün dayandığı bu üç gerekçe oldukça kuvvetlidir. Ancak bu durum rızanın tipiklikle ilgili olduğunu kabul eden görüşün her anlamda tatmin edici olduğu anlamına gelmez. Rızanın tipiklikle ilgili olduğunu ileri süren görüş, *Tezcan/Erdem/Önok*'un da belirttiği üzere, rızaya ilişkin olgusal gerçeklikte hatada cezalandırma boşluklarına yol açabilmektedir.¹⁶⁵ Örneğin, Birleşik Krallık'ta yaşanmış bir olayda (*Morgan davası*), karısıyla tartışan bir koca, alkol aldığı üç arkadaşına karısının kendileri ile cinsel ilişkiye girmek istediğini, karısının tecavüze uğrama fantezisi olduğunu ve fantezisini gerçekleştirmek için direneceğini söyler. Bu üç kişi kadınla zorla ilişkiye girerler.¹⁶⁶ Rıza, *cinsel saldırı suçunda* tipikliğin bir unsuru olarak kabul edilirse bu olayda hata kaçınılabilir olmasına rağmen fiil cinsel saldırı suçuna vücut vermez. Nitekim mahkeme de rızayı tipiklik unsuru olarak kabul ettiği için bu olayda suçun oluşmadığına kanaat getirmiştir.

Cinsel davranışlar çoğunlukla sözlü ya da yazılı bir teklif ve kabule dayanmaz. Kanada'da yapılan bir çalışmada çalışmaya katılan erkeklerin %93'ü, cinsel birlikteliklerinin sözlü bir teklif ve onay içermediğini belirtmiştir.¹⁶⁷ Bu istatistik, – *ilk temas ya da söze mağdur karşı çıktığında artık hatadan söz edilemeyecekse de* – en azından ilk temas ya da cinsel söz bakımından failin yanılıya düşmesinin kuvvetle muhtemel olduğunu göstermektedir. Örneğin, mağdurun karşılık vereceği zannıyla ilk buluşmada sinemada mağdurun göğsüne dokunan ya da yine ilk buluşmada konserde mağdurun boynunu öpen kişinin fiili, cinsel saldırı suçunda rıza tipiklik unsuru olarak kabul edilirse suç teşkil etmeyecektir. Zira, tipikliğin maddi unsurlarında hata ne kadar basit olursa olsun kastı engeller ve cinsel özgürlüğe karşı suçların taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için hata ne kadar basit olursa olsun fiil suç teşkil etmez.

163 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 387; Koca ve Üzülmöz, *Ceza Özel* (n 8) 386.

164 Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Özel Hükümler* (n 10) 387; Koca ve Üzülmöz, *Ceza Özel* (n 8) 386.

165 Tezcan, Erdem ve Önok (n 8) 442.

166 DPP v Morgan [1976] AC 182, nakleden George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (Oxford University Press 2000) 699. Morgan davasının, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasına ilişkin teoriler çerçevesinde detaylı bir değerlendirmesi için bkz. İba, 'Hukuka Uygunluk' (52) 355 vd.

167 Douglas Husak and Thomas C. George, 'Date Rape, Social Convention, and Reasonable Mistakes' (1992) 11 (1/2) *Law and Philosophy* 95, 93-94.

Rıza, tipiklikle ilişkilendirildiğinde olgusal gerçeklikte hatada mahkeme topluma kaçınılabılır hata halinde dahi fiilin haksız olmadığı mesajını verir. Basit hatalarda dahi fiilin suç teşkil etmemesi, suçla korunan hukuki değerin yeterince korunamaması sakıncası yaratır. Rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi halinde ise, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata konusunda kabul edilecek teoriye göre farklı sonuçlara ulaşılır. Örneğin, Sınırlı Kusur Teorisi kabul edilecek olursa, bu teori hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası ile suç tipinin maddi unsurlarında hatayı özdeş gördüğü için bahse konu cezalandırma boşluklarıyla yine karşılaşılır. Ancak Katı Kusur Teorisi kabul edilirse, bu teoriye göre, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası haksızlığı değil, kusuru etkilediği için kaçınılabılır hatada fail cezalandırılabilir.

SONUÇ

Rızaya dayalı olarak gerçekleştirildikleri için haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışların üç kategorisi vardır:

- (1) on sekiz yaşını tamamlamış kişilere yönelen cinsel davranışlar,
- (2) on beş yaşını tamamlamış, algılama ve irade yeteneği bulunan çocuklara yönelen cinsel ilişki boyutuna ulaşmamış cinsel davranışlar,
- (3) evlenmeyle reşit olan çocukla cinsel ilişki.

Bu üç kategori bakımından rızanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre rıza hukuka uygunluk nedeni iken diğer bir görüşe göre tipiklik unsurudur. Hukuki sonuçları itibarıyla iki görüş arasında önemli farklılıklar vardır:

(1) Tipiklik unsuru olan rızada ilgilinin fiili tabii olarak onaması yeterlidir. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise, ilgilinin rıza açıklama ehliyetine sahip olması gerekir. Bu farklılık, akıl hastaları bakımından önem arz eder. Rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse on sekiz yaşını tamamlamış akıl hastasının bizatihi kendisinin başlattığı ve haz aldığı cinsel münasebetler dahi karşı taraf açısından suç teşkil eder. Rıza, tipiklik unsuru olarak kabul edilirse bu örnekte fiil suç teşkil etmez.

(2) Rızaya ilişkin olgusal gerçeklikte hatada rızanın tipiklik unsuru olduğu kabul edilirse hata kaçınılabılır olsun ya da olmasın kastı engeller. Cinsel özgürlüğe karşı suçların taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için bu ihtimalde fiil suç teşkil etmez. Rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatası tartışmalı olduğu için rızaya ilişkin olgusal gerçeklikte hatanın hukuki sonucu kabul edilecek teoriye göre değişkenlik gösterir. Örneğin, Katı Kusur Teorisi kabul edilirse hatanın kaçınılabılır olduğu durumlarda fail sorumlu olacaktır.

(3) İlgilinin fiile rıza gösterdiğinin bilinmediği durumlarda rıza tipiklik unsuru olarak kabul edilirse fiil objektif olarak tipik olmaz ve dolayısıyla suç teşkil etmez. Rıza, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse hukuka uygunluk nedenlerinde sübjektif unsur sorununda kabul edilecek görüşe

göre rızanın objektif olarak var olduğu ve fakat bu durumun fail tarafından bilinmediği olaylarda farklı sonuçlara ulaşılır. Örneğin, hukuka uygunluk nedenlerinin subjektif unsurunun olduğu kabul edilirse fail mağdurun fiile rıza gösterdiğini bilmiyorsa fiil suç teşkil eder.

(4) Rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse davranış bütün hukuk düzeni tarafından meşrulaşır. Rıza, tipiklik unsuru olarak kabul edilirse rıza dolayısıyla fiil ceza hukuku bakımından haksızlık teşkil etmese de failin diğer hukuk dallarına ilişkin sorumluluğu devam eder. Bu farklılık, özellikle eşin zinası bakımından önem arz eder.

Türk öğretisinde hâkim görüşe ve Yargıtay'a göre, rızanın varlığı nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak son zamanlarda rızanın tipiklik unsuru olduğunu ileri süren görüş öğretide ağırlık kazanmaya başlamıştır; *Tezcan/Erdem/Önok*'un aktardığına göre, Yargıtay'ın ilgili ihtisas dairesinin kendilerine verdiği bilgi, daire üyelerinin eğilimin de rızanın tipikliği ilgilendirdiği yönünde olduğudur.

Türk hukukunda cinsel özgürlüğe karşı suçlarda rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar TCK m. 102 bağlamında yapılmaktadır. İki görüşün de güçlü gerekçeleri vardır.

Rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüş iki temel gerekçeye dayanmaktadır:

(1) TCK m. 102'de rızaya tipiklikte yer verilmemesi ve TCK m. 26'da rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesi, rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğunu göstermektedir. Kanunilik ilkesi gereği, suçun kanuni tarifinde yer almayan bir unsur tipikliğe dâhil edilemez.

(2) Rıza, tipiklik unsuru olarak kabul edilirse rızaya ilişkin maddi gerçeklikte hatada hata kaçınılabılır olsa dahi fiil suç teşkil etmeyecektir. Cinsel suçların haksızlık yoğunluğu dolayısıyla bu durum toplumun tahammül edemeyeceği cezalandırma boşluklarına yol açabilir.

Rızayı tipiklik unsuru olarak kabul eden yazarların dayandıkları gerekçeleri teorik gerekçeler ve kanunun lafzına dayanan gerekçeler şeklinde ikiye ayırabiliriz. Yukarıda izah ettiğimiz üzere kanunun lafzına dayanan gerekçeler kanaatimizce yeterince ikna edici değildir. Teorik gerekçeler ise oldukça kuvvetlidir:

(1) Rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse rıza nedeniyle haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışların normalde haksızlık teşkil ettiği ancak kanun koyucu izin verdiği için bu fiillerin suç teşkil etmediği kabul edilmiş olur. Yani bu durumda evli kişilerin öpüşmelerinin dahi haksızlık belirtisi vardır.

(2) Rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse rıza açıklama ehliyeti olmayan akıl hastalarının bizatihi kendilerinin istediği ve başlattığı cinsel davranışlar dahi karşı taraf açısından suç teşkil eder. Bu durumda akıl hastalarının cinsel haklarının özüne dokunulmuş olur.

(3) Hukuk düzeninin birliği ve bütünlüğü ilkesi gereği, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa fiil bütün hukuk dalları bakımından hukuka uygun olur. Cinsel özgürlüğe karşı suçlarda rıza hukuka uygunluk nedeni olsaydı zina bir boşanma nedeni (TMK m. 161) olmazdı.

Kanaatimizce, rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüş pragmatik açıdan, rızayı tipiklik unsuru olarak kabul eden görüş ise teorik açıdan üstündür. Rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edildiğinde hâkimin hareket alanı genişlemektedir. Örneğin Yargıtay'ın, yukarıda değindiğimiz üzere, hukuka uygunluk nedenlerinde maddi unsur hatasında farklı suç teorilerini esas aldığı birçok kararı vardır. Keza, rızanın objektif olarak var olduğu ve fakat fail tarafından bilinmediği durumlarda da hâkim teorik tartışmalardan yararlanarak cezai uyumsuzluğu çözümler. Her somut olayın kendine özgü koşullarının olması dolayısıyla bahse konu meselelerdeki teorik zenginlik, hâkime adil olana hükmetme konusunda olanak sağlayabilir. Rıza, tipiklik unsuru olarak kabul edildiğinde ise hâkimin hareket alanı daralmaktadır. Rıza, tipiklik unsuru olarak kabul edilirse rızaya ilişkin maddi gerçeklikte hata kaçınılabilir olsa dahi cinsel suçların taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmediği için TCK m. 30/1 gereği fiil suç teşkil etmez. Bu konuda herhangi bir tartışma yoktur. Keza rıza tipiklik unsuru olarak kabul edilirse rızanın objektif olarak var olduğu fakat bu durumun fail tarafından bilinmediği durumlarda fiil objektif olarak tipik olmaz. Bu konuda da bir tartışma yoktur.

Biz, meseleye pragmatik açıdan değil, teorik açıdan yaklaşıyoruz. Bize göre, rızaya dayalı olarak gerçekleştirildikleri için haksızlık teşkil etmeyen cinsel davranışlar bakımından rıza tipiklik unsurudur.

KAYNAKÇA

- Abanoz B, 'Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2021).
- Akbulut B, 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği' (2019) 14(40) Ceza Hukuku Dergisi 265-288.
- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4. Baskı, Adalet 2017).
- Akkaya Ç, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (1. Baskı, Adalet 2018).
- Alacakaptan U, *Suçun Unsurları* (1. Baskı, Sevinç Matbaası 1970).
- Alşahin ME, 'Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)' iç Mahmut Koca (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a Armağan* (Seçkin 2020) 857-881.
- Ambos K and Bock S, 'Germany' in Alan Reed and Michael Bohlander (eds), *Consent (Domestic and Comparative Perspectives)* (Routledge 2016).
- Arslantürk M, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar* (5. Baskı, Seçkin 2019).
- Artuç M, *Kişilere Karşı Suçlar* (1. Baskı, Adalet 2008).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı, Adalet 2018).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (20. Baskı, Adalet 2022).
- Bacaksız P, 'Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması', (2013) 8(21) Ceza Hukuku Dergisi 119-138.
- Baron M, 'Justifications and Excuses' (2005) 2(2) Ohio State Journal of Criminal Law 387-406.
- Baytemir E, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (1. Baskı, Adalet 2019).
- Bengü CH, *Ceza Hukukunda Hata* (Sakarya Kitabevi 1948).
- Centel N ve Zafer H, 'Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)' iç Mahmut Koca (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a Armağan* (Seçkin 2020) 225-265.

- Centel N, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi' (2012) 25(99) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 269-290.
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (11. Baskı, Beta 2020).
- Değirmenci O, 'Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma' (2014) 110 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 129-188.
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2022).
- Demirel M, 'Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza' (2020) 28(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1469 – 1523.
- Demirtaş S, 'Suçun Nitelikli Hallerine Teşebbüs' (2021) 25(3) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 381-429.
- Douglas Husak and Thomas C. George, 'Date Rape, Social Convention, and Reasonable Mistakes' (1992) 11 (1/2) Law and Philosophy 95-126.
- Dönmezer S ve Erman S, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım (2. Cilt)* (12. Baskı, Beta 1999).
- Dubber MD and Hörnle T, *Criminal Law-A Comparative Approach* (Oxford University Press 2014).
- Duff A, *Answering For Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law* (1st edition, Hart Publishing, 2007).
- Dursun S ve Bozbayındır AE, 'Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi' (2015) 73(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 63-90.
- Dursun S, 'Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış' (2014) 9(24) Ceza Hukuku Dergisi 57-73.
- Erdin S, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Sübjektif Unsurlar Sorunu* (1. Baskı, Adalet 2021).
- Erem F, *Türk Ceza Kanunu Şerhi (1. Cilt)* (Seçkin, 1993).
- Erman RB, 'Yanılgının Ceza Sorumluluğuna Etkisi' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2006).
- Feinberg J, 'Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life' (1978) 7(2) Philosophy and Public Affairs 93-123.
- Fletcher GP, 'The Nature of Justification' in Stephen Shute et. al. (eds), *Action and Values in Criminal Law* (Clarendon Press, 2003) 175-186.
- Fletcher GP, *Rethinking Criminal Law* (Oxford University Press 2000).
- Göktürk N, 'Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte midir?' (2015) 10(27) Ceza Hukuku Dergisi 7-28.
- Göktürk N, 'Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği' (2014) 9(26) Ceza Hukuku Dergisi 7-30.
- Göktürk N, 'Suçun Yasal Tanımında Yer Alan Hukuka Aykırılık İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon' (2016) 7(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 407-450..
- Göktürk N, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi* (1. Baskı, Seçkin 2016).
- Greenawalt K, 'The Perplexing Borders of Justification and Excuse' (1987) 84(8) Columbia Law Review 1897-1927.
- Günel İ, *Tıbbi Müdahaleye Rıza* (1. Baskı, Seçkin 2018).
- Gündüz R, *Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar* (2. Baskı, Bilge Yayınevi 2017).
- Güngör D, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata* (1. Baskı, Yetkin 2007).
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (5. Baskı, Us-a Yayıncılık 2016)
- Hafizoğulları Z, 'Beşeri Cinsellik ve Yeni Ceza Kanunu' <<http://www.abchukuk.com/cezahukuku/cinsel-suclar.html>> Erişim Tarihi 23 Şubat 2023.

- Hafizoğulları Z, Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Us-A Yayıncılık 2021).
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (21. Baskı, Adalet 2017).
- Hohfeld WN, 'Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning' (1913) 23(1) *The Yale Law Journal*, 16-59.
- Husak D, 'Justifications and the Criminal Liability of Accessories' (1989) 89(2) *The Journal of Criminal Law and Criminology* 491-520.
- İba H, "Hukukun Bir Dalı Bakımından Hukuka Aykırı Olan Fiil Hukukun Diğer Dalları Bakımından da Hukuka Aykırıdır" Önermesinin Doğruluk Değeri' (2022) 5(2) *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 762-787.
- İba H, 'Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Unsurlarında Hata' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2022).
- İba H, 'Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Nedenlerde Sınırın Aşılmasının Hukuki Niteliği' (2022) 26(2) *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 619-671.
- Kangal ZT, 'Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza' (2011) 15(4) *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 223-251.
- Kantarci N, *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (1. Baskı, Adalet 2016).
- Karakurt A, 'Türk Ceza Kanunu'nda Hata' (2009) 4(10) *Ceza Hukuku Dergisi* 109-155.
- Kartal PM, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı* (1. Baskı, DR Yayınları 2014).
- Kayhan İ, Sokullu Akıncı F, Özgenç İ, Sözüer A, Mahmutoğlu FS ve Ünver Y, *Suç Teorisi* (2) (3. Baskı, Beta 2003).
- Keyman S, 'Tipiklik ve Ceza Hukuku' (1980) 37(1) *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 59-105.
- Kılıç AŞ, 'Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü 2020).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin 2022).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Adalet 2019).
- Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (8. Baskı, Adalet 2022).
- Koca M, Bozkurt Ö, Acar İ, 'Çocukların Kendi Aralarındaki Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu' iç Mahmut Koca (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a Armağan* (Seçkin, 2020) 633-669.
- Kocaoğlu S, *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m.102-105)* (1. Baskı, Yetkin 2016).
- Koç Z, 'Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışmasının Hukuki Niteliği ve Görünüş Şekilleri' 2021) 25(4) *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 573-612.
- Koç Z, 'Rızanın Varlığında Hatanın Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Değerlendirilmesi' (2020) 15(42) *Ceza Hukuku Dergisi* 229-273.
- Kunter N, *Suçun Kanuni Unsurları* (Köksal Bayraktar v.d.) (2. Baskı, Der Yayınları 2022).
- Mahmutoğlu FS ve Karadeniz S, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (2. Baskı, Beta 2021).
- Malkoç İ, *Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları* (1. Baskı, Malkoç Kitabevi 2005).
- Meraklı S, *Ceza Hukukunda Kusur* (1. Baskı, Seçkin 2017).
- Mullins R, 'Moral Conflict and the Logic of Rights' (2020) 17(3) *Philosophical Studies* 633-651.
- Opalek K, 'Norm and Conduct, the Problem of the 'Fulfillment' of the Norm', (1971) 14(53-54) *Logique et Analyse* 111-119.
- Ölmez G, 'Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisans Üstü Eğitim Merkezi 2020).
- Önder A, *Ceza Hukuku Dersleri* (Filiz Kitabevi, 1992).

- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin 2022).
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2022).
- Özcan AMT, 'Ceza Hukukunda İlgilinin Rızası' (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2018).
- Özen M, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri* (2. Baskı, Adalet 2017).
- Özen M, *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa* (1. Baskı, Seçkin 1995).
- Özgenç İ, 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi' (2020) 24(2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 251-288.
- Özgenç İ, 'Cinsel Suçlar' (2020) 24(1) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 257-283.
- Özgenç İ, 'Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)' (1996) 5(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan) 443-454.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Gazi Şerhi* (3. Baskı, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 2006).
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Baskı, Seçkin 2022).
- Öztürk B ve Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (22. Baskı, Seçkin 2022).
- Pakır Y, *Cinsel Saldırı Suçu* (1. Baskı, Adalet 2018).
- Parlar A ve Banko M, *Cinsel Suçlar* (1. Baskı, Adalet, 2014).
- Robinson PH, *Criminal Law Defenses Vol. 1* (West Publishing, 1984).
- Ross A, *Directives and Norms* (1st edition, Routledge and Kegan Paul 1968).
- Selçuk S, 'Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Görevlerin/Yükümlülüklerin Çatışması ve Yargıtay Kararları' (2010) 5(45) Terazi Hukuk Dergisi 87-104.
- Sevük HY, '6545 sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi' (2015) 3(2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi 120-145.
- Shafer-Landau R, 'Specifying Absolute Rights' (1995) 37(4) Arizona Law Review 209-225.
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (11. Baskı, Yetkin 2016).
- Stewart H, 'The Role of Reasonableness in Self-Defence' (2003) 16(2) Canadian Journal of Law and Jurisprudence 317-336.
- Stolpe A, 'A Theory of Permission Based on the Notion of Derogation' (2010) 8(1) Journal of Applied Logic 97-113.
- Şahin ME, *Ceza Hukukunda Rıza* (1. Baskı, On İki Levha 2012).
- Şare E, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası' (2019) 21(2) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 977-1023.
- Tahir T, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (Ahmet Sait Matbaası 1949).
- Taner FG, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (2. Baskı, Seçkin 2017).
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Baskı, Seçkin 2022).
- Thomson JJ, *The Realm of Rights* (1st edition, Harvard University Press 1990).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım*. (26. Baskı, Savaş Yayınevi 2021).
- Tulay ME, 'Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçun Eşe Karşı İşlenmesi' (2020) 8(16) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 507-524.
- Tulay ME, *Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata* (1. Baskı, Adalet 2022).
- Tunç K, *Ceza Hukukunda Kastı Engelleyen Hata* (1. Baskı, Adalet 2020).

- Ünver Y, 'Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi' iç *II. Türkiye - Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu* (Seçkin 2013).
- Ünver Y, 'Türk Tıp Hukukunda Rıza' (2006) 3(2) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 227-288.
- Üzülmez İ, 'Çocukların Cinsel İstismarı Suçu' (2009) 4(2) Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 25-42.
- Welzel H, 'Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als Legislatisches Problem' (1955) 67 (2) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 196-228.
- Yaşar O, Gökcan HT ve Artuç M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu* 3. Cilt (2. Baskı, Adalet 2014).
- Yurtcan E, *Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar* (5. Baskı, Seçkin 2021).