

**^H6545 SAYILI KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ ÇERÇEVESİNDE
TÜRK CEZA KANUNU'NDA
REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇU (TCK m.104)**

*Yrd. Doç. Dr. Mehmet Nihat KANBUR**

GENEL OLARAK

5237 Sayılı TCK m.104'te¹ düzenlenen “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*” suçuna ilişkin fiiller, genel olarak karşılaştırıldığında, 765 Sayılı TCK m.416/son'da² düzenlenmişti. 15 Yaşını doldurmuş çocuklar ile kurulan cinsel ilişkiye yönelik fiiller, 765 Sayılı TCK bakımından ırza geçme suçunu düzenleyen m.416 içinde düzenlenmişti. Dolayısıyla bu tür fiiller rızaen

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanı (Antalya / 02423106455 / nkanbur@yahoo.com)

¹ **6545 Sayılı Kanun m.60 ile değişiklik sonrası madde metni: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki MADDE 104 (1)** *Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.*

6545 Sayılı Kanun değişikliği öncesi madde metni şu şekildeydi: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki MADDE 104 (1) *Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) (İptal: Ana.Mah.nin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile).*

² **765 Sayılı TCK - Madde 416/son:** “*Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*”

cinsel ilişki olarak değil, ırza geçmenin mefruz (*varsayılan*) cebirle işlendiği bir suç tipi olarak değerlendirilmekteydi. Nitekim ırza geçme fiillerinin failinin sadece erkekler olarak kabul edilmesinden dolayı, 765 Sayılı TCK m.416/son hükmü, uygulamada, 15 yaşından büyük ama reşit olmamış bir kıza karşı işlenmiş fiiller olarak anlaşılmaktaydı³.

1956 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında; 15 yaşından büyük ama reşit olmamış bir bayanla evlenme vaadiyle rızaya dayalı cinsel ilişkide bulunarak mağdurun kızlığını kaybetmesine neden olan failin fiilinin, 765 Sayılı TCK m.423 “*evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu*” kapsamında değil, m.416/son (15-18 yaş arasında birisiyle cinsel ilişkiye girme) kapsamında olduğu belirtilmiştir⁴. Kızlığın kaybedilmiş olması hali ise m.418/son bakımından “*mayubiyet (ayıplılık)*” sayılarak, faile verilecek cezanın ağırlatılacağına hükmedilmişti. 5237 Sayılı TCK’da “*evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu*” bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiştir⁵. Aynı şekilde kızlık bozma şeklinde ortaya çıkan fiiller, failin cezai sorumluluğunu ağırlaştıran bir neden⁶ olarak da yer almamıştır⁷.

³ TCK m.104/1 düzenlemesi bakımından artık bu suç oluşturulan fiillerin failinin veya mağdurunun cinsiyetinin önemi kalmamaktadır. Bkz. **Özgenç**, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, (*Genel Hükümler*), İkinci Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 824. Kadın veya erkek herkes bu suçun faili ve/veya mağduru olabilir. Hatta kanaatimizce bu tür fiiller aynı cinsten kişiler arasında da işlenebilecektir.

⁴ **YİBK 25.04.1956 tarih ve 1956/5 Esas ve 1956/2 Karar**. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, Cilt:3, s.662. Karar künyesi ve kaynak bilgisi için bkz. **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Baskı, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2002, s. 356, dipnot no. 96. Aynı şekilde Yargıtay, zina fiillerinin suç olduğu dönemde “*zina suçuna ortak olan bekar kadının ergin olmaması halinde kadın için zina suçunun oluşacağına, erkek için ise TCK m.416/son ...hükümünün uygulanacağı ve rızaen cinsel ilişkiden cezalandırılacağına...*” karar vermiştir (**Y.5.C.D. 06.03.1984 tarih, 42/871 sayılı karar**) ve (**13.11.1984 tarih, 3749/4226 sayılı karar**). Karar ve görüş için bkz. **Bakıcı**, Sedat; Uygulamada Zina Cürümleri -II-, Üçüncü Kesim - Kocanın Zinası, in. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 1985/3, s. 469.

⁵ 765 Sayılı TCK m.423’te düzenlenmiş olan Evlenme Vaadiyle Kızlık Bozma Suçu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Bakıcı**, Sedat; Evlenme Sözü Vererek Kızlık Bozma Suçu ve Unsurları, in. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 1985/1, s. 35.

⁶ Öğretide aksi yönde olarak, kızlığın bozulmasının 5237 Sayılı TCK döneminde de mağdurun “*beden veya ruh sağlığının bozulması hali*” kapsamında cezayı ağırlatıcı bir

Öğretide temyiz kudretine sahip olup da reşit olmayan küçükler ile yaşanan cinsel ilişkinin suç olmaması yönünde görüşler⁸ ileri sürülmüş olmakla birlikte, tasarının ilk metninde olmayan bu düzenleme adalet komisyonunda ağırlığı bulunan iki siyasi parti grup temsilcilerinin ısrarıyla eklenmiş⁹, uzun tartışmalar sonucu genel kurula bu şekliyle sunularak kanunlaşmıştır¹⁰.

6545 sayılı kanun m.60 hükmü ile TCK m.104'te düzenlenmiş bulunan Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu önemli ölçüde değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerden ilki, suçun temel şeklinin cezası artırılmıştır. İkinci olarak maddeye kısmen “ensest” ilişkilerin suç haline getirildiği bir düzenleme eklenmiştir¹¹. Üçüncü olarak suçun evlat edinme ilişkisi -koruyucu aile

neden olarak değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir. Bkz. **Akçin**, İhsan; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar, in. Yargıtay Dergisi, Cilt: 32, Ocak-Nisan 2006, Sayı: 1-2, s. 124-125. Ayrıca bkz. **Akkay**, Erdem; Irza Geçme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 1985 Sayı: 1-4, s. 653-657.

⁷ Öğretide vajinal ya da anal yoldan parmak sokulması halinde kızlık bozma hali ortaya çıksa bile, TCK m.104'deki reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşmayacağı yönündeki görüş için bkz. **Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa; Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: III, Madde 86-146, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 3417. **Kanaatimizce** TCK m.104 ile kızlık bozma fiilleri arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. TCK m.104'de düzenlenen suçun tipinde kızlık bozma herhangi bir unsur olarak görünmemektedir. Ancak vajinal bölgeye parmak sokma fiili, maddenin düzenleniş amacına ve çocuğun korunmasına yönelik olarak geniş yorumlanırsa “cinsel ilişki” kapsamında değerlendirilebilecek ve suç oluşabilecektir. Fakat bu durumda dahi “kızlık bozma” hali suçta bir unsur veya nitelikli hal olarak değerlendirilemeyecek, sadece TCK m.61 hükmü çerçevesinde cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesinde bir kıstas olarak uygulanabilecektir.

⁸ Bahse konu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Sevük Yokuş**, Handan; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, in. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 57, Mart-Nisan 2005, s. 293 vd.

⁹ **Özgenç**, (Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi), s. 823-824.

¹⁰ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3413. Komisyon görüşmelerindeki tartışmalar için bkz. **Güney**, Niyazi/**Özdemir**, Kenan/**Balo**, Yusuf Solmaz; Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s. 349 vd.

¹¹ Bu düzenleme getirilmeden önce öğretide, ensest niteliğindeki fiillerin bu suç bakımından cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde eleştiriler getirilmiştir. Bkz. **Ünver**, Yener; Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların

ilişkisi- bakım ve gözetim yükümlülüğü ilişkisi çerçevesinde işlenmesi ayrıca bir fıkra olarak düzenlenmiştir. Bahse konu değişiklikler, ilgili kısımlarda değerlendirilecektir.

I. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

15 Yaşını doldurmuş bir kişi ile cinsel ilişkiye girilmesine ilişkin fiiller 765 sayılı TCK'da "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" babında düzenlenerek, korunan hukuki değer olarak genel ahlak ve aile düzeni korunmuşken, 5237 sayılı TCK ile bu suçlar "Kişilere Karşı İşlenen Suçlar" içerisinde ve "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiş ve böylece korunan hukuksal yararın, çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişimi olduğu belirlenmiştir¹². Bu suçla 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını doldurmamış kişilerin cinsel bütünlüğü korunmaktadır. Ceza kanunu reşit olmayanlara tam bir cinsel özgürlük tanımamış (*nisbi özgürlük*), 15 yaşını tamamlamış çocuğun temyiz kudretine sahip olsa de henüz cinsel ilişkinin hukuki ve fiili sonuçlarını tam olarak algılayamayacaklarını kabul etmiştir¹³. Dolayısıyla temyiz kudretine sahip olsa bile, 15 yaşını tamamlamış çocuğun da cinsel bütünlüğü, kanun koyucu tarafından korunmak¹⁴

Eleştirel Olarak İncelenmesi, in. II. Türkiye - Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu "Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku" - (Editör: Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, Ankara-Mayıs 2014, s. 51.

¹² **Sevük**, s.295, **Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2013 s. 330, **Taner**, ise korunan hukuki yararın, çocuğun doğru ve düzgün cinsel gelişimi olduğunu söylemektedir. Bkz. **Taner**, Fahri Gökçen; Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 328, **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3414, **Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, C. I, s. 295. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen fiillerin 765 Sayılı TCK ve 5237 Sayılı TCK dönemi düzenleniş esasları hakkında bilgi için bkz. **Akçin**, s. 99 vd.

¹³ **Soyaslan**, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 243.

¹⁴ Öğretide aksi yönde olmak üzere, onbeş yaşını doldurmuş bir çocuğun rızasıyla gerçekleşen cinsel ilişki fiilinin suç sayılmasını, cinsel suçlarla cinsel dokunulmazlığın korunduğu yönündeki anlayışla bağdaştırmanın mümkün olmadığı yönündeki eleştiri için bkz. **Toroslu**, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2005, s. 66, **Tezcan**,

istenmiştir¹⁵. Öğretide diğer bir görüşe göre ise, kişi cinsel özgürlüğünü rızasıyla kullansa dahi suç teşkil ettiğinden, burada korunan hukuki değer yalnız cinsel özgürlük olmayıp, aynı zamanda bu kişinin kişisel gelişimi, aile hayatı ve toplumun ahlakıdır¹⁶. Bu görüşte yer alan “*çocuğun kişisel gelişimi*”nin korunması hususunu kabul etmekle birlikte bu suçla “*aile hayatı*” ve “*toplumun ahlakı*”nın da korunduğu kabulüne katılmamaktayız¹⁷.

II. SUÇUN KONUSU

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun konusu, üzerinde cinsel anlam içeren fiiller gerçekleştirilen çocuğun vücudu ve cinsel bütünlüğüdür¹⁸.

Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2012, s. 343 344.

¹⁵ Öğretide **Özgenç**'in belirttiği gibi, “*aslında onbeş yaşını dolduran çocuklar cinsel farkındalık dönemine girmişlerdir. Fakat henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak bir sorumluluk duygusuna sahip olmamaları dolayısıyla TBMM’de bu tür fiillerin suç olarak düzenlenmesi yönünde irade oluşmuştur.*” Bkz. **Özgenç**, (Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi), s.823–824. Fakat her ne kadar toplumda geçerli değer yargılarından hareketle böyle bir suç tipinin Kanuna konulduğu muhakkak olsa da, suçun düzenleniş şekli ceza hukukunun temel prensiplerine uymamaktadır. Öğretide bu husus eleştirilmiş ve düzenlemenin mahiyeti itibarıyla aksak olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. **Üzülmöz**, İlhan; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar; www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc (Erişim Tarihi: 20.01.2015), s. 5-6. Aynı yönde bkz. **Gürkan**, Şeref/**Uğuz**, Ahmet; Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar, in. Adalet Dergisi, Yıl: 98, Sayı: 27, Ocak 2007, s. 267.

¹⁶ **Memiş Kartal**, Pınar; Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul 2014, s. 132 ve 134.

¹⁷ Öğretide “*genel adap*” - “*genel ahlak*” - “*aile düzeni*” gibi kavramların artık yerini “*bireysel cinsel özgürlük*” kavramına bırakması gerektiği ve hukuksal anlaşılış şeklindeki bu değişikliğin, bu alandaki suç tiplerinin düzenleniş, yorum ve uygulanışını da doğrudan etkileyeceği yönündeki görüş için bkz. **Ünver**, (Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...), (Editör: Yener Ünver), s. 24.

¹⁸ Öğretide aynı yönde olmakla birlikte, **Yaşar/Gökcan/Artuç**, çocuğun üzerindeki fiilleri, cinsel saldırı olarak ifade etmiştir. Bkz. age. s. 3417. Kanaatimizce yazarlar TCK m.102’deki “*cinsel saldırı*” terimini kastetmemektedirler. Çünkü her iki suçtaki fiiller nitelik ve terminolojik olarak birbirinden farklıdır.

III. FAİL

A. Genel Olarak

Suçun faili konusunda kanun metni, herhangi bir özellik belirtilmemiştir. Ancak öğretilerde failin yaşı, kanuni yollarla erginliğini kazanmış olması ve cinsiyeti bakımından tartışma bulunmaktadır. Aslında bu husus suçun mağduru ve suçun maddi unsuru ile de doğrudan bağlantılıdır. Belirtilmesi gereken bir diğer husus da TCK m.104'ün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ikinci fıkrasındaki faile ait özelliktir. TCK m.104/2'de "Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır." hükmü yer almaktayken, Anayasa Mahkemesi tarafından 25.02.2006 tarih ve 26091 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan karar¹⁹ ile bu düzenleme iptal edilmiştir²⁰.

¹⁹ **Karar gerekçesi şu şekildedir:** "5237 Sayılı Yasa'nın 104. maddesi uyarınca, suç tarihinde onbeş yaşını bitirmiş çocukla rızayla cinsel ilişki kuran faille ilişki kurduğu çocuk arasında beş yaştan az fark varsa, yakınma olmadığı ya da hükmün kesinleşmesinden önce vazgeçildiği takdirde, ilgili hakkında kovuşturma yapılmayacak ya da dava düşürülerek ceza verilmeyecek, aynı yaştaki mağdurla ilişkiye giren fail arasındaki yaş farkı beşten fazla ise, şikâyet olup olmadığına bakılmaksızın fail hakkında kovuşturma açılarak suçun sübutu halinde temel ceza iki kat artırılabacaktır. Bu durumda, onbeş yaşını bitirip onsekiz yaşını doldurmamış çocuğun, rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan az fark olması halinde eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna eriştiği kabul edilerek, suçun takibi şikâyete bağlı tutulmasına karşın, aynı yaştaki çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan fazla fark olması halinde, eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna erişmediği kabul edilerek, suçun takibi şikâyete bağlı tutulmamaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konulardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devletinin de öncelikle eşitlik ve adaleti esas alan bir yapılanmayı öngördüğü kuşkusuzdur. Hukuk devletinin bu temel niteliklerini yaşama geçirmekle yükümlü olan yasa koyucunun,

Anayasa'nın ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırma güdülen amacı, suç ve suçluların özelliklerini de gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunlara verilecek cezanın türünü, miktarını, artırım ve indirim nedenlerini, bunların oranları ile suçun takibine ilişkin yöntemleri belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de bu yetki kullanılırken suç ile ceza arasındaki adil dengenin korunması ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi hususların da dikkate alınması zorunludur.

Ceza hukukunda yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanması da kuşkusuz, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özellikleri gözardı edilerek her yönden aynı kurallara bağlı tutulmalarını gerektirmemektedir. Mağdurun veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanması sonucunu doğurabilir. Ancak, suçun takip şekli veya failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri, kuralla korunmak istenen hukuki yarar bakımından sonuca etkili değilse, bu durumda faillerin farklı duruma oldukları kabul edilerek aralarında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

İtiraz konusu kuralla faillerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failer arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikâyeteye bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failer arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, Kural'ın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.”

Karara katılmayarak muhalefet şerhi koyan diğer üyelerin gerekçeleri bakımından özet bilgi için bkz. **Memiş Kartal**, (*Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı...*), s. 129.

²⁰ **Tezcan/Erdem/Önok**, (*8.Baskı-2012...*), s. 342, **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3414. Kanun koyucunun neden beş yıllık bir yaş farkını bu şekilde düzenlediği belirsiz olsa da, öğretide bir çocuğa karşı ondan 5 yaş büyük bir kişinin geri döndürülemez şekilde cinsel istek duyması “pedofili”nin(*çocuk sapkınlığının*) nadir de olsa görüldüğü bir türü olduğu belirtilmektedir. Bkz. **İpekçioğlu**, Aksoy Pervin; Cinsel Suçları Önlemede Kastrasyon Seçeneği, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD) - (Editör: Veli Özer Özbek), Yıl: 6, Sayı: 17, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2011, s. 109. Belki de kanun koyucuyu böyle bir düzenleme yapmaya sevk eden bu düşüncedir. Ayrıca bkz. **Kangal**, Zeynel; Fransa'da Cinsel Suç Faillerine Yönelik Yeni Yaptırımlar, in. İstanbul Üniver-

B. Failin Cinsiyeti Bakımından Tartışmalar

Öğretide bazı yazarlara²¹ göre suçun faili sadece erkek olabilir, bir kadının başka bir kadına karşı bu suçu işlemesi mümkün değildir²². Yargıtay da bu suçun failinin erkek olabileceğini kabul etmektedir²³. Maddede failin cinsiyeti bakımından herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle *kanaatimizce* bu suçu bir kadın, bir başka kadın veya erkeğe karşı işleyebileceği gibi, bir erkek de, bir kadın veya bir başka erkeğe karşı işleyebilir²⁴. Aşağıda ayrıntılı ve gerekçeli bir şekilde açıklayacağımız üzere bu kanaate “*cinsel ilişki*” kavramını geniş yorumlamak suretiyle ulaşmaktayız.

C. Failin Yaşı ve Kanuni Yollarla Erginliğini Elde Etmiş Olması Bakımından Tartışmalar

Kanaatimizce bu suçun faili 18 yaşını doldurmuş olan kişidir²⁵. Madde başlığından²⁶ da anlaşılacağı üzere, hüküm aslında reşit olan bir kişinin, reşit

sitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (ÜHF), Cilt: LX, Sayı: 1-2, 2002, s. 42. İptale konu olan fıkra hükmündeki yaş sınırının TBMM Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında önce üç olarak kabul edilip daha sonra beşe çıkarılması ve bu tür bir düzenleme ve değişikliğin yeterli bir bilimsel ve hukuki gerekçeye dayanılmaksızın yapılmış olmasına yönelik haklı eleştiri için bkz. **Be Yazıt**, Özgür; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, in. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Nisan 2010, Sayı: 1, s. 295.

²¹ **Şen**, Ersan; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt: I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s. 405.

²² **Tezcan/Erdem/Önok**, (8.Baskı-2012...), s.342.

²³ Bkz. **Y14.C.D. Esas: 2012/6729 - Karar: 2014/5373 (Karar UYAP’tan alınmıştır)**. Yargıtay bu sonuca, cinsel ilişki terimini dar yorumlayarak, ancak bir erkeğin kendi erkeklik organını mağdura ithal etmesini cinsel ilişki kabul etmek suretiyle ulaşmıştır. Kanaatimizce bu karara katılmak mümkün değildir. Hem fail başlığı, hem de suçun tipiklik unsurunda eylem başlığı altında, cinsel ilişki terimine yönelik değerlendirmelerimizde karara karşı gerekçeli eleştirilerimiz belirtilecektir.

²⁴ **Ünver**, (Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...), (Editör: Yener Ünver), s. 43-44; **Memiş Kartal**, (Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı...), s. 135. Yine aynı yönde **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), 3414.

²⁵ Öğretide, aksi yönde olmak üzere, m.104 düzenlemesinin, failin 18 yaşını doldurmuş (*erişkin-reşit*) olması koşuluna yer vermediği ileri sürülmektedir. Bkz. **Yenidünya**, Ahmet Caner; 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, in. Legal Hukuk Dergisi, Sayı 33, s.3304. Öğretide **Ünver**, failin mutlaka 18

olmayan birisi ile kurduğu cinsel ilişkiyi suç olarak düzenlemiştir²⁷. Burada madde başlığında reşit olmayan kelimesi kullanılmışken, madde hükmü içerisinde 15 yaşını bitirmiş olan çocuk ifadesi kullanılması uygun olmamıştır²⁸. Çünkü fail bu duruma göre belirlenecek olduğu için, sanki evlenme yoluyla ya da mahkeme kararıyla henüz 18 yaşını doldurmadan rüşte ermiş (*ergin olmuş*) olan çocukların da bu suç bakımından fail olabilecekleri gibi, maddenin amacı ile çelişkili bir durum ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce burada kanun koyucunun amacı, kanuni yaş sınırı (*onsekiz*) itibarıyla rüşte ermiş ve cinsellik tasarrufta bulunma bakımından bilinçli olduğu hukuken kabul edilmiş birisinin, henüz yaş ve hukuken bu olgunlukta olmayan (*onbeş yaşını doldurmuş bir çocuk*) birisiyle cinsel ilişki kurması suç sayılmak istenmiştir. O halde bu suçun faili ancak 18 yaşını doldurmuş olan birisi olabilecektir.

Sadece evlenme yoluyla ya da mahkeme kararıyla reşit kılınmış çocuklar, bu suçta fail olamazlar. Fail ile mağdur arasındaki akrabalık - yakınlık ilişkisi, fail olma bakımından özellik arz etmez. Bu anlamda üstsoy ile onbeş yaşını doldurmuş altsoy arasındaki fücür niteliğindeki (*cebiri, tehdit ve hile olmaksızın yaşanan*) cinsel ilişki bakımından da üstsoyun failliği²⁹ söz

yaşını doldurmuş olması yönündeki görüşümüzün, kanunilik ilkesi ve madde metninin gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda kabul edilemeyeceğini, ileri sürmektedir. Bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 44.

²⁶ Adalet Alt Komisyonu Raporuna göre; madde başlıkları ve madde gerekçesi metnin ayrılmaz bir parçasıdır. Suçun mağdurunun belirlenmesi bakımından madde başlığının yorumlanması hakkında bkz. **Artuç**, Mustafa/**Gedikli**, Cemil; TCK-CMK-CGİK-ÇKK ile Getirilen Yenilikler, 2. Baskı, Kartal Yayınevi, Ankara 2007, s. 14. Ayrıca bkz. **Malkoç**, İsmail; Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1. Baskı, s. 437, **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3415.

²⁷ Aynı yönde **Özgenç**, (*Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*), s. 824, **Hafizoğulları**, (*Cinsel Suçlar - Beşeri Cinsellik ...*), s. 7.

²⁸ Aynı yönde **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s.43, **Polat**, Halil; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD) - (Editör: Veli Özer Özbek), Yıl: 5, Sayı: 13, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2010, s. 192.

²⁹ Bkz. **Erem**, Faruk; Fücür İlişkisi, in. Yargıtay Dergisi, Cilt: 12, Temmuz 1986, Sayı: 3, s. 230-232. Fücür ilişkilerinin genelde kadının yaşı küçükken gerçekleştiği ve bu tür

konusu olabilecektir³⁰. Aynı şekilde 18 yaşını doldurmuş bir kişi ile kanuni şartlara uygun olarak evlenmiş olan çocuk arasındaki cinsel ilişkilerde de kocanın fail olma özelliği devam edecek, ancak fiil, Türk Medeni Kanunu kapsamında evlilik sözleşmesinden kaynaklanan kanuni bir hakka dayandığı için hukuka aykırı olmayacaktır. Bu husus hukuka aykırılık unsuru kısmında ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

D. Fail ile Mağdurun İkisinin de Onbeş Yaşını Doldurmuş Çocuklar Olmaları Bakımından Tartışmalar

Burada tartışılması gereken bir başka konu ise, cebir, şiddet ve hile olmaksızın³¹ kurulan cinsel ilişkinin taraflarının her ikisinin de 15 yaşını

cinsi münasebetlere mecbur bırakıldığı hususundaki görüş için ayrıca bkz. **Erem**, Faruk; Yasak Evlenmeler, in. Yargıtay Dergisi, Cilt: 12, Ocak-Nisan 1986, Sayı: 1-2, s. 27.

³⁰ TCK m.104 kapsamındaki fiillerin, altsoy - üstsoy arasında yaşanması halinde çocuğun şikâyetinin bulunmaması halinde cezalandırılmayacağı ve çocuğun korumasız kalacağı yönündeki eleştiriler için bkz. **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (*Özel Hükümler*, 12. Baskı...), s. 196. **Kanaatimizce** burada esas olan mahkemenin tutumudur. Gerçekten cinsel ilişkinin elde edilmesine yönelik cebir, tehdit ve hile olup olmadığına çocuk psikiyatrinin-çocuk gelişim uzmanının-çocuk pedagogunun bulunduğu bir uzman heyet ile değerlendirilmesi ve en ufak bir manevi cebrin, potansiyel tehdidin, hilenin bulunması halinde çocuğun cinsel istismarı yönünde uygulama yapılması gerekir. Cebir, tehdit veya hilenin bulunmaması halinde ise çocuğun velayeti cinsel ilişkinin diğer tarafı olan üstsoydan alınarak, çocuk koruma kanunu hükümlerine göre çocuk, koruma altına alınmalı ve serbest irade ile şikâyet hakkını kullanıp kullanmayacağı belirlenmelidir. Ayrıca bu gibi durumlarda şikâyetin yapılmaması hainde, şikâyete tabi olmayan ve “*aynı konutta birlikte yaşayan kişilerden birine kötü muamelede bulunulmasını cezalandırmakta*” olan TCK m.232 hükmünün uygulanması düşünülebilir. Ancak, her türlü kötü muamele, suçun oluşmasını olanaklı kılmaz. Kötü muamelenin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte bulunması gereklidir.

³¹ Kanunda “rıza”dan bahsetmemesine rağmen **Soyaslan** “*cebir, şiddet ve hile olmaksızın*” ifadesini “*rıza*ya dayanan cinsel ilişki” olarak değerlendirmektedir. Bkz. **Soyaslan**, (2010...), s. 243. Cinsel ilişkiye yönelik rızanın varlığının tıp bilimi verileri çerçevesinde sorun - ana semptom - tipik bulgular şeklindeki değerlendirmeye ilişkin tablo hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yücel**, Mustafa Tören; Akıl Hastalığı, Bilinçli Onam, Libido Özgürlüğü, (*Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kritiği*), s. 2-3. <http://xa.yimg.com/kq/groups/21141539/1759585530/name/Ceza%20G.Kurul%20Karar%80%A0%A0%FD%20kriti%80%A0%A0%F0i.doc> (Erişim Tarihi: 31.03.2013).

bitirmiş çocuk olması halinde, suçun failinin kim olacağıdır³². Bu sorun madde metninde, tam olarak çözülmüş değildir³³. Madde metninden bu gibi hallerde her iki çocuğun da hem fail hem de mağdur olabileceği³⁴ sonucu ilk bakışta ortaya çıkmaktadır³⁵. Nitekim öğretide de bu yönde görüşler bulunmaktadır. Buna göre madde metninde failin yaşı açıkça belirtilmediğinden ceza sorumluluğu genel hükümlere göre belirlenecektir. Yani fail on sekiz yaşından küçük biri de olabilir³⁶.

Öğretide bir görüşe göre, aynı fiilde tarafların hem fail ve hem de mağdur olması ve her iki çocuk bakımından mağdur ve fail sıfatı birleştiğinden, bu çocukların TCK m.104'e göre cezalandırılmalarında tereddüt oluşacaktır³⁷. Diğer görüşe göre ise; cinsel ilişkinin taraflarının her ikisinin

³² Öğretide **Ünver**, bu suçun failinin 18 yaşından küçük olabileceğini kabul etmektedir. Bkz. **Ünver**, Yener; Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, in. Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 317. Yazar, aynı yönde olmak üzere, cinsel ilişkinin taraflarından birinin aktif olarak cinsel ilişkide bulunması, diğerinin ise bu hareketleri kendi bedeni üzerinde gerçekleştirilmesine rıza göstermesi halinde, aktif hareketleri gerçekleştirenin fail olarak kabul edilmesini savunmaktadır. Yazara göre, ilişki boyunca yahut farklı zamanlarda tarafların her ikisi de aktif hareketler gerçekleştirmişlerse bu durumda her biri kendi fiilleri bakımından oluşan suçun failidir. Bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 45.

³³ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 305, **Üzülmez**, s. 6, **Hafizoğulları**, Zeki/Güngör, Devrim; Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi, in. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2007, Sayı: 69, s. 39. **Malkoç**, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005, s. 152.

³⁴ Bu durumda her iki tarafın da şüpheli-mağdur sıfatında değerlendirilmesi gerektiği hususunda bkz. **Polat**, s. 191.

³⁵ TCK m.104 düzenlemesinin failini reşit kişi olarak kabul edilmesi halinde sorun ortaya çıkmayacağı, aksi durumda failin aktif taraf olan erkek olarak kabul edilmesinin doğuracağı sakıncalar hakkında eleştiri için bkz. **Aydın**, Didem Öykü; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, in. Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD-Hukuki Yorum ve Haber Dergisi), Sayı: 2, Sonbahar 2004, s. 161.

³⁶ **Yurtcan**, Erdener; Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2009, s. 84.

³⁷ **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 195, **Yenidünya**, (5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s. 3305, Ayrıca bkz.

de 15-18 yaşları arasında olmaları halinde, her iki taraf da birbirlerini şikâyet etme hakkına sahiptir ve her ikisi de m.104 hükmü ile cezalandırılacaklardır³⁸. Öğretide bir diğer görüşe göre ise “*onbeş yaşını doldurmuş olmakla birlikte henüz onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin birbiriyle olan cinsel ilişkileri, ceza hukukunun müdahale alanı dışında kalmaktadır. Bu grup yaş küçükleri arasındaki cinsel ilişki sorunu, ancak toplum ve aile disiplini çerçevesinde çözümlenebilir.*”³⁹ Son olarak belirtmek gerekir ki, öğretide, fail ya da mağdurun cinsiyeti önemli olmaksızın, taraflardan hangisi cinsel ilişki bakımından diğerini ikna etmişse fail olarak, ikna edilenin ise mağdur olarak kabul edileceği ileri sürülmüştür⁴⁰.

Kanaatimizce bu sorunun çözümü, failin failini tespit ile mümkündür. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu suçta fail 18 yaşını doldurmuş olan bir kişidir⁴¹. Bu durumda cinsel ilişkinin taraflarının her ikisinin de 15 yaşını doldurmuş, ancak henüz 18 yaşını tamamlamamış olması halinde fiil m.104

Mahmutoglu, Fatih Selami; TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, in. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Editör: Teoman Ergül), 2. Kitap, Ankara 2004, s. 373.

³⁸ **Soyaslan**, (2010...), s. 244. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3415. Aynı yönde olarak yazarlar bu suçta failin yaşının genel hükümler dışında bir özelliğinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3414.

³⁹ Bkz. **Özgenç**, (*Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi*), s. 824, **Hafizoğulları**, Zeki; Cinsel Suçlar - Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/cinselsuclar.doc (Erişim Tarihi: 02.03.2013), s. 8, **Beyazıt**, s. 299.

⁴⁰ **Artuk/Gökcan/Yenidünya**, (*Özel Hükümler, 12. Baskı...*), s. 195, **Malkoç**, (*Cinsel Saldırı Suçları...*), s. 156. Bahse konu tüm öğretici görüşleri, görüşlere yönelik eleştiriler ve son görüşe ilişkin örnekler için bkz. **Beyazıt**, s. 297-299.

⁴¹ Öğretide, onbeş yaşını doldurmuş bir çocuğun evlenme, yargısal erginlik yolu ya da başka herhangi bir suretle reşitliğini elde etmiş olması halinde de bu suçun faili olabileceği ileri sürülmektedir. Bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, (8.Baskı-2012...), s.342. Ancak **kanaatimizce** burada failin yasal usullerle istisnai olarak sahip olabileceği rüşt değil, doğal olarak elde edeceği erginlik (*18 yaşın doldurulması koşulu*) esas alınmalıdır. Aksi durumda yaş grupları aynı olan çocukların, sırf yasal usullerle ve farklı amaçlarla verilmiş olan reşitlik sebebiyle farklı hukuki uygulamalara maruz kalmaları söz konusu olacaktır. Bu husus, eşitlik - bireylerin hukuki güvenliği - hukuk devleti gibi temel evrensel ceza hukuku prensiplerine de aykırılık teşkil edecektir.

kapsamına girmeyecektir⁴². Çünkü bu durum m.104'teki tipe uymamaktadır, kanun koyucu 16-18 yaşındaki iki kişinin cinsel ilişkisini cezalandırır tarza herhangi bir suç tipini 5237 Sayılı TCK'da düzenlemiş değildir. Kanun koyucu 16-18 yaşındaki iki kişinin cinsel ilişkisini cezalandırmak istemekteyse bunu karşılar tarzda bir suç tipi oluşturmalı, bu suç tipinde fiili cezalandırılabilir ve/veya güvenlik tedbiri uygulanabilir şekilde özel düzenleme getirmelidir. Aksi durumda 16-18 yaşındaki iki kişinin cinsel ilişkisi şeklindeki bu fiillerinin m.104 kapsamında suç olarak nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir.

Yargıtay ise aksi yönde vermiş olduğu bir kararda cinsel ilişkinin her iki tarafının da 16-18 yaş aralığında olması halinde bu fiilin TCK m.104 kapsamında olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay bahse konu kararda; *“cezaevinde mahkûm olan ve her ikisinin de yaşının onaltı olduğu iki çocuğun, birinin diğerine karşı fiili livata yoluyla cinsel istismar suçundan açılan bir davada, livata fiilininin pasif tarafı olan erkek çocuğun rızası üzerine aktif tarafı olan diğer erkek çocuğun yaptığı fiili”* reşit olmayanla cinsel ilişki suçu olarak değerlendirmiştir⁴³. Görüldüğü üzere Yargıtay, yaş bakımından her iki tarafın da 16-18 yaş aralığında olmasını mümkün görürken, fail olarak sadece aktif erkek kişiyi kabul etmektedir. Ancak Yargıtay bu sonuca nasıl ve hangi kıstaslar ile vardığını kararında açıklayamamakta ve gerekçelendirememektedir. Bu karara hem yaş aralığı, hem de failin aktif erkek olması zorunluluğu kısımları itibariyle katılmamız mümkün değildir.

Ayrıca belirtmemiz gerekir ki burada bir kısım yazarların belirttiği gibi aynı fiilden iki kişinin cezalandırılması söz konusu değildir. Çünkü ortada her bir kişinin diğeri ile yaşadığı ayrı bir fiil vardır. Fiiller fiziki görünüş itibariyle aynı olmasına rağmen hukuki anlamı bakımından ayrı fiillerdir. Dolayısıyla burada fiillerin aynı olması gerekçesiyle fail-mağdur sıfatlarının doğması söz konusu değildir. Her biri kendi fiili bakımında fail, diğerinin

⁴² Aynı yönde bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 332, **Taner**, s. 336-337.

⁴³ *“Sanığın mağdura yönelik eyleminin TCK'nin 104. maddesinde öngörülen Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması ...hükümün ...bozulmasına karar verilmiştir”*. **Y.14.CD., Esas: 2012/13961 - Karar: 2013/467, Tarih: 24.01.2013 (Karar UYAP'tan alınmıştır).**

fiili bakımından mağdur olabilecektir⁴⁴. Ancak kişilerin cezalandırılmalarının nedeni fiillerin ve fail-mağdur sıfatlarının aynı olması değil, bu tür fiillerin TCK m.104 tipine uymuyor olmasıdır.

Kanunilik ilkesinin bir alt ilkesi olan belirlilik ilkesine göre, kanun koyucunun bu madde hükmünü, tereddütlere yer vermeyecek şekilde yeniden düzenlemesi gereklidir. Madde hükmü, yapılacak değişikliklerle, aslında 18 yaşını bitirmiş bir kimsenin 15 yaşını tamamlamış, ancak 18 yaşını henüz doldurmamış bir çocukla cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın cinsel ilişki yaşaması halini gösterecek şekilde düzenlenmelidir⁴⁵. *Kanaatimizce* kanun koyucunun m.104 ile ulaşmak istediği maksat budur.

⁴⁴ Aynı yönde olmak üzere, öğretilerde **Ünver**'in dediği gibi bir kişinin suçun hem faili hem de mağduru olamayacağına kuşku yoktur, ancak bu kural eylemin tek olduğu durumlarda geçerlidir. Suç sayısı fazla ise örneğin ilk suçta fail olan kişi ikinci suçta mağdur olabilecektir. Bu nedenle ortada iki ayrı suçun varlığı söz konusudur. Bkz. **Ünver**, (*Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlakla Karşı Suçlar...*), s. 317.

⁴⁵ Öğretilerde, m.104 düzenlemesinin mevcut halinin, cinsel ilişki taraflarının her ikisinin de onbeş yaşını doldurmuş çocuk olmaları halinde de suçun oluşmasına engel oluşturmayacağı ve failin sadece onsekiz yaşından büyük kişiler olabilmesi için bunun kanunda açıkça düzenlenmesi gerektiği şeklinde aksi yöndeki görüşe göre; “bir kişinin aynı suçun hem faili hem de mağduru olamayacağı izahından varestedir. Öte yandan 15 yaşından büyük iki çocuk arasındaki cinsel ilişkinin suç olamayacağını ifade etmek de ceza hukukunun amaçlarıyla bağdaşmaz. Ceza hukukumuzda ve modern ceza hukukunda ancak reşit kişiler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilere cevaz verilebilir. Buradaki hareket noktası ise reşit kişilerin yaptıkları hareketin anlam ve sonuçlarını kavrayabilecekleri yönündeki “varsayımdır”. Aynı varsayımı 15 yaşını doldurmuş, ancak henüz reşit olmamış kişileri de kapsayacak şekilde kabul etmek mümkün değildir. Bu yönüyle TCK m.104 hükmünün çocuğun cinsel istismarını düzenleyen m.103 hükmü ile birlikte değerlendirilmesinin doğru olacağını düşünmekteyiz. Zira TCK m.104 yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıklandığı üzere çocukların cinsel olarak istismar edilmesi yönüyle onların korunmasını amaçlamaktadır. Bu koruma sadece çocuğun reşit olana karşı korunmasını değil birbirlerine karşı korunmasını da içine alır, aksi halde m.103’ü anlamlandırmak mümkün değildir. Dolayısıyla m.103 bakımından suç olan bir eylemi, m.104 bakımından sadece rızanın varlığına dayalı olarak suç olmaktan çıkarmak yerinde değildir. Hükmün lafzına bakıldığında cinsel ilişkinin taraflarının her ikisinin de 15-18 yaşları arasında olmaları halinde, her iki taraf için de m.104 hükmünün uygulanması dışında bir seçenek yer almamaktadır.” TCK m.104 hükmü çerçevesinde fail hakkında yapılan tartışmalar için bkz. **Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker; Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 362-365.

Kanun koyucu, 18 yaşını doldurmamış kişinin tam anlamıyla cinsel özgürlüğünü kullanma yeteneğine sahip olmasını kabul etmemektedir. Aslında 15 yaşını doldurmakla birlikte, 18 yaşını tamamlamamış bir çocuğun, yaşadığı cinsel ilişkinin fiilen ne olduğunu bilmesi mümkündür. Hatta bu fiilin getireceği haz ve uyandıracığı merak da bu açıdan ona cazip gelebilir. Ancak fiilin diğer bütün şahsi, ailevi, manevi ve psikolojik sonuçlarını idrak edebilmesi mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla cinsel ilişkiye yönelik o anda oluşan geçici duygular, merak ve arzular, çocuğun rızasının o anlık ortaya çıkması bakımından aslında sonradan kabullenemeyeceği hallerin oluşumuna yönelik ihtimalleri düşünmesine imkân vermeyebilir⁴⁶. 15 yaşını bitirmiş çocuğun yaptığı her fiilin, her yönden anlam ve neticelerini her zaman bildiğini ya da bilmediğini söylemek mümkün değildir. Aynı durum 15 yaşını bitirmemiş çocuklar ve hatta 18 yaşını tamamlamış kişiler için bile geçerlidir. O halde kanun koyucu bu sınırı nasıl belirleyecektir⁴⁷? Yoksa bu durumu her somut olayın özelliğine göre mahkeme mi takdir edecektir? Öncelikle belirtelim ki, cinsel ilişkiyi yaşayan çocuğun bu duruma ilişkin iç dünyasının belirlenmesine yönelik bütün yükü mahkemeye vermek doğru değildir. Çünkü mahkemenin asıl görevi kişilerin iç dünyasını ve tercihlerini araştırmak değil, yapılan hareketlerin suç kalıbına uyup uymadıklarını belirlemektir.

⁴⁶ Kontrol kuramına göre ergen bir kişinin, toplumsallaşma sürecindeki kontroller yeterli olmadığı için ne yapması ve ne yapmaması gerektiğini öğrenememesi ve dolayısıyla geleneksel sosyal düzen ahlaki bağlar geliştirememesi nedeniyle istismara maruz kalması, suç mağduru ve/veya faili olması konusunda geniş araştırma için bkz. **Gazioglu-İşmen**, Esra A.; Çocuk İstismarının, Kontrol Kuramına Dayalı Anne-Baba-Ergen İlişkileri Açısından İncelenmesi, in. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2007/1, Galatasaray Üniversitesi Yayını No: 57, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No:38, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş. s. 420 vd. Kendi ailesi içinde istismara maruz kalmış çocukların sağlıksız düşüncelerle yoğrulması sonucu cinsel davranış bozukluğu yaşadığı ve bu durumun çocuğu ileride potansiyel cinsel suç faili olmaya ittiği hakkındaki görüş için bkz. **Yücel**, Mustafa Tören; Cinsel Suçluların Tedavisi, in. Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBB Dergisi), Yıl: 24, Sayı: 94, Mayıs-Haziran 2011, s. 71, dipnot no: 1.

⁴⁷ Aynı yönde eleştiriler için bkz. **Şen**, Ersan; Enstet Mağdurlarından Birisi: “Kadın”, in. Yorumluyorum - Ceza Hukuku perspektifinden Güncel Olaylara Bakış -II-, 2. Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara, Ağustos 2012, s. 129.

Kanaatimizce kanun koyucu kişiye özel bir değerlendirme yapılmasına gerek olmadan, belli bir yaş sınırı ile bu durumu düzenleme altına alabilir. Bu da kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucu 15 yaşını doldurmuş olan çocukların cinsel özgürlüklerini, hiçbir sınırlama olmadan yaşamalarına cevaz verme düşüncesinde ise, bu halde m.104 kapsamında kalan fiiller suç olmaktan çıkarılmalıdır. Eğer kanun koyucu bu özgürlüklerin bu şekilde kullanılmasını tasvip etmiyorsa, o halde m.104'ün içeriğinin, suçun failinin 18 yaşını doldurmuş bir kimse ve suçun mağdurunun 15-18 yaş arasındaki bir çocuk olarak yeniden düzenlenmesi gereklidir.

E. 6545 sayılı Kanun Değişiklikleri ile Getirilen ve Evlenme Yasağına Dayanan Özgü Faillik

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failinin, mağdur çocuk ile arasında evlenme yasağı bulunan bir kişi olması hali, ayrı bir özgü faillik düzenlemesi olarak 6545 sayılı Kanun m.60 ile getirilmiştir. Yeni getirilen bu hükme göre; *“Suçun, mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”*. Görüldüğü üzere bu yeni düzenleme bakımından reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun faili, suçun mağduru olan 15 yaşını doldurmuş çocuk ile aralarında evlenme yasağı bulunan kişi olacaktır. Getirilen bu yeni düzenlemenin şartları ile ilgili olarak suça etki eden nedenler başlığı altında yapılacak açıklamalara bakılmalıdır.

F. 6545 sayılı Kanun Değişiklikleri ile Getirilen ve Evlat Edinme - Bakım - Koruyucu Aile İlişkisine Dayanan Özgü Faillik

6545 sayılı Kanun m.60 ile getirilmiş olan ve suçun faili bakımından önemli olan bir diğer düzenleme ise, suçun failinin, evlat edinme öncesi çocuğun bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde çocuk hakkında *koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi* olmasıdır. Bu düzenleme bakımından da belirtilen ilişkiler çerçevesinde *koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi* bakımından özgü bir faillik müessesesi ihdas edilmiştir. Getirilen bu yeni düzenlemenin şartları ile ilgili olarak suça etki eden nedenler başlığı altında yapılacak açıklamalara bakılmalıdır.

IV. MAĞDUR

A. Genel Olarak

Suçun konusunda kanun metni özel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre TCK m.104'deki suçun mağduru, 15 yaşını doldurmuş çocuktur. Ancak öğretilerde mağdurun evli olup olmaması, diğer kanuni usullerle erginliğini kazanmış olması, cinsiyeti ve reşit bir kadının bir kız çocuğuna sair bir organ veya cisim sokması bakımından tartışma bulunmaktadır. Yukarıda belirttiğimiz üzere aslında bu husus suçun faili ve suçun maddi unsuru ile de doğrudan bağlantılıdır.

B. Mağdurun Yaşı ve Cinsiyeti Bakımından Tartışmalar

Bu suçun mağduru 15 yaşını bitirmiş, ancak henüz 18 yaşını tamamlamamış olan ve algılama yeteneği gelişmiş olan çocuktur⁴⁸. Mağdurun yaşının tam ve gerçek olarak tespit edilmesi, suç tipinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin veya fiilin hangi suç tipine ait olduğunun belirlenmesi bakımından son derece önemlidir. Örneğin 15 yaşını doldurup 16 yaşından gün alınıp alınmadığının veya 18 yaşının doldurulup 19 yaşından gün alınıp alınmadığının tam olarak belirlenmesi zorunludur. Çünkü belirtilen yaş grupları arasında bir günlük hatta birkaç saatlik geçiş veya kayma dahi tipin belirlenmesinde son derece önemli bir fonksiyon ifa etmektedir. Nitekim mağdurun 15'i doldurmamış olması halinde meydana gelecek suç tipi reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, çocuğun cinsel istismarı suçudur. Aynı şekilde mağdurun 18 yaşını birkaç dakikalık olsa bile doldurmuş olması halinde herhangi bir suç oluşmayacaktır. Kural olarak yaşın tespiti nüfus kayıtlarıyla tespit edilmekle birlikte, tereddüt halinde mağdura ait onaylı doğum tutanağının incelenmesi, mağdurun resmi bir kurumda doğup doğmadığının araştırılması veya yaş tespitine esas olacak kemik grafileri çektilmesi şeklinde bilirkişi raporuna dayanılması gerekebilecektir. Nitekim Yargıtay da çeşitli tarihlerde vermiş olduğu kararlarında bu hususa dikkat çekmektedir⁴⁹.

⁴⁸ Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 344, Şen, s.404, Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3415.

⁴⁹ Yargıtay'a göre; "Suçun niteliğini belirlemeye etkisi bakımından doyada bulunan nüfus kayıt örneğine göre, 04.02.1989 doğumlu, suç tarihinde 17 yaş 11 ay 28 günlük olan

Öğretide on beş on sekiz yaş aralığındaki kişinin, herhangi bir şekilde rüştünü kazanmış olması (*evlenme ya da mahkeme kararıyla*) halinde bu suçun mağduru olamayacağı yönünde görüş ileri sürülmektedir⁵⁰.

Kanaatimizce eğer mağdur olan çocuğun gerçek yaşı 16-18 arasında ve fakat çocuk, yaşın tashihi davası ile mahkemede yaşını 18'in üzerine yükseltmişse, fiil yaşın yükseltilmiş olduğu dönemde işlenmiş olmak kaydıyla, çocuk bu suçun mağduru olamayacaktır. Ancak cinsel ilişkinin yaşandığı sırada mağdurun yaşı 15'ten büyük 18'den küçük ise, daha sonra yaşın tashihi davası ile yükseltilmesinin oluşan suçta etkisi yoktur.

mağdureye ait doğum tutanağının onaylı sureti getirtilip, mağdurenin resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması halinde, yaş tespitine esas olacak kemik grafileri çekirilerek tam teşekküllü bir hastanede içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu bir heyetten sağlık kurulu raporu alınması duraksama halinde adli tıp kurumundan da görüş sorularak mağdurenin gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması ..." hükmün bozulmasını gerektirmiştir. **Y.14.CD., Esas: 2011/6391 - Karar: 2013/56, Tarih: 14.01.2013 (Karar UYAP'tan alınmıştır).** Yargıtay bir başka kararında ise; "*Resmi bir kurumda doğup doğmadığı dosya kapsamından anlaşılamayan mağdureye ait nüfus kaydının incelenmesinde 01.03.1991 doğumlu olan mağdurenin, bu tarihten 4 yıl sonra 28.09.1995 tarihinde nüfusa tescil edildiğinin anlaşılması karşısında, ilgili nüfus idaresinden mağdurenin doğum tutanağı getirtilerek resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması halinde yaşının, suçun oluşumuna ve niteliğine etkisi bakımındanDevlet Hastanesi sağlık kurulunun 08.10.2009 tarihli raporunun sonuca ulaşmaya elverişli olmaması ve tereddüt oluşturması nedeniyle mağdurenin yaş tespitine esas olacak şekilde çekilen kemik grafileriyle birlikte bir kez de adli tıp kurumuna gönderilerek gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanması, bunun mümkün olmaması halinde ise mağdurenin doğumunu bilen kişiler ile annesi bu hususta tanık sıfatıyla dinlenerek nüfus aile kayıt tablosundaki diğer kardeşlerin durumu da gözetilerek aşı, okul kayıtları gibi diğer belgeler ve delillerle gerekli araştırmanın yapılarak mağdurenin gerçek yaşının saptanması ayrıca mağdurenin -sanık Mehmet ile 03.01.2004 tarihinde törenle evlendik- şeklindeki kollukdaki beyanı ile duruşma beyanı ve sanıkların aşamalarındaki beyanları arasındaki çelişki giderilerek suç tarihinin kesin olarak tespitinden sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi..." bozmayı gerektirmiştir demek suretiyle yaşın tespitinin önemine değinmiş ve usulüne ilişkin şartları sıralamıştır. **Y.14.CD., Esas: 2011/21554 - Karar: 2013/1359, Tarih: 14.02.2013 (Karar UYAP'tan alınmıştır).***

⁵⁰ Memiş Kartal, (*Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı...*), s. 129 vd.

Çocuğun erkek veya kadın olması yönünde madde metninde bir ayrıma gidilmemiştir⁵¹. O halde bu suçun mağduru hem erkek hem de kız çocuk olabilir. Madde metninde bu suçun hemcinsler arasında işlenemeyeceği gibi bir düzenleme yer almadığı için, bu suçun hem failinin ve hem de mağdurunun erkek olabilmesi mümkündür.

C. Suçun Fail ve Mağdurunun Her İkisinin de Kadın Olması ve Vücuda Erkeklik Organı Dışında Bir Organ veya Sair Cisim Sokma Fiilleri Bakımından Tartışmalar

Acaba bu suçun, hem failinin hem de mağdurunun kadın olması (*iki kadın arasında işlenmesi*) mümkün müdür? Bu sorunun cevabını cinsel ilişki kavramının ne anlama geldiğini tespit ederek verebiliriz. Öğretide cinsel ilişki kavramının “*kişinin cinsel organının, diğerinin cinsel organına duhulü*” anlamına geldiği görüşüne göre bu suçun bir kadın tarafından başka bir kadına karşı işlenmesi mümkün değildir. Yani kabul edilen cinsel ilişki kavramı duhul niteliğindeki doğal yollu cinsel ilişkidir. Bu görüşe göre iki kadın arasında doğal yollu cinsel ilişki kurulabilmesi biyolojik olarak mümkün olmadığı için, bu suçun failinin de mağdurunun da kadın olması söz konusu olamayacaktır⁵².

765 Sayılı TCK döneminde, irza geçme fiilleri bakımından iki kadın arasında cinsel birleşme olamayacağı ileri sürülmekteydi. Bu görüşün ana dayanağı, irza geçme fiillerinin sadece erkek tarafından işlenebileceği, kadınlar arasındaki fiillerin ise ancak irza tasaddi niteliğinde kalacağı belirtilmişti⁵³.

⁵¹ Aynı şekilde mağdurun ilk defa cinsel ilişkiye giriyor olması korunmadığı için, bahse konu cinsel ilişkiden önce veya sonra bir başkası ile cinsel ilişki yaşamış olması suçun oluşması bakımından önemsizdir. Aynı yönde bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, (8.Baskı-2012...), s. 344, **Koca/Üzülmez**, s. 330, **Taner**, s. 329.

⁵² **Şen**, s. 405.

⁵³ Yazarlara göre; “*genelde klitorisleri fazla gelişen sevicilikle meluf kadınların, diğer bazı kadınlar üzerinde cinsel ilişkiye benzer birtakım şehveti tatmin edici hareketlerde bulunmaları “irza tasaddi” teşkil edecektir.*” Bkz. **Artuk**, Mehmet Emin/**Yenidünya**, Ahmet Caner; Evlilik İçinde Irza Geçme, in. Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı - İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1999, s. 57. Aksi yönde bkz. **Soyaslan**, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1997, s. 298.

Yargıtay da yakın zamanlarda verdiği bir kararda, bir kadının, bir kız çocuğunun vajinal bölgesine parmak sokmak suretiyle kızlığını bozma eylemini cinsel ilişki olarak değerlendirmemiştir. Kararda TCK m.104 anlamında cinsel ilişki; “*erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi*” olarak kabul edilmiştir⁵⁴. Bu nedenle bir kadının erkeklik organına fizyolojik olarak sahip olmaması, TCK m.104’deki cinsel ilişki fiilini fiziken gerçekleştirilemeyecek olması şeklinde değerlendirilmiştir. Bu sebeple Yargıtay bu suçta kadın cinsiyetinde olan (*erkeklik organına sahip olmayan*) bir kişiyi TCK m.104 bakımından fail olarak kabul etmemektedir.

Kanaatimizce bu görüşün ileri sürdüğü husus, iki kadın arasında doğal bir cinsel birleşme olamayacağı ve bu nedenle fiilin 765 sayılı TCK bağlamında ırza geçme olarak değerlendirilemeyeceğidir. Oysa 5237 sayılı TCK m.104’de ırza geçme olarak kabul edilen cinsel birleşme aranmamaktadır. Kanun koyucu cinsel ilişki terimini cinsel birleşmeyi de kapsayacak şekilde geniş kullanmıştır⁵⁵. O halde reşit olan bir kadının, 15 yaşını bitirmiş bir

⁵⁴ **Y14.C.D. Esas: 2012/6729 - Karar: 2014/5373 (Karar UYAP’tan alınmıştır).**

⁵⁵ 765 Sayılı TCK döneminde zina suçu bakımından suçun maddi unsurunu oluşturan “zina” fiilinin kapsamı öğretilerde tartışılmış ve bu konuda üç ana görüş ileri sürülmüştür. Geleneksel düşünceden hareket eden birinci görüş “*döl yatağına tohum sokma, doğaya uygun cinsel birleşme*” olarak kabul etmektedir. Temelde geleneksel düşünceye katılmakla birlikte ikinci görüş fark olarak “*sadece erkek ve kadın tenasül uzuvlarının birleşmesini değil, her çeşit cinsel birleşmeyi*” esas almaktadırlar. Geleneksel düşüncelere karşı olarak çıkan üçüncü görüş ise “*birleşme kistasını değil, genel olarak cinsel ilişkiyi*” esas almaktadır. Cinsel ilişkinin cinsel birleşmeye indirgenemeyeceği, bunun salt normal fizyolojik çiftleşmeden başka cinsel ilişkileri de içerdiği yolundaki görüşler hakkında bkz. **Hafizoğulları**, Zeki; Zina Cürümleri, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1983, s. 118-132. Görüldüğü üzere birinci görüş sadece bir erkekle bir kadının vajinal birleşme yoluyla gerçekleştirdikleri eylemi zina kabul etmektedir. İkinci görüş ise birleşme olması şartıyla vajinal, anal ve yorum yoluyla oral birleşmeleri de zina saymaktadır. Üçüncü görüş ise ikinci görüşü kapsar nitelikte ve fakat birleşme boyutuna varmayan cinsel anlam içeren fiilleri de cinsel ilişki kategorinde kabul edip, zina kapsamında değerlendirmektedir. Bu görüş ve yorumlar mevcut ceza kanunumuz bakımından zina suç olmadığı için bir anlam ifade etmiyor gibi görünse de, kanaatimizce aslında TCK m.104’deki cinsel ilişki kavramını açıklama bakımından önemlidir. Nitekim bu görüşlerin neticesinde cinsel birleşme ile cinsel ilişki kavramının farklı olduğunu, cinsel

çocuk ile vücuduna dokunma, öpme, yalama şeklinde gerçekleştireceği hareketler geniş anlamda cinsel ilişki kapsamında değerlendirilebilecektir.

Kadınlar arasındaki sair cisim sokmak suretiyle yaşanan ilişkinin cinsel ilişki sayılıp sayılmayacağı da tartışmalıdır. Bir görüşe göre; doğal olmayan yoldan gerçekleştirilen (*bir kadının diğer kadının cinsel organına sair bir cisim veya yapay penis sokması gibi*) birleşmeler, madde metninde bahsedilen kişinin cinsel organının diğerinin cinsel organına duhulü niteliğinde anlaşılması gereken cinsel ilişki niteliği taşımadığı için, kanun koyucu da bu davranışlara ayrıca yer vermemekle aslında zımni olarak cevaz vermiştir⁵⁶.

Kanaatimizce belirtilen görüş haklı kabul edilebilirse de, cinsel ilişki kavramına sırf doğal yollardan yaşanan ilişki yorumu getirmek kanun koyucunun 15-18 yaş arasındaki kişinin korunması yönündeki amacına uymayacaktır. Çünkü burada erkeklik organının sırf fiziki nedenlerle taraflarda bulunmaması nedeniyle içerik itibarıyla aynı anlam ifade eden (*hatta bazen duhulün yapay penis ya da sair cisim ile olması halinde daha da ağır sonuçlar ortaya çıkabilir*) fiillerin birinin TCK m.104'deki suç kapsamında değerlendirilmesi, diğerinin ise m.104 kapsamı dışında kalması gibi sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Bu durumun kanun koyucunun 15-18 yaş arasındaki kişileri koruma yönündeki amacına aykırı olduğunu düşünmekteyiz⁵⁷.

Kanun metnindeki cinsel ilişki kavramının, cinsel davranışlar ya da hareketler olarak değiştirilmesinin amaca daha uygun bir ifade olacağı kanaatindeyiz. Cinsel ilişki kavramını sadece cinsel uzuv duhulü olarak

ilişkinin cinsel birleşmeye göre daha geniş ve yoğunluk itibarıyla birleşmeyi de içeren şekilde diğer cinsel anlam ifade eden fiilleri de kapsamına aldığı açıkça görebilmekteyiz.

⁵⁶ **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (*Özel Hükümler, 12. Baskı...*), s. 195-196, **Tezcan/Erdem/Önok**, (*8.Baskı-2012...*), s. 343-344, Aynı yönde bkz. **Yaşar/Gökçan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3417.

⁵⁷ Aynı yönde bkz. **Polat**, s.190-191. Öğretide cinsel ilişki kavramını geniş yorumlayarak belirttiğimiz tür fiilleri de kapsar nitelikte yorumlayan yazarlar da bulunmaktadır. **Soyaslan**; bu maddede düzenlenen cinsel ilişki kavramını, flört aşamasını aşan her türlü ilişki olarak kabul etmektedir. Yazar flört derecesini aşmayan rızaya dayalı fiillerin ise TCK m.103/1-b hükmünün meşruluk izni çerçevesinde suç oluşturmayacağını ileri sürmektedir. Bkz. **Soyaslan**, (*2010...*), s. 243.

yorumlarsak, şu örnekler bakımından çocuğun korunması mümkün olmayacaktır: *Örneğin 40 yaşındaki kadının 16 yaşındaki kız çocuğuna vajinal ya da anal yolla yapay penis, şişe, parmak⁵⁸, el, dil sokması⁵⁹ ya da oral ilişki yaşamaları. Bir diğer örnek ise 50 yaşındaki bir kadının ya da bir erkeğin 16 yaşındaki bir oğlan çocuğuna anal yoldan el, parmak gibi uzuvları ya da şişe, yapay penis gibi sair cisimleri duhul ettirmesi olarak verilebilir.* Her iki örnek bakımından da 16 yaşındaki çocuğa çok ağır cinsel müdahaleler olmakta ama sırf fiziki olarak doğal erkeklik organı duhul ettirilmediği için cinsel ilişki kapsamı dışında tutulmaktadır. Bu durum hakkaniyet, eşitlik ve adalete aykırı bir sonuçtur.

Kanaatimizce 16-18 yaş arasında bir kız çocuğunun cebir, tehdit ve hile olmaksızın anal ve/veya vajinal bölgesine yapay penis ve/veya sair bir cisimle duhulde bulunulması⁶⁰, 16-18 yaş arasında bir erkek çocuğunun cebir, tehdit ve hile olmaksızın anal bölgesine yapay penis ve/veya sair bir cisimle duhulde bulunulması, TCK m.104'de düzenlenmiş "*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*" suçunu oluşturacaktır.

⁵⁸ Nitekim Alman hukukunda da cinsel bölgelere parmak veya sair organ sokulması fiilleri, cinsel organ sokma benzeri fiiller olarak aynı kapsamda değerlendirilmektedir. Bkz. **Koç**, Ziya; Alman Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar Alanında Son Gelişmeler, in. Adalet Dergisi, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Yayınları, Sayı: 35, Eylül 2009, s. 251.

⁵⁹ 765 Sayılı TCK döneminde 15 yaşını doldurmuş çocukların evlenme vaadiyle kızlığının bozulması suçu bakımından normal cinsel ilişki yoluyla gerçekleşmeyen kızlık bozular, (*örneğin parmakla veya başka bir cisimle kızlığın bozulması*) m.423 kızlık bozma suçu kapsamında değerlendirilmemektedir. Bkz. **Bakıcı**, Sedat; Ahlaka ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlarda Yapılması Gereken Değişiklikler, in. Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1985/5-6, Yıl: 42, s. 711. Bu bakış açısıyla mağdur çocuğun cinsel organına failin cinsel organı dışında bir organın ya da başka bir cismin sokulması cinsel ilişki şeklinde değerlendirilmemektedir. Ancak **kanaatimizce** bu yorum 5237 Sayılı TCK'nın cinsel bütünlüğe karşı işlenen suçlar sistematığı ve TCK m.104 hükmü unsurları karşısında artık geçerliliğini yitirecektir. Çünkü cinsel ilişki kavramını cinsel organ veya başka bir organ yahut sair cisim sokmaktan ayrı düşünmek bu suçla korunan hukuki değer bakımından mümkün değildir.

⁶⁰ Aynı yönde **Ünver**, (*Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel...*), s.44, Aksi yönde bkz: **Taner**, s.334.

D. Mağdurun Evlilik ya da Diğer Kanuni Usullerle Erginliğini Kazanmış Olması Bakımından Tartışmalar

Çocuğun, reşit olan eşi ile cinsel birliktelik yaşaması halinde mağduriyet gerçekleşmez. Rüşte, evlenme ile sahip olan kişinin reşit olan eşiyle yaşayacağı cinsel ilişki bakımından bir sorun yoktur; bu durumda fiil hukuka uygundur ve herhangi bir suç oluşturmaz⁶¹. Çünkü kişiye evlenme ile verilen rüşt, evlilik içerisindeki cinsel ilişkileri de kapsamaktadır⁶². Evlilik birliği içindeki rızaya dayalı cinsel ilişkiler, Türk Medeni Kanunu'na, eşler bakımından birbirleri üzerinde cinsel tasarrufta bulunma hakkına dayandığı için "hakkın kullanılması" hukuka uygunluk sebebi gibi sonuç doğuracak ve fiiller suç teşkil etmeyecektir⁶³.

Aynı şekilde cinsel ilişkinin taraflarının 18'den küçük olmakla birlikte, her ikisinin de evlenmelerine müsaade edilmişse (*örneğin her ikisi de 17 yaşındadır*), bu durumda bu evlilik içinde yaşanan cinsel ilişkiler TCK m.104 tipi kapsamında değerlendirilemeyecektir⁶⁴.

Acaba evlenme ile ya da mahkeme kararı ile rüştünü (*erginliği*) kazanan 18 yaşını henüz doldurmamış bir kişi, eşi dışında 18 yaşını tamamlamış bir kişiyle, kendi rızasıyla bir cinsel ilişki kurarsa TCK m.104'de belirtilen suçun mağduru olacak mıdır?

Öğretide bir görüşe göre, evlenme ile rüştünü kazanmış bir kişinin, evlilik içi cinsel ilişki yaşaması hukuka uygun kabul edilip, bu ilişkiyi erkek arkadaşı ya da nişanlısı ile yaşaması suç teşkil edecek ve böyle bir ayırım Anayasa'ya (*eşitlik ilkesi bakımından*) aykırı olacaktır⁶⁵.

Kanaatimizce, madde metni mağduru, medeni durumu itibariyle değil, yaş itibariyle belirlemiştir. Evlenme ile rüştünü elde eden kişi, sadece eşi bakımından, evliliğin bütün sonuçları bakımından haklara ve yükümlülüklerle tabi olmaktadır. Diğer kişiler bakımından ise kanunda sadece yaş ayrımı yapıldığı ve evlenme hukuka uygunluk sebebi sadece eş ile yaşanan cinsel

⁶¹ Aksi yönde fikir ve buna ilişkin eleştiriler için bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 46-47.

⁶² **Tezcan/Erdem/Önok**, (*8.Baskı-2012...*), s. 344.

⁶³ Aksi yönde bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel...*), s. 46-47.

⁶⁴ **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3415.

⁶⁵ Bkz. **Memiş Kartal**, (*Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı...*), s. 132.

ilişkiler bakımından geçerli olduğu için, fiil yine suç olma özelliğini sürdürecektir ve evlenme ile ya da mahkeme kararı ile rüştünü (*erginliği*) kazanan 18 yaşını henüz doldurmamış kişi m.104'deki suçun mağduru olabilecektir.

Mahkeme kararıyla reşit olan kişi ise, medeni haklarını kullanma bakımından kanuni menfaati gereği özel olarak, hukuk tarafından desteklenmiştir. Ancak bu, o kişinin suç düzenlemelerinin tarafı olma ihtimalini ortadan kaldırmaz⁶⁶. Bir meslek ya da sanatın icrası amacıyla mahkemece rüştüne karar verilen 15 yaşını bitirmiş çocuğun, bir başkasıyla cinsel ilişki yaşaması durumunda, bu suçun mağduru olması mümkündür. Çünkü burada cinsel ilişki mahkeme kararıyla rüşte ermenin doğal bir sonucu olmadığı için, korunan hukuksal yarar varlığını devam ettirmektedir. O halde 17 yaşında evlenen bir kişi, eşi dışında 18 yaşından büyük bir kişiyle cinsel ilişki kurarsa, m.104 anlamında bu fiilin mağduru olabilecektir.

V. EYLEM

A. Genel Olarak

Suçun maddi unsuru cebir, tehdit ve hile olmaksızın cinsel ilişki yaşanmasıdır. Eğer cebir, tehdit ve hile vasıtalarıyla bu cinsel ilişki elde edilmişse, artık m.104 hükümlerine göre değil, somut olayın özelliğine göre m.103 hükümlerine göre hareket etmek gerekir⁶⁷. Cinsel ilişki kavramı 765 Sayılı TCK döneminde hem Yargıtay kararlarında⁶⁸, hem de öğretide⁶⁹ “*aktif failin*

⁶⁶ Öğretide Ünver, hâkimden izin alınarak yapılan evliliğin bu suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirip, yargı kararıyla reşit olmanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmamasını eleştirmiştir. Çalışmada da anlatıldığı üzere burada rüştün nasıl kazanıldığından ziyade rüştü doğuran hukuki sebepler ve bu rüştün kazandırdığı yeni hukuki statü ve bu hukuki statünün içeriği, suç bakımından fail veya mağdurun belirlenmesini sağlayacaktır. Yazarın yaptığı yorum, fail ve mağdurun belirlenmesinde sadece yaş kıstasından hareket etmesinden kaynaklanmaktadır. Bkz. Ünver, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 46-47.

⁶⁷ Soyaslan, (2010...), s. 243, Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 345, Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3417.

⁶⁸ YCGK, 04.06.1990 tarih - 101/56 sayılı kararı. Kararın künyesi için bkz. Yenidünya, (5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s. 3305.

tenasül organını, kadının vücuduna normal (anal) veya anormal (vajinal) yoldan, erkeğin vücuduna ise anormal (anal) yoldan sokması” olarak tanımlanmıştı. Bu görüşe göre buradaki “*Cinsel İlişki*” kavramını⁷⁰; iki karşı ya da aynı cinsin üreme organlarının “*duhul*” niteliğinde birbirleri ile birleşmesi ya da anal veya oral yoldan⁷¹ cinsel organın duhulü olarak değerlendirmek gerekir. Bu durumda bir erkek ile bir bayanın yaşayacağı birleşme (*vajinal, anal ya da oral yoldan*) veya bir erkeğin başka bir erkekle yaşayacağı birleşme (*anal ya da oral yoldan*) cinsel ilişki olarak kabul edilmelidir⁷².

B. Cinsel İlişki Terimini Dar Yorumlayan Görüş

Cinsel ilişki terimini dar yorumlayan diğer görüşe göre⁷³ “*cinsel ilişki, bir penisin, vajinal veya anal yoldan vücuda girmesidir. Taraflardan birinin mutlaka erkek olması şarttır ve ilişkide penis (erkek tenasül uzvu), dercetmek (sokmak) suretiyle kullanılmalıdır. Bu haliyle cinsel ilişki ancak bir erkeğin fail olduğu ve bir kadına anüs veya vajina yoluyla, bir erkeğe karşı ise anüs yoluyla*⁷⁴ *penisini dercetmesi olarak anlaşılmalıdır*”.

⁶⁹ **Dönmezer**, Sulhi; Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Baskı, İstanbul 1983, s. 53. Tıbbi terim itibarıyla bu fiil, penis başının himen halkasını veya anüs alkasını geçmesi, rektuma sokulması, içeriye ejakülasyon olabilecek kadar girmesi şeklinde tanımlanabilir. Bkz. **Akkay**, Erdem; Irza Geçme, in. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHF), Yıl: 1985, Sayı:1-4, İstanbul 1985, s. 653-654.

⁷⁰ Yukarıda mağdur ile ilgili yaptığımız açıklamalara ayrıca bakınız.

⁷¹ 765 Sayılı TCK döneminde oral yoldan cinsel birliktelik yaşamak ırza geçme olarak değil ırza tasaddi olarak kabul edilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Otaç**, Cengiz; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2000, s. 73. **Kanaatimizce** TCK bakımından oral seksin (*ağza değgin şekilde cinsel birleşmenin*) de cinsel ilişki olarak değerlendirilmesi mümkündür.

⁷² **Şen**, (*Ensest Mağdurlarından...*), s. 130, **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3417.

⁷³ **Tezcan/Erdem/Önok**, (*8.Baskı-2012...*), s. 345.

⁷⁴ Madde metninde cinsel ilişkinin vajinal veya anal yoldan yapılması bakımından bir ayrıma gidilmemiştir. O halde livata suretiyle anal yoldan yapılacak birleşmeler de cinsel ilişki olarak kabul edilmelidir. Bkz. **Baytemir**, Erdal; Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlak Karşı İşlenen Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s. 629, **Beyazıt**, s. 300. **Nitekim Yargıtay da aynı yönde kararlar vermektedir**: “... mağdurun rızasıyla anal yoldan organ sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar

Görüldüğü üzere bu görüşe göre aktif kişi her zaman erkek olmaktadır, bir kadının bir başkasına penis dahil etmesi fiziken imkânsız olduğu için fail asla kadın olamayacaktır. Ayrıca görüş, vajinal veya anal yoldan olmayan birleşmeleri (*örneğin ağza değgin surette / ağız boşluğuna sokmak suretiyle oral yoldan birleşmeyi*) ve/veya penis kullanılmaksızın vücuda sair cisim sokmayı da (*örneğin kadına anal veya vajinal yoldan, erkeğe ise anal yoldan cop - şişe - yapay penis gibi aletler sokmayı*) cinsel ilişki olarak kabul etmektedir⁷⁵.

Öğretide benzer yönde olmak üzere ve fakat soruna eleştirel açıdan yaklaşan diğer bir görüşe göre⁷⁶ cinsel ilişki düzeyine ulaşmayan cinsel saldırılar ve vücuda cinsel organ dışında bir organ veya cisim sokmak da bu madde kapsamında cinsel ilişki olarak değerlendirilemeyecektir⁷⁷. Bir başka

eylemlerinin de, TCK.nun 104 ve 43. maddelerinde düzenlenmiş olan zincirleme reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu bakımdan yerinde görülmüş olduğundan, nitelikli cinsel istismar suçu yönünden re'sen de temyize tabi hükümlerin 5320 sayılı Kanununun 8/1. maddesi gözetilerek CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 23.05.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (Y.5.CD., 23.05.2011, 2970/4134). Kanaatimizce Yargıtay’ın bu kararda livata suretiyle anal yoldan yapılacak birleşmeleri de cinsel ilişki olarak kabul etmesi yerinde olmakla birlikte karar metninde “gerçekleştirilen cinsel istismar eylemlerinin” ifadesini kullanması uygun olmamıştır. Yargıtay’ın benzer yönde vermiş olduğu bir başka karar için bkz. Y.14.CD., Esas: 2012/13961 - Karar:2013/467, Tarih: 24.01.2013 (Karar UYAP’tan alınmıştır).

⁷⁵ Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 345, Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3417.

⁷⁶ Yazar burada bir kanuni boşluğun olduğunu ileri sürmekte ve bunun doldurulması için kanuni bir düzenleme ile madde metni değiştirilerek “*cebir, tehdit ve hile olmaksızın on beş yaşını bitirmiş çocuğa organ veya sair cisim sokan erişkin kimse... cezalandırılır*” şeklinde ibare getirilmesini kanaatimizce de haklı olarak önermektedir. **Yenidünya**, (5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s.3305, Ayrıca bkz. **Gürkan/Uğuz**, s. 268.

⁷⁷ **Tezcan/Erdem/Önok**’a göre; “*cinsel özgürlük sadece cinsel ilişki yoluyla ihlal edilemeyeceğine, bunun dışındaki fiillerle de ihlal edilebileceğine göre, cinsel özgürlüğü korunan hukuksal yarar olarak esas alan TCK’nun bu özgürlüğü korumada, neden sadece cinsel ilişkiyi esas aldığı anlaşılamamaktadır. Bu durumda vücuda cisim sokulması ya da sokturulması TCK m.104’ü oluşturmayacağı gibi, cinsel organın, anal ya da vajinal boşluklar dışında bir boşluğa sokulması ya da sokturulması durumunda da bu*

deyişle cinsel birleşmeye yaklaşmalar bile birleşme dışındaki uygunsuz hareketler ve hatta doğal olmayan cinsel birleşme dahi cinsel ilişki sayılmayacaktır⁷⁸. Bu bağlamda cinsel temas sayılmayan⁷⁹ sair şehvi hareketler de cinsel ilişki olarak değerlendirilemeyecektir.

C. Cinsel İlişki Terimini Geniş Yorumlayan Görüş

Öğretide bir görüş, cinsel ilişkiyi daha geniş yorumlayarak “*çiftlerin karşılıklı olarak cinsel güdü ve arzularını tatmine yönelik hareketler olabileceği gibi, organları vasıtasıyla tam birleşmeyi de içeren hareketler*” olarak kabul etmektedir⁸⁰. Bu görüş ile paralel olarak bir diğer görüş ise⁸¹ cinsel

suç oluşmayacaktır”. Bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, (8.Baskı-2012...), s. 345-346. **Kanaa-timizce** mağdurun yaşı ve genel olarak korunan değer esas alındığında cinsel ilişki terimi geniş yorumlanmak suretiyle oral-ağza değgin yolla cinsel ilişki, vajinal veya anal boşluklara sair cisim veya yapay penis sokulması fiilleri de TCK m.104 kapsamında kalacaktır.

⁷⁸ Cinsel ilişkiyi dar yorumlayan anlayış bakımından bkz. **Erem**, (*Fucur İlişkisi*), s. 232. Cinsel ilişki öğretide “*normal olarak bir erkek ve kadının tenasül organlarını kullanarak cinsel münasebette bulunmaları*” olarak tanımlanmıştır. Bkz. **Polat**, s. 190.

⁷⁹ Burada kastedilen kişilerin rızası çerçevesinde temas olmayacak nitelikteki hareketlerdir. Kişinin rızası olmaksızın ve fakat temas gerçekleşmeksizin kişinin rahatsız edilmesi halinde cinsel taciz suçunun ortaya çıkacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Ünver**, Yener; Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD) - (Editör: Veli Özer Özbek), Yıl: 4, Sayı: 11, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2009, s. 122, **Yenidünya**, (5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), s. 3311, **Artunç**, Mustafa; Cinsel Taciz Suçu, in. Terazi Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 11, Temmuz 2007, s. 105. ayrıca bkz. **Gerçek Çakıcı**, Leyla; Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi (AÜHFD), Cilt: 60, Sayı: 1, Yıl: 2011, s. 54 vd., **Kurt**, Gülşah; 5237 Sayılı Türk Ceza Suçunda Cinsel Taciz Suçu, Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt: I, 2008, 513 vd. Cinsel taciz fiilinin çeşitli açılardan farklı tanımları için bkz. **Aydemir**, Muzaffer; İşyerinde Cinsel Taciz Davranışı, Ekin Basın Yayın Dağıtım, Birinci Baskı, Bursa 2007, s. 3-6.

⁸⁰ **Soyaslan**, (2010...), s. 243.

⁸¹ **Malkoç**, (*Cinsel Saldırı Suçları...*), s. 154 vd. **Soyaslan**, (2010...), s. 243. Aynı yönde uluslararası düzenlemeler ve sağlık kurulu kararları çerçevesinde cinsel ilişki kavramının geniş anlaşılması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ahi**, M. Gökhan, <http://hashukukcular.wordpress.com/2009/12/12/%E2%80%9Cdogal-olmayan-yoldan-yapilan-cinsel-davranislar%E2%80%9D-ne-demektir/>

ilişki kavramını yukarıda belirtilen organ ya da sair cisim sokma fiillerini⁸² ve oral seksi⁸³ de içine alacak şekilde daha geniş değerlendirmektedir.

Aynı yönde olmak üzere, cinsel ilişki kavramını en geniş anlamda yorumlayan ÜNVER, cinsel ilişki kavramının genel bir ifade olarak hem basit hem de nitelikli cinsel saldırı kapsamında kalan hareketleri kapsadığını belirtmektedir. Yazar bu durumu TCK m.103 ile 104 arasında terim birliğinin sağlanmamış olmasına bağlamaktadır. Ancak buna rağmen yazar TCK m.104'deki cinsel ilişki kavramından, m.103/1-a'nın mefhumu muhalifinden kanun koyucunun 15 yaşını tamamlayan çocuğa basit cinsel saldırı niteliğindeki eylemlerine rıza göstermek bakımından yetki tanıdığını, bu nedenle yalnız nitelikli cinsel saldırı şeklindeki hareketlerin cinsel ilişki olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Bir başka deyişle yazara göre cinsel ilişki, 15 yaşını doldurmuş olan çocuğun cinsel anlam içeren bölgelerine, organ (*cinsel ya da bir başka organ*) ya da sair cisim sokma olarak anlaşılmalıdır⁸⁴.

D. Yargıtay'ın Görüşü ve Eleştirimiz

a. Genel Olarak

Yargıtay TCK m.104'de yer alan "*cinsel ilişki*" kavramını; "*erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi*" olarak kabul etmektedir. Buna göre bu suçun faili ancak erkek olabilecektir, çünkü kadınlarda erkeklik organı doğal olarak

⁸² ÜNVER, (*Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlak Karşı Suçlar...*), s. 318.

⁸³ Soyaslan, s. 188; ÜNVER, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 48, Kanbur, Mehmet Nihat; Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan 2013, (Editör: Veli Özer Özbek), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 46-48, dipnot: 68, Malkoç, s. 154 vd. Aynı yönde uluslararası düzenlemeler ve sağlık kurulu kararları çerçevesinde cinsel ilişki kavramının geniş anlaşılması hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ahi, M. Gökhan, <http://hashukukcular.wordpress.com/2009/12/12/%E2%80%9Cdogal-olmayan-yoldan-yapilan-cinsel-davranislar%E2%80%9D-nedemektir/> Oral yoldan cinsel birleşmenin cinsel ilişki sayılmayacağı yönünde aksi görüş için bkz. Taner, s. 334, Beyazıt, s. 300.

⁸⁴ Bkz. ÜNVER, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s.47-48.

bulunmamaktadır. Bunun dışında mağdurun ağız boşluğuna cinsel organ sokulması veya mağdurun cinsel organlarına cinsel organ dışında sair bir organ, yapay erkeklik organı yahut sair bir cisim sokulması Yargıtay'ca cinsel ilişki olarak değerlendirilmemektedir. Ayrıca Yargıtay, cinsel üreme organlarının birleşmesi dışındaki cinsel hareketlerin yaşanmasını doğal olmayan cinsel ilişki olarak değerlendirmektedir⁸⁵.

b. Yargıtay'ın Oral Yoldan Cinsel İlişkiye Yönelik Görüşü ve Eleştirimiz

Yargıtay ise yeni tarihli bir kararında, cinsel ilişkiyi oral seksi de kapsayacak şekilde geniş yorumlayan görüşün aksine, rızaya dayalı olarak mağdurun ağızına cinsel organ sokmayı nitelik olarak cinsel ilişki kapsamında değerlendirmemiştir.

Karara konu olan olay şöyle gerçekleşmiştir: Fail 60 yaşında bir erkektir. Mağdur olduğu iddia edilen katılan ise 15 yaşını ikmal (16 yaşında) etmiş bir erkektir. Olay günü gar sahası elektrik trafosu yanında kuytu bir yerde görgü tanığı güvenlik görevlisinin anlatımıyla, fail oturmakta iken fermuarını açmak suretiyle mağdura cinsel organını okşatmıştır. Daha sonra fail ayakta durur şekilde mağdurun eğilerek, failin cinsel organını ağızına alması ve ardından güvenlik görevlisinin kendilerini görmesi üzerine olay yerinden uzaklaşmaya çalışırken, diğer güvenlik görevlilerince yakalanmışlardır. Yargıtay'a göre; “Sanığın, rızasıyla mağdurun ağızına cinsel organ sokmak şeklinde gerçekleşen eyleminin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı ve TCK'nin 104. maddesinde öngörülen suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı halde suç vasfında yanılıya düşülerek sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi ...bozmayı gerektirmiştir.”⁸⁶

⁸⁵ “Kadın kadına sevişme, anal, oral ve grup seks görüntülerinin 226/4. maddedeki “doğal olmayan yoldan yapılan cinsel davranışlar”a girmektedir, görevsizlik kararı verilerek dosyanın üst derece mahkemesine gönderilmesi yerine devamla hüküm verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (Y.5. CD. 2008/14636, 2009/1404). Karar her ne kadar 226. maddeyle ilgili ise de Yargıtay'ın bu tür fiillere bakışını yansıtmaması bakımından önemlidir.

⁸⁶ Y.14.CD. Esas: 2011/7214 - Karar: 2013/240, Tarih: 16.01.2013 (Karar UYAP'tan alınmıştır). Öğretide Tezcan/Erdem/Önok, “Yargıtay'ın oral seksi cinsel ilişki sayma-

Yargıtay’ın, mağdurun ağız boşluğuna failin cinsel organını sokmasına ilişkin cinsel davranışları, TCK m.104 anlamında cinsel ilişki saymamasına yönelik kararına katılmak mümkün değildir. Görüldüğü üzere Yargıtay, rızaya dayalı olarak mağdurun ağızına cinsel organ sokmayı cinsel ilişki olarak değerlendirmemiş, buna yönelik de fiilin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki olmadığı gerekçesini ileri sürmüştür. Ancak Yargıtay henüz bu kararında TCK m.104’ün, hangi fiilleri cinsel ilişki olarak kabul ettiğine yönelik bir açıklama veya değerlendirme yapmamıştır.

c. Yargıtay’ın Cinsel İlişki Kavramını Tanımlaması ve Vücudun Cinsel Bölgelerine Failin Cinsel Organı Dışında Sair Organ Sokulmasına Yönelik Görüşü ve Eleştirimiz

Yargıtay yeni tarihli bir kararında ise cinsel ilişki kavramını tanımlamıştır. 2014 yılında verilen kararda cinsel ilişki; **“Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK.nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi”** olarak tanımlanmıştır. Yargıtay bu sebeple bir kadının, bir kız çocuğunun vajinal bölgesine parmak sokması eylemini TCK m.104 kapsamında cinsel ilişki olarak değerlendirmemektedir.

Karara konu olan olay şöyle gerçekleşmiştir: Olay tarihinde fail 23 yaşında bir kadın olup mağdur olduğu iddia edilen kişi ise 17 yaşında (*henüz 18 yaşını ikmal etmemiş*) bir kız çocuğudur. Sanık ve mağdur çalıştıkları sebze bahçelerinde tanışmışlar ve ilk olarak biber tarlasındaki işçilerin kaldığı binada sevişmişler, müteakip günlerde ise tarlada, mağdurenin evinde, her ikisi de tamamen soyunmuş vaziyette ilişkide bulunmuşlardır. Bu ilişkiler sırasında sanığın, mağdurenin cinsel organına müteaddit kereler parmaklarını sokmak suretiyle ilişkiyi sürdürdüğü anlaşılmıştır. Bahse konu eylemler farklı zaman ve mekânlarda defalarca gerçekleşmiştir. Mağdurenin kanuni temsilcisi, bu fiiller sırasında çocuğunun kızlık zarının bozulduğunu ileri sürmüştür.

dığı yolunda” bir görüş ileri sürmüşse de, herhangi bir Yargıtay kararı örnek göstermemektedir. Bkz. **Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Rıfat Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2014, s. 381.**

Yargıtay'a göre; "Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği TCK'nın 104. maddesinin metninde suç olarak tarif edilen cinsel ilişkinin, erkek cinsel organının bir kadına vajinal veya anal yoldan ya da bir erkeğe anal yoldan ithal edilmesi olarak tanımlanması karşısında, mahkemenin oluşa uygun kabulüne göre, kayden 10.06.1991 doğumlu olup suç tarihinde 15 yaşını doldurmuş olan mağdureyle rızası ile öpüşüp seviştiği sırada mağdurenin cinsel organına parmağını soktuğu anlaşılan hemcinsi sanığın, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışları nedeniyle hukuka aykırılıktan söz edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan beraati yerine düşme kararı verilmesi ... kanuna aykırı görülmüş olduğundan... bozulmasına ..." karar verilmiştir⁸⁷.

Yargıtay'ın, mağdurun vajinal bölgesine failin parmak sokmasına ilişkin cinsel davranışları, TCK m.104 anlamında cinsel ilişki saymamasına yönelik kararına katılmak mümkün değildir. Görüldüğü üzere Yargıtay, rızaya dayalı olarak mağdurun vajinal bölgesine parmak (*erkeklik uzvu dışında sair organ*) sokmayı cinsel ilişki olarak değerlendirmemiştir. Yargıtay, bu kaniya cinsel ilişkiyi dar anlamda yorumlayarak ulaşmıştır. Kararda da görüldüğü üzere Yargıtay, cinsel ilişkiyi ancak erkeklik organının duhulü suretiyle gerçekleşen cinsel davranışlar olarak değerlendirmiştir. Bu tür bir yaklaşım cinsel ilişki kavramının "CİNSEL BİRLEŞME" şeklinde en dar anlamda kabul edildiğini göstermektedir.

Kanaatimizce Yargıtay'ın bu tür kararları vermezden önce yapması gereken; özellikle öğretilde bu suç tipi ve suçun maddi unsuru ile ilgili tüm görüş ve eleştirileri dikkatlice okumak, gerekirse kararı verirken acele etmeyip bu husustaki tartışmaların olgunlaşmasını beklemek ve nihayet korunan hukuki yarar, cinsel ilişki kavramının günümüzde sahip olduğu anlam, cinsel ilişkinin gerçekleşme türleri ve çocuğun yüksek yararının korunması hususlarını değerlendirerek gerekçeli bir karara ulaşmak olmalıydı. Yargıtay bu hususları dikkate almadan özensiz bir şekilde hareket etmiş, kanun koyucunun amacını dikkate almamış ve tamamen gerekçesiz bir karar vermiştir. Bu örnekte olduğu gibi muğlâk ifadelerle gerekçesiz ve özensiz üretilen kararların uygulamada ciddi sorunlar doğuracağı muhakkaktır.

⁸⁷ Y14.C.D. Esas: 2012/6729 - Karar: 2014/5373 (Karar UYAP'tan alınmıştır).

E. Kanaatimiz

Kanaatimizce TCK m.104'de yer alan cinsel ilişki terimi, geniş yorumlanarak, "aynı ya da farklı cinsiyette olan kişiler arasındaki cinsel uzuvların birleşmesini, cinsel organlara cinsel uzuv dışında başka organların sokulmasını, cinsel organlara sair cisim sokulmasını ve ağız boşluğuna cinsel organ sokulmasını (oral seks) da" kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.

Yukarıda daha önce de belirttiğimiz üzere cinsel ilişkiyi, sadece erkek failin kendi erkeklik organını bir oğlan çocuğunun anüsüne yahut bir kız çocuğunun vajinal / anal bölgesine sokması olarak nitelendirecek şekilde dar yorumlamak, maddenin çocuğun yüksek yararına yorumlanmasına engel olacağı gibi, çocuğun aşırı kötü cinsel deneyimlerden korunması yönündeki kanun koyucunun amacından da uzaklaşma olacaktır.

Cinsel ilişki terimi, artık günümüzde sadece erkeklik organının duhulü suretinde gerçekleşen cinsel davranışlar olarak algılanmamaktadır. Geleneksel anlayışta kalan bu tür bir yorum sosyal anlamda gerçekleşen her çeşit cinsel ilişkiyi karşılamamaktadır. Bu maddedeki cinsel ilişki kavramı, cinsel birleşme ile vücuda organ ya da sair cisim sokma şeklindeki tüm davranışları kapsayıcı surette yorumlanmalı ve m.104 hükmü bu şekilde uygulanmalıdır. Bu yorum tarzı çocuğun da cinsel bakımdan yoğun anlamlar içeren bu tür fiillerden korunması amacına daha uygun olacaktır. Nitekim çocuğun cinsel organına parmak, yapay erkeklik organı veya sair cisim sokulması veya çocuğun ağız boşluğuna erkeklik organı sokulması da yoğun bir şekilde cinsel anlam içeren fiillerdir.

Bu tür fiillerin mağdur çocuk üzerinde doğuracağı travma, aynı çocuğun sevdiği, duygusal yoğun bağlar hissettiği erkek arkadaşı ile yaşayacağı cinsel birleşmeden çok daha ağır niteliktedir. İkinci verilen örnekte çocuk henüz yaşı bakımından yeterli olgunluğa erişmeden doğal bir cinsel deneyim yaşamaktadır. Oysa ilk verilen örnekte çocuğun cinsel organına parmak, sair organ ya da sair cisim sokulması çocuk bakımından daha yoğun bir travma oluşturacak bir durumdur. Çocuk burada bir araç gibi sadece kullanılmış, hatta insani bir özelliği olmadan duyguları, hazzı dikkate alınmadan suis-timal edilmiş bir obje niteliğindedir. O halde çocuğun korunması amacı çerçevesinde sadece erkeklik organı duhulü niteliğindeki cinsel birleşmeler değil, çocuğun cinsel organlarına (vajinal ya da anal yoldan) cinsel organ,

sair organ veya sair cisim sokulması veyahut ağız boşluğuna failin cinsel organının sokulması niteliğinde fiiller de cinsel ilişki olarak değerlendirilmelidir.

Cinsel ilişki kavramı sadece cinsel uzuv duhulü olarak yorumlanırsa şu örnekler bakımından çocuğun korunması mümkün olmayacaktır: *Örneğin 40 yaşındaki kadının 16 yaşındaki kız çocuğuna vajinal ya da anal yolla yapay penis, şişe, parmak, el, dil sokması ya da oral ilişki yaşamaları. Bir diğer örnek ise 50 yaşındaki bir kadının ya da bir erkeğin 16 yaşındaki bir oğlan çocuğuna anal yoldan el, parmak gibi uzuvların ya da şişe, yapay penis gibi sair cisimleri duhul ettirmesi olarak verilebilir.* Her iki örnek bakımından da 16 yaşındaki çocuğa çok ağır cinsel müdahaleler olmakta ama sırf fiziki olarak doğal erkeklik organı duhul ettirilmediği için cinsel ilişki kapsamı dışında tutulmaktadır. Bu durum hakkaniyet, eşitlik ve adalete aykırı bir sonuç olmakla birlikte çocuğun hukuki güvenliğine ve kanunlarca maddi bütünlüğünün korunması esasına da aykırı olacaktır. Bu nedenlerle yukarıda cinsel ilişki kavramını dar yorumlayan görüşe ve belirtilen Yargıtay kararlarına katılmadığımızı belirtmek isteriz.

Görüşümüze bir başka dayanak olarak da TCK m.225'de yer alan "Hayâsızca Hareketler" başlıklı suç tipini gösterebiliriz. Cinsel ilişki terimi bu suç tipinin maddi unsuru olarak da kullanılmıştır. TCK m.225'deki hayâsızca hareketler suç tipi kapsamında yer alan cinsel ilişki terimi öğretide geniş yorumlanmaktadır. Bu bağlamda aynı ya da farklı cinste iki kişinin cinsel uzuvlarıyla birleşmeleri de dâhil olmak üzere, birleşme aşamasına varmayan ancak yoğun cinsel anlam içeren fiiller de cinsel ilişki olarak nitelendirilmiştir. Bu görüşe göre eylemin m.225 kapsamında değerlendirilmesi için cinsel organların mutlaka birleşme pozisyonuna gelmesi ya da cinsel ilişkinin tamamlanması gerekli değildir. Tarafların öpüşmeleri cinsel ilişki anlamına gelmez ise de, öpüşmeden sonraki aşamalar cinsel ilişki olarak anlaşılmalıdır. Örneğin "*erkeğin kadının göğüslerini öpmesi, cinsel organın elle uyarılması*" gibi hareketler de cinsel ilişki olarak anlaşılmalıdır⁸⁸. Nitekim TCK m.225'in gerekçesinde de cinsel ilişki terimi "*cinsel*

⁸⁸ Bkz. **Baytemir**, Erdal; Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlakla Karşı İhlelenen Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2009, s. 641, **Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/

arzuların tatmini amacına yönelik her türlü davranış” olarak ifade edilmiştir⁸⁹.

Her ne kadar TCK m.104 ile m.225’in koruduğu değerler tam olarak aynı değilse de kullanılan terim olan “cinsel ilişki” aynı yönde yorumlanabilecektir. Kanun koyucunun TCK m.104’de kullandığı “cinsel ilişki” terimiyle sadece vajinal veya anal yoldan cinsel birleşmeleri kastettiğini, TCK m. 225’te kullanmış olduğu “cinsel ilişki” terimiyle ise cinsel birleşmeyle sınırlı kalmayıp daha geniş kapsamda cinsel davranışları kastettiğini ileri sürmek hukuki dayanaktan yoksun olacaktır.

Bir an için kanun koyucunun böyle bir farklılık ortaya koymak istediğini düşünsek bile bu durumda kanun koyucunun madde metinlerinde aynı terimi (*cinsel ilişki*) kullanma özensizliğine düşmemesi gerektiğini söyleyebiliriz. Nitekim m.225’te suçun eylem unsurunun “*hayâsızca hareket*” olarak belirlenmesi, cinsel birleşmeyi de kapsayacak şekilde geniş anlamda cinsel davranışlar olarak yorumlanması bakımından yeterli olacaktır. Bu durumda da biz TCK m.104’ün sadece cinsel birleşmeleri kapsadığı yönünde yorum yapabiliriz. Ancak madde metinlerinde böyle bir farklılaşma söz konusu olmadığı için TCK m.104’ün de sadece cinsel birleşmeler olarak değil, daha geniş şekilde yorumlanarak oral ilişkiyi ve / veya vücuda cinsel uzuv dışında sair bir organ ya da cisim sokmayı da kapsar nitelikte anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Sonuç olarak kanaatimizce 16-18 yaş arasında bir kız çocuğunun cebir, tehdit ve hile olmaksızın anal ve/veya vajinal bölgesine yapay penis ve/veya sair bir cisimle duhulde bulunulması⁹⁰, yahut ağız boşluğuna erkeklik organı sokulması, 16-18 yaş arasında bir erkek çocuğunun cebir, tehdit ve hile olmaksızın anal bölgesine yapay penis ve/veya sair bir cisimle duhulde bulunulması yahut ağız boşluğuna erkeklik organı sokulması, TCK m.104’de düzenlenmiş “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*” suçunu oluşturacaktır.

Artuç, Mustafa; Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: V - Madde 205-256, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 6359.

⁸⁹ Madde gerekçesi için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: V), s. 6357.

⁹⁰ Aynı yönde Ünver, (*Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel...*), s.44, Aksi yönde bkz: Taner, s. 334.

VI. SUÇA ETKİ EDEN HALLER

A. Genel Olarak

5237 Sayılı TCK m.104'ün ilk halinde var olan ikinci fıkrasında; “suçun failinin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olması halinde, faile verilecek cezanın iki katına kadar artırılacağı” öngörülmekteydi. Ancak bu hüküm Anayasa'daki eşitlik ilkesine aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi'nin 23/11/2005 tarih ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Kanun koyucunun hangi nedenlerle böyle bir hükme yer verdiği eleştirilmekteydi⁹¹. 5237 sayılı TCK ilk kabul edildiğinde madde metninin ilk halinde öngörülen ve Anayasa Mahkemesi'nin belirtilen kararı ile iptal edilen bu nitelikli hal dışında başka bir nitelikli hal bulunmamaktaydı.

B. Evlenme Yasağından Kaynaklanan Nitelikli Hal

Ancak 6545 sayılı kanun m.60 ile maddeye iki ayrı fıkra eklenerek suç etkileyen iki yeni hal getirilmiştir. **Bunlardan ilki**, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun failinin, mağdur çocuk ile arasında evlenme yasağı bulunan bir kişi olması halinde, ayrı bir özgü faillik düzenlemesidir. Yeni getirilen bu hükme göre; “Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur”. Görüldüğü üzere bu yeni düzenleme bakımından yasa koyucu, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun birinci fıkrasında yer alan durumda “iki yıldan beş yıla kadar (6545 sayılı yasa ile değiştirilmezden önce ceza miktarı altı aydan iki yıla kadardı)” hapis cezası öngörürken, maddeye ikinci fıkra olarak eklenen yukarıda gösterilmiş olan düzenleme kapsamındaki fiiller bakımından “on yıldan onbeş yıla kadar” hapis cezası öngörmüştür. O halde failin, ikinci fıkra hükmünde belirtilmiş olan ve mağdur çocukla aralarında “evlenme yasağı” bulunan bir kimse olması hali, cezayı ağırlatıcı bir nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

⁹¹ Bkz. **Hafizoğulları**, Zeki; Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, İn. Türk Hukuk Kurumu, 71. Yıl Kuruluş Armağanı, Ankara 2005, s. 367, **Tezcan/Erdem/Önok**, (8.Baskı-2012...), s. 346, dipnot no: 261, **Ünver**, (Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...), (Editör: Yener Ünver), s. 49 ve 51.

Evlenme yasağının kapsamı Türk Medeni Kanunu m.129 hükümlerine göre belirlenecektir⁹². Madde hükmüne göre; “**Madde 129- Aşağıdaki kimse-ler arasında evlenme yasaktır:**

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

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da, değişiklik sonucu ensest⁹³ fiillerinin TCK bakımından suç kapsamına alınıp alınmadığı hususudur. Her ne kadar maddeye getirilen ikinci fıkrada mağdur çocuk ile aralarında “evlenme yasağı” olan kişilerin cinsel ilişkileri suçun nitelikli hali olarak kabul edilse de, kanaatimizce bu düzenleme tam olarak ensest fiillerine karşılık gelmemektedir. Ensestin, dar anlamda altsoy - üstsoy arasındaki cinsel ilişkileri kapsadığı gibi⁹⁴ geniş anlamda yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkileri de içerdiği kabul edilmektedir. Ensest ilişkilerde yaş unsuru tek başına bir kıstas olarak ele alınmamaktadır. Aksine yakınlık, akrabalık unsuru en önemli kıstas olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle maddeye

⁹² **Tezcan/Erdem/Önok**, (Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11.Baskı ...), s. 379, **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, (Özel Hükümler, 7. Baskı), s. 369-370.

⁹³ Ensest kavramı ve bu kapsama giren fiiller hakkında ayrıntılı tanım ve bilgi için bkz. **Polat**, Oğuz; Ensest, in: Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı -1- Tanımlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2007, s. 159 vd.

⁹⁴ Nitekim altsoy - üstsoy ve kardeşler arasındaki cinsel ilişki Alman Ceza Kanununda da cezalandırılmıştır. Alman Ceza Kanunu § 173’de akrabalar arasında cinsel ilişki düzenlenmiştir. Hükme göre; “(1) Her kim, altsoy öz hısımları ile cinsel ilişkide bulunursa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Her kim, üstsoy öz hısımları ile cinsel ilişkide bulunursa, iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır; akrabalık ilişkisi sona erdirilmiş olsa dahi, bu hüküm uygulanır. Birbirleriyle cinsel ilişkide bulunan öz kardeşler de, aynı şekilde cezalandırılır. (3) Fiil sırasında henüz on sekiz yaşını doldurmuş olmayan hısımlar ve kardeşler, bu hüküm uyarınca cezalandırılmaz.” Madde metninin çevirisi için bkz. **Yenisey**, Feridun/**Plagemann**, Gottfried; Strafgesetzbuch (StGB) - Alman Ceza Kanunu, Beta Yayınları, Yayın No. 2089 - Hukuk Dizisi: 979, 1. Baskı, İstanbul, Mart 2009, s. 239-240.

getirilen ikinci fıkra hükmü, sadece 15 yaşını dolduran çocukların verdikleri rıza üzerine aralarında “evlenme yasağı” olan kişilerin cinsel ilişkileri, suçun nitelikli hali olarak ensest kapsamını çok sınırlı olarak düzenlemektedir. Bir başka deyişle, 6545 sayılı değişiklikte ensest ilişki olarak sayılan fiillerin tümü suç kapsamına alınmış değildir⁹⁵. ŞU HALDE GETİRİLEN DÜZENLEME ENSEST FİİLLERİNİN SADECE BİR KISMINI SUÇ OLARAK DÜZENLEMİŞ, ANCAK MUTLAK BİR ENSEST / FÜCUR YASAĞI GETİRMEMİŞTİR.

C. Evlat Edinme Öncesi Bakım Üstlenmeden veya Koruyucu Aile İlişkisinden Kaynaklanan Nitelikli Hal

6545 sayılı kanun m.60 ile getirilmiş olan ve suçun faili bakımından önemli olan *ikinci nitelikli hal düzenlemesi* ise, suçun failinin, evlat edinme öncesi çocuğun bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde çocuk hakkında *koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi* olmasıdır. Bu düzenleme bakımından da belirtilen ilişkiler çerçevesinde *koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi* bakımından özgü bir faillik müessesesi ihdas edilmiştir. Bu halde fail hakkında ikinci fıkrada belirtilen cezaya hükmolunacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere ikinci fıkrada düzenlenen ceza miktarı, “on yıldan onbeş yıla kadar” hapis cezasıdır. Getirilen yeni nitelikli halin uygulanmasının ilk türü; çocuk hakkında *koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi*’nin çocuğu evlat edinecek olması ve evlat edinmeden önce bakımını üstlenmiş olması halidir. Bahse konu nitelikli hal bir başka durumda da uygulanabilir. Buna göre, çocuk hakkında *koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişi*’nin koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde çocuğun koruma, bakım ve gözetimini üstlenmiş kişi olması mümkündür⁹⁶. Maddenin üçüncü fıkrasında getirilmiş

⁹⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, (Özel Hükümler, 7. Baskı), s. 369-370.

⁹⁶ Alman Ceza Kanunu § 174 - § 174a - § 174c - hükümlerinde de birebir aynı nitelikte olmasa da kısmen Türk Ceza Kanunu m.104/3 hükmüne yakın düzenlemeler bulunmaktadır. Bahse konu düzenlemeler ile fail ile mağdur arasındaki belli bir *bakım, koruma, himaye, yardıma muhtaç olma, mahpus olma, muhafaza altında olma, danışma, tedavi veya yönlendirme* gibi çeşitli ilişki türlerinden kaynaklanan durumların kötüye kullanılması suretiyle kişilere karşı cinsel davranışlarda/cinsel istismarda bulunma fiilleri cezalandırılmaktadır. Bu hükümlerin kapsamının TCK m.104/3’e göre çok daha

olan her iki nitelikli halin temeli olan evlat edinme ve koruyucu aile ilişkilerinin, medeni hukuk ve diğer hukuk alanlarının ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde kapsamının belirlenmesi gerekecektir⁹⁷.

VII. SUÇUN HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

A. Genel Olarak

Suçun niteliği gereği meşru savunma, kanun hükmünü yerine getirme gibi hukuka uygunluk sebeplerinin TCK m.104 kapsamındaki fiiller bakımından ortaya çıkması mümkün gözükmemektedir.

B. İlgilinin Rızası Hukuka Uygunluk Nedeni Bakımından Değerlendirme

TCK m.26/2 hükmüne göre; “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” TCK m.104 hükmü ise; “*Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı*” suç olarak düzenlemiştir. Bu suçta mağdurun/ilgilinin rızasının geçerli olmayacağı açıkça kanun hükmünden anlaşılmaktadır⁹⁸. Gerçekten de Kanun koyucu 16-18 yaş grubundaki çocukların cinsel ilişki kurma hususunda mutlak tasarruf etme yetkisini kabul etmemiş⁹⁹ ve cinsel ilişkiye girme konusunda rıza verme yetkisinin olamayacağını hüküm altına almıştır. Bir başka deyişle maddede, cinsel ilişkiye girme hususundaki rıza beyanları muteber kabul edilmemiş, böyle bir rızaya dayansa bile onbeş

geniş olduğunu belirtmek gerekir. Bahse konu hüküm metinlerinin çevirileri için bkz. **Yenisey/Plagemann**, (*Strafgesetzbuch (StGB) - Alman Ceza Kanunu...*), s. 240-244.

⁹⁷ **Tezcan/Erdem/Önok**, (*Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11.Baskı ...*), s. 383, **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, (*Özel Hükümler, 7. Baskı*), s. 369-370.

⁹⁸ **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 50.

⁹⁹ O halde bireyin üzerinde mutlak şekilde tasarrufta bulunabileceği bir hak yoksa, rızanın varlığı herhangi bir etki doğurmaz. Bkz. **Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker**; *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 5. Baskı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, (*Genel Hükümler, 5. Baskı*), s. 342.

yaşını bitirmiş bir çocukla gerçekleştirilen cinsel ilişki, suç sayılmıştır¹⁰⁰. O halde 16-18 yaş arasındaki çocuğun rızası TCK m.104 bakımından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki 16-18 yaş arasındaki çocuğun cinsel ilişki bakımından rızasızlığı söz konusu ise ya da rıza, cebir, tehdit veya hile ile elde edilmişse bu durumda zaten fiil suç tipi itibarıyla değişecek ve TCK m.103 kapsamında çocuğun cinsel istismarı suçuna konu olacaktır¹⁰¹.

C. Hakkın Kullanılması Hukuka Uygunluk Nedeni Bakımından Değerlendirme

Bir başka hukuka uygunluk nedeni olan ve TCK m. 26/1'de düzenlenmiş olan "**hakkın kullanılması**"nın TCK m.104 kapsamındaki fiiller bakımından uygulanabilirliği tartışılmalıdır. TCK m.26/1 hükmüne göre; "*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*" Bu hükmün hukuka uygunluk sebebi oluşturabilmesi için öncelikle "*hukuk düzenince kabul edilmiş olan bir hakkın varlığı*" gereklidir. Ayrıca bu hakkın "*fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilmesi*" aranır¹⁰².

Burada medeni hukuk içerisinde aile hukukuna ilişkin hususların değerlendirilmesi gereklidir. Evlilik birliği, hak ve yükümlülükler temeline dayalı olan bir hayat ortaklığıdır¹⁰³. Evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte, eşler için bir takım hak ve yükümlülükler doğar¹⁰⁴. Eşlerin hakları ve yükümlülükleri, Türk Medeni Kanunu m.185-186 hükümleri esas alınarak / yorumlanarak belirlenmektedir. Eşler evlilik birliği süresince eşit haklara sahip, yükümlülüklere tabi olmakla birlikte, eşlerden birisi için hak olan husus, diğer eş bakımından ise bir yükümlülük oluşturabilmektedir¹⁰⁵. Türk Medeni

¹⁰⁰ Üzülmüş, s. 6.

¹⁰¹ Aynı yönde bkz. Ünver, (Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...), (Editör: Yener Ünver), s. 49.

¹⁰² Bahse konu hukuka uygunluk sebebinin şartları bakımından bkz. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, (Genel Hükümler, 5. Baskı), s. 318.

¹⁰³ Gençcan, Ömer Uğur; Aile Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 537.

¹⁰⁴ Akıntürk, Turgut/Karaman Ateş, Derya; Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış İkinci Cilt - Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Şubat 2011, s. 109.

¹⁰⁵ Öztan, Bilge; Aile Hukuku, Ankara 2005, s. 151, Gençcan, (Aile Hukuku-2011), s.536.

Kanunu m.185/2 hükmü, evli kişilerin, evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama hususunda birlikte yükümlü olduklarını belirtmektedir. Nitekim eşlerin evlilik birliğini mutlu olmak için gerçekleştirdikleri kabul edilir. Bahse konu mutluluğun sağlanması her iki taraf bakımından bir yükümlülük olduğu gibi, eşlerden her birinin diğerinden yerine getirmesini isteyebileceği bir hak şeklinde de ortaya çıkar. Evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama yükümlülüğü, evlilik birliğinin bütün alanları bakımından kabul edilir. Bu alanlara, duygusal - parasal - ahlaki - cinsel alanlar dâhil olup, örnek olarak gösterilmektedir¹⁰⁶.

Görüldüğü üzere eşlerin evlilik birliği içerisinde birbirlerinin cinsel alanda da mutluluğunu sağlama yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülük bahse konu mutluluğu talep eden eş bakımından da bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim Yargıtay da 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda bu hususa dikkat çekmektedir. Karara göre; “*evlenmenin sosyal amacı yanında, cinsel arzuları tatmin etme gayesi de bulunmaktadır. Tarafların cinsel organları normal yapıda olmasına rağmen ... uzun evlilik süresi içinde cinsel ilişki kurmadıkları ... rapordan anlaşılmaktadır. Bu hal evlilik birliğini temelinden sarsar. Birlikte yaşanan uzun süre içinde cinsel ilişkinin başarısız olması karşısında, eşlerin birbirine karşı haklı bir nefretin, en azından isteksizliğin doğacağı şüphesizdir. Ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ve ondan sonra da devam edip etmeyeceği şüpheli bulunan cinsel yaklaşmayı beklemek için davacıyı zorlamak açık bir haksızlıktır*¹⁰⁷.” Görüldüğü üzere Yargıtay, eşlerden her birinin cinsel mutluluğu sağlama yükümlülüğü altında olduğunu belirtmekle birlikte, bir eşin diğerinden, makul bir süre içinde, belirli zaman dilimlerinde tekrarlanacak şekilde, cinsel ilişki kurmayı beklemesi yönünde bir hakkı olduğunu kabul etmektedir. Diğer eşin bundan sebepsiz surette kaçınması ise talep eden eş bakımından bir haksızlığa uğramak ve kendisinde haklı bir nefret uyandıracak bir tutum olarak değerlendirilmiştir.

Yukarıda belirtilen kapsamda olmak üzere eşlerin cinsel alanda birbirlerine anlayışlı davranma yükümlülüğü ile bir eşin diğerinden bu alanda

¹⁰⁶ Gençcan, (Aile Hukuku-2011), s. 549.

¹⁰⁷ Y.2.HD. 07.03.2007, 15367/3526. Karar için bkz. Gençcan, (Aile Hukuku-2011), s. 549-550.

anlayışlı davranmasını bekleme hakkı bulunmaktadır. Öğretide cinsel ilişkiden sürekli ve sebepsiz yere kaçınan, bu konuda eşinin anlayışlı davranmasını talep eden eşin bu hakkını ihlal ettiği kabul edilmektedir. Ancak aynı şekilde, eşlerden birinin hasta olması, ameliyatlı olması, eşin o zaman diliminde derin bir üzüntü içinde olması cinsel ilişkiden kaçınmak bakımından haklı sebepler olarak belirtilmiştir¹⁰⁸. O halde bahse konu haklı sebepler olmaksızın sürekli bir şekilde ve sebepsizce eşlerden birinin cinsel ilişkiden kaçınması diğer eş bakımından bir hak ihlali olarak kabul edilecektir. Nitekim Yargıtay da 2008 yılında aynı yönde karar vermiştir¹⁰⁹.

Sonuç olarak eşler arasında birbirlerinden cinsel mutluluk ve cinsel ilişki talep etme yönünde hakları ve her bir eşin diğer eş bakımından bu hususta yükümlülükleri bulunmaktadır. Bahse konu talep hakkı; kötüye kullanılmadıkça, diğer eşe zarar verici nitelikte olmadıkça ve diğer eş üzerinde cinsel ilişkiyi yaşama hususunda cebir, tehdit hile gibi araç unsurlarla zorlayıcı etki göstermedikçe hukuk düzeni tarafından korunacaktır. Şu halde aile birliği içerisinde, eşlerin cinsel ilişki hususunda talepleri, ancak diğer eşin de rızasıyla birlikte **HAK** olarak kabul edilebilecek bir husustur. Kanaatimizce bu sebeple evlilik birliği içinde cebir - tehdit - hile gibi araç unsurlar olmaksızın her iki tarafın da karşılıklı rızalarına dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel ilişkiler, TCK m.104'de düzenlenen suçun tipine uymakla beraber, yukarıda bahsettiğimiz hususlardan da anlaşılacağı üzere Türk Medeni Kanunu'na, eşler bakımından birbirleri üzerinde cinsel tasarrufta bulunma hakkına dayandığı için "*hakkın kullanılması*" hukuka uygunluk sebebi gibi sonuç doğuracak ve fiiller suç teşkil etmeyecektir¹¹⁰. Ancak medeni kanun esaslarına göre yapılmayan evlilikler (*töre veya geleneklere göre yapılan evlilikler, dini nikâhlar, fiili birlikte yaşamalar, nişanlılık süreçleri*) içerisinde yaşanan cinsel ilişki, fiili hukuka uygun hale getiremeyecektir.

¹⁰⁸ **Gençcan**, (*Aile Hukuku-2011*), s. 551.

¹⁰⁹ Y.2.HD. 06.05.2008, 13408-6544. Karar için bkz. **Gençcan**, (*Aile Hukuku-2011*), s. 551-552.

¹¹⁰ Aynı yönde **Beyazıt**, s. 302. Aksi yönde görüş için ayrıca bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 46-47.

VIII. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Bu suç ancak kasten işlenebilir. Kastın hem cinsel ilişkiye ve hem de mağdurun yaşına yönelik olması gerekir¹¹¹. Suçun oluşmasında özel kast aranmamakta olup genel kast yeterlidir. O halde şehvet maksadı ya da şehvi hisleri tatmin amacı kast bakımından önemsizdir, bulunmasa da cinsel ilişkiye yönelik bilme ve isteme, kastı oluşturacaktır.

Kanunun açık bir düzenleme ile özel olarak belirtmediği sürece, genel kast ile işlenen suçlar hem doğrudan ve hem de olası kastla işlenebilir¹¹². TCK m.104 anlamında da kanun açık bir yasaklama öngörmediği için suçun olası ve/veya doğrudan kastla işlenmesi mümkün olacaktır.

Kastın hem cinsel ilişkiye, hem mağdurun yaşına¹¹³, hem de rızaya (*cebir-tehdit-hile kullanılmadığına*) yönelik olması gerekir. Failin, cinsel ilişki yaşadığı diğer tarafın yaşının 18'den küçük olduğunu veya rızasının varlığını bilmesi gerekir. Bilmiyorsa, örneğin 19 yaşında veya rızasının var olduğunu zannediyorsa failin ceza sorumluluğu olup olmadığını hata hükümlerine (*TCK m.30*) göre belirlemek gerekir¹¹⁴. Nitekim Yargıtay da aynı yönde karar vermektedir¹¹⁵.

¹¹¹ Tezcan/Erdem/Önok, s.328.

¹¹² Aksi yönde bkz. Memiş Kartal, (*Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı...*), s. 135.

¹¹³ Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 346.

¹¹⁴ Hatanın ortaya çıkabileceği durumlara ilişkin örnekler için bkz. Beyazıt, s. 301-302.

¹¹⁵ *Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda; 15-18 yaş arasında bulunan sanığın, henüz 15 yaşını bitirmesine az süre kalan mağdure ile kaçtığı ve rızaya dayalı ilişkisinin gerçekleştiği, akabinde de resmî evliliğin vuku bulup, müşterek çocuk sahibi oldukları ve halen de evliliğin devam ettiği olayda, aynı yargılamada hakkında beraat kararı verilen sanığın babasının soruşturma safhasında Cumhuriyet Başsavcılığında alınan beyanında mağdureyi 15-16 yaşlarında olarak bildiğini söylemesi, Adli Tıp raporlarında da bazen hormonal gelişim ve beslenme nedeniyle kemik yaş ve görünümünün farklı olacağını belirtilmesi karşısında, sanık hakkında hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde buldukları sosyal ve kültürel durumları da dikkate alınarak sanığın, mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılmalıdır.* (Y. 14. CD, E. 2011/8556, K. 2013/810, T. 30.1.2013; www.kazanci.com)

Bir diğer önemli husus da, resmi nikâh olmaksızın, geleneklere göre yapılan düğün törenleri sonucu, taraflarından birisi 15 yaşını doldurmuş çocuk olan evli çiftin karı-koca oldukları düşüncesiyle cinsel ilişkiye girmeleridir. Acaba burada eşi 15 yaşını doldurmuş çocuk olan diğer eşin TCK m.104 anlamında kastı söz konusu mudur? Kanaatimizce burada 18 yaşını doldurmuş olan failin, 15 yaşını doldurmuş çocuk olan diğer eşin yaşı, rızası ve yaşayacaklarının cinsel ilişki olduğu hususunda bilmesi ve bunu bilerek cinsel ilişkiyi gerçekleştirmek istemesi yeterlidir. Dolayısıyla kast unsuru oluşmuştur. Evlenme niyeti veya geleneklere uygun düğün ritüeli sonucu cinsel ilişkide, suç işleme kastının bulunmadığını kabul etmek mümkün değildir.¹¹⁶

IX. TEŞEBBÜS

A. Genel Olarak

Suçun maddi unsuruna ilişkin hareketler cinsel ilişkinin gerçekleşmesi ile tamamlanır. Burada yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirttiğimiz her tür fiil (*vajinal - anal - oral*) cinsel ilişki bakımından gerçekleşme şekline göre tamamlanacaktır. Yukarıda eylem kısmında belirttiğimiz üzere, 15 yaşını doldurmuş çocuğun vücuduna anal ve/veya vajinal yoldan cinsel organ, diğer uzuvlar (*parmak, dil gibi*) yahut sair cisim (*cop, şişe, yapay penis gibi*) sokulması halinde fiil gerçekleşir. Oral yoldan ise kanaatimizce ancak cinsel organın ağza sokulması (*sair cismin oral yoldan sokulması kanaatimizce cinsel ilişki sayılamaz*) ile fiil tamamlanır.

Saydığımız fiillerin yaşanmaya başlanması yeterlidir. Belli bir uzunlukta devam etmesi, tarafların cinsel yönden tatmine ulaşmaları, fiziki boşalma gerçekleşmesi aranmamaktadır¹¹⁷.

Suç teorik olarak teşebbüse müsait gözükmektedir¹¹⁸. Failin teşebbüs açısından cezai sorumluluğu TCK m.35'e göre belirlenecektir. TCK 35'e göre failin icra hareketlerine doğrudan doğruya başlaması gerekecektir. Yukarıda sayılan fiillerin genelde şekli suç, neticesi harekete bitişik suç

¹¹⁶ Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3418.

¹¹⁷ Aynı yönde bkz: Koc/Üzülmez, s. 335, Taner, s. 334.

¹¹⁸ Aynı yönde Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 346, Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3418, Aksi görüş için bkz. Meran, s. 286.

olarak gerçekleşebileceğinden dolayı, icrasına doğrudan başladığında kanaatimizce cinsel ilişki tamamlanmış sayılacaktır. Bu halde failin hareketlerinin aşamalara bölünebildiği hallerde suç teşebbüse elverişli hale gelecektir¹¹⁹. Ancak öncelikle somut olayın özelliğine bakarak o ana kadar gerçekleşen hareketlerin icra hareketi mi hazırlık hareketi mi olduğunu belirlemek gerekecektir.

B. Cinsel İlişkinin Görünüş Şekilleri (Vajinal / Anal / Oral Yoldan Bir Organ veya Sair Cisim Sokulması) Bakımından Teşebbüs Sorunu

Vajinal ve/veya anal ilişkiler bakımından kanaatimizce vajina veya anüs halkasına cinsel organ, sair organ veya sair cisim sokulmasıyla fiil tamamlanır. Sokma fiili öncesinde gerçekleşen öpüşme, okşama, dokunma, sürtünme gibi fiiller cinsel ilişki fiili kapsamında değerlendirilemeyecek, belki bu, fiilin hazırlık hareketi niteliğinde görülecek ve fakat teşebbüsten söz edilemeyecektir. Ancak hazırlık hareketlerinin doğal sonucu olarak sokma fiili gerçekleştirilmeye yönelmiş ve fakat duhul sağlanamadan fail yakalanmışsa (*örneğin vajina yanaklarına organ yerleştirilmeye yönelmiş, anüs ağzı kayganlaştırılarak organ ya da sair cisim sokulmaya hazır hale getirilmiş ve fakat duhul sağlanamadan fail yakalanmış ise*) ancak bu durumda teşebbüs kabul edilebilecektir. Failin fiziki veya psikolojik iktidarsızlığı nedeniyle cinsel ilişki gerçekleştirilememiş ise, fiilin teşebbüs aşamasında kalmış olduğu kabul edilmelidir.

Oral yoldan cinsel ilişki bakımından ise yukarıda belirttiğimiz üzere, sadece cinsel organın ağza sokulması cinsel ilişki olarak kabul edilecektir. Buna göre cinsel organın ağza sokulması ile suç tamamlanacağı için teşebbüs söz konusu olmaz. Ancak teorik olarak bu fiile teşebbüs mümkündür. Örneğin erkek üreme organı aktif /erekte hale gelmiş ve fakat 15 yaşını doldurmuş çocuğun ağzına sokulma öncesi *-henüz tam olarak mağdur psikolojik veya fiziken hazır olmadan-* fail yakalanmış ise teşebbüs aşamasında kalmış olarak kabul edilebilir. Failin oral yönden cinsel ilişki isteği çerçevesinde, 15 yaşını doldurmuş çocuk önce failin erkeklik organına dokunarak eliyle ereksiyon olmasını sağlamış, ancak ağza değgin olarak oral yoldan

¹¹⁹ Aynı yönde *Sevük*, s. 299, *Şen*, s. 406, *Yaşar/Gökcan/Artuç*, (Cilt: III), s. 3418.

birleşme olmadan dokunma suretiyle fail boşalmış ise, bu durumda teşebbüsten bahsedilemeyecektir. Ancak boşalma sonrası shevi bir haz olmasa da ağız yoluyla birleşme gerçekleşirse suç tamamlanmış kabul edilmelidir.

Öğretide bu suça teşebbüsün teorik olarak mümkün olduğu ve fakat pratikte sanığın ikrarı olmaksızın ispatının oldukça zor olduğu haklı olarak ileri sürülmektedir¹²⁰.

C. Gönüllü Vazgeçme

Fail yukarıda sayılan fiillere yönelik icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçerse (*örneğin cinsel ilişki öncesi öpüşme, dokunma, okşanma veya sürtünme filleri gerçekleşmiş ve fakat fail vajinal, anal ya da oral yolla birleşmekten vazgeçmişse*) bu durumda m.36 hükümlerine göre, failin 104. maddeden ceza sorumluluğuna gidilemez¹²¹. Ancak şartları varsa ve failin o ana kadarki hareketleri ayrı bir suçu oluşturuyorsa bu suçtan dolayı cezai sorumluluğu belirlenir. Ancak *kanaatimizce* TCK'da failin hareketlerinin o ana kadarki kısmına uyabilecek herhangi bir suç tipi yer almamaktadır.

Nitekim Yargıtay da, rızaya dayalı olarak anal yoldan cinsel ilişkiye yönelik hareketlerden, mağdur olduğu iddia edilen kişinin, canının acıdığını belirtmesi üzerine failin vazgeçmesini gönüllü vazgeçme olarak değerlendirmiş, o zamana kadar gerçekleşen sevişme (*boynunu ve elini ısırma, mağdurun pantolonunu ve külotunu çıkardığı için vücuduna çıplak olarak sürtünme*) şeklindeki hareketlerin ise cinsel ilişki boyutuna ulaşmaması nedeniyle failin beraatine karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir¹²².

X. SUÇA İŞTİRAK (SUÇLULARIN ÇOKLUĞU)

Suç, iştirak bakımından özellik göstermez. Suça azmettirme ve yardım etme mümkündür¹²³. Yargıtay da bir kararında; “*mağdurun araçla alınıp*

¹²⁰ Beyazıt, s. 301-302.

¹²¹ Sevük, s. 299, Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 346, Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3418.

¹²² Y.14.CD. Esas: 2011/9207 - Karar: 2013/2448, Tarih: 11.03.2013 (Karar UYAP'tan alınmıştır.).

¹²³ Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 346, Öğretide, cinsel ilişki için ev temin etme şeklindeki yardım etme örneği için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3418.

saniğın olduğu yere götürülerek cinsel ilişkide bulunmasına imkân sağlanmasını” yardım etme olarak değerlendirmiştir¹²⁴. Suç bakımından birlikte failliğin ortaya çıkması çok zor görünse de teorik olarak mümkündür¹²⁵. Örneğin birden fazla failin aynı anda ve farklı duhul noktalarından çocukla cinsel ilişki yaşamaları halinde birlikte faillikten söz edilebilir. Ancak hemen belirtelim ki, TCK m.104 hükmünde fiilin birden fazla fail tarafından birlikte işlenmesi hali özel olarak düzenlenmemiştir. **Kanaatimizce** böyle bir özel ağırlatıcı neden düzenlenmiş olmasa da, TCK m.61/1-a hükmü gereği suçun işleniş biçimi kıstası çerçevesinde cezanın bireyselleştirilmesi söz konusu olabilecektir.

Birden fazla kişi aynı mağdurla ardı ardına cinsel ilişkide bulunmuş ise, bunların her biri suçun doğrudan (*tek başına*) failidir¹²⁶. Bu durumda birlikte faillikten söz edilemez¹²⁷.

XI. SUÇLARIN İÇTİMAI (SUÇLARIN ÇOKLUĞU)

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

5237 sayılı TCK'nın ilk şeklinde *cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçları* bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması yasaklanmıştı. Belirtilen yasak 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanunun 6'ncı maddesiyle kaldırılmıştır. Ancak hemen belirtelim ki reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından TCK'nın gerek kabul edildiği gerekse yürürlüğe girdiği dönemden beri zincirleme suç hükümlerinin uygulanması bakımından herhangi bir yasak bulunmamaktaydı. O halde TCK m.104 reşit olmayanla cinsel ilişki suçu zincirleme suç konu olabilecektir.

¹²⁴ (Y.5.C.D. 17.09.2009 Tarih ve Esas: 2008/6350-Karar: 2006/10423). Karar künyesi ve içeriği için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3448.

¹²⁵ Aksi görüşe göre suç “*bizzat işlenebilen*” suç niteliindedir, bunun sonucu olarak da birlikte faillik TCK m.104 bakımından söz konusu olmaz. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 346.

¹²⁶ Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 346. Öğretide **Taner**, iki kişinin aynı anda, birinin anal, diğerinin vajinal yoldan mağdurla yaşadığı cinsel ilişkide iki ayrı suçun oluştuğunu ve davranışların birlikte gerçekleşmesinin müşterek failliği ortaya çıkarmayacağını savunmaktadır, **Taner**, s. 341.

¹²⁷ **Beyazıt**, s. 303.

Fail bir suç işleme kararının icrası kapsamında 15 yaşını bitirmiş aynı çocukla değişik zamanlarda cinsel ilişkide bulunursa, bu durumda 5237 sayılı TCK madde 43/1, zincirleme suç hükümlerine göre failin cezai sorumluluğu belirlenecektir¹²⁸. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir¹²⁹. Burada zincirleme suç kapsamında kalacak fiillerin mutlaka aynı türden olmasına gerek yoktur. Değişik zamanlarda aynı mağdura karşı tek suç işleme kararıyla farklı türden de olsa yaşanan cinsel ilişkiler (*vajinal - oral - anal*) zincirleme suç kapsamında olacaktır. Ancak aynı zaman diliminde şekil itibarıyla art arda yaşanan duhuller vücudun farklı yerlerine yönelik de olsa tek bir suç sayılacaktır.

Ancak Yargıtay bir kararında mağdurla aynı zamanda hem anal hem de vajinal yoldan cinsel ilişki kurulması halinde tek suça göre değil, zincirleme suç hükümlerine göre hüküm uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır¹³⁰. Yargıtay'ın kararına katılmamaktayız. **Kanaatimizce** cinsel ilişkinin kaç defa yaşandığı değil, bütünlük arzemesi önemlidir. Örneğin gece boyunca birden fazla kez cinsel ilişki yaşanması halinde (*ilişki vücudun anal-vajnal-oral bölgelerine yönelik olmakla birlikte failin duhul sayısı, fail ya da mağdurun tatmin olma sayısı herhangi bir önem arzetmez*) ilişki sayısı kaç olursa olsun, fiilin bütünselliği gereği tek bir cinsel ilişkinin olduğu kabul edilmelidir.

B. Fikri İçtima Hükümleri Bakımından (TCK m.44)

6545 sayılı Kanun değişikliği öncesinde yayınlanan makalemizde reşit olmayanla cinsel ilişki fiilinin üstsoy tarafından 15 yaşını bitirmiş bir çocuğa rızası ile yapılması halinde öğretide tartışmalı olmakla birlikte¹³¹ biz (*şikâyet*

¹²⁸ Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 346, Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3419.

¹²⁹ Y.5.C.D. 07.10.2009 Tarih ve Esas: 2009/4637-Karar: 2006/11145. Karar künyesi ve içeriği için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s.3446.

¹³⁰ Y.5.C.D. 23.02.2006 Tarih ve Esas: 2005/19512-Karar: 2006/1058. Karar künyesi ve içeriği için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3419, dipnot no: 796.

¹³¹ Aynı yönde bkz: Koca/Üzülmez, s.336. Aksi yönde bkz: Taner, s. 342. Öğretide Tezcan/Erdem/Önok ise altsoy ile üstsoy arasındaki bu cinsel ilişkinin "*kötü muamele*" kapsamına girmesi için, davranışın mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması gerektiğini savunmaktaydı. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, (Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı), s. 728.

şartı yerine gelmişse) hem m.104'teki bu suçun hem de m.232'de yer alan aile fertlerine kötü muamele suçunun oluşacağını ileri sürmekteydik. Buna gerekçe olarak da rızaya dayalı olsa bile böyle bir fiilin aile fertlerine gösterilmesi gereken rahim ve şefkat duygularıyla bağdaşmayacağını söylemekte ve bu halde failin ceza sorumluluğunun fikri içtima kuralları çerçevesinde belirleneceğini kabul etmekteydik¹³².

Bu gibi durumlarda çocuğun şikâyetinde bulunmaması halinde fiilin soruşturulması ve kovuşturulmasının mümkün olup olmadığı da ayrıca tartışma konusuydu¹³³. Ancak bahse konu tartışma 6545 sayılı kanun değişikliği sonrası şikâyet şartı aranmaya ihtiyaç kalmayacak şekilde çözüme kavuşmuştur. Yukarıda fail-mağdur kısmında da belirttiğimiz üzere, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağdur ile aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde şikâyet aranmaksızın on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı ikinci fıkrayla düzenleme altına alınmıştır. Şu halde artık şikâyet şartı aranmaksızın doğrudan fikri içtima kuralları çerçevesinde sorun çözülecektir¹³⁴.

¹³² Bkz. **Kanbur**, (*Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu... (CHD)*, 8/21-Nisan-2013), s. 58-59. Aynı yönde bkz. **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, (*Özel Hükümler... 5. Baskı*), s. 354.

¹³³ O dönemde bu tartışmanın çözümüne yönelik görüşümüz şu şekildeydi: "TCK m.232'de düzenlenen aile fertlerine kötü muamelede bulunma suçu resen takip edilen bir suçtur. Şikâyet edilen şey fail değil, fiildir. Bu durumda sorunu ikiye ayırarak çözebiliriz. Eğer suçun mağduru olan 15 yaşını bitirmiş çocuk, fiil hakkında şikâyetinde bulunmuşsa bu durumda her iki suç da oluşmuş olacaktır. Faile fikri içtima kuralları gereğince daha ağır cezayı gerektiren TCK m.104'teki "reşit olmayanla cinsel ilişki suçu"nun cezası verilecektir. Ancak fiil hakkında şikâyetinde bulunulmamış ise fail sadece resen takip edilen TCK m.232'den sorumlu olacaktır. Suçlardan birinin şikâyete tabi diğerinin resen soruşturulabilir olması, fikri içtima müessesesini uygulamaya engel değilse de şikâyet yoksa daha az cezayı gerektirse de resen takip edilen diğer suçun cezası verilebilecektir. Kanaatimizce fiilin hem şikâyete bağlı bir suçu hem de resen takip edilen bir suçu oluşturması mümkündür. Bu durumda takibi şikâyete bağlı olan suçtan dolayı şikâyetinde bulunulmasa da resen takip edilmesi gereken suç hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilecektir." Bkz. **Kanbur**, (*Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu... (CHD)*, 8/21-Nisan-2013), s. 58-59. Aynı yönde bkz. **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, (*Özel Hükümler... 5. Baskı*), s. 354.

¹³⁴ Aynı yönde bkz. **Özbek/Kanbur/Bacaksız/Doğan/Tepe**, (*Özel Hükümler... 7. Baskı*), s. 372-373.

XII. YAPTIRIM

TCK m.104/1 çerçevesinde işlenen fiillerin yaptırımı “iki yıldan beş yıla kadar” hapis cezasıdır¹³⁵. TCK m.61 hükümleri çerçevesinde belirlenen sonuç ceza miktarı bir yıl veya daha az hapis cezası ise hüküm, TCK m.50’ye göre adli para cezasına veya diğer tedbirlere çevrilebilir. Aynı şekilde belirlenen sonuç ceza miktarı iki yıl veya daha az hapis cezası ise hüküm, TCK m.51’e göre ertelenebilir¹³⁶.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halleri olarak maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları bakımından ise kanunda belirtilen hapis cezası miktarı “on yıldan onbeş yıla” kadar hapis cezasıdır.

Ayrıca verilen mahkûmiyet ile birlikte TCK m.53’de yer alan hak yoksunlukları şeklindeki güvenlik tedbirleri ile suçun işleniş şekline uyar tarzda diğer güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir.

XIII. DAVA VE CEZA İLİŞKİSİNİ DÜŞÜREN NEDENLER

Burada şikâyet dışındaki dava ve ceza ilişkisini düşüren sebepler belirtilecektir. Şikâyet müessesesi ise aşağıda muhakeme kısmında incelenecektir.

A. Evlenme Gerçekleşmesi Halinde Dava veya Ceza İlişkisinin Ertelenmesi-Düşmesi (765 s. TCK m.434).

765 Sayılı TCK m.434’de düzenlenmiş olan “Dava veya Cezanın Ertelenmesi” başlıklı hükme göre;“(1)Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku âmme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur. (2)Müruru zaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektirilir. (3)Bu madde hükümleri 414, 415 ve 416 ncı maddeler hakkında da caridir. (4)Evlenme maznun veya mahkûm

¹³⁵ 6545 sayılı kanun değişikliğinden önce suça ilişkin hapis cezası miktarı “altı aydan iki yıla kadar” olarak belirlenmişti.

¹³⁶ Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3420.

hakkında hukuku âmme davasının veya cezanın tecilini müstelzim olan haller fiilde methali olanlar hakkında dava ve cezanın düşmesini müstelzimidir.” Görüldüğü üzere bu hükme göre fiil sonrası gerçekleşecek olan evlenme, dava ve ceza ilişkisinin ertelenmesine neden olacaktır. Kadının haksızlığı sonucu boşanma hariç olmak üzere evlilik devam eder ve boşanma gerçekleşmez ise dava veya ceza ilişkisi düşecektir. 5237 Sayılı TCK böyle bir hükme yer vermemiştir. Bu nedenle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda ilişkiden sonra evlenmenin gerçekleşmesi, fiilin kovuşturulmasını ve failin cezalandırılmasını engelleyemeyecektir¹³⁷.

Kanaatimizce bu suçun şikâyete bağlı olması nedeniyle bu gibi hallerde evlenmeyi müteakip mağdur tarafın şikâyetini geri alması halinde 765 Sayılı kanundaki düzenlemeye paralel bir sonuç elde edilebilecektir. Şikâyetin geri alınması hukuka aykırı olmayan bir şarta bağlı olabileceği için, kanaatimizce mağdur tarafın evlenme şartı ile şikâyetinden vazgeçmesi de mümkün olacaktır.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, maddenin ikinci fıkrası hükmü hem şikâyete bağlı olmaması ve hem de evlenme yasağını konu edinmesi nedeniyle suçun bu şekilde işlendiği hallerde evlenme niyetiyle şikâyetten vazgeçilmesi kesinlikle mümkün olamayacaktır. Aynı şekilde maddenin üçüncü fıkrası hükmünde de şikâyet aranmayacağı belirtilmiş olup fiilin takibi resen gerçekleşecektir. Bu nedenle evlenme niyetiyle de olsa şikâyetten vazgeçme mümkün olamayacaktır.

B. Af

TCK m.104 reşit olmayanla cinsel ilişki suçu genel ve/veya özel affa uygundur. Hakkında af kanunu çıkarılması yasaklanan suçlardan birisi değildir.

C. Dava Zamanaşımı

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun temel şekli bakımından dava zamanaşımı süresi TCK m.66/1-e hükmü gereğince “sekiz” yıldır. Dava zamanaşımının kesilmesine ilişkin TCK m.67/2’de düzenlenen hususların

¹³⁷ Tezcan/Erdem/Önok, (8.Baskı-2012...), s. 343.

gerçekleşmesi halinde bahse konu dava zamanaşımı süresi en fazla yarısına kadar uzayacaktır (TCK m.67/4). Bu halde suçun bu şekli bakımından sekiz yıllık dava zamanaşımı süresi, kesilmelerle birlikte dört yıl daha uzayıp en fazla “oniki” yıl olacaktır.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halleri (*fıkra 2-3*) bakımından ise dava zamanaşımı süresi TCK m.66/1-d hükmü gereğince “onbeş” yıldır. Dava zamanaşımının kesilmesine ilişkin TCK m.67/2’de düzenlenen hususların gerçekleşmesi halinde bahse konu dava zamanaşımı süresi en fazla yarısına kadar uzayacaktır (TCK m.67/4). Bu halde suçun nitelikli halleri bakımından on beş yıllık dava zamanaşımı süresi kesilmelerle birlikte yedi yıl altı ay daha uzayıp en fazla “yirmi iki yıl altı ay” olacaktır.

D. Önödeme

TCK m.75/1 hükmüne göre; *Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya kanun maddesinde öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı üç ayı aşmayan suçlar hakkında* önödeme müessesesi uygulanabilir. TCK m.104 reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun basit haline ilişkin hapis cezasının üst sınırının beş yıl olması nedeniyle fiil TCK m.75 hükmü kapsamı dışındadır ve önödeme uygulanamayacaktır. Aynı şekilde suçun nitelikli haline ilişkin hapis cezasının üst sınırının onbeş yıl olması nedeniyle fiil TCK m.75 hükmü kapsamı dışındadır ve önödeme uygulanamayacaktır.

XIV. MUHAKEMESİ

A. Soruşturma-Kovuşturma Koşulları

1. Şikâyet - Genel Olarak (CMK m.158 Hükmünün Uygulanması)

Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmeden önce yürürlükte bulunan TCK m.104/2 kapsamındaki fiillerin takibi şikâyete bağlı olmayıp resen soruşturulacak ve kovuşturulacaktır. 5237 sayılı TCK m.104/1’in takibi ise şikâyete bağlıdır. 6545 sayılı kanun değişikliği ile maddeye eklenen ikinci ve

üçüncü fıkralar kapsamındaki fiiller bakımından ise soruşturma ve kovuşturma şikâyete bağlı olmaksızın resen gerçekleştirilecektir.

Şikâyet müessesesi TCK m.73 ile CMK m.158'de düzenlenmiştir. Şikâyet altı aylık hak düşürücü süreye tabidir. Bu süre fiilin ve failin öğrenildiği tarihten itibaren başlar. Şikâyet süresi geçtikten sonra şikâyet hakkı düşeceği için reşit olmayanla cinsel ilişki suçu faili hakkında kovuşturmayla yer olmadığı kararı veya kovuşturma aşamasında ise düşme kararı verilmesi gerekecektir¹³⁸. CMK m.158/6'da şikâyete ilişkin istisna¹³⁹ bir özel husus düzenlemiştir. Hükme göre; *“Yürütülen soruşturma sonucunda kovuşturma evresine geçildikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun anlaşılması halinde; mağdur açıkça şikâyetten vazgeçmediği takdirde, yargılamaya devam olunur.”* Bu hükme göre fiilin şikâyete bağlı olduğunun kovuşturma aşamasında ilk kez ortaya çıkması halinde, durma kararı verilerek şikâyet hakkı sahibine şikâyette bulunup bulunmayacağına ilişkin bildirimde bulunulmalıdır. Kişi şikâyetçi olduğunu açıkça belirtirse bu durumda durma kararı kaldırılarak duruşmaya devam edilecektir.

Kişi şikâyetçi olmadığını açıkça belirtirse bu durumda düşme kararı verilmelidir. Ancak şikâyet hakkı sahibi susarsa ne yapılacaktır? CMK m.158/6 hükmü, açıkça vazgeçilmediği hallerde yargılamaya devam olunacağını belirtmiştir. Bu hükmü iki farklı şekilde değerlendirmek lazımdır. Birincisi takibi şikâyete bağlı olmayan bir suçtan dolayı kişinin suç duyurusunda bulunması üzerine, resen açılmış bir davada suçun vasfının değişmesi sonucu suçun şikâyete bağlı bir hale veya başka bir suça dönüşmesi halinde, önceki suç ihbarını şikâyet olarak değerlendirmek ve yargılamaya

¹³⁸ *“Oluşa uygun olarak sanığın işlediği kabul edilen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kovuşturulmasının şikâyete bağlı bulunduğu, suçun mağduru olup şikâyet hakkın sahip bulunan Ayşegül'ün beyanının ise ilk kez 30.05.2007 tarihli duruşmada alındığı ve sanıktan şikâyetçi olduğu ancak suç tarihinden itibaren 6 aylık şikâyet süresinin geçirildiği bu nedenle de kovuşturma şartının gerçekleşmediğinin anlaşılması karşısında kamu davasının düşürülmesi yerine kamu davasının düşürülmesi yerine yazılı şekilde hüküm kurulması ... (bozmayı gerektirmiştir)” (Y.5.C.D. 16.09.2009 Tarih ve 2009/9330-2009/10415). Karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3420.*

¹³⁹ Öğretide bu hususun, şikâyetin hak düşürücü süre olma özelliğinin istisnası olarak kabul edildiği görüş için bkz. Şahin, Cumhur; Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2005, s. 500.

devam etmek gerekir¹⁴⁰. İkinci olarak **kanaatimizce** belirtilen hüküm, ancak henüz altı aylık şikâyet süresi geçmemiş ve şikâyet hakkı düşmemiş olan haller bakımından geçerli olmalıdır. Bir başka deyişle reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikâyet var olmaksızın mahkeme önüne gelen bir davada, fiilin ve failin öğrenildiği andan itibaren altı aylık şikâyet hakkına ilişkin süre düşmediği durumda yargılamaya devam edilebilmelidir. Aksi halde altı aylık hak düşürücü süre sona ermişse dava düşürülmelidir. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir¹⁴¹.

CMK m.158/6, şikâyetin bir dava şartı olma özelliğine aykırı olarak bu dava şartının gerçekleşmemiş olmasına rağmen yargılamanın devamına ilişkin bir istisna getirmiştir. Ancak bu istisna özelliğine rağmen CMK m.158/6

¹⁴⁰ *Örneğin bir kimsenin ayakkabılarının çalındığını belirterek çalanların cezalandırılmasını istemesi, sonradan olayın güveni kötüye kullanma kapsamına girdiği anlaşıldığında şikâyet sayılmalı ve yargılamaya devam edilmelidir.* Örnek ve açıklama için bkz. **Centel, Nur/Zafer, Hamide**; Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2012, s. 87. Aynı yönde olmak üzere, resen takip edilen hırsızlık suçu olduğu düşüncesiyle mağdurun şikâyet ediyorum demesi ve fakat suçun takibi şikâyete bağlı olan güveni kötüye kullanma olduğunun ortaya çıkması halinde baştaki bildirim şikâyet olarak değer görecektir. Fakat güveni kötüye kullanma suçu olduğu zannıyla aslında hırsızlık fiilinin şikâyet edilmesi halinde bu bildirim ihbar sayılacak ve resen kovuşturma devam edecektir. Bkz. **Özgenç, İzzet**; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Bası, Seçkin-Hukuk, Ankara, Ocak 2013, s. 599. Ancak öğretide **Donay**, bu gibi durumlarda fiilin şikâyete bağlı bir suç olması halinde şikâyetçi olunup olunmayacağına mutlaka ihbar edene sorulması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. **Donay, Süheyl**; Ceza Yargılaması Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2012, s. 204.

¹⁴¹ “765 Sayılı TCK’nın 416/3. maddesinde belirtilen suçun 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 104/1 maddesine uyan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu ve 15 yaşını ikmal etmiş çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin Ceza Muhakemesi Kanununun 158/6. maddesi nazara alınarak mağdurenin şikâyeti halinde cezalandırılacağına hükme bağlanması...” (Y.5.C.D. 20.10.2009 Tarih ve 2008/3985-2009/11734). Karar için bkz. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3442. “... suç tarihi itibarıyla 17 yaşında bulunan mağdurenin hazırlıktaki beyanında sanıktan şikâyetçi olmaması nedeniyle, rızaen cinsel ilişkide bulunma eyleminin aynı Yasanın 104/1. maddesi kapsamında olup 73/4 maddesi gereğince de takibi şikâyete tabi olması karşısında 5237 Sayılı Yasanın 7/1-2 ve 5271 sayılı Yasanın 223/8. maddeleri de gözetilerek sanık hakkında açılan davanın düşmesine karar verilmesi gerekirken...” (Y.5.C.D. 29.09.2009 Tarih ve 2008/15005-2009/10552). Karar için bkz. **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3446-3447.

düzenlemesini, ölmüş (*düşmüş*) olan şikâyet hakkını diriltici bir hüküm olarak yorumlamamak gerekir¹⁴². Ancak öğretilerde bu görüşümüzün aksine olarak, Cumhuriyet Savcısının, suçun resen takip edilen suçlardan olduğunu düşünmesi veya gözden kaçırarak resen soruşturma yürütüp kovuşturma aşamasına geçtikten sonra suçun şikâyete bağlı olduğunun ortaya çıkması halinde şikâyet hakkına sahip kişiye şikâyet hususunda iradesini açıklama yönünde bir imkân daha tanındığı kabul edilmektedir¹⁴³.

Kanaatimizce kişi kendisi hakkında yapılan fiili bilmesi halinde her halükarda “*fiil hakkında beyan vermek*” veya “suç duyurusunda bulunmak” şeklinde bir ceza muhakemesi işleminden geçmiş olacaktır. O işlemlerdeki iradesi hangi yönde ise bu esas alınarak şikâyeti belirlenebilir. Bir başka deyişle bu beyanları şikâyette bulunduğu şekilde kabul edilebilir. Bu hususu ceza muhakemesinde hataların giderilmesi yollarından biri olan “*çevirme*” müessesesi ile açıklamak mümkündür. Ancak fiili ve faili bilmesine rağmen yine de herhangi bir işlem yapmamış ve savcı da gözden kaçırarak dava açmış ve 6 aylık hak düşürücü süre de geçmiş ise **kanaatimizce** artık CMK m.158/6 hükmü uygulanamamalıdır¹⁴⁴.

2. TCK m.104 Hükümü Bakımından Şikâyet Hakkının Değerlendirilmesi

Öğretilerde madde düzenlemesinden şikâyet hakkına kimin sahip olduğunun anlaşılacağı ileri sürülerek haklı bir eleştiri getirilmiştir¹⁴⁵. **Kanaa-**

¹⁴² Öğretilerde **Ünver**'e göre; “*resen kovuşturulan bir suçmuş gibi bir eyleme yönelik suçlama, o eylem gerçekte şikâyete bağlı bir suç teşkil ediyorsa, iddianamenin fiili resen takip edilen bir suç gibi nitelendirmesi, bu fiili resen kovuşturulur hale getirmez.*” Bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 52-53.

¹⁴³ **Şahin**, Cumhuriyet Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 3. Baskı, Seçkin - Hukuk, Ankara, Eylül 2012, s. 58.

¹⁴⁴ CMK m.158/6 hükmüne yönelik öğretilerdeki eleştiriler ve ayrıca bu hükmün TCK m.104 bakımından anlamı bakımından görüşler için bkz. **Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 132-133 vd., **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 52-53, **Taner**, s. 345-346.

¹⁴⁵ Bkz. **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, in. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci

timizce burada şikâyet hakkına sahip olan kişi 15 yaşını tamamlayan ve cinsel ilişkide bulunulan çocuktur¹⁴⁶. Çünkü burada şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak söz konusudur¹⁴⁷. Yargıtay'ın hem önceki dönemde¹⁴⁸ hem de son yıllarda verdiği kararlarda¹⁴⁹ da görüşünün bu yönde olduğunu söylemek

Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Editör: Teoman Ergül), 2. Kitap, Ankara 2004, s. 351, **Artuk/Gökçen/Yenidünya**, (*Özel Hükümler, 12. Baskı...*), s.195, **Sevük**, s. 294, **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 49.

¹⁴⁶ Aynı yönde **Soyaslan**, (2010...), s. 243, **Tezcan/Erdem/Önok**, (8.Baskı-2012...), s. 347, **Yaşar/Gökçen/Artuç**, (Cilt: III), s. 3420. Aksi görüş için bkz. **Meran**, Necati; *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 379-380, **Polat**, s. 194. Öğretide **Ünver**'e göre; kanun koyucunun bu suç bakımından rızayı bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmeyip bunu da şikâyete bağlı kılmaması, şikâyetin başkası tarafından yapılmasını amaçladığı anlamına gelmektedir. Bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 50.

¹⁴⁷ Aynı yönde bkz. **Hafizoğulları**, (*Cinsel Suçlar - Beşeri Cinsellik ...*), s. 7, **Soyaslan**, (2010...), s. 244. **Beyazıt**, s. 304-305, **Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2008, s. 1697. 765 Sayılı TCK döneminde suç olarak düzenlenmiş bulunan zina fiillerinin takibi şikâyete bağlıydı. Öğretide buradaki şikâyet hakkının eşe ait olduğu ve bunun şahsa sıkı surette bağlı haklardan olduğu kabul edilmekteydi. Kanuni temsilciye bu hakkın verilmediği kabul edilmekte, ancak eşin fiil ehliyetinden yoksun hale gelmesi durumunda kanuni temsilcilerine şikâyet hakkının tanınması gerektiği ileri sürülmekteydi. Bkz. **Hafizoğulları**, (*Zina Cürümleri*), s. 278-283. Görüldüğü üzere burada da şikâyet hakkının şahsa sıkı surette bağlı olduğu ve fakat eşin bunu fiilen kullanamayacak durumda olması halinde (*ruhi veya fiziki acziyet hali*) kanuni temsilcilerinin bunu kullanabileceği kabul edilmiştir. O halde TCK m.104 bakımından şikâyet hakkına kanuni temsilcinin de sahip olduğu görüşünü bir an için kabul etsek bile bu hak ancak çocuğun bu hakkını kullanamayacak bir acziyete düşmesi halinde kanuni temsilcilerine tanınabilir. 1942 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararını bu şekilde yorumlamak gerekir.

¹⁴⁸ “*Sezgin Küçükler, doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahiptirler. Bu küçükleri temsil hakkına sahip olan kişilerin dava yetkisi, sezgin küçükler dava ve şikâyette bulunmadıkları takdirde onların yerine geçerek yararlarını korumaktan ibarettir.*” (**YİBK. 15.04.1942 - Esas: 1940/14 - Karar: 1940/9**). Karar için bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza/1941-1946, Cilt: 2, Yargıtay Yayınları No:7, (Yayına Hazırlayan: Orhan Dursunkaya), İkinci Basım, Oğun Matbaacılık Sanayi, Ankara 1984, s. 176-179.

¹⁴⁹ Nitekim Yargıtay'a göre; “*Medeni Kanununun 16. Maddesinde mümeyyiz küçüklerin şahsa bağlı haklarını kanuni mümessilin rızasına ihtiyaç duymadan kullanacaklarını*

mümkündür. Şikâyet konusunda mağdur ile kanuni temsilcisi arasında bir anlaşmazlık söz konusu olursa bu gerekçe ile mağdurun iradesi esas alınacaktır¹⁵⁰. Ayrıca 765 TCK'da bu fiiller Genel Ahlak - Adap ve Aile Düzenine karşı işlenen bir suç olarak düzenlenmişti. Oysa 5237 Sayılı TCK bahse konu fiilleri bizzat kişilere karşı işlenen suçlar bölümünde ve bireylerin cinsel hürriyetlerine karşı işlenen bir suç olarak düzenlemiştir. O halde kanun koyucu burada aileyi, kanuni temsilcileri, toplumu değil bizzat 15 yaşını doldurmuş çocuğu korumaktadır¹⁵¹. Bu durumda bizzat korunan hukuki değer sahibi olan çocuk¹⁵² şikâyet hakkına tek başına sahiptir¹⁵³.

açıklamış bulunmasına göre... Y.2.C.D. 17.05.2007, 1487-7094. Karar için bkz. **Erol**, Haydar; Türk Ceza Kanunu, Gerekçeli ve Açıklamalı, Baskı: Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara (Yayın Yılı Belirtilmemiştir) s. 1347.

¹⁵⁰ **Soyaslan**, (2010...), s. 244, **Tezcan/Erdem/Önok**, (8.Baskı-2012...), s. 344, **Yaşar/Gökcan/Artuç**, (Cilt: III), s. 3420.

¹⁵¹ Öğretide, bölüm başlığının terminolojik anlamlandırılmasının her zaman şikâyet hakkına sahip olanın belirlenemeyeceğine dair görüş hakkında bkz. **Ünver**, (*Türk Maddi Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirel Olarak İncelenmesi...*), (Editör: Yener Ünver), s. 51.

¹⁵² Öğretide ailenin gördüğü zararın doğrudan değil dolaylı olduğu, bu sebeple şikâyet hakkının öncelikle doğrudan zarar görmek suretiyle korunan değeri ihlal edilen kişiye ait olacağı yönündeki görüş için bkz. **Erem**, Faruk/**Danışman**, Ahmet/**Artuk**, Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 201.

¹⁵³ Aynı yönde olmak üzere bu maddedeki mağdurun kim olduğunun belirlenmesine yönelik yoruma göre şikâyet hakkının kime ait olduğunun tespitinin mümkün olacağı yönündeki görüş için bkz. **Özgenç**, (Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi), s. 824. Aynı sonuca, öğretide ceninin düşürülmesi fiillerine rıza gösterme hakkı bakımından mümeyyiz küçüğe sıkı surette bağlı olan rıza gösterme yetkisi bulunduğu yönündeki görüş çerçevesinde de ulaşılabilecektir. Bkz. **Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat; TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı - Gerekçeli - İçtihatlı) Cilt: 2, Özel Hükümler (Madde 76-169 - Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar), Birinci Baskı - Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2008, s. 586, **Aydın**, Murat; Çocuk Düşürtme fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, in. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2011, s. 87. Vücudun muayenesine yönelik mümeyyiz olan mağdurun rızasının tek başına yeterli olması gerektiği yolundaki görüş için bkz. **Nuhoğlu**, Ayşe; Beden Muayenesi, in. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Yıl: 2006, Cilt: III, Sayı: 2, Özel Sayı, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, s. 332.

Nitekim Yargıtay da TCK m.104 kapsamındaki fiiller bakımından şikâyet hakkının mağdur olan mümeyyiz çocuğa¹⁵⁴ ait olduğuna karar vermiştir. Karara göre; “5237 sayılı TCK’nun 104/2. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi üzerine, fiilin TCK 104/1. madde de düzenlenen takibi şikâyete bağlı suçu oluşturması karşısında mağdurenin sanık hakkında şikâyetçi olmadığı dikkate alınarak, kamu davasının TCK’nun 73. maddesi uyarınca düşürülmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...” bozmayı gerektirmiştir. Görüldüğü üzere şikâyet hakkının açıkça çocuğa ait olduğu belirtilmiştir¹⁵⁵.

Ancak Askeri Yargıtay Daireler Kurulu bu tür fiillerde şikâyet etme ve şikâyetten vazgeçme hakkının veliye ait olduğunu belirterek aksi yönde bir karar vermiştir. Karara göre; “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlığı altında düzenlenen ve şikâyet ön şartına bağlanan 102 ve 105. maddelerde belirtilen suçlarla ilgili olarak, şikâyette bulunacak tarafın “mağdurun şikâyeti” demek suretiyle açıkça gösterilmesine karşın, söz konusu 104. maddede, şikâyet ön şartının sadece “şikâyet üzerine” şeklinde yalın ve genel bir kavramla ifade edildiği, ancak bu şikâyet hakkının kimin tarafından kullanılacağına kişiselleştirilerek belirtilmediği görülmektedir. Art arda gelen bu maddelerin düzenleme sistematığı göz önüne bulundurulduğunda, 104. maddede öngörülen şikâyet hakkının, reşit olmayan mağdur dışındaki kişiler tarafından da kullanılacağını açıkça ortaya koymaktadır.”¹⁵⁶

Kanaatimizce Askeri Yargıtay Daireleri Kurulu kararı yerinde değildir. Çünkü her ne kadar lâfzî ve sistematik yorum yöntemleriyle sorunu çözmeye yaklaşılsa da hem şikâyet müessesinin ortaya konuluş amacını hem de niteliğini göz ardı etmektedir. Ayrıca tarihsel yorum kullanılmak suretiyle de yukarıda belirttiğimiz üzere bu tür fiillerle artık ailenin ya da toplumun değil bizzat bireyin korunduğu görülecektir. O halde bu hakka bizzat sahip olan birey, korunan değer ihlalinin takip edilip edilmeyeceğine de bizzat karar

¹⁵⁴ Aynı yönde öğretide bkz. **Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 90 vd.

¹⁵⁵ **Y.5.C.D. 29.03.2007, 2678-2407**. Aynı yönde diğer bir karar olarak **Y.5.C.D. 26.03.2007, 2469-2283**. Kararlar için bkz. **Erol**, s. 1350-1351.

¹⁵⁶ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu (AYDK), 26.04.2007, Esas: 2007/44 - Karar: 2007/44. Karar içeriği ve künyesi için bkz. **Beyazıt**, s. 305-306, dipnot no: 49.

verebilmelidir. Karar gerekçesinde haklı olarak kullanılan “mağdurun şikâyeti” ve “şikâyet üzerine” kelimelerinin farklı anlama geleceği ifade edilmiş olsa da kanun koyucunun bu ifadeleri bilinçli düzenlediğini düşünmemekteyiz. Aksine bu düzenleme farklılıkları, kanun koyucunun kanuni düzenleme yapma tekniği bakımından özensizliğini ve müesseseler hakkındaki tutarsızlığı göstermekte olup özellikle bir anlam ifade etmesi bilincinden de yoksun yapıldığını ortaya çıkarmaktadır.

Onbeş yaşından küçük çocuk mümeyyiz olsa bile, mümeyyiz olduğuna bakılmaz ve şikâyet ve/veya vazgeçmeye kanuni temsilcileri yetkilidir¹⁵⁷. Ancak TCK m.104, mağdur olan çocuğun onbeş yaşını doldurmuş olması şartını düzenlediği için, onbeş yaşından küçük çocuklar mümeyyiz olsa bile bu suçun mağduru olmayacaktır. İşlenen suç TCK m.103 çocukların cinsel istismarı suçudur.

Müşteki şikâyet hakkını TCK m.73 hükmüne göre kullanacaktır. Bu hüküm müştekinin, fiili ve faili bildiği veya öğrendiği günden itibaren, dava zamanasını süresini geçmemek kaydıyla 6 ay içinde kullanması gerektiğini düzenlemektedir. Mağdur bu fiilin suç olduğunu cinsel ilişkiyi ilk yaşadığı andan itibaren biliyorsa, 6 aylık şikâyet süresinin bu günden itibaren başlaması gerekir. Ancak mağdur yaşadığı cinsel birlikteliğin suç olduğunu sonradan öğrenirse, kanaatimizce 6 aylık şikâyet süresi mağdurun bunu öğrendiği günden başlar. Çünkü şikâyet süresi hem fiilin hem de failin bilindiği ve öğrenildiği tarihten itibaren başlar. Burada fiilin bilinmesi, fiilin varlığı / gerçekleştiği yönünde bilgi sahibi olunmasıdır. Bu bilgi mağdurda fiilin işlendiği sırada da var olabileceği gibi mağdur tarafından daha sonra da öğrenilmiş olabilir.

Kanaatimizce burada fiilin bilinmesinden maksat, mağdur çocuğa karşı yapılan hareketlerin cinsel ilişki niteliğinde olduğunun çocuk tarafından algılanması, öğrenilmesidir. Fiilin hukuka aykırılık oluşturduğu yönünde

¹⁵⁷ **Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoğlu** Ayşe; Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008, No.5.9 (47). **Ünver**, (*Mobbing, Stalking...*), s. 125. Yargıtay da aynı yönde karar vermektedir. Y.5.C.D. 13.02.2007, Esas: 2006/12163 Karar: 2007/966. Karar künyesi için bkz. **Ünver**, (*Mobbing, Stalking...*), s. 125, Dipnot: 84.

bilgi sahibi olunması gereği şeklindeki görüşümüz¹⁵⁸ çocuğun yapılan fiillere vakıf olması anlamında ileri sürülmüştür. Dolayısıyla çocuk kendisine yönelmiş olan cinsel ilişki niteliğindeki fiili yaşadığını sonradan öğrenmiş veya farkına varmışsa bu andan itibaren şikâyet süresi işlemeye başlayacaktır. Örneğin, *17 yaşındaki çocuk 19 yaşındaki sevgilisine cinsel ilişki yaşama hususunda rıza göstermiş ve fakat ilişki tam olarak gerçekleşmeden uyuyakalmış veya cinsel ilişkinin gerçekleştiğini anlayamayacak kadar yorgun olduğundan fiili o an o boyutta fark edememiştir. Ertesi sabah erkenden sevgilisi yanından ayrılmıştır. Uyandığında yanında olmadığı sevgilisiyle üç gün sonra o gece hakkında konuşurken sevgilisinin kendisiyle rızasına dayalı olarak yaşadığı cinsel ilişkiden bahsetmesi üzerine fiilin varlığını ve anlamını öğrenen çocuk, hukuki olarak fiilin varlığından o an haberdar olmuş kabul edilecektir. Bu nedenle ilişkinin yaşandığı günden itibaren değil, ilişkinin hukuki vasfının anlam kazandığı andan, yani cinsel ilişkiyi öğrendiği andan itibaren şikâyet süresi işlemeye başlayacaktır. Görüldüğü üzere cinsel ilişki kurma fiili daha önce gerçekleşmiş olmasına rağmen, fiilin hukuken ifade edeceği anlamına yönelik bu bilgi, mağdurda fiilin işlendiği sırada var olabileceği gibi, mağdur tarafından daha sonra öğrenilmiş de olabilir¹⁵⁹.*

Önemle belirtmek gerekir ki çocuğun şikâyetinin gerçekten kendi iradesinden mi kaynaklandığı yoksa aile baskısıyla, korkuyla veya utanç nedeniyle mi yapıldığı araştırılmalıdır. Bu hususta ailesinin etkisinden uzak bir şekilde çocuğun beyanının alınması gerekmektedir. Çocuk açısından zarar görme tehlikesi varsa, gerekirse çocuk aileden ayrı tutularak Çocuk Koruma Kanunu hükümleri çerçevesinde koruma altına alınmalıdır¹⁶⁰. Bu durum hem çocuğun gerçek iradesini ortaya koyması hem de olayda meydana gelen fiilin hangi suç tipine uyduğunun belirlenmesi açısından son derece önemlidir¹⁶¹. Bir diğer husus ise; çocuğun şikâyeti tek başına yeterli

¹⁵⁸ Bkz. **Kanbur**, (*Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu... (CHD)*, 8/21-Nisan-2013), s. 60.

¹⁵⁹ Aynı örnek hakkında bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, (*Özel Hükümler... 7. Baskı*), s. 373-375.

¹⁶⁰ **Beyazıt**, s. 308.

¹⁶¹ Bir davada 15 yaşını dolduran çocuğun evli olan abisi ile cinsel ilişki kurduğu, uzun süre abisinin ismini ve fiili gizlediği ardından hamile kalıp doğum yaptığı, hastanenin polise

olmamalı, fiilin gerçekten işlendiğinin kesin kanaat oluşturacak şekilde ispatlanmalıdır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarih ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile iptal edilmezden önce 104. maddede ikinci fıkra olarak yer alan "...*bu suçun faili, mağdurdan beş yaştan daha büyük ise şikâyet şartı aranmadan takibat resen yapılacaktır.*" hükmüne göre bu halde takibat resen yapılacak, herhangi bir dava şartı aranmayacaktı.

Aynı şekilde daha önce de belirttiğimiz üzere madde metnine 6545 sayılı Kanun değişiklikleri ile eklenen ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri kapsamındaki fiillerin soruşturulması ve kovuşturulması, şikâyete bağlı

durumu bildirmesi ve yakınlarının olayı öğrenmesi üzerine abisinin zorla ırzına geçtiğini beyan ettiği olayda Yargıtay fiilin ırza geçme (cinsel istismar) olduğuna karar vermiştir. Yargıtay kararını; *çocuğun, abisinin ismini gizlemesinin ilişkinin rızaya dayalı olduğu anlamına gelmeyeceği şeklindeki değerlendirmesine dayandırmıştır. Karşı oy veren üye ise gerekçe olarak özetle şunu belirtmektedir: "Mahkeme; ırza geçmenin zorla olduğuna mağdurenin beyanına dayandırmaktadır. Oysa mağdure, abisi ile olan ilişkisini uzun süre saklamıştır. Hamile kalıp doğdum yapınca yakınlarının öğrenmesi üzerine ilk defa cinsel ilişkinin abisinin zoruyla olduğunu beyan etmiştir. Başka hiçbir destekleyici husus olmamasına rağmen sırf bu beyana dayanarak ırza geçmeden (cinsel istismardan) hüküm kurulması yanlıştır. Cinsel ilişkinin zorla olduğuna, rızanın mevcut olmadığına ilişkin başka delil olmadığından ilişkinin rızaya dayalı olduğu kabul edilmelidir. O halde sanık hakkında ırza geçmeden (cinsel istismardan) değil reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hüküm kurulmalıdır."* (Y.5.C.D. 01.10.2009 Tarih - 2009/7788-2009/110761). Görüldüğü üzere mağdurun şikâyeti ve beyanı işlenen fiilin tipinin belirlenmesi bakımından son derece önemlidir. Karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3444.

Yargıtay'ın bir kararına göre; "*toplanan kanıtlar ...sanığın ... mağdura yönelik olarak cinsel istismar eylemleri gerçekleştirdiğine yönelik olarak ... her türlü kuşkudan uzak kesin, inandırıcı ve cezalandırılmasına yeterli kanıt mevcut değilse de; mağdurun ...C.Savcılığında vekil huzurunda verdiği beyanında, sanığın daha önce aldığı borç karşılığında birlikte olmayı teklif ettiğini, kendisinsin de bu teklifi kabul ederek cinsel ilişkiye girdiğini bildirmesi, olayın akabinde alınan ... raporda vücudunda veya anal bölgede darp cebir izinin bulunmadığının tespit edilmiş olması ...karşısında, sanığın zora dayalı olmayan eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı..."* (Y.5.C.D. 17.12.2009 Tarih - 2009/11955-2009/14498). Karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3444.

olarak düzenlenmemiştir¹⁶². Şu halde bu kapsamdaki fiiller, herhangi bir muhakeme şartına bağlı olmamaları nedeniyle resen takip edileceklerdir¹⁶³.

3. Uzlaşma

Reşit olmayanla cinsel ilişkiye girme suçunun takibi şikâyete bağlı olmasına karşın, bu suçla ilgili uzlaşma hükümleri uygulanmaz. Çünkü 5560 sayılı Kanun ile değişik CMK m.253/3. maddesinde, “*cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda uzlaşma hükümleri uygulanmaz*” hükmü yer almaktadır¹⁶⁴. CMK m.253’ün ilk şeklinde¹⁶⁵ böyle bir yasağa yer verilmiş değildi. Aynı kanun ile kaldırılmazdan önce TCK m.73/8 hükmüne göre; “*...soruşturulması veya kovuşturulması şikâyete bağlı olan suçlarda...*” uzlaştırma gerçekleştirilebilmekteydi¹⁶⁶. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu da takibi şikâyete bağlı bir suç olması hasebiyle CMK’nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihi ile 06.12.2006 tarihleri arasında işlenmesi halinde uzlaşma hükümlerine tabi olmaktadır. O halde gerek 765 sayılı TCK döneminde işlenen m.416/son kapsamındaki fiiller, gerekse belirtilen tarihler arasında işlenmiş olan TCK m.104 kapsamındaki fiiller hakkında, sonradan yasaklanmış olsa bile uzlaşma hükümleri uygulanabilecektir. Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir¹⁶⁷.

¹⁶² Tezcan/Erdem/Önok, (Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11.Baskı ...), s. 383.

¹⁶³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, (Özel Hükümler... 7. Baskı), s. 373-375.

¹⁶⁴ Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3420.

¹⁶⁵ 06.12.2006 tarihli 5560 sayılı kanunun 24. maddesiyle değiştirilmezden önce CMK m.253/3 hükmü şu şekilde idi: “*Mağdur, verilmiş olan zararın tümüyle veya büyük bir kısmı itibarıyla giderildiğinde özgür iradesi ile uzlaşacağını bildirirse, soruşturma sürdürülmez.*”

¹⁶⁶ Bkz. Özbek, Veli Özer; TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı, Cilt: 1, Genel Hükümler (m.1-75), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2005, s. 634 vd.

¹⁶⁷ “ ... 765 Sayılı TCK’nın 416/son maddesinde tanımlanan reşit olmayan bir kimsenin rızasıyla cinsi münasebette bulunmak suçunun 5237 Sayılı TCK’nın 104/1. maddesinde yaptırma bağlandığı ve bu suçun takibinin şikâyete bağlı olup, zarar görenin de gerçek kişi olması nedeniyle, aynı yasanın 73/8. maddesine göre uzlaşma kapsamında kaldığı, her ne kadar 5560 sayılı kanunla değişik CMK m.253/3. maddesinde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda uzlaşma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiş ise de; TCK’nın 7/2.

B. Görevli ve Yetkili Mahkeme

6545 sayılı Kanun m.60 ile değiştirilmezden önce TCK m.104/1'deki suçun cezası "... altı aydan iki yıla kadar" hapis cezasıydı. Bu sebeple görevli mahkemenin suçun işlendiği yer Sulh Ceza Mahkemesi olduğunu belirtmiştik. Bahse konu kanun değişikliği sonrası suçun birinci fıkradaki temel şeklinin (*basit halinin*) cezası iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası olarak değiştirilmiştir. Şu halde birinci fıkra kapsamında kalan fiiller hakkında yetkili ve görevli mahkeme, cinsel ilişkinin gerçekleştiği yer Asliye Ceza Mahkemesi'dir. Ancak uygulamada davalar genellikle çocuğun cinsel istismarı suçundan ağır ceza mahkemesinde açılmakta olup sonradan suçun hukuki niteliğinin değişmesine rağmen dosya alt dereceli mahkemeye gönderilememektedir (CMK m.6/1)¹⁶⁸.

Yukarıda bahsedilen kanunla getirilen değişiklikler birinci fıkranın ceza miktarını artırmakla sınırlı kalmamıştır. Maddeye suçun nitelikli hali olarak iki ayrı fıkra hükmü daha eklenmiştir. Her iki fıkra hükmü de suçun failinin belli özelliklere sahip olması halinde verilecek hapis cezası miktarının "*on yıldan onbeş yıla*" kadar olduğunu düzenlemiştir. Şu halde maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları kapsamındaki fiiller hakkında yetkili ve görevli mahkeme reşit olmayanla cinsel ilişkinin yaşandığı yer Ağır Ceza Mahkemesi'dir.

C. Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun basit halinin gerçekleşmesi durumunda cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi sonucu ortaya çıkan sonuç ceza miktarının iki yıl ve daha az hapis niteliğinde olması durumunda, diğer koşullar da var ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanması mümkündür. Nitekim Yargıtay kararları da bu yön-

maddesi ve suç tarihi itibarıyla TCK'nın 73. maddesinin lehine olan uzlaşma hükümlerinin sanık hakkında uygulanması gerektiği ..." (Y.5.C.D. 26.02.2007 Tarih - 2007/1438-2007/1527). Aynı yönde bkz. (Y.5.C.D. 09.02.2009 Tarih - 2008/14699-2009/1448) - (Y.5.C.D. 25.01.2007 Tarih - 13179/271). Kararlar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), 3450-3454.

¹⁶⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, (*Özel Hükümler... 7. Baskı*), s. 375.

dedir¹⁶⁹. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilmesi için CMK m.231/6'daki şartların¹⁷⁰ gerçekleşmesi gerekir.

GENEL DEĞERLENDİRME ve SONUÇ:

Yukarıda geniş biçimde tartıştığımız noktalardan elde ettiğimiz sonuca göre özetlersek;

Kanaatimizce,

1) TCK m.104'de düzenlenmiş olan “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki*” suçunun faili ancak 18 yaşını doldurmuş bir kişi olabilir.

2) Failin erkek ya da kadın, hatta fail ile mağdurun aynı cinsten olması mümkündür.

¹⁶⁹ “...takibi şikâyete bağlı olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda zarar gören gerçek kişi şikâyetçi olduğundan... ve suç uzlaşma kapsamında olmasına rağmen CMK m.253 hükmü gereği uzlaşma yasağı bulunması sonucu uzlaşma hükümleri uygulanamasa da ... CMK m.231/5 hükmü gereği ...hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağına karar yerinde tartışılması gerekmektedir.” (Y.5.C.D. 19.01.2010 Tarih - 2009/14302-2010/144). “...5728 sayılı kanunun 562. maddesinin birinci fıkrası ile değişik CMK m.231/5'inci maddesinde hapis cezası için öngörülen sınırın iki yıla çıkarılması ve anılan maddenin ikinci fıkrası ile de 231/14. maddesindeki soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suç olması koşulunun kaldırılması karşısında sanığın adli sicil kaydı da gözetilerek mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağına karar yerinde tartışılması lüzumu...” (Y.5.C.D. 19.01.2010 Tarih - 2009/14314-2010/146). Aynı yönde bkz. (Y.5.C.D. 15.10.2009 Tarih - 2008/12839-2009/11547) - (Y.5.C.D. 08.10.2009 Tarih - 2008/10938-2009/11255). Kararlar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3441-3449.

¹⁷⁰ CMK m.231/6 hükmüne göre; “(Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için; a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir.” Nitekim Yargıtay da TCK m.104 bakımından “sanığın suçtan doğan maddi veya manevi zararı karşılamak suretiyle” mağduriyetin giderilebileceğine ve dolayısıyla CMK m.231 kapsamında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceğini kabul etmektedir (Y.5.C.D. 15.10.2009 Tarih ve 2008/6945-2009/11556). Karar için bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, (Cilt: III), s. 3448.

3) Evlenme yoluyla veya yargısal erginlik kararıyla rüştünü kazanmış kişi Medeni Kanun anlamında reşit sayılsa da, ceza hukuku anlamında henüz çocuk sıfatını taşımaya devam etmektedir. Bu nedenle bu suçun faili olamaz.

4) Suçun mağduru 15 yaşını doldurmuş olan çocuktur.

5) Evlenme suretiyle rüştünü alan çocuk ile 18 yaşını doldurmuş eşin yaşadığı cinsel ilişki fiilleri bakımından çocuk yine bu suçun mağduru olarak kabul edilmelidir. Ancak 18 yaşını doldurmuş eşin, 15 yaşını doldurmuş diğer eş olan çocuk ile yaşadığı cinsel ilişki niteliğindeki fiiller reşit eş bakımından Medeni Kanun hükümlerince tanınan bir hakkın kullanılması sonucu hukuka uygun kabul edilecektir.

6) Evlenme suretiyle rüştünü alan çocuğun, eşi dışında 18 yaşını doldurmuş başka kişilerle yaşadığı cinsel ilişkide, çocuk bu suçun mağduru olmaya devam edecektir. Zira evlenme suretiyle reşitlik kazanma medeni hukuk açısından hüküm doğuracaktır. Ceza hukuku anlamında evli kişi hala 18 yaşından küçük olduğu için çocuk olarak kabul edilecektir.

7) Cinsel ilişkiyi yaşayan tarafların her ikisinin de 15 yaşını doldurmuş çocuk olmaları halinde, TCK m.104 tipi çerçevesinde failin mutlaka 18 yaşını doldurmuş olması esas alındığı için suç oluşmayacaktır. Bu çocukların, evli olmaları, farklı ya da aynı cins olmaları önemsizdir.

8) Madde metninde yer alan cinsel ilişki kavramı geniş yorumlanmalıdır. Sadece erkeklik organının vajinal bölgeye duhulü değil, cinsel anlam içeren ve belli yoğunluktaki her fiil cinsel ilişki kavramına dâhil olmalıdır. Buna göre bir erkek ile bir kadının vajinal - anal - oral yoldan cinsel organları ile birleşmeleri cinsel ilişkidir. Bir erkek ile bir oğlan çocuğunun anal ya da oral yoldan cinsel organları ile birleşmeleri de cinsel ilişkidir. Bir erkeğin bir kız veya oğlan çocuğuna, bir kadının bir kız veya oğlan çocuğuna vajinal ve/veya anal yoldan diğer organlarını (*parmak-dil vs.*) sokma fiilleri de cinsel ilişki sayılmalıdır. Aynı şekilde bir erkeğin bir kız veya oğlan çocuğuna, bir kadının bir kız veya oğlan çocuğuna vajinal ve/veya anal yoldan sair cisimleri (*cop-şişe-yapay penis-cinsel fantezi ürünü vs.*) sokma fiilleri de cinsel ilişki sayılarak m.104 kapsamında değerlendirilmelidir.

9) Suçta şikâyet hakkı çocuğa aittir. Şahsa sıkı sıkıya bağlı bu hakkın kullanımı sadece çocuğa ait olmalıdır. Bu sebeple şikâyet etme hakkı çocuğa ait olduğu gibi şikâyetten feragat ve vazgeçme hakkı da bizzat çocuğa ait

olacaktır. Çocuk ile aile veya kanuni temsilci arasında şikâyet hakkının kullanılması, geri alınması gibi hususlarda irade çatışması yaşanırsa çocuğun serbest iradesi ile verdiği karara göre hareket edilmelidir. Ancak çocuk bu hususta hiçbir irade beyan etmiyorsa 1942 yılında verilen içtihadı birleştirme kararının ortaya koyduğu “*Sezgin Küçükler, doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş olan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahiptirler. Bu küçükleri temsil hakkına sahip olan kişilerin dava yetkisi, sezgin küçükler dava ve şikâyetinde bulunmadıkları takdirde onların yerine geçerek yararlarını korumaktan ibarettir.*” formülü uygulanabilir.

10) TCK m.104 metninde çalışmamıza konu olan tüm tereddütlü hususları giderici şekilde değişiklik yapılması gerekmektedir. Bu husus kanun koyucunun bu tür fiilleri ceza hukuku konusu yapmak isteyip istemediği ile ilgili bir sorundur. Eğer kanun koyucu teorik ve pratik tüm bu sorunları değerlendirerek bu tür fiilleri ceza hukuku kapsamı dışına çıkarmak istemekteyse TCK m.104’ü ilga etmelidir. Bu fiillerin suç olmasını istemekteyse o halde madde metnini yaş ve cinsel fiilin türü bakımından netleştirmelidir. Kanaatimizce çocuğun cinsel yönden korunması amaçlanmaktaysa, 18 yaşından küçüklerle yaşanan cinsel ilişki rızaya dayalı olsa bile, TCK m.103 kapsamında veya ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlenmeli, ceza miktarı mağdurun yaşının 15’den küçük veya büyük olmasına göre değişmelidir. Cinsel ilişkinin her iki tarafının da çocuk olması halinde ise her ikisi bakımından da diğerine karşı suç işlenmiş kabul edilmeli, ceza ve/veya güvenlik tedbirine hükmedilerek çocuklar korunmalıdır. Cinsel ilişki sayılacak fiillerin belirlenmesinde ise TCK m.102 ve 103 hükümleri ile paralel olarak “*vücuda organ veya sair cisim sokulması*” formülü kabul edilmelidir.

11) 6545 sayılı Kanun ile TCK m.104’te getirilen değişiklikler sonrası maddeye ikinci ve üçüncü fıkralar eklenmiş, bu fıkralar kapsamındaki fiillerin takibinin şikâyete bağlı olmadığı düzenlenmiş, birinci fıkra kapsamındaki fiillere yönelik cezalar artırılmış, eklenen fıkralardaki cezalar çok yüksek miktarlarda belirlenmiştir. Ancak bu değişikliklerin hiçbirisi suç tipinden kaynaklanan sorunları çözmeye yönelik bir önem taşımamaktadır. Kanun koyucunun bir an evvel m.104 hükmünü ceza kanunlarının belirli olması ilkesine uygun ve bireyin güvence fonksiyonunu korur şekilde yeniden düzenlemesi gerekmektedir.

Kaynakça

- Ahi**, M. Gökhan; <http://hashukukcular.wordpress.com/2009/12/12/%E2%80%9Cdogal-olmayan-yoldan-yapilan-cinsel-davranislar%E2%80%9D-ne-demektir/>
- Akçin**, İhsan; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar, in. Yargıtay Dergisi, Cilt: 32, Ocak-Nisan 2006, Sayı: 1-2.
- Akıntürk**, Turgut/**Karaman** Ateş, Derya; Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış İkinci Cilt, Gözden Geçirilmiş 13. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Şubat 2011.
- Akkay**, Erdem; Irza Geçme, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Yıl: 1985 Sayı: 1-4.
- Akkay**, Erdem; Irza Geçme, in. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFM), Yıl: 1985, Sayı: 1-4, İstanbul 1985.
- Artuç**, Mustafa/**Gedikli**, Cemil; TCK-CMK-CGİK-ÇKK ile Getirilen Yenilikler, 2. Baskı, Kartal Yayınevi, Ankara 2007.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Ahmet Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Artuk**, Mehmet Emin/**Yenidünya**, Ahmet Caner; Evlilik İçinde Irza Geçme, in. Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 1999.
- Artunç**, Mustafa; Cinsel Taciz Suçu, in. Terazî Hukuk Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 11, Temmuz 2007.
- Aydemir**, Muzaffer; İşyerinde Cinsel Taciz Davranışı; Ekin Basın Yayın Dağıtım; Birinci Baskı, Bursa 2007.
- Aydın**, Didem Öykü; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, in. Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD-Hukuki Yorum ve Haber Dergisi), Sayı: 2, Sonbahar 2004.
- Aydın**, Murat; Çocuk Düşürtme fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, in. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, Yıl: 2011.
- Bakıcı**, Sedat; Evlenme Sözü Vererek Kızlık Bozma Suçu ve Unsurları, in. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 1985/1.

- Bakıcı**, Sedat; Uygulamada Zina Cürümleri, Birinci Kesim, Genel Olarak Zina Suçu, in. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 1985/2.
- Bakıcı**, Sedat; Uygulamada Zina Cürümleri -II-, Üçüncü Kesim - Kocanın Zinası, in. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 1985/3.
- Bakıcı**, Sedat; Ahlaka ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlarda Yapılması Gereken Değişiklikler, in. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 42, Sayı: 1985/5-6.
- Baytemir**, Erdal; Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı İşlenen Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.
- Baytemir**, Erdal; Cinsel Dokunulmazlığa, Kişi Hürriyetine ve Genel Ahlaka Karşı İşlenen Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2009.
- Beyazıt**, Özgür; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, in. Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Nisan 2010, Sayı: 1.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide; Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, Ekim 2012.
- Donay**, Süheyl; Ceza Yargılaması Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2012.
- Dönmezer**, Sulhi; Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Baskı, İstanbul 1983.
- Erem**, Faruk/**Danışman**, Ahmet/**Artuk**, Mehmet Emin; Ceza Hukuku Genel Hükümler; Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.
- Erem**, Faruk; Fucur İlişkisi, in. Yargıtay Dergisi, Cilt: 12, Temmuz 1986, Sayı: 3.
- Erem**, Faruk; Yasak Evlenmeler, in. Yargıtay Dergisi, Cilt: 12, Ocak-Nisan 1986, Sayı: 1-2.
- Erol**, Haydar; Türk Ceza Kanunu, Gerekçeli ve Açıklamalı, Baskı: Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara (*Yayın Yılı Belirtilmemiştir*).
- Gazioğlu-İşmen**, Esra A.; Çocuk İstismarının, Kontrol Kuramına Dayalı Anne-Baba-Ergen İlişkileri Açısından İncelenmesi, in. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Aralık 2007/1, Galatasaray Üniversitesi Yayını No: 57, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No: 38, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.

- Gerçek Çakıcı**, Leyla; Yargıtay Kararlarıyla Cinsel Taciz Suçu; Ankara Üniversitesi Hukuk fakültesi Dergisi (AÜHFD), Cilt: 60, Sayı: 1, Yıl: 2011.
- Gençcan**, Ömer Uğur; Aile Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Güney**, Niyazi/Özdemir, Kenan/Balo, Yusuf Solmaz; Yeni Türk Ceza Kanunu, Adil Yayınevi, Ankara 2004.
- Gürkan**, Şeref/Uğuz, Ahmet; Yeni Ceza Yasamızda Cinsel Suçlar, in. Adalet Dergisi, Yıl: 98, Sayı: 27, Ocak 2007.
- Hafizoğulları**, Zeki/Güngör, Devrim; Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi, in. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2007, Sayı: 69.
- Hafizoğulları**, Zeki; Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, İn. Türk Hukuk Kurumu, 71. Yıl Kuruluş Armağanı, Ankara 2005.
- Hafizoğulları**, Zeki; Cinsel Suçlar - Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu, www.baskent.edu.tr/~zekih/uygulamaci/cinselsuclar.doc (Erişim Tarihi: 02.03.2013).
- Hafizoğulları**, Zeki; Zina Cürümleri, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1983.
- İpekçioğlu**, Aksoy Pervin; Cinsel Suçları Önlemede Kastrasyon Seçeneği, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD) - (Editör: Veli Özer Özbek), Yıl: 6, Sayı: 17, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2011.
- Kanbur**, Mehmet Nihat; Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD), Yıl: 8, Sayı: 21, Nisan-2013, (Editör: Veli Özer Özbek), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Kangal**, Zeynel; Fransa'da Cinsel Suç Faillerine Yönelik Yeni Yaptırımlar, in. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İÜHFİM), Cilt: LX, Sayı: 1-2, 2002.
- Koca**, Mahmut/Üzülmez, İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Koç**, Ziya; Alman Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı İşlenen Suçlar Alanında Son Gelişmeler, in. Adalet Dergisi, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Yayınları, Sayı: 35, Eylül 2009.

- Kunter**, Nurullah/**Yenisey**, Feridun/**Nuhoglu**, Ayşe; Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Kurt**, Gülşah; 5237 Sayılı Türk Ceza Suçunda Cinsel Taciz Suçu, Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt: I, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Mahmutoğlu**, Fatih Selami; TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş, in. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Editör: Teoman Ergül), 2. Kitap, Ankara 2004.
- Malkoç**, İsmail; Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, 1. Baskı.
- Malkoç**, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanunu, Malkoç Kitabevi, Ankara 2008,
- Malkoç**, İsmail; Yeni Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçları, Malkoç Kitabevi, Ankara 2005.
- Memiş Kartal**, Pınar; Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, Der Yayınları, İstanbul 2014.
- Meran**, Necati; Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Nuhoglu**, Ayşe; Beden Muayenesi, in. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Yıl: 2006, Cilt: III, Sayı: 2, Özel Sayı, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu.
- Otacı**, Cengiz; Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2000.
- Özbek**, Veli Özer; TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı, Cilt:1, Genel Hükümler (m.1-75), 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2005.
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat; TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı - Gerekçeli - İçtihatlı) Cilt:2, Özel Hükümler (Madde 76-169 - Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar), Birinci Baskı-Seçkin Yayıncılık, Ankara, Şubat 2008.
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker; Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.

- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker; Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker; Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- Özgenç**, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler; 8. Bası, Seçkin-Hukuk, Ankara, Ocak 2013.
- Özgenç**, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, (*Genel Hükümler*), İkinci Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005.
- Öztan**, Bilge; Aile Hukuku, Ankara 2005.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku; 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, C. I.
- Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2008.
- Polat**, Halil; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İçerdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD) - (Editör: Veli Özer Özbek), Yıl: 5, Sayı: 13, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ağustos 2010.
- Polat**, Oğuz; Ensest, in. Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı -1- Tanımlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak 2007.
- Sevük Yokuş**, Handan; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, in. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 57, Mart-Nisan 2005.
- Soyaslan**, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 1997.
- Soyaslan**, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler; Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- Şahin**, Cumhur; Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 3. Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara, Eylül 2012.
- Şahin**, Cumhur; Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayıncılık Ankara, Aralık 2005.

- Şen**, Ersan; Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu; Cilt: I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Şen**, Ersan; Ensest Mağdurlarından Birisi : “Kadın”, in. Yorumluyorum - Ceza Hukuku perspektifinden Güncel Olaylara Bakış -II-, 2. Baskı, Seçkin-Hukuk, Ankara, Ağustos 2012.
- Taner**, Fahri Gökçen; Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2. Baskı, Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2002.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan; Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu, in. Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Makaleler, Görüşler, Raporlar, (Editör: Teoman Ergül), 2. Kitap, Ankara 2004.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Temmuz 2012.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Rıfat Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2014.
- Toroslu**, Nevzat; Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara 2005.
- Ünver**, Yener; Ceza Hukuku Açısından Mobbing, Stalking ve Cinsel Taciz Eylemleri, in. Ceza Hukuku Dergisi (CHD) - (Editör: Veli Özer Özbek), Yıl: 4, Sayı: 11, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Aralık 2009.
- Ünver**, Yener; Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, in. Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Sempozyumu, İstanbul 2008.
- Ünver**, Yener; Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi in. II. Türkiye - Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku” 16/17-05-2013, Editör: Yener Ünver, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- Ünver**, Yener/**Hakeri**, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Cilt: I, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Üzülmez**, İlhan; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar; www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/122.doc (Erişim Tarihi: 01.03.2013).

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza/1941-1946, Cilt: 2.
Yargıtay Yayınları No: 7, (Yayına Hazırlayan: Orhan Dursunkaya),
İkinci Basım, Ogun Matbaacılık Sanayi, Ankara 1984.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ceza Bölümü, Cilt: 3.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa; Yorumlu -
Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: III - Madde 86-146, Adalet
Yayınevi, Ankara 2010.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa; Yorumlu -
Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: V - Madde 205-256, Adalet
Yayınevi, Ankara 2010.

Yenidünya, Ahmet Caner; 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel
Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, in. Legal Hukuk Dergisi, Sayı 33.

Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried; Strafgesetzbuch (StGB) - Alman
Ceza Kanunu; Beta Yayınları, Yayın No. 2089 - Hukuk Dizisi: 979, 1.
Baskı, İstanbul, Mart 2009.

Yurtcan, Erdener; Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, İstanbul
Barosu Yayınları, İstanbul 2009.

Yücel, Mustafa Tören; Cinsel Suçluların Tretmanı, in. Türkiye Barolar
Birliği Dergisi (TBB Dergisi), Yıl: 24, Sayı: 94, Mayıs-Haziran 2011.

Yücel, Mustafa Tören; Akıl Hastalığı, Bilinçli Onam, Libido Özgürlüğü,
(Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kritiği), [http://xa.yimg.com/kq/groups/
21141539/1759585530/name/Ceza%20G.Kurul%20Karar%80%A0%A0%
0%FD%20kriti%80%A0%A0%F0i.doc](http://xa.yimg.com/kq/groups/21141539/1759585530/name/Ceza%20G.Kurul%20Karar%80%A0%A0%FD%20kriti%80%A0%A0%F0i.doc) (Erişim Tarihi: 31.03.2013).