KTO KARATAY ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARDA RIZA

Mehmet Fatih ÖZCAN

Yüksek Lisans Tezi

KONYA
Nisan, 2023

CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARDA RIZA

Mehmet Fatih ÖZCAN

KTO Karatay Üniversitesi
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Yüksek Lisans Programı

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Savaş ÖZDAĞ

Konya
Nisan, 2023

BİLDİRİM

Enstitü tarafından onaylanan Yüksek Lisans tezimin tamamını veya herhangi bir kısmını basılı veya dijital biçimde arşivleme ve aşağıda belirtilen koşullar dahilinde erişime açma iznini KTO Karatay Üniversitesine verdiğimi bildiririm. Bu izinle, Üniversiteye verilen kullanım hakları dışındaki tüm fikri mülkiyet haklarım bende kalacak ve gelecekteki çalışmalar (makale, kitap, lisans, patent vb.) için tezimin tamamının veya bir bölümünün kullanım hakları yalnızca bana ait olacaktır.

Tezimin bütünüyle kendi çalışmam olduğunu, başkalarının haklarını ihlal etmediğimi ve tezimin tek yetkili sahibi olduğumu beyan ve taahhüt ederim. Telif hakkı bulunan ve sahiplerinden yazılı izinle kullanılması zorunlu olan kaynakları, yazılı izin alarak kullandığımı ve istenildiğinde izinlerin suretlerini Üniversiteye teslim etmeyi taahhüt ederim.

Yükseköğretim Kurulu tarafından yayımlanan "Lisansüstü Tezlerin Elektronik Ortamda Toplanması, Düzenlenmesi ve Erişime Açılmasına İlişkin Yönerge" kapsamında, tezim, aşağıda belirtilen koşullar haricince, YÖK Ulusal Tez Merkezi ve KTO Karatay Üniversitesi Açık Erişim Sisteminde erişime açılır.

☐ Enstitü / Fakülte Yönetim Kurulu kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren 2 yıl ertelenmiştir.[1]

☐ Enstitü / Fakülte Yönetim Kurulunun gerekçeli kararı ile tezimin erişime açılması mezuniyet tarihimden itibaren … ay *en fazla 6 ay* ertelenmiştir.[2]

☐ Tezimle ilgili gizlilik kararı verilmiştir.[3][4]

18 Nisan 2023

_____

Mehmet Fatih ÖZCAN

[1] MADDE 6(1) Lisansüstü tezle ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.

[2] MADDE 6(2) Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.

[3] MADDE 7(1) Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.

[4] MADDE 7(2) Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

ETİK BEYAN

KTO Karatay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tez Hazırlama ve Yazım Kurallarına uygun olarak Dr. Mehmet Savaş ÖZDAĞ danışmanlığında tarafımdan üretilen bu tez çalışmasında; sunduğum tüm veri, enformasyon, bilgi ve belgeleri bilimsel etik kuralları çerçevesinde elde ettiğimi, tüm değerlendirme, analiz, bulgu ve sonuçları bilimsel usullere uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım kaynakların tümüne bilimsel normlara uygun biçimde atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, tezimin/projemin kaynak gösterilen durumlar dışında özgün olduğunu bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

18 Nisan 2023

_____

Mehmet Fatih ÖZCAN

TEŞEKKÜR

Tez çalışmamın tüm aşamalarında bilgi ve deneyimleri ile bana yardımcı olan, yön gösteren ve her zaman nazik davranan Danışman Hocam, Dr. Mehmet Savaş ÖZDAĞ başta olmak üzere, saygıdeğer hocalarım Prof. Dr. Berrin AKBULUT ve Dr. Mehmet Onursal CİN'e, doğduğum günden bu yana beni her zaman destekleyen anneme ve adaletini örnek aldığım babama, tecrübesi ve farklı bakış açılarıyla bana yol gösteren ablama ve son olarak kurucu liderimiz Mustafa Kemal ATATÜRK'e teşekkürü borç bilirim.

Mehmet Fatih ÖZCAN

ÖZET

Mehmet Fatih ÖZCAN
Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rıza
Yüksek Lisans Tezi
Konya, 2023

Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda; Cinsel Saldırı, Çocukların Cinsel İstismarı, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki ve Cinsel Taciz olmak üzere dört ayrı madde ile düzenlenmiştir. Çalışmamızda mağdurun rızası bu dört ayrı suç bakımından ele alınmış, rızanın suçun oluşumuna ve nitelendirilmesine ilişkin etkileri incelenmiştir. Fail ile mağdur arasında ki ilişki, mağdurun yaşı, cinsel eylemin kapsamı ve gerçekleşme biçimi gibi unsurların rızaya etkilerine yer verilmiştir. Çalışma üç ana başlık altında hazırlanmıştır. İlk bölümde rıza kavramı genel olarak ele alınmış, hukuki tanımına yer verilmiştir. İkinci ve ana bölümde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda mağdurun rızası her bir suç için ayrı ayrı ele alınmıştır. Üçüncü ve son bölümde ise failin mağdurun rızasında hataya düşmesi haline Yargıtay kararları çerçevesinde yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler
Rıza, mağdurun rızası, cinsel suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar.

ABSTRACT

Mehmet Fatih ÖZCAN

Consent In Crımes Agaınst Sexual Immunity

Master's Thesis

Konya, 2023

Offenses Against Sexual Immunity In the Turkish Penal Code No. 5237; It is regulated under four separate articles: Sexual Assault, Sexual Abuse of Children, Sexual Intercourse with a Minor and Sexual Harassment. In our study, the consent of the victim was discussed in terms of these four different crimes, and the effects of consent on the formation and characterization of the crime were examined. The effects of factors such as the relationship between the perpetrator and the victim, the age of the victim, the scope of the sexual act and the way it was realized, on consent are included. The study has been prepared under three main headings. In the first part, the concept of consent is discussed in general and its legal definition is given. In the second and main part, the consent of the victim in crimes against sexual immunity is discussed separately for each crime. In the third and last part, the case of the perpetrator's fault in the consent of the victim is included within the framework of the Supreme Court decisions.

Keywords

Consent, consent of the victim, sexual crimes, crimes against sexual immunity.

İÇİNDEKİLER

KABUL VE ONAY i
BİLDİRİM ii
ETİK BEYAN iii
TEŞEKKÜR iv
ÖZET v
ABSTRACT vi
İÇİNDEKİLER vii
KISALTMALAR ix
1. GİRİŞ 1
2. TÜRK CEZA HUKUKUNDA MAĞDURUN RIZASI KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ 3
2.1.MAĞDUR VE RIZA KAVRAMI 3
2.1.1.Mağdur Kavramı 3
2.1.2. Rıza Kavramı 6
2. 2. MAĞDURUN RIZASININ HUKUKİ NİTELİĞİ 7
2.2.1. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Rıza 7
2.2.2. Tipikliği Ortadan Kaldıran Rıza 12
2.3. RIZANIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI 15
2.3.1. Kişinin Üzerinde Mutlak Surette Tasarruf Edebileceği Bir Hakkın Varlığı Şartı 15
2.3.2. Kişinin Rızaya Ehil Olması 18
2.3.3. Rızanın Geçerli Şekilde Açıklanması 19
2.4. VARSAYILAN RIZA 21
3. CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARDA RIZANIN NİTELİĞİ 23
3.1. CİNSEL SALDIRI SUÇUNDA MAĞDURUN RIZASI 24
3.1.1. Genel Olarak Cinsel Saldırı Suçu 24
3.1.2. Cinsel Saldırı Suçunda Mağdurun Rızası ve Rızayı Etkileyen Haller 35

3.2. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNDA MAĞDURUN RIZASI…..….65

3.2.1. Genel Olarak Çocukların Cinsel İstismarı Suçu…….66

3.2.2. Cinsel İstismar Suçunda Mağdurun Rızası ve Rızayı Etkileyen Haller……..…78

3.3. REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNDA MAĞDURUN RIZASI……90

3.3.1. Genel Olarak Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu……..91

3.3.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Mağdurun Rızası ve Rızayı Etkileyen Haller…….102

3.3.3. Mağdurun Rızasının Suçun Nitelikli Haline Göre Değerlendirilmesi…….105

3.4. CİNSEL TACİZ SUÇUNDA MAĞDURUN RIZASI……..….106

3.4.1. Genel Olarak Cinsel Taciz Suçu……..107

3.4.2. Mağdurun Rızasının Suçun Basit ve Nitelikli Haline Göre Değerlendirilmesi…113

4.YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA FAİLİN RIZA YÖNÜNDEN HATASININ DEĞERLENDİRİLMESİ…….….118

4.1. Genel Olarak Hata Kavramı……..….118

4.1.1. Kastı Kaldıran Hata…….…120

4.1.2. Kusurluluğu Etkileyen Hata…….123

4.2. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Failin Mağdurun Rızasında Hataya Düşmesi……...……..123

5.SONUÇ 135

KAYNAKÇA 138

ÖZGEÇMİŞ 144

KISALTMALAR

ABÜHFD. : Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AİHM. : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AKÇCSİKKS. : Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü Ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi

AÜHFD. : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

bkz. : bakınız

BMÇHS. : Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi

BEÜHFD : Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

C. : Cilt

CD. : Ceza Dairesi

CGK. : Ceza Genel Kurulu

CMK. : Ceza Muhakemesi Kanunu

ÇKK. : Çocuk Koruma Kanunu

DEÜHFD. : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Dp. : Dip Not

Dpn. : Dip Not

E. : Esas

E.T. : Erişim Tarihi

HD. : Hukuk Dairesi

İBD. : İstanbul Barosu Dergisi

İÜHFD. : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

K. : Karar

K.T. : Karar Tarihi

KVKK. : Kişisel Verileri Koruma Kanunu

m. : madde

MÜHFHAD. : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

ODASANHK.: Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun

s. : sayfa

S. : Sayı

SÜAMYD : Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi

TBB. : Türkiye Barolar Birliği

TBBHD. : Türkiye Barolar Birliği Hukuk Dergisi

TBK. : Türk Borçlar Kanunu

TBMM. : Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCK : Türk Ceza Kanunu

TMK. : Türk Medeni Kanunu

TÜSEB. : Türkiye Sağlık Enstitüleri Başkanlığı

vd. : ve devamı

1.GİRİŞ

Cinsellik insanın var olduğu günden bu yana fizyolojik bir ihtiyaç olarak kabul edilmiş olup aynı zamanda psikolojik ve sosyolojik unsurları da barındıran tabii bir konudur. Bunun yanında cinsel eylemlerin hangi sınırlarda kullanılabileceği, bireyleri hem kendi aralarında hem kendi içlerinde cinsel eylemlere ilişkin olarak nasıl korunabileceği hukuk düzeninin konusudur[5]. Bu konu hukuk sistemi içerisinde tartışmalı olup, bireylerin cinsle özgürlüklerinin nasıl ve hangi sınırlarda korunacağı Türk Ceza Kanunu ile düzenlenmiştir.

Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İkinci Kitabının, "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısmının Altıncı Bölümünde düzenlenmiştir. İlgili başlık altında düzenlenen bu suçlar Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunun döneminde genel ahlak sorunu olarak kabul edilerek "Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmişti. Ancak daha sonra suça konu fiillerin hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesinin kişinin cinsel özgürlüğüne ilişkin olduğu kabul edilerek 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yasa ile bu suçlara ayrı bir başlık altına yer verilmiştir.

Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar; 5237 sayılı TCK ile Cinsel Saldırı, Çocukların Cinsel İstismarı, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki ve Cinsel Taciz olmak üzere dört ayrı madde ile düzenlenmiştir.

Çalışmamız üç ana bölüm altında düzenlenmiş olup, ilk bölümde rıza kavramı genel olarak ifade edilmiş, TCK m. 26 ile düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinden rızanın hukuki tanımı ve ceza hukukunda ki yeri incelenmiş, ikinci ve ana bölümümüzde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamında mağdurun rızasının suçun oluşumuna, tanımlanmasına ve faile uygulanacak cezaya olan etkilerine yer verilmiş, yine bu bölümde özellikle çocukların yaşı bakımından kanun koyucunun yasada oluşturduğu boşlukların, doktrinde yer alan görüşlere de yer verilerek, nasıl yorumlanabileceği tartışılmıştır. Üçüncü ve son bölümde ise Yargıtay kararları ve uygulama çerçevesinde failin mağdurun rızasında yanılma durumları yaş hususu da göz önüne alınarak değerlendirilmiştir.

[5] KESER, Ömer Faruk: Uygulamaya Bakan Yönleriyle Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, Mart, 2022.

Rıza kavramı Türk Ceza Hukuku kapsamında hemen her türlü suça konu eylemde karşımıza çıkabilmektedir. Rızanın cinsel suçlar kapsamında hukuka uygunluk sebebi mi yoksa tipiklik unsuru mu olduğu doktrinde tartışma konusudur. Uygulamada ise cinsel suçlar kapsamında rıza hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir.

Rızanın ilgili suça etkisi incelenirken öncelikle rızanın varlığı ve geçerliliği değerlendirilmekte hukuki anlam ifade edip etmediği değerlendirilmektedir. Cinsel suçlar bakımından da rıza kimi zaman fiili hukuka uygun hale getirirken kimi zaman rızanın varlığı hiçbir koşulda suçun oluşumunu engellememektedir. Kimi zaman ise suçun tanımlanması için aranan maddi bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamız ile amaçlanan kanun boşluklarına, doktrinde ki görüş ayrılıklarına ve kanun ile ayrıntılı olarak düzenlenmesi gereken noksan hususlara dikkat çekerek, güncel ve devamlılık arz eden bir husus olan cinsel suçlar bakımından eksikliklerin tamamlanması yönünde görüşlerimizi bildirmektir.

2. TÜRK CEZA HUKUKUNDA MAĞDURUN RIZASI KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

2.1.Mağdur ve Rıza Kavramı

2.1.1. Mağdur Kavramı

Ceza hukukunda mağdur kavramı, meydana getirdiği sonuçlar bakımından önemli bir yere sahiptir. Mağdur kelimesi ile ilk akla gelen suçun yöneldiği kimsedir. Ceza Hukuku kapsamında da mağdur genel anlamda "suçun konusunun ait olduğu kişi veya kişiler[6]" veya "suça konu fiil sebebi ile haksızlığa uğrayan, kendisine karşı suç işlenen kimse[7]" olarak tanımlanabilir. Mağdur sözlük[8] anlamı olarak ise "haksızlığa uğramış kimse" anlamına gelmektedir.

Uygulamada kadınlar için "mağdure" kavramı da kullanılmaktadır[9]. Her suçta bir veya birden fazla mağdur vardır. Mağduru olmayan bir suçtan söz edilemez. Dolayısıyla suçun konusunun ait olduğu kişi, suçun mağdurudur[10]. Bir kimsenin suçun hem mağduru hem de faili olması mümkün değildir. Bazı suçlarda mağdur tek kişi iken bazı suçlarda birden fazla kişi suçun mağduru olabilir. Bazı suçlarda ise suçun mağduru toplumdaki herkes olabilir[11]. Örneğin TCK m. 170[12]'te yer alan "Genel Güvenliğin Kasten Tehlikeye

---

[6] AKBULUT, Berrin; Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Eylül, 2020, s. 159.

[7] TÖNGÜR, Ali Rıza/ ÇETİNTÜRK, Ekrem; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 125.

[8] https://sozluk.gov.tr *Erişim Tarihi; 04.05.2022.*

[9] *"…Bu itibarla Yerel Mahkemenin direnme kararına konu hükmünün, sanığın mağdureye yönelik eylemi sabit olduğundan isabetli olduğuna, dosyanın uygulamanın denetlenmesi için Daireye gönderilmesine karar verilmelidir…"* Yargıtay CGK. 2020/14-157 E., 2021/20 K., K.T:08.06.2021, www.lexpera.com *E.T.: 06.05.2022.*

[10] ÖZGENÇ, İzzet/ ÜZÜLMEZ, İlhan/ YURTLU, Fatih/ GENÇ, Fatma Umay/ KURT KILIÇ, Elif/ KILIÇ, Burak; Ceza Genel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, Ekim, 2021, s. 51; TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 125; KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara, 2021, s. 116; AKBULUT, s. 159.

[11] TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 125; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 116; AKBULUT, s. 159.

[12] TCK m. 170: *"(1) Kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından tehlikeli olacak biçimde ya da kişilerde korku, kaygı veya panik yaratabilecek tarzda; a) Yangın çıkaran,b) Bina çökmesine, toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olan,c) Silahla ateş eden veya patlayıcı madde kullanan,kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(2) Yangın, bina çökmesi, toprak kayması, çığ düşmesi, sel veya taşkın tehlikesine neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır."*

Sokulması Suçu" TCK m. 225[13]'te yer alan "Hayasızca Hareketler Suçu" gibi suçlarda mağdur toplumdaki herkestir. Topluma karşı suçlarda toplumdaki herkes mağdurdur. Ancak bazen somut olaya göre belirli kimselerin de mağdur olması mümkündür. Bu durumda toplumda ki kişiler geniş anlamda mağdur iken, somut olayda ki kimse dar anlamda mağdur olarak adlandırılabilir[14]. Örneğin TCK m. 179 da yer alan "trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunda" mağdur geniş anlamda toplumda ki herkes iken, failin alkollü araç kullanması sebebi ile aracı hasar gören kişi suçun dar anlamda mağdurudur[15].

Bazı suçlarda mağdur herkes olabilirken, bazı suçlarda ancak suç tanımında yer alan niteliklere sahip kimseler suçun mağduru olabilir. Örneğin TCK m. 81 ile düzenlenen "kasten öldürme" suçunun temel hali bakımından mağdur herkes olabilir. TCK m. 103 ile düzenlenen "çocukların cinsel istismarı" suçunda ise mağdur (yine madde de sayılan nitelikleri taşıyan çocuklar olmak üzere) ancak çocuk olabilir. Bazı hallerde ise fail-mağdur ilişkisi veya mağdurun nitelikleri suçun ağırlığına dolayısıyla faile uygulanacak cezai yaptırıma etki etmektedir. Örneğin TCK m. 82 kapsamında "kasten öldürme suçunun nitelikli halinde" fiil, "üstsoy veya altsoydan birine ya da eş, boşandığı eş veya kardeşe", "çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye" karşı veya "kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle" işlenmiş ise faile uygulanacak cezai yaptırım ağırlaştırılır. Yine bazı durumlarda suçun oluşması mağdurun hareketine bağlıdır. Örneğin TCK m. 104 kapsamında "reşit olmayanla cinsel ilişki" suçundan bahsedebilmek için cinsel ilişkinin mağdurun rızası ile gerçekleşmesi şarttır. Aksi halde, cinsel ilişki rıza dışı gerçekleşmiş ise TCK m. 103 ten bahsedilecektir.

Suç ile birden çok kimsenin zarar görmesi mümkündür. "Suçtan zarar gören" ile "mağdur" farklı kavramlardır. Mağdur aynı zamanda suçun işlenmesi ile suçtan "doğrudan" zarar gören kimsedir. Ancak suçtan zarar gören kişi her zaman suçun mağduru değildir[16]. Örneğin adam öldürme suçunda mağdur öldürülen kişi iken suçtan

[13] TCK m. 225: *"Alenen cinsel ilişkide bulunan veya teşhircilik yapan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*
[14] AKBULUT, s. 159.
[15] TCK m. 179/3: *"Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır."*
[16] ÖZGENÇ/ ÜZÜLMEZ/ YURTLU/ GENÇ/ KURT KILIÇ/ KILIÇ, s. 51; HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Astana Yayınları, 18. Baskı, Ankara, Eylül, 2020, s. 120; HAKERİ,

zarar gören ölen mağdurun mirasçılarıdır. Suçtan zarar gören kavramı, mağdura göre daha geniş bir kavram olup suça konu fiilden dolayı hukuken korunan menfaatleri ya da hakları doğrudan ya da dolaylı olarak ihlal edilen gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir[17].

Genel olarak suçta mağdur herkes olabilir. Ancak kanunda mağdurun belirli sıfat veya nitelikleri taşıyan kimseler olacağı düzenlenmiş olabilir. Örneğin çalışmamızın devamında inceleyeceğimiz üzere TCK m. 103 ile düzenlenen "Çocukların Cinsel İstismarı Suçunda" mağdur "çocuk" olarak ifade edilmiş, hangi çocukların bu suçun mağduru olabilecekleri de yine ilgili hüküm ile düzenlenmiştir.

Mağdur ancak yaşayan bir kimse olabilir. Bu sebeple suça konu fiilin işlendiği esnada mağdurun hayatta olması gerekir. Fiilin işlendiği esnada ölmüş olan kimseler mağdur olarak adlandırılamaz. Ölen kimseye karşı işlenen suçlarda mağdur ancak ölenin yakınları veya mirasçıları olabilir. Ölene karşı işlenen suçlar genel olarak TCK m. 130 kapsamında "Kişinin Hatırasına Hakaret Suçu" başlığı altında değerlendirilmektedir. Örneğin ölüye sosyal medya aracılığı ile hakaret edilmesi halinde, ölenin yakınlarının hakaret eden kimseden şikayetçi olmaları mümkündür[18]. Bu suçta mağdur, suça konu fiilin yöneltildiği ölen değil, ölenin yakınlarıdır[19]. Ölenin dış şerefinin korunup korunmayacağı hususu, doktrinde ölenin mağdur olarak adlandırılıp adlandırılamayacağı ile ilgili görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Bir kısım görüş dış şerefin korunması bakımından ölenin suçta mağdur olarak adlandırılması gerektiğini savunurken, bizim de katıldığımız bir kısım görüş[20] ancak yaşayan gerçek kişiler suçun mağduru olabileceğinden ölen kimsenin

---

Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 22. Baskı, Ankara, Eylül 2019, s. 139; AKBULUT, s. 160.

[17] TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 125.

[18] *"...Sanığın bir sınır uyuşmazlığı nedeniyle çıkan tartışmada yeğeni olan katılan M..K..'e söylediği "Sen orospu çocuğusun, senin annen kırk kocalı, senin baban F. değil, senin asıl baban H..'dir" biçimindeki sözler, katılan M.. K..'in onur şeref ve saygınlığını rencide edici nitelikte olduğu gibi, katılan M.. K..'in annesi ve katılan F.. K..'in eşi olan ölü E.. K..'in hatırasına hakaret niteliğindedir. Bu eylem TCK'nın 125/1. ve 130/1. maddelerine uymaktadır."* Yargıtay 4. CD. 2013/ 39895 E., 2014/35289 K., KT: 08.12.2014, https://kararara ma.yargitay.gov.tr, *E.T.: 06.05.2022*.

[19] *"...31 Mart 2015 tarihinde, Cumhuriyet Savcısı ...'ın İstanbul Adliyesinde terör örgütü mensupları tarafından şehit edilmesinin ardından, kendisine ait sosyal medya hesabından: "Devletinizin savcısını sinkaf edeyim!" şeklinde aleni bir paylaşım yapan sanığın eyleminin, TCK'nın 130/1. maddesinde düzenlenen, kişinin hatırasına hakaret suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılgıya düşülerek kamu görevlisine hakaret suçundan hüküm kurulması, kanuna aykırı, sanık ...'nin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden tebliğnameye uygun olarak hükmün bozulmasına..."* Yargıtay 18. CD. 2019/6702 E., 2020/1581 K., KT: 20.01.2020, https://kararara ma.yargitay.gov.tr, *E.T.: 06.05.2022*.

[20] KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 117; CANKURT/ Ezgi; Kişinin Hatırasına Hakaret Suçu (TCK m. 130), BEÜHFD, C: 1, S: 1, Haziran, 2015, s. 152.

mağdur olarak adlandırılamayacağını savunmaktadır. Mağdur "suça konu fiil sebebi ile haksızlığa uğrayan" kişidir. Ölen bir kimsenin "artık" herhangi bir hak sahibi olduğundan söz edilemez. Dolayısıyla ölenin haksızlığa uğradığından veya "kendisine karşı" bir suç işlendiğinden de söz edilemez. Ancak işlenen suçun ölenin hatırasına karşı olduğu, bu sebeple mağdurun ölenin yakınları olduğu söylenebilir. Nitekim TCK m. 130 gerekçesinde de[21] *"Onur ve şeref, ancak yaşayan kişiler açısından söz konusu olabilir. Ölen bir kişinin ancak hatırasına hakaretten, saygısızlıktan söz edilebilir."* denilerek ölenin suçun mağduru olamayacağı açıkça ifade edilmiştir.

Tüzel kişilerin suçun mağduru olup olamayacakları konusunda da doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüş herhangi bir suçun mağdurunun ancak gerçek kişi olabileceği, tüzel kişilerin suçun mağduru değil ancak suçtan zarar gören olabilecekleri şeklinde iken[22], ikinci görüş tüzel kişilerin hem mağdur hem de suçtan zarar gören olabileceği yönündedir[23].

2.1.2. Rıza Kavramı

Rıza sözlük anlamı ile "razı olmak, isteme, istek" anlamına gelmektedir[24]. Hukuki anlamda ise "rıza gösterme ehliyetine sahip olan kişinin; üzerindeki tasarruf yetkisi hukuk düzeni tarafından kendisine bırakılmış bir hukuksal değerine karşı gerçekleştirilecek ve söz konusu hukuksal değeri tehlikeye düşürecek veya zarara uğratacak bir fiili kabul etmesi, onaylaması[25]" olarak tanımlanabilir. Bu tanıma göre bir kimsenin üzerinde tasarruf etme yetkisi bulunduğu ve hukuk sistemi tarafından korunan bir hakkının ihlal

---

[21] *"Genel olarak hakaret suçu ancak hayatta bulunan kişilere karşı işlenebilir. Çünkü, onur ve şeref, ancak yaşayan kişiler açısından söz konusudur. Ölen bir kişinin ancak hatırasına hakaretten, saygısızlıktan söz edilebilir."*

[22] ÖZGENÇ/ ÜZÜLMEZ/ YURTLU/ GENÇ/ KURT KILIÇ/ KILIÇ, s. 51; GERÇEKER, Hasan; Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, 2020, s. 96; TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 125; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 117; HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Astana Yayınları, 18. Baskı, Ankara, Eylül, 2020, s. 120; HAKERİ, s. 139; AKBULUT, s. 160.

[23] ÖZEN, Mustafa; Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, Eylül, 2019, s. 385; ÖZEN, Mustafa; Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, Eylül, 2019, s. 143.

[24] https://sozluk.gov.tr, *E.T. 01.03.2022.*

[25] EKİCİ ŞAHİN, Meral; Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak, 2012, s. 5; ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, Eylül, 2021, s. 335; TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 204.

edilmesini, hukuki sınırlar içerisinde, kendi iradesi ile hukuka uygun hale getirerek suç vasfından çıkardığını ifade edebiliriz. Rızanın bu bağlamda hukuki vasfına ve hangi sınırlar içerisinde hukuken geçerli kabul edileceğine aşağıda ayrıntılı olarak değineceğiz.

2.2.Mağdurun Rızasının Hukuki Niteliği

2.2.1. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Rıza

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedenleri; Genel Hükümler başlıklı Birinci Kitabın, Ceza Sorumluluğunun Esasları başlıklı İkinci Kısmının ikinci bölümünde "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında üç madde ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre hukuka uygunluk nedenleri; kanun hükmünün yerine getirilmesi, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızasıdır. Somut olayda sayılan hukuka uygunluk nedenlerinden bir veya birkaçının mevcut olması halinde fiili gerçekleştiren kimseye yaptırım uygulanmaz. Ortada haksız bir fiil var olmadığından soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilerek iddianamenin düzenlenmemesi gerekir[26].

Hukuka uygunluk nedeninin varlığı, kanun koyucunun suç olarak tanımladığı fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaktadır. Ancak failin suça konu eylemi gerçekleştirirken bu nedenlerin somut olayda var olduğu bilinci ile hareket edip etmemesinin gerekliliği doktrinde tartışmalıdır[27]. Çoğunluğun görüşü[28] failin eylemini gerçekleştirirken hukuka uygunluk iradesinin bulunup bulunmadığının hareketin hukuka uygunluğunu etkilemeyeceği, tespitin neticeye göre yapılması yönündedir. Bir diğer görüş[29] ise, hukuka uygunluktan bahsedebilmek için failin hukuka uygunluk nedeninin varlığını bilmesi ve bu bilinç ile hareket etmesi gerektiği şeklindedir.

[26] AKBULUT, s. 198.
[27] KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 269.
[28] EKİCİ ŞAHİN, s. 161; *bu görüşü savunun yazarlar için bkz.* GÖKTÜRK, Neslihan; Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" ifadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, İÜHFD, C: 7, S: 1, 2016, s. 22, dpn. 51.
[29] KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 271.

Kanun hükmünün yerine getirilmesi TCK m. 24/1 ile "kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez" şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre bir kimsenin fiili kanunen suç tanımını alsa da bu fiilin gerçekleştirilmesinde kanunla verilen bir yetkinin kullanılması söz konusu ise hukuka ayrılıktan bahsedilemez ve suç oluşmaz[30]. Burada hukuka uygunluk nedenini kullanan kişi doğrudan kanundan aldığı yetkiyi kullanır. Maddede kanun hükmü denilse de anlaşılması gereken sadece "kanunlar" değil aynı zamanda yazılı hukuk kurallarıdır. Bu sebeple yönetmelik, tüzük gibi yazılı hukuk kuralları da bu kapsamda kabul edilir[31]. Kanun hükmünün yerine getirilmesi hususunda görevli kimseler genellikle kamu çalışanları olmakla beraber vatandaşların da kanun ile yetkilendirildiği durumlar mevcuttur. Örneğin CMK m. 90/1 hükmü[32] gereği, bir kimseye suç işlerken rastlanılması veya suçüstü eylemden dolayı izlenen, kaçma ihtimali bulunan kişileri yakalama konusunda herkes yetkilidir[33]. Kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni olmakla beraber, kanunla yetkili kılınan bu kimseler yine kanunla belirlenen sınırlar dahilinde bu haklarını kullanabilirler. Bu sırının dışına çıkılması halinde kanun hükmü gereği yetkinin kullanılmasına dayanılarak fiilin hukuka uygunluğundan bahsedilemez. Örneğin silah kullanma yetkisi verilen güvenlik görevlilerinin, kendi alacaklarını silah zoru ile tahsil etmeye çalışmaları halinde silahın kanun hükmü gereği kullanıldığı iddia edilemez.

Meşru müdafaa herhangi bir saldırıyla karşılaşan kimsenin, doğal olarak bu saldırıdan kurtulmak ve uzaklaştırmak için gösterdiği tepki olarak tanımlanabilir. Bu tepki, hukuk sistemi tarafından korunan bir hakkın ihlalini def etmeye yöneliktir. Meşru savunmada temel husus, "saldırıdan başka türlü kurtulma imkanı bulunmamasıdır[34]". Bu kapsamda TCK m. 25/1 ile meşru müdafaaya ilişkin şartlara yer verilmiştir. Düzenlemeye göre meşru savunmadan bahsedebilmek için "hukuki değeri doğrudan ihlal etme tehdidine sahip" bir davranış, saldırı bulunmalı, saldırı halen mevcut, veya tekrarı kesin, haksız ve bir hakka yönelmiş olmalıdır. Saldırı ile kastedilen, bir kimsenin hukuken korunan hak ve değerlerine karşı zarar niteliği taşıyan, haksız davranışlardır. Bunun yanında meşru

[30] AKBULUT, s. 198.
[31] KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 276.
[32] CMK m. 90/1: *"(1) Aşağıda belirtilen hâllerde, herkes tarafından geçici olarak yakalama yapılabilir: a) Kişiye suçu işlerken rastlanması. b) Suçüstü bir fiilden dolayı izlenen kişinin kaçması olasılığının bulunması veya hemen kimliğini belirleme olanağının bulunmaması."*
[33] KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 276.
[34] AKBULUT, s. 204.

savunmanın karşı hareket içermesi, saldırı ile orantılı ve saldırıda bulunana karşı gerçekleştirilmesi gereklidir. Meşru müdafaada amaç saldırıyı defetmektir. Bu sebeple fiilin ölçülü yani saldırıyı defedecek oranda olması gerekir. Savunma fiilinin ölçülülüğü somut olaya ve koşullara göre belirlenir.

Saldırıda bulunan kişinin cezai ehliyet durumu meşru müdafaanın varlığını etkilemez. Önemli olan meşru müdafaaya konu fiilin saldırı ile orantılı olmasıdır. Saldırının bitmesi halinde bu saldırıya karşı gerçekleştirilen eylem, saldırının tekrarı kesin değil ise, meşru müdafaa kapsamında değerlendirilemez. Örneğin bir kimse saldırıya son vermiş ve uzaklaşmış ise, bu kimsenin arkasından giderek ateş etmek, saldırı sona erdiğinden ve tekrarı kesin olmadığından, meşru müdafaa olarak değerlendirilemez.

Hakkın kullanılması TCK m.26/1 de düzenlenmiş olup bu düzenlemeye göre hukuk düzeni tarafından tanınan sübjektif bir hakkın olması ve hakkın sınırları içerisinde kullanılması durumunda hakkı kullanan kişiye ceza verilmez[35]. Hukuk düzeni tarafından tanınan sübjektif hak, kişinin herhangi bir makam veya merciinin aracılığı olmadan kullanabildiği haktır[36]. Hakkın kullanılmasına bağlı gerçekleştirilen fiil, başkasının zarar görmesine sebep olsa dahi, hakkın kullanılması üstün tutulur[37]. Ancak hakkın kullanılmasında sınırın aşılması veya bu hakkın kötüye kullanılması halinde hukuk düzeni bu kullanımı korumayacağından hukuka uygunluktan bahsedilemez. Zilyetliği koruma hakkı, iddia ve savunma hakkının kullanılması[38] gibi durumlar da hakların kullanılmasına bağlı olarak gerçekleştirilen eylemlerden dolayı kişiye ceza verilmez.

Hukuka uygunluk nedenlerinden ilgilinin rızası ise 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda rıza, kanunda yer verilmeyen bir hukuka uygunluk nedeni iken; 5237 sayılı Türk Ceza Kanun m.26/2 de*; "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir*

[35] GERÇEKER, s. 359-360; AKBULUT, s. 200-208.
[36] ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, Ankara, Eylül, 2021, s. 313.
[37] KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 287.
[38] *"…Fakülte binasının, yalnızca mağdur tarafından kullanılan öğretim üyesi odasına kendi isteği ile yerleştirilen güvenlik kamerası görüntülerinin 5237 sayılı TCK'nın 26/1. maddesinde düzenlenen "hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedenleri"nden kabul edilen "iddia ve savunma hakkı"nın kullanılması kapsamında bir delil olması ve bu delilin de 5271 sayılı CMK'nın 217/2. maddesine göre hukuka uygun bulunması karşısında…"* Yargıtay 13. CD., 2011/7180 E., 2012/8523 K., 26.03.2012 K.T., www.lexpera.com *E.T.:* 12.05.2022.

hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez." şeklinde ilk kez düzenlenmiştir.

Madde gerekçesi;

"...Maddenin ikinci fıkrasında ilgilinin rızası, hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin varlığı için, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olması gerekir. keza, kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklamaya ehil olması gerekir."

Madde metnindeki "mağdurun rızası" ibaresi "ilgilinin rızası" veya "kişinin rızası" olarak değiştirilmiştir. Ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza, suçun oluşumu açısından fiilin işlemesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklandığında etkili olur. Bu durumda herhangi bir mağduriyet söz konusu olmadığı için, "mağdur" yerine "ilgili" veya "kişi" kelimesi tercih edilmiştir." Şeklindedir.

Gerekçede öncelikle geçerli rızadan söz edebilmek için aranan koşullar ifade edilmiştir. Aynı zamanda madde metninde yer verilen "ilgilinin rızası" kavramının "mağdurun rızası" ile değiştirildiği açıklanmış bu husus madde gerekçesinde *"Madde metnindeki "mağdurun rızası" ibaresi "ilgilinin rızası" veya "kişinin rızası" olarak değiştirilmiştir. Ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza, suçun oluşumu açısından fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklandığında etkili olur. Bu durumda herhangi bir mağduriyet söz konusu olmadığı için, "mağdur" yerine "ilgili" veya "kişi" kelimesi tercih edilmiştir"* şeklinde ifade edilmiştir. Doktrinde de hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde suça konu fiilden doğan cezai bir sorumluluk olmaması bu sebeple de ortada bir mağdur bulunmaması nedeni ile "ilgilinin rızası" kavramının yerinde olduğu savunulmaktadır[39]. Ancak "ilgili" kavramı oldukça geniş kapsamlıdır. Bunun yanında uygulamada soruşturma ve kovuşturma aşamalarında "ilgili" kavramına taraf sıfatı olarak yer verilmemektedir. Bu sebeple çalışmamızda kavram olarak "mağdurun rızası" ifadesi kullanılmış, ancak bu bölümde rıza kavram olarak ele alındığından hukuki düzenlemeye uygun olarak "ilgilinin rızası" ifadesi kullanılmıştır.

[39] KATOĞLU, Tuğrul; Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları, AÜHFD, C: 61, S: 2, 2012, s. 661.

Rıza kavramı, her ne kadar çalışmamızda ceza hukuku bakımından ele alınacak olsa da, Borçlar Kanunu, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Medeni Kanun gibi çoğu kanunda da yer alan önemli bir kavramdır. 6098 sayılı TBK m.63[40] ile "zarar görenin rızasının" hukuka aykırılığı kaldıran hallerden olduğu ifade edilmiştir. 6698 sayılı KVKK ile yer verilen düzenlemelerin ve bu düzenlemelere bağlı yaptırımların temeli esasen rıza kavramına dayanmaktadır[41]. Yine 4721 sayılı TMK ile rızanın, kimi durumlarda hukuka aykırılığı ortadan kaldıracağı[42], kimi durumlarda hakkın kullanılmasında[43] veya hakka müdahalede bulunulmasında koşul olabileceği[44] düzenlenmiştir. Dolayısıyla rızanın bireyleri etkileyen ve hukuki sonuç doğuran işlemlerde veya olaylarda önemli bir yeri vardır. Ceza Hukukunda da rıza kavramı doğurduğu sonuçlar bakımından önemli bir yere sahiptir. Bir kimseye karşı işlenen fiilin "suç" teşkil edip etmeyeceğinin, tarafların fail ve mağdur olarak adlandırılıp adlandırılmayacağının rıza kavramına göre ortaya çıktığını söyleyebiliriz.

Doktrinde bir görüşe[45] göre hukuki değer sahibi bir kimse rıza gösterme yetkisini doğrudan Anayasa ile garanti ve koruma altına alınan m. 12 ve m. 17 hükümleri kapsamında "genel hareket hürriyetinden" almaktadır. Bu hükümlere göre "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir" (AY m. 12/1) ve "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz" (AY m.17/1-2). İlgili maddelerden de anlaşılacağı üzere hukuk sistemi kişilere belirli hakları üzerinde serbest tasarruf yetkisi tanırken bunun yanı sıra bu haklar

---

[40] TBK m. 63: *"Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz."*

[41] KVKK m. 5/1: *"Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.", KVKK m. 8:" Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz."*

[42] TMK m. 24: *"...Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."*

[43] TMK m. 16: *"Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler..."*

[44] TMK m. 23: *"...Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür..."*

[45] KOÇ, Ziya; Rızanın Varlığında Hatanın Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku Dergisi, C: 15, S: 42, Nisan, 2020, s. 236 vd.

kapsamında sahip oldukları hukuki değerlere ilişkinde koruma sağlamayı amaçlamaktadır. TCK ile kişilere cezai bir koruma sağlanmaya çalışılmaktadır. Ancak kanun koyucunun "ilgilinin rızası" kapsamında normalde hak sahibine karşı işlenen fiil cezai sorumluluk doğurmasına karşın bu sorumluluğu bertaraf etme yetkisi tanıdığı söylenebilir. İlgilinin rızası halinde hak sahibi kimse hukuk sisteminin kendisine tanıdığı cezai korumadan kendi isteği ile vazgeçmektedir. Belirli bir hakkına ilişkin olarak başkası tarafından gerçekleştirilen ihlale kendi iradesi ile rıza göstermekte ve ihlali gerçekleştiren kimseyi de cezai sorumluluktan kurtarmakta olduğu söylenebilir[46].

2.2.2. Tipikliğe Engel Olan Rıza

TCK ile ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiş olsa da tipikliği ortadan kaldırdığına ilişkin görüşlerde yer almaktadır. Ancak rızanın her durumda tipikliği ortadan kaldırdığı görüşü mevcut kanun hükmü ile çelişeceğinden her durumda kabul edilebilir değildir[47].

Kanun koyucu Türk Ceza Kanunda bazı suç tiplerini düzenlerken, "rızasına aykırı olarak", "rızası olmaksızın", "rızası dışında" ifadeleri ile rızanın yokluğuna dikkat çekerken bazı suç tiplerinde "rızası olmak koşulu ile", "rızası varsa", "rıza ile", "rızası aranır" ifadeleri ile suçta rızanın varlığını özellikle aramıştır. Bu kapsamda doktrinde ilgilinin rızası tipikliği kaldıran rıza ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Hukuken menfaat sahibi kimse, rıza açıklaması ile bu menfaatin suça konu eylem ile ihlali halinde meydana gelen fayda ve zararın ortaya çıkardığı menfaat çatışmasına karşın, menfaatin hukuki korumasını feda etmektedir[48]. Menfaat sahibinin rızası ile rızanın tipikliği mi yoksa hukuka aykırılığı mı ortadan kaldırdığı suç tanımından anlaşılabilir. Suçun kanuni tanımında eylemin ilgilinin rızasına yani iradesine rağmen işlenmesi halinde suçun oluşacağı ifade edilmiş ise veya bu husus ilgili maddeden yorum yolu ile anlaşılabiliyorsa bu durumda tipikliği kaldıran rızadan

[46] KOÇ s. 237.
[47] AKBULUT, Berrin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim, 2020, s. 550 vd.
[48] GÖKTÜRK, s. 438.

bahsedilir[49]. TCK m. 2672 ile rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmesinin yanında TCK da (m. 90/4, 101/1, 116/1, 133/1, 245/1 de olduğu gibi) ilgilinin rızası kavramına birçok suç tipinde ayrıca yer verilmiştir. Dolayısıyla bu durum rızanın sadece hukuka uygunluk nedeni olarak değil aynı zaman da bazı suç tiplerinde tipikliği kaldıran bir unsur olduğu anlamına gelmektedir. Bunun dışında kalan durumlarda ise hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rızadan bahsedilir[50].

Suçun kanuni tanımında yer alan rıza, tipikliğin maddi unsurları içerisinde bulunması sebebi ile kast kapsamındadır. Dolayısıyla kast olmadığında tipiklikte oluşmaz. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise tipiklik oluşmasına karşın hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmez. Yine hata halinde tipikliğe ilişkin rıza söz konusu ise TCK m. 30/1, hukuka uygunluk nedeni olan rıza söz konusu ise TCK m. 30/3 hükümleri uygulama alanı bulur[51].

Hukuka uygunluk nedeni olan rızada, rıza açık veya kapalı mutlaka açıklanmalıdır. Tipikliği kaldıran rızada ise rıza açıklamasına gerek yoktur. Kişinin kendi iç dünyasında fiili onaylaması yeterlidir. Tipikliği kaldıran rızada "irade etme yeteneği" tek başına yeterli olurken, hukuka uygunluk nedeni olan rızada aynı zamanda rıza gösterilen fiilin anlam ve sonuçlarını anlayabilme yeteneği de aranmaktadır[52]. Yine tipikliği kaldıran rızada tasarruf yetkisi kanun tarafından bizzat verildiğinden bu yetkinin bulunması aranmaz. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada ise tasarruf edilebilir bir yetkinin bulunması şarttır[53].

KOCA/ ÜZÜLMEZ[54]; *"ilgilinin rızası konusunda, hukukumuz bakımından tipikliği kaldıran rıza ve hukuka aykırılığı kaldıran rıza şeklinde ikili ayrıma gidilmesi gerektiğini, tipikliği ortadan kaldıran rızaya rağmen suça konu fiilin halen hukuka aykırı olabileceğini, ancak hukuka aykırılığı ortadan kaldıran rıza da suça konu fiilin artık*

[49] KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 289; ŞARE, Ersin; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası, DEÜHFD, C: 21, S: 2, 2019, s. 991; HAZER GÜNGÖR, Arzu: Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Cinsel Suçlar ve Rıza İlişkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak, 2023, s. 87; AKBULUT (Genel), s. 551; DEMİREL, Muhammed; Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza, İstanbul Hukuk Mecmuası, C: 78, S: 3, 2020, s. 1476 vd.
[50] GÖKTÜRK, s. 441 vd.
[51] AKBULUT (Genel), s. 552.
[52] EKİCİ ŞAHİN, s. 73 vd.
[53] AKBULUT, s. 553.
[54] KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 290 vd. Benzer görüş için bkz: ÖZGENÇ, İzzet/ KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan/ ALŞAHİN, M. Emin; Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 876.

hukuka uygun hale geleceğini" ifade etmiştir. TCK m. 26/2 ile "Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez." Şeklinde yer verilen düzenlemeden "ilgilinin rızasının işlenen fiili hukuka uygun hale getireceği" anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kanun koyucunun "ilgilinin rızasını hukuka uygunluk nedeni olarak kabul ettiğini" söyleyebiliriz[55].

Yargıtayın yakın tarihli kararlarında rızanın tipikliğin unsuru olarak kabul edildiği de görülmektedir. Hem doktrinde yer alan görüş ayrılıkları hem de ilgilinin rızasına kanun içerisinde verilen yer ve uygulamada ki farklılıkların giderilmesi adına bu kavramın tipikliğin unsuru mu olduğu yoksa hukuka uygunluk nedeni mi olduğunun netleştirilmesi gerekmektedir. Kanaatimize göre esas alınması gereken kanun hükmü olduğundan her ne kadar doktrinde aksi görüşler olsa da ilgilinin rızasının uygulamada hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi gerekir.

TCK m. 26/2 de yer alan düzenlemeye göre işlenen fiil, ilgilinin rızası ile gerçekleştirilmişse hukuka aykırı değildir. İlgilinin rızası işlenen fiile etki ederek fiili hukuka uygun hale getirmektedir. Dolayısıyla herhangi bir suçtan da bahsedilemez. Ancak rıza, fiili hukuka uygun hale getirmesi bakımından genel bir kural olmayıp her durumda suça konu fiili hukuka uygun hale getirmez.

İlgilinin rızası genel olarak re'sen soruşturulabilen suçlar bakımından geçerli olmayıp, şartlarının da varlığı halinde şikayete bağlı suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olabilir[56]. Ancak bu durum da her suç için geçerli değildir. Örneğin TCK m. 86/1 de düzenlenen kasten yaralama suçu takibi şikayete bağlı olmamasına rağmen ilgilinin rızası halinde fiili hukuka uygun hale getirebilmekte, TCK m. 104 te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ise takibi şikayete bağlı olmasına rağmen ilgilinin rızası fiili hukuka uygun hale getirmemektedir[57].

Rıza işlenen fiilin her durumda hukuka uygun hale gelmesini sağlamaz. Fiilin hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için TCK m. 26/2 de yer alan düzenleme kapsamında

[55] KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 291.
[56] TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 208; ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, Ankara, Eylül, 2021, s. 345.
[57] KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 295.

belirli şartların mevcut olması gerekir. Bu şartlar, "kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkın varlığı", "rızai ehliyet" ve "geçerli bir rıza açıklamasıdır".

2.3.Rızanın Geçerlilik Şartları

2.3.1. Kişinin Üzerinde Mutlak Surette Tasarruf Edebileceği Bir Hakkın Varlığı Şartı

TCK m. 26/2 de ki düzenlemeye göre ilgilinin rızasından bahsedebilmek için öncelikle "kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakkın varlığı" gerekir[58]. Genel olarak bir kimsenin herhangi bir hukuki sınırlamaya tabi olmadan kullanabildiği ve soruşturması ve kovuşturması şikayete tabi olan haklarına "mutlak surette tasarruf edilen hak" denilmektedir.

Hukuka uygunluk nedeni olan rıza bakımından kişilerin hangi haklar üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği yasal olarak düzenlenmediğinden bu hakların tespitinde genel ilkelere başvurulur. Tipiklik unsuru olan rıza bakımından ise rıza hususuna ilgili yasal düzenlemede yer verildiğinden burada mutlak surette tasarruf edilebilen bir hak olduğu baştan belirlenmiştir[59].

Devlete, topluma veya millete karşı işlenen suçlarda, genele ait bir hak söz konusu olduğundan "mağdurun rızası[60]" hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez[61]. Suça konu fiil, kişinin üzerinde "mutlak surette tasarruf edebileceği" ve hukuk sistemi tarafından koruma altına alınan bir hakkına karşı işlenmiş, ilgili kişi de bu fiile rıza göstermişse, fiil hukuka uygun hale gelir. Dolayısıyla kişilerin mutlak tasarruf yetkilerinin bulunmadığı haklarına ilişkin rıza beyanları işlenen fiili hukuka uygun hale getirmez[62]. Örneğin öldürülen bir kimsenin, öldürülme eylemine ilişkin rızası olsa dahi, yaşam hakkı kişiye ait olmasına rağmen mutlak surette tasarruf edilebilecek bir hak olmadığından, rızası geçerli olmaz, fiilin hukuka uygunluğundan da bahsedilemez.

---

[58] TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı:2, Sıra sayısı: 64, sh. 432; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 295.
[59] HAZER GÜNGÖR, s. 91.
[60] *Bu durumda "kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak" söz konusu olmadığından, rıza sahibi olduğu iddia edilen kimsenin rızası hukuka uygunluk nedeni olamayacağından bu kimse; "ilgili" değil "mağdurdur".*
[61] AKBULUT, s. 206.
[62] TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 207.

Her birey sahip olduğu hukuki değerleri kullanma ve bu değerlere müdahalede bulunulmasına izin verme konusunda özgürdür. Bu değerlerden vücut bütünlüğüne dokunulması da tıbbi zorunluluk gibi istisnai durumlar dışında, ancak rıza ile mümkündür. Diğer yandan bireylerin özgürlüğü de kendilerine karşı korunmaktadır. Kişinin tasarruf yetkisi bulunduğu hakka ilişkin rızasının genel ahlak kurallarına ve kanuna aykırı olmaması gerekir.

Türk Hukukunda yaşam hakkı, bireylerin temel kişilik hakkı olarak kabul edilir. Anayasanın 17. Maddesinde de "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz" hükmü ile kanunda belirlenen bazı haller dışında kişinin rızası olsa dahi vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, "kişilerin vücudunun sınırsız hakimi olmadığı[63]" düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. Maddesi ile de "herkesin yaşam hakkının yasayla korunacağı" düzenlenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de AİHS m. 2 kapsamında makamların, bazı koşullarda, bireylerin kendilerine karşı korunabilmesi için önleyici tedbirler alabilecek pozitif yükümlülükler getirilebileceğini ifade etmektedir[64]. Yine AİHM' in yaşam hakkının kişinin kendi geleceğini belirleme özgürlüğünden dahi üstün olduğu yönünde içtihatları[65] mevcuttur. Dolayısıyla öldürülen mağdurun rızasının hukuka uygunluk nedeni olduğundan söz edilemez ve öldürme eylemi suç teşkil eder.

Anayasa m. 17 ile tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin rızası olmadan vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı düzenlenmiştir. Örneğin acile gelen ve bilinci kapalı hastanın ameliyata alınması tıbbi zorunluluk teşkil etmektedir. Dolayısıyla hastanın rızasının alınmadığından ve vücut bütünlüğünün ihlalinden söz edilemez. Ancak aynı hastanın bir başkasına nakletmek üzere böbreğinin tekinin alınması halinde vücut bütünlüğünün ihlali söz konusu olup ilgili eylem TCK m. 91 kapsamında suç oluşturur. Organ naklinin hukuken geçerli olması ve suç teşkil etmemesi için organ veya doku

[63] AKBULUT, s. 206.
[64] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 2. Madde Rehberi, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_TUR.pdf, s. 10, *E.T.:* 20.08.2022.
[65] *Hastalığı nedeni ile intihar edemeyen hastanın, kocasının yardımı ile ötenazi yoluna başvurmak istediği 2022 tarihli Pretty v. The United Kingdom davasında konu AİHM'e taşınmış, AİHM hastanın yaşam hakkını üstün tutarak davayı reddetmiştir. Kararın tam metni için bkz:* https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":["001-60448"]}, *E.T.:* 20.08.2022.

"bağışlayan" kimsenin "hukuken geçerli rızasının" alınmış olması gerekir. Rızanın 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun ile belirlenen şartlar ile verilmesi gerekir. İlgili kanun ile belirlenen usuller dışında verilen rıza, örneğin böbreğinin tekini satan bir kimsenin kanun kapsamında Sağlık Bakanlığı tarafından yetkilendirilmeyen[66] bir kimseye karşı verdiği rıza beyanı, hukuken geçersiz olup, ilgili eylem suç teşkil eder.

Cinsel hakları kullanma bakımından da bireyler mutlak tasarruf yetkisine sahiptir. Ancak kanun koyucu rızanın varlığına rağmen eylemin sonucunu cezai yaptırıma bağlamış olabilir[67]. Çocukların cinsel özgürlüklerini ihlal eden eylemlerde bunlardan birisidir. Çocukların cinsel özgürlükleri, TCK m. 103 ve m. 104'te olduğu gibi, kapsamında kendilerine karşı dahi korunmakta ve rızai olarak cinsel dokunulmazlıklarının ihlaline izin verseler dahi bu rıza geçersiz sayılmaktadır. Dolayısıyla bu özgürlük aleyhine verilen her rızanın ilgili eylemi hukuka uygun hale getirdiğinden söz edilemez[68].

Topluma, millete, devlete karşı işlenen suçlarda bireylerin bu değerlere ilişkin şahsi hakları ve mutlak surette tasarruf yetkileri bulunmadığından verilen rıza geçerli olmaz[69]. Yine kanunen bir hakkın kullanımının kısıtlandığı ve belirli şekillerde kullanılmasına izin verildiği durumlarda da rıza beyanı, suça konu fiili hukuka uygun hale getirmez. Örneğin bir kimsenin, yerleşim bölgesinde kendi evinin yakılmasına izin vermesi aynı zamanda ilgili fiil TCK m. 170/1-a kapsamında "genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçunu" oluşturacağından hukuka uygunluk nedeni sayılamaz[70]. Dolayısıyla kişilerin kendilerine ait her türlü hak üzerinde değil, ancak "mutlak surette tasarruf edebilecekleri haklar" üzerinde rıza göstermeleri halinde, işlenen fiilin hukuka uygunluğundan bahsedilir[71].

Suçun birden fazla mağdurunun olduğu ve bunlardan bir veya birkaçının rıza gösterdiği durumlarda, rıza göstermeyen diğer mağdurlar bakımından suç işlenmiş olur, hukuka

---

[66] ODAANHK m. 10: *"Organ ve doku alınması, taşınması, saklanması, aşılanması ve nakli ile yurt dışından temin edilmesi, Sağlık Bakanlığınca yetkilendirilmiş gerekli uzman personel ve donanıma sahip kurumlarca yapılır."*
[67] HAKERİ (Temel), s. 256; ÖZGENÇ/ ÜZÜLMEZ/ YURTLU/ GENÇ/ KURT KILIÇ/ KILIÇ, s. 75.
[68] ÖZAR, Süleyman/ HALICI, Türkan; Organ veya Doku Naklinde "Hukuken Geçerli Rıza", Adalet Dergisi, S: 66, 2021, s. 571.
[69] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 337; AKBULUT, s. 206.
[70] TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 208.
[71] ÖZGENÇ/ ÜZÜLMEZ/ YURTLU/ GENÇ/ KURT KILIÇ/ KILIÇ, s. 51; TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 207.

uygunluktan söz edilemez[72]. Kısmen tasarrufun söz konusu olduğu hallerde ise hukuka uygunluktan bahsedilebilmesi için hak sahiplerinin tamamının rızası gerekir[73].

2.3.2. Kişinin Rızaya Ehil Olması

İlgilinin rızasından bahsedebilmek için aranan ikinci şart "kişinin rızaya ehil olmasıdır". Hak sahibi herkes rıza açıklamaya yetkili olmakla beraber, açıklanan rızanın geçerli olabilmesi için kişinin rıza gösterdiği fiilin anlam ve sonuçlarını anlama yeteneğinin yani ayırt etme gücünün bulunması gerekir. Geçerli bir rıza ehliyetinden bahsedebilmek için önemli olan, rıza gösteren kişinin rıza gösterirken hangi menfaatlerinden vazgeçtiğini ve bu vazgeçmenin sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olmasıdır[74]. Aksi halde rızanın işlenen fiili hukuka uygun hale getirmesi mümkün değildir[75]. Hak sahibi kimselerin akıl hastalığı yaş küçüklüğü gibi sebepler ile rızai ehliyetlerinin yokluğundan söz edilebilir[76]. Ancak bir kimsenin duyma veya konuşma engellerinin bulunduğu hallerde rıza ehliyetinin varlığının somut olaya göre değerlendirilmesi kanaatindeyiz[77].

Rıza beyanında bulunan kişi bu rızaya konu hakkın sahibi olmalıdır[78]. Buradaki hak kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği ve suça konu fiil bakımından kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olacağından, rızanın temsil yolu ile açıklanması da söz konusu olamaz[79]. Ancak bazı durumlarda hukuk sistemi küçük ya da kısıtlılar adına kanuni temsilcilerinin gösterdikleri rızayı geçerli saymaktadır. Örneğin yaş küçüklüğü sebebi ile temyiz kudreti bulunmayan bir küçüğün tedavisi amacı ile kanuni temsilcisi, menfaatine olmak koşulu ile rıza beyanında bulunabilir[80]. Tüzel kişiler bakımından rıza açıklamasının hukuken yetkilendirilmiş kimseler tarafından yapılması mümkündür[81].

---

[72] HAKERİ (Temel), s. 253.
[73] GERÇEKER, s. 361; ÖZEN (Temel), s. 218.
[74] AKBULUT, s. 207; ÖZEN, s. 580; ÖZEN (Temel), s. 217-218; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 346; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 296.
[75] ÖZGENÇ/ ÜZÜLMEZ/ YURTLU/ GENÇ/ KURT KILIÇ/ KILIÇ, s. 51.
[76] HAKERİ (Temel), s. 253; HAKERİ, s. 364; ÖZEN, s. 579; ÖZEN (Temel), s. 217.
[77] Aksi görüş için bkz; *"...sağır dilsizlik veya geçici bir sebep dolayısıyla temyiz gücüne sahip değilse, irade açıklamasına da ehil olamaz."* HAKERİ (Temel), s. 253; HAKERİ, s. 364; ÖZEN, s. 579; ÖZEN (Temel), s. 217.
[78] TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 205; HAKERİ (Temel), s. 253.
[79] AKBULUT, s. 207; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ (Genel), s. 347.
[80] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ (Genel), s. 347.
[81] ÖZEN, s. 580; ÖZEN (Temel), s. 218.

Rıza ehliyetinin varlığı somut olayın özelliklerine göre tespit edilmelidir. Rıza ehliyeti bakımından kural olarak bir yaş sınırı söz olmamakla birlikte kanunda rıza ile ilgili özel olarak bir yaş sınırı belirlenmişse rıza ehliyeti bakımından bu sınır geçerli olur. Örneğin çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenen TCK m. 103 kapsamında kanun koyucu 15 yaşından küçük çocukların rıza ehliyeti olmadığını kabul etmiştir.

Ceza Hukuku kapsamında ifade edilen rıza ehliyeti ile Medeni Hukuk kapsamında ki fiil ehliyeti karıştırılmamalıdır. Medeni Hukuk çerçevesinde ergin, kısıtlı olmayan ve ayırt etme gücü bulunan kimseler fiil ehliyetine sahiptir. Evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınan kimsenin diğer şartları da sağlaması halinde fiil ehliyeti olduğu kabul edilir. Buna karşın Ceza Hukuku kapsamında rıza ehliyeti sahibi olmak için ayırt etme gücüne sahip olmak yeterlidir. Kanun koyucu tarafından rıza ehliyeti belirlenirken Türk Medeni Kanunu ile tanımlanan fiil ehliyetini esas alınmamıştır. Dolayısıyla bir kimsenin fiil ehliyeti olmasına rağmen rıza ehliyeti bulunmayabilir. Bunun yanında malvarlığına ilişkin tasarruflarda olduğu gibi rıza ehliyetinin belirlenmediği durumlarda TMK kapsamında fiil ehliyeti hükümlerinden yararlanılması da mümkündür[82].

2.3.3. Rızanın Geçerli Şekilde Açıklanması

İlgilinin rızasından söz edebilmek için aranan son şart "rızanın geçerli şekilde açıklanmasıdır." Rızanın açık, kapalı, sözlü ya da yazılı açıklanması mümkündür. Önemli olan açıklamanın geçerli olması ve mutlaka suçtan önce[83] ya da suça ilişkin icra eylemelerinin gerçekleştirilmesi esnasında yapılmasıdır[84]. Dolayısıyla suça konu fiilden sonra rıza açıklansa bile işlenen fiil hukuka uygun hale gelmez.

Doktrinde rızanın üçüncü bir şahsa açıklanabileceği veya üçüncü bir şahısla iletilebileceğine dair görüşler mevcuttur[85]. *HAKERİ*[86]*;* rızanın *"faile iletilmek üzere bir*

[82] ŞARE, s. 984.
[83] ÖZEN'e göre; *"rıza açıklamasının suça konu fiilden "önce" yapılması gerekir. icra hareketleri başladıktan sonra yapılan rıza açıklaması ise icranın devamında işlenecek suçlar bakımından önem taşır."* ÖZEN, s. 580-581.
[84] ÖZGENÇ/ ÜZÜLMEZ/ YURTLU/ GENÇ/ KURT KILIÇ/ KILIÇ, s. 51; GERÇEKER, s. 361; TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 206; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 296; AKBULUT, s. 208; HAKERİ, s. 366; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ (Genel), s. 347; ŞARE, s. 990.
[85] ŞARE, s. 990.
[86] HAKERİ, s. 367.

haberciye, üçüncü bir şahsa da açıklanabileceğini veya rızanın iletilmesinde mektup, fax, e-mail gibi vasıtaların da kullanılabileceği" görüşündedir. Rızanın "somut olaya, şartlara ve vasıtaların ilgiliden geldiğinin açıkça tespit edilebilirliğine göre" mektup, fax veya e mail ile açıklanabileceğine katılmakla beraber, haberci veya üçüncü kişi gibi rızanın aynen ve naklen aktarılmasında aksaklık yaşanabilecek vasıtalar ile aktarılmasının geçerli olamayacağı kanaatindeyiz. Kanun koyucu bazı suç tiplerinde rızanın açıklanmasını belirli usuli ve şekli şartlara bağlamıştır. Rızanın açıklanması belirli usul ve şekil şartlarına bağlanmış ise bu şartlar dışında açıklanan rıza geçersiz kabul edilir. Örneğin TCK m. 90 ile düzenlenen "insan üzerinde deney" suçu kapsamında "insan üzerinde yapılan bilimsel deneyin" cezai sorumluluk meydana getirmemesi için açıklanan rızanın "yazılı olması" koşulu[87] aranmaktadır.

Rızanın geri alınması halinde ise, rızanın geri alındığı tarihten itibaren işlenen suça konu fiillerin rızaya bağlı olarak hukuka uygunluğundan söz edilemez[88]. Bu durumda rıza ancak geri alındığı ana kadar işlenen fiiller bakımından geçerli olur. Rızanın varlığının belirli şekillerde açıklanmasının şart olduğu durumlarda rıza ancak öngörülen şekillerde açıklanırsa hukuka uygunluktan söz edilebilir. Örneğin tıbbi müdahalelerde hukuka uygunluktan söz edebilmek için hastadan yazılı muvafakat alınması gereklidir. Son olarak geçerli bir rızadan bahsedebilmek için rızanın özgü iradeye bağlı olarak açıklanmış olması ve konusunun hukuka, genel ahlaka uygun olması[89] gerekir[90]. Tehdit, hile, korkutma, hata, cebir veya şaka gibi yollar ile açıklanan rıza geçerli sayılmaz[91]. Son olarak rızanın geçerli olabilmesi için suça konu fiilin verilen rıza kapsamında yani rıza hangi konuda verilmiş ise fiilin o konuda işlenmiş olması gerekir[92]. Aksi halde geçerli bir rızadan söz edilemez.

---

[88] TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 206-207; AKBULUT, s. 208; HAKERİ, s. 366.

[89] *"Sanığın yaşı küçük mağdureyi rızasıyla kendi ikametinde dört gün süre ile alıkoyduğu olayda; kanuna, adaba ve genel ahlaka aykırı olan mağdurenin rızası haksızlık bilinciyle hareket eden sanığın ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Dolayısıyla yaşı küçük mağdurenin hukuken geçerli sayılan rızası bulunmadan gerçekleşen bu eylem kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaktadır."* Yargıtay CGK. E. 2014/ 468, K. 2017/181, K.T. 21.03.2017, www.lexpera.com.tr, *E.T.: 14.02.2022.*

[90] KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 295; AKBULUT, s. 207; HAKERİ (Temel), s. 255.

[91] GERÇEKER, s. 361; TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 206-207; KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 297; AKBULUT, s. 208; HAKERİ, s. 367; ÖZEN'e göre; *"rıza açıklamasının suça konu fiilden "önce" yapılması gerekir. icra hareketleri başladıktan sonra yapılan rıza açıklaması ise icranın devamında işlenecek suçlar bakımından önem taşır."*ÖZEN, s. 581.

[92] HAKERİ (Temel), s. 254.

2.4.Varsayılan Rıza

Varsayılan rıza, ilgilinin rızasının eylem gerçekleştirilmeden önce veya eylem esnasında yani zamanında alınmadığı veya alınamadığı ancak ilgiliye sorulsaydı rızasının alınacağının kabul edildiği durumlarda söz konu olur[93]. Mefruz veya varsayılan rıza, hakim tarafından somut olayda ki şartlara göre verilen bir "ihtimal hükmü" olarak ta ifade edilebilir[94]. İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olan rıza ve tipikliği ortadan kaldıran rıza olarak iki farklı şekilde değerlendirilirken, varsayılan rıza hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilmektedir[95].

Varsayılan rızanın geçerli sayılabilmesi için, müdahalenin ilgilinin hakkına yönelik olması, ilgilinin de bu hak üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması, eyleme ilişkin ilgilinin rızasının önceden alınmasının imkansız olması ayrıca olayı bilseydi rıza göstereceğinin varsayılması gerekir[96]. Örneğin evinde yardım edin beni kurtarın diye bağıran komşunun evine zorla girilmesi, ameliyat esnasında komplikasyon oluşması sebebi ile hastaya ekstra müdahalede bulunulması ya da uyuyan eşe karşı cinsel temasta bulunulması gibi durumlarda ilgilinin varsayılan rızasından bahsedilebilir. Ancak doktrinde varsayılan rızanın cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamında uygulanamayacağına, failin mağdurun rızası bulunduğu kanaati ile gerçekleştirdiği eylemin ancak hata haline konu olabileceğine dair de görüşler de yer almaktadır[97].

Varsayılan rızanın hukuki niteliğine ilişkin doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. İlk görüş varsayılan rızayı zorunluluk haline dayandırmaktadır. Buna göre hukuki değer sahibi kimse ihlale rıza göstermemesine karşın fail bu kimsenin menfaatine bir eylem gerçekleştirmektedir[98]. Diğer bir görüşe göre varsayılan rıza, rızanın bir türüdür. Bu görüşün temeli failin mağdur durumu bilseydi rıza gösterirdi düşüncesidir[99]. Üçüncü bir görüş varsayılan rızayı vekaletsiz iş görmeye benzetmektedir[100]. Bu görüşe göre rıza hukuki bir işlem olarak savunulmaktadır. Dördüncü görüş ise varsayılan rızayı izin

[93] KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 297.
[94] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ (Genel), s. 347.
[95] T. KANGAL, Zeynel; Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, AHBVÜHFD, C: 15, S: 4, Ekim, 2011, s. 225.
[96] KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 297; HAKERİ, s. 374; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 347.
[97] *Bkz*; KOÇ, s. 241.
[98] EKİCİ ŞAHİN, s. 230 vd.; T. KANGAL, s. 228.
[99] EKİCİ ŞAHİN, s. 233; T. KANGAL, s. 227.
[100] T. KANGAL, s. 229.

verilen risk temeline dayandırmaktadır[101]. Buna göre somut olayda hak sahibi kimsenin rızasının alınmasının beklenilmesi ile müdahale edilmesi arasında ki risk durumu karşılaştırıldığında daha az riskli olan seçilmelidir.

Varsayılan rızanın suçta sadece failin beyanına göre mevcut olduğu kabul edilemez. Mahkeme varsayılan rızayı, somut olaydaki olgulara, olayın gerçekleşme biçimine göre değerlendirilerek tespit etmelidir. Burada önemli olan hak sahibi kimsenin eylem gerçekleştirilirken rızası alınmamış olsa da olay ve eylemi bilseydi rıza gösterecek olmasının kuvvetli ihtimale dayanmasıdır[102]. Failin, hak sahibinin rıza göstereceğine dair varsayımının yanlış olduğu anlaşılsa dahi somut olaydaki koşullara göre fiillin hukuka uygun kabul edilmesi mümkündür. Dolayısıyla rıza kapsamında varsayılan rıza kavramı da hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir[103].

Varsayılan rıza ile zımni rıza karıştırılmamalıdır. Zımni rıza durumunda ilgili kişi rıza gösterebilecek iradeye sahiptir. Ancak rızasını davranışları ile açıklar. Varsayılan rızada ise ilgili kişi eylemi bilmediğinden, eylem esnasında rıza gösterecek iradeye de sahip değildir. Burada ilgili kişi eylemi bilseydi rıza gösterirdi varsayımı ile hareket edilmektedir[104].

[101] T. KANGAL, s. 231.
[102] HAKERİ (Temel), s. 258; HAKERİ, s.374.
[103] *Benzer görüş için bkz*: USAL, Ali Osman: Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, İstanbul Barosu Dergisi, C: 88, S: 6, Kasım, 2014, s. 244 vd.
[104] HAKERİ, s.375.

3. CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARDA RIZANIN NİTELİĞİ

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Kişilere Karşı Suçlar" ve "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında dört ayrı madde ile düzenlenmiştir. Buna göre m. 102 ile "Cinsel Saldırı", m. 103 ile "Çocukların Cinsel İstismarı", m. 104 ile "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki" ve m. 105 ile "Cinsel Taciz" suçlarına yer verilmiştir. İlgili maddeler ile temel olarak korunan hukuki yarar cinsel dokunulmazlık ve özgürlüktür.

Kanun koyucu on sekiz yaşından büyük kimselere karşı gerçekleştiren ve "temas" içeren cinsel eylemleri TCK m. 102 kapsamında "cinsel saldırı suçu" olarak tanımlarken, on sekiz yaşından küçük kimselere karşı gerçekleştirilen ve "temas" içeren cinsel eylemleri TCK m. 103 kapsamında "Çocukların Cinsel İstismarı Suçu" kapsamında ele almıştır. Ancak çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak yer verdiğimiz üzere, on sekiz yaşından küçük her çocuğa karşı gerçekleştirilen ve temas içeren cinsel eylemler bu suç kapsamında değerlendirilmemektedir. Suçun oluşumu ve tanımlanması bakımından mağdur çocuğun rızası, yaşı ve eylemin niteliği gibi hususlar ayırt edici rol oynamaktadır. Yine on beş yaşını doldurmuş ancak on sekiz yaşını doldurmamış ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı rızaları dahilinde gerçekleştirilen cinsel ilişki eyleminde TCK m. 104 kapsamında "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu" uygulama alanı bulacaktır. Bu düzenleme de diğer üç maddeden ayrı olarak suçun oluşması için rıza koşul olarak belirlenmiştir. Son olarak kanun koyucu yaş ayırt etmeksizin bir kimsenin temas unsuru olmadan cinsel amaçlı söz, hareket hatta yazı, resim gibi doğrudan veya dolaylı yollar ile rahatsız edilmesi halinde TCK m. 105 kapsamında "Cinsel Taciz Suçunun" oluşacağını düzenlemiştir. Cinsel taciz suçunu, cinsel saldırı ve cinsel istismardan ayıran nokta "temastır". Dolayısıyla temas unsuru, ilgili suç tiplerinin diğer şartları da mevcut ise suçun tanımını değiştirecektir.

Cinsel dokunulmazlığa ve özgürlüğe karşı sahip olunan haklar, kişinin üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği haklardandır. Ancak cinsel davranışlara karşı gösterilen rıza sınırsız değildir. Dolayısıyla kanun koyucu TCK ile yer verilen bu dört madde ile kişilerin cinsel dokunulmazlığını ve özgürlüğünü kimi zaman kendilerine karşı dahi korumayı

amaçlamaktadır. Bu sebeple rıza kimi durumlarda hukuken sınırlanmış veya geçersiz sayılmıştır.

Çalışmamızın bu kısmında cinsel dokunulmazlığa karşı dört suç tipine ilişkin mağdurun rızasının ne şekilde suçun oluşumuna ve faile uygulanacak yaptırıma etki edeceğini inceleyeceğiz.

3.1.Cinsel Saldırı Suçunda Mağdurun Rızası

3.1.1. Genel Olarak Cinsel Saldırı Suçu

Cinsel saldırı, mağdurun cinsel dokunulmazlığını, iradesi ve rızası dışındaki davranışlar ile haksız olarak ihlal eden eylemler olarak tanımlanabilir[105]. Cinsel Saldırı Suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 102'de şu şekilde düzenlenmiştir;

"(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

(3) Suçun;

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,
b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,
d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

[105] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 319.

e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel saldırı için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(5) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

Buna göre TCK m. 102/1 ile suçun temel hali ve sarkıntılık düzeyinde kalması hali, TCK m. 102/2 ile nitelikli hali, TCK m. 102/3 ile daha ağır cezayı gerektiren durumlar ve TCK m. 102/4-5 ile neticesi sebebi ile ağırlaştığı haller düzenlenmiştir.

Madde gerekçesi[106] ise;

"Cinsel dokunulmazlık, kişilerin vücudu üzerinde cinsel davranışlarda bulunulması suretiyle ihlâl edilir. Bu bölümde yer alan suçlarla korunan ortak hukukî değer, kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır. Bu Bölümde yer alan suçlar, esasen kişiye karşı işlenmiş olan suçlar olması itibarıyla, İkinci Kitabın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısım altında düzenlenmişlerdir.

Maddenin birinci fıkrasında, cinsel saldırı suçunun temel şekli tanımlanmıştır. Bu suçun oluşabilmesi için, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik davranışlarla kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâl edilmesi gerekir.

Suçun temel şekline ilişkin maddî unsuru, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar oluşturmaktadır. Suçun oluşması için, gerçekleştirilen hareketlerin objektif olarak şehevî nitelikte bulunmaları yeterlidir; failin şehevi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez.

Söz konusu suç, farklı cinsten kişiye karşı işlenebileceği gibi, aynı cinsten kişiye karşıda işlenebilir.

Suçun temel şekline ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturmanın yapılması,

[106] TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı:4, Sıra Sayısı: 592, sh. 20 vd.

mağdurun şikâyetine bağlı tutulmuştur.

Maddenin ikinci fıkrasında, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, bu suçun nitelikli hâli olarak tanımlanmıştır. Suçun bu nitelikli hâli için, vücuda vajinal, anal veya oral yoldan organ veya sair bir cismin ithal edilmesi gerekir. Bu bakımdan vücuda penis ithal edilebileceği gibi, vajinal veya anal yoldan cop gibi sair bir cisim de ithal edilebilir. Bu bakımdan, söz konusu suçun temel şeklinin aksine, bu fıkrada tanımlanan nitelikli hâlinin oluşabilmesi için, gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması şart değildir. Cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan bu fiiller, eşe karşı da işlenebilir. Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukukî sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlâli suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli hâlini oluşturan davranışlar, ceza yaptırımını gerekli kılmaktadır. Ancak, bu durumda soruşturma ve kovuşturmanın yapılması, mağdur eşin şikâyetine bağlı tutulmuştur.

Üçüncü fıkrada, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsurları tanımlanmıştır. Buna göre, suçun, a) beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı, d) silâhla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın belirtilen oranda artırılması gerekmektedir. (d) bendinde, cinsel saldırının birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi, bu suçun icra hareketlerinin müşterek fail olarak sorumluluğu gerektirecek şekilde gerçekleştirilmesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, söz konusu suçun örneğin bir başkası tarafından azmettiren veya yardım eden sıfatıyla iştirak ederek işlenmesi hâlinde, sadece bu nedenle (d) bendi hükmüne istinaden cezada artırım yapılamayacaktır.

Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hâli dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler. Maddenin dördüncü fıkrasına göre, bu suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını

sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir.

Beş ve altıncı fıkralarda cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri düzenlenmiştir. Bu itibarla, cinsel saldırı suçunun işlenmesi suretiyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Keza, cinsel saldırı sonucunda mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Ancak, bu durumlarda, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi gerekir." şeklinde ifade edilmiştir.

Madde gerekçesinden TCK m. 102 de yer alan düzenleme ile korunan hukuki yararın "kişilerin cinsel dokunulmazlığı" olduğu anlaşılmaktadır. Gerekçede cinsel dokunulmazlığın kişilerin vücutları üzerinde cinsel davranışlarda bulunularak ihlal edildiği ifadesi, hüküm ile kişilerin bedenlerinin korunmak istendiği algısı yaratmaktadır. Dolayısıyla düzenlemenin sadece fiziki ihlali değil aynı zamanda manevi olarak cinsel özgürlüğün ihlalini de içerecek şekilde cinsel dokunulmazlığı bir bütün olarak kapsaması gerekmektedir[107].

Türk Ceza Kanunu kapsamında m. 102/1 ile suçun temel hali düzenlenmiştir. Suçun temel hali bakımından cinsel saldırı suçu, fail tarafından mağdurun vücudunda, "mağdurun rızası dışında" cinsel arzularını tatmin etme amacı ile gerçekleştirilen ancak cinsel ilişki boyutuna varmayan temas esaslı eylemlerdir[108]. Suçun oluşumu için failin "cinsel arzularını tatmin etme" amacı aranmakta olup, failin fiilen tatmin olması şart değildir.

Cinsel saldırı suçunun temel hali bakımından, soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun şikayetine tabi tutulmuştur. Fail "*mağdurun şikayeti halinde beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* Ancak suç sarkıntılık düzeyinde kalmışsa failin alacağı ceza, iki yıldan beş yıla kadar olmak üzere daha az olacaktır.

TCK m. 102/2 ile suçun nitelikli hali tanımlanmıştır. Buna göre cinsel saldırı suçunu oluşturan eylemin *"mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi"* halinde failin alacağı ceza artacaktır. Burada nitelikli halden

[107] *Benzer görüş için bkz:* ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 231 vd.
[108] YELDAN, Didem; 99 Soruda Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak, 2021 s. 23.

bahsedebilmek için mağdurun vücuduna vajinal, oral veya anal yoldan organ ya da sair cismin sokulması gerekir. Burada suçun temel halinden farklı olarak failin eylemini "cinsel arzularını tatmin etme" amacı ile gerçekleştirmiş olması şart değildir.

Kanun koyucu cinsel saldırı suçunun temel halinin eşler arasında işlenmesi haline ilgili düzenlemede yer vermemiş, nitelikli hali bakımından da eylemin eşe karşı işlenmesi durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılması eşin şikayetine tabi tutulmuştur[109].

Cinsel saldırı suçunun düzenlendiği TCK m. 102/3'te suçun daha ağır cezayı gerektiren hallerine yer verilmiştir. Bu fıkra ile faile uygulanacak cezai yaptırımın; failin, mağdurun ve eylemin niteliklerine, ayrıca aralarındaki ilişkiye göre, ağırlaştırılacağı haller düzenlenmiştir.

3.1.1.1.Fail

765 sayılı mülga kanun ile düzenlenen ırza geçme suçu kapsamında doktrinde *"kadınların cinsel isteklerini bir defalık değil, belli bir süre devam eden ilişkilerle tatmin yoluna gitmeleri, karşılıklı rıza ve duygusal bir bağın bulunmadığı cinsel ilişkilere girmedikleri gibi karşıdaki erkeği de buna zorlamazlar"* gerekçesine dayanarak failin daima erkek olabileceği yönünde görüşler mevcuttu[110]. 5237 sayılı TCK m. 102/1-2 kapsamında ise cinsel saldırı suçunda failin; erkek, kadın veya çocuk herkes olması mümkündür. Failin mağdur ile aynı cinsiyette olması ya da cinsel eğilimleri gibi hususlar suçun oluşumu bakımından önemli değildir. Cezai ehliyeti bulunan herkes bu suçun faili olabilir. Dolayısıyla çocuklarında bu suçun faili olması mümkündür. Ancak TCK m. 31[111]

[109] *"Evlilik birliği içerisinde eşler arasında ki yükümlülüklerden birisi de cinsel arzuları tatmin yükümlülüğüdür. Ancak bu yükümlülük tarafların tıbbi ve hukuki sınırlarını ihlal etme hakkı da vermemektedir. Dolayısıyla eşler arasında bu sınırları aşan ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan eylemler cezai yaptırımları gerekli kılmaktadır."*

[110] DÜLGER, İbrahim; Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, SÜHFD, C: 8, S: 1-2 (Milenyum Armağanı), 2000, s. 218.

[111] TCK m. 31: *" (1)Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir. (2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz."*

gereğince "on iki yaşını doldurmayan faillerin ceza sorumluluğu olmamakla birlikte bu kimseler için çocuklara özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması" mümkündür. Aynı madde kapsamında "on iki yaşını dolduran ancak on beş yaşını doldurmayan faillerin cezai sorumlulukları, işledikleri eylemin anlam ve sonuçlarını algılayabilme ve bu fiile yönelik davranışlarını yönlendirebilme yeteneklerinin varlığına göre tespit edilir". Fail 12-15 yaş arasında gerçekleştirdiği eylemin anlam ve sonuçlarını algılayabilir durumda veya 15-18 yaş arasında ise cezada indirim uygulanacaktır[112]. TCK m. 102/3 kapsamında faile verilecek ceza yarı oranında arttırılacağından failin belirli sıfatlara sahip olması koşulu aranmaktadır.

Fail, alkol uyuşturucu madde etkisi altında iken suça konu eylemi gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda failin "iradi olarak etki altına girip girmediğine" bakılır. Fail iradesi ile alkol almış veya uyuşturucu madde kullanmış, suça konu eylemi bu esnada gerçekleştirmiş ise cinsel saldırı suçundan sorumlu olacaktır. Ancak bu duruma bilmeden gelmiş, örneğin içeceğine uyuşturucu madde karıştırılmış ve bilmeden etki altına girdiği esnada eylemi gerçekleştirmiş ise cezai sorumluluğundan bahsedilemez[113].

Suçun temel hali bakımından fail için cezai ehliyet dışında herhangi bir özellik aranmazken, failin kimliği suçun nitelikli hali ve ağırlaştırılmış halleri bakımından önem arz etmektedir.

3.1.1.2.Mağdur

Mağdur fail ile aynı veya farklı cinsiyette olabilir. Cinsel saldırı suçu ancak yaşayan kimselere karşı işlenebilir, yani ölülere karşı işlenemez[114]. Failde olduğu gibi mağdurun sıfatıda, suçun nitelikli haline göre cezanın ağırlaştırılması bakımından önemlidir[115].

Ne TCK m. 102 de yer alan düzenlemede ne de ilgili madde gerekçesinde, mağdurun yaşına ilişkin bir belirleme de bulunulmamıştır. Bu belirlemenin eksikliği doktrinde görüş

[112] PAKIR, Yusuf; Cinsel Saldırı Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, Temmuz, 2018, s. 132.
[113] PAKIR, s. 134.
[114] YELDAN (99), s. 65; YELDAN, Didem; Uygulamada Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Ocak, 2022, s. 65; ARSLANTÜRK, Mustafa; Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, Ocak, 2022, s. 127; TAŞTAN, Mehmet; Cinsel Suçlarda İspat Sorunu ve Yargılama Usulü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak, 2021, s. 32; TANER, Fahri Gökçen; Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Mart, 2017, s. 83
[115] TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 19. Baskı, Ankara, Eylül, 2021, s. 405.

ayrılıklarına sebep olmuştur. Doktrinde yer alan, Yargıtay tarafından da benimsenen ve bizim de katıldığımız görüşe[116] göre; "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlığı altında yer verilen diğer düzenlemeler kapsamında cinsel saldırı suçunun, "18 yaşından büyük kimselere karşı" temas ile gerçekleştirilen cinsel fiiller için kullanıldığı kabul edilmektedir. Yine bu görüşe göre cinsel temas içeren eylemlerin 18 yaşından küçük kimselere karşı işlenmesi halinde "cinsel istismar suçu" oluşacaktır[117]. Doktrinde yer alan diğer bir görüş[118], cinsel saldırı suçunda "mağdurun sadece 18 yaşını doldurmuş kimseler değil 18 yaşını doldurmasa dahi reşit olan kimselerinde" bu suçun mağduru olabileceği yönündedir. AKBULUT[119] bu görüşü; *"TCK m. 102 ile düzenlenen cinsel saldırı suçu, reşit olan ve on sekiz yaşını bitiren kimselere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışları hükme bağlamaktadır. 103. Madde ile çocukların cinsel istismarı suçu, 104. Madde ile reşit olmayanların rızaları ile cinsel ilişkileri hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla 102. Madde ile bunlar dışındaki kimselere karşı gerçekleştirilen fiilleri hükme bağlamıştır. Mağdur reşit ise 18 yaşını doldurmamış olsa dahi ona karşı rıza dışı gerçekleştirilen fiiller 102. Madde kapsamında değerlendirilmelidir. TCK m. 6 ile her ne kadar 18 yaşını doldurmayan kimselerin çocuk olduğu düzenlenmiş ise de 103. Ve 104. Maddenin düzenlenişinden bu sonuç ortaya çıkmaktadır"* şeklinde açıklamaktadır. Ancak kanaatimize göre cinsel saldırı suçunda mağdur bakımından esas alınması gereken husus erginlik değil yaştır.

25.10.2007 tarihli "Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel İstismar ve Sömürüye Karşı Korunması Sözleşmesi'ne (Lanzarote Sözleşmesi)" göre çocuk on sekiz yaşının altında ki herhangi bir kimsedir[120]. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunda da çocuk; *"Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi ifade eder"* denilmiştir. Yine

[116] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 405; YELDAN (99), s. 23; YELDAN, s. 63; ARSLANTÜRK, s. 108; TAŞTAN, s. 29; TANER, s. 171; PAKIR, s. 81; AKKAYA, Çetin; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak, 2018, s. 9; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s.323; GERÇEKER, s. 1012; ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 863; TANERİ, Gökhan/ KAMIŞLI, Gani; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım, 2018, s. 317; TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk; Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül, 2021, s. 61; AYGÜL ATAKAYA, Merve; Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarında Sarkıntılık Fiili (Yargıtay Kararları Işığında), SÜAMYD, C: 5, S: 1, Temmuz, 2022, s. 121; DERELİ, Alparslan; Cinsel Saldırı Suçunda Teşebbüs, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 16, 2020, s. 546.

[117] YELDAN (99), s. 23; PAKIR, s. 84; AKKAYA, s. 9; TANERİ/ KAMIŞLI, s. 319; GERÇEKER, s. 1012-1013; TANERİ/ KAMIŞLI, s. 317.

[118] AKBULUT, Berrin; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği, Ceza Hukuku Dergisi, C:14, S: 40, Ağustos, 2019, s. 267.

[119] AKBULUT (Rıza), s. 267.

[120] KESER, s. 31.

TCK m. 6/1-b ile on sekiz yaşını doldurmayan kişilerin "çocuk" olarak kabul edildiği belirtilmiştir. Ne ilgili düzenlemede ne de TCK da yer alan herhangi başka bir maddede on sekiz yaşından küçük ancak ergin kimselerin "çocuk kabul edilmeyeceği ve ergin olacaklarına" ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır[121]. Dolayısıyla TCK m. 102'nin, 18 yaşından küçük olmasına rağmen ergin kılınan kimseleri kapsadığının kabul edilmesi ilgili mevzuatın kendi içerisinde çatışmasına sebep olacaktır. Türk Hukukunda "bir kimsenin kural olarak on sekiz yaşını doldurması ile ergin sayılacağı[122]" yasal olarak düzenlenmiştir. Ancak Türk Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemeye göre on sekiz yaşından küçük kimselerin istisnai olarak iki şekilde ergin kılınması mümkündür. Bunlar; evlenme[123] ve mahkeme kararı[124] ile ergin kılınmaktır. Öncelikle on sekiz yaşından küçük bir kimsenin mahkeme kararı ile evlenmesine imkan tanınmış olması dahi doktrinde tartışmalı ve kanaatimize göre hukuka aykırı bir konudur. On sekiz yaşından küçük bir çocuğun evlilik gibi her anlamda büyük sorumluluklar barındıran ve sağlıklı bir toplumun temel taşı olan bir kuruma, her ne kadar kendisinin ve velisinin rızası olsa dahi, mahkeme kararı ile dahil edilmesi kanaatimize göre zaten başlı başına yanlış olup, "çocuğun" hukuki menfaatlerine aykırıdır. Yine Türk Medeni Kanunu'nda on altı yaşını doldurmuş kimselerin "olağanüstü" durumlarda mahkeme kararı ile evliliğine izin verilebileceği düzenlenmiştir. Burada bahsi geçen "olağanüstü" durumlar doktrinde yer alan genel görüşe göre, "kız çocuğunun evlilik dışı gebe kalması, anne babasına evlenme ile yardım edebilecek duruma gelmesi, kız çocuğunun evlendikten sonra evlenme yaşının daha düşük olduğu bir ülkeye gidecek olması" gibi durumlardır[125]. Yargıtay eski tarihli kararlarında; "kız çocuğunun başka bir erkek ile birliktelik yaşaması sonucu evlenerek

[121] BMÇHS m. 1; *"daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır"* şeklindedir. TCK m 6 kapsamında on sekiz yaşından küçük kimseler çocuk olarak tanımlanmış, bu tanıma BMÇHS hükümleri göz önüne alınarak yer verilmiştir. Ancak TCK da reşit olma durumu istisnai tutulmamıştır. Dolayısıyla erken reşit olma durumunun Ceza Hukuku kapsamında "çocuk" olmaya bir etkisi yoktur. GERÇEKER, s. 145.

[122] TMK m. 11: *"Erginlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar."*

[123] TMK m. 11/2: *"Evlenme kişiyi ergin kılar."* Her evlenme kişiyi ergin kılmaz. Hukukumuzda yasal olarak on sekiz yaşını doldurmamış kimselerin evlenmesi mümkün değildir. Ancak olağan durumlarda on yedi yaşını tamamlamış kimselerin velilerinin rızaları ile, olağanüstü durumlarda ise yine velilerin rızası ve on altı yaşını doldurmuş olmak, her iki durumda da mahkeme kararı ile bu kişiler evlenebilir ve ergin kılınabilir.

[124] TMK m. 12: *"On beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızası ile mahkemece ergin kılınabilir."*

[125] VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşen; Yürürlükten Kaldırılması Gereken Bir Hüküm Olarak Olağanüstü Durumlarda ve Pek Önemli Bir Sebeple Evlenmeye İzin Verilmesi (TMK m. 124/II), İÜHFD, 2021, s 88.

aile haysiyetini kurtaracağı ve bu durumun olağanüstü ve pek önemli sebep olduğu[126]", "vesayet altındaki küçüğün evlenerek düzenli bir hayat kuracağına ve başkaları tarafından bakılmaktan kurtulacağı[127]" gibi küçüğün hukuki menfaatlerini gözetmeden, üstü kapalı cinsiyetçi yaklaşımlar ile hüküm kurmaktaydı. Yargıtay'ın yeni tarihli kararları[128] ise daha çok "çocukların" hukuki menfaatlerini korumaya yönelik olacak ki, cinsel saldırı suçunda da mağdurun 18 yaşından büyük kimseler olacağı görüşünü benimsemiştir.

Mağdurun on sekiz yaşından küçük olmasına rağmen "evlenme" ile ergin kılınan kimse olarak kabul edileceği istisnai tek durum, cinsel saldırının eşler arasında gerçekleşmesi hali olup bu hususa aşağıda ayrı bir başlık altında değinilecektir.

3.1.1.3.Fiil

Cinsel saldırı suçunun temel halinden bahsedebilmek için aranan ilk şart, failin bir şekilde mağdurun vücuduna cinsel arzularını tatmin etme amacı içeren bir eylem ile *temas etmiş* ve bu eylem ile mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal etmiş olması gerekmektedir. Suçta önemli olan mağdurun cinsel ve vücut dokunulmazlığının ihlalidir. Dolayısıyla eylemin mağdurun vücudunda gerçekleştirilmesi ve her halükarda mağdura temas gerekir. Fail, mağdura karşı temasta bulunmadan cinsel içerikli bir eylem gerçekleştirmişse bu durumda cinsel saldırı suçundan söz edilemez[129]. İlgili eylem şartları oluşmuşsa TCK m. 105 ile düzenlenen cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilebilir.

---

[126] *"…toplanan delillerden, (H)nin dava tarihinde 14 yaşını bitirip 15 yaşını bitirmediği, kızlığını 10 gün kadar önce kaybettiği ve (M.C) isimli şahısla kaçarak birlikte karı koca gibi yaşamaya başladığı gerçekleşmiştir. Bu durum fevkalade hal ve pek mühim bir sebep teşkil eder. Verilecek izin, kızın aile birliği kurmasına yardım edeceği gibi ihlal olunan aile haysiyetini de telafi edecektir…"* Yargıtay 2. HD., E. 1986/10310, K. 1986/10529, K.T. 01.12.1986.

[127] *"…evlenmesine izin verilen Ç. 03.04.1987 doğumlu olup vesayet altındadır. Akrabaları tarafından bakılmakta, düzenli bir aile yaşamı bulunmamaktadır. Bu durum Türk Medeni Kanunun düzenlediği 124/2 maddesine uygun pek önemli bir sebeptir. Davacı bir an önce evlenerek başkalarının yardımına bağımlı olmaktan kurtulacaktır…"* Yargıtay 2. HD., E. 2003/7198, K. 8271, K.T. 05.06.2003.

[128] *"…tarafların birlikte olup, karı koca gibi yaşamalarının, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 124. Maddesinde de belirtilen olağanüstü durum olarak kabulüne imkan bulunmamaktadır. Bu yön gözetilmeden, yazılı şekilde evlenmeye izin verilmesi doğru görülmemiştir…"* Yargıtay 2. HD., E. 2015/ 3626, K. 2015/ 9331, K.T. 06.05.2015.

[129] *"…failin mağdureye bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını göstermesi şeklindeki eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 105/1. Maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde hüküm tesisi…"* Yargıtay 14. CD., E. 2016/2507, K. 2020/1001, KT. 10.02.2020, YELDAN (99), s. 26; YELDAN, s. 63.

Yargıtay içtihatlarında de bedensel temas varsa cinsel saldırı suçunun, yok ise cinsel taciz suçunun oluştuğu kabul edilmektedir.

Cinsel saldırı suçunun temel halinde suça konu fiil; failin "cinsel arzularını tatmin etmek amacı" ile mağdurun vücudunda gerçekleştirdiği ancak cinsel ilişki boyutuna da varmayan cinsel eylemleridir. Suçun oluşması için failin cinsel içerikli eylemlerini temas ile gerçekleştirmiş olması yeterli olup, arzularını tatmin etmiş olması şartı aranmaz.

Failin mağduru zorlayarak kendi vücudu veya failin vücudunun üzerinde[130] cinsel eylem gerçekleştirmesini sağlaması halinde de suç oluşur[131]. Bu durumda her ne kadar fail, mağdurun vücuduna temas etmemiş olsa da mağdur kendi vücudunda failin zoru ile rızası dışında cinsel bir eylem gerçekleştirdiğinden suç oluşur. Örneğin fail mağdurun zorla bizzat kendisine dokunmasını ya da failin vücuduna dokunmasını ve cinsel eylemde bulunmasını sağlayabilir. Fail mağdura zorla elbiselerini çıkartmış bu esnada onu izlemiş ve haz duymuş ise, cinsel saldırı suçunun oluşur. Ancak failin mağdurun karşısında mağdura temas etmeden kendi üzerinde gerçekleştirdiği, kendi cinsel bölgelerine dokunurken mağdura zorla kendisini izletmesi gibi, cinsel eylemler bu suç kapsamında değerlendirilemez[132]. Mağdurun karşısında kendini tatmin etme, cinsel söylemlerde bulunma, kendine dokunma gibi eylemler kural olarak cinsel taciz suçuna konu olur. Doktrinde failin kendi vücuduna dokunması ve karşısında ki kişi bu hareketleri izlemeye zorlaması halinde TCK m. 109/5 kapsamında "kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması suçunun nitelikli hali olan suçun cinsel amaçla işlenmesi" durumunun söz konusu olacağı yönünde de görüşler mevcuttur[133]. Bu eylemlerin gerçekleştiriliş biçimleri, yönelimleri ve neticeleri somut olaya göre değerlendirilerek suç olup olmadığına, suç ise hangi suç kapsamında olduğuna karar verilmelidir[134].

---

[130] *"failin mağduru cinsel temasta bulunmaya zorlaması halinde sarkıntılıktan söz edileceğine"* dair görüş için bkz: ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 870.

[131] ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 861 vd.; Aksi görüş için bkz: ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 235; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 327; YOKUŞ SEVÜK, Handan; Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, Kasım, 2018, s. 83; ARTUK, M. Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 383; YENİDÜNYA, A. Caner; 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Legal Hukuk Dergisi, C: 3, S: 33, Eylül, 2005, s. 3290.

[132] TAŞTAN, s. 37.

[133] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 327-328.

[134] TANER; *"şehirlerarası bir otobüs muavinin, mağduru izleyerek mastürbasyon yaptığı ve failden çıkan meninin mağdurun yüzüne sıçradığı, kamuoyunda da gündem olan olayda her ne kadar failin cinsel eylemi sonucunda meni sıçrayacağı açık olsa da… bu davranışların cinsel saldırı olduğunun kabulü halinde*

Fiilde temas unsurunun ani ve kesik hareketler ile gerçekleşmesi halinde cinsel saldırı suçunun sarkıntılık düzeyinde kalması söz konusu olur[135]. Örneğin dokunup, öpüp kaçmak gibi eylemler ani ve devamlı nitelikte olmadığından cinsel saldırı suçunun sarkıntılık düzeyinde kaldığından söz edilecektir[136]. Bu durumda fail "2 yıldan 5 yıla kadar hapis" ile cezalandırılır. Ancak failin temas eylemi ani ve kesik değil devamlılık gösterir şekildeyse cinsel saldırı suçunun temel hali oluşur.

Suçun nitelikli halinde, mağdurun vücuduna "organ veya sair bir cisim sokulması sureti ile" gerçekleştirilen cinsel amaçlı eylemler söz konusudur. Suçun temel halinden farklı olarak nitelikli halde failin "cinsel arzuları tatmin amacının" olması şart değildir. Eylemin cinsel amaç ile gerçekleştirilmesi yeterlidir. Suçun nitelikli hali, somut olayda failin hangi organ veya cismi, mağdurun vücudunda hangi bölgeye ne saikle sokmaya çalıştığına göre değerlendirilmelidir[137]. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında failin sokmak istediği organ ya da sokulmaya çalışılan mağdurun vücut bölgelerinden en az birisinin "cinsel özellik taşıması şartı" aranmaktadır[138]. Örneğin vajinal, anal veya oral yoldan vücuda herhangi bir cisim sokulması halinde suçun nitelikli halinden söz edilecektir. Ancak Yargıtay cinsel saikle olsa dahi failin mağdurun ağzına dilini veya parmaklarını sokmasını sokulan organın ve vücut bölgesinin cinsel özellik taşımaması sebebi ile suçun temel hali olarak kabul etmektedir[139].

---

fırlatılan şeyin hedeflenen bölgeye isabet etmemesi halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanması söz konusu olacak… sıçratma, fırlatma gibi davranışların cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmeye elverişli olmadığı…ancak örneğin davranışın cinsel özgürlüğü ihlal etmeye elverişli olduğunun açık olduğunu burada cinsel taciz suçunun oluştuğunu kabul etmenin daha doğru olacağını…" ifade etmektedir. TANER, s. 147-148. Ancak kanaatimize göre, temel olarak cinsel saldırı suçunda esas olan "mağdurun vücuduna cinsel saik ile temas edilmesi" olduğundan ilgili olayda suça konu eylemin cinsel saldırı suçu olarak değerlendirilmesi yerindedir. İlgili eylemin sarkıntılık suçunu oluşturacağına dair görüş için *bkz:* ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 870.

[135] TCK m.102/1: *"…Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir."*

[136] *"…sanığın yaya olarak yürümekte olan mağdurenin göğsünü sıkıp kaçması biçiminde gerçekleşen olayda, sanığın mağdureye karşı, onun vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olup devamlılık arz etmeyen ani ve hareketler yönünden kesiklik gösteren eyleminin hükümden sonra… yürürlüğe giren 6545 sayılı kanun değişik TCK'nın 102/1 maddesi ikinci cümlesindeki sarkıntılık düzeyinde kalan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğunun anlaşılması karşısında…"* Yargıtay 14. CD. E. 2013/ 10236, K. 2015/9803.

[137] YELDAN (99), s. 65; TANER, s. 165.

[138] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 331. Yargıtay CGK E. 2013/14-294, K. 2013/615, KT. 17.12.2013.

[139] YELDAN, s. 136.

Suçun temel hali bakımından soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı iken, nitelikli haller bakımından, eylemin eşler arasında gerçekleştiği durumlar hariç, re'sen soruşturulması ve kovuşturulması yapılmaktadır.

3.1.2. Cinsel Saldırı Suçunda Mağdurun Rızası ve Rızayı Etkileyen Haller

TCK m. 102 ile düzenlenen cinsel saldırı suçunda mağdurun rızasına ilişkin açıkça herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Düzenlemede *"cinsel davranışlar ile bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişinin mağdurun şikayeti üzerine"* cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır.

Dolayısıyla cinsel saldırı suçundan bahsedebilmek için mağdurun vücut dokunulmazlığının rızası dışında failin cinsel davranışları ile ihlal edilmesi gerektiğini ve bu kapsamda ilgili eylemin "rıza dışında" gerçekleşmesi halinde suçun oluşacağından söz edebiliriz. Rızanın varlığı fiili TCK m. 26/2 kapsamında hukuka uygun hale getireceğinden suç oluşmayacaktır. Rızanın fiilden önce veya en geç fiil esnasında açıklanmış olması gerekir. Fiile maruz kalan kimse rızasını açıkça beyan edebileceği gibi zımni olarak da rıza gösterebilir.

Kanun koyucu 18 yaşından büyük kimselerin kendi bedenleri üzerinde ki tasarruf yetkileri ve cinsel özgürlükleri kapsamında suça konu eyleme rıza gösterebilecek olmaları sebebi ile cinsel saldırı suçunun temel halini şikayete tabi tutmuştur[140]. Suçun oluşumu bakımından rızanın yokluğu aranmakla beraber, suçun takibinin şikayete tabi olması İstanbul Sözleşmesi kapsamında doğru olmadığından eleştirilmektedir. AKBULUT[141]'a göre; *"Sözleşmenin 55. Maddesi/1. Fıkrası ile taraf devletlerin, sözleşmede yer alan bazı suçların…soruşturulması veya kovuşturulmasını, mağdur tarafından bildirilmesine veya şikayette bulunmasına bağlı olmamasını ve mağdur şikayetini veya ifadesini geri alsa bile işlemlerin devam edebilmesini sağlamak üzere gerekli veya diğer tedbirleri alması istenmektedir. Belirtilen suçlardan biri de Sözleşmenin 36. Maddesinde düzenlenen her türlü cinsel şiddet eylemleridir. Dolayısıyla TCK'nın 102. Maddesine bakıldığında 1.*

[140] AKBULUT (Rıza), s. 269.
[141] AKBULUT (Rıza), s. 276.

Fıkra kapsamında cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi ve 2. Fıkrada cinsel saldırının belirli şekillerde eşe karşı işlenmesi şikayete tabi kılınmıştır. Bu düzenlemelerin Sözleşmenin aradığı gerekliliği taşımadığı görülmektedir."

Cinsel saldırı suçunda mağdurun rızasının geçerli olabilmesi için, mağdurun rızai ehliyetinin bulunması, rızanın cinsel eylemin başından sonuna kadar her aşamasında mevcut ve geçerli olması, aynı zamanda fiilin gerçekleştirilme biçimini de kapsaması gerekir. Örneğin mağdur fail ile prezervatif kullanması halinde cinsel ilişkiye gireceğini, aksi halde cinsel ilişkiye rızası olmadığını beyan etmiş, buna rağmen fail prezervatif kullanmayarak, zorla mağdur ile cinsel ilişkiye girmiş ise mağdurun cinsel ilişkiye ilişkin geçerli rızasının varlığından söz edilemez. Ancak ilgili durumda mağdur, prezervatif kullanmamasına rağmen failin eylemine karşı sessiz kalmışsa zımni rızadan bahsedilir ve suç oluşmaz[142]. Rızanın eylemin başında var olup daha sonradan ortadan kalkması halinde, rıza ortadan kalktığı andan itibaren gerçekleşen eylemler suç oluşturur[143]. Yine mağdur cinsel eyleme rıza göstermiş ancak eylemin biçimi değişmiş veya değişecekse, mağdurun da eylemin yeni biçimine rızası yoksa rızanın kalktığı andan itibaren gerçekleşen eylemler cinsel saldırı suçunu oluşturur. Örneğin mağdur cinsel ilişkiye rıza göstermiş ancak failin vajinasına boşalmasını istemediğini söylemesine rağmen fail bu eylemi gerçekleştirmiş ise mağdurun rızasının olmadığını söylediği andan itibaren eylem cinsel saldırı suçunu oluşturur[144].

Rızanın varlığı her somut olaya göre ayrı belirlenmelidir. Fiziksel veya ruhsal zorlamanın var ve ispat edilebilir olduğu durumlarda rızanın olmadığı açıktır. Ancak hiçbir zorlamanın olmadığı hallerde de mağdurun rızası bulunmayabilir. Mağdur fiile direnememiş veya sessiz kalmış olabilir. Her sessiz kalma veya direnmeme rıza anlamına gelmez. Bu sebeple mağdurun fiile direnmeme, sessiz kalma nedenlerinin de somut olaya göre değerlendirilmesi, salt bu sebepler ile rızanın varlığından söz edilmemesi gerekir. Nitekim AİHM Bulgaristan hükümetine karşı yapılan bir başvuru da; *"mağdurun sessiz kalmasını, aktif muvakemette bulunmamasını cinsel ilişkiye rıza gösterdiği şeklinde yorumlayan savcılık makamının verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararı nedeni ile tazminata hükmetmiştir. Başvuruya konu olayda mağdur, arkadaşı tarafından tecavüze*

[142] TANER, s. 177.
[143] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 407; TAŞTAN, s. 133; AKKAYA, s.30; TANERİ/ KAMIŞLI, s. 318.
[144] *Ayrıntılı bilgi için bkz:* TANER, s. 177.

uğramıştır. Mahkeme yetkili makamların eksik soruşturma yaptığına; sessiz kalmak, karşı koymamak gibi davranışların rıza olarak kabul edilebilmesi için başka emarelere de ihtiyaç olduğuna karar vermiştir. Mahkeme kararına göre kişinin iradesinin hangi yönde olduğu dış dünyada açıkça anlaşılabilmelidir. Kişinin sessiz kalması tek başına rıza gösterildiği şeklinde yorumlanabileceği gibi, rıza gösterilmediği şeklinde de yorumlanabilir. Ancak kişinin diğer tutum ve davranışları birlikte değerlendirildiğinde rıza gösterdiği sonucuna ulaşılabiliyorsa hukuki değerin sahibinin sessiz kalmasının rızanın varlığını ortaya koyduğu sonucu çıkartılabilir[145]*."*

Suça konu cinsel eyleme başta rıza gösterilmemesine rağmen daha sonra rızanın oluşması da mümkündür. Bu durumun somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir. Örneğin zorla öpülen bir kimse daha sonra eyleme kendi rızası ile devam eder ve karşılık verirse başta ki öpme eyleminin suç teşkil ettiği söylenemeyecektir. Ancak burada hareketler arasında ki zaman, yer farklılıkları gibi hususlar da değerlendirilmelidir.

TCK m.102 kapsamında suçta hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi için failin hareketlerinin mağdurun rızası dışında gerçekleşmesi yeterlidir. TCK m. 26/2 kapsamında kural olarak mağdurun rızası suça konu eylemi hukuka uygun hale getirir. Rızanın cinsel saldırı suçunda tipikliğe ait unsur mu olduğu yoksa hukuka uygunluk sebebi olduğumu konusunda doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. İlk görüşe[146] göre; TCK m. 102' de suçun temel şekli bakımından eylemin mağdurun rızası dışında gerçekleştirilmesi arandığından rıza tipikliğe ait bir unsurdur. Bu sebeple failin eylemini icra ederken mağdurun rızasının olup olmadığını bilmesi gerekir. Bu durumda fail mağdurun rızası olduğunu zannederek eylemini gerçekleştirmiş ise hata hükümlerinden yararlanarak cinsel saldırı suçundan dolayı ceza almayacaktır[147]. Yargıtay tarafından da 2022 tarihli bir kararına kadar[148] benimsenen ve bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre

---

[145] *Naklen* KOÇ, s. 241.

[146] TANER, s. 173; ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 877; TULAY, M. Emre: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçun Eşe Karşı İşlenmesi, ABÜHFD, C: 8, S: 16, Aralık, 2020, s. 511; YURTLU, Fatih; "Cinsel Saldırı" ve "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma" Suçları Bakımından Akıl Hastasının Rızası (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2017/648 E., 2019/145 K. Sayılı Karar İncelemesi) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 16, s. 1351; DEMİREL, s. 1486; KORKUSUZ, Gülşah; Cinsel Saldırı Suçu (TCK md. 102), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 71, S: 1, Ağustos, 2013, s. 834; ERDOĞAN, Oğuz; Rızanın Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim, 2021, s. 245.

[147] AKBULUT (Rıza), s. 269.

[148] *Yargıtay CGK 2018/14-226 E., 2022/478 K. Ve 23.06.2022 tarihli akıl hastası mağdura karşı, akıl hastası olduğunu bilmediğini iddia eden ve hata hükümlerinden yararlanmak isteyen failin suç eylemine*

ise, rızanın varlığı hukuka ilgili eylemin suç vasfını ortadan kaldırdığından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir[149]. Nitekim uygulamada da rıza hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmekte ve geçerli rızanın varlığı halinde diğer koşullarda oluşmuş ise artık suçtan bahsedilmemektedir.

Tek başına mağdurun rızası cinsel saldırı suçuna konu eylemin hukuka uygun hale gelmesi için yeterli değildir. Rızanın geçerli olabilmesi için mağdurun rızaya ehil olması ve rızanın geçerli bir şekilde açıklanmış olması gerekir. Kural olarak, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunmayan, 18 yaşını dolduran kimse rızaya ehil kabul edilmektedir. Rızanın geçerli şekilde açıklanması için şekli bir şart aranmamaktadır. Rıza kapalı, açık sözlü ya da yazılı şekillerde açıklanabilir. Önemli olan rızanın anlaşılabilmesidir. Tek başına mağdurun fiile sessiz kalması ses çıkarmaması her durumda rızanın var olduğu anlamına gelmez. Somut olayda dışarıdan eyleme maruz kalan kimsenin iradesinin belirlenebilir olması gerekir[150].

Mağdurun failin suçunu ispat etmek, onu yakalatmak amacı ile rıza gösterdiği cinsel eylemlerde, fail açısından geçerli bir rızanın varlığı kabul edildiğinden, somut olaya ve olgulara göre suç oluşmaz[151]. Ancak somut olaya göre, mağdurun failin eyleminden kurtulmak ya da zaman kazanmak amacı ile eyleme rıza gösteriyormuş gibi davrandığı ve aslında rızanın olmadığının daha sonra net olarak anlaşıldığı durumlarda rızanın geçerli olduğundan bahsedilemez[152].

Tıbbi muayene, masaj, spor faaliyetleri gibi durumlarda tarafların fiziki müdahalelerinin cinsel temas içerikli olduğunu ileri süren kimsenin rızasının olup olmadığı değerlendirilmelidir. Hekimler bakımından suçun oluşumunda değerlendirilmesi gereken husus "muayene eyleminin amacını aşıp aşmadığıdır". Örneğin jinekoloğa giden bir

ilişkin kararında cinsel saldırı suçunda rızanın tipiklik unsuru olarak değerlendirilmesine ilişkin görüş benimsemiştir.

[149] PAKIR, s. 120; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 442; KOÇ, s. 236; DERELİ, s. 554.

[150] AKBULUT (Rıza), s. 271-272; ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 245.

[151] *"Dava konusu olayda katılanın, sanığı yakalatmak amacıyla cinsel ilişkiye rıza gösterdiğini belirtmesi ve sanığın da bu beyana istinaden katılanın evine gittiğinin anlaşılması karşısında, atılı suçun kanuni unsurları itibariyle oluşmadığı ve 17.06.2007 tarihli iddianame içeriğine göre de bu olay öncesinde sanık tarafından yapılan cinsel ilişki tekliflerinin kamu davasına konu edilmediği nazara alınarak atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi…Kanuna aykırı, sanık müdafiin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden…"* Yargıtay 14. CD. 2016/8681 E., 2017/2375 K. 03.05.2017 KT. www.lexpera.com, *E.T.; 10.12.2022.*

[152] TANER, s. 175.

kimsenin vajinal muayene esnasında hekimin cinsel organına temas ettiği hatta cinsel organına cisim soktuğu gerekçesi ile şikayetçi olması durumunda ilgili temas ve eylemlerin aşılıp aşılmadığı tespit edilecek, mağdurun temasa rızasının olmadığı hususu, muayenenin temas etmeden gerçekleştirilmesi mümkün olmadığından, dinlenmeyecektir. Ancak ultrason ile muayeneye gelen kimseye hastanın rızası dışında zorla vajinal muayene yapılması ve hekimin bu bölgeye teması halinde cinsel saldırı suçu oluşacaktır.

Suçun sarkıntılık düzeyinde kalması bakımından da temel halinde olduğu gibi mağdurun rızası fiili hukuka uygun hale getirecektir.

3.1.2.1.Mağdurun Rızasının Cebir, Tehdit veya Hile ile Etkilenmesi

Mağdurun rızası cebir, tehdit veya hile yolu ile elde edilmiş olabilir. Bu durumda mağdurun iradesinin fesada uğraması ya da tamamen ortadan kalkması söz konusudur. İradesi ortadan kalkan veya fesada uğrayan mağdurun suça konu eyleme göstereceği rıza da geçerli değildir. Bu durumda rızanın geçerli olup olmadığı somut olaya göre değerlendirilir. Madde gerekçesinde "*Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya mağdurun bilincinin yitirilmesine neden olmak veya uyku hali dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanarak bu suçların işlenebileceği*" ifade edilmiştir.

Cinsel saldırı suçuna konu olan cebir, *"mağdurun direncini kıran ve failin arzu ve isteklerine uygun olarak hareket etmesine neden olan fiziki güçtür*[153]*".* Cebir sebebi ile mağdurun iradesinin etkilendiğinden söz edebilmek için öncelikle fiziksel müdahalenin mağdura yönelik olması gerekir. Bir başkasının üzerinde gerçekleştirilerek mağdurun rızasının alınmaya çalışıldığı eylemler cebir olarak değil, tehdit olarak nitelendirilebilir. Mağdurun rızasının cebir yolu ile etkilenip etkilenmediği incelenirken, somut olayda fail ile mağdurun fiziki özelliklerine, eylemin niteliğine yani cebrin "mağdurun direncini kıracak güçte olup olmadığına" bakılır. Cebrin eylem süresince mevcut olması gerekmez.

[153] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 408.

Eylemin başında veya herhangi bir anında kullanılması o andan itibaren alınacak rızanın geçersizliği bakımından yeterlidir.

Mağdur cebre uğradıktan sonra tepkisiz kalmış ve cinsel eylem bu esnada gerçekleştirilmiş ise mağdurun tepkisizliğinin rıza anlamına mı geldiği yoksa şok sebebi ile mi bu durumda olduğu somut olaya göre değerlendirilmelidir[154]. Doktrinde mağdurun suça konu eyleme "hayır" demesinin rızanın yokluğunu belirlemek adına tek başına yeterli olmayacağı, failin eylemine karşı direnç göstermesinin zorunlu olduğuna dair görüşler yer almaktadır. Yine doktrinde yer alan diğer bir görüş; sadece "hayır" demenin her olay için rızanın yokluğu anlamında değerlendirilmemesi gerektiğini ve bu durumun somut olayda yer alan diğer olgularla değerlendirilmesi gerektiği yönündedir[155]. Kanaatimize göre, cinsel saldırı suçundan bahsedebilmek için iradeyi etkileyen veya ortadan kaldıran hallerin varlığı şart değildir. Salt rızası olmayan mağdura karşı işlenen cinsel eylemde bu suçu oluşturur[156]. İradeyi etkileyen haller somut olayda rızanın varlığının tespiti, suçun nitelikli ve ağırlaştırıcı halleri bakımından önem arz eder. Susmak, ses çıkarmamak veya direnç göstermemek tek başına cinsel saldırıya konu eylemin kabule dildiği anlamına gelmez[157]. Mağdur saldırının etkisi ile şoka girerek sessiz kalabilir, direnç göstermeyebilir hatta istenileni yapma eğilimine dahi girebilir. Ancak mağdurun "hayır" beyanının her durumda rızanın yokluğu olarak kabul edilmesi aslında suçsuz olan faili cezalandırmak anlamına gelecektir. Dolayısıyla bu husus somut olaya göre, failin eyleminin şiddetine, gerçekleştiriliş biçimine ve mağdurun iradesini etkileyen bir tehlike durumunun söz konusu olup olmadığına bakılarak değerlendirilmelidir. Örneğin fail mağdura cinsel ilişkiye girip girmek istemediğini sormuş, mağdur faile "hayır" demiş ancak fail eylemine devam ederken mağdur ses çıkarmamış, direnç göstermemiş ise bu durumda mağdurun sadece "hayır" beyanı dikkate alınarak rızasının olmadığından söz edilemez.

Mağdurun cebir ile cinsel saldırıya uğradığı iddiasında da somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır. Somut olayda her zaman cebrin uygulandığına dair maddi olgu bulunamayabilir. Yargıtay *"kendisine yönelik eylemin gerçekleştirildiğini iddia*

[154] TAŞTAN, s. 43-44.
[155] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 407.
[156] TANER, s. 122; PAKIR, s.121; AKKAYA, s.31.
[157] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 443.

eden mağdurun iftira etmesi için bir neden bulunmuyorsa ve tüm aşamalardaki beyanlarında samimiyetini şüpheye düşürecek bir tutarsızlık yoksa, bu beyanlara itibar edilmelidir" şeklinde görüş benimsemiştir[158]. Ancak kanaatimize göre bu görüş çerçevesinde gerçekleştirilen uygulamalar ile her zaman gerçek sonuca ulaşmak mümkün değildir. Mağdurun, yaşadığı sosyal çevre sebebi ile cinsel eyleme rızası olsa dahi cebre uğraması sebebi ile bu eyleme karşı gelemediğini iddia etmesi mümkündür. Örneğin sevgili olan fail ile mağdur, rızaları ile cinsel ilişkiye girmiş, mağdur hamile kalmış daha sonra sevgilisi ile ayrılmış, mutaassıp olan ailesinden korkması sebebi ile cebre uğrayarak cinsel saldırıya maruz kaldığını ve bunun sonucunda hamile kaldığını söylemiş olabilir. Böyle bir olayda, mağdurun fail ile sevgili olduğu da kimse tarafından bilinmiyorsa, sadece mağdurun beyanına dayanarak faili cezalandırmak doğru olmayacaktır. İtalyan Yargıtay'ı tarafından verilen bir kararda; *"...fiili iş birliği olmadan, bir kimsenin üzerinden kot pantolonunu çıkarmanın neredeyse olanaksız olduğu, ortak tecrübe ile sabit bir eridir; zira bu işlem kotu giyen bakımından bile oldukça zordur."* Şeklinde hüküm kurarak ilgili olayda mağdurun rızası dışında eylemin gerçekleştirilemeyeceğini ifade etmiştir[159]. Her ne kadar ilgili kararda olayın değerlendirme biçiminin yanlış olduğunu düşünsek te, mahkemen somut olayda ki her unsuru değerlendirilmiş sadece mağdur beyanı ile faile cezai yaptırım uygulamamıştır. Kot pantolon açısından görüşümüzü belirtmek gerekirse, olayda kot pantolonun mahiyeti ne olursa olsun giyen kimsenin yardımsız giyip çıkardığı düşünüldüğünde failinde tek başına mağdurun kot pantolonunu çıkarmasının olağanüstü bir eylem olmadığı kanaatindeyiz.

Tehdit halinde fail, *"Mağdurun cinsel eylemlerine rıza göstermemesi halinde kendisini veya üçüncü bir kişiyi zarar uğratacağını beyan eder[160]"*. Cebirden farklı olarak tehdidin bizzat mağdura yönelik olması gerekmez. Tehdit, mağdurun bir yakınına ya da üçüncü bir kişiye karşı olabilir. Tehdidin suça konu eylem süresince devam etmesi gerekmez. Suçun herhangi bir aşamasında hatta en başında dahi tehdit ile mağdurun rızasının elde edilmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Cinsel saldırıda tehdidin suç unsuru olabilmesi için, "mağdurun cinsel eyleme rıza göstermesine yetecek ciddiyette olması ve korku

[158] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 409.
[159] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 410.
[160] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 410.

doğurması, verileceği iddia edilen zararın, cinsel saldırı suçunun neticesinden daha ağır olması" gerekir[161].

Örneğin failin gerçekleştireceği cinsel eyleme rıza göstermeyen mağdura, annesinin etrafında gezen bir kimsenin anlık görüntülerini göstererek rıza göstermezse annesinin öldürüleceğini söylemek cinsel saldırı suçunda tehdit unsurudur. Ancak mağdurun annesi ölmüş olmasına rağmen fail mağdura annesini öldüreceğini söylemiş mağdurda buna istinaden rıza göstermiş ise tehdit unsuru oluşmayacağı gibi rızanın yokluğundan da bahsedilemez. Cinsel saldırının tehdit unsurlarının oluşması ile işlendiği durumda mağdurun sessiz kalması ve tepki göstermemesi tek başına rızanın varlığını göstermez. TAŞTAN[162] bu durumu; *"...Psikolojide "kurban suskunluğu" denilen durumda değerlendirmeye alınmalıdır. Buna göre cinsel saldırıya uğrayan mağdur, tehdit veya tehlike altında olmasından ötürü saldırı anında bağırmayabilir. Maruz kaldığı saldırı psikolojik tramvaya sebep olduğundan faile karşı koyamayabilir ya da saldırı sonrasında kendisini suçladığından veya kirlenmiş olduğunu, çevresinde kötü karşılanacağını/ dışlanacağını düşündüğünden bir süre suskun kalabilir. Öyleyse mağdurun bir müddet "kurban suskunluğunu" yaşaması, yaşadığı psikolojik tramvayı atlatmasını (veya etkisini azalmasına) müteakip şikayetini yapmış olması, yaşadığı cinsel saldırı bundan sonra anlatması imkan dahilindedir."* şeklinde ifade etmiştir. Buna göre cinsel saldırı suçunda cebirde olduğu gibi tehdit unsurunun yer aldığı durumlarda da rızanın varlığı somut olaya göre değerlendirilmelidir.

Fail mağdurun rızasını hile yolu ile elde etmiş olabilir. Bu durumda mağdur suça konu eyleme iradi olarak rıza göstermiş gibi görünse de aslında iradesinin fesada uğraması sebebi ile rıza göstermiş olduğundan, geçerli bir rızadan bahsedilemez. Hile ile mağdur hataya düşürülmüş, kandırılmış veya iradesi tamamen ortadan kaldırılmış olabilir. Örneğin fail mağdurun içeceğine ilaç koyarak mağduru uyutmuş veya uyuşturmuş, eylemini bu şekilde gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda cinsel saldırı suçunun unsuru olan hile ile mağdurun iradesinin ortadan kalktığından söz edilir. Yine failin kendisini

[161] TAŞTAN, s. 46; TANER, s. 131-132; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 411; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 324.
[162] TAŞTAN, s. 47-48.

doktor olarak tanıtarak mağduru muayene etmesi halinde de mağdurun iradesinin hile yolu ile fesada uğradığından ve cinsel saldırı suçunun oluştuğundan söz edilebilir.

Mağdur kendiliğinden hataya düşmüş, fail de mağdurun bu hatasından yararlanarak cinsel saldırı suçunu işlemişse yine hile unsuru oluşur. Mağdur hataya düşmesi sebebi ile failin eylemine rıza gösterdiyse, somut olaya göre hataya düşmese de ilgili eyleme rıza gösterip göstermeyeceğine bakılır. Mağdurun hataya düşmese failin eylemine rıza göstermeyecektiyse bu durumda suç oluşur. Örneğin jinekolog arkadaşını ziyarete giden ve arkadaşının odada olmadığı esnada doktor önlüğünü giyerek masasında oturan fail, içeri muayene olmak için giren hastanın kendisini doktor sanması ile bu duruma ses çıkarmayarak hastayı vajinal muayene etmiş olabilir. Bu durumda hastanın, fail doktor olmasaydı kendisine muayene olmayacağı kabul edilerek bu kişiye cinsel saldırı suçunun müeyyideleri uygulanabilir. Yine mağdurun ikiz kardeşlerden birisi ile sevgili olması, diğer kardeşin mağdur ile sevgili olan kardeş gibi buluşarak cinsel eylemde bulunması durumunda mağdurun rızası hile ile iradesi fesada uğradığından geçersiz olacak ve cinsel saldırı suçu oluşacaktır.

Hilenin niteliğinin mağdurun iradesini yanıltacak derecede olması gerekir. Kolayca anlaşılır nitelikte söylenen yalanlar hile olarak nitelendirilemez. Kamuoyunda sık sık gündeme geldiği üzere, fail tarafından mağdurun dini duyguları istismar edilerek cinsel eyleme rıza göstermesi sağlanmış olabilir. Örneğin hastalığının tedavisinde tamamen umutsuzluğa düşmüş mağdurun "hocaya" giderek tedavi olmaya çalıştığı ve failin mağdura cinsel temasta bulunduğu olayda, fail mağdurun çaresizliğini ve inançlarını kullanarak iradesini hile ile yanıltmaktadır. Dolayısıyla çaresiz ve depresyonda olan mağdurun iradi zayıflığından yararlanarak, dini vecibeler adı altında kendisi ile cinsel eylemde bulunmasını sağlayan faile, rıza hile yolu ile edildiğinden, cinsel saldırı suçuna ilişkin yaptırımların uygulanması gerekir. Somut olayda mağdurun subjektif durumuna göre suçun TCK m. 102/3-a hükmü kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür.

Cinsel saldırı suçunda failin menfaat elde etmek amacı ile mağdurun cinsel özgürlüklerini bertaraf etmeden hile veya rızaya sevk ile hataya düşürerek mağdurun suça konu fiile rıza göstermesi halinde, rızanın yokluğundan söz edilemez[163]. Örneğin failin mağdura zengin bir iş adamı olduğunu söylediği, mağdurunda failin sosyo-ekonomik durumundan

[163] AKBULUT (Rıza), s. 273-274.

etkilenerek cinsel ilişkiye girdiği durumda, mağdur daha sonra failin zengin olmadığını öğrenmişse, hile sebebi ile iradesinin fesada uğradığından ve cinsel saldırı suçunun oluştuğundan bahsedilemez. Burada önemli olan mağdurun "cinsel özgürlüğünü kullanarak" fail ile "rıza göstererek" cinsel ilişkiye girmesidir. Mağdurun eylemi gösterdiği rızada failin sosyal ve ekonomik niteliklerinin önemi yoktur. Doktrinde evlenme vaadinin rızanın geçerliliğini etkileyip etkilemediği hususu tartışmalı olup, evlenme vaadi ile gerçekleştirilen cinsel ilişkide rızanın geçerli olmayacağına ilişkin görüşler[164] yer almaktadır. Bu görüşün temeli, mağdurun aksi olsaydı rıza göstermeyeceği bir eyleme hile ile kandırılarak ikna edilmiş olmasıdır. Bunun yanında bir diğer görüş[165], evlenme vaadinin hile olarak nitelendirilebilmesi için, somut olayda evlenme vaadinin mağdurun eyleme karşı koyma güç ve iradesini ortadan kaldırabilecek nitelikte olması gerektiği şeklindedir. Kanaatimize göre cinsel eyleme rıza gösteren kimse, vaat ne olursa olsun cinsel eyleme ve sonuçlarına, iradesi ortadan kalkmadan, bilerek ve isteyerek rıza gösterdiğinden, cinsel saldırı suçunun ne temel ne nitelikli halinden bahsedilemez[166]. Ancak "evlenme vaadi" sebebi ile gösterilen rıza geçersiz sayılmamakla birlikte mağdur kandırılarak sahte bir evlilik gerçekleşmiş, cinsel ilişki sahte evlilikten sonra gerçekleşmiş ise rıza geçersiz sayılacak ve suç oluşacaktır. Nitekim Yargıtay 04.07.2013 tarihli bir kararında[167] kendisini farklı bir isimle tanıtan sanık ile resmi nikah ile

[164] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 413; ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 237.
[165] YOKUŞ SEVÜK, s. 83; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 382; ERDOĞAN, s. 246.
[166] *Benzer görüş için bkz*: ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 325-326; ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 861; AKBULUT (Rıza), s. 274; ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 861.
[167] *"...sanığın kandıracak nitelikte söz ve davranışlarla mağduru hataya düşürerek, rızasını elde ettikten sonra eylemi gerçekleştirmesi halinde de cinsel saldırı suçunun oluştuğunun kabulünün gerektiği, bu halde hilenin, yöneldiği mağduru kandırabilecek şekilde ve oranda ağır, yoğun ve ustaca, ayrıca sergilenişi itibarıyla mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte olması, mağdurun subjektif durumunun da dikkate alınarak değerlendirme yapılması gözetilerek somut olayımız incelendiğinde; mağdurenin aşamalardaki istikrarlı anlatımlarına, sanık savunmalarına, tanık beyanları ve tüm dosya içeriğine göre, mağdurenin Kütahya ilinde öğretmen olduğu, gerçek ismini gizleyerek başka bir kişinin kimliği olan Ü.Y. adını kullanan sanık ile internetten tanıştığı, sanığın Kütahya iline geldiği, yüz yüze görüştükleri, sanığın kendini mağdureye mimar olarak tanıttığı, iki aylı bir arkadaşlıktan sonra mağdurenin sanık ile evlenmeye karar verdiği, sanığın Ankara'da ki evinde aile arasında nişan merasimi yaptıkları, peşinden de 2008 yılı Ağustos ayı içerisinde sanığın resmi nikah işlemlerini yapacağını söyleyerek mağdureyi Ankara'ya çağırdığı, sanığın Çankaya Belediyesinde tanıdıkları olduğunu bu nedenle nikahı evde yapacaklarını söylemesi ile, 20.08.2008 tarihinde elinde bir defterle eve gelen ve kimliği tespit edilemeyen, sanığın nikah memuru olduğunu belirttiği bir şahıs tarafından deftere imzaları alınarak mağdureye evlenme cüzdanının verildiği, ancak sanığın resmi işlemleri takip etmek bahanesi ile evlenme cüzdanını geri aldığı, 27.08.2008 tarihinde de Kütahya ilinde düğün merasimi yaptıkları, bu tören ve düğün merasimlerinden sonra mağdurenin gerçekte evli olduğunu zannettiği sanıkla hile ile elde edilen rızası dahilinde cinsel ilişkiye girdiği, yaklaşık bir yıl boyunca mağdurenin görev yaptığı Kütahya ilinden Ankara iline hafta sonları gelerek gerçek sandığı evliliği sürdürdüğü, keza bu arada sanığın telkin ve hileleri ile mağdurenin arabasını sattırıp parasını aldığı, bankadan kredi çektirdiği, kredi kartını alıp*

evlendiğini sanan ve yaklaşık bir yıl boyunca evli olduğu zannı ile cinsel ilişkide bulunan mağdurun rızasını geçersiz saymış ve failin işlediği eylemin nitelikli cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Doktrinde yer alan bir görüş, evlenme vaadi ile gerçekleştirilen cinsel ilişkinin sonuçları bakımından mağdurun sağlığının bozulabileceği bu sebeple suçun oluşacağı yönündedir. *ARSLANTÜRK*'e[168] göre; *"evlenme vaadi ile kızlık zarının bozulması durumunda mağdurun beden sağlığı bozulmamaktadır. Ancak toplumsal yapı bakımından mağdurun ruh sağlığı bozuluyorsa bu durum (6545 sayılı kanun ile değiştirilmeden önce) TCK 102/5 te yer alan mülga "suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur." şeklinde hükme göre suçun neticesi sebebi ile ağırlaşmış halini oluşturmaktadır."* İlgili kanun maddesi yürürlükte olmadığından uygulanabilir olmamakla birlikte, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Cinsel ilişkiye rıza gösteren ve rızai ehliyeti tam kimsenin, fiilin anlam ve sonuçlarını, fiil ile meydana gelebilecek fiziki değişiklikleri anlayabileceği ve öngörebileceği kabul edilir. Cinsel ilişki sonucunda "himen" adlı dokunun değişikliğe uğraması hem bilimsel bir gerçek hem de toplumsal olarak bilinen bir durumdur. Dolayısıyla cinsel ilişkiye giren kişinin "evlenme vaadi" ile bu eylemi gerçekleştirdiği ve sonucunda bedensel ve ruhsal zarara uğradığı iddiası ile cinsel saldırı suçunun oluştuğundan bahsedilemez.

Cinsel saldırı suçu, failin hile yolu ile mağduru uyuttuğu, sarhoş ettiği veya uyuşturduğu halde işlenmiş olabilir. Bu durumda mağdurun iradesi ortadan kalkacağından geçerli bir rızadan bahsedilemeyecek, fail aşağıda incelediğimiz üzere TCK m. 102/3-a kapsamında cezalandırılacaktır.

---

kullandığı, mağdurenin nüfus cüzdanının yenilenmesi ve Ankara'ya tayin talebini ise, Alman vatandaşı olduğundan evraklar ikmal edilmedi diye usuli işlemleri bahane ederek oyaladığı, zamanın uzaması nedeniyle tayin işinin başlatılmamasını nüfus cüzdanının yenilenmemesine bağlayan mağdurenin önce Kütahya Belediyesi evlendirme memurluğuna sonra da nüfus müdürlüğüne giderek sorması ile evli olmadığını öğrenmesi üzerine 30.09.2009 günü sanık hakkında Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına şikayette bulunduğu, soruşturmaya başlanıp kamu davası açıldıktan sonra sanığın gerçek isminin C.Y. olduğunun ortaya çıktığı olayda, mağdurenin cinsel ilişkiye girme rızasının, kandırıcı nitelikte, yoğun, ustaca sergilenen hileli davranışlarla elde edildiği, gerçekte evlendiği zannı ile zincirleme şekilde cinsel ilişkiye girdiği, ancak bu rızanın gerçek iradesini yansıtmadığı anlaşıldığından...sanığın sübut bulan üzerine atılı nitelikli cinsel saldırı suçundan mahkumiyeti yerine, yazılı şekilde dosya içeriğine uymayan gerekçelerle eylemin rızaya dayandığından bahisle beraat kararı verilmesi…" Yargıtay 14. CD. 2013/4640 E., 2013/8615 K., 04.07.2013 K.T., YELDAN (99), s. 50 vd.

[168] ARSLANTÜRK, s. 64-65.

Suça konu eylem fail tarafından zorla mağdura da yaptırılabilir. Burada eylem mağdurun kendi kendisine cinsel eylemlerde bulunması veya mağdurun faile cinsel temas içerikli eylemlerde bulunması şeklinde olabilir[169]. Doktrinde mağdurun kendi kendisine cinsel eylemde bulunmaya zorlanmasının cinsel saldırı suçunu oluşturmayacağını savunan görüşler[170] de yer almaktadır. Ancak bu durumda mağdur eylemlerini cebir veya tehdit yolu ile zorla gerçekleştirdiğinden geçerli bir rızadan bahsedilemez, cinsel saldırı suçu oluşur. Somut olaya göre failin, mağdurun kendisine temasından kaynaklı olarak, asıl mağdurun kendisi olduğu iddiası da kabul edilemez.

Son olarak geçerli bir rızadan söz edebilmek için rızanın eylemin başından sonuna kadar mevcut olması ve eylemlerin gerçekleştiriliş biçimlerini de kapsaması gerekir. Mağdurun suça konu eyleme başta geçerli rızası olmasına rağmen bu rıza daha sonra ortadan kalkmış, fail eylemine cebir, tehdit veya hile yolu ile mağdurun iradesini ortadan kaldırarak veya fesada uğratarak devam etmiş olabilir. Bu durumda ilk rızanın ortadan kalktığı andan itibaren geçerli bir rızadan söz edilemez, fail cinsel saldırı suçundan dolayı sorumlu olur. Cinsel saldırı suçuna konu eylem sona erdikten sonra suçun ortaya çıkmaması için yapılan cebir veya tehdit cinsel saldırı suçunun unsuru olarak değil, ayrı bir suç olarak nitelendirilir.

Rızanın yokluğuna ilişkin şüphe mevcut ve aksi ispatlanamamış ise "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereği, somut olayın sanık lehine değerlendirilmesi ve rızanın varlığının kabulü gerekir[171].

3.1.2.2.Mağdurun Rızasının Suçun Nitelikli Haline Göre Değerlendirilmesi

TCK m. 102/2 ile; *"Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır."* şeklinde suçun nitelikli hali düzenlenmiştir.

[169] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 327; ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 861.
[170] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 420.
[171] ŞARE, s. 997.

Suçun nitelikli halinde temel halinden farklı olarak, suçu oluşturan cinsel davranışta failin arzularını tatmin etme amacı aranmaz. Failin eyleminde arzularını tatmin etme amacı olmasa dahi mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokması halinde suçun nitelikli hali oluşur. Suça konu eylemi bizzat fail gerçekleştirebileceği gibi, failin zorlaması ile mağdurun gerçekleştirmesi, hatta organ veya sair cismi başkasına sokturması dahi mümkündür. Önemli olan mağdurun rızası dışında vücuduna organ veya sair cisim sokulmasıdır.

Kanun koyucu suçun temel halinde suçun soruşturulması ve kovuşturulmasını "şikayete" bağlı tutarken, nitelikli hal bakımından şikayet ile ilgili bir düzenlemeye yer vermemiştir. Ancak organ veya sair cisim sokulması eyleminin eşe karşı işlenmesi halini ayırarak, bu halde soruşturma ve kovuşturmayı şikayete tabi tutmuştur[172].

TCK m. 102/2 *de "…Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır."* Şeklinde ki düzenleme ile eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli hali bakımından soruşturma ve kovuşturmanın yapılması ayrı bir uygulamaya tabi tutulmuş, cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi de suç kabul edilmiştir.

Evlilik birliği her ne kadar taraflara karşılıklı olarak, birbirlerinin cinsel arzularını tatmin etme yükümlülüğü yüklesede, bu talepler bakımından eşler arasında dahi tıbbi ve hukuki sınırlar bulunmaktadır[173]. Evlenme ile tarafların cinsel arzuları tatmin etme yükümlülüğüne girmesi, şahsi özgürlüklerinin ve vücut dokunulmazlıklarının rıza dışı ihlal edilebileceği anlamını taşımamaktadır. Dolayısıyla kanun koyucu bu ihlallerin aşılarak cinsel saldırı suçunun, nitelikli halini oluşturan eylemlerin eşe karşı işlenmesi halinde faile cezai yaptırım uygulanmasını mümkün kılmıştır. Kural olarak suçun nitelikli halleri bakımından re'sen soruşturma ve kovuşturma yapılabilirken, mağdurun eş olması halinde istisnai olarak suçun nitelikli halinin takibi şikayete bağlı tutulmuştur[174]. Rızası

---

[172] *"Soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olan suçlar, kanunda açık olarak belirtilmektedir. Bir suçun soruşturma ve kovuşturmasının şikayete bağlı olduğu kanun maddesinde açıkça belirtilmediği hallerde, bu suçun soruşturma ve kovuşturması kamu adına re'sen yapılacaktır." Naklen* TAŞTAN, s. 171.

[173] TAŞTAN, 2021, s. 27; TANER, s. 88-89; PAKIR, s. 144; GERÇEKER, s. 1010; ŞARE, s.996; ARTUK, M. Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, Ekim, 2015, s. 292; DÜLGER, s. 233.

[174] *"Hükümden sonra sanığın eşi olan mağdurenin, 18.05.2017 tarihli dilekçesi ile sanık hakkındaki şikayetinden vazgeçtiğini bildirmesi karşısında, takibi şikâyete bağlı suç yönünden 5237 sayılı TCK'nın 73/6. maddesi gereğince sanıktan vazgeçmeyi kabul edip etmediği de sorularak hukuki durumunun yeniden*

olmayan mağdur eşe karşı fail konumundaki diğer eşin, mağdurun vücuduna organ veya sair cisim sokması halinde, cinsel saldırı suçunun nitelikli hali oluşacak, mağdur eşin fail eş hakkında şikayette bulunması halinde fail suçun nitelikli haline ve somut olaya göre yargılanacak, mağdurun eşi olmasından dolayı cezada indirim almayacaktır. Cinsel eyleme maruz kalan eşin bu eyleme rızasının olması durumunda hukuk sistemi müdahalede bulunamayacak ve cinsel saldırı suçu oluşmayacaktır[175].

Suçun nitelikli halinin eşler arasına gerçekleşmesine ilişkin düzenlemeye yer verilmesine karşın ilgili madde ve gerekçesinde, suçun temel halinin eşler arasında işlenmesine ilişkin herhangi bir özel düzenleme yer almadığından, suçun temel hali ve sarkıntılık düzeyinde kalması bakımından eşler arasına ki cinsel eylemlerin suç oluşturmayacağı anlaşılmaktadır. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir[176]. Doktrinde bir kısım görüş, suçun temel haline konu eylemlerin eşler arasında suç oluşturmayacağı[177], bu eylemler bakımından eşin rızasının olmadığının anlaşıldığı ana kadar gerçekleştirilen eylemlerin varsayılan rıza kapsamında değerlendirilmesi gerektiği[178], eşin suçun temel hali bakımından cinsel saldırı eylemine rızasının olmaması ve yasal koşulların varlığı halinde failin TCK m. 232/1[179] ile düzenlenen "kötü muamele" suçu kapsamında cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedir[180]. Bir kısım görüş ise eşin şikayeti halinde TCK m. 102/1 de yer alan eylemler bakımından suçun temel halinin oluşacağını ifade etmektedir[181]. *TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK*[182] bu hususu şu şekilde değerlendirmiştir; *"...gerekçe göz*

değerlendirilmesi lüzumu…" Yargıtay 14. CD. 2017/889 E. 2017/3177 K. 08.06.2017 KT. www.lexpera.com

[175] ARSLANTÜRK, s. 57.

[176] *"Eşe karşı işlenen cinsel suçlarda cinsel saldırının sadece nitelikli halinin TCK' nın 102/2. Maddesinin ikinci cümlesinde şikayete tabi suç olarak düzenlenmesi karşısında, olay tarihinde mağdure ile resmi evli olan sanığın eşinin rızası hilafına onu kendisine doğru çekerek sarılıp öpmesi şeklindeki eyleminin TCK'nın 102/1. Maddesindeki suçu oluşturmadığı gözetilmeden sanığın mahkumiyetine karar verilmesi…"* Yargıtay 14. CD. 2014/4276 E., 2014/1689 K., 13.02.2014 K.T., www.kazanci.com., *E.T.; 11.11.2022.*

[177] AKKAYA, s. 14; ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 233-862; GERÇEKER, s. 1010; ARTUK/ GÖKÇEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 383; ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 292; ERDOĞAN, s. 248.

[178] PAKIR, s. 119.

[179] TCK m.232/1: *"Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

[180] TAŞTAN, s. 27; PAKIR, s. 119.

[181] TANER, s. 91-92; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 322; TANERİ/ KAMIŞLI, s. 318; AKBULUT (Rıza), s. 277; YOKUŞ SEVÜK, s. 79 vd.; YOKUŞ SEVÜK, Handan: 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C: 3, S: 2, s. 129; KANTARCI, Nurullah; Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu, Ceza Hukuku Dergisi, C: 12, S: 33, Nisan, 2017, s. 158; DURSUN, Selman; Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, Ceza Hukuku Dergisi, C: 9, S: 24, Nisan, 2014, s. 65.

[182] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 403-404; AKBULUT (Rıza), s. 277.

ardı edilmek kaydıyla, TCK m. 102/1'in eşler arasında da işlenebileceğini savunmak için şu argüman öne sürülebilir: TCK m. 102/2'nin son cümlesindeki özel düzenlemenin amacı, normalde re'sen kovuşturulacak olan bu fiilin eşler arasında işlenmesi durumunda şikayete bağlı olarak takip edileceğini ortaya koymaktır; TCK m. 102/2'in takibi zaten şikayete bağlı olduğu için, bu fıkrada eşler açısından özel bir hükme yer verilmemiştir. Bu görüş olması gereken hukuk açısından daha doğrudur ve TCK'nın lafzına aykırı değildir. Fakat kanun koyucunun sübjektif iradesinin bu yönde olmadığı da vurgulanmalıdır." AKBULUT[183] ise; *"...Belirtilen suçlardan biri de Sözleşmenin 36. Maddesinde düzenlenen her türlü cinsel şiddet eylemleridir. Dolayısıyla TCK'nın 102. Maddesine bakıldığında 1. Fıkra kapsamında cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi ve 2. Fıkrada cinsel saldırının belirli şekillerde eşe karşı işlenmesini şikayete tabi kılınmıştır. Bu düzenlemelerin Sözleşmenin aradığı gerekliliği taşımadığı görülmektedir. Cinsel saldırının eşe karşı rıza dışında belirli şekillerde şikayete bağlı kabul edilmesi, bunun dışındakilerin fiillerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Düzenlemeden suç olarak nitelendirilmediği ortaya çıkmaktadır. Yargıtay da suç olarak kabul edilmediğini benimsemektedir. Bu şekilde bir düzenlemenin İstanbul Sözleşmesinin 36. Madde hükmünün gereklerine uygun nitelik taşımamaktadır"* diyerek eşe karşı rıza dışı gerçekleştirilen cinsel eylemlerin suç olarak düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bir diğer görüşe[184] göre ise eşler arasında gerçekleşen cinsel eylemler, evlilik kurumunun doğal bir sonucu olduğundan, rıza hilafına dahi olsa cinsel saldırı suçu kapsamında yer verilmesi uygun değildir. Yine bu görüşe göre ilgili eylem yaralama suçu kapsamında değerlendirilebilir.

Öncelikle evlilik ile tarafların cinsel özgürlüklerinin sınırlandığından bahsedilemez. Dolayısıyla salt evli olmak sebebi ile eşler arasında cinsel saldırı suçunun oluşmayacağı da söylenemez. Cinsel saldırı suçunda, filin suç oluşturup oluşturmadığı hususunda esas olan "geçerli rızadır." Kanun koyucu suçun temel halinin yer verildiği düzenlemede "eşler arasında gerçekleşen eylemler bu suça konu olmaz" şeklinde açıkça hak ihlali teşkil edecek bir hükme yer vermemiştir. Ancak suçun temel halinin eşler arasında oluşmayacağı görüşü tarafların cinsel özgürlüklerine ve evlilik birliğine müdahale

[183] AKBULUT (Rıza), s. 276-277.
[184] TULAY, s. 517 vd.

anlamına gelmektedir. Bu sebeple rıza dışında gerçekleşen cinsel saldırı suçuna konu eylemler bakımından, suçun temel halinin eşler arasında da gerçekleşebileceği kabul edilmeli, suçun nitelikli halinde olduğu gibi, mağdurun şikayeti halinde suç takip edilebilmelidir. Ancak bu husus somut olaya göre değerlendirilmeli, eylemin varsayılan rıza kapsamında gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği incelenmelidir. Aksi halde evlilik birliği içerisinde eşlerin "sınırlar dahilinde" birbirlerinin cinsel dokunulmazlık alanlarına girdiği her durumun mahkemeye taşınması gerekecektir. Bu durumda yasal olarak suçun temel hali bakımından belirli sınırları aşan ve varsayılan rıza kapsamında değerlendirilemeyecek durumlarda eşlerinde birbirlerinden şikayetçi olmalarına imkan tanınacak şekilde bir düzenleme getirilmesi uygun olacaktır.

TCK m. 102/2 de yer alan eş kavramından "resmiyette evli bulunulan kişi" anlaşılmaktadır. Normal şartlarda evlenme 18 yaşını dolduran kimseler arasında gerçekleşebilirken, TMK m. 11/2 ile istisnai olarak mümkün kılındığı üzere eşin 18 yaşından küçük olması durumu, cinsel saldırı suçu bakımından doktrinde tartışmalıdır[185]. Bir kısım görüş[186], tarafların eş olmasının suçun oluşumunda istisna oluşturmayacağı ve yaş ölçütünde 5237 sayılı TCK'nın esas alınacağı bu sebeple fiilin "çocuğun cinsel istismarı suçunu" oluşturacağı yönündedir. Türk Medeni Kanunu olağan hallerde 17, olağanüstü hal ve pek önemli bir nedenin varlığı halinde 16 yaşını dolduran kimselerin mahkemeden alınacak izin ile evlenebileceğini ve bu evliliğin kişiyi reşit kılacağını hükme bağlamıştır. Her ne kadar 18 yaşından küçük kimselerin her şartta ve durumda "çocuk" olduğu, on sekiz yaşından küçük çocukların evlenmesinin hukuken mümkün kılınmasının modern hukuk anlayışına aykırı olduğu ve ilgili düzenlemenin birçok yasal çatışmaya mahal vermekte olduğu kanaatinde olsak da mevcut hukuk sistemimizde Türk Medeni Kanunu 18 yaşından küçük kimselerinde istisnai olarak evlenmesine imkan tanımıştır. Dolayısıyla TMK kapsamında mağdur eş 18 yaşından küçük olsa dahi, "kanunen tanınmış ve mevcut" kısacası resmi bir evlilik müessesesi bulunduğundan, diğer eş tarafından işlenen fiilin "cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi" kapsamında değerlendirilmesi gerekir[187]. Bu kapsamda rızanın varlığı incelenirken somut olaya göre, eğer mevcut bir iddia var ise, mağdurun rızası ile evlenip

[185] ARSLANTÜRK, s. 160.
[186] PAKIR, s. 84-85.
[187] ARSLANTÜRK, S. 160; TAŞTAN, s. 29; TANER, s. 172; TANERİ/ KAMIŞLI, s. 317; ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 864; YOKUŞ SEVÜK, s. 91; TULAY, s. 519 vd.; DURSUN, s. 67.

evlenmediği de araştırılmalı, suç bu duruma göre tanımlanmalıdır. Mağdur, rızası dışında zorla evlendirilmiş ve eşler arasında ki cinsel saldırıya konu eylem de rıza dışı gerçekleştirilmiş ise TCK m. 103 hükümleri, mağdur rızası ile evlenmiş ancak şikayete konu cinsel saldırı eylemi rızası dışında gerçekleştirilmiş ise TCK m. 102 hükümleri uygulanmalıdır.

Evlenme ile ergin kılınma halinde ki istisnai durum sadece eşler arasında geçerli olup, evlenme ile ergin kılınan kimseye karşı suçun eşi dışında başka herhangi bir kimse tarafından, rıza dışında işlenmesi "cinsel istismar" suçunu oluşturacaktır. Yargıtay da on sekiz yaşını doldurmamış ancak evlenme ile ergin olan mağdurlara karşı işlenen cinsel suçlarda failin mağdurun eşi olması halinde "cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin", failin eş dışında bir kimse olması halinde ise "çocuğun nitelikli cinsel istismar suçunun" oluşacağını kabul etmektedir. Ancak bu durumda rızanın varlığı da tespit edilmelidir. Mağdurun ilgili eyleme rızasının bulunması durumunda suç oluşmayacaktır. Nitekim kanun koyucu on beş yaşından büyük ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı rızaları dahilinde gerçekleşen, cinsel ilişki dışındaki, cinsel eylemleri suç kabul etmemiştir. Bu çocuklar ile cinsel ilişkiye girilmesi durumu ise Reşit Olmayanla Cinsel İlişki başlığı altında incelenecektir.

TCK m. 102/3 ile cinsel saldırı suçunda daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallere yer verilmiştir. Burada yer verilen haller, mağdurun faile direnmesini engelleyen ya da direncini kıran hallerdir.

a. TCK m. 102/3-a da; *"beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı"* cinsel saldırı eyleminin gerçekleştirilmesi halinde cezanın yarı oranında arttırılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre yaşlılık, geçici veya kalıcı engeli sebebi ile bedenen; akıl hastalığı veya zayıflığı sebebi[188]

[188] *"...Mağdurenin anlatımlarına bakıldığında sanık C.. S.. ile tanıştıktan sonra samimiyet kurdukları, sanık C.. S..'nın mağdureye evlenme teklifinde bulunduğu, mağdurenin de bu vaatle sanıkla ilişkiye girdiği, sanıkla mağdurenin 2,5 ay kadar birlikte kaldıkları, dost hayatı yaşamaya başladıkları, sanık Cihan'ın mağdureyi fuhuş için tedarik ettiği, mağdureyi arkadaşı olan diğer sanıkla ilişki kurması için yönlendirdiği, mağdurenin sanık Cihan'ın arkadaşı olan diğer sanık Bayram ile ilişkiye girmiş olmasına rağmen halen sanık Cihan ile evlenme umudunda olduğunu belirttiği, bu tür davranışlar sergileyen mağdurenin davranışlarının hayatın olağan akışına uygun olmadığı gibi uzun süre mağdureyle birlikte kalan ve onunla ilişkiye giren sanıkların mağduredeki akıl hastalığını bilmemelerinin hayatın olağan akışına uygun bulunmadığı, mağdurenin durumunun resmi kurumlarca anlaşılamadığı gerekçe gösterilmişse de mağdureye ilişkin eylemlerde soruşturma yapan kolluk görevlilerinin çok kısa bir süre mağdureyi gördükleri, zeka geriliği olan birisini soruşturma sırasında kolluk görevlilerinin hastaneye sevk etmesi gibi*

ile ruhen, ya da uyku hali, sarhoşluk ya da nöbet geçirme gibi durumlarda hem bedenen hem ruhen kendisini savunamayacak durumda olan kimseler suçun mağduru olacaktır. İlgili hükmün uygulanması bakımından fiziksel veya ruhsal savunmasızlığın geçici veya kalıcı olması önemli değildir. Önemli olan eylem sırasında mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak halde olması ve bu halin fail tarafından biliniyor[189] ya da şüphe duyuluyor olmasıdır[190]. Bedenen veya ruhen savunmasız olan kimsenin rızasının her durumda geçersiz olduğu söylenemez. Burada failin, mağdurun bu durumundan yararlanıp yararlanmadığına bakılmalıdır. Örneğin yaşlı bir kimse genel olarak savunmasız olarak kabul edilmesine karşın, bu kimsenin de cinsel özgürlükleri bulunmaktadır. Bu doğrultuda rıza gösteren kişi sırf yaşlı olduğu için, gerçekleştirilen cinsel eylemlerin suç teşkil ettiğinden ve failin ağırlaştırılmış hal kapsamında cezalandırılması gerektiğinden bahsedilemez. Burada suçun oluşumu için failin, mağdurun aslında rıza göstermeyeceği cinsel eyleme, yaşlılığından yararlanarak ve iradesini etkileyerek rıza göstermesini sağlaması ya da yaşlı mağdurun rızası

bir uygulamanın olmadığı, mağduredeki akıl hastalığını bilmediklerinin söylenemeyeceği, yargılama mercinin somut olaya bakması gerektiği, somut olayda akıl zayıflığı bulunan mağdureyle uzun süre sayılabilecek bir zaman diliminde birlikte yaşayan sanıkların bu durumu bilmemelerinin hayatın olağan akışına uygun bulunmadığı" gerekçesiyle önceki hükümde direnmiş ve her iki sanık hakkında da ilk hükümde olduğu gibi akıl hastalığı bulunan mağdurenin ırzına geçmek suçundan hüküm kurmuştur… Mağdure yaklaşık 2-2,5 ay boyunca sanığın evinde kalmış olup sanık asliye ceza mahkemesinde alınan 16.09.2003 tarihli ifadesinde, mağdurenin biraz saf olduğunu ve ne yaptığını bilmediğini belirtmektedir. Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 30.06.2008 tarihli raporunda; "mağduredeki ruhsal rahatsızlığın hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği" şeklindeki açıklama nedeniyle sanığın mağdurede bulunan ve hekim olmayanlarca anlaşılamayacağı belirtilen rahatsızlığını bilmediği düşünülebilecek ise de; raporda "hekim olmayanlarca anlaşılamaz" ya da "anlaşılması mümkün değildir" şeklinde kesin bir tespitte bulunulmamış olduğundan, bu hususun her olayın özelliğine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Mağdure ile uzun süre aynı evde beraber kalan sanığın, hem diğer sanık Cihan ile hemde kendisi ile cinsel ilişki kuran mağduredeki rahatsızlığı farkedememesi mümkün olmadığından mağdurenin gösterdiği rıza geçerli değildir. Bu nedenle sanığın, fiilin hukuksal anlam ve sonuçlarını algılayıp eyleme ruhsal yönden mukavemet yeteneği bulunmayacak şekilde zeka geriliği rahatsızlığı olan mağdureye karşı gerçekleştirdiği cinsel saldırı eyleminin hukuka aykırı olduğu kabul edilmelidir. Bu itibarla, usul ve kanuna uygun olan yerel mahkeme direnme hükmünün onanmasına karar verilmelidir…" Yargıtay CGK 2013/794 E., 2014/177 K., 08.04.2014 K.T. www.kazanci.com.

[189] *"Mağdurenin psikotik yıkım nedeniyle fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olamayacağı, ifadelerine ancak ana hatları ile ve kuvvetli delillerle desteklendiği takdirde itibar edilebileceği, kendisinde mevcut akıl hastalığının hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceğinin belirtildiği Adli Tıp Kurumu … İhtisas Kurulunun 25.07.2014 tarihli raporuna, olay öncesinde sanık ile mağdurenin birbirlerini tanımamalarına, mağdurenin görünümünün normal olup onunla rızası dahilinde cinsel ilişkiye girdiği yönündeki sanık savunması ile bu savunmanın aksine delil bulunmamasına göre, sanığın nitelikli cinsel saldırı suçundan beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkûmiyetine hükmedilmesi…"* Yargıtay 14. CD., 2015/256 E., 2015/4736 K., 19.03.2015 K.T., www.lexpera.com, *E.T.; 18.11.2022.*

[190] TANER, s. 195-196; PAKIR, s. 153; AKKAYA, s. 61.

olmamasına rağmen onun fiziksel güçsüzlüğünden yani bedenen kendisini savunamayacak durumda bulunmasından yararlanarak eylemi gerçekleştirmesi gerekir.

Mağdurun kendisini savunamayacak ve faile direnemeyecek hale gelmesinde ki etken yine kendisi olsa dahi suçun nitelikli hali oluşur[191]. Mağdurun uyku halinde olduğu durumlarda gerçekleştirilen cinsel eylemin cinsel saldırı suçunu oluşturup oluşturmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. İlk görüş[192] mağdurun uyku halinde olmasının TCK m. 102/3-a kapsamında suç oluşturmayacağını savunmaktadır. Yargıtay'ın tutumu da uyku halinde gerçekleştirilen cinsel eylemin bu hüküm kapsamında değerlendirilemeyeceği yönündedir[193]. Bizim de katıldığımız ikinci görüşe[194] göre ise mağdurun uyku halinde olduğu durumlarda aktif veya pasif iradesinden söz edilemeyeceğinden, fiile karşı sessiz veya hareketsiz kalması rıza kapsamında değerlendirilemez ve cinsel saldırı suçu oluşur. Ancak mağdur suça konu eylem sırasında uyanır ve faile tepki gösterirse, mağdurun savunmasızlık durumu ortadan kalkacağından, suçun nitelikli halinden bahsedilemez. Aynı olayda eylem esnasında uyku halindeki mağdurun başlangıçta tepkisiz kalması sebebi ile failin rızanın varlığı iddiası da kabul edilemez. Ancak bir kimsenin yanında uyuyan eşine veya daha önceden cinsel eyleme rıza gösteren ya da gösterme ihtimali yüksek olan bir kimseye karşı cinsel eylemde bulunması durumunda varsayılan rıza kapsamında suçun oluşmayacağından söz edilebilir. Burada da eylemin somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir. Örneğin uyuyan eş, uyumadan önce cinsel eyleme rıza göstermemesine rağmen diğer eş uyuduktan sonra cinsel eylemde bulunmuş ise mağdur eşin rızasının varlığından söz edilemez.

Yine sarhoş veya uyarıcı madde etkisinde ki mağdurunda iradesini bilinçli şekilde kontrol etmesi mümkün olmadığından gerçekleştirilen fiil, rıza olsa dahi, cinsel

[191] TAŞTAN, s. 75; TANER, s. 197; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 430; ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 865.
[192] ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 866.
[193] *"...sanığın, uyku halindeki katılanın ağzına cinsel organını sokması üzerine hemen uyanarak tepki gösteren katılana yönelik eyleminde doğal uyku halinin beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunma kapsamına girmediği gözetilmeden, temel cezanın aynı mağdurun 102/3-a maddesi ile arttırılması..."* Yargıtay 14. CD. 2018/2176 E., 2018/7079 K.
[194] YOKUŞ SEVÜK, s. 81; KORKUSUZ, s. 828 vd.

saldırı suçunu oluşturur[195]. Ancak uyku halinde olduğu gibi, mağdurun alkollü veya uyuşturucu madde etkisinde bulunması da her zaman kendisini savunamayacak durumda bulunduğu ve rızasının geçersiz olduğu anlamına gelmez. Savunma kabiliyetinin ve geçerli rızanın varlığının somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir[196]. Örneğin mağdur alkol veya uyuşturucu madde aldıktan sonra fail ile cinsel eylemde bulunacağını biliyor olabilir. Bu durumda rızanın varlığının değerlendirilmesi bakımından doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, suçun nitelikli halinin uygulanması bakımından mağdurun kendi iradesi ile alkol veya uyuşturucu madde kullanımı sonucu savunma kabiliyetini ortadan kaldırması önemli değildir. Yani bu durumda fail nitelikli hal kapsamında cezalandırılmalıdır[197]. Diğer bir görüş ise bu durumda rızanın varlığı değerlendirilirken mağdurun alkol veya uyuşturucu madde aldıktan sonra ki durumuna bakılmalıdır. Bir kimse kendi rızası ile daha sonra karşısında ki kişi ile cinsel eylemde bulunacağını bilerek ve isteyerek alkol veya uyuşturucu madde alıyor, daha sonra iradesini kaybediyor ve cinsel eylem bu esnada gerçekleşiyor ise rızanın yokluğu sebebi ile cinsel saldırı suçunun nitelikli halinden bahsedilemez[198]. Ancak mağdur, failin cinsel eylem isteğinden habersizce alkol alıyor veya uyuşturucu madde kullanıyor bunun sonucunda iradesini kaybediyor ve eylem bu esnada gerçekleşiyorsa bu durumda geçerli bir rızadan bahsedilemez[199] suçun nitelikli hali oluşur. Kanaatimize göre, durumun somut olaya göre değerlendirilmesi, rızanın varlığı tespit edilirken fail ile mağdur arasında ki ilişki, daha önce aralarında benzer eylemlerin gerçekleşip

[195] ARSLANTÜRK, s. 56.

[196] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 335; *"Mağdurenin aşamalardaki ifadelerinde olay öncesi bir barda alkol alıp, sanıkların evine birlikte gittiklerini, alkollü olduğunu ve bu nedenle kendinde olmadığını, ancak sanıkların bedeni üzerinde yaptıkları hareketleri hissedebildiğini belirtip, ani bir tepki ile karşı koyduğunu ifade etmesi, sanıkların savunmalarında kendileri ile rızasıyla seviştiğini belirttikleri mağdurenin birden saldırmaya başladığına ilişkin davarınışının sebebini izah edemedikleri ve hayatın olağan akışına aykırı bu durumun açıklanamadığı gözetildiğinde, eylemlerinin, olayların gelişimine ve tüm dosya içeriğine bakıldığında mağdurenin rızası dışında, onun kendisini alkol nedeniyle savunamamasından dolayı gerçekleştirildiği ve cinsel saldırı niteliği taşıyıp TCK.nın 102/1. maddesinde öngörülen suçu oluşturduğu düşünülmeden eksik ve yerinde olmayan gerekçelerle beraatlerine hükmolunması…"* CGK 2017/394 E, 2018/555 K., 22.11.2018 K.T., www.lexpera.com

[197] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 335; YOKUŞ SEVÜK, s. 83.

[198] TAŞTAN, s. 77; *"Suç tarihinde reşit olan mağdurenin rızasıyla sanıklarla dolaştıktan sonra sanık ...'ın öğrenci evine gitmesi, burada sanıklarla beraber enerji içeceği içerek alkol almaya devam etmesi, mağdurenin soyunarak dans etmesi ve sanıkları çağırıp onlarla sevişmesi…"* Yargıtay 14. CD., 2018/6707 E., 2018/7693 K., 24.12.2018 K.T., www.karararama.yargitay.gov.tr., *E.T.; 18.11.2022.*

[199] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 413.

gerçekleşmediğinin incelenmesi gerekir. Dolayısıyla burada aranılacak ve tespit edilecek başlıca husus varsayılan rızadır. Somut olayda mağdurun varsayılan rızasından bahsedilemiyorsa, mağdurun sarhoş veya uyuşturucu madde etkisi altında iken vermiş olduğu rıza geçersiz olacağından, bu etki altına girmeden önce verdiği rızanın da geçerli sayılmasının mümkün olmayacağı görüşündeyiz. Cinsel saldırı suçunda rızanın geçerli sayılması için önemli olan husus eylem süresince rızanın mevcut olmasıdır. Başlangıçta rıza verilmiş olsa dahi mağdur etki altına girdikten sonra sağlıklı bir iradeden bahsedilemeyecek dolayısıyla rızanın geçerli şekilde varlığını sürdürmesi mümkün olmayacaktır. Ancak mağdurun varsayılan rızasından bahsedilebiliyorsa, örneğin fail ile mağdur daha önce alkollü veya alkolsüz iken birçok kez cinsel birliktelik yaşamış ise bu durumda rızanın geçerli olduğu kabul edilmelidir.

Felçli bir kimseye karşı gerçekleştirilen eylemde failin mağdurun durumunu bilip bilmemesi ya da bilebilecek durumda olup olmaması suçun nitelikli hali bakımından hata hükümlerinin uygulanması bakımından önem taşır. Ancak felçli olduğu bilinen mağdurun suça konu eylem karşı, salt hareketsiz kalması ve ses çıkarmaması sebebi ile rızanın varlığından söz edilemez.

Suça konu eylemin akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kimseye karşı işlenmesi halinde de fail bu hüküm gereğince cezalandırılır. Mağdurun on sekiz yaşından büyük fakat akıl hastası olduğu durumlarda rızasının geçerli olup olmayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. İlk görüş mağdurun on sekiz yaşından büyük olması halinde akıl hastası olsa dahi rızasının geçerli olacağı yönündedir. Zihinsel engelli, çevresinde gelişen hiçbir olayı net olarak algılayamayan ve kendi davranışlarını dahi kontrol edemeyen ancak sadece 18 yaşından büyük olması sebebi ile rızanın geçerli olacağı gibi bir görüşe katılmak mümkün değildir. Bunun yanında akıl hastalığı veya zayıflığı bulunan kimseye karşı gerçekleştirilen cinsel eylemin her durumda kesin olarak suç oluşturacağını söylemek, bu kişilerin cinsel özgürlüklerinin olmadığı anlamına gelecek, diğer kimseleri de bu kişilerden cinsel olarak uzak tutmaya mecbur kılacaktır[200].

[200] *Benzer bir görüş için bkz*: TANER, s. 176.

Dolayısıyla bizimde katıldığımız doktrinde yer alan ikinci görüşe[201] göre, mağdurun akıl hastalığı veya akıl zayıflığının somut olayda rapor ile tespit edilerek, mevcut durumda suça konu eyleme karşı koyup koyamayacağının tespitine göre rıza tespitinin yapılması gerektiği yönündedir. Buna göre somut olayda mağdurun akıl hastalığı veya zayıflığı iddiası mevcutsa, öncelikle bu hususta tıbbi rapor ve mağdurun gerçekleşen eylemin bilincinde olup olmadığına ilişkin görüş alınmalı, tıbbi raporlar, görüşler ve mağdurun beyanları çerçevesinde, mağdurun gerçekleştirilen cinsel eylemin mahiyetini anlayabilecek durumda olup olmadığına göre rızanın varlığı mahkeme tarafından değerlendirilmelidir[202].

b. TCK m. 102/3-b de *"Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle"* cinsel saldırı eyleminin gerçekleştirilmesi halinde cezanın yarı oranında arttırılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre ilgili bendin uygulanabilmesi için; kamu görevi bakımından failin amir konumda, sicil doldurma görevinin olması, disiplin soruşturması yetkisi ve mağdur vatandaş ise hakkında işlem yapma yetkisi bulunması; hizmet ilişkisi bakımından mağduru işe alma, iş yerini değiştirme ve sona erdirme, talimat verme, alt-üst ilişkisi, amir-memur ilişkisi, mağdur vesayet altında ise failin vasi veya kayyım olması[203], kısacası mağdur üzerinde bir nüfuzu bulunması gerekir[204]. Yargıtay da suçun nitelikli halinin oluşması bakımından "hiyerarşik" ilişkinin mevcut olup olmadığını dikkate almaktadır[205]. Dolayısıyla mağdur ve fail statü olarak aynı

---

[201] ARSLANTÜRK, s. 151; TANER, s. 175-176; AKBULUT (Rıza), s. 268; ŞARE, s.997 vd.; YURTLU, s. 1352.

[202] *"Mağdurun Bursa Devlet Hastanesinden alınan 12.07.2011 tarihli raporunda; orta derecede mental reterdasyon teşhisi ile %70 oranında fonksiyon kaybının belirtilmesine karşılık, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 14.02.2014 tarihli raporunda "Hafif derece zeka geriliği olduğu, olay nedeniyle ruh sağlığının bozulduğu, kendisini ruhsal yönden savunabileceğinin bildirilmesi karşısında, raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi için olay tarihinde mağdurda akıl hastalığı bulunup bulunmadığı, fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olup olmadığı, akıl hastalığı var ise hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı ve beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği hususlarında Adli Tıp Kurumu Kanununun 15. maddesine göre Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alınmasından sonra sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği düşünülmeyerek eksik soruşturmayla yazılı şekilde karar verilmesi…"* Yargıtay 14. CD. 2014/10863 E. 2015/213 K. 24.02.2015 KT. www.lexpera.com., *E.T.; 10.12.2022.*

[203] TMK m. 396: "Vesayet organları, vesayet daireleri ile vasi ve kayyımlardır."

[204] ARSLANTÜRK, s. 166.

[205] *"Mağdurenin olay tarihinde ilçede sözleşmeli öğretmen olarak görev yaptığı, sanığın da İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'nde muhasebe şefi olarak çalıştığı, mağdurenin kadrolu öğretmenliğe geçiş işlemleri için sanığın odasında bulunduğu sırada sanığın "Çok iyi ve güzel bir kızsın" diyerek mağdurenin dudağından öptüğü, … İlçe Milli Eğitim Müdürlüğünün 30.11.2011 tarihli yazısında sanık ile mağdure arasında hiyerarşik ilişki bulunmadığının belirtildiği anlaşılan olayda; 5237 sayılı TCK.nın 102/3-b*

veya eşit konumda ise suçun bu kapsamda nitelikli hali uygulanmaz[206]. İlgili bent kapsamında suçun nitelikli halinden bahsedebilmek için failin kamusal görevde veya nüfuzlu olması yeterli değildir. Suçun nitelikli halinin oluşabilmesi için failin kamusal görevini veya nüfuzunu kullanarak cinsel eylemi gerçekleştirmesi gerekir[207]. Failin burada bir nevi kendi görev ve mevkiini mağdura karşı tehdit unsuru olarak kullandığını söyleyebiliriz. Fail mağduru maddi, mesleki, sosyal veya hukuki menfaatleri bakımından elinde bulunan yetki ve güç ile tehdit ederek mağdurun cinsel eyleme rıza göstermesini sağlamaktadır. Bu durumda mağdurun gösterdiği rıza, iradesi etkilenerek veya ortadan kaldırılarak verildiğinden geçerli sayılmayacak ve suç oluşacaktır. Burada anlaşılması gereken sadece üst alt amir memur ilişkisi bakımından işyerinde gerçekleşecek eylemler değildir. Örneğin bir polis memurunun sokakta yürüyen vatandaşa karşı mesleğini kullanarak gerçekleştirdiği cinsel eylemlerde bu kapsamda değerlendirilecektir.

Sağlık çalışanlarının tıbbi müdahale için verilen rızayı kullanarak cinsel saldırıda bulunması halinde ise TCK m. 102/3-b kapsamında alt-üst ilişkisi veya nüfuz kullanma gibi bir durum söz konusu olmadığından fail suçun temel hali kapsamında cezalandırılır.

c. TCK m. 102/3-c de *"Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından"* cinsel saldırı eyleminin gerçekleştirilmesi halinde cezanın yarı oranında arttırılacağı düzenlenmiştir.

Üçüncü derece dahil kan hısımları; kişinin evlat edinilen çocuklar dahil, çocukları, annesi-babası, kardeşleri, torunları, büyük annesi- büyük babası, yeğenleri, dayısı, amcası, halası ve teyzesidir. Üçüncü derece dahil kayın hısımları da evlat edinilen çocuk hariç, eşin kan hısımlarıdır.

maddesinde öngörülen kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmasına ilişkin halin uygulama yerinin bulunmadığı, mahkemece şikâyet yokluğu nedeniyle delilleri takdir ve gerekçesi de gösterilmek suretiyle verilen düşme kararı usul ve kanuna uygun olduğundan…temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasına…" Yargıtay 14. CD. 2013/4811 E., 201/1085 K. 16.02.2015 KT. www.lexpera.com., *E.T.; 10.12.2022.*

[206] TAŞTAN, s. 89; TANER, s. 203; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 433.

[207] TAŞTAN, s. 87.

Hukukumuzda on sekiz yaşından büyük ve evlenmeleri yasak olan kimselerin arasında ki rızaya dayalı cinsel eylemler "ensest ilişki" olarak tanımlanmaktadır[208]. Bu tanıma göre sadece aralarında kan bağı olan kimseler arasında gerçekleşen cinsel ilişki veya cinsel temas içeren eylemler değil, cinsel amaçla gerçekleşen tüm davranışlar "ensest" kavramı kapsamında değerlendirilmelidir[209]. TCK da ensest ilişki "ayrıca" suç olarak tanımlanmamış ve herhangi bir cezai yaptırım öngörülmemiştir. Ancak cinsel saldırı suçunda rıza dışı eylemin gerçekleştirilmiş olması halinde bu hususa suçun nitelikli hali olarak yer verilmiştir. Cinsel saldırı suçunun bu kimseler tarafından işlenmesi ve mağdurun rızasının olması halinde ise fail ilgili eylemden dolayı ceza almamaktadır.

TMK m. 17 kapsamında kan[210] ve m. 18 kapsamında kayın hısımlığı[211]; TMK m. 129 ile de hısımlar bakımından kesin evlenme engelleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre;

"Aşağıdaki kimseler 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."

TMK da yer alan bu düzenleme ile korunmak istenen hukuki yarar aile birliğini ve yapısını dolayısıyla toplum yapısını ve ahlakını koruyabilmektir. Hukuk sistemimizde bu kimseler arasında evlenme yasağı olmasına ve bu kişiler arasındaki cinsel eylemlerin "ensest ilişki" olarak tanımlanmasına karşın herhangi bir yaptırım düzenlenmemiştir. Yargıtay "cinsel özgürlüklerin korunması"

---

[208] ATAÇ, Asiye Selcen; Ceza Hukuku ve Ensest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış, MÜHFHAD, C: 19, S: 2, 2013, s. 873.

[209] ŞEN, Ersan/ BAŞARIR, Tuğçe; Ensest Mağdurlarından Birisi: "Kadın", TBBHD, C: 17, S: 185, Ocak, 2022, s. 317.

[210] TMK m. 17: *"Kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısıyla belli olur. Biri diğerinden gelen kişiler arasında üstsoy-altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında yansoy hısımlığı vardır."*

[211] TMK m. 18: *"Eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı tür ve dereceden kayın hısımları olur. Kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaz."*

kapsamında cinsel saldırı suçunun bu nitelikli halinde mağdurun rızası halinde eylemin suç oluşturmayacağı yönünde karar vermektedir. Ancak bu durumda "cinsel özgürlükler" korunurken diğer yandan aile ve toplum yapısına, genel ahlaka zarar verilmektedir. Günümüzde toplum tarafından "Avrupai yaşam modeli" adı altında cinsel özgürlüklere tanıdıkları haklar ile örnek alınan ülkelerin iç hukuk sistemlerinde ve suç politikalarında toplumun, ailenin gelecekteki yapısının korunabilmesi bireylerin cinsel özgürlüklerinin üzerinde bir değer olarak görülmekte ve ensest ilişki suç olarak düzenlenmektedir[212]. Bireylerin sahip oldukları özgürlükleri, toplum yapısına ve genel ahlaka zarar vermeden kullanması, hukuk sisteminin de bu zararı önleyebilmek adına ölçülü biçimde bu özgürlükleri denetlemesi ve sınırlaması gerekmektedir. Kanun koyucu her ne kadar ensest ilişkiye ilişkin ayrı bir düzenlemeye yer vermese de; cinsel saldırı suçunun bu ilişki çerçevesinde gerçekleşmesi halini suçun ağırlaştırılmış hali olarak düzenleyerek anormal bir ilişki olduğunu ortaya koymaya çalışmıştır. Ancak düzenlemeye "rıza olsa dahi" şeklinde bir ibare eklenerek mağdurun rızası olsa dahi suçun kamu adına takibinin yapılarak failin cezalandırılması gerekmektedir. Hatta somut olayda ki durumuna göre rıza gösteren mağdur dahi bu ilişki kapsamında cezalandırılabilir. Burada yer verdiğimiz görüşler, suçta tarafların üçüncü derece dahil kan hısımları, "evlilik birliği devam ediyorsa"

[212] *"…Alman Ceza Kanunu'nda kardeşler arası ensest ilişkiyi düzenleyen 173/2-2 maddesinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan davada vermiş olduğu karar dikkat çekicidir... Alman Yüksek Mahkemesi'nin verdiği kararda; Alm. CK'nun 173. maddesinde24 yer alan suç ile ailevi iç ilişkilerin korunması, ailenin kurumsal nitelikte korunması, ensest ilişki sonucunda aile içinde rollerin değişmesiyle birlikte ailenin toplumsallaşma görevini yerine getiremediği belirtilmiştir (§A.27)25. Ayrıca ensest ilişki sonucunda doğan çocukların fiziksel, psikolojik birtakım sorunlar yaşadığı, toplum tarafından dışlandığı, yakın aile mensuplarının çift işlevi nedeniyle akrabalık ilişkisi ve sosyal rol dağılımın kesişmesi nedeniyle kimlik kaybı yaşandığı, bu suretle ailedeki yapısal düzenin bozulduğu ifade edilmektedir. (§A.28; §B. 45). Bu suretle yaşanan ilişkilerde kişisel kimlik kaybı ve aile yapısının kaybı nedeniyle onurlu yaşam hakkına saygı duyulmasının mümkün olmayacağı belirtilmiştir (§A. 28)26. Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararında, Alm. CK m.173/2-2 hükmünün, özel hayatın çekirdek alanına müdahale teşkil etmediği, 173/2- ile özel hayatın kullanım biçimine bir sınır getirildiği ifade edilmektedir. Mahkeme kararda, kardeşler arası cinsel ilişkinin sadece cinsel ilişkide bulunanları ilgilendirmediğini, aynı zamanda aileyi ve toplumu da etkilediğini ifade etmektedir. Mahkeme Alm. CK 173/2 maddesiyle üçlü bir koruma alanı yaratıldığını belirtmektedir. Bu hükümle ensest ilişkiye giren tarafların korunması, aile düzeninin korunması ve ensest ilişkiden doğacak çocuklarda ortaya çıkabilecek ağır genetik hastalıkların önlenmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca ensestin toplumda tabu olması nedeniyle, bu ilişki sonucunda doğacak çocukların soyları nedeniyle ayrımcılığa uğramalarının kuvvetle muhtemel olduğu belirtilmiştir27. Belirtilen nedenlerle Alman Federal Anayasa Mahkemesi Alm. CK 173/2-2 maddesinde yer alan kardeşler arasındaki ensest ilişkiyi yasaklayan ceza normunun anayasaya aykırılığı iddiasını reddetmiştir."* Naklen ATAÇ, s. 875-876.

üçüncü derece dahil kayın hısımlığı, evlat edinen, evlat edinilen olmaları halinde geçerlidir.

Kayın hısımlığı bakımından durum tarafların evli olup olmamasına göre ayrı değerlendirilmelidir. TMK evlilik sona erse dahi kayın hısımlığının devam edeceğini, eski eşin alt soyu ve üst soyu bakımından evlenme yasağını düzenlemiştir. Kanaatimize göre cinsel saldırı suçunda faile ağırlaştırılmış cezai yaptırımların uygulanması bakımından önemli olan, tarafların evli bulunduğu halde ki kayın hısımlığıdır. Evli olan kimseler bakımından suçun faili ile mağduru arasında üçüncü derece dahil kayın hısımlığı varsa, rıza olsa dahi, TCK m. 102/3-c kapsamında failin cezalandırılması gerekir. Ancak taraflar evli değil ise bu kimselere karşı işlenen suçun TCK m. 102/3-c kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Örneğin failin, eski eşinin annesi kardeşi veya amcası kayın hısımlarından birine karşı cinsel eylemde bulunması halinde "geçerli rıza" varsa fail cezalandırılamaz. Ancak rıza yoksa kayın hısımlığına bağlı olarak failin suçun ağırlaştırılmış haline göre cezalandırılacağı da söylenemez.

Failin mağdur ile arasında ki hısımlık veya kayın hısımlığı ilişkisini bilmemesi halinde ise ağırlaştırılmış hükümler uygulanmaz[213].

d. TCK m. 102/3-d fıkrasında suçun *"...silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi..."* durumunda, mağdurun hem cebir yolu ile direnci kırılarak hem de fail sayısındaki çokluğun mağdur üzerinde yaratacağı korku sebebi ile faillerin suçun nitelikli haline göre cezalandırılacakları düzenlenmiştir[214]. Doktrinde bir kısım görüş bu halin uygulanması için silahın suçta tehdit unsuru olarak kullanılmasının şart olmadığını sadece teşhir edilerek dahi mağdurun direncinin kırılmasının yeteceğini savunmaktadır[215]. Ancak silahı göstermek dahi bir nevi tehdit olarak kabul edilmelidir. Kanaatimize göre failin silahlı olması

[213] ŞEN/ BAŞARIR, s. 330.

[214] *"Bıçak kullanmak suretiyle mağdurenin zorla ırzına geçen sanık hakkında, alt sınırdan uygulama yapıldığında suç tarihinde yürürlükte bulunan 765 sayılı Türk Ceza Kanunun 416/1 ve 59. maddeleri uyarınca 5 yıl 10 ay hapis, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102/2, 102/3-d ve 62. maddeleri uyarınca ise 8 yıl 9 ay hapis cezası verileceği sabit olup, buna göre 765 sayılı TCK hükümleri uyarınca verilecek hapis cezasının, 5237 sayılı TCK hükümleri uyarınca verilecek hapis cezasından az olduğu, dolayısıyla 765 sayılı TCK'nun sanık lehine bulunduğu anlaşılmaktadır"* Yargıtay CGK., 2014/300 E., 014/423 K., 14.10.2014 K.T., www.lexpera.com *E.T.*: 04.04.2022.

[215] AKKAYA, s. 71; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 337; YOKUŞ SEVÜK, s. 98.

suçun silahla işlenmesi bakımından nitelikli halin oluşası için tek başına yeterli değildir. Failin silahı mağdurun iradesini etkilemek, eylemini kolaylaştırmak amacı ile kullanması bir şekilde göstermesi gerekir[216]. Dolayısıyla mağdurun iradesinin silah sebebi ile etkilenmiş olması ve rızasını etkilenen bu irade ile göstermiş olması gerekir. Böyle bir durumda ise iradenin etkilenmesi söz konusu olduğundan geçerli rızadan bahsedilemeyecektir.

Failin cinsel eylemi silahla gerçekleştirmesi durumunda mağdurun rızası somut olaya göre değerlendirilmelidir. Örneğin failin silahını çıkartıp masaya koyduğu durumda mağdurun failin silahı kullanacağını düşünerek eyleme tepkisiz kalması mümkündür. Burada failin silahı koyduğu mesafe, niteliği gibi unsurlar rıza bakımından önemlidir. Mağdur failin silahının boş olduğunu bilmesine rağmen eyleme rıza gösterdiği durumda rızanın geçersiz olduğundan bahsedilemeyecektir.

"Suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi" bakımından, fail sıfatı ile suça konu eylemi gerçekleştiren en az iki kişinin varlığı gerekir. Faillerin hepsinin cezai ehliyetinin bulunması şart değildir. Faillerden birinin cezai ehliyeti olmasa dahi diğeri için ağırlaştırıcı hal kapsamında yaptırım uygulanır[217]. Önemli olan faillerin cinsel saldırı suçunu işlerken birlikte hareket etmeleri ve hareketlerinin aynı mağdura karşı olmasıdır. Faillerin tamamının müşterek fail olarak yargılanması için faillerin birlikte suç işleme kastı olmalıdır. Ancak suça konu fiilin tamamını birlikte gerçekleştirmeleri gerekmez. Örneğin faillerden biri mağduru tutarken diğerinin cinsel eylemi gerçekleştirmesi halinde müşterek faillik söz konusu olur ve TCK m.102/3-d hükmü kapsamında yaptırım uygulanır. Birinin eylemi gerçekleştiren doğrudan fail, diğerinin yardım eden ya da azmettiren sıfatı ile yer aldığı olayda TCK m. 102/3-d kapsamında nitelikli hal uygulanamaz[218]. Bu kişilerin müşterek fail mi yoksa yardım eden ya da

[216] TANER, s. 209; PAKIR, s. 169; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 434; ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 337.
[217] TAŞTAN, s. 100; TANER, s. 212.
[218] ARSLANTÜRK, s. 109. *"Mağdurun ekonomik yönden sanığa bağımlı olması ve sanığın nitelikli cinsel saldırı eylemini başından beri kayıt altına alıp, evinde yaşananlara müdahale etmeyerek kayıt sırasında sürekli gülmesi nazara alındığında mağdurun, sanığın inceleme dışı sanık ...'ı eylemi gerçekleştirmemesi konusunda uyardığı, görüntüleri de delil olması amacıyla kaydettiği yönündeki beyanlarının, hayatın olağan akışına aykırı ve sanığı suçtan kurtarmaya yönelik olduğunun anlaşılması, inceleme dışı sanık ...'ın*

azmettiren mi olduğu somut olaya göre belirlenecektir. Örneğin faillerden birisinin gözcülük yapması diğerinin cinsel eylemi gerçekleştirdiği suçta müşterek faillik söz konusu değildir. Mağdur gözcülük yapan faili görmüş ve bu durumdan etkilenerek direnci kırıldıysa müşterek faillik söz konusu olacak ve suç ağırlaştırıcı hal kapsamında değerlendirilecektir[219]. Ancak bu durumda somut olaya göre değerlendirilmeli, örneğin gözcülük yapan fail mağdura hakimiyet kuramayacak bir mesafede ise suç ağırlaştırıcı hal kapsamında değerlendirilmemelidir.

e. TCK m. 102/3-e bendine göre nitelikli halin uygulanabilmesi için cinsel saldırı suçuna konu eylemin *"insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamlarda"* gerçekleştirilmesi gerekir. Doktrinde bazı görüşler toplu taşıma araçları, otel gibi yerlerde işlenen suça konu fiillerde, mağdurun rızası ile mevcut ortamda bulunması[220] ve burada geçici süre ile bulunulması[221] sebebi ile ilgili nitelikli halin uygulanamayacağı şeklindedir. Bize göre bu görüşe katılmak mümkün değildir. Mağdurun rızasının hukuka uygunluk sağlayabilmesi için rızanın "suça konu eyleme ilişkin" olması gerekir. Mağdurun topluluk içerisinde bulunmaya rıza göstermesi, suça konu eyleme rıza gösterdiği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla suça konu eylemin gerçekleştirilmesinde mağdurun rızasının olup olmamasına bakılacak, rıza yoksa hem cinsel saldırı suçu oluşacak hem de faile uygulanacak yaptırım, suç *"insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamda"* işlendiğinden ağırlaştırılacaktır. Bunun yanı sıra ilgili hükümde "bir arada yaşama zorunluluğundan" kastın toplulukta sürekli yaşamak mı yoksa toplulukta geçici süre ile de olsa bulunmak

---

aşamalarda istikrarlı şekilde sanığın mağdurun bacaklarını kaldırıp külotunu çıkartmak suretiyle eylemine iştirak ettiği, ancak görüntülerden bu bölümlerin çıkartıldığı yönündeki anlatımlarının, izlenen görüntü kaydındaki bariz kesikler ile de desteklenmesi karşısında, olayın başlangıç ve gelişimine göre inceleme dışı sanık ... ile birlikte suç işleme kararına sahip olan, mağdurun direncini kırarak suçun icrasına da etkin hareketleri ile katılarak, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kuran ve tüm eylem boyunca inceleme dışı sanık ...'ın yanında bulunarak suç işleme kararını kuvvetlendirip mağdurun direncini manevi olarak da kıran sanığın, nitelikli cinsel saldırı suçuna TCK'nın 37. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığının kabulü gerekmektedir" Yargıtay CGK, E. 2017/975, K. 2018/568, KT. 27.11.2018 www.kararara ma.yargitay.gov.tr, *E.T.;* 27.02.2022.

[219] TAŞTAN, s. 105.

[220] ARSLANTÜRK, s. 113; TAŞTAN, s. 107.

[221] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 338.

mı olduğu net olarak ifade edilmemiştir. Yargıtay kararlarında[222] ilgili düzenlemeyi ceza infaz kurumları, öğrenci yurtları, okul pansiyonları, hastane ve yetiştirme yurtları ile "gerçekten zorunlu bulunulan yerler" ile kısıtlamaktadır[223]. "Toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğu bulunan ortam" ifadesinden toplu taşıma araçları, sosyal faaliyet alanları gibi ortamların anlaşılması da muhtemeldir. Ancak Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda, failin mağdurun eylemin gerçekleştiği ortamda bulunmasının zorunluluğundan faydalanarak cinsel saldırı suçunu işlemesini esas aldığı anlaşılmaktadır. Örneğin hastanın tedavi için gittiği hastanede veya öğrencinin öğrenim görmek için gittiği okulda cinsel saldırı suçuna uğraması halinde fail TCK m. 102/3-e hükmüne göre sorumlu olacaktır. Toplu taşıma araçları, sosyal faaliyet alanları gibi alanlar hem geçici bulunulan hem de bulunulması zorunlu alanlar olarak değerlendirilmemektedir.

TCK m. 102/4; *"Cinsel saldırı için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır."* şeklinde düzenlenmiştir.

Cinsel saldırı suçunda kullanılan cebir, mağdurun rızasını etkilemekle veya ortadan kaldırmakla birlikte her zaman m.102/4 kapsamında değerlendirilmez. Yargıtay'ın TCK m. 102/4 te yer alan düzenleme kapsamında aradığı unsurlar, cebrin mağdurun "direncini kırmaya yetecek[224]" şekilde olması ve yaralamanın cinsel içerikli eyleme bağlı olarak

---

[222] *"Mahkemece sanık hakkında hüküm kurulurken 6545 sayılı **TCK**'nın 102/3-e maddesi uyarınca arttırım yapılmış ise de, bu maddenin kanun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere suçun yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halinde sanığın cezasında arttırım yapılabileceği, suça konu olayda sanığın basit cinsel saldırı suçunu metroda çalışan vagonda yolculuk yaparken işlediği ve eylemin gerçekleştirildiği vagonun **TCK**'nın 102/3-e maddesinde "insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamlar" şeklinde tarif edilen yerlerden olmadığı gözetilmeden, sanık hakkında koşulları oluşmadığı halde anılan maddenin tatbiki suretiyle fazla ceza tayini… Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi gözetilerek 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi gereğince BOZULMASINA…"* Yargıtay 14. CD. E. 2016/1548, K. 2016/3391, KT. 06.04.2016, www.lexpera.com *E.T.;* 18.02.2022.

[223] ARSLANTÜRK, s. 114.

[224] *"…maddenin uygulanması için gereken cebir, TCK' nın 87. Maddesinde düzenlenen kasten yaralanma suçunun ağır neticelerine neden olan yaralanma halleri olarak kabul edilmektedir…TCK m. 86 kapsamında kalan bir yaralanma söz konusu ise, sadece TCK m. 102 maddesi uygulanacak, ancak TCK nın 87. Maddesi kapsamında kalan bir yaralanma söz konusu olduğunda ise, bu kez hem TCK nın 102. Maddesi hem de TCK nın 86 ve 87. Maddeleri birlikte uygulanacaktır." Naklen* TAŞTAN, s. 45.

"cinsel motifli" olmasıdır[225]. Cinsel motifli eylemden kasıt, öpme sebebi ile oluşan morarma, sıkma, bastırma veya sürtünme lezyonları gibi durumlardır. Failin kullandığı cebir ve şiddetin mağdurun direncini kırmayı ve cinsel motifli yaralamayı aşması halinde fail hem cinsel saldırı suçundan hem de kasten yaralama suçundan sorumlu olur[226]. Bu durumda basit tıbbi müdahale ile giderilebilen yaralanmalar TCK m. 102/4 kapsamında değerlendirilmez.

Suçun bu hali bakımından rızanın varlığı sadomazoşist eylemler bakımından önemlidir. Sadomazoşist kimseler genel olarak acı çekmekten ve çektirmekten zevk alan kimseler olduğundan cinsel eylemleri esnasında da yaralamaya sebep olmaları mümkündür. Bu durumda yaralamanın vücut bütünlüğüne zarar verecek ölçüde olması halinde kasten yaralama hükümleri uygulama alanı bulacak, ancak cinsel özgürlük kapsamında mağdurun cinsel eyleme rızası geçerli sayılacaktır[227]. Örneğin fail ile mağdur rızai olarak cinsel ilişkiye girerken failin elindeki bıçakla mağdurun sırtına BTM ile giderilemeyecek kesikler atması halinde, faile cinsel saldırı suçundan dolayı ceza verilmeyecek ancak kasten yaralama suçundan dolayı, mağdurun rızası olmasına rağmen vücut bütünlüğüne zarar veren bu rıza geçerli sayılmayacağından, sorumlu tutulacaktır.

TCK m. 102/5*; "Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur"* Şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanması için failin cinsel eylemi veya eylemde kullandığı araçlar sebebi ile mağdur bitkisel hayata girmiş veya ölmüş olmalıdır[228]. Mağdurun bitkisel hayat girmesi veya ölmüş olması ile suça konu eylem arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Örneğin failin cinsel eylemi sonucu mağdur hamile kalmış ve doğum esnasında ölmüş ise nedensellik bağından söz edilemeyeceğinden failin TCK m. 102/5 kapsamında cezalandırılması mümkün değildir[229]. İlgili hüküm kapsamında işlenen eylemlerde rızanın varlığı suçun oluşmasını engellemez. Nasıl ki mağdurun BTM ile giderilemeyen yaralanmalarda rızası, vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf hakkının sınırsız olmaması sebebi ile, geçersiz sayılmakta ise bitkisel hayata gireceğini veya öleceğini bildiği ya da

[225] ARSLANTÜRK, s. 57.
[226] ARSLANTÜRK, s. 57.
[227] Ayrıntılı bilgi için bkz: TANER, s. 178-179.
[228] TANER, s. 215; TEZCAN/ERDEM/ ÖNOK, s. 439.
[229] TANER, s. 216.

öngörebildiği durumlarda dahi göstermiş olduğu rızada geçersizdir. Dolayısıyla failin rıza kapsamında suçun oluşmadığı iddiası kabul edilemez.

3.2.Çocukların Cinsel İstismarı Suçunda Mağdurun Rızası

İstismar kavramı sözlük anlamı olarak "birinin iyi niyetini kötüye kullanmak, sömürme" olarak tanımlanmaktadır[230]. İstismar kavramı ile ilk akla gelen "cinsel istismar" olsa da istismar kavramının duygusal, fiziksel hatta ekonomik istismar gibi çeşitli görünüş biçimleri de vardır. Örneğin aşağılamak, korkutmak, ihmal etmek, suça yöneltmek hatta aşırı korumak gibi[231] karşıdakinin benliğini hedef alarak duygusal ve psikolojik zarar verme amacı duygusal istismar; ekonomik kaynakları kontrol ve tehdit etme, yaptırım uygulama amaçları ile kullanmak ekonomik istismar; darp etmek, itmek, sarsmak, ısırmak gibi fiziksel şiddet içeren eylemler de fiziksel istismar olarak ifade edilebilir[232].

İstismar eylemi hangi biçimde ortaya çıkarsa çıksın bir hakkın ihlal veya taciz edildiği, bir hakkın kullanılmasına müdahale edildiği ya da hakkın kullanılmasının tamamen engellediği muhakkaktır. Ancak istismar neticesi itibari ile her durumda ceza hukukuna konu olmaz. Örneğin eşine sevgi göstermeyen, onu ihmal ederek duygusal istismara maruz bırakan bir kimsenin bu eylemi kanunda suç olarak tanımlanmamıştır. Dolayısıyla ilgili eylem sebebi ile bu kimsenin cezalandırılması mümkün değildir. Ancak bu durumda duygusal istismar, evliliğin temelden sarsılması sebebi ile boşanma davasına konu olarak Medeni Hukuk bakımından netice doğurabilir.

Türk Ceza Hukuku kapsamında mağdurun niteliklerine göre ayrı suç tanımları ile düzenlenen cinsel istismar kavramı ise genel olarak; "bir kimsenin cinsel bakımdan kötüye kullanılması, sömürülmesi[233]" olarak tanımlanabilir. İstismar kavramının sözlük anlamı ile bu tanımı bir araya getirdiğimizde ise "birinin iyi niyetinin cinsel anlamda sömürülmesi, kullanılması" olarak tanımlayabiliriz.

---

[230] https://sozluk.gov.tr/ E.T. 05.05.2022.
[231] ÖNGÜN, Esen/ ÜNSAL, Gül; Üniversite Yaşamında Yakın İlişkiler ve İstismar, GOP Taksim EAH JAREN, 4(1), 2018, s. 53.
[232] KOLBURAN, Güliz; Adli Psikoloji Bakış Açısıyla Duygusal İstismar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Kasım, 2021, s. 32; AKÇAY, Ecem Ceylan: Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Seçkin Yayınları, Aralık, 2022, s. 21 vd.
[233] YELDAN (99), s. 21.

Cinsel istismar fiziksel temas içeren ve içermeyen eylemler olarak ikiye ayrılabilir. Fiziksel temas içermeyen cinsel istismara konu davranışlar röntgencilik, teşhircilik, cinsel içerik ve eylemlerin çocuklara izletilmesi olarak sayılabilir. Fiziksel temas içeren cinsel istismar eylemleri ise taciz, ensest ilişkiler, cinsel ilişki gibi davranışlardır.

Çocuklar genel olarak yaşadıkları olayları bazen karşısında ki kişiye duydukları sevgi ve bağ nedeni ile bazense korku, tehdit, inanılmama düşüncesi ile anlatmaktan çekinebilirler. Cinsel istismarda bu eylemlerden birisidir. Mağdur çocuk çoğu zaman yaşadığı olayın doğru olmadığını bilmesine rağmen bunu kimseye anlatamaz. İstimara ilişkin belirtiler ise bazen fiziksel bazen psikolojik olarak ortaya çıkabilir. Bazense herhangi bir belirti olmayabilir. Bu sebepler ile suç ile korunan hukuki yararlardan biri de çocuğun fiziksel, zihinsel ve psikolojik anlamda gelişimidir[234].

Cinsel istismar ile TCK m. 226/ 3 ile düzenlenen çocuk pornografisi karıştırılmamalıdır. Çocuk pornografisi çocuğun pornografik olarak bir üründe veya yayında kullanılması iken cinsel istismarda çocuğa karşı cinsel bir eylem gerçekleştirilmekte veya bu eyleme kalkışılmaktadır[235].

3.2.1. Genel Olarak Çocukların Cinsel İstismarı Suçu

TCK m. 103 ile düzenlenen suça konu eylem "cinsel istismardır". Cinsel istismar, suçun temel hali bakımından, çocuğun vücudu üzerinde cinsel arzularını tatmin etmek amacı ile cinsel ilişki boyutuna varmayan ancak temas içeren cinsel eylemlerdir[236].

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m. 103 ile "çocukların cinsel istismarı suçu" şu şekilde düzenlenmiştir;

"(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş

[234] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 357 vd.
[235] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 350.
[236] YELDAN, s. 234.

yıldan az olamaz. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel [237]davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,

anlaşılır"

"(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz"

"(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır"

"(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır"

"(5) Cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır"

[237] ÖNGÜN/ ÜNSAL, s. 53.

"(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur"

TCK m. 103/1 ile suçun temel ve sarkıntılık düzeyinde kalması hali, TCK m. 103/2 ile nitelikli hali, TCK m. 103/3 ve m.103/4 ile daha ağır cezayı gerektiren haller ve TCK m. 103/5 ve m.103/6 ile neticesi sebebi ile ağırlaştığı haller düzenlenmiştir.

Madde metninde sayılan çocuklara karşı işlenen "temas içeren" her türlü cinsel davranış istismar suçu kapsamında değerlendirilmektedir[238]. Doktrinde "bedensel temas koşulunun" çocuğun cinsel istismarı suçunda aranmaması gerektiği, temas olsun ya da olmasın istismar niteliğinde ki tüm eylemlerin cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler[239] mevcuttur. Ancak kanun koyucu mağduru çocuk olan ve temas içermeyen cinsel eylemleri TCK m. 105 ile düzenlenen cinsel taciz suçu olarak nitelendirmiştir. Her ne kadar ilgili madde metninde ve gerekçesinde temas unsuruna yer verilmemiş olsa da ilgili hüküm "cinsel taciz suçu" ile beraber değerlendirildiğinde bu sonuca yorum yolu ile ulaşmak mümkündür. Bunun yanında kanun koyucu eylemin cinsel ilişki boyutuna varması halini suçun nitelikli hali olarak düzenlemiştir.

Kanun koyucunun cinsel istismar suçunu düzenlerken cinsel saldırı suçundan farklı olarak sadece mağdurun yaşını değerlendirdiğini söylemek mümkündür[240]. Ayrıca cinsel saldırı suçunda rıza "saldırıyı" ortadan kaldırırken, cinsel istismar suçunun oluşması için bir saldırı olmak zorunda değildir. Bu sebeple kanunda belirtilen yaş ve niteliklere haiz mağdur çocuklar bakımından rıza olsa dahi suç oluşur[241].

---

[238] "*Madde metninde çocukların cinsel istismarı fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Erişkin kişilere karşı işlenen fiiller açısından cin-sel saldırı ifadesi kullanılmasına rağmen, çocuklar açısından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır."*

[239] ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 359 vd.

[240] TAŞTAN, s. 247.

[241] "*Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışla-rın kişinin rızasına aykırı olması gerekir. Aksi takdirde, yani kişinin rızası-nın bulunması hâlinde, ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren davranışlar-dan söz edilemez. Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından rızanın varlığı, ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Buna karşılık, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fii-lin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuk-lara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir deyişle, kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından bu çocuğun rıza açıklamasında bulunması, fiili suç olmaktan çıkarmayacak ve kişinin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Bu bakımdan, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte*

Madde hükmüne göre cinsel istismar kavramından; "*On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar"* anlaşılmaktadır. Yine diğer çocuklar kavramından da on beş yaşını tamamlamış, kendisine karşı gerçekleştirilen eylemi algılama yeteneğine sahip on sekiz yaşından küçük çocuklar anlaşılmaktadır. Bu durumda bu kimselere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayanmadan gerçekleştirilmiş ise cinsel istismar suçundan bahsedilemeyecektir[242]. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu başlığı altında ayrıntılı olarak yer verdiğimiz üzere kanun koyucu bu çocukların "cinsel ilişki" fiili dışında kalan ve rıza ile gerçekleştirdiği cinsel eylemleri hukuka uygun kabul etmiştir.
TCK m. 103 ile korunan hukuki yarar "çocukların cinsel dokunulmazlığı ve gelişimidir[243]."

3.2.1.1.Fail

Suçun failinin kim olabileceği hakkında kanunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Cezai ehliyeti bulunan herkes bu suçta fail olabilir. Dolayısıyla failin mağdur ile aynı cinsiyette olması hatta çocuk olması da mümkündür. Ancak TCK m. 31 kapsamında on iki yaşını doldurmayan çocukların fail sıfatı bakımından ayırt etme güçleri, ceza hukuku

maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçla-rını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar olarak kabul edilmiştir."

[242] "*Onbeş yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve so-nuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar olarak nitelendirilebilmesi için, bunların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak ger-çekleştirilmesi gerekir. Bu nitelendirme, cinsel saldırı ve cinsel istismar fiil-leri açısından ortaya konan ayırım ölçütüne aykırı olmakla birlikte; suçun mağdurunun çocuk olması ve bu fiiller karşısında direncinin zayıflığı göz önünde bulundurularak, söz konusu fiillerin de bu madde kapsamında suç olarak tanımlanması yoluna gidilmiştir. Fıkranın (b) bendinde söz konusu edilen cinsel istismar bakımından, çocuğun iradesinin ortadan kaldırılmış olması değil, "iradeyi etkileyen neden" ifadesi kullanılmıştır."*
[243] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 351.

bakımından isnat yetenekleri, yok kabul edilmiş olup cezai sorumlulukları yoktur[244]. Dolayısıyla bu çocuklar hakkında kanun gereği ceza kovuşturulması yapılamaz[245].

Fail on iki yaşını doldurmuş on beş yaşını doldurmamış ve işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını bilemiyorsa, bu husus mahkeme tarafından rapor aldırılarak tespit edilmiş ise[246], cezai sorumluluğu yoktur[247]. Fail on iki yaşını doldurmuş suça konu fiili algılama ve yönlendirme yeteneği mevcut bir çocuk ise kanunda yer alan şartların varlığı halinde cezasında indirim yapılabilir[248]. Bunun yanında kanun koyucu TCK m. 103/1 de özel bir düzenlemeye yer vererek, suçun sarkıntılık düzeyinde kalması halinde fail "çocuk" ise, soruşturma ve kovuşturmayı mağdurun velisinin veya vasisinin şikayetine tabi tutmuştur[249]. Dolayısıyla sarkıntılık halinde re'sen soruşturma ve kovuşturma failin çocuk olmadığı durumlarda yapılabilmektedir.

---

[244] AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti, TBB Dergisi, 2013, s. 278-279.

[245] TCK m. 31/1: *"Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir."*

[246] *"Olay tarihinde on iki - on beş yaş grubunda bulunan suça sürüklenen çocuk hakkında Adli Tıp Diyarbakır Şube Müdürlüğü tarafından 5237 sayılı TCK'nın 31/2. maddesi kapsamında düzenlenen 09.12.2001 günlü raporun hüküm kurmaya elverişli olmadığının anlaşılması karşısında, Dairemizce de benimsenen Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 04.04.2017 gün ve 2014/13-518 Esas, 2017/208 sayılı Kararında da belirtildiği üzere suç tarihinde on iki-on beş yaş grubunda bulunan suça sürüklenen çocukla ilgili olarak sosyal hizmet uzmanınca hazırlanan sosyal inceleme raporu, psikiyatrik açıdan suça sürüklenen çocuğun işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişip gelişmediği hususunda tek başına değerlendirme yapmaya yeterli olmadığı gibi bu konunun salt hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile de çözümlenemeyeceği göz önüne alınarak, mahkemece teknik bilgi gerektiren bu konuda Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan rapor alındıktan sonra sosyal inceleme raporuyla birlikte yapılacak değerlendirme neticesinde suça sürüklenen çocuğun cezai sorumluluğunun bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması…"* Yargıtay 14. CD. 2016/6894 E. 2020/317 K. 13.01.2020 KT. www.lexpera.com.

[247] TCK m.103/2:*" Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur."*

[248] TCK m. 2-3: *"(2)… İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. (3) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz."*

[249] *"…sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel istismar suçunun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı hale getirilmesi, suça sürüklenen çocuğun farklı tarihlerde arkadaşı olan mağdureye sarılıp, elini tutarak yanağından öpmesi şeklindeki fiziksel temas içeren eylemlerinin kısa süreli, ani ve kesintili gerçekleşmesinden dolayı*

Failin "kim olduğu" veya mağdur ile arasında ki ilişkinin niteliği, suçun nitelikli hali bakımından önem arz etmektedir. TCK m. 103/3-c ile suçun, *"Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından"*, m. 103/3-d ile *"Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından"* ve m. 103/3-e ile *"Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde"*, faile verilecek cezanın yarı oranda arttırılacağı düzenlenmiştir. Bu durumda fail ilgili maddelerde sayılan kimselerden biri ise faile uygulanacak ceza arttırılacaktır.

3.2.1.2.Mağdur

Suçun mağduru bakımından da failde olduğu gibi cinsiyet önemli değildir. Ancak burada mağdur bakımından dikkat edilecek husus yaştır. TCK m. 103 ile düzenlenen "çocukların cinsel istismar suçu" başlığından da temel olarak anlaşılacağı üzere suçun oluşması için cinsel istismar eyleminin *çocuğa* yöneltilmesi gerekir. TCK m.6 kapsamında çocuk kavramından anlaşılan 18 yaşından küçük kimsedir. Yine Çocuk Koruma Kanunu m.3/1-a hükmünde çocuk; "daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi" olarak tanımlanmıştır. Ancak 18 yaşından küçük her çocuk bu suçun mağduru olamaz. Türk Ceza Kanunu'nda 18 yaşından küçük çocuklar; 12 yaşın tamamlanmasına, 12 yaşın tamamlanması ile 15 yaşın tamamlanmasına ve 15 yaşın tamamlanması ile 18 yaşın tamamlanmasına kadar olan dönem olmak üzere üç dönem grubuna ayrılmıştır[250].

Kanun koyucu da her ne kadar "çocuğu cinsel yönden istismar eden kişinin cezalandırılacağını" temel olarak ifade etse de birinci fıkranın a ve b bentlerinde cinsel istismar fiilinin mağduru çocuklar bakımından ayrıma gitmiştir. TCK m. 103 ile yer verilen düzenlemeye göre çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru;

---

fiilin sarkıntılık düzeyinde kalması ve mağdurenin velisi olan annesi ile babasının temyiz aşamasında dosyaya sundukları 04.11.2019 havale tarihli dilekçeyle mevcut şikayetlerinden vazgeçtiklerinin anlaşılması karşısında, suça sürüklenen çocuğa şikayetten vazgeçmeyi kabul edip etmediği sorularak sonucuna göre hukuki durumunun yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması…" Yargıtay 14. CD. 2016/6374 E. 2020/1033 K. 10.02.2020 KT. www.lexpera.com., *E.T.; 08.02.2023.*

[250] AKBULUT, s. 225.

- “on beş yaşını tamamlamamış çocuklar”,
- “on beş yaşını tamamlamış ancak fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar”,
- “on beş yaşını tamamlamış, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olmakla beraber suça konu fiile cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak maruz kalan on sekiz yaşından küçük çocuklardır.”

Bu tanıma göre on beş yaşından büyük ancak on sekiz yaşını tamamlamamış, suça konu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip çocuklara karşı rızaları dahilinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar suç oluşturmaz. Bu hususun tek istisnasını TCK m. 104 ile düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşturmaktadır.

Mağdurun kim olduğu, fail ile mağdur arasındaki ilişki TCK m. 103/3-c,d,e kapsamında failin cezasını arttıracak nitelikli hallerin oluşması bakımından önemlidir.

Mağdurun yaşı faile uygulanacak ceza miktarının belirlenmesi bakımından da önem arz eder. TCK m. 103/1’e göre “mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz”. TCK m. 103/2 ye göre; on iki yaşını tamamlamamış mağdura karşı cinsel istismar eylemi vücuda organ veya sair başka bir cisim sokularak gerçekleştirilmiş ise cezanın on sekiz yıldan az olamayacağı düzenlenmiştir. Yine TCK m. 103/4 ile suça konu eylemin TCK m. 103/1-a da yer verilen “On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara” karşı cebir veya tehdit ile ya da TCK m. 103/1-b de yer verilen “on beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış çocuklara” karşı silah kullanarak gerçekleştirilmesi halinde ilgili fıkralara göre verilecek cezanın yarı oranında arttırılacağı düzenlenmiştir.

On beş yaşından küçük mağdur çocuğun suça konu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunup bulunmadığının kural olarak araştırılmasına gerek olmamakla beraber[251], bu hususta ihtilaf bulunması halinde, soruşturma veya kovuşturma aşamasında bu husus araştırılarak tespit edilir[252].

[251] TAŞTAN, s. 232.
[252] TANER, s. 293.

Mahkeme mağdurun yaşını tespit ederken esas olarak nüfus kayıtlarını dikkate alır. Ancak bazı durumlarda mağdurun yaşı şüphe uyandırabilir. Örneğin mağdurun fiziksel görüntüsü ile nüfus kaydında tespit edilen yaşı uyuşmayabilir veya mağdur nüfusa geç kaydedilmiş olabilir. Bu durumda mahkemenin öncelikle mağdurun gerçek yaşını tespit etmesi gerekir[253]. Mağdurun gerçek yaşı öncelikle kemik ölçümü gibi raporlar ile bilimsel olarak yaşı tespit edilir[254]. Daha sonra, nüfus idaresi temsilcisinin de katıldığı duruşmada, verilecek bir ara karar ile yaşı düzeltilir[255]. Yine mağdur nüfusta kayıtlı değil ise önce bilimsel olarak yaşı tespit edilir, nüfusa tescili sağlanır ve yargılamaya mağdurun belirlenen yaşı esas alınarak devam edilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 30.03.1981 tarihli kararında[256] "mağdurenin gerçek yaşına göre suç vasfının tayini ve buna göre sanığa ceza uygulanması gerektiğini" ifade etmiştir. Dolayısıyla mağdurun bilinen yaşı ile gerçek yaşının uyuşmaması halinde mağdurun gerçek yaşı bilinenden daha büyük ise sanık lehine olarak bu husus dikkate alınmalıdır[257]. Gerçek yaşın bilinen yaştan daha

---

253 *"rapor ve bu raporu imzalayan jinekolog doktor konusunda tekrar ve yeterli araştırma yapılarak bundan sonra tüm delillerle birlikte değerlendirilip mağdurenin olay tarihindeki gerçek yaşı tespit edilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen mağdurenin yaşının düzeltilmesine ilişkin karara dayanılarak eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması"* Yargıtay 14. CD. 2015/3705 E., 2015/9611 K., 21.10.2015 K.T., www.karararama.yargitay.gov.tr erişim tarihi: 07.08.2022.

254 *"Suç tarihde on beş yaşı içerisinde bulunan mağdurenin kovuşturma evresinde alınan ifadesinde normalde yaşının büyük olduğunu beyan etmesi, dosya içerisinde yer alan mernis doğum tutanağı ile hastane cevabi yazısından mağdurenin resmi bir kurumda doğmadığının anlaşılması karşısında, mağdurenin yaş tespitine esas olacak şekilde kemik grafileri çektirilerek tam teşekküllü bir hastaneden, içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınması, duraksama halinde, Adli Tıp Kurumundan görüş alınarak mağdurenin suç tarihindeki gerçek yaşının bilimsel olarak saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hükümler kurulması"* Yargıtay 14. CD. 2015/10242 E., 2019/8693 K., 02.04.2019 K.T. www.karararama.yargitay.gov.tr *E.T.;* 07.08.2022.

255 YELDAN, s. 239.

256 *"Mağdurenin yaşı kesinleşmiş hukuk mahkemesi kararıyla düzeltilmiş bulunmasına göre, ceza mahkemesince CMUK. nun 255/sonuncu maddesi uyarınca mağdureye ilişkin nüfus kaydının yeniden düzeltilmesi yolunda bir karar verilmesine imkan bulunmamakla birlikte, diğer yasa yollarına başvurulması sanık lehine uygulama yapılmasına da imkan vermediğinden, sanık vekili tarafından ibraz edilen İzmir Devlet Hastanesi Sağlık Kurulu Raporu ile dayanağı olan belgeler gerekirse yeniden çektirilecek filmleriyle birlikte Adli Tıp Meclisi'ne gönderilip mağdurenin suç tarihindeki yaşının kesin olarak saptanmasından sonra, mağdurenin gerçek yaşına göre suç vasfının tayini ve buna göre sanığa ceza uygulaması yapılması gerektiğinden, C. Başsavcılığı itirazının değişik gerekçe ile kabulü ile, özel daire onama kararı kaldırılarak yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir"* Yargıtay CGK 1981/2 E., 1981/106 K., 30.03.1981 K.T., www.lexpera.com.tr,*E.T.;* 08.07.2022.

257 *"Sanığın kovuşturma evresinde mağdurenin yaşının küçük olduğunu bilmediğini belirtmesi ve tüm dosya içeriği nazara alındığında, mağdurenin resmi kurumda doğup doğmadığı araştırılıp, doğmadığının anlaşılması halinde yaş tespitine esas olacak kemik grafilerinin çektirilmesinin ardından içinde radyoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurulundan rapor alınıp gerektiğinde Adli Tıp Kurumundan da görüş alınarak mağdurenin suç tarihindeki gerçek yaşının bilimsel olarak saptanması, doğduğunun belirlenmesi durumunda ise olayda 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı tartışıldıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri*

küçük olması durumunda ise, çalışmamızın üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak yer verdiğimiz üzere, sanığın koşulların oluşması halinde hata hükümlerinden yararlanabileceğini söyleyebiliriz[258].

Kanun koyucu mağdur 15 yaşından küçük ise rıza olsun ya da olmasın bu çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel eylemi "cinsel istismar suçu" olarak düzenlemiştir. İlgili düzenleme ile çocuklara 15 yaşından itibaren cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf etme yetkisi tanındığı söylenebilir[259]. Ancak mağdur 15 yaşını doldurmuş, suça konu fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamıyorsa veya algılayabilmekle birlikte mağdurun iradesi cebir, tehdit, hile veya başka bir sebep ile etkilenerek işlenmiş ise yine "cinsel istismar suçu" oluşur. Kanun koyucu bu ikili ayrıma TCK m. 103'te yer vermiştir. Bunun yanında 15 yaşından büyük suça konu eylemin anlam ve sonucunu algılayabilen çocuklar bakımından sadece bu çocuklara karşı "geçerli rızaları" dahilinde gerçekleşen ve cinsel ilişki boyutuna varan eylemleri TCK m. 104 ile "reşit olmayanla cinsel ilişki suçu" başlığı altında düzenlenmiştir.

Madde metninde yer verilen "iradeyi etkileyen diğer sebeplerin" alkol veya uyuşturucu madde gibi etkenler olduğu söylenebilir. Kanun koyucu bu etkenlerin çocuğun iradesini ve direncini tamamen ortadan kaldırması şartını aramamış, iradeyi etkilemesini yeterli kabul etmiştir. Ancak durumun somut olaya göre değerlendirilmesi, mağdurun davranışlarını ne ölçüde yönlendirebildiğinin rızanın varlığı ve geçerliliği bakımından tespit edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

---

gerekirken eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması" Yargıtay 14. CD. 2019/6638 E., 202/776 K., 04.02.2020 K.T., www.lexpera.com erişim tarihi: 10.08.2022.

[258] *"Kayden 17.06.1995 doğumlu olup suç tarihi itibarıyla on beş yaşı içerisinde bulunan yabancı uyruklu mağdureye ait mernis doğum tutanağının bulunmaması ve suçun unsurları ile niteliğine etkisi bakımından, yaş tespitine esas olarak alınan Bodrum Devlet Hastanesinin 12.04.2012 günlü mağdurenin kemik yaşının on sekiz yaş sonuna uyduğuna dair rapora istinaden suç tarihinde on altı yaşı içerisinde olduğu tespit edilmesine rağmen aynı hastanenin 13.03.2014 tarihli mağdurenin kemik yaşının on sekiz yaşını doldurmuş ancak yirmi yaşını doldurmamış olduğuna dair raporuna göre suç tarihindeki yaşının farklı belirlenmesi karşısında mevcut raporlar arasındaki çelişkinin giderilerek mağdurenin suç tarihindeki gerçek yaşının bilimsel olarak saptanmasından sonra yaş tashihi yapılarak hüküm kurulması, bu mümkün olmadığı takdirde ise sanığın, duruşmada mağdurenin kendisine on sekiz yaşını bitirdiği ve görünüm itibarıyla on yedi yaşlarında olduğu yönündeki savunması ile tüm dosya içeriği nazara alınarak olayda 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı tartışıldıktan sonra hükme varılması gerekirken eksik gerekçe ile yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması…"* Yargıtay 14. CD. 2016/10720 E., 2020/3645 K., 05.10.2020 K.T. www.lexpera.com *E.T.;* 10.08.2022.

[259] TANER, s. 289.

Mağdur 18 yaşından küçük olmakla birlikte evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınmış olabilir. Bu durumda mağdura karşı gerçekleştirilen eylemin TCK m. 102 mi yoksa TCK m. 103 kapsamında mı değerlendirileceği de doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım görüş[260], evlenme yoluyla veya mahkeme kararıyla ergin kılınan kimsenin artık "çocuk" olarak kabul edilemeyeceği, bu sebeple suça konu eylemin TCK m. 102 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Kanun koyucu ilgili düzenleme de mağdur açısından "ergin olmayı" değil, temel olarak yaşı yani "18 yaşını doldurmamış olmayı" aramıştır. Nitekim TCK m. 6 ve ÇKK m. 3/1-a[261] hükmü ile de 18 yaşın altındaki kimseler çocuk sayılmakta olup daha erken yaşta ergin kılınma hallerine "çocuk" olmanın istisnası olarak yer verilmemiştir. Dolayısıyla bizimde katıldığımız ve Yargıtayın da benimsediği görüşe[262] göre, mağdur her ne kadar evlenme ya da mahkeme kararı ile ergin kılınsa da "çocuğa" karşı gerçekleştirilen cinsel eylem diğer şartların da varlığı halinde "cinsel istismar suçunu" oluşturur. Bu durumun tek istisnası, cinsel saldırı suçu başlığı altında da ayrıntılı olarak yer verdiğimiz ve çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde de yer alan, "suça konu fiilin eşler arasında gerçekleşmesi ve mağdur sıfatı ile yer alan eşin 18 yaşından küçük evlenme ile ergin kılınan kimse olması" olarak ifade edilebilir[263].

TCK m. 103 kapsamında suçun oluşması için mağdurun yaşıyor olması gerekir. Mağdurun ölü olması durumunda fail hakkında TCK m. 130/2[264] hükümleri uygulama alanı bulur.

---

[260] AKBULUT (Rıza), s. 267.

[261] ÇKK m. 371-a*: "Çocuk: Daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişiyi…"*

[262] ARTUK/ GÖKÇEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 401; AYDIN, Murat; Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, Ocak, 2018, s. 29; AĞCAOĞLU, İpek; Mağduru Çocuk Olan Cinsel Suçlarda Suça Sürüklenen Çocuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül, 2021, s. 78. "*5237 sayılı TCK'nın 6 ve 5395 sayılı ÇKK'nın 3. maddeleri karşısında; suçun mağdurunun onsekiz yaşını bitirmemiş olması durumunda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca herhangi bir sebeple onsekiz yaşından önce ergin olsa dahi ceza hukuku bakımından çocuk olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple evlenmeyle veya mahkeme kararıyla ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış mağdura karşı gerçekleştirilen eylemler çocuğun cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır."* Yargıtay 14. CD. 2016/993 E. 2019/13661 K. 26.12.2019 K.T. www.lexpera.com, *E.T.; 18.08.2022.*

[263] ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 281.

[264] TCK m. 130/2: *"Bir ölünün kısmen veya tamamen ceset veya kemiklerini alan veya ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."*

3.2.1.3.Fiil

TCK m. 103 kapsamında cinsel istismar suçundan bahsedebilmek için failin mağdura "bedensel temas içeren" bir cinsel eylemde bulunması ve mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmesi gerekir. Failin cinsel eylemi fiziksel temas içermiyorsa suç şartlarının oluşması halinde TCK m. 105 ile düzenlenen cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilir[265].

Madde hükmünde cinsel istismar eylemi;

"On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış" ve *"Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar"* olarak ifade edilmiştir.

Cinsel istismar suçunun temel hali bakımından suça konu eylem mağdurun rızası dışında, cinsel arzuları tatmin amacı ile cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan ancak temas içeren eylemlerdir. Eylemlerin niteliği ile çocuğun yaşı suçun oluşması bakımından birlikte değerlendirilir. Örneğin 12 yaşında ki çocuğa karşı gerçekleştirilen ve temas içeren cinsel eylemler istismar suçunu oluştururken 15 yaşından büyük çocuğa karşı algılama yeteneği de mevcut ise cinsel ilişki dışında ki eylemler rızası var ise suç oluşturmamaktadır. Daha somut olarak ifade edersek, örneğin 13 yaşındaki çocuğun kalçasına dokunan failin eylemi çocuğun rızası olsa da cinsel istismar suçunu oluştururken, 16 yaşındaki algılama yeteneği gelişmiş çocuğun rızası dahilinde kalçasına dokunulması halinde suç oluşmayacaktır.

Suçun nitelikli hali bakımından mağdurun vücuduna cinsel amaç ile organ ya da sair cisim sokulmuş olması gerekir. Ancak burada suçun temel halinden farklı olarak

[265] *"Mağdurenin aşamalardaki ifadeleri, savunma, tanık beyanları ile doktor raporu nazara alındığında suç tarihinden önce on dört yaşındaki mağdureyle arkadaş olan sanığın, olay günü birlikte gezmeyi teklif ettiği mağdureyi aracına alıp piknik alanına götürmesinin ardından herhangi bir fiziksel temasta bulunmaksızın alt kıyafetlerini çıkarmasını söylemesi üzerine mağdurenin altını sıyırdığı ve bu sırada anılan yerde görevli özel güvenlik personelince fark edilen olayla ilgili işlem yapıldığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mevcut haliyle sanığın fiziksel temas içermeyen sözlü eyleminin cinsel taciz suçunu oluşturduğu…"* Yargıtay 14. CD. 2016/3985 E., 2021/34 K., 11.01.2021 K.T., www.lexpera.com *E.T.;* 18.08.2022.

gerçekleştirilen eylemin cinsel arzuları tatmin amacı ile gerçekleştirilmiş olması şart değildir[266].

Failin kendi vücuduna organ sokturması durumunda, doktrinde ki ağırlık görüşe göre yine TCK m. 103 kapsamında nitelikli halin oluştuğundan söz edilebilir[267]. Fail tarafından, mağdurun kendi vücuduna organ veya sair cisim sokmaya zorlanması durumunda ise doktrinde bazı görüşler fail açısından suçun oluşmayacağını savunurken bazı görüşler failin cinsel istismar suçunun temel haline göre cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. Yargıtay'ın uygulaması[268] her iki durumda da fail açısından cinsel istismar suçunun temel halinin oluştuğu yönünde olsa da[269] kanaatimize göre, fail temasta bulunmasa dahi mağduru cebir tehdit veya iradesini sakatlayacak başka bir yol ile kendi vücuduna organ veya sair cisim sokmaya zorlamış ise mağdurun kendi iradesi dışında cinsel dokunulmazlığı ihlal edileceğinden suçun nitelikli halinin oluştuğunun kabulü gerekir[270].

Suçun sarkıntılık düzeyinde kalması hali bakımından kanun koyucu fiilin takibini veli ya da vasinin şikayetine tabi tutmuştur. Ancak bu durumda çocuğunda şikayet hakkı olduğu kabul edilmeli, şikayette bulunanlardan birisinin şikayetinden vazgeçmesi diğerinin şikayetini etkilememelidir[271].

Kanun koyucu yine suçun sarkıntılık halinde kalması halinde failin de "çocuk" olması durumunda suçun takibini şikayete tabi tutmuştur. Dolayısıyla fail 18 yaşından büyük kimse ise suçun takibi re'sen yapılır. Ancak burada da cinsel saldırı suçunda olduğu gibi

---

[266] YELDAN, S. 259.
[267] YELDAN, s. 332-333.
[268] *"Mahkemece yapılan yargılama sonucunda sanığın 5237 sayılı TCK'nın 103/2'nci maddesi gereğince mahkumiyetine karar verilmişse de anılan maddede suçun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenebileceğinin belirtilmesi karsında sanığın 2011 yılı Temmuz ayında 15 yaşından küçük olan mağduru Sayfa 1/2 evine çağırarak cebir, hile ve tehdit olmaksızın mağdurun cinsel organını kendi anüsüne sokturması şeklinde gerçekleşen eyleminin bu madde kapsamına girmeyip çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilerek hakkında TCK'nın 103/1'inci maddesi gereğince karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması…"* Yargıtay 14. CD., 2018/7926 E., 2019/10020 K., 17.06.2019 K.T. www.lexpera.com *E.T.;* 12.08.2022.
[269] YELDAN, s. 333; YELDAN (99), s. 330.
[270] *"organ veya sair cisim sokulması eyleminde sokma eylemi bakımından aktif veya pasif olmanın fiilin kanunilik unsurunu bozmayacağı"* yönündeki görüş için bkz: ŞEN/ BAŞARIR, s. 328.
[271] TANER, s. 354; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 459.

İstanbul Sözleşmesi göz önünde bulundurularak soruşturma ve kovuşturma takibinin düzenlenmesi gerekmektedir[272].

3.2.2. Cinsel İstismar Suçunda Mağdurun Rızası ve Rızayı Etkileyen Haller

TCK m. 103 ile yer verilen düzenleme de çocukların cinsel istismarı suçunun ne temel hali ne de nitelikli hali bakımından mağdurun rızasına değinilmemiştir. Madde gerekçesinde ise *"...Buna karşılık, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından, rızanın varlığı ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Başka bir deyişle, kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından bu çocuğun rıza açıklamasında bulunması, fiili suç olmaktan çıkarmayacak ve kişinin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır..."* şeklinde yer verilen düzenlemede suçun mağduru çocukların rızasının hukuka uygunluk kapsamında dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir.

Suça konu cinsel eylemin mağdurun rızası ile gerçekleştiği iddia edilmiş veya anlaşılmış ise bu durumda, suç vasfının değişme ihtimali mevcut olduğundan, öncelikle mağdurun yaşının tespit edilmesi gerekir.

15 yaşını tamamlamayan mağdur çocuğun rızası; kanun koyucu madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere bu yaş grubunda ki çocukların TCK m. 103 kapsamına giren cinsel herhangi bir davranışa karşı göstermiş oldukları rızayı istisnasız olarak kabul etmemekte, koşullarının oluşup oluşmadığını değerlendirmeksizin geçersiz saymaktadır. Yargıtay'ın benimsediği görüşte aynı yöndedir. Dolayısıyla mahkeme TCK m. 103 kapsamında mağdur 15 yaşını tamamlamamış ise rızanın varlığını ve geçerliliğini araştırmayacaktır.

Kanun koyucunun bu yaş grubundaki çocukların rızalarını, fiziksel ve psikolojik gelişimlerinin yeterli olgunluğa erişmemesi sebebi ile hukuken geçerli kabul etmemektedir. Ancak 15 yaş sınırının rızanın geçersizliği bakımından hangi somut gerekçe ile sınır kabul edildiği kanunda yer almamaktadır. Doktrinde kanun koyucunun

[272] AKBULUT (Rıza), s. 283.

yaş sınırını belirlerken ergenlik çağını esas aldığını ifade eden görüşler mevcuttur[273]. Ancak her çocuğun fizyolojik ve psikolojik gelişimi farklı olduğundan bu yorumun kabul edilmesi mümkün değildir.

15 yaşını tamamlayan ancak fiilin hukuki anlam ve yeteneğini algılama yeteneği gelişmemiş mağdur çocuğun rızası; kanun koyucu bu gruptaki çocukların cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf edemeyeceklerini kabul etmiş, bu çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlarda da rıza olsa dahi failin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmamıştır.

Bu grupta ki çocukların sağır, dilsiz veya akıl hastası olan çocuklar olduğu doktrinde ifade edilmekle beraber, her sağır, dilsiz veya akıl hastası olan çocuğun cinsel eylemin hukuki anlam ve sonuçların algılama yeteneği olmadığı ifade edilemez. Sadece engelli veya akıl hastası olması sebebi ile bir kimsenin cinsel özgürlüklerini sınırlamak hukuk sistemi ile bağdaşmamaktadır. Bu durumda rızanın varlığının somut olaya göre değerlendirilmesi, bu hususların çocuğun algılama yeteneğini etkileyip etkilemediğinin tespit edilmesi gerekir[274]. Örneğin algılama yeteneği gelişmiş ancak konuşma yetisi bulunmayan 15 yaşından büyük bir çocuğun failin kendisini öpmesine işaret yolu ile izin verdiğini bildirmesi durumunda rızanın geçersiz sayılması mümkün değildir.

On beş yaşından büyük çocuklar bakımından hukuki anlam ve sonuçları algılama yeteneğinin mağdurun ilgili eylemin hukuki unsurlarını, "kanunda düzenlenme biçimini bilmesi" olarak nitelendirmemek gerektiği düşüncesindeyiz. Bu durumda kanunen "çocuk" kabul edilen mağdura eylemin hukuk sisteminde ki yerini bilme zorunluluğu yüklenmiş olacaktır. Dolayısıyla on beş yaşından büyük çocuğun eyleme gösterdiği rızanın geçerli olup olmadığı mahkeme tarafından değerlendirilirken, mağdurun akıl

---

[273] TANER, s. 296.

[274] *"Pamukkale Üniversitesi Tıp Fakültesinde oluşturulan heyet tarafından düzenlenen 19.08.2016 raporda mağdurede hafif derecede mental retardasyon ve davranım bozukluğu bulunduğu, cinsel istismar suçunun sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmediği, beden ve ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğu yönünde bilgi verilmesi ve mağdurenin akıl hastalığını bilmediklerini ifade eden tanık beyanları nazara alındığında, ilk derece mahkemesince mağdurenin Adli Tıp Kurumu 6. ihtisas kuruluna sevk edilip, suç tarihinde akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunup bulunmadığı, varsa bu durumun hekim olmayanlar ile kendisini tanıyanlar veya çevresinde yaşayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği, tespit edilen zeka durumunun kendisine yönelik cinsel istismar eyleminin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine etkisi bulunup bulunmadığı hususlarında rapor alındıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden, eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması karşısında, anılan hükme ilişkin istinaf başvurusunun kabulü yerine düzeltilerek esastan reddedilmesi…"* Yargıtay 14 CD. 2019/2716 E. 2019/11979 K. 24.10.2019 K.T.

zayıflığı, gelişim eksikliği gibi durumların olup olmadığına ve cinsel eylemin anlamını ve bu eylemin sonuçlarını bilip bilmediğine bakılması gerekir[275].

15 yaşını tamamlayan mağdur çocuğun rızası; kanun koyucu 15 yaşını tamamlamış 18 yaşından küçük algılama yeteneği gelişmiş çocukların cinsel eylemleri değerlendirebilme yeteneklerine sahip olduklarını kabul ederek bu eylemlere gösterdikleri rızayı geçerli saymıştır[276]. Ancak bu çocukların geçerli rızaları dahilinde gerçekleşen cinsel ilişki niteliğinde ki eylemleri diğer cinsel eylemlerden ayrık tutarak TCK m.104'te ayrı bir suç olarak düzenlemiştir. Bu kapsamda bu yaş grubunda ki çocukların cinsel ilişki dışında ki her türlü cinsel faaliyete gösterdikleri rıza geçerli sayılacak, suç oluşturmayacaktır. Bunun yanında doktrinde on beş yaşını tamamlamış ve reşit kılınan çocuğun rızası ile cinsel ilişkiye girmesi durumunda fiilin hukuka uygun hale geleceğine ve suç oluşmayacağına ilişkin görüşlerde yer almaktadır[277].

15 yaşını tamamlayan çocuğa karşı cinsel eylemin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel eyleme karşı mağdur çocuğun rızası; bu yaş grubunda ki çocuklara karşı rızaları dahilinde gerçekleştirilen cinsel eylemlerden dolayı TCK m. 103 kapsamında suç oluşmaz. Ancak bu eylemler cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmiş ise rızanın bu unsurlardan etkilenip etkilenmediği dolayısıyla geçerliliği değerlendirilecek, rıza geçersiz ise suç oluşacaktır.

---

[275] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 353; TANER, s. 290 vd; TAŞTAN, s. 254 vd.; YOKUŞ SEVÜK, s. 119.

[276] *"Mağdure 27.7.1987 doğumlu olup, doğumdan 10 yıl sonra 31.3.1997 tarihinde nüfusa tescil edilmiş olmakla; suçun oluşumuna ve niteliğine etkisi bakımından mağdureye ait doğum tutanağı getirtilip, resmi bir sağlık kuruluşunda doğmamış olduğunun saptanması halinde yaş tespitine esas kemik, film ve grafilerinin çektirilerek sağlık kurulundan rapor alınması, gerektiğinde Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan da görüş alınarak mağdurenin gerçek yaşının bilimsel biçimde saptanması ve sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik tahkikatla yazılı şekilde hükme varılması,Oluşa ve dosya içeriğine göre; mağdurenin olayı gizleyerek sekiz ay sonra hamile olduğunun anlaşılması üzerine ailesine bildirmiş olması karşısında; olayın ortaya çıkış biçimi ve zamanı ile birçok kez cinsel ilişkinin gerçekleşmiş olması da dikkate alındığında, sanığın mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğine dair savunmasının aksini gösterir kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı halde TCK.nun 416/son maddesi yerine TCK.nun 416/1. maddesi ile cezalandırılmasına karar verilmesi,Kanuna aykırı, sanık ve müdafiinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı CMUK.nun 321.maddesi uyarınca (BOZULMASINA)…"* Yargıtay 5. CD. 2005/90 E., 2005/2469 K., 23.03.2005 K.T., www.lexpera.com.

[277] ÖZGENÇ, İzzet; Cinsel Suçlar, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 24, S: 1, Ocak, 2020, s. 264.

Cebir, tehdit ve hile kavramlarına cinsel saldırı başlığı altında kavramsal olarak değindiğimizden burada ayrıca tekrar tanımlara yer vermeyeceğiz. Cebir, tehdit ve hilenin varlığının rızaya etkisi bakımından cinsel saldırı suçunda yer verdiğimiz açıklamalar cinsel istismar suçu içinde geçerlidir. Ancak cinsel istismar suçunda cebir, hile ve tehdidin rızanın geçerliliğine etkisi değerlendirilirken, mağdurun "çocuk" olduğu unutulmamalı, erişkin bir kimseye göre bu unsurların bir çocuğun rızasını daha kolay etkileyebileceğine dikkat edilmeli dolayısıyla mahkeme tarafından rızanın geçerliliği titizlikle incelenmelidir.

Cebrin varlığı araştırılırken, mağdur ile failin fiziksel yapıları, yaşları dikkate alınmalı, cebrin mağdurun direncini kıracak güçte olup olmadığına bakılmalıdır. Cebrin eylem süresince mevcut olması gerekmez. Başlangıçta kullanılması da yeterlidir. Önemli olan mağdurun cebir sebebi ile direncinin kırılmasıdır. Mağdur failin cebri sebebi ile eyleme rıza göstermek zorunda kalmış ise geçerli bir rızadan bahsedilemez. Rızanın direncin kırılması sebebi ile mi, korku ile mi, şok ile mi yoksa geçerli mi olup olmadığı somut olaya göre değerlendirilmelidir. Başlangıçta geçerli bir rıza olmakla beraber bu rıza daha sonra geri alınmış ve cebir bu esnada uygulanmışsa, rızanın eylemin devamı süresince mevcut olması gerektiğinden, yine suç oluşur.

Fail, mağdur çocuğu cinsel eyleme rıza göstermemesi halinde, kendisinin veya yakınlarının fail veya bir başkası tarafından ağır zarara uğratılacağı konusunda tehdit etmiş olabilir. Bu durumda geçerli bir rızadan bahsedilemeyecek suç oluşacaktır. Rızanın geçersizliğinden bahsedebilmek için mağdurun tehdidin gerçekleşeceğine inancı bulunmalı ve bu inanç ile eyleme rıza göstermiş olmalıdır. Yine cebirde olduğu gibi başlangıçta geçerli rıza bulunmasına rağmen, rızanın daha sonra geri alınması durumunda fail eylemine tehdit ile devam etmiş ise bu aşamadan sonra mağdurun geçerli rızasından bahsedilemeyecek cinsel istismar suçu oluşacaktır[278].

[278] *"Kendine yönelik eylemler hamam ve cami tuvaleti gibi umumî yerlerde gerçekleştirilmesine rağmen mağdurun kimseden yardım istemediği, her seferinde bu yerlere sanıkla gitmeyi sürdürdüğü, uzun bir süreden beri devam eden ve teselsül eden eylemleri en yakınlarına dahi söylemediği, annesinin farkedip sıkıştırması üzerine tehditle ve isteği dışında sanığın bu eylemleri gerçekleştirdiğini ileri sürmeye başladığı, kendini haklı göstermek düşüncesiyle bu tarz bir anlatımda bulunduğunun kabul edilmesi gerektiği, atılı suçların rızaya dayalı olarak işlendiği ve sanığın buna göre cezalandırılması gerektiği halde yazılı şekilde hüküm kurulması…"* Yargıtay 5. CD. 2004/5482 E., 2004/6274 K., 30.09.2004 K.T., www.lexpera.com.

Hile halinde fail mağdurun rızasını, cinsel amacına ulaşmak için, aldatarak, kandırarak veya hataya düşürerek elde etmektedir. Burada mağdurun rızaya dayalı iradesi hileye bağlı olarak sakatlandığından geçerli bir rızadan söz edilemez. Yine mağdur kendiliğinden hataya düşmüş fail de bu hatadan yararlanmış ise hile oluşur, mağdurun rızası geçerli olmaz[279]. Cinsel saldırıda olduğu gibi cinsel istismar suçunda da evlenme vaadi rızayı geçersiz kılacak güçte hile sayılmaz[280]. Mağdur bir vaade inanarak rıza göstermiş olsa da önemli olan suça konu fiil ile cinsel özgürlük alanına girilmesine izin vermesidir. Nitekim kanun koyucu bu yaş grubunda ki çocukların cinsel özgürlük alanlarının geçerli rızaları dahilinde ihlal edilmesine müdahale etmemiştir.

Cebir, tehdit ve hile dışında mağdurun iradesini etkileyen diğer sebeplere açıklık getirilmemiştir. Bu sebeple alkol veya uyuşturucu madde etkisinin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür[281]. Mağdurun rızası alkol veya uyuşturucu madde etkisi ile ortadan kalkmış veya azalmış, suça konu eylem bu esnada gerçekleştirilmiş olabilir. Bu durumda çocuğun cinsel eyleme karşı yeterli iradeyi oluşturup oluşturamadığı dolayısıyla geçerli rızanın varlığı somut olaya göre tespit edilmelidir. Çocuğun iradesi sarhoşluk, uyuşturucu madde etkisi gibi sebepler ile etkilenmiş yani mağdurun iradesi etki altındayken rıza gösterilmiş ise geçerli rızadan söz edilemez. Mağdur kendi rızası ile alkol veya uyuşturucu madde kullanmış olsa da geçerli rızadan söz edilemez[282]. Ancak bu durumunda somut olaya göre değerlendirilmesi, örneğin alınan alkol miktarının mağdurun iradesini etkileyecek düzeyde olup olmadığının, mağdur ile fail arasında ki ilişkinin tespit edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Cinsel saldırı suçunda olduğu gibi uyku halinde de rızanın somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir[283]. Uyku halinde fiilin

---

[279] TAŞTAN, s. 236.

[280] *"...Oluş ve kabule göre; suça sürüklenen çocuğun suç tarihlerinde onbeş-onsekiz yaş grubunda yer alıp dosya içeriğine göre akıl hastalığı da bulunmayan mağdure ile birden fazla rızaen cinsel ilişkiye girmesi eyleminde, suça sürüklenen çocuğun evlenme vaadinde bulunması mağdurenin iradesini bertaraf edip fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta bir hile olarak kabul edilemeyeceğinden, mevcut haliyle eylemlerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, TCK'nın 104/1, 43. maddelerine uyduğu gözetilmeksizin dosya kapsamına uygun düşmeyecek şekilde suça sürüklenen çocuğun eylemlerini evlenme vaadi şeklinde hile ile gerçekleştirdiği belirtilerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması..."* Yargıtay 14. CD. 2014/1552 E. 2015/5994 K. 30.04.2015 K.T. www.lexpera.com.

[281] TANER, s. 303.

[282] TAŞTAN, s. 239 vd. *Aksi görüş için bkz:* ARSLANTÜRK, s. 305.

[283] *"Sanığın olay tarihinde geceleyin 01.30 sıralarında mağdurenin küçük oğlu ile birlikte uyuduğu odaya girerek vücudunu okşadığı anlaşılmakla, iddia, tanık beyanı ve dosya kapsamına göre sanığın eyleminin ırza geçmeye teşebbüs niteliğinde olup olmadığının tayin ve takdiri, bu konudaki kanıtların değerlendirilmesi yüksek dereceli ağır ceza mahkemesine ait olup görevsizlik kararı verilmesi gerekirken*

ancak "varsayılan rıza" kapsamında değerlendirilebileceği görüşündeyiz. Örneğin failin "mağdurun uyumadan önce rızası vardı" iddiası halinde, eylemin gerçekleştiği esnada mağdurun rıza açıklaması mümkün olmadığından geçerli rızadan bahsedilemez. Ancak fail ile mağdur arasındaki ilişkinin veya daha önce aralarında gerçekleşen cinsel eylemlerin olup olmadığının, failin varsayılan rıza iddiası tespit edilirken değerlendirilmesi gerekir.

3.2.2.1.Mağdurun On Sekiz Yaşından Önce Ergin Kılınması Halinde Rıza

Mağdur çocuk on sekiz yaşından önce evlenme veya mahkeme yolu ile ergin kılınmış olabilir. Bu durumda ergin kılınan çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlerin suç oluşturup oluşturmayacağı, oluşturuyor ise hangi suç kapsamında değerlendirileceği doktrinde tartışmalıdır.

Evlenme ile ergin kılınan mağdura karşı eşi tarafından rıza dahilinde gerçekleştirilen cinsel eylemler suç oluşturmaz. Bir kısım yazarlar[284] ise evlenme ile ergin kılınan çocuğa karşı eşi tarafından gerçekleştirilen cinsel eylemlerin, rıza olsa dahi, cinsel istismar suçunu oluşturacağı görüşündedir. Bu görüşün dayanağı evlenme ile çocuğun eşine karşı cinsel özgürlüğünü terk etmiş sayılmaması gerektiğidir. Cinsel saldırı suçu başlığı altında ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere her ne kadar on sekiz yaşından önce "çocuğun" evlenmesine imkan tanınmış olması yanlış olsa da, cinsellik evliliğin bir parçası olup, rıza dahilinde evlenerek ergin kılınan kimseye karşı eşinin gerçekleştirdiği cinsel eylemler suç oluşturmaz. Bu kimseler arasında rıza dışı gerçekleşen cinsel eylemlerin ise hangi suç kapsamında değerlendirileceği doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde yer alan bir kısım görüşe[285] göre, on sekiz yaşından küçük kimse evlenme ile ergin kılındığından evlilik birliği içerisinde gerçekleşen rıza dışı cinsel eylemler TCK m.

---

yargılamaya devamla yazılı şeklinde hükme varılması…" Yargıtay 5. CD., 2004/3475 E., 2005/1516 K., 19.10.2005 K.T., www.lexpera.com.

[284] AKÇAY, s. 102; KÜSKÜ, Hamza; Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali (TCK md. 103/2), Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos, 2020, s. 66.

[285] ARTUK/ GÖKÇEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 385.

102 kapsamında değerlendirilmelidir. Diğer bir görüş[286] ise mağdur evlenme ile ergin kılınmış olsa dahi on sekiz yaşından küçük bir çocuk olduğundan, eşi tarafından rıza dışı gerçekleştirilen eylemin TCK m. 103 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Ancak burada da eylemin gerçekleştirilme biçimi bakımından doktrinde ikili bir ayrım yapılmaktadır. Bu ayrıma göre on sekiz yaşından küçük eşe karşı gerçekleştirilen cinsel eylem cebir, tehdit, hile ya da iradeyi etkileyen başka bir neden kullanılarak gerçekleştirilmiş ise suç TCK m. 103 kapsamında değerlendirilir. Suça konu eylem bu nedenlerden birine dayanılmadan, eşin varsayılan rızası kapsamında gerçekleştirilmiş ise suç oluşmaz.[287] Kanaatimize göre on sekiz yaşından küçük kimsenin evlenmesine hukuki olarak imkan tanınmasının temel olarak yanlış olduğunu tekrar etmekle beraber; mevcut hukuk sistemimizde evlilikle ergin kılınmak kanunen mümkündür. Dolayısıyla eşler arasında gerçekleşen cinsel eylemlerde yaş veya "ergin kılınmış olmak" dikkate alınmaksızın eylemin evlilik kurumu içerisinde eşler arasında gerçekleştiği ve eşler arasında rızanın var olup olmadığı dikkate alınarak suç vasfı değerlendirilmelidir. Bunun yanında dikkat edilmesi gereken en önemli husus evliliğin rıza ile gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Evlilik rıza dışı gerçekleşmiş ise çocuğa karşı gerçekleştirilen rıza dışı cinsel eylemlerden dolayı failin TCK m. 103 kapsamında cezalandırılacağı şüphesizdir. Ancak evlilik rıza dışı gerçekleşmiş, mağdur daha sonra rızası ile eşi ile cinsel eylemde bulunmuş olabilir. Bu durumda TCK m. 103 hükümleri söz konusu olmayacaktır. Yine evlilik mağdurun rızası ile gerçekleşmiş ise fail ile mağdur arasında rıza dışı gerçekleşen cinsel eylemlerin TCK m. 102 kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Evlenme ile ergin kılınan kimseye karşı cinsel eylem eşi dışında bir başkası tarafından gerçekleştirilmiş olabilir. Yargıtay'ın benimsediği görüş on sekiz yaşından küçük ergin mağdura karşı gerçekleşen cinsel eylemlerde failin sıfatına bakılması gerektiği, fail eş ise rızanın yokluğuna göre nitelikli hal bakımından TCK m. 102/2 hükümlerinin, fail eş dışında bir kimse ise TCK m. 103 veya nitelikli hallerine göre hükümlerin uygulanması gerektiği yönündedir[288].

---

[286] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 354; TAŞTAN, s. 228 vd.; YOKUŞ SEVÜK, s. 119 vd.; KANTARCI, s. 167; AĞCAOĞLU, s. 81.

[287] ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 354 vd.

[288] AYGÜL ATAKAYA, s. 121; ERDOĞAN, s. 254; TANERİ/ KAMIŞLI, s. 317. *"...Çocuğun cinsel istismarı suçunun mağduru ancak, onsekiz yaşını tamamlamış kişiler olabileceği, mağdur onsekiz yaşını*

Evlenme ile ergin kılınan çocuk otomatik olarak cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf etme yetkisini kazanmış olmaktadır. Dolayısıyla bu yetkisini sadece "eşi" ile sınırlı tutmak hukuken mümkün değildir. Evlenme ile ergin kılınan kimsenin eşi dışında bir kimse ile rızası dahilinde cinsel eylemde bulunması durumunda suç oluşmayacağı kanaatindeyiz[289]. Kaldı ki kanun koyucu on beş yaşından büyük eylemin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı rıza dahilinde gerçekleşen cinsel eylemlere ilişkin cezai bir yaptırım öngörmemiştir. Evlenme ile ergin kılınan kimsede en az 16 yaşını doldurmuş çocuk olduğundan, bu kimselerin eş dışında biri ile aralarında geçen cinsel eylemlerden dolayı fail sorumlu tutulamaz. Cinsel ilişki eylemi ise istisna olup, reşit olmayanla cinsel ilişki başlığı altında bu husus ayrıca değerlendirilecektir.

Fail mağdurun rızası dışında cinsel eylemde bulunmuş, mağdurun da evlenme ile ergin kılındığını bilmiyorsa TCK m. 103 kapsamında cezalandırılır. Ancak fail mağdurun evlenme ile ergin kılındığını biliyor, mağdurun da cinsel eyleme rızası varsa bu durumda suçtan söz edilemez.

Çocuk mahkeme kararı ile de ergin kılınmış olabilir. Her ne kadar mahkeme çocuğun tam ehliyetli olmasına imkan tanısa da evlenme, ehliyet alma, dernek kurma ve siyasi haklarını kullanma haklarını bu imkanların dışında tutmuştur. Dolayısıyla mahkemenin ergin kıldığı çocuğa on seki yaşını doldurmuş gibi tüm erginlik haklarını tahsis ettiği,

---

tamamlamış olması durumunda ise, 5237 sayılı TCK.nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu oluşturacağı, ancak 5237 sayılı Kanunun 102. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca da, ergin olmasa dahi eşe karşı işlenen vücuda organ veya sair cisim sokulması halinde de eylemin 102. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan suçu oluşturacaktır. 5237 sayılı TCK.nın 2 ve 5395 sayılı ÇKK.nın 3. maddeleri karşısında; suçun mağdurununun onsekiz yaşını bitirmemiş olması durumunda çocuk olarak kabul edilmesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uyarınca herhangi bir sebeple onsekiz yaşından önce ergin olma durumunda da kişinin ceza hukuku bakımından çocuk olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu sebeple bir kimsenin evlenmeyle veya mahkeme kararıyla ergin olsa bile, mağdurun onsekiz yaşını doldurmamaış olması durumunda, buna karşı gerçekleştirilen eylemlerin çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır.Bu sebeple onsekiz yaşını bitirmeksizin ergin olan mağdurlara karşı; a) Eşi tarafından vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle bir suç işlenmesi durumunda 5237 sayılı Kanunun 102/2. maddesinde düzenlenen nitelikli cinsel saldırı, B) Eşi dışında başka bir kişi tarafından vücuduna organ veya sair cisim sokmak suretiyle bir suç işlenmesi durumunda 5237 sayılı Kanunun 103/2. maddesinde düzenlenen çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturacağı,Buna göre somut olayda, suç tarihinde 15 yıl 2 aylık olup evli olan mağdura karşı işlenen ırza geçme suçunda, mağdur mahkemece evlenme ile çocuk kabul edilmiş ise de; çocuğun 5237 sayılı TCK.nın 6/b maddesine göre, suç tarihinde 18 yaşını doldurmamış kişi, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununun 3/1-a maddesine göre de, daha erken yaşta ergin olsa bile 18 yaşını doldurmamış kişinin çocuk olarak tanımlandığı, yukarıda açıklanan kanuni düzenlemelere göre de suç tarihinde çocuk olan mağdureye karşı işlenen suçun 5237 sayılı TCK'daki karşılığının 103. maddesi olduğu gözetilmeden yazılı şekilde mağdur reşit kabul edilerek 102. madde ile karşılaştırma yapılarak hüküm kurulması…" Yargıtay 14. CD. 2014/582 E., 2014/14622 K., 22.12.2014 K.T. www.lexpera.com, *E.T.; 07.08.2022.*

[289] AYDIN, s. 33.

cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf etme yetkisi verdiğinden söz edilemez. Bu durumda mahkeme kararı ile ergin kılınan çocuğa karşı rızası dışında gerçekleştirilen cinsel eylemlerden dolayı fail TCK m. 103 kapsamında cezalandırılacaktır. Mahkeme kararı ile ergin kılınan çocuğun zaten on beş yaşını doldurmuş olması şartı arandığından rıza varsa, "yaş esas alınarak", suç oluşmayacaktır.

3.2.2.2.Çocuklar Arasında Rızaya Dayalı Olarak Gerçekleşen Cinsel Eylemler

TCK m. 103 hükmü ile "çocuğu cinsel yönden istismar eden kişinin" cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Ancak "bu kişinin" yani failin kim olabileceği belirtilmemiştir. Bu sebeple failin çocuk olması da kanunen mümkündür. Ancak somut olayda hem failin hem de mağdurun çocuk olması hali görüş ayrılıklarını da beraberinde getirmiştir.

Doktrinde yer alan ilk görüş[290], 15 yaşından küçük çocukların rızaları dahilinde cinsel ilişkiye girmelerinin, kimin fail kimin mağdur olduğu tespit edilemeyeceğinden suç oluşturmayacağı yönündedir. Nitekim Türkiye'nin de taraf bulunduğu ve 10 Eylül 2011 tarihi ile Resmi Gazetede yayımlanan "Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü Ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi" ile de çocukların kendi aralarında ki rızaya dayalı cinsel eylemleri cinsel istismar kapsamında değerlendirilmemiştir[291]. Bu görüşü savunan bir kısım yazarlara göre ise, hükmün amacı "çocuğun erken yaşta cinsel deneyimlere karşı korunması" ve bu koruma kendisinden büyük kişilere karşı olduğundan, on beş yaşından küçük çocukların rızaları ile ilişkiye girmeleri durumunda suç oluşmaz.

Diğer bir görüş[292] 15 yaşını tamamlamamış çocuklar arasında rıza olsa dahi gerçekleşen cinsel ilişki eyleminin suç oluşturacağı yönündedir. Bu görüşe göre on beş yaşından küçük çocukların rızası suç kapsamında geçerli kabul edilmediğinden taraflar suçun hem mağduru hem faili olurlar.

Çocukların cinsel istismarını düzenleyen TCK m.103 hükmünün amacı, suç kapsamında ki çocukları kendilerinden fiziksel ve zihinsel anlamda daha gelişmiş "yetişkinlere" karşı korumaktır[293]. Ancak aynı veya yakın zihinsel ve fiziksel olgulara sahip çocukların birbirlerine karşı özellikle de rızaları kapsamında gerçekleştirdikleri cinsel eylemlerin

[290] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 458 vd.; ERDOĞAN, s. 252; AĞCAOĞLU, s. 143.
[291] AKÇCSİKKS m. 18/3: *"1.a fıkrasının hükümleri, küçükler arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetleri düzenlemeye yönelik değildir."* https://www.resmigazete.gov.tr, *E.T.;* 07.08.2022.
[292] KÜSKÜ, s. 58.
[293] TANER, s. 310.

"istismar" suçu kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Cinsel istismar "çocuğun cinsel yönden sömürülmesi" olarak ta ifade edilmektedir. Bu tanımdan yola çıkarak çocukların kendi aralarında cinsel anlamda birbirlerini sömürme amaçlarından söz edilemez. Ancak taraf çocuklardan birisi diğerini cinsel davranışa zorlarsa veya hile gibi yollar ile bunu sağlarsa bu durumda fiilin suç kapsamında değerlendirilmesi gerekir[294]. Çocukların kendi aralarında gerçekleştirdikleri cinsel eylemler kapsamında tarafları fail, mağdur, suçlu gibi kavramlar ile nitelendirmek yerine çeşitli eğitimler kapsamında denetime tabi tutmak şeklinde bir uygulamanın benimsenmesinin, dolayısıyla temelde bu çocukları cinsel eylemler ve sonuçları konusunda bilinçlendirmenin cezai yaptırım uygulanmasından daha etkili ve gerekli olduğu görüşündeyiz.

3.2.2.3.Mağdurun Rızasının Suçun Nitelikli Haline Göre Değerlendirilmesi

TCK m. 103/2 ile "cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokularak gerçekleştirilmesi" halinde suçun nitelikli halinin oluşacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda kanun koyucu on beş yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklar dışında ki tüm çocukların rızasını geçersiz kabul etmiştir. Bu çocukların rızaları dahilinde gerçekleştirdiği cinsel eylemler ise TCK m. 103 kapsamında değil TCK m. 104 kapsamında değerlendirilir.

TCK m. 103/3 ile kanun koyucu suçun daha ağır cezayı gerektiren hallerine yer vermiştir. Burada yer verilen haller, mağdurun faile direnmesini engelleyen, direncini kıran ya da belirli bir yakınlık veya konumdan faydalanarak eylemin gerçekleştirildiği durumlardır. Bu hallere cinsel saldırı suçunda da ayrıntılı olarak yer verdiğimiz ve sadece on beş yaşından büyük, algılama yeteneği gelişmiş çocukların rızasının geçerliliği değerlendirildiğinden ağırlaştırılmış hallerde sadece bu çocuklar bakımından rıza hususu değerlendirilmiştir.

a. TCK m. 103/3-a ile "suçun birden fazla kişi ile birlikte" işlenmesi halinde, cezanın yarı oranında arttırılacağı düzenlenmiştir. Cinsel istismar suçunda

[294] Benzer görüş için bkz: TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 459.

birden fazla kişinin aynı cinsel eylemin tamamını veya farklı kısımlarını, beraber veya yalnız işlemeleri suçun nitelikli halini oluşturur. Burada önemli olan faillerin aynı amaç ile birlikte hareket etmeleri ve hareketlerinin aynı mağdura karşı olmasıdır[295]. Bu durumda fail sıfatı ile suça konu eylemi gerçekleştiren en az iki kişinin olması gerekir. Suçun nitelikli halinin oluşması bakımından faillerin birden fazla olmasının suçun işlenmesini kolaylaştırması yeterlidir. Kanun koyucu on beş yaşından büyük ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlerde rızayı geçerli saymıştır. Ancak çocuğun iradesi cebir veya tehdit ile etkilenmiş ise bu durumda rızanın geçerliliğinden söz edilemeyeceğini ifade etmiştik. Suçun birden fazla kişi ile işlenmesi durumunda mağdur korku ile eyleme rıza göstermiş olabilir. Yine fail veya failler birden fazla kişi olmanın verdiği kolaylıktan yararlanmış, mağduru tehdit etmiş olabilir. Bu durumda mağdurun geçerli rızasından söz edilemez, suç oluşur.

b. TCK m. 103/3-b de "suçun insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle" işlenmesi halinde failin cezası yarı oranında arttırılır. Suç kapsamında "toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğu bulunan yerler" bakımından ilk akla gelen çocuk yetiştirme yurtları, öğrenci pansiyonları gibi yerlerdir. Örneğin yetiştirme yurdunda kalan mağdura karşı cinsel eylem bu yurtta bulunan başka bir öğrenci tarafından gerçekleştirilmiş olabilir[296]. Bu durumda mağdurun geçerli rızası yoksa failin cezası TCK m. 103/3-b kapsamında ağırlaştırılır. Mağdur 15 yaşından küçük veya 15 yaşından büyük ancak algılama yeteneği gelişmemiş ise bu durumda rızanın geçerliliğine bakılmaksızın fail suçun nitelikli halinden dolayı sorumlu olur.

[295] "mağdurların aynı veya farklı kimseler olabileceği" yönünde bkz: ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ, s. 364.

[296] *"…suça sürüklenen çocukların üzerlerine atılı suçu insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, suç tarihinde aynı yurtta kalmakta olan mağdura yönelik işledikleri halde; lehe aleyhe kanun değerlendirilmesi sırasında 5237 sayılı TCK nın 6545 sayılı Kanunda değişik 103/3-b maddesinin hükümlerde uygulanmaması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır…"* Yargıtay 14. CD. 2018/1148 E., 2019/9872 K., 20.05.2019 K.T. www.kararara ma.yargitay.gov.tr.

c. TCK m. 103/3-c de "suçun Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından" işlenmesi halinde faile uygulanacak cezanın yarı oranında arttırılacağı düzenlenmiştir. Kanaatimize göre bu kimseler ile mağdur çocuk arasında gerçekleşen cinsel eylemlerde 15 yaşından büyük algılama yeteneği gelişmiş çocuklar bakımından çocuğun rızası olsa dahi, bu nitelikli hal bakımından rıza istisnai olarak geçersiz sayılmalı, ilgili eylem ensest ilişki kapsamında değerlendirilmeli dolayısıyla fail cezalandırılmalıdır.

d. TCK m. 103/3-d de "suçun Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından" işlenmesi halinde faile uygulanacak cezanın yarı oranında arttırılacağı düzenlenmiştir. Failin bu fıkrada sayılan kimselerden biri olmasına karşın çocuğun cinsel eyleme geçerli rızasının bulunması durumunda suç oluşmayacağından suçun ağırlaştırılmış halinden de söz edilemeyecektir. Ancak fail bu kimselerden birisi ve mağdurunda cinsel eyleme rızası yok ise faile uygulanacak ceza yarı oranında arttırılır.

e. TCK m. 103/3-e de "suçun kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle" işlenmesi halinde faile uygulanacak cezanın yarı oranında arttırılacağı düzenlenmiştir. Bu nitelikli halden bahsedebilmek için fail ile mağdur arasında bir hiyerarşi, otorite veya tasarruf yetkisi bulunmalı, suça konu eylem bu yetkilerin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması ile gerçekleştirilmelidir. Örneğin bir öğretmenin öğrencisine karşı gerçekleştirdiği rıza dışı cinsel eylemler halinde TCK m. 103/3-e hükmü uygulama alanı bulacaktır. Ancak öğrencinin eyleme rızası olması halinde cinsel istismar suçundan söz edilemeyecektir.

TCK m. 103/4; *"Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır"* şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre suça konu eylem "on beş yaşını

tamamlamamış veya tamamlamış olmakla beraber fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara" karşı cebir veya tehdit ile gerçekleştirilmiş ise ceza yarı oranında arttırılacaktır[297]. Yine suça konu eylem "on beş yaşını doldurmuş, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara" karşı silah kullanılarak gerçekleştirilmiş ise ceza yarı oranında arttırılacaktır[298]. Kanun koyucu bu çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlerin cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebeple gerçekleştirilmesi halini cinsel istismar suçunun temel hali olarak düzenlerken, silah kullanmayı nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Bu çocukların suça konu eyleme "silah zoru ile" rıza göstermeleri halinde rızanın geçerliliğinden söz etmek mümkün değildir. Yine nitelikli halden bahsedebilmek için silahın kullanılması hatta mağdura yöneltilmesi şart değildir. Önemli olan mağdurun iradesinin silah sebebi ile etkilenmesidir. Mağdur silahı görmesi sebebi ile korkarak cinsel eyleme rıza göstermiş ise geçerli bir rızadan söz edilemez.

3.3.REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNDA MAĞDURUN RIZASI

Türk Hukuk sisteminde erginlik yaşı kanunen on sekiz olarak düzenlenmiştir. On sekiz yaş, dünyanın hemen hemen her yerinde erginlik yaşı olarak kabul edilmektedir. Bunun yanında "cinsel rüşt yaşı" ile erginlik yaşı farklı kavramlardır. Cinsel rüşt yani rıza yaşı, "bireyin cinselliğe rıza gösterebilecek kadar olgun olduğunun ve cinsel eylemlere rıza gösterebileceğinin kabul edildiği yasal yaştır[299]". Cinsel rüşt yaşı ülkeden ülkeye farklılık

---

[297] *"sanığın mağduru tehdit edip sürükleyerek inşaat alanına götürdükten sonra yere uzanmasını istediği ancak mağdurun yatmak istememesi üzerine boynundan tutarak öldürmekle tehdit ettiğinin anlaşılması karşısında, sanığın cinsel istismar eylemini cebir ve tehditle gerçekleştirmesi nedeniyle cezasında koşulları oluştuğu halde TCK'nın 103/4. maddesi gereğince artırım yapılması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması neticesinde eksik ceza tayini…"* Yargıtay 14 CD. 2015/2007 E., 2015/6176 K., 06.06.2015 K.T. www.lexpera.com.

[298] *"İddianame ve olaya uygun ilk derece mahkemesinin kabulünde sanığın, zorla mutfağa götürdüğü mağduru bıçakla tehdit edip sürtünmek suretiyle boşaldıktan sonra evden ayrılmak isteyen mağdurun ayrılmasına izin vermeyip bir süre daha evde tuttuğu mağduru evden ayrılacağı sırada yeniden mutfağa götürüp silahla tehdit ederek nitelikli cinsel istismarda bulunduğu olayda, sanığın eylemlerinin zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilerek ilk derece mahkemesince eylemler tek suç kabul edilerek kurulan hükme yönelik istinaf başvurusunun kabulü yerine yazılı şekilde düzeltilerek esastan reddine karar verilmesi…"* Yargıtay 14. CD. 2018/119 E., 2018/3892 K., 23.05.2018 K.T. www.lexpera.com.

[299] "Cinsel Rüşt, Ergenlik, Evlilik Yaşı, Evlilik Öncesi Cinsel Yaşam, Cinsel İstismar, TÜSEB, Şubat, 2019, s. 20, https://www.tuseb.gov.tr/tacese/uploads/genel/files/yayinlar/raporlar/TACESE_2019_cinsel_rust_ergenlik_evlilik_cinsel_istismar.pdf.

göstermektedir. Çoğu ülke rıza yaşını 11 ile 21 yaş arasında belirlerken bazı ülkeler[300] evlilik dışında ki tüm cinsel ilişkileri yasaklamıştır.

Türk Hukuk sisteminde cinsel rüşt yaşının ayrı olarak tanımlandığı yasal bir düzenleme yoktur. Bunun yanında TCK m. 103 ile yer verilen düzenlemede sayılan çocuklar bakımından on beş yaşın altında ki çocukların rızaları olsa dahi cinsel ilişkide bulunmaları halinde bu rıza geçersiz sayılmakta ve cinsel eylem suç teşkil etmektedir. Dolayısıyla kanun koyucunun on beş yaşı cinsel rüşt yaşı olarak belirlediğini söyleyebiliriz[301]. Ancak bu belirlemenin hangi olgulara dayanarak yapıldığı belirli değildir. Bunun yanında cinsel rüşt yaşı cinsel ilişki ve diğer cinsel eylemler olarak iki gruba ayrılmış, cinsel ilişki için on sekiz yaş sınır olarak belirlenmiştir. Nitekim TCK m. 103 dışında kalan on beş yaşından büyük çocuklar hakkında ise kanun koyucu cinsel özgürlükleri üzerinde tasarruf edebileceklerini ve "cinsel farkındalık" dönemine girdiklerini kabul etmiş ancak kişiliklerinin ve sorumluluk duygularının yeterince gelişmediği yönündeki düşünce ile bu çocuklar ile cinsel ilişkiye girme eylemini TCK m. 104 kapsamında suç olarak tanımlamıştır[302]. Bu çocukların cinsel ilişkiye rızaları aşağıda bu madde kapsamında değerlendirilecektir.

3.3.1. Genel Olarak Reşit Olmayanla İlişki Suçu

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu TCK m. 104 ile düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre;

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

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

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

[300] İran, Suudi Arabistan, Birleşik Arap Emirlikleri vs.
[301] YOKUŞ SEVÜK, s. 140.
[302] ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt: 1, Seçkin Yayıncılık, 29. Baskı, Ankara, Mart, 2022, s. 293.

İlgili hüküm ile on beş yaşını bitiren çocuk ile rızası dahilinde cinsel ilişkide bulunan kimse şikayet halinde cezalandırılacağı düzenlenmiş, ikinci ve üçüncü fıkralarda suçun nitelikli hallerine yer verilmiştir. Suçun temel hali bakımından suç takibi şikayete tabi iken, nitelikli hallerde re'sen soruşturma ve kovuşturmaya imkan tanınmıştır.

TCK m. 104 hükmü ile TCK m. 103 hükmüne kıyasen kanun koyucunun, on beş yaşından itibaren çocuğun cinsel özgürlüğü üzerinde tasarruf yetkisini genişlettiğine yorum yolu ile ulaşmak mümkündür. Yine TCK m. 103 ve TCK m. 104 kıyasen değerlendirildiğinde kanun koyucu on beş yaşından büyük çocukların, algılama yetenekleri de mevcut ise, "cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel eylemlerini" geçerli rızanın olması kaydı ile hukuka uygun kabul etmektedir. Bunun yanında cinsel ilişki eylemi ise kanunda suç olarak düzenlenmiştir.

İlgili düzenlemede diğer cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan farklı olarak suçun oluşması için "geçerli rızanın varlığı" aranmaktadır. Buna göre geçerli bir rıza yok ise TCK m. 103 kapsamın cinsel istismar suçu oluşacaktır.

Cinsel istismar suçundan farklı olarak kanun koyucu suçun temel hali bakımından soruşturulmasını ve kovuşturulmasını şikayete tabi tutmuştur[303]. Cinsel dokunulmazlık hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan şikayet hakkı öncelikle mağdura aittir[304]. Şikayet mağdurun kanuni temsilcisi tarafından da yapılabilir[305]. Ancak şikayet hakkının kullanılması bakımından mağdur çocuk ile kanuni temsilcisi arasında

---

[303] *"Sanığın oluşa uygun şekilde kabul olunan eyleminin TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen takibi şikâyete bağlı reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu ve suç tarihinde onbeş yaşından büyük olan mağdurenin soruşturma evresinde sanıktan şikâyetçi olmadığını beyan ettiği anlaşıldığından, vaki şikayet yokluğu nedeniyle kamu davasının TCK'nın 73/4 ve 5271 sayılı CMK'nın 223/8. maddeleri gereğince düşmesine karar verilmesi gerekirken yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması"* Yargıtay 14. CD. 2014/58 E., 2015/10479 K., 11.11.2015 K.T. www.karararama.yargitay.gov.tr.

[304] AKBULUT (Rıza), s. 284.

[305] *"...müştekinin 17.01.2013 tarihli dilekçesi ile kızı olan mağdurenin dört ay önce evden kaçtığını bildirmesi, sanık ...'in savunmasında mağdurenin 2012 yılında kendisiyle birlikte kalmaya başladığını beyan etmesi, mağdurenin duruşma ifadeleri, 2012 yılında sanıklarla tanıştığının temin edilen HTS kayıtlarından anlaşılması ve tüm dosya içeriği karşısında; suç tarihinin 2012 yılı olarak kabulünün zorunlu olduğu ve mağdurenin bu tarihte on beş-on sekiz yaş grubunda bulunduğu gözetilerek sanıklar haklarında cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen neden olmaksızın gerçekleşen cinsel ilişki eylemlerinden dolayı 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hükümler kurulması gerekirken yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkumiyet kararları verilmesi..."* Yargıtay 14. CD. 2020/10942 E., 2021/4152 K., 09.06.2021 K.T. www.lexpera.com.

uyuşmazlık olması durumunda mağdurun iradesi esas alınır[306]. Yine suç takibinin şikayete bağlı olması İstanbul Sözleşmesinin gerekleri kapsamında eleştirilmektedir[307].

TCK m. 73/1[308] hükmü kapsamında şikayetin altı ay içerisinde yapılması gerekir[309]. Altı aylık süre TCK m. 73/2[310] kapsamında cinsel ilişki eyleminin gerçekleştiği veya failin öğrenildiği günden itibaren başlar.

Suça korunan hukuki yarar on beş on sekiz yaş grubunda ki çocuğun cinsel dokunulmazlığıdır.

TCK m. 104 hükmü oldukça yüzeysel düzenlenmiş olup yoruma ve eleştiriye de bir o kadar açık konumdadır. Öncelikle kanun koyucu on beş yaşından büyük çocuğun cinsel özgürlüğü üzerinde tasarrufta bulunmasına imkan tanımakla beraber cinsel ilişkiyi bu özgürlükten ayrık tutmuştur. Kanun koyucunun amacının "çocuğun cinsel gelişimi" olduğu düşünüldüğünde sadece çocuğu cinsel ilişkiden uzak tutarak cinsel gelişimin nasıl korunacağının somut herhangi bir gerekçesi bulunmamaktadır. Nitekim madde gerekçesi de tek cümleden ibaret olup; *"Madde metninde, reşit olmayan kişiyle cinsel ilişkide bulunmak, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır"* şeklindedir.

İlgili hüküm ile on beş yaşını tamamlayan çocukların rızaları dahilinde, cinsel ilişki dışında, gerçekleşen her türlü cinsel eylem hukuka uygun kabul edilmiştir. Kanun koyucu bu çocuklar ile cinsel ilişkiye girmeyi yasaya aykırı kabul etmiş ancak örneğin oral ilişki

---

306 *"Her ne kadar mağdurenin babası ...'nın 18.10.2011 tarihli duruşmada sanıktan şikâyetçi olmadığını belirttiğinden bahisle sanık hakkında düşme kararı verilmiş ise de; olay tarihinde onyedi yaşı içerisinde olup kolluk beyanında sanıktan şikâyetçi olduğunu belirten ve yargılama sırasında 30.06.2011 tarihinde de evlenmek suretiyle ergin olan mağdurenin, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda şikâyet hakkına sahip olduğu gözetilmeden ve kovuşturma sırasında yeniden beyanı alınarak şikâyetçi olup olmadığı hususu sorulmadan, babasının şikâyetçi olmadığından bahisle düşme kararı verilmesi…"* Yargıtay 14. CD. 2013/7341 E., 2015/6190 K., 07.05.2015 K.T. www.lexpera.com.

307 AKBULUT (Rıza), s. 284.

308 TCK m. 73/1: *"Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikayette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz."*

309 *"Oluşa uygun kabule göre suça sürüklenen çocuğun, olay tarihinde on beş yaşından büyük mağdureyle 2013 yılı Eylül-Ekim aylarında rızasıyla bir kez cinsel ilişkiye girme şeklindeki eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, katılan mağdurenin 30.06.2014 günü şikayette bulunduğunun anlaşılması karşısında, aynı Kanunun 73/1. maddesinde düzenlenen altı aylık kanuni şikayet süresinin geçtiği gözetilerek suça sürüklenen çocuk hakkında görülen kamu davasının düşmesine karar verilmesi gerekirken yargılamaya devamla yazılı şekilde hüküm kurulması…"* Yargıtay 14. CD. 2018/5583 E., 2020/2635 K., 24.06.2020 K.T., www.lexpera.com.

310 TCK m. 73/2: *"Zamanaşımı süresini geçmemek koşuluyla bu süre, şikayet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar."*

yaşanmasını[311], tarafların cinsel organlarını birbirine sürtmesini veya tarafların birbirlerinin cinsel organlarına sair herhangi bir cisim sokmasını yasal kabul etmiştir. Kanun koyucunun özellikle "cinsel ilişki" eylemini cezai yaptırıma bağlamasına yasada açıklık getirilmemiştir. Bu doğrultuda kanaatimize göre kanun koyucunun amacı çocuğun cinsel gelişimini korumak değil, ahlaki ve geleneksel değerler çerçevesinde yasal sınırlar oluşturarak doğması muhtemel gayrı meşru çocukların önüne geçmek kısacası toplum düzenini, yapısını ve ahlakını korumaktır.

On altı yaşını dolduran çocuğun evlenmesine ve dolayısıyla cinsel ilişki eylemini gerçekleştirmesine izin veren hukuk sisteminin, aynı yaşta ancak evli olmayan çocuğun rıza ile cinsel ilişkiye girmesini suç sayması bazı yazarlar tarafından haklı olarak eleştirilmektedir[312]. Yine doktrinde cinsel ilişki eyleminin suç sayılmasının "cinsel özgürlük anlayışı ile bağdaşmadığı" ifade edilmektedir. Bazı yazarlar TCK m. 104 ile korunması gereken bir menfaat bulunmadığından, cinsel ilişki eyleminin suç olarak nitelendirilmemesi gerektiğini savunmaktadır[313].

Kanun koyucu ilgili düzenleme ile suçun oluşumu bakımından geçerli rızanın varlığı şartını aramıştır. Bunun yanında mağdura şikayet hakkı tanımış, suçun temel hali bakımından suç takibini de şikayete tabi tutmuştur. İlgili düzenleme kendi içerisinde çelişmekle beraber fail açısından mağduriyet yaratmaya oldukça müsaittir. İlgili hükümden anlaşılan çocuğun rızası ile cinsel ilişkiye girebileceği ancak bu ilişkiden dolayı pişman olursa şikayette bulunabileceği veya çocuğun cinsel özgürlüğü çerçevesinde hareket etmesinin çocuğun ailesini rahatsız etmesi halinde rıza ile gerçekleşen eylemin suç teşkil edebileceğidir. Kanun koyucunun hem rıza kapsamında gerçekleşen cinsel ilişki eylemini suç sayması hem de suç takibini çocuğun kanuni temsilcisine bırakması anlaşılabilir bir durum değildir.

3.3.1.1.Fail

[311] *"mağdurun yaşı itibarıyla hukuken geçerli rızasına istinaden cinsel organını ağzına alması şeklinde sübuta eren eyleminin ise cinsel ilişki niteliğinde olmaması nedeniyle olayda 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun da oluşmayacağı gözetilerek sanığın müsnet suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi…"* Yargıtay 14. CD. 2016/12774 E., 2021/3541 K., 20.05.2021 K.T. www.lexpera.com.

[312] Ayrıntılı bilgi için bkz TANER, s. 366-367; DOĞAN, Recep; Anlamlı Yanıt Üretilemeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara Barosu Dergisi, C: 75, S: 1, Nisan, 2017, s. 132 vd.

[313] TANER, s. 367.

Kanun koyucu madde hükmünde ve gerekçesinde fail bakımından özel bir şart öngörmemiştir. Fail kadın veya erkek olabilir. Yargıtay içtihatlarında hakim görüş failin erkek olabileceği yönünde olmasına karşın Anayasa Mahkemesi[314] failin erkek veya kadın olabileceğini kabul etmektedir[315].

Hem mağdurun hem de failin kadın olması durumunda, suç tanımında aranan eylemin "cinsel ilişki" olması ve kadınlar arasında bu eylemin fiilen gerçekleşmesi mümkün olmadığından TCK m. 104 kapsamında suç oluşmaz[316]. Yargıtay tarafından cinsel ilişkide aranan eylem cinsel organa yapılan penis ithali olduğundan hem failin hem mağdurun erkek olması da mümkündür.

Doktrinde suça konu fiilin oluşması bakımından sadece erkek cinsel organının kıstas alınmaması, cinsel ilişki kavramı ile vajinal, oral veya anal yoldan meydana gelen ve cinsel haz amacı bulunan her türlü ilişkinin yine cinsiyet ayırmaksızın suça konu fiil kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine dair görüşlerde mevcuttur[317].

Failin amacı suçun oluşması bakımından önemli değildir. Failin cinsel ilişki eylemini gerçekleştirmesi suçun oluşması bakımından yeterlidir.

Madde tanımında failin yaşı bakımından da özel bir belirlemeye yer verilmemiştir[318]. Yargıtay uygulamaları aksi yönde olmakla beraber doktrinde failin ancak on sekiz yaşından büyük kimse olabileceği görüşü[319] yer almaktadır. Bu görüşün dayanağı her iki tarafında çocuk olması halinde kimin fail kimin mağdur olacağının tespit edilemeyecek

---

[314] *"…Madde'de sanık ve mağdur yönünden cinsiyet ayrımı yapılmamıştır. Suçun oluşması için aranan ön koşul, mağdurun onbeş yaşını bitirmiş, onsekiz yaşını doldurmamış olmasıdır. Suçun maddi unsuru, çocuk sayılan kişi ile cinsel ilişkide bulunmak, manevi unsuru ise failin eylemi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir…"* AYM 2005/103 E., 2005/89 K., 23.11.2005 K.T., www.normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr.

[315] ÖZCAN, Onur; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 19, S: 3, Ekim, 2022, s. 312.

[316] YOKUŞ SEVÜK, s. 144; *DÜLGER'e göre de cinsel ilişki eylemi bakımından, kadınlar arasında fiziken böyle bir ilişki söz konusu olmayacağından, fail erkek olabilir*. DÜLGER, s. 221.

[317] DOĞAN, s. 133 vd.; ÖZCAN, s. 328 vd.; AYDIN, s. 103.

[318] 5237 sayılı TCK m. 104/ 2 hükmünün ilk hali; *"fail mağdurdan beş yaş büyük ise şikayet koşulu aranmaksızın cezası iki kat arttırılır"* şeklinde olup, düzenlemenin bu hali doktrinde bir çok yazar tarafından eleştirilmiş, Anayasa Mahkemesinin 2005/103 E., 2005/89 K. Ve 23.11.2005 tarihli kararı ile iptal edilmiştir.

[319] AKSAKAL, Enver; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İBD, C: 88, S: 2, Mart, 2014, s. 261; KESER, s. 67; TOROSLU/ TOROSLU, s. 71; ÖZGENÇ (Cinsel), s. 266 vd.

olmasıdır[320]. Yine doktrinde hem failin hem mağdurun suça konu yaş grubu arasında ki çocuklardan olması durumunda bazı görüşler[321] her iki tarafında hem mağdur hem sanık olacağını ifade ederken bazı görüşler bu durumda suçun oluşmayacağı yönündedir.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından uygulamada karşılaşılan en büyük problemlerden birisi çocukların rızaya dayalı olarak kendi aralarında gerçekleştirdikleri cinsel eylemlerdir. Bu eylemler kimi zaman duygusal bir ilişki içerisinde kimi zaman ise "resmi olmayan bir evlilik" sonucu meydana gelmektedir. Çocuklar arasında bu sebepler çerçevesinde cinsel ilişki gerçekleşmekte, uygulama da bu eylemden dolayı erkek çocuklar hakkında fail sıfatı ile soruşturma ve kovuşturma takibi yapılmaktadır. Erkek çocuğun cezai sorumluluğu, cinsel ilişkide bulunduğu kız çocuğunun yaşına göre belirlenmektedir. Kız çocuğu on beş yaşını tamamlamamış ise cinsel istismar suçu, on beş yaşını tamamlamış ise reşit olmayanla cinsel ilişki suçu söz konusu olmaktadır.

Doktrinde de 15-18 yaş grubunda bulunan bu çocukların rızai olarak cinsel ilişkiye girmeleri durumunda bu fiilin suç oluşturup oluşturmadığı, oluşturuyorsa failin kim olacağı yönünde görüş ayrılıkları mevcuttur. Suçun oluşmayacağını savunan ilk görüşe göre[322], bu çocukların ilişkiye girmesi halinde kimin fail kimin mağdur olacağı belirlenebilir olmadığından, bu belirsizlik halinde suç tanımlanamaz. Durumun aile ve toplum disiplini ile çözüme kavuşturulması gerekir. Bu sebeple reşit olmayanlar cinsel ilişki suçunun faili ancak on sekiz yaşını tamamlamış kişiler olabilir. Aynı görüşü savunmakla beraber bir kısım yazarlar[323] ise suçun tanımlandığı madde metninden, mağdur 15-18 yaş grubunda ki çocuklar olduğundan, failin on sekiz yaşını tamamlamış bir kimse olabileceğinin anlaşıldığını ifade etmektedir. İkinci görüş, 15-18 yaş grubundaki çocukların kendi aralarında cinsel ilişkiye girmesinin TCK m. 104 kapsamında suç oluşturacağını savunmaktadır. Bir kısım yazarlar failin örf ve adetlere göre belirlenmesi gerektiğini bu sebeple de failin ancak erkek olabileceğini kabul

[320] ÖZGENÇ, s. 293; ÖZGENÇ (Genel), s. 377; AKSAKAL, s. 261; TOROSLU/ TOROSLU, s. 71.
[321] KELEP PEKMEZ, Tuba; Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen "Rızaya Dayalı" Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 2, Aralık, 2020, s. 192; ÖZCAN, s. 313 vd.
[322] ÖZGENÇ, s. 293; ÖZGENÇ (Genel), s. 377; AKSAKAL, s. 262; AKDAĞ, Hale; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler, ABÜHFD, C: 5, S: 9, Haziran, 2017, s. 174; YOKUŞ SEVÜK, s. 145.
[323] TANER, s. 375; SARIGÜL, Ali Tanju; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail (TCK m. 104), AHBVÜHFD, C: 25, S: 2, Nisan, 2021, s. 740; DOĞAN, s. 139.

etmektedirler. Bir kısım yazarlar[324] ise, taraflar suçu birbirine karşı işlediğinden her iki tarafında hem mağdur hem fail olduğunu ifade etmektedirler. Yine taraflardan birinin evlenme veya mahkeme kararı ile reşit kılınmış ise suçun faili olabileceği ifade edilmektedir[325]. Yargıtay'ın ilgili durumla ilgili uygulaması ise erkeğin suçun faili olarak yargılanması şeklindedir[326].

Yargıtay'ın neden erkeği fail olarak kabul ettiğine dair hukuki bir gerekçe yoktur. Ancak cinsel ilişkiye giren 16-18 yaş grubunda ki iki erkeğin bulunduğu olayda "pasif" konumda bulunanı mağdur, "aktif" konumda bulunanı fail saydığı karardan[327] yola çıkarak, Yargıtay'ın kıstasının modern hukuk sistemiyle bağdaşmayacak şekilde fiil odaklı olduğunu söyleyebiliriz. İkna edilen taraf erkek dahi olsa Yargıtay, "suçun işleniş biçimi", olayın mağdure üzerinde ki etkisi gibi hususları gerekçe göstererek fail olarak yine erkeği cezalandırmaktadır[328]. Kanaatimize göre Yargıtay'ın uygulaması cinsel ilişkide fiziksel olarak erkeğin kadının cinsel organına penis ithali gerçekleştirmesi sebebine dayanmaktadır. Ancak bu durumun kıstas olarak belirlenerek erkeğin, suçun oluşumu bakımından rızai şartında bulunduğu göz önüne alındığında, direkt fail sıfatı ile yargılanmasının hukuki olmadığı[329], cinsel suçlarda her iki tarafında çocuk olduğu durumlarda bu çocuklara cezai yaptırım uygulamak yerine bilinçlendirme çalışmalarının zorunlu tutulmasının gerektiği görüşündeyiz.

3.3.1.2.Mağdur

Suçun mağduru madde metninde "on beş yaşını bitirmiş çocuk" olarak ifade edilirken, suç başlığında "reşit olmayan" kavramına yer verilmiştir. Madde metni esas alındığında mağdurun ancak on beş yaşını doldurmuş on sekiz yaşından küçük çocuklar olabileceği

[324] TAŞTAN, s. 413 vd.
[325] Aksi görüş için bkz: AKSAKAL, s. 262.
[326] ÖZGENÇ/ KOCA/ ÜZÜLMEZ/ ALŞAHİN, s. 634; TANER, s. 369.
[327] Yargıtay 14. CD 17.02.2014 KT. 8899/1766.
[328] *"Nüfus kayıt örneğine göre, 15 yaş 7 aylık mağdurenin teklifi üzerine cinsel ilişkiye giren 15 yıl 2 aylık sanık hakkında TCK.nın 104/1. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken, hakkaniyet ve orantılılık ilkelerine uygun düşecek ve TCK.nın 3/1. maddesine aykırı olmayacak şekilde bir ceza verilmesi gerekirken, suçun işleniş şekli, olayın mağdure ve ailesi üzerinde yarattığı etkiden söz edilerek dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle üst hadden ceza tayini…"* Yargıtay 14. CD., 2012/8899 E., 2014/1766 K., 17.02.2014 K.T, www.lexpera.com erişim tarihi: 08.08.2022.
[329] Benzer görüş için bkz: TANER, s. 369.

anlaşılmaktadır. Yine madde metninde mağdur "çocuk" olarak ifade edildiğinden evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınan çocuklarda bu kapsamda değerlendirilecektir. Madde başlığı esas alındığında ise mağdur on beş yaşından büyük on sekiz yaşından küçük kimseler olmakla beraber, mağdur çocuk evlenme veya mahkeme kararı ile reşit kılınmış ise bu suçun mağduru olamayacaktır.

Suç başlığı "reşit olmayanla cinsel ilişki" olmakla beraber suç tanımında ve düzenlemesinde reşit olma hususu ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda mahkeme kararı veya evlenme ile ergin kılınan kimselerin bu suç kapsamında mağdur olup olmayacakları tartışmalıdır. Doktrinde bir kısım görüş[330] madde metninde yer alan çocuk ifadesinin esas kabul edilerek rüşt için on sekiz yaşın kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Madde gerekçesinde ise "reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunmak" ifadesine yer verilmiştir. Bu sebeple evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınan kimsenin suçun mağduru olamayacağı yönünde de görüşler bulunmaktadır[331]. Kanaatimize göre esas alınması gereken madde metni olmakla beraber sadece evlenme ile ergin kılınan çocuğun hariç tutulması gerekmektedir. Evlenme ile ergin kılınan çocuğun evlilik ile beraber cinsel özgürlük alanı da genişletilmiş olmaktadır. Bu özgürlüğün sadece eş açısından sağlandığını söylemek mümkün değildir. Evlenme ile ergin kılınan çocuğun rızası kapsamında cinsel ilişkiye giren eş nasıl ki bu eyleminden dolayı sorumlu tutulmuyorsa, ergin kılınan çocuğun eşi dışında başkası ile rızası ile cinsel ilişkiye girmesi halinde de bu kimsenin sorumlu tutulmaması gerekir[332]. Yargıtay[333] da evlenme yolu ile ergin kılınan kimsenin rızası ile cinsel ilişkiye girmesi durumunda suçun oluşmayacağı yönünde görüş benimsemiştir.

---

330 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 375; MEMİŞ KARTAL, Pınar; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK m. 104), AÜHFD, C: 65, S: 4, 2016, s. 2087 vd.; ŞARE, s. 1017; AKDAĞ, s. 172; DOĞAN, s. 137 vd; ÖZCAN, s. 322.

331 GERÇEKER, s. 1077; TANER, s. 368; ÖZGENÇ, s. 294; ÖZGENÇ (Genel), s. 377 *("çocuğun rıza açıklaması reşit kılınmadığı sürece kendisiyle cinsel ilişkide bulunan bir başkasının fiilini hukuka uygun hale getirmemektedir.")*; TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK; s. 485 vd.; TAŞTAN, s. 416; AKBULUT (Rıza), s. 283; AKSAKAL, s. 264-265; ŞEN/ BAŞARIR, s. 335; YOKUŞ SEVÜK, s. 146; YELDAN (99), s. 341; YOKUŞ SEVÜK (Değerlendirme), s. 137; ARTUK/ GÖKÇEN/ ALŞAHİN/ ÇAKIR, s. 411; AYDIN, s. 105.

332 Aksi görüş için bkz: KESER, s. 75 vd.

333 *"…Sanığın mağdure ile rızası ile cinsel ilişkide bulunduğu yönündeki aşamalarda değişmeyen ifadeleri, mağdurenin de çelişkili beyanları, tanık anlatımları ve tüm dosya içeriğinden; sanığın mağdure ile rızası ile cinsel ilişkide bulunduğu 17.02.2004 gününden önce mağdurenin evli olduğu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 11/2. maddesinin "evlenme kişiyi ergin kılar" hükmü karşısında, reşit olan kişi ile rızası ile cinsel ilişki de bulunmanın suç teşkil etmeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması…"* Yargıtay 14. CD. 2011/12610 E., 2012/460 K., 19.01.2012 K.T. www.lexpera.com

Mağdur evlenme ile ergin kılınmış bir kimse olup failin mağdurun eşi olmadığı durumlar bakımından eylemin hangi madde kapsamında değerlendirileceği doktrinde tartışmalıdır. Bizimde katıldığımız bir kısım görüş bu durumda mağdurun evlenme ile on sekiz yaşından büyük kimseler nasıl cinsel özgürlükleri hakkında tasarruf edebiliyorsa aynı yetkiye sahip olacakları, bu yetkinin sadece eş ile sınırlı bırakılamayacağı dolayısıyla başkası ile cinsel ilişkiye gösterdikleri rızanın geçerli sayılacağı ve TCK m. 104 kapsamında suç oluşmayacağı yönündedir[334]. Ancak mahkeme kararı ile ergin kılınma halinin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla mevcut kanun hükümleri kapsamında bu çocuklar ile rıza dahilinde cinsel ilişkiye girilmesi halinde failin eylemi TCK m. 104 kapsamında değerlendirilir. Bunun yanında mağdur çocuğun gerçek yaşı on beş ile on sekiz yaş arasında olmasına karşın, çocuk yaşını mahkeme kararı ile 18 yaşın üzerine yükseltmişse, fiilin yaş yükseltildikten sonra işlenmesi kaydı ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olamayacağı yönünde görüşler[335] bulunmaktadır. Kanaatimize göre bu durumda failin eyleminden sorumlu tutulup tutulamayacağı değerlendirilirken mağdurun kimlik yaşı esas alınmalıdır.

On sekiz yaşından küçük ve evlenme ile ergin kılınan mağdura karşı evlilik birliği içerisinde rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel ilişki eylemi suç teşkil etmez. Ancak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir sebep ile rıza dışı gerçekleştirilen cinsel eylem suç teşkil edecektir. Bu durumda uygulanacak kanun hükmü "Çocukların Cinsel İstismarı" başlığı altında ayrıntılı olarak incelediğimiz üzere TCK m. 103 hükümleridir.

Mağdur cinsiyet fark etmeksizin suç tarihi itibari ile on beş yaşını tamamlamış, on sekiz yaşından küçük cinsel ilişkinin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklardır. Ancak hem mağdurun hem failin kadın olması halinde cinsel ilişkinin TCK m. 104 kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştik. Suçun on beş yaşından büyük algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı işlenmesi durumunda ise TCK m. 103 kapsamında cinsel istismar suçu oluşur.

[334] TANER, s. 368-369; AKDAĞ, s. 172; SARIGÜL, s. 741.
[335] ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 379.

3.3.1.3.Fiil

Suça konu eylem cebir, hile, tehdit veya iradeyi etkileyen başka bir unsur olmaksızın gerçekleşen "cinsel ilişkidir". Cinsel ilişki, penisin vajinal veya anal yoldan vücuda girmesi olarak tanımlanabilir[336]. Bu tanıma bakarak taraflardan birisinin mutlaka erkek olması gerektiği söylenebilir. Dolayısıyla fail ve mağdurun, her ikisinin de kadın olması durumunda TCK m. 104 kapsamında suçun oluşmayacağı söylenebilir. Ancak tarafların her ikisi de erkek ise cinsel bir birleşme yaşanması fiziksel olarak mümkün olduğundan suç kapsamında değerlendirilebilir.

Vücuda başka bir organ veya sair cisim sokulması halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmaz. Yargıtay'ın görüşü de "cinsel üreme organlarının birleşmesinin" suç kapsamında değerlendirilebileceği yönündedir[337]. Yine Yargıtay oral ilişki halini de cinsel ilişki olarak kabul etmemektedir[338].

Suçun oluşumu bakımından en önemli özellik cinsel ilişkinin rıza ile gerçekleşmesidir. Rıza suçun tanımlanması bakımından önemlidir. Nitekim mağdur rızası ile fail ile cinsel ilişkiye girmiş ise TCK m. 104, rızası dışında cinsel ilişkiye maruz kalmış ise TCK m. 103 hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

---

[336] GERÇEKER, s. 1078.

[337] *"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, oluşa uygun kabule ve dosya içeriğine göre, gerçekleşen eylemlerin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı ve TCK'nın 104. maddesinde öngörülen suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek, suça sürüklenen çocuk ile sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten beraatlerine karar verilmesi yerine suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna teşebbüsten mahkumiyetlerine hükmedilmesi…"* Yargıtay 14. CD. 2015/363 E., 2017/2429 K., 04.05.2017 K.T. www.kararara ma.yargitay.gov.tr.

[338] *"Oluşa uygun kabule göre; sanığın, rızasıyla mağdurun ağzına cinsel organ sokmak şeklinde gerçekleşen eyleminin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmadığı ve TCK nın 104. Maddesinde öngörülen suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı halde suç vasfında yanılgıya düşülerek sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi…"* Yargıtay 14. CD. 2011/7214 E., 2013/240 K., 16.01.2013 K.T.; *"… Oluşa uygun kabule göre sanığın, tashih edilen doğum kaydına göre on altı yaşı içerisinde bulunan mağdurun ağzına rızasıyla cinsel organını sokma şeklinde gerçekleşen eyleminin kanunun aradığı anlamda cinsel ilişki kapsamında bulunmayıp, mevcut haliyle olayda 5237 sayılı TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen suçun kanuni unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan beraatine karar verilmesi gerekirken suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek … olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkumiyetine hükmedilmesi…"* Yargıtay 14. CD. 2018/6208 K., 2020/2863 E., 01.07.2020 K.T. www.lexpera.com.

TCK m. 104/1 kapsamında suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi tutulmuş, şikayet hakkının kime ait olduğuna yer verilmemiştir. Şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak söz konusu olduğundan şikayet hakkı esasen mağdura ait olmakla beraber, uygulamada çocuğun kanuni temsilcisine de şikayet hakkı tanınmaktadır. Ancak şikayet hususunda mağdur ile velisi arasında farklılık olursa mağdurun beyanı esas alınmalıdır[339].

TCK m. 104/2 de yer alan "Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur." İfadesi ile kanun koyucunun bilerek veya bilmeyerek üstü kapalı olarak "ensest" suçuna, sınırlı olarak, işaret ettiğinden bahsedebiliriz[340].

Ensest, Türk Dil Kurumu tarafından "aile içi yasak ilişki" olarak tanımlanmıştır[341]. Bu Yine ceza hukukunda "evlenmeleri yasak olan reşit kimseler arasında rızaya dayalı olarak gerçekleşen cinsel ilişki" olarak tanımlanmaktadır. Ensest kavramında ölçüt belirli derecedeki akrabalık ilişkisidir[342].

TMK m. 129 ile aralarında evlenme yasağı bulunan kimseler sayılmıştır. İlgili hükme göre;

"1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,

2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,

3. Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında" evlenme yasağı bulunmaktadır.

Kanun koyucu madde de suçun temel halini şikayete tabi tutarken, eylemin belirli derecedeki kimseler arasında gerçekleşmesi halinde suçun takibini şikayete tabi kılmamış, re'sen soruşturulmasını ve kovuşturulmasını mümkün kılmıştır. Yine burada rızanın varlığı eylemin TCK m. 104 kapsamında değerlendirilebilmesi için şarttır. Aksi halde suç TCK m. 103 kapsamında değerlendirilir. Kanun koyucu rızanın varlığını ilgili

[339] ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 385.
[340] TEZCAN/ ERDEM/ ÖNOK, s. 480; MEMİŞ KARTAL, s. 2089; YELDAN (99), s.339.
[341] www.sozluk.gov.tr.
[342] TANER, s. 381.

suçun oluşumu bakımından aramakla beraber rızayı geçerli saymamakta, hukuka uygunluk sebebi olarak kabul etmemektedir.

Suça konu cinsel ilişki eylemine karşı korunan hukuki yarar çocuğun cinsel dokunulmazlığı olmakla beraber, kanun koyucu çocuğun vücuduna başka bir organ veya sair cisim sokulmasını suç olarak kabul etmemiştir. Örneğin on beş yaşından büyük algılama yeteneği gelişmiş çocuğun vücuduna rızası dahilinde yapay penis ithal edilmesi halinde failin cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda kanun koyucunun ilgili düzenleme ile amaçladığı hususun cinsel farkındalığı oluşmayan çocuğun cinsel dokunulmazlığını korumaktan öte, toplumun ahlaki yargıları çerçevesinde toplum düzenini ve evlilik dışı gayri meşru çocukların önüne geçmek olduğunu ifade edebiliriz.

3.3.2. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Mağdurun Rızası ve Rızayı Etkileyen Haller

TCK m. 104 kapsamında "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçundan" bahsedebilmek için mağdurun cinsel ilişki eylemine ilişkin geçerli rızasının bulunması şarttır. Eylemin rızaya dayalı olarak gerçekleşmesi suçta maddi unsurdur. Mağdurun ilgili eyleme geçerli rızasının bulunmaması halinde TCK m. 103 kapsamında "Çocukların Cinsel İstismarı Suçundan" bahsedilir.

Rızanın geçerli sayılabilmesi için mağdurun on beş yaşından büyük on sekiz yaşından küçük, algılama yeteneği gelişmiş kimse olması gerekir. Fail mağdurun cinsel ilişki eyleminin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmediğini bilmediği iddiasında ise mahkeme tarafından bu hususun "hekim olmayanlar tarafından anlaşılıp anlaşılamayacağının" tespit edilmesi ve bu hususta rapor aldırılması gerekir[343].

[343] *"…Mağdurenin aşamalardaki anlatımları, savunma, Adli Tıp Kurumu ... Adli Tıp İhtisas Kurulunun 28.08.2013 tarihli "hafif derecede zeka geriliği ve psikotik bozukluk olan mağduredeki mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayacağını" belirten raporu mağdurenin yaşı ve tüm dosya içeriğine göre, sanığın eylemini zorla işlediğine dair cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı ve mevcut haliyle eylemlerin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki ve aynı Kanunun 234/3. maddesinde yer alan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçlarını oluşturduğu gözetilerek, bu suçlardan mahkûmiyetine karar verilmesi yerine, yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından mahkûmiyetine hükmedilmesi…"* Yargıtay 14. CD. 2016/4960 E., 2016/8306 K., 06.12.2016 K.T., www.lexpera.com.

Mağdurun rızası bu kapsamda suça konu eylemi hukuka uygun hale getirmemekte, aksine suçun oluşmasını sağlamaktadır[344].

Rızanın hile, cebir, tehdit veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle elde edilmiş olması durumunda geçerli rızadan söz edilemeyeceğinden TCK m. 103 hükümleri uygulama alanı bulur. Rızanın cebir, tehdit veya hile yolu ile elde edildiği iddiası mevcut ise mahkemenin somut olaya göre bu hususu araştırması gerekir[345]. Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında olduğu gibi bu suçta da mağdurun uyku halinde bulunması, sarhoş olması veya uyuşturucu madde etkisi altında olması gibi durumlarda geçerli rızasının bulunduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla kanun koyucu TCK m. 104 kapsamında suçun oluşması için geçerli rızanın varlığını aradığından, cinsel ilişki eylemi TCK m. 103 kapsamında değerlendirilir. Ancak uyku halinde bulunan mağdurun varsayılan rızası kapsamında cinsel ilişki eylemin gerçekleştirdiği iddiasında bulunan failin bu iddiası araştırılmalıdır. Örneğin mağdur ile fail daha önce cinsel ilişkide bulunmuş, failde mağdurun uykuda olduğu halde cinsel ilişkide bulunmuş ise varsayılan rızadan söz edilebilir. Ancak durumun somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir. Yine evlenme vaadi ile gerçekleşen cinsel ilişkide hile sebebi ile rızanın geçersiz olduğundan söz edilemez[346].

---

[344] AKBULUT (Rıza), s. 280.

[345] *"Sanık ... yönünden yapılan değerlendirmede ise mağdurenin aşamalardaki beyanları ve tüm dosya kapsamına göre sanığın suç tarihlerinde on beş-on sekiz yaş aralığında bulunan mağdureye yönelik eylemlerini cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı gerçekleştirdiğine dair mağdurenin kovuşturma evresindeki soyut iddiası dışında her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmayıp, mevcut haliyle eylemlerin 5237 sayılı TCK'nın 104/1,43/1. maddelerinde düzenlenen zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması"* Yargıtay 14. CD. 2020711476 E., 2021/4283 K., 15.06.2021 K.T. www.lexpera.com.

[346] *"mağdure ile birden fazla kez rızaen cinsel ilişkiye girme eyleminin, sanığın mağdureye kendisiyle evleneceğini söylemesi hile olarak kabul edilemeyeceğinden reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu"* Yargıtay 14. CD. 2012/7531 E., 2014/515 K., 20.01.2014 K.T.
"...mağdure ile birden fazla rızaen cinsel ilişkiye girmesi eyleminde, suça sürüklenen çocuğun evlenme vaadinde bulunması mağdurenin iradesini bertaraf edip fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta bir hile olarak kabul edilemeyeceğinden, mevcut haliyle eylemlerin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturup, TCK'nın 104/1, 43. maddelerine uyduğu gözetilmeksizin dosya kapsamına uygun düşmeyecek şekilde suça sürüklenen çocuğun eylemlerini evlenme vaadi şeklinde hile ile gerçekleştirdiği belirtilerek çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması..." Yargıtay 14. CD. 2014/1552 E., 2015/5994 K., 30.04.2015 K.T.; *"...Olayın intikal şekli ve zamanı, mağdurenin aşamalardaki çelişkili anlatımları, savunma, tanık beyanları, adli rapor içerikleri ile tüm dosya kapsamına göre sanığın, suç tarihinde on yedi yaş içerisinde bulunan mağdureye yönelik nitelikli cinsel istismar eylemini cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirdiğine dair her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmayıp, mevcut haliyle eylemin 5237 sayılı TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen ... olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek karar verilmesi gerekirken suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek*

Kanun koyucu suça konu eylemin gerçekleştiği sırada mağdurun rızasının varlığını aramakla beraber suçun takibini de şikayete bağlamıştır. Bu kapsamda mağdurun şikayette bulunmaması halinde cinsel ilişki eyleminin suç oluşturmayacağı ifade edilebilir[347].

Şikayet hakkına kimin sahip olduğu da doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar suçta rızanın varlığının arandığı göz önüne alındığında şikayet hakkına çocuğun tek başına sahip olduğunu savunurken, bazı yazalar[348] kanuni temsilcisinin de bu hakkı kullanabileceğini savunmaktadır. Yargıtayın görüşü çocuk ile kanuni temsilcisinin iradesinin çatışması durumunda çocuğun iradesinin esas alınması yönündedir. Dolayısıyla kanuni temsilciye de şikayet hakkının tanındığını söylemek mümkündür.

Suçun oluşması bakımından hem rıza şartının aranması hem de suç takibinin şikayete bağlı kılınması sebebi ile hüküm kendi içerisinde çelişkilidir. Kanun koyucu hem geçerli rızayı aramış hem de mağdura şikayet hakkı tanıyarak failin cezalandırılmasını mümkün kılmıştır. Bu durum mağdurun rızası ile fail ile cinsel ilişkiye girdikten sonra örneğin faile sinirlenmesi, sevgili ise ayrılması halinde ilgili eylemden dolayı şikayetçi olabilmesine imkan tanımakta olup failin mağduriyetine sebep olabilecek niteliktedir. Doktrinde[349] kanun koyucunun amacının; mağdurun fail ile rızası ile cinsel ilişkiye girdikten sonra anlık rıza beyanına dayanılarak cinsel ilişkinin sonuçlarına maruz kalmaması amacı ile daha sonradan şikayet hakkını kullanabilmesine imkan tanımak olduğuna dair görüşler yer almaktadır. Doktrinde yer alan bu görüş hukuki çerçevede bakıldığında kabul edilebilir olmakla beraber, suç kapsamına sadece cinsel ilişki eylemini alması örneğin oral yoldan dahi ilişki kurulmasını bu suç kapsamında değerlendirmemesi sebebi ile kanun koyucunun amacının sadece hukuki boyutta olmadığı, ahlaki ve geleneksel yargılar sebebi ile çocuk rızası ile cinsel ilişkide bulunsa dahi çocuğun ailesine şikayet hakkı tanıyarak ilgili eylemlerin tespit edilmesi ve failin cezalandırılmasına imkan tanındığı kanaatindeyiz. Nitekim Yargıtay uygulamalarında mağdurun kanuni temsilcilerine şikayet hakkı tanınması da bu hususu destekler niteliktedir. Ancak aynı uygulama çocuk

çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması…" Yargıtay 14. CD. 2016/5657 E., 2020/3180 K. 08.07.2020 K.T. www.lexpera.com.

[347] *"…reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan görülen kamu davasının şikayet yokluğu nedeniyle düşmesi ile…"* Yargıtay 14. CD. 2020/847 E., 2021/4114 K., 08.06.2021 K.T. www.lexpera.com.

[348] TANER, s. 390; MEMİŞ KARTAL, s. 2096.

[349] KESER, s. 58.

ile kanuni temsilcinin beyanları arasında farklılık olması durumunda, madde metninde çocuğa şikayet hakkı tanındığı açıkça düzenlendiğinden, çocuğun beyanını esas almaktadır.

Rıza kapsamında korunan hukuki yararın cinsel özgürlük olduğunu savunmak mümkün değildir. Nitekim mağdurun algılama yeteneği gelişmiş ve rızası hilafına cinsel ilişki eyleminin gerçekleştiği göz önüne alındığında kanun koyucunun çocuğun cinsel özgürlüğünü "kısıtladığını" söyleyebiliriz[350].

İlgili düzenlemenin çelişkili olduğu bir diğer husus, TMK ile çocuğun evlenmesine imkan tanınması aynı zamanda aynı yaş grubunda ki çocuğun rızası dahilinde gerçekleştirdiği cinsel ilişkinin suç kabul edilmesidir[351]. Her ne kadar TMK ile TCK hükümleri birbirinden bağımsız olarak ele alınsa da bu durum hukuk sisteminin kendi içerisinde çatışması sonucunu doğurmaktadır.

3.3.3. Mağdurun Rızasının Suçun Nitelikli Haline Göre Değerlendirilmesi

TCK m. 104/2-3 hükümleri ile suçun nitelikli hali düzenlenmiş olup bu düzenlemeye göre;

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

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

Suçun temel halinden farklı olarak nitelikli halinde suç takibinin şikayet aranmaksızın re'sen yapılacağı düzenlenmiştir. Bu sebeple nitelikli hal bakımından suçun oluşmama ihtimalinden söz edilemez.

[350] Benzer görüş için bkz: PEKER, İlbilge Selcan: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Yer Alan Cinsel İlişki Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme, KTO KÜHFD, C: 6, S: 1, Ocak, 2021, s. 18.
[351] TOROSLU/ TOROSLU, s. 71.

TCK m. 104/2 ile suçun mağdur ile TMK m. 129 hükmünde yer alan kimseler arasında "geçerli rıza dahilinde" gerçekleşen cinsel ilişki eyleminde failin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Suç takibi şikayete tabi olmadığından ilgili eylemin rıza sebebi ile hukuka uygun hale gelmesi mümkün değildir.

Doktrinde suçun nitelikli hali bakımından, failin mağdur ile arasında bulunan ilişki sebebi ile rızanın geçerli olamayacağı, mağdurun serbest iradesi dışında rızanın alınabileceği dolayısıyla ilgili eylemin cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır[352]. Kanaatimize göre mağdurun rızasının serbest iradesi dışında alınması halinde her durumda ilgili eylem cinsel istismar suçu kapsamında değerlendirileceğinden salt mağdur ile fail arasında ki ilişki sebebi ile rızanın geçersizliğinden söz etmek mümkün değildir. Bunun yanında failin mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kimseler olması halinde ensest ilişki söz konusu olacağından, ensest ilişkiye ayrı bir düzenleme ile yer verilmesinin gerekliliği tekrar ortaya çıkmaktadır.

TCK m. 104/3 düzenlemesi bakımından da, düzenlemede yer alan kimseler ile mağdurun cinsel ilişkiye girmesi halinde kanun koyucu suçun oluşumu bakımından geçerli rıza şartını aramakla beraber, re'sen suç takibine imkan tanımış dolayısıyla eylemin suç oluşturmama ihtimalini ortadan kaldırmıştır. Bu sebeple fail mağdurun geçerli rızasının olduğunu ileri sürerek suçsuz olduğunu iddia edemeyecektir.

3.4.Cinsel Taciz Suçunda Mağdurun Rızası

5237 sayılı TCK m. 105 ile düzenlenen cinsel taciz suçu, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar arasında, suçun oluşumu bakımından temas aranmaması bakımından en hafif ihlali içermektedir. Bu suç ile söz ile dahi bir kimseyi cinsel yönden rahatsız eden fiiller cezai yaptırıma bağlanarak kişinin cinsel özgürlüğü kapsamlı olarak hukuken korunmaktadır.

Cinsel taciz suçunu diğer cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan ayıran en önemli fark temas unsurudur. İlgili eylem ani dahi olsa temas içeriyorsa bu durumda artık cinsel taciz

[352] TANER, s. 383.

suçundan değil diğer şatlarında varlığına bağlı olarak cinsel saldırı veya cinsel istismar suçundan bahsedilir.

Madde gerekçesinde cinsel taciz, "kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla, cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak rahatsız edilmesi" olarak ifade edilmiştir. Ahlak temizliğinden kastın ne olduğu anlaşılmamakla beraber, "ahlak" kavramı toplumdan topluma, kişiden kişiye, somut ve soyut olgulara hatta zamana göre değişebilen, oldukça göreceli bir kavramdır[353]. Nitekim bir kimse kendisine öpücük atılmasından rahatsız olup tacize uğradığını düşünürken bir kimse bu eylemden rahatsız olmayabilir. Gerekçede yer alan hukuki mahiyetten uzak tanıma karşın kanun koyucunun cinsel taciz suçunun soruşturulmasını ve kovuşturulmasını şikayete tabi tutarak kişilerin kendi değer yargılarına uygun olarak suçta taraf olup olmama iradesini kendilerine bıraktığı söylenebilir.

3.4.1. Genel Olarak Cinsel Taciz Suçu

Cinsel taciz, *"'kişiyle vücut teması bulunmadan yapılan ve rızaya dayalı olmayan, cinsel içerikli söz, tavır ve diğer davranış biçimleri olarak"* kısaca tanımlanabilir[354]. TDK tarafından cinsel taciz; *"Ahlaksızca, ulu orta veya gizlice söz ve davranışlarla karşı cinse eziyet etme, tedirginlik ve sıkıntı verme"* ve *"Çalışma hayatında ekonomik güç, üst makam veya başka etkili bir göreve sahip olanların, genellikle karşı cinsi ahlak dışı birtakım tutum ve davranışlarla cinsel yönden sıkıntıya sokup rahatsız etmesi"* olarak tanımlanmıştır[355].

TCK m. 105 ile yer verilen düzenlemeye göre;

"(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adlî para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

[353] AĞCAOĞLU, s. 126.
[354] Cinsel Taciz ve Saldırıya İlişkin Tanım ve İlkeler, www.citob.metu.edu.tr.
[355] www.sozluk.gov.tr.

a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

e) Teşhir suretiyle, işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz."

Maddenin birinci fıkrasında suçun temel haline yer verilerek "bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişinin" cezalandırılacağı ifade edilmiş, ikinci fıkrada ise cinsel taciz suçunun nitelikli hallerine yer verilmiştir.

Suçun temel hali bakımından soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi iken, nitelikli hali bakımından suç takibi için şikayet aranmamaktadır[356].

Madde metninde eylemin temas unsuru ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiş ancak madde gerekçesinde tacizin "kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliğini taşımayan" cinsel davranışlar ile gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Bu durumda suça konu eylemlerin temas unsuru içermesi durumunda cinsel taciz suçundan söz edilemeyecektir.

Kanun koyucu suçun mağdurunun çocuk olabileceğini de belirterek, suçun çocuğa karşı işlenmesi halinde faile daha yüksek ceza uygulanacağını düzenlemiştir. Düzenlemenin ikinci fıkrasında ise suçun nitelikli haline yer verilmiştir.

Suçla korunan hukuki yarar kişilerin cinsel dokunulmazlığıdır.

[356] *"…suça sürüklenen çocuğun, olay günü yolda yürümekte olan mağdurelere cinsel organını göstererek teşhir suretiyle cinsel taciz suçunu işlediği ve müsnet suçun soruşturma ile kovuşturmasının şikayete tabi olmadığı gözetilmeden vaki şikayetten vazgeçme nedeni ile kamu davasının düşmesine karar verilmesi…"* Yargıtay 2018/8816 E., 2020/2634 K., 24.06.2020 K.T.,

3.4.1.1.Fail

Suçun faili cinsiyet, yaş fark etmeksizin herkes olabilir. Suç aynı veya farklı cinsiyette kimseler arasında işlenebilir. Failin genel hükümler kapsamında çocuk olması da mümkündür.

Suçun belirli kimseler tarafından işlenmesi halinde cezai yaptırımın arttırılacağı düzenlenmiştir. Failin kim olduğu, mağdur ile arasında ki ilişki gibi durumlar suçun nitelikli hali bakımından önemlidir. Fail, "Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişilerden" birisi ise veya fiilini "Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkinin veya Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle" gerçekleştirmiş ise bu durumda failin kim olduğu önem arz edecek ve suçun nitelikli haline göre cezalandırılacaktır.

3.4.1.2.Mağdur

Mağdur cinsiyet ve yaş fark etmeksizin herkes olabilir. Suçun mağdurunun çocuk olması da mümkündür. Çocukların cinsel istismarı suçunda suçun oluşumu için eylemin temas içermesi gerekirken, temas içermeyen ve rahatsız edici nitelikteki cinsel eylemler cinsel taciz suçunu oluşturacaktır[357]. Nitekim madde metninde "fiilin çocuğa karşı işlenmesi halinde" ifadesinden mağdurun çocuk olabileceği de anlaşılmaktadır. Ancak suçun on sekiz yaşından küçük çocuğa karşı işlenmesi halinde nitelikli hal söz konusu olacak ve faile uygulanacak ceza arttırılacaktır. Çocuğun evlenme veya mahkeme kararı ile ergin kılınmış olmasının nitelikli halin uygulanması bakımından önemi yoktur. Ancak fail mağdurun yaşında hataya düşmüş ise somut olaya göre değerlendirilmek şartı ile hata hükümlerinden yararlanabilir.

TCK m. 102 ile düzenlenen cinsel saldırı suçunda, suçun temel hali bakımından eşler arasında işlenip işlenemeyeceğine madde metninde açıkça yer verilmemiş, sadece

[357] *"…mağdureyi telefonla araması, "size tecavüz edeceğiz" ve başka bir gün de parkta oturan mağdurenin yanına gidip "çok güzelsin" şeklindeki bedensel temas içermeyen eylemlerinin ise TCK.nın 105. maddesindeki zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi…"* Yargıtay 14. CD 2012/13556 E. 2014/10229 K. 22.09.2014 K.T. www.lexpera.com.

nitelikli hali bakımından şikayete tabi olarak eşlerin durumu ayrıca düzenlenmiştir. Bu durumda temel halin eşler arasında suç oluşturup oluşturmayacağı hususunda doktrinde yer alan karşıt görüşlere cinsel saldırı başlığı altında değinmiştik. Aynı şekilde cinsel taciz suçunun da eşler arasında işlenmesi mümkündür[358]. Nitekim Yargıtay'da[359] yakın tarihli bir kararı ile cinsel taciz suçunun eşler arasında işlenebileceğini kabul etmiştir. Ancak cinsel saldırı suçunun temel hali bakımından, bu suça konu eylemlerin temas unsurunu da içerdiği göz önüne alındığında, bu suçun eşler arasında işlenebileceğini kabul etmeyen Yargıtay'ın cinsel taciz suçunun eşler arasında işlenebileceğini kabul etmesi çelişkilidir. Yargıtay'ın cinsel saldırı suçunun temel hali bakımından da, suçun eşler arasında işlenebileceğini kabul ederek uygulamada ki bu çelişkiyi kaldırması gerekmektedir.

3.4.1.3.Fiil

Suça konu eylem mağdurun vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen ancak mağduru cinsel ve ahlaki anlamda rahatsız eden sözlü veya yazılı her türlü cinsel davranıştır. Kısaca ifade etmek gerekirse bir kimseyi cinsel amaçla temas içermeyen eylem veya eylemler ile taciz etmektir. Cinsel amaç içermeyen, örneğin karşı tarafı sinirlendirmek rencide etmek gibi amaçlar ile gerçekleştirilen söz ve hareketler cinsel taciz kapsamında değerlendirilemez. Bu eylemler TCK m. 125 ile düzenlenen "Hakaret Suçu" kapsamında değerlendirilebilir[360].

Taciz, fiziksel hareketler ile veya sözlü olarak, hatta yazılı olarak dahi gerçekleştirilebilir. Önemli olan failin cinselliği hedefleyerek mağdurun rızası dışında onu rahatsız edecek eylemler gerçekleştirmesidir[361].

---

[358] Benzer görüş için bkz: TANER, s. 401; BAŞ, s. 1151.

[359] *"Tüm dosya kapsamına göre, sanığın, aralarındaki boşanma davası devam eden ve suç tarihinde fiilen kendisinden ayrı yaşadığı anlaşılan katılana yönelik 26.07.2014 tarihli tespit tutanağına konu cinsel içerikli mesajları cep telefonu aracılığıyla gönderdiği ve TMK'nın 197. maddesinin boşanma aşamasındaki eşlere ayrı yaşama imkanı tanıyıp, bu süreçte katılanın sanığın taciz içerikli eylemlerine açıkça rızasının bulunmadığının anlaşılması karşısında üzerine atılı suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken yerinde olmayan yazılı gerekçeyle beraatine hükmedilmesi…"* Yargıtay 9. CD., 2021/ 3624 E., 2022/10481 K, 24.11.2022 K.T.

[360] YELDAN (99), s. 382 vd.

[361] ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 387.

Suça konu eylemin "cinsel taciz" kapsamında mı yoksa diğer cinsel suçlar kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği hususunda temel etken temas unsurudur[362]. Temasın bulunması halinde artık cinsel taciz suçundan söz edilemez. Şartlarının da oluşması halinde, temas unsuru içeren eylem on sekiz yaşından büyük kimseye karşı gerçekleştirilmiş ise cinsel saldırı[363], çocuğa karşı gerçekleştirilmiş ise cinsel istismar[364], ve çocukla cinsel ilişki söz konusu ise reşit olmayanla cinsel ilişki söz konusu olur. Yargıtay bir kararında minibüsten inen mağdurenin eteğini kaldıran failin eylemini cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirmiş, yerel mahkemenin TCK m. 103 kapsamında çocuğun cinsel istismarından kurduğu hükmün bozulmasına karar vermiştir. Dolayısıyla Yargıtay da suçun oluşumu bakımından temas unsurunu kıstas kabul etmektedir[365].

---

362 *"...sanığın, çocuğun basit cinsel istismarı suçunu işlediğine dair cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi ve sübut bulan son olayda ise sanığın, bedensel temas içermeden bulunduğu odanın köşesine sıkıştırıp "Seni seviyorum, tedirgin olmana gerek yok" dediği mağdurenin olay yerinden ağlayarak uzaklaşması şeklindeki eyleminin cinsel taciz suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi…"* Yargıtay 14. CD. 2015/8650 E., 2019/10146 K., 20.06.2019 K.T., www.lexpera.com.

363 *"...sanığın, işten çıkan ve sokakta yürümekte olan mağdurenin arkasından gelerek, para karşılığı ilişkiye girmeyi teklif ettiği ve mağdureyi tutup ağzını kapatarak yakındaki terk edilmiş binaya götürmeye çalıştığı olayda, sanığın mağdureyi terk edilmiş binaya götürmek için tuttuğunda vücuduna temas etmesi nedeniyle eylemin TCK 'nın 102/1. Maddesine uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde cinsel taciz suçundan hüküm kurulması…"* Yargıtay 14. CD. 2020/374 E., 2021/14587 K., 18.05.2021 K.T.

364 *"Mağdurenin aşamalardaki ifadeleri, bilirkişi raporları, savunma ve tüm dosya içeriği nazara alındığında, sanığın, kendisini bayan ismiyle tanıtarak arkadaş olduğu on bir yaşındaki mağdureye olay günü internet üzerinden cinsel içerikli yazılar göndermesi eyleminin mağdurenin vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyip, bedensel temas içermesi sebebiyle cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilerek suç tarihi itibarıyla lehe sayılan 6545 sayılı Kanun değişikliğinden önceki 5237 sayılı TCK'nın 105/1. Maddesine göre mahkumiyeti yerine suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek çocuğun cinsel istismarı suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi…"* Yargıtay 14. CD. 2017/1651 E., 2021/4103 K., 07.06.2021 K.T. www.lexpera.com.

"…Olay günü mağdurenin öğretmeni olan sanığın, sınıfta yanına çağırdığı mağdurenin cinsel organına dokunmak suretiyle bedensel temas içeren eylemde bulunduğunun mahkemece kabul edilmesi karşısında, eylemin TCK'nın 103/1-3. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde cinsel taciz suçundan hüküm kurulması…" Yargıtay 14. CD 2013/7669 E. 2015/7185 K. 15.06.2015 K.T. www.lexpera.com.

365 *"Mağdurun aşamalardaki samimi anlatımları, savunma ile tüm dosya kapsamı nazara alındığında, olay günü onbeş yaşını tamamlamayan mağdurun çalıştığı berber dükkanına gelen sanığın, işyeri sahibini sorduğu mağdurun yalnız olduğunu söylemesi üzerine kilosuna bakacağını söyleyip arkadan kucakladıktan sonra cinsel organını çıkartmaksızın mağdurun arkasına sürttüğü anlaşıldığından, eylemin fiziksel temas içermesi nedeniyle, sanığın hükümden sonra 28.06.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6545 sayılı Kanun düzenlemesi de gözetilerek çocuğun basit cinsel istismarı suçundan mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken, suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde cinsel taciz suçundan mahkumiyetine hükmedilmesi…"* Yargıtay 14. CD. 2014/11082 E., 2016/3414 K., 06.04.2016 K.T., www.lexpera.com.

"…Sanıkla arasında dosyaya yansıyan herhangi bir husumet bulunmayan katılanın aşamalardaki samimi anlatımları, savunma ile tanık ..'nin beyanları nazara alındığında, sanığın aynı işyerinin mutfak kısmında çalışmaya başlayan katılana olay günü gizlice yaklaşıp arkadan sarılarak belinden tuttuğu katılanı kendisine çekmek suretiyle TCK'nın 102/1. maddesinde düzenlenen basit cinsel saldırı suçunu işlediği tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, sanığın bu suçtan mahkumiyetine karar verilmesi yerine olayda fiziksel

Madde gerekçesinde cinsel tacizin, "kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Yine cinsel taciz, "cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir" şeklinde tanımlanmıştır. Gerekçede yer verilen "ahlak temizliği" ifadesi kişiden kişiye, toplumdan topluma değişebilecek nitelikte sübjektif bir olgu olduğundan ilgili ifadenin eylemin nitelendirilmesi bakımından doğru olmadığı ve modern hukuk anlayışı ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Örneğin bir kimseye kendisini arzuladığını beyan eden bir mesaj göndermek kimine göre cinsel taciz iken kimine göre olağan karşılanabilecek bir husustur. Dolayısıyla "ahlak temizliği" hem çok geniş hem de çok dar yorumlanabilecek subjektif bir kavramdır. Suça konu olabilecek fiillerin çeşitliliği dikkate alındığında daha objektif hususlar ile suçun oluşup oluşmadığının değerlendirilmesi gerekir.

Mağduru cinsel anlamda rahatsız edecek davranışlar da yine kişiden kişiye hatta kişinin ruh haline göre dahi değişebilecek subjektif bir husustur. Dolayısıyla rahatsız edici cinsel davranışın nasıl tespit edileceği belirsizdir.

Cinsel taciz suçuna konu eylemin cinsel arzuları tatmin amacı ile gerçekleştirilmiş olması gerekir[366]. Bu nedenle failin eyleminde cinsel saiki yok ve amaç sadece mağduru rahatsız etmek ise yapılan eylemler TCK m. 123 kapsamında "kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu" oluşturur[367].

Cinsellik içeren her ifade veya eylem de cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilemez. Örneğin bir kimse kavga esnasında karşısında ki kişiye "senin ananı sinkaf ederim" şeklinde bir ifade kullanmış ise bu durumda cinsel taciz suçundan değil hakaret suçundan

---

temas olduğu gözetilmeden suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek cinsel taciz suçundan hüküm kurulması…" Yargıtay 14. CD 2014/5989 E., 2015/9358 K. 14.10.2015 K.T. www.lexpera.com.

[366] *"…Sanık ...'ın tüm aşamalardaki beyanlarında mağdureye yönelik hareketlerinin tıbbi kurallar içerisinde yapılan muayeneden ibaret olduğunu ve cinsel amaç taşımadığını savunması, aynı hastanede başhekim olarak çalışan tanık ...n tüberküloz şüphesi olan hastalar ile ilgili yapılan muayenelerde gerekli görüldüğü takdirde doktor veya sekreteri tarafından hastaların takibinin yapılmasının rutin uygulama olduğunu belirtmesi, yine aynı hastanede uzman doktor olarak çalışan tanık..ın tüberküloz şüphesi altındaki hastaların muayene usulüne ilişkin anlatımları ile mağdurenin aşamalardaki beyanları arasında çelişkiler bulunması hususları birlikte değerlendirildiğinde; sanık ...ın mağdurenin vücudu üzerinde rahatsızlığının teşhisine yarayacak elle muayene işlemini tıbbi usülü aşacak şekilde ve cinsel arzularını tatmin amacıyla yaptığı hususunun şüphede kaldığı gözetilerek, hakkında beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması…"* Yargıtay 14. CD 2014/974 E. 2015/11302 K. 03.12.2015 K.T. www.lexpera.com.

[367] GERÇEKER, s. 1090.

bahsedilebilir. Burada önemli olan söylemde bulunanın saikidir. İlgili eylemde amaç cinsellik değil, karşı tarafı rahatsız etmek, hakaret etmektir.

Flört girişimi ile cinsel taciz eylemleri, kimi zaman bu girişimler tacizin sınırlarına dayanması sebebi ile birbiri ile karıştırılmaktadır. Yargıtay uygulamada flört girişimi ile cinsel taciz suçunu ayırt ederken, mağdurun rızasının bulunması, girişimin ısrarlı olmaması, tek seferlik dahi olsa girişimin sırnaşık veya kaba hareketler ile yapılmaması ve taraflar arasında gerçekleşebilecek duygusal ilişkiye ilişkin ahlaki veya hukuki bir engel bulunmaması şeklinde dört ölçütü göz önüne almaktadır[368]. Ancak bu ölçütlerle de ahlak, duygusal ilişki, hareketlerin ısrarcılığı, kabalığı gibi soyut ve göreceli kavramlar etrafında değerlendirildiğinden sağlıklı tespitlerin yapılmasının çok zor olduğu, ölçütlerin tamamının bir arada ve her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilerek kullanılması gerektiği kanaatindeyiz.

Cinsel taciz suçunun söz[369], yazı, resim, mesaj[370], davranış hatta ima yolu ile dahi işlenmesi mümkündür[371]. Önemli olan eylemin mağdur ile temas olmaksızın cinsel saik ile gerçekleştirilmesi ve mağduru cinsel anlamda rahatsız edecek nitelikte olmasıdır. Yine cinsel tacize konu eylemin mağdura ulaşması gerekir[372]. Cinsel taciz suçuna konu eylemin mağdura yöneltilmiş olması gerekir. Yani bir kimse hedef alınmadan yapılan eylemler bu suç kapsamında değerlendirilemez[373].

3.4.2. Mağdurun Rızasının Suçun Basit ve Nitelikli Haline Göre Değerlendirilmesi

Cinsel taciz suçundan bahsedebilmek için, fail tarafından suça konu eylemin mağdurun rızası dışında gerçekleştirilmiş olması gerekir. Cinsel taciz suçu bakımından rıza, TCK

---

[368] TUNÇ, Kübra; Yargıtay Kararlarında Flört Girişiminin Cinsel Taciz Suçundan Ayırımı, Ceza Hukuku Dergisi, C: 16, S: 45, Nisan, 2021, s. 176.

[369] *"Mağdure Gamze'nin aşamalarda özünde değişmeyen istikrarlı anlatımları, olayın ortaya çıkış şekli ve intikal zamanı ile tüm dosya içeriğine göre, sanığın işyerinin önünden geçen mağdure ...'ye "Hastayım bu maviliye" demek suretiyle cinsel taciz suçunu işlediği gözetilerek…"* Yargıtay 14. CD. 2014/8756 E., 2014/12978 K., 19.11.2014 K.T., www.lexpera.com.

[370] *"…sanık ...'ın eski kız arkadaşı olan katılana suç tarihlerinde facebook adresi aracılığıyla çok sayıda cinsel içerikli mesaj göndermesi şeklindeki eyleminin hukuka aykırı olarak, başka bir ifadeyle mağdurenin rızasına aykırı şekilde, cinsel amaçlı olup mağdureyi hedef alarak ve vücuda fiziksel bir temas olmaksızın mağdurenin rahatsız edilmesi sebebiyle cinsel taciz suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, atılı suçtan mahkûmiyeti yerine yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi…"* Yargıtay 14. CD. 2014/1955 E., 2016/25 K., 11.01.2016 K.T., www.lexpera.com.

[371] TAŞTAN, s. 474.

[372] YELDAN, s. 495.

[373] TAŞTAN, s. 476

m. 26/2 hükmü kapsamında ilgili fiili hukuka uygun hale getirir. Rızanın geçerli olabilmesi için, eylem gerçekleşmeden önce veya en geç eylem sırasında geçerli şekilde açıklanmış olması koşulu aranır. Aksi halde rızanın hukuka uygunluk nedeni olmasından söz edilemez.

Cinsel taciz suçunun temel hali bakımından soruşturulması ve kovuşturulması şikayete tabi tutulmuştur. Şikayet süresi kanun maddesinde özel olarak belirtilmediğinden burada TCK kapsamında genel hükümler uygulanır. Dolayısıyla cinsel taciz suçunda şikayet süresi TCK m. 73/1 hükmü uyarınca 6 aydır[374]. Uygulamada rızanın varlığı tespit edilirken somut olayda mağdurun şikayetini ne zaman gerçekleştirdiği de mahkeme tarafından değerlendirilmektedir. Yargıtayda[375] vermiş olduğu kararlarında, şikayet süresinin neden geç kullanıldığına ilişkin katılanın makul gerekçesi olup olmadığını rızanın mevcut olup olmaması bakımından dikkate almaktadır.

Cinsel taciz suçunun eşe karşı işlenip işlenemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bizimde katıldığımız görüşe[376] göre suçun eşe karşı işlenmesi mümkündür. Aksi halde evlilik birliği içerisinde bulunmanın rızanın varlığı bakımından yeterli olması durumu söz konusu olacaktır. Burada temel olarak dikkate alınması gereken husus mağdur bireyin suça konu eylemden dolayı cinsel dokunulmazlığın ihlal edildiği iddiasının mevcut olup olmadığıdır. Mahkemenin eşler arasında ki cinsel dokunulmazlığın ihlal edilip edilmediğini tespit ederken, bireylerin müstehcenlik algısı, bulunduğu ve yetiştiği sosyal çevre, eğitim durumu gibi hususların dikkate alınması gerektiği görüşündeyiz.

---

[374] *"…Müştekinin soruşturma evresindeki ifadesinde yaklaşık yedi sekiz ay önce bir gün kucağındaki küçük çocuğunu öpmeye çalışan sanığın, bundan önce de sık sık evinin önüne alkollü vaziyette gelerek taciz içerikli sözler söylediğini beyan etmesi ve tüm dosya kapsamı karşısında, mahkemece taciz eylemi üzerinden altı aylık kanuni şikayet süresi geçtikten sonra başvuru yapıldığı gözetilerek davanın düşmesine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması…"* Yargıtay 14. CD 2017/87 E. 2021/2990 K. 14.04.2021 K.T. www.lexpera.com.

[375] *"…Katılanın aşamalardaki istikrarlı beyanları, olaydan 40 gün sonra şikâyetçi olmasının nedenini makul gerekçelerle açıklaması, katılanın beyanlarını destekleyen tanık....'nun anlatımları, olay günü sanığın katılanla yaptığı telefon görüşmelerine ilişkin HTS kayıtları ve sanığın tanık olarak dinlenmesini talep ettiği kişilerin dava konusu olayla ilgili doğrudan görgü ve bilgilerinin olmaması karşısında; araştırılması gereken bir eksiklik bulunmadığı gibi katılanın bürosundaki görüşmenin sanığın ısrarlı talebiyle gerçekleşmesi sebebiyle sanığın kendisine tuzak kurulduğu ve iftira atıldığı yönündeki savunmalarının da suçtan kurtulmaya yönelik olduğu anlaşıldığından, sanığın yüklenen suçu işlediği hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde sûbuta ermiştir…"* Yargıtay CGK 2016/795 E. 2016/403 K. 01.11.2016 K.T. www.lexpera.com.

[376] KERPİŞÇİ, Özge Nur: Cinsel Taciz Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül, 2022, s. 117.

Bir kimsenin bir hakkına yönelik eyleme rıza göstermesi durumunda bu rızanın geçerli olabilmesi için, ilgili eylemin anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması gerekir. Cinsel taciz suçu kapsamında kanun koyucu on beş yaş altında ki çocukların herhangi bir cinsel eyleme ilişkin göstermiş olduğu rızayı geçerli kabul etmediğinden on beş yaşını doldurmayan çocuklara karşı işlenen cinsel suçlarda rıza herhangi bir şekilde suça konu fiili hukuka uygun hale getirmez[377]. Bu çocuklar bakımından veli veya temsilcinin de şikayet hakkı olduğu kabul edilmelidir. Diğer çocuklar bakımından algılama yetenekleri gelişmiş ve rıza kullanma ehliyetine sahipler ise şikayet haklarını kendilerinin kullanmaları da mümkündür[378].

a. Suçun kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak sureti ile işlenmesi;

Fail kamu görevinin sağladığı kolaylıktan faydalanarak cinsel taciz eylemini gerçekleştirmiş olabilir. Örneğin ifade vermeye gelen kimseye karşı cinsel içerikli sözler söyleyerek tacizde bulunan polis memuruna uygulanacak ceza cinsel taciz suçunun nitelikli haline göre belirlenecektir[379]. Yine kamu görevinden kaynaklı ast-üst ilişkisini kullanarak aynı işyerinde çalışan mağduru taciz eden sanıkta suçun nitelikli haline göre cezalandırılır[380].

---

[377] *"...Sanığın internet üzerinden irtibat kurduğu 8 yaşındaki mağdureyi, kendisini 11 yaşında kız çocuğu olarak tanıtmak suretiyle kandırarak cinsel içerikli görüşmeler yaptığı ve mağdureyi ikna ederek kamera karşısında soyunmasını sağladığı olayda, bedensel temas içermeyen eylemi nedeniyle TCK'nın 105/1. Maddesi uyarınca cezalandırılması gerekirken eyleminin çocuğun basit cinsel istismarı suçu kabul edilerek bu suçtan hüküm kurulması..."* Yargıtay 14. CD. 2013/3391 E., 2014/14781 K., 23.12.2014 K.T. www.karararama.yargitay.gov.tr.

[378] TANER, s. 442.

[379] *"...polis memuru sanığın sohbet esnasında cinsel içerikli konuşmalar yaparak tacizden bulunduğu ve 09.09.2012 günü aile içi şiddet olayından dolayı şikayetçi olmak içen tekrar gelen katılanı gören sanığın bu kez cinsel içerikli sözler söyleyip başına dokunup kolunu tuttuktan sonra üst araması yaptığını söyleyerek kalçasına dokunup evrak işlemleri sonrası kadın sığınma evine teslimi için götürüldüğü yerde de yanaklarından öptüğü anlaşıldığından, bu suretle cinsel taciz ve kamu görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak sarkıntılık düzeyinde basit cinsel saldırı suçunu zincirleme şekilde işleyen sanığın hükümlerden sonra 28.06.2014 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda değişiklik yapan 6545 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler de gözetilerek atılı suçlardan mahkumiyeti yerine, oluşa uygun düşmeyen yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi..."* Yargıtay 14. CD. 2015/7674 E., 2018/7386 K., 11.12.2018 K.T., www.lexpera.com.

[380] *"Suç tarihinde İzmir 10. Ağır Ceza Mahkemesi başkanı olan sanığın, birlikte yürütülen kamu görevi nedeniyle astı konumunda bulunan ve aynı mahkemede yazı işleri müdürü olarak görev yapan mağdureye yönelik olarak değişik zamanlarda, "müdürüm sen yorgunsun, otur uyu, ben seni izlerim, burada kimse seni rahatsız edemez", "küpen çok güzelmiş", "bu kolye sana çok yakışmış", "dün taktığın küpeyi bugün takmamışsın", "müdürüm yorgun gibisin otur dinlen", "müdürümün bana kahve yapmasını*

Hizmet ilişkisinden kaynaklı taciz eyleminin cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmesi için tacizin cinsel amaçlı olması, aynı zamanda mağdur üzerinde failin bu ilişkiden kaynaklı olarak cinsel taciz eylemini gerçekleştirmesi için kolaylaştırıcı bir etkinin bulunması gerekir[381]. Fail ile mağdur arasında hizmet ilişkisinin bulunduğu durumlarda cinsel taciz genellikle "mobbing" kavramı ile ilişki halindedir. Mobbing, *"iş ilişkisi kapsamında işveren, yönetici ve çalışanlar tarafından sistematik biçimde gerçekleştirilen, çalışanlardan bir veya bir kaçına yönelik olarak, çalışanın psikofizik dengesini bozacak veya onu işi bırakmaya zorlayacak düzeye ulaşan rahatsız edici davranışlar bütünü"* olarak tanımlanabilir. Genel olarak mobbing, küçük düşürme, aşağılama, dışlama, baskı gibi fiiller ile ortaya çıksa da cinsel davranışlarda mobbingin ortaya çıkmasında önemli rol almaktadır. Cinsel taciz kapsamında uygulanan mobbingin cezai yaptırımı bulunmamaktadır. Bu husus iş hukuku kapsamında hukuki menfaatlerin tesis edilmesini gerektirir. Ancak mobbinge konu cinsel taciz eyleminin ayrıca ceza hukukuna konu edilmesi mümkündür. Bunun yanında doktrinde mobbing (psikolojik taciz) ile cinsel tacize konu eylemlerin farklı olduğu yönünde görüşlerde[382] vardır. Bu görüşe göre mobbing, bir kimsenin işyerinde gereğinden çok çalıştırılması, onur veya haysiyet kırıcı yeteneğine aykırı işlerde çalıştırılması veya iş yerinde dışlanması gibi eylemleri içermektedir.

Aile içi ilişki kavramı kapsamında doktrinde kimi yazarlar "aynı evde yaşamayı" yeterli bulurken, kimi yazarlar[383] mağdur ile failin aynı aileden olmasını yeterli görmektedir. Bize göre de kanun koyucunun "aile içi ilişki" ile kastettiği aynı aileye mensup olmaktır.

b. Suçun Vasi, eğitici, öğretici[384], bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi

---

istiyorum","kahve sadece burada mı içilir" şeklinde mağdureyi hedef alan ve cinsel yönden rahatsız edici mahiyette sözler söylediğinin anlaşılması karşısında, sanığın suç tarihi itibarıyla hiyerarşiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanmak ve aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu işlediğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır…" CGK., 2013/352 E., 2014/446 K., 30.10.2014 K.T., www.lexpera.com.

[381] ŞEN, Ersan: Yorumluyorum-XXV, Seçkin Yayınları, Ocak, 2022, s. 163.

[382] ARTUK/ GÖKÇEN/ YENİDÜNYA, s. 326.

[383] TANER, s. 430; BAŞ, Eylem; Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu, AÜHFD, C: 65, S: 4, Aralık, 2016, s. 1190; ŞEN, s. 166.

[384] *"…Oluş ile dosya içeriğine göre suç tarihinde on dört yaş içerisinde bulunan mağdurun dershane öğretmeni olan sanığın, facebook adlı sosyal medya platformundan mağdura hitaben "kanka çok yakışıklısın, sizin eve davet et, beraber duşa girelim, TV izler sonrada sevişiriz" şeklinde cinsel taciz içeren mesajlar ile gönderdiğini kabul ettiği mağdurun eğitimiyle ilgili mesajlar arasında zamansal bir farkın bulunmadığı ve sanığın kovuşturma evresinde alınan savunmasında suç tarihinde mağdurla mesaj yoluyla*

halinde rıza fiili hukuka uygun hale getirecek, fiilin çocuğa karşı işlenmesi halinde ise ceza yarı oranda arttırılacaktır.

c. Suçun Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi halinde rıza fiili hukuka uygun hale getirecek, fiilin çocuğa karşı işlenmesi halinde ceza yarı oranında arttırılacaktır.
d. Suçun Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle işlenmesi;

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m.3/1-h hükmü ile elektronik haberleşme; "elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması" şeklinde tanımlanmıştır. Bu durumda suçun herhangi bir yazılı, sesli veya görüntülü iletişim aracı ile işlenmesi mümkündür. Günümüz teknolojisi ile geçmişten beri süregelen ve toplumda "telefon sapıklığı" olarak adlandırılan cinsel tacizin halen devam etmekle beraber, Whatsapp, İnstagram, Facebook[385], Twitch, Twitter gibi sosyal medya programları üzerinden gerçekleştirilmeye evrildiğini söyleyebiliriz. Bu uygulamalar özellikle rızanın tespiti bakımından somut olaya göre çeşitli farklılıklar ortaya çıkarmaktadır.

e. Suçun Teşhir Suretiyle İşlenmesi halinde de rıza fiili hukuka uygun hale getirecek, fiilin çocuğa karşı işlenmesi halinde ceza yarı oranında arttırılacaktır.

konuştuğunu kabul ettiği nazara alındığında, sanığın eyleminin cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilip, bu hususta ek savunma hakkı verilerek mahkumiyeti yerine suç vasfının tayininde yanılgıya düşülerek çocuğun cinsel istismarı suçundan beraatine karar verilmesi…" Yargıtay 14. CD. 2016/8018 E., 2020/2735 K. 29.06.2020 K.T. www.lexpera.com.

[385] *"…Dosya kapsamına göre, sanık ...'ın eski kız arkadaşı olan katılana suç tarihlerinde facebook adresi aracılığıyla çok sayıda cinsel içerikli mesaj göndermesi şeklindeki eyleminin hukuka aykırı olarak, başka bir ifadeyle mağdurenin rızasına aykırı şekilde, cinsel amaçlı olup mağdureyi hedef alarak ve vücuda fiziksel bir temas olmaksızın mağdurenin rahatsız edilmesi sebebiyle cinsel taciz suçunu oluşturduğu anlaşılmakla, atılı suçtan mahkûmiyeti yerine yazılı gerekçeyle beraatine karar verilmesi…"* Yargıtay 14. CD 2014/1955 E. 2016/25 K. 11.01.2016 K.T. www.lexpera.com.

4. YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA FAİLİN RIZA YÖNÜNDEN HATASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

4.1.Genel Olarak Hata Kavramı

Hata; sözlük anlamı olarak "yanlış, istemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanılma, yanılgı" olarak tanımlanmaktadır[386]. Ceza hukuku bakımından ise hata "kişinin gerçekleştirmek istediği ile gerçekleşen, gerçek arasında ki fark olarak[387]" veya "yanlış veya eksik bilme ya da bilmeme sebebi ile düşünülen ile gerçekleşenin birbirine uymaması" olarak tanımlanabilir[388]. Hata "bilmeme" kavramından farklıdır. Bilmeme bir durum hakkında hiçbir bilgiye sahip olmamak anlamına gelirken, hata da eksik veya yanlış bir bilgi sonucu varılan kanı söz konusudur[389]. Hata halinde failin iradesi ile gerçek uyuşmamaktadır[390].

Günlük hayatta da hataya düşülen pek çok olayla karşılaşmaktayız. Örneğin karşımızdan gelen birini tanıdığımız bir kimseye benzetip konuştuğumuzda zannettiğimiz kişi olmadığını anlamak günlük hayatta yaşadığımız olağan hata hallerinden birisidir. Ceza Hukukunda da kimi zaman failin aklındaki ile gerçekte olanın uyuşmadığı hallerde hata hali söz konusu olur, somut olaya göre fail hataya düşmesi sebebi ile kimi zaman cezai sorumluluktan kurtulur kimi zaman ise alacağı cezada indirim uygulanır.

Hata hükümleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda m. 30 ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre;

"1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.

---

386 www.sozluk.gov.tr.
387 HAKERİ (Temel), s. 308.
388 ÖZGENÇ/ ÜZÜLMEZ/ YURTLU/ GENÇ/ KURT KILIÇ/ KILIÇ, s. 103; TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 260.
389 SARIGÜL, Ali Tanju; Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, EÜHFD, C: 14, S: 2, 2014, s. 666.
390 ÖZBEK/ DOĞAN/ BACAKSIZ (Genel), s. 426.

(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(4) ***(Ek fıkra: 29/6/2005 – 5377/4 md.)*** *İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz."*

Birinci fıkra hükmü ile suçun maddi unsurlarında hataya düşülmesi hususu düzenlenmiştir. Bu hükme göre maddi unsurları bilmemek, eksik veya yanlış bilmek suçun maddi unsurlarında hata olarak kabul edileceğinden, hata halinde kasten işlenen suçtan da söz edilemeyecektir. Dolayısıyla fail eyleminden dolayı cezalandırılmayacaktır. Ancak suçun taksirli hali madde metninde düzenlenmiş ise bu durumda hata kusuru ortadan kaldırmaz.

İkinci fıkra hükmü ile suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri bakımından da failin hatasından yararlanabileceği düzenlenmiştir.

Üçüncü fıkra ile ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği konusunda kaçınılmaz hataya düşen kişinin bu hatasından yararlanacağı hüküm altına alınmıştır.

Dördüncü fıkra ile ise bir kimsenin işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz hataya düşmesi halinde cezalandırılmayacağı hüküm alına alınmıştır. Hükme göre fail eylemini hukuka aykırı olmadığını, haksızlık oluşturmadığı yanılgısı ile gerçekleştirmiş ve bu yanılgısı kaçınılmaz ise cezalandırılmayacaktır. Fail eyleminin haksız olduğunu bilmekle beraber bu eylemin kanunda suç olarak düzenlendiğini bilmeyebilir. TCK m. 30/4 hükmü kapsamında cezalandırılmaması için bu bilgisizliğinin kaçınılmaz olması gerekir.

Hata kastı kaldıran hata ve kusurluluğu etkileyen hata olmak üzere iki ayrı şekilde incelenmektedir. Bu ayrıma göre kastı kaldıran hata suçun unsurlarına veya hukuka uygunluk sebeplerine ilişkin iken kusurluluğu etkileyen hata kanun hükmünün varlığına ya da yorumlanmasına ilişkindir. Doktrinde bu ayrıma fiili ve hukuki hata şeklinde de yer

verilmektedir[391]. Kastı kaldıran hata suçun maddi unsurlarına ilişkin hata, suçun nitelikli unsurlarına ilişkin hata ve hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Kusurluluğu etkileyen hata ise kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan bir nedenin maddi şartlarında hata ve işlenen fiilin esasında bir haksızlık oluşturduğu hususunda hata olarak ikiye ayrılmaktadır[392]. Hata her koşulda ve durumda somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.

4.1.1. Kastı Kaldıran Hata

Kastı kaldıran hata halleri suçun unsurlarında veya hukuka uygunluk sebeplerinde yanılma olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hallerden ilki olan suçun maddi unsurlarında hata hali, TCK m. 30/1 hükmü uyarınca; *"Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır"* şeklinde düzenlenmiştir.

Madde gerekçesinde maddi unsurlarda bilgisizlik veya eksik ya da yanlış bilginin kastı ortadan kaldıracağı ifade edilmiştir. Buna göre;

"Birinci fıkrada suçun maddî unsurlarında hataya ilişkin hükme yer verilmiştir. Kast, suçun kanuni tanımındaki maddî unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Bu unsurlara ilişkin bilgisizlik, eksik veya yanlış bilgi sahibi olunması durumu ise, maddî unsurlarda hata olarak adlandırılır. Böyle bir hata kastın varlığına engel olur. Örneğin, kişi vestiyerden kendisininki zannederek başkasının paltosunu alır. Keza, kişi gece karanlığında vahşi bir hayvan zannıyla hareketli bir cisme ateş eder. Ancak, gerçekte bu hareket eden cisim bir insandır ve dolayısıyla; bu insan ölür veya yaralanır. Örnek olarak verilen bu olaylarda failin bilgisi gerçeğe uysaydı; işlediği fiil haksızlık teşkil etmeyecekti. Bu nedenle hata hâlinde kasten işlenmiş bir suçtan söz etmek mümkün değildir."

Gerekçede yer verilen hususlar çerçevesinde failin düşünceleri ile gerçek uyuşmamaktadır. Failin düşünceleri ile gerçek uyuşsaydı, işlenen fiil haksız olmayacaktı

[391] HAKERİ (Temel), s. 309.
[392] ÖZGENÇ(Genel), s. 532.

denilen durumlarda failin kastından söz edilemez. Dolayısıyla fail hatasından yararlanır[393].

Yine madde gerekçesinde maddi unsurda hata durumunda suçun taksirli haline kanunda yer verilmiş ise taksirle işlenen suçun söz konusu olacağı da ifade edilmiştir;

"Fıkrada ayrıca, maddî unsurlarda hata hâlinde, taksirle sorumluluğa ilişkin hükme yer verilmiştir. Buna göre, meydana gelen neticeye ilişkin olarak gerekli dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı böyle bir netice ile karşılaşılmazdı şeklinde bir yargıya ulaşılabiliyorsa; taksirle işlenmiş bir suç söz konusu olur. Ancak bu durumda neticenin taksirle gerçekleştirilmesinin kanunda suç olarak tanımlanmış olması gerekir. Bu nedenle, kendisinin sanarak başkasının çantasını alan kişinin yanılgısında taksirin varlığı kabul edilse bile; kanunda hırsızlık fiilinin ancak yararlanma kasdıyla işlenebileceği belirtildiği için; böyle bir olay dolayısıyla ceza sorumluluğu doğmayacaktır. Buna karşılık, av hayvanı zannederek gerçekte bir insana ateş edip onun ölümüne neden olan kişinin bu hatasında taksiri varsa, adam öldürme kanunda taksirle işlenen bir suç olarak da tanımlandığı için, böyle bir olayda fail, taksirle adam öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulacaktır."

Bu hata halinde failin suça ilişkin kastı ortadan kalkacağından kasten işlenmiş bir suçtan söz edilemeyecektir. Suçun taksirli halinin ilgili suç maddesinde düzenlenmemiş olması durumunda da suç oluşmayacaktır.

Suçun nitelikli unsurlarında hata hali TCK m. 30/2 ile düzenlenmiştir. Buna göre; *"Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır"* hükmü uyarınca failin hatasından sadece suçun temel hali değil nitelikli hali bakımından da yararlanması mümkündür[394]. Bu durumda failin nitelikli unsurlara ilişkin kastı ortadan kalkar, diğer koşullarında oluşması halinde sadece suçun temel hali bakımından cezalandırılır. Örneğin fail, mağdurun kim olduğu, arasında ki hısımlık ilişkisi gibi hususlarda yanılmış olabilir. Arkadaşını öldürmek isterken yanılarak bir başkasını öldüren failin kastı arkadaşını

[393] TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 262.

[394] *"Kastın varlığına engel olan hata, suçun sadece temel şekline ilişkin unsurlar hakkında değil, aynı zamanda failin daha ağır veya hafif ceza ile cezalandırılmasını gerektiren nitelikli unsurları bakımından da ortaya çıkabilir. İkinci fıkra ile kişinin, suçun nitelikli unsurlarına ilişkin hatasından yaralanması öngörülmüştür."*

öldürmek olduğundan fail hatasından yararlanarak suçun nitelikli haline göre değil temel haline göre cezalandırılır.

Kastı kaldıran hata hallerinden sonuncusu olan hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata haline yer verilen TCK m. 30/3 düzenlemesine göre; *"Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır."* Bu durumda fail işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu, bir hakkı ihlal ettiğini bilmektedir. Ancak bu fiilin hukuka uygunluk nedenlerinden birinin maddi koşullarının varlığı hususunda yanılmıştır[395].

Maddi şartlar gerçekleştirilen fiilin suç oluşturması için gereken hususlardır. Bu durumda fail hukuka uygunluk nedenlerinden birisinin maddi şartları oluşmamasına rağmen oluştuğunu zannederek fiilini gerçekleştirir. Fail gerçekleştirdiği fiil ile bir hakkı ihlal ettiğini ve hakkın sınırlarına girdiğini bilmekte ancak bunu hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarının var olduğunu düşünerek gerçekleştirmektedir[396].

Fail hukuka uygunluk nedeninin maddi şartları aslında gerçekleşmemesine rağmen, gerçekleştiğini sanarak hareket ettiğinden suç kastının olmadığı kabul edilir. Suçun taksirli haline hükümde yer verilmemiş ise, fail fiilinden dolayı cezalandırılmaz.

Hatanın kaçınılabilir olduğu durumlarda ise, fail işlediği fiilden dolayı sorumlu tutulacak ancak cezai yaptırım belirlenirken hata hususu göz önüne alınacaktır[397].

Özgenç (genel)[398] failin içinde bulunduğu sosyal, kültürel çevre, bilgi düzeyi göz önüne alınarak işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz ve kusurluluğu ortadan kaldıran hatanın değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Kanun koyucuda TCK m. 30/3 ile yer verdiği düzenlemede hatanın özellikle "kaçınılmaz" olması şartını aramıştır. Failin işlediği fiilden dolayı kusurundan bahsedebilmek için haksızlık bilincinde olması yani "yaşadığı toplumda geçerli olan kurallar çerçevesinde bu fiilin onaylanmadığının bilincinde olması[399]" gerekir. Hatanın kaçınılmaz olup olmadığı kişisel nitelikler, olayın oluş biçimi gibi hususlar göz önüne alınarak değerlendirilir.

[395] ÖZGENÇ(Genel), s. 525; TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 268.
[396] KOCA/ ÜZÜLMEZ, s. 298.
[397] GERÇEKER, s. 389.
[398] ÖZGENÇ (Genel), S. 541 dp.913.
[399] TÖNGÜR/ ÇETİNTÜRK, s. 271.

Burada bahsedilen hata, hukuka uygunlu nedenlerini bilmemek değildir. Failin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarının var olduğunu sanmasıdır[400].

4.1.2. Kusurluluğu Etkileyen Hata

Kusurluluğu etkileyen hata halleri kusurluluğu kaldıran veya azaltan bir nedenin maddi şartlarında hata ve işlenen fiilin esasında bir haksızlık oluşturduğu hususunda hata olarak ikiye ayrılmaktadır. Kusurluluğu kaldıran veya azaltan nedenlerin maddi şartlarında hata halinde failin fiilinden sorumlu tutulmaması için hatanın kaçınılmaz olması gerekir. Aksi halde fail cezalandırılır, ancak cezasında indirim yapılabilir[401].

Hatanın kaçınılmaz olup olmadığı belirlenirken kişinin sosyal ve kültürel konumu, eğitim düzeyi, yetiştiği çevre, bilgi düzeyi gibi kişisel ve çevresel faktörler göz önüne alınır[402].

İşlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hata halinde failin kusuru bakımından önemli olan işlediği fiilin hukuken geçerli bir fiil olup olmadığını bilmesidir. Bir kimse haksızlık yanılgısı ile işlediği fiilin maddi hukuka aykırı olduğunu bilemeyebilir. Bu durumda failin bilgisizliği kusurunu etkilemekte ancak kastını devam ettirmektedir[403].

İşlenen fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda hata; failin işlediği fiilin suç olduğunu bilip bilmemesi suçun oluşumu bakımından önemli değildir. TCK m. 4 hükmü gereği "ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz." Bu sebeple fiilin hukuka aykırılığını bilmemek kasta etki etmez. Ancak kusurun belirlenmesini etkileyebilir[404].

4.2. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Failin Rızada Hataya Düşmesi

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların ispatı yönünden uygulamada çoğunlukla belirleyici hususlar, başka delil mevcut olmadığı ve genellikle suça konu eylem mağdur ile fail arasında gerçekleşmekte olduğundan, mağdur beyanı olmaktadır. Yargıtay uygulamada

[400] GERÇEKER, s. 391.
[401] ÖZGENÇ (Genel), s. 544; ARSLANTÜRK, s. 377.
[402] ŞEN, s. 233.
[403] ÖZGENÇ (Genel), s. 546.
[404] ÖZGENÇ (Genel), s. 535.

kimi zaman şüpheden sanık yararlanır ilkesini uygulamakta iken kimi zaman mağdurun beyanlarını esas alarak karar vermektedir. Mağdur beyanlarının doğruluğunu tespit ederken ise, mağdurun şikayet süresi, fail ile mağdurun suç öncesi iletişimi ve ilişkisi, beyanlardaki çelişkiler, hayatın olağan akışına uygunluk, fail ile mağdur arasında husumet bulunup bulunmaması, mağdurun direnme veya yardım isteme imkanı olup olmaması gibi hususları göz önüne almaktadır[405]. Yargılamada bu hususlar re'sen dikkate alınabilecek hususlardır. Nitekim Yargıtay 14.09.2015 tarihli *"Mağdurenin aşamalardaki ifadelerinde olay sırasında sanığa karşı koyduğunu, boğuştuklarını ancak engel olamadığını beyan etmesine karşın mağdureye ait adli raporlarda darp cebir izinin bulunmaması, eylemlerin bitmesinden sonra mağdurenin tekrar sanığın kullandığı motora binerek iş yerine gitmesinin hayatın olağan akışına aykırı olması, sanık tarafından mağdure ile aralarında daha önce bir ilişki olduğu ve olay tarihindeki ilişkinin de rızasıyla olduğunun iddia edilmesi ve Adli Tıp Kurumu muayene kaydında mağdurenin kendisini olduğundan daha kötü göstermeye çalıştığına ilişkin tespitte bulunulması karşısında sanığın atılı suçları işlediğine dair soyut iddia dışında cezalandırılmasına yeter her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi…[406]"* şeklindeki kararında yerel mahkeme tarafından her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden verilen mahkumiyet kararını bozmuştur.

Buna karşın fail hataya düştüğü iddiasında da bulunabilir. Hata mağdurun değil failin iradesini etkileyen ve kendisinden kaynaklanan bir sebeple bir yanılma halidir. Somut olayda hata hali mahkeme tarafından re'sen araştırılmaz. Hatanın mevcut olup olmadığının araştırılması için failin bu hususu ileri sürmesi gerekir[407]. Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda failin hataya düşmesi halinde öncelikle TCK m. 30 ile yer verilen hataya ilişkin hangi hükmün uygulama alanı bulacağının belirlenmesi gerekir. Bu belirlemeye göre rızanın hukuka uygunluk nedeni olması halinde TCK m. 30/3, tipiklik unsuru olması halinde ise TCK m. 30/1 hükmü uygulanacaktır. Bu kapsamda cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve cinsel taciz suçları bakımından failin mağdurun

[405] BACAKSIZ, Pınar/ BAYZİT, Tuğba: "Yargıtayın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspata Yaklaşımı", DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C: 21, Özel S., 2019, s. 390 vd.
[406] Yargıtay 14. CD. 2013/9353 E., 2015/8274 K., 14.09.2015 K.T., www.lexpera.com.
[407] ARSLANTÜRK, s. 312.

rızasında hataya düşmesi hali TCK m. 30/3 hükümleri, rızanın tipiklik unsuru olduğu reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından failin hatası TCK m. 30/1 hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

Failin hatası her somut olaya göre ve olayın niteliklerine, gerçekleşme biçimine, mağdur ile fail arasında ki ilişkiye, çevresel faktörlere kadar ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Fail somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni varsa bu hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının da gerçekleştiğinin farkında olmalıdır. Ancak fail maddi şartın gerçekleştiği hususunda hataya düşmüş olabilir. Fail bu durumda haksız fiil işlediğinin farkındadır. Ancak hareketini hukuka uygunluk nedeninin şartlarının var olduğu kanısı ile gerçekleştirmektedir[408].

Yargıtay uygulamasında cinsel suçlar bakımından failin hataya düşüp düşmediği hususunu değerlendirirken, mağdurun suç tarihi itibari ile görünüm olarak yaşının tespit edilip edilemeyeceğini, sanığın sosyal ve kültürel durumunu dikkate almakta ve gerekli gördüğü durumlarda bilirkişi incelemesi de yaptırmaktadır[409].

Bir kimsenin kasten hareket ettiğinden söz edebilmek için eyleminin suçun kanuni tanımında yer alan maddi unsurların gerçekleştiğini bilerek davranıyor olması gerekir. Aksi halde kasti hareketten söz edilemez[410]. Hata, fail yanılmadan düşündüğünü gerçekleştirseydi, fiilin suç teşkil etmeyeceği durumlarda kastı ortadan kaldırır[411].

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kasten işlenebilen suçlar olduğundan, failin mağdurun rızasında hataya düşmesi halinde failin kastı ortadan kalkacaktır. Bu suçların taksirli haline de ilgili düzenlemelerde yer verilmediğinden fail cezalandırılmayacaktır.

Fail mağdurun rızası bulunmamasına rağmen, rızanın olduğunu düşünmüş ve eylemini bu düşünce ile gerçekleştirmiş olabilir. Örneğin, fail mağdurun rızasını açıklamamasına rağmen zımni olarak onayladığı zannıyla eylemini gerçekleştirmiş ise, hukuka uygunluk nedenlerinden mağdurun rızasının maddi şartlarında hatanın söz konusu olduğu söylenebilir[412].

---

[408] KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 300.
[409] ARSLANTÜRK, s. 378 vd.
[410] ÖZGENÇ/ ÜZÜLMEZ/ YURTLU/ GENÇ/ KURT KILIÇ/ KILIÇ, s. 104.
[411] ÖZGENÇ/ ÜZÜLMEZ/ YURTLU/ GENÇ/ KURT KILIÇ/ KILIÇ, s. 105; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 300 vd.
[412] AKBULUT, s. 215.

Ceza hukuku bakımından genel olarak suçun mağdurunun kim olduğu önemli olmamakla beraber, bazı durumlar da mağdurun kim olduğu önemlidir. TCK m. 103 bakımından suçun mağdurunun "çocuk" olması şarttır. Fail mağdurun yetişkin olduğu veya geçerli rıza gösterebilecek yaşta bulunduğu kastı ile hareket ederek hataya düşmüş olabilir. Cinsel istismar suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Suçun taksirli hali kanunda düzenlenmemiştir. Bu sebeple fail mağdurun yetişkin olduğu kastı ile hareket etmiş ise hata hükümlerinden yararlanacak ve cinsel istismar suçunu işlediğinden bahisle cezalandırılmayacaktır. Burada failin suçun maddi unsurlarında hataya düştüğü, bu hatanın da kastı kaldırması sebebi ile failin cezalandırılmayacağı söylenebilir. Hata kastı kaldırdığından önemli olan suçun taksirli halinin kanunda düzenlenip düzenlenmediğidir. Suç sadece kasten işlenebilen bir suç olarak tanımlanmış ise fail hatası sebebi ile cezalandırılmaz.

Fail mağdurun rızası bulunmamasına rağmen, rızanın olduğunu düşünmüş ve eylemini bu düşünce ile gerçekleştirmiş olabilir. Örneğin, fail mağdurun rızasını açıklamamasına rağmen zımni olarak onayladığı zannıyla eylemini gerçekleştirmiş ise, hukuka uygunluk nedenlerinden mağdurun rızasının maddi şartlarında hatanın söz konusu olduğu söylenebilir[413].

Mağdurun rızasında hataya düşen fail eylemi ile mağdurun hakkına müdahalede bulunduğunu bilmektedir. Ancak eylemini hukuka aykırı olmaktan çıkaran rızanın varlığı konusunda yanılmakta ve geçerli rıza olduğu düşüncesi ile eylemini gerçekleştirmektedir.

Failin somut olayda hukuka uygunluk nedeni bulunduğunu bilmeden eylemini gerçekleştirmesi durumunda failin hata hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir kısım görüş eylemin neticesi itibari ile hukuka uygunluk nedenleri mevcut olmasına rağmen fail bunu bilmeden eylemini gerçekleştirdiğinden fiilinin haksız olduğunun kabul edilerek hata hükümlerinden yararlanamayacağı yönündedir. Kanaatimize göre suçta failin saiki önemli olsa da "sanık hakkında lehe olan hükümler uygulanır" ilkesi gereğince neticenin dikkate alınması gerekir[414].

[413] AKBULUT, s. 215.
[414] Benzer görüş için bkz: HAKERİ (Temel), s. 314.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan özellikle cinsel saldırı ve cinsel istismar suçu bakımından uygulamada soruşturma ve kovuşturma aşamalarında suçun ispat yükü yer değiştirmektedir. Bu durumun kaynağı ise genellikle "mağdurun neden kendi namusu hakkında yalan söyleyeceği" düşüncesidir. Bu sebeple "şüpheden sanık yararlanır" ve somut, kesin ve şüpheden uzak yeterli delil" ilke ve olguları göz ardı edilmekte ve bu ilkeler tersine işlemektedir[415].

Hatanın varlığı fail bakımından kişisel özellikleri, sosyo-kültürel, ekonomik, eğitim durumu, yetiştiği ve bulunduğu çevre gibi hususlar, failin hatasına etkisi bakımından mağdurunda sosyo-kültürel, eğitim durumu, fiziksel görünümü gibi hususlar da hatanın varlığı değerlendirilirken göz önüne alınmalıdır. Bunun yanında fail ile mağdurun aralarında ki ilişki, ilişkinin niteliği ve boyutu ne zaman ve nasıl tanıştıkları, ne kadar süre ile ve ne sıklıkta görüştükleri gibi hususlarda hatanın varlığı tespit edilirken incelenmelidir[416]. Nitekim uygulamada da Yargıtay tarafından *"...Kayden 19.06.1992 doğumlu olup suç tarihinde 14 yaş 11 ay 28 günlük olan mağdure ile sanık B. anlaşıp birlikte kaçarak sanık Bayram'ın ailesi ile birlikte yaşadığı eve geldikleri ve burada rızalarıyla cinsel ilişkiye girdikleri, daha sonra resmi olarak evlendikleri ve bir çocuklarının olduğu olayda, sanık Bayram'ın aşamalardaki ifadelerinde, suç tarihinde mağdurenin kendisine 16 yaşında olduğunu söylediğini ve onu 16 yaşında olarak bildiğini beyan etmesi karşısında, TCK'nın 30. maddesi hükümleri yönünden hata halinin mevcut olup olmadığının tespiti için mağdurenin görünüm itibarıyla 15 yaşından küçük olduğunun anlaşılıp anlaşılamayacağı, içinde bulundukları sosyal ve kültürel durumları, sanığın ulaşmak istediği amaç ile mağdurun içinde bulunduğu sonuç da dikkate alınarak sanığın mağdurenin yaşı konusunda hataya düşmesinin mümkün olup olmadığı araştırılarak ve mahkemenin dosyadaki tüm verilerle birlikte kendi gözlemini de tespit ederek, gerekirse bu konuda bilirkişi incelemesi de yaptırılarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması…[417]"* şeklinde ki kararında failin mağdurenin yaşı konusunda hataya düşüp düşmediği hususlarının sosyal ve kültürel durumlarında dikkate alınarak incelenmesi gerektiği yönünde görüş benimsenmiştir. Yine Yargıtay'ın 15.09.2015 tarihli "...

[415] ŞEN, Ersan/ ŞAHİN, Buğra; Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Terazi Hukuk Dergisi, C: 17, S: 185, Ocak, 2022, s. 119.
[416] TAŞTAN, s. 615.
[417] Yargıtay CGK 2013/349 E., 2014/96 K., 25.02.2014 K.T., www.lexpera.com.

Mağdurenin suç tarihinde 15 yaşını tamamlamadığı, bu durumun nüfus kayıtları ve Menemen Devlet Hastanesi doğum raporu ile sabit olduğu, mağdurenin 01.08.2007 tarihli cinsel raporuna göre kızlığının bozulduğu, mahkememizce yargılama sürecinde toplanan tüm deliller ve duruşmada yapılan gözlemler neticesinde suça sürüklenen çocuğun 15 yaşından küçük mağdureye yönelik organ sokmak suretiyle zincirleme cinsel istismar suçunu işlediği, ayrıca mağdur ile suça sürüklenen çocuğun 2005 yılından beri duygusal arkadaş oldukları, evlenmek için ailelerine durumu bildirdikleri ancak mağdurun yaşının küçük olması nedeniyle evlenmelerine mağdurun ailesinin karşı çıktığı, suça sürüklenen çocuk ile mağdurun aileleri baskı altına alıp evlenmelerine rıza göstermelerini sağlamak için birlikte kaçıp 20 gün açık arazide kaldıkları, bu oluşa göre uzun süredir tanışan ailesini mağdurun ailesine kız istemek için gönderen ve mağdurun ailesinin yaş küçüklüğü nedeniyle kızlarını vermediğini öğrenen suça sürüklenen çocuğun mağdurun resmi yaşını bilmediği yönündeki iddiası samimi görülmemiş, bu nedenlerle Yargıtay 14.Ceza Dairesi'nin bozma ilamında belirttiği gerekçelerin yerinde olamayacağı, kamu davasının tarafların beyanlarına göre şikayete tabi bir dava haline dönüşme yolunun açılacağı kanaatine varılmıştır" gerekçesiyle direnerek, sanığın ilk hükümdeki gibi cezalandırılmasına karar vermiştir.[418]" şeklindeki kararında failin mağdure ile arasında ki ilişki göz önüne alınarak failin yaş konusunda hataya düşemeyeceği yönünde görüş benimsenerek cezalandırılmasına karar verilmiştir.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından failin mağdurun yaşında veya rızasında hataya düşmesi hali aslında birbiri ile bağlantılı olgulardır. Fail hata hükümlerinin uygulama alanı bulduğu çoğu somut olayda mağdurun yaşını büyük sanması sebebi ile rızasının da geçerli olduğu yanılgısı ile eylemini gerçekleştirmiştir. Bu sebeple somut olayda failin hata iddiası mevcut ve bu iddia mağdurun gerçek yaşı ile görünen yaşı arasında ki bir uyuşmazlığa dayanıyor ise, mahkemenin öncelikle mağdurun yaşı konusunda ki ihtilafı ortadan kaldırması gerekir. Mahkemenin bu hususu re'sen değerlendirmesi mümkün değildir. Ancak mağdurun yaşı konusunda tarafların itirazı var ise bu hususu tespit etmesi gerekir. Örneğin fail mağdurun görünüm itibari ile on beş

[418] Yargıtay CGK 2013/749 E., 2015/277 K., K.T.: 15.09.2015 www.lexpera.com.

yaşından büyük göründüğünü söyleyerek itirazda bulunmuş, mahkeme de dışardan bakan objektif üçüncü bir kimsenin mağdurun yaşında yanılgıya düşebileceğine açıkça kanaat getirmiş ve şüpheye düşmüş ise nüfus kayıtlarını araştırabilir, gerekirse rapor aldırarak yaş tespiti yaptırabilir. Bu durumda failin iddiasının doğrulanması halinde hata hükümleri uygulama alanı bulur. Yine fail *"…Mağdurenin aşamalardaki beyanları, savunma ile tüm dosya içeriği nazara alındığında, suç tarihinde on dört yaşında bulunan mağdurenin olay günü herhangi bir cebir, tehdit veya hile olmaksızın yaşı itibarıyla hukuken geçersiz rızasına istinaden sanıkla buluşup, gittikleri evde yaklaşık yedi gün birlikte kalması eyleminin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu gözetilerek, sanığın sorguda mağdurenin yaşının on beşten küçük olduğunu bilmediği ve mağdurenin de mahkeme ifadesinde kaçtıkları sırada sanığa on yedi yaşında olduğunu söylediği yönündeki beyanları nazara alınıp, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümleri de değerlendirildikten sonra karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde beraat hükmü kurulması…*[419]*"* şeklinde ki Yargıtay tarafından incelenen kararda olduğu gibi mağdurun beyanı üzerine yaş konusunda hataya düştüğünü iddia ediyorsa mahkeme tarafından öncelikle failin bu iddiasının doğruluğunun tespit edilmesi gerekir. Yine *"Sanığın aşamalarda mağdurenin kendisine on beş yaşını bitirdiği yönünde beyanda bulunduğuna dair savunması, mağdure ifadeleri ve tüm dosya içeriği nazara alındığında, olayda 5237 sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı tartışıldıktan sonra hükme varılması gerekirken bu konuda herhangi bir değerlendirme yapılmaksızın eksik gerekçe ile yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi…*[420]*"* şeklinde ki Yargıtay tarafından incelenen olayda olduğu gibi mağdurun yaşının büyük olduğu hususunda beyanda bulunması halinde failin hata hükümlerinden yararlanıp yaralanamayacağı mahkeme tarafından değerlendirildikten sonra yazılı hüküm kurulması gerekir.

Fail hata hükümlerinden yararlanması kimi zaman suçun oluşumunu engeller iken kimi zaman suç vasfını değiştirebilir. Örneğin Yargıtay'ın 11.03.2014 tarihli *"…Suçun maddi unsurlarından birisi de mağdur olup, kanun koyucu 5237 sayılı TCK'nun 103.*

[419] Yargıtay 14. CD. 2016/2917 E., 2020/3738 K., 07.10.2020 K.T. www.lexpera.com.
[420] Yargıtay 9. CD. 2021/2412 E., 2022/4946 K., 25.05.2022 K.T., www.lexpera.com.

maddesinde üç grup mağdura yer vermiştir. Birincisi onbeş yaşını tamamlamamış olan çocuklar, ikincisi onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklar, üçüncüsü ise onbeş yaşını tamamlayıp onsekiz yaşını tamamlamamış olan çocuklardır. Birinci ve ikinci grupta yer alan çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın dahi gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış istismar suçunu oluşturmakta, eylemin bu kişilere karşı cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi ise anılan maddenin dördüncü fıkrası uyarınca cezanın yarı oranında artırılmasını gerektirmektedir. Üçüncü grupta yer alan çocuklar yönüyle eylemin suç oluşturması için gerçekleştirilen cinsel davranışların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Nitekim cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, anılan kanunun 103. maddesinde düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçundan değil, şikayet üzerine 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılacaktır.

Fail, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, 15 yaşını doldurduğu düşüncesiyle mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunur ve şikayetçi olmayan mağdurenin yaşı konusundaki hatası esaslı, diğer bir ifadeyle kabul edilebilir bir hata olursa, bu takdirde fail 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurenin yaşına ilişkin bu hatasından yaralanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve bu suçun taksirle işlenmesi hali kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraatına karar verilmesi gerekecektir…[421]*"* şeklindeki kararında olduğu gibi failin on beş yaşından büyük olduğu zannı ile mağdur ile rızası dahilinde cinsel ilişkiye girdiği olayda, fail yaş itirazında bulunarak hata hükümlerinden yararlanmaz ise TCK m. 103 kapsamında cinsel istismar suçu oluşacak iken; failin hata hükümlerinden yararlanması halinde suç TCK m. 104 ile düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki kapsamında değerlendirilecektir. Yargıtay 20.05.2019 tarihli *"…Olayın intikal şekli, mağdurenin aşamalardaki tutarsız beyanları, sanıklar ... ile İntikam'ın yanında kalabilmek amacıyla arkadaşı ...'yi de aracı kılarak*

[421] Yargıtay CGK 20137812 E. 2014/130 K. 11.03.2014 K.T. www.lexpera.com.

ailesini ikna etmeye çalışması, olaylar esnasında ailesinin yanına dönme imkanı veya kolluğa müracaat etme ya da kendisiyle ilişkiye giren kişilere durumunu açıklama imkanı olduğu halde bu yollara başvurmadığı gibi kendi ifadesine göre kendisiyle ilişki kuran kişilerin rızası yönündeki sorulara da rızasıyla bu işi yaptığını söyleyip ilişkide istekliymiş gibi davranması, mağdurenin ilk olarak Mersin'de alınan 09.04.2013 tarihli ifadesi ve bu beyanı sanıklar İntikam ve ...'nun kendisine "polise bir şey anlatma eski yaşantımıza devam edeceğiz" şeklindeki telkinleriyle verdiğine dair açıklaması, dosyası tefrik edilen sanık ... hakkında yapılan yargılamada değiştirdiği ifade içeriği, eylemlerin zorla gerçekleştiğini soyut olarak ifade edip zora ilişkin tarifleme yapmaması, sanıkların savunmaları ve tüm dosya kapsamına göre; suç tarihi itibarıyla on beş yaşını tamamlamış olup fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasını veya davranışlarını yönlendirme yeteneğini etkileyecek mahiyet ve derecede herhangi bir zeka geriliği ya da çocukluk dönemi psikopatolojisi saptanmayan mağdureye yönelik eylemlerin cebir veya tehditle gerçekleştirildiğine dair, soyut iddia dışında her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı nazara alındığında, sanıklardan ...'in reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkûmiyeti yerine çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi; sanık ...'nun haberleşmenin engellenmesi suçundan beraati yerine mahkûmiyetine karar verilmesi ve sanıklar ..., ..., ... haklarında fuhuş suçundan kurulan hükümlerde koşulları oluşmadığı halde ... sayılı TCK'nın 227/4. maddesi ile arttırım yapılması suretiyle fazla ceza tayini…Mağdurenin kollukta fuhşa teşvik edildiğini belirttiği tarihleri ...'le ilişkisi olan 2012 yılı Ağustos ayı ile Mersin'de yakalandıkları 09.04.2013 tarihleri arası beyan etmesine rağmen diğer sanıklarla ilişkiye girdiği günlerle ilgili net bir tarih vermemesi, kovuşturma evresinde ise sanık ...'ın 2012 Kasım ayı ortalarından sonra fuhşa zorladığını iddia etmesi, sanık ...'ın samimi beyanında eyleminin 2012 yılının Eylül ayında gerçekleştiğini beyan etmesi ve mağdurenin şikayetini 16.04.2013 günü yaptığının anlaşılması karşısında, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkûmiyetlerine karar verilen sanıklar .....'ın eylemlerinin ne zaman gerçekleştiği konusu her bir sanık açısından ayrı ayrı tartışılıp açıklığa kavuşturulduktan sonra şikayetin altı aylık kanuni süresinde gerçekleşip gerçekleşmediği ile sanıklar ..., ...'ın ifadelerinde mağdurenin kendilerine Üniversite 2. sınıf öğrencisi olarak tanıtıldığını savunmaları karşısında, Anayasa Mahkemesinin gerekçeli karar hakkına ilişkin 25.03.2015 günlü, 2014/6419 başvuru numaralı kararı ve tüm dosya içeriği nazara

alınarak, olayda ... sayılı TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin de uygulanma koşullarının bulunup bulunmadığı tartışılıp bu yöndeki savunmanın reddi nedenleri karar yerinde açıklandıktan sonra hükme varılması gerekirken, eksik gerekçe ile yazılı şekilde mahkûmiyet hükümleri kurulması suretiyle ... sayılı CMK'nın 230. maddesine muhalefet edilmesi…[422]*"* şeklindeki kararında suçun reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında ve hata hükümleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Fail cinsel saldırı suçunda mağdurun rızasında veya yaşında hataya düşmüş olabilir. Failin mağdurun rızasında hataya düşmesi halinde TCK m. 30/3 hükmü uygulama alanı bulur. Bu durumda fail suçun hukuka uygunluk sebebinde hataya düşmüştür. Failin mağdurun rızasında hataya düştüğünün kabulü için hatanın "esaslı" ve "kaçınılmaz" olması zorunludur. Esaslı hata da fail suça konu fiilden başka bir eylem gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır[423]. Kaçınılmaz hata da ise, failin tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen yine de hataya düşmesi hali olarak ifade edilebilir[424].

Fail mağdurun rızasının varlığı ve geçerliliği konusunda yanılmış ise burada esaslı hatadan söz edileceğinden kast ortadan kalkar. Fail hatasından yararlanarak cinsel saldırı suçundan sorumlu tutulmaz. Ancak fail yine rıza kapsamında mağdurun yaşında yanılarak eylemini gerçekleştirmiş ise burada ceza sorumluluğunun tamamen kalkması söz konusu değildir. Failin rıza kapsamında yaş hususunda hataya düşmesi suçun niteliğine etki eder[425].

Fail cinsel saldırı suçunu işlediği mağdurun on sekiz yaşından büyük olduğunu zannederek hataya düşmüş olabilir. Mağdur aslında on sekiz yaşından küçük olmasına rağmen failin rıza kapsamında cinsel eylemini gerçekleştirmesi halinde, failin hatası sebebi ile cinsel istismar suçundan değil cinsel saldırı suçundan bahsedilir. Bu durumda failin hatasının "kaçınılmaz" olup olmadığı somut olaya göre değerlendirilir.

[422] Yargıtay 14. CD. 2019/2794 E., 2019/9847 K., 20.05.2019 K.T., www.lexpera.com.
[423] TANER, s. 187.
[424] ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 341.
[425] TANER, s. 188.

Failin hata hükümlerinden yararlanabilmesi için hatasının hem esaslı hem de kaçınılmaz olması gerekir. Fail mağdurun rızasında esaslı hataya düşmüş ancak mağdurun yaşı konusunda şüphe duymuş ise kaçınılmaz hatadan söz edilemez. Bu durumda fail hata hükümlerinden yararlanamaz.

Fail mağdurun beden veya ruh bakımından zayıflığı bulunduğunu anlamayarak fiilini gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda failin fiilinden sorumlu tutulmaması için mağdurun zayıflığının dışardan bakıldığında, hekim olmayan kimselerce anlaşılmaması[426], şüphe dahi duyulmaması kısacası kaçınılmaz hataya düşülmesi gerekir. Yargıtay 19.09.2019 tarihli *"...İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 08.02.2017 tarihli raporunda belirtildiği üzere kendisinde saptanan orta ve hafif derece sınırında zeka geriliği mağduru bulunduğu olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına ve fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmasına mani olacak mahiyet ve derecede olan mağdurede mevcut zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği, ancak kendisini yakından tanıyanlarca ve tekrarlayan görüşmelerle anlaşılabileceği nazara alındığında, sanığın 5237 sayılı TCK'nın 30/1. maddesinde düzenlenen hata hükmünden yararlandırılarak ilk derece mahkemesince beraatine karar verilmesi gerekirken…*[427]" şeklindeki kararında mağdurda bulunan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılmayacağının değerlendirilmesi gerektiğini ve fail tarafından anlaşılamayan bu durumda hata hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

Fail mağdurun kendisine yaşını büyük söylediğini veya yaşının büyük göründüğünü iddia ediyorsa ya da mahkeme tarafından mağdurun gerçek yaşı ile fiziki görünümünün uyumlu olmadığı re'sen gözlemlenmiş ise mağdurun yaşının tespiti gerekir[428]. Fail eylemini mağdurun rızasını alarak gerçekleştirmiş ancak mağdurun yaşında yanılmışsa ve hata kaçınılmaz ise hatasından yararlanır. Yargıtay yaş tespitinin net olarak yapılamaması halinde "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi doğrultusunda karar vermektedir.

Kanun koyucu 15 yaşından küçük ve 15 yaşından büyük ancak algılama yeteneği gelişmemiş çocukların rızasını geçerli kabul etmediğinden failin bu çocukların suça konu fiile karşı rıza gösterdiğini sanması sebebi ile hataya düşmesi failin cezai sorumluluğunu

[426] TAŞTAN, s. 80.
[427] Yargıtay 14. CD. 2019/2924 E., 2019/10102 K., 19.06.2019 K.T., www.lexpera.com.
[428] TAŞTAN, s. 240 vd.

etkilemez. Ancak failin mağdurun yaşında veya algılama yeteneğinin varlığı hususunda hataya düşmesi halinde TCK m. 30 hükümleri uygulama alanı bulur.

5. SONUÇ

5237 sayılı TCK ile "Cinsel Saldırı", "Çocukların Cinsel İstismarı", "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki" ve "Cinsel Taciz" olmak üzere dört ayrı başlık altında yer verilen Cinsel Dokunulmazlığa karşı suçlar, kanun koyucu tarafından temel ve yüzeysel şekilde düzenlenmiştir. Çalışmamızda detaylı olarak incelediğimiz üzere ilgili düzenlemeler, suça konu eylemlere, kişilere ve olgulara göre değişiklik gösterebileceği dikkate alınmadan yapılmıştır.

Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçların düzenlenmesi ve doktrinde tartışmaya yol açan en büyük husus yaş ve ergin kılınma konusudur. Cinsel saldırı suçu bakımından kanun koyucu TCK m. 102 hükmünde yaş ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Cinsel saldırı suçunda mağdurun on sekiz yaşından büyük kimse olabileceği, diğer cinsel dokunulmazlığa karşı suçların yer verildiği düzenlemelere ve uygulamaya dayanılarak yorum yolu ile tespit edilmektedir. Bunun yanında evlenme veya mahkeme yolu ile ergin kılınan kimselerin bu suçun mağduru olup olamayacakları yine evlenme ile ergin kılınan mağdura karşı eşinin gerçekleştirdiği cinsel eylemlerin suç oluşturup oluşturmayacağı da tartışmaya yer vermektedir. Yine mağdurun ergin kılınan kimse olup olmaması rıza hususu bakımından da önem arz emektedir. Temel olarak rıza, cinsel saldırı suçunda fiili hukuka uygun hale getirmektedir. Ancak on sekiz yaşından küçük ergin kılınan kimsenin gösterdiği rızanın geçerli kabul edilip edilmeyeceği de doktrinde tartışmalıdır. Cinsel saldırı suçunda mağdurun on sekiz yaşından büyük kimse olması gereklidir. Bu sebeple on sekiz yaşından küçük kimsenin rızası hilafına gerçekleştirilen cinsel saldırıya konu eylem ya rızayı geçersiz kılacak ya da suç tipini değiştirerek cinsel istismar veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu meydana getirecektir. Ancak evlenme ile ergin kılınan mağdur bakımından, failin eş olması hususu ayrı ele alınacaktır. Türk Hukuk Sistemi her ne kadar modern hukuk sistemine ayak uydurmaya çalışsa da maalesef geleneksel ve toplumsal düşünce anlayışından hala kurtulamamıştır. Bu nedenle TMK on sekiz yaşından küçük kimselerin istisnai de olsa evlenmesine imkan tanımaktadır. Bu hususu eleştiriyor olmamızın yanında mevcut yasa kapsamında yapılacak en doğru değerlendirme ergin kılınan kimsenin eşinin gerçekleştirdiği eyleme rızası var ise suçun oluşmayacağı yönündedir. Bu tartışmalar ve eksiklikler ancak kanun koyucunun birkaç cümle ile değil, detaylı ve her noktası düşünülerek yer vereceği bir düzenleme ile giderilebilecektir. Ancak henüz yaş konusunda dahi net bir hüküm ihtiva edemeyen kanun

maddesinin uygulamada ve doktrinde yer alan tartışmalar kapsamında detaylı olarak düzenlenmesi de yakın zamanda pek mümkün gözükmemektedir.

Çocukların Cinsel İstismarı Suçu bakımından kanun koyucu suçun mağduru bakımından çocukları belirli yaş gruplarına ayırmıştır. Buna göre on beş yaşını tamamlamayan veya tamamlamış olmakla beraber fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocukların rızası kesin olarak geçersiz sayılmıştır. Kanun koyucunun amacı çocuğu korumak olmakla beraber on beş yaş sınırını hangi olguya dayanarak belirlediği de muallaktır. Yaş ayrımının bilimsel ve psikolojik bir ayrıma tabi tutulması, her somut olayın kendi içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Yine algılama yeteneğinin de somut olaya ve mağdurun niteliklerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim günümüzde aynı yaşta ki her çocuk aynı olgunluğa sahip değildir. Yine diğer çocuklara karşı gerçekleştirilen eylemler bakımından cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka durumların olmaması halinde bu çocukların rızası geçerli sayılmıştır. Cinsel saldırı suçunda olduğu gibi burada da ergin kılınan çocuğun durumu kanunda düzenlenmemiştir. Erken yaşta evlilik ve zorla evlilik hususlarının toplumumuzun geçmişten bugüne süregelen bir sorun olduğu şüphesizdir. Göz ardı edilemez bu durumun dikkate alınarak istismar suçu bakımından düzenlemenin genişletilmesi gerekmektedir. Yine rıza hususunun çocukların fiziksel ve psikolojik gelişimleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Nitekim uygulamada en sık rastlanılan sorun çocukların fiziksel görünümleri ile kimlik yaşlarının birbiri ile orantısız olması bu sebeple faillerin eksik yargılama sorunu da göz önüne alındığında mağduriyet yaşamalarıdır. Suç ile korunan yarar temel olarak çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve özgürlüğü olmakla beraber, yaşı olduğundan büyük gösteren çocukların rızaları dahilinde fail ile cinsel temas kurmaları bunun sonucunda toplum ve aile korkusu sebebi ile olayın yargıya taşınması sonucunda fail kimse yargılamaya maruz kalabilmektedir. Kanun koyucunun mağduru korurken "mağdur olan faili de" koruması gerekmekte bu sebeple kanun maddesini şüpheye yer bırakmayacak şekilde düzenlemesi gerekmektedir.

Cinsel dokunulmazlığa suçlar bakımından en yüzeysel yer verilen madde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımındandır. Kanun koyucu bu hükümde rızaya suç unsuru olarak yer vermiştir. On beş yaşından büyük on sekiz yaşından küçük, algılama yeteneği gelişmiş kimse ile rızası dahilinde ilişkiye giren fail ise cezai yaptırıma tabi tutulmuştur. Her ne kadar doktrinde kanun koyucunun amacının çocuğun anlık gösterdiği rızadan daha sonra

sonuçları sebebi ile pişman olması ihtimaline binaen şikayet hakkı tanınarak failin cezalandırılmasına imkan tanınmış olsa da, toplumsal ve geleneksel değer yargılarının da ilgili düzenlemeye yansıdığı yadsınamaz bir gerçektir. Nitekim kanun koyucu ilgili suçu sadece cinsel ilişki ile sınırlı tutmuş, bu çocuklara karşı gerçekleştirilen diğer her türlü cinsel eylemi rızaları dahilinde hukuka uygun kabul etmiştir. Yine suçun mağdurunun "reşit olmayan" kimse kabul edilmesi görüşümüzü desteklemektedir. İlgili düzenlemeye ayrı olarak yer vermektense istismar suçunun kapsamı genişletilerek ayrı bir fıkra altın yer vermek daha doğru olacaktır.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan sonuncusu olan cinsel taciz suçu temas unsur bakımından diğer suçlardan ayrılmaktadır. Burada fiil temas olmadan gerçekleşmekte rıza yine fiili hukuka uygun hale getirmektedir. Ancak burada ki sorun hangi eylemin kime ve neye göre taciz kapsamında değerlendirileceğidir. Toplumda ki değer yargılarının, kültürel sosyal düşünce yapılarının farklı farklı olduğu göz önüne alındığında kimine göre suç oluşturan bir eylem diğerine göre normal karşılanabilecektir.

KAYNAKÇA

AĞCAOĞLU, İpek; Mağduru Çocuk Olan Cinsel Suçlarda Suça Sürüklenen Çocuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül, 2021.

AKBULUT, Berrin; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği, Ceza Hukuku Dergisi, C:14, S: 40, Ağustos, 2019 AKBULUT (Rıza).

AKBULUT, Berrin; Türk Ceza Hukuku Temel Bilgiler, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Eylül, 2020.

AKBULUT, Berrin; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, Ekim, 2020 AKBULUT(Genel).

AKÇAY, Ecem Ceylan: Türk Ceza Kanunu'nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, Seçkin Yayınları, Aralık, 2022.

AKDAĞ, Hale: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 5, S: 9, Haziran, 2017, s. 167-188.

AKKAYA, Çetin: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak, 2018.

AKSAKAL, Enver: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, C:88, S: 2, Mart, 2014, s. 257-275.

ARSLANTÜRK, Mustafa; Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Ankara, Ocak, 2022.

ARTUK, M. Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ YENİDÜNYA, A. Caner; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, 15. Baskı, Ankara, Ekim, 2015.

ARTUK, M. Emin/ GÖKÇEN, Ahmet/ ALŞAHİN, M. Emin/ ÇAKIR, Kerim; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

ATAÇ, Asiye Selcen; Ceza Hukuku ve Ensest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış, MÜHFHAD, C: 19, S: 2, 2013, s. 871-878.

AYGÜL ATAKAYA, Merve; Cinsel Saldırı ve Cinsel İstismar Suçlarında Sarkıntılık Fiili (Yargıtay Kararları Işığında), Selçuk Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Dergisi, C: 5, S: 1, Temmuz, 2022, s. 113- 147.

AYGÜN EŞİTLİ, Ezgi: Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti, TBB Dergisi, 2013.

AYDIN, Murat; Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, Ocak, 2018.

BACAKSIZ, Pınar/ BAYZİT, Tuğba: "Yargıtayın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspata Yaklaşımı", DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C: 21, Özel S., 2019, s. 379-414.

BAŞ, Eylem: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Taciz Suçu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 65, S: 4, Aralık, 2016, s. 1135-1215.

CANKURT/ Ezgi; Kişinin Hatırasına Hakaret Suçu (TCK m. 130), BEÜHFD, C: 1, S: 1, Haziran, 2015, s. 147-176.

EKİCİ ŞAHİN, Meral; Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Ocak, 2012.

ERDOĞAN, Oğuz; Rızanın Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim, 2021.

DEMİREL, Muhammed; Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza, İstanbul Hukuk Mecmuası, C: 78, S: 3, 2020, s. 1469-1523.

DERELİ, Alparslan; Cinsel Saldırı Suçunda Teşebbüs, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 16, 2020, s. 543-568.

DOĞAN, Recep; Anlamlı Yanıt Üretilemeyen İkilem: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara Barosu Dergisi, C: 75, S: 1, Nisan, 2017, s. 123-149.

DURSUN, Selman; Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, Ceza Hukuku Dergisi, C: 9, S: 24, Nisan, 2014, s. 57-73.

DÜLGER, İbrahim; Irza Geçme Suçunun Fail ve Mağdur Açısından Değerlendirilmesi, SÜHFD, C: 8, S: 1-2 (Milenyum Armağanı), 2000, s. 217-235.

GERÇEKER, Hasan; Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, 2020.

GÖKTÜRK, Neslihan; Suçun Yasal Tanımında Yer Alan "Hukuka Aykırılık" İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:7, S: 1, 2016, s. 407-450.

HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Astana Yayınları, 18. Baskı, Ankara, Eylül, 2020 (HAKERİ (Temel)

HAKERİ, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 22. Baskı, Ankara, Eylül 2019, s. 139.

HAZER GÜNGÖR, Arzu: Toplumsal Cinsiyet Bağlamında Cinsel Suçlar ve Rıza İlişkisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak, 2023.

KANTARCI, Nurullah; Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu, Ceza Hukuku Dergisi, C: 12, S: 33, Nisan, 2017, s. 151-177.

KATOĞLU, Tuğrul; Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 61, S: 2, 2012, s. 657-694.

KELEP PEKMEZ, Tuba; Suçla Korunan Hukuki Değer Çerçevesinde Çocuklar Arasında Gerçekleşen "Rızaya Dayalı" Cinsel İlişkinin Cezalandırılabilirliği Sorunu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 2, Aralık, 2020, s. 179-199.

KERPİŞÇİ, Özge Nur: Cinsel Taciz Suçu, Seçkin Yayınları, Ankara, Eylül, 2022

KESER, Ömer Faruk: Uygulamaya Bakan Yönleriyle Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, Mart, 2022.

KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara, 2021

KOÇ, Ziya; Rızanın Varlığında Hatanın Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku Dergisi, C: 15, S: 42, Nisan, 2020, s. 229-273.

KOLBURAN, Güliz; Adli Psikoloji Bakış Açısıyla Duygusal İstismar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Kasım, 2021.

KORKUSUZ, Gülşah; Cinsel Saldırı Suçu (TCK md. 102), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 71, S: 1, Ağustos, 2013, s. 815- 854.

KÜSKÜ, Hamza; Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Nitelikli Hali (TCK md. 103/2), Adalet Yayınevi, Ankara, Ağustos, 2020.

MEMİŞ KARTAL, Pınar; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (TCK.M.104), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 65, S: 4, 2016, s. 2083-2100

ÖNGÜN, Esen/ ÜNSAL, Gül; Üniversite Yaşamında Yakın İlişkiler ve İstismar, GOP Taksim EAH JAREN, 4(1), 2018, s. 52-58.

ÖZAR, Süleyman/ HALICI, Türkan; Organ veya Doku Naklinde "Hukuken Geçerli Rıza, Adalet Dergisi, S: 66, 2021, s. 569-593.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 16. Baskı, Ankara, Eylül, 2021

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 12. Baskı, Ankara, Eylül, 2021 (Genel).

ÖZCAN, Onur; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 19, S: 3, Ekim, 2022, s. 303-390.

ÖZEN, Mustafa; Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, Eylül, 2019 ÖZEN (Temel)

ÖZEN, Mustafa; Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, Eylül, 2019

ÖZGENÇ, İzzet/ KOCA, Mahmut/ ÜZÜLMEZ, İlhan/ ALŞAHİN, M. Emin: Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

ÖZGENÇ, İzzet/ ÜZÜLMEZ, İlhan/ YURTLU, Fatih/ GENÇ, Fatma Umay/ KURT KILIÇ, Elif/ KILIÇ, Burak; Ceza Genel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, Ankara, Ekim, 2021

ÖZGENÇ, İzzet; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 24, S: 2, 2020, s. 251-288 ÖZGENÇ (Rıza)

ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 17. Baskı, Ankara, Eylül, 2021, ÖZGENÇ (Genel).

ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt:1, Seçkin Yayıncılık, 29. Baskı, Ankara, Mart, 2022.

ÖZGENÇ, İzzet; Cinsel Suçlar, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 24, S: 1, Ocak, 2020, s. 257-283.

PAKIR, Yusuf: Cinsel Saldırı Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, Temmuz, 2018

PEKER, İlbilge Selcen; Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Yer Alan Cinsel İlişki Kavramı Üzerine Bir Değerlendirme, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 6, S: 1, Ocak, 2021, s. 11-30.

SARIGÜL, Ali Tanju: Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 14, S: 2, 2014, s. 663-692.

SARIGÜL, Ali Tanju: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Fail (TCK m.104), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 25, S: 2, Nisan, 2021, s. 711-754.

ŞARE, Ersin; Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 21, S: 2, 2019, s. 977-1023

ŞEN, Ersan/ BAŞARIR, Tuğçe: Ensest Mağdurlarından Birisi: "Kadın", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C: 25, S: 99, Mart, 2012, s. 317-340.

ŞEN, Ersan/ ŞAHİN, Buğra: Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Terazi Hukuk Dergisi, C: 17, S: 185, Ocak, 2022 s. 118-128.

ŞEN, Ersan: Yorumluyorum-XXV, Seçkin Yayınları, Ocak, 2022.

T. KANGAL, Zeynel; Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 15, S: 4, Ekim, 2011, s. 223-251.

TANER, Fahri Gökçen; Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Mart, 2017.

TANERİ, Gökhan/ KAMIŞLI, Gani; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Kasım, 2018.

TAŞTAN, Mehmet; Cinsel Suçlarda İspat Sorunu ve Yargılama Usulü, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak, 2021

TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, Mustafa Ruhan/ ÖNOK, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 19. Baskı, Ankara, Eylül, 2021

TOROSLU, Nevzat/ TOROSLU, Haluk; Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül, 2021.

TÖNGÜR/ Ali Rıza, ÇETİNTÜRK, Ekrem; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

TULAY, M. Emre; Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçun Eşe Karşı İşlenmesi, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 16, Aralık, 2020, s. 507-524.

TUNÇ, Kübra; Yargıtay Kararlarında Flört Girişiminin Cinsel Taciz Suçundan Ayırımı, Ceza Hukuku Dergisi, C: 16, S: 45, Nisan, 2021, s. 175-194.

USAL, Osman Ali; Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza, İstanbul Barosu Dergisi, C: 88, S: 6, Kasım, 2014, s. 236-247.

VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşen; Yürürlükten Kaldırılması Gereken Bir Hüküm Olarak Olağanüstü Durumlarda ve Pek Önemli Bir Sebeple Evlenmeye İzin Verilmesi (TMK m. 124/II), İÜHFD, 2021, S. 88.

YELDAN, Didem; 99 Soruda Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ocak, 2021 YELDAN (99)

YELDAN, Didem; Uygulamada Cinsel Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Ocak, 2022.

YENİDÜNYA, A. Caner; 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Legal Hukuk Dergisi, C: 3, S: 33, Eylül, 2005, s. 3284-3316.

YOKUŞ SEVÜK, Handan: 6545 Sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C: 3, S: 2, s. 119-146. (Değerlendirme)

YOKUŞ SEVÜK, Handan; Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, Kasım, 2018

YURTLU, Fatih; "Cinsel Saldırı" ve "Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma" Suçları Bakımından Akıl Hastasının Rızası (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2017/648 E., 2019/145 K. Sayılı Karar İncelemesi) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 8, S: 16, Aralık, 2020, s. 1343-1363.

www.echr.coe.int

www.citob.metu.edu.tr

www.karararama.yargitay.gov.tr

www.kazanci.com.tr

www.legalbank.net.tr

www.lexpera.com

www.normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr

www.resmigazete.gov.tr

www.sozluk.gov.tr

www.tuseb.gov.tr

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı Soyadı : Mehmet Fatih ÖZCAN

EĞİTİM DURUMU

Lisans Öğrenimi : *2019, KTO Karatay Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*

Yüksek Lisans Öğrenimi : *2023, KTO Karatay Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı*

Bildiği Yabancı Diller : *İngilizce*

Bilimsel Faaliyetleri :

İŞ DENEYİMİ

Stajlar :

Projeler :

Çalıştığı Kurumlar : *Beyhekim Eğitim Araştırma Hastanesi*

Tarih: 18 Nisan 2023