

T.C.

ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS

PROGRAMI

**CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARDA
RIZA KAVRAMI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

Büşra ŞAHİNER

ANTALYA-2020

T.C.

ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS

PROGRAMI

**CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARDA
RIZA KAVRAMI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

Büşra ŞAHİNER

Tez Danışmanı

Dr. Öğretim Üyesi İnanç İŞTEN

ANTALYA-2020

ONAY/BİLDİRİM FORMU

ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

Büşra ŞAHİNER'e ait "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rıza Kavramı" adlı bu tez çalışması Tez Kurulumuz tarafından Kamu Hukuku ANABİLİM DALI Tezli Yüksek Lisans PROGRAMI tezi olarak oybirliği / oyçokluğu (.../...) ile kabul edilmiştir.

Akademik Ünvanı, Adı ve Soyadı İmzası

Danışman :,

Üye :,

Üye :,

Enstitü Müdürü :,

Tez Sınavı Tarihi :

ANTALYA BİLİM ÜNİVERSİTESİ
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DOĞRULUK BEYANI

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum, bu çalışmayı, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı, yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bu eserleri her kullanımında alıntı yaparak yararlandığımı belirtir; bunu onurumla doğrularım.

Enstitü tarafından belli bir zamana bağlı olmaksızın, tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

.... / / 2020

Büşra ŞAHİNER

İmzası

ÖZET

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara, kanun koyucu tarafından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102.-105. maddeleri arasında yer verilmiştir.

Rıza kavramı ise, kanun koyucu tarafından hukuka uygunluk nedeni olarak Türk Ceza Kanunu'nun(TCK) 26. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmekle birlikte, tipiklik unsuru olarak kanunda açıkça düzenlenmemiş olup, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda suçun oluşumu bakımından önem arz etmektedir.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda rıza, suçun varlığına etki edeceğinden bahisle tipiklik unsuru olarak değerlendirilmiş, bazı suçlarda da kanunda tipikliğe ilişkin bir düzenlemeye rastlanmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilerek TCK'nun 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerine göre farklılıklar doğurmuştur. Bu nedenle öncelikle rızanın tarihçesi ile hukuka uygunluk nedeni ve tipiklik unsuru olarak ayrımı yapılmış, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” hakkında genel açıklamalara yer verilerek rızanın suç kapsamındaki konumu doktrin ve Yargıtay kararlarıyla açıklanmış ve son olarak rızada sınırın aşılması, hata, karşılaştırmalı hukukta rıza incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Cinsel saldırı, Cinsel taciz, Cinsel istismar, İlgilinin rızası

ABSTRACT

For crimes against sexual immunity, by the legislator, the 102.-105th article of the Turkish Penal Code numbered 5237 are included among the articles.

The concept of consent is regulated by the legislator in the second paragraph of Article 26 of the Turkish Penal Code (TCK) as a reason for compliance with the law, but it is not clearly regulated in the law as an element of typicality and is important in terms of the formation of crimes against sexual immunity.

In crimes against sexual immunity, consent has been evaluated as an element of typicality, considering that it will affect the existence of the crime, and in some crimes, it is accepted as a reason for compliance with the law, since there is no regulation on typicality in the law, it has created differences according to the error provisions regulated in Article 30 of the TCK. For this reason, first of all, together with the history of consent, the distinction was made as the reason for compliance with the law and the element of typicality, the general explanations about "Crimes Against Sexual Immunity" and the position of consent within the scope of the crime were explained with the doctrine and the Supreme Court decisions, and finally, the exceeding of the consent limit, error, consent in comparative law was examined.

Keywords: Sexual assault, Sexual harassment, Sexual abuse, Consent of the person concerned

ÖNSÖZ

Yeni kavramlarla birlikte 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun aksine, cinsel suçlar, "Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler" yerine "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiş ve 102-105 maddeleri ile yaptırıma bağlanmıştır.

Tarih boyunca olduğu gibi günümüzde de neredeyse her toplumda sarkıntılık, istismar, taciz ve tecavüz gibi bireylerin cinsel dokunulmazlıklarını ve cinsel özgürlüklerini ihlal eden eylemlere sıkça rastlandığından, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin bir inceleme yapılması ihtiyacı duyulmuştur.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlenmesinde birtakım eksiklikler bulunmaktadır. Bu nedenle uygulamada rızanın tespiti ve buna dayalı olarak da ispat konusunda sorunlar yaşanmaktadır. Kaldı ki cinsel dokunulmazlığa karşı suçların oluşum şekli itibariyle genellikle iki kişi arasında ve tanık olmadan gerçekleştiği de göz önünde bulundurulduğunda, failin savunmasının mağdurun rızasının bulunduğuna yönelik olması, bu suçlar bakımından rızanın incelenmesi gerekliliğini doğurmuştur.

Öncelikle rızanın suç tiplerindeki görünümünün kanun lafzının yorumlanması ile doğru tespit edilmesi, tespit edildikten sonra ise her somut olaya göre ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, rıza kavramı çok geniş bir uygulama alanına sahip olduğundan, mağdurun ve failin yaşları, sosyo-ekonomik durumları, travmaları gibi hususlar nedeniyle farklılıklar göstermektedir.

Bu nedenle, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rıza Kavramı" konusunda çalışma olanağı sağlayan ve tez çalışmamın tüm oluşum aşamalarında yardımlarını esirgemeyen Sayın Dr. Öğretim Üyesi İnanç İşten'e, Dr. Öğretim Üyesi Mahmut Kaplan'a, Dr. Öğretim Üyesi Ramazan Barış Atladı'ya;

Öğrenim hayatım boyunca şahsıma emeği geçmiş tüm kıymetli hocalarıma ve desteklerini benden esirgemeyen aileme teşekkürlerimi bir borç bilirim.

Bu çalışmamın ilgili herkese fayda getirmesi dileğiyle...

Büşra ŞAHİNER

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	ii
ABSTRACT.....	iii
ÖNSÖZ.....	iv
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. TARİHÇE.....	4
II. TÜRK CEZA HUKUKUNDA RIZA KAVRAMI.....	6
A. Genel Olarak.....	6
B. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Rıza.....	8
C. Tipiklik Unsuru Olarak Rıza.....	11

İKİNCİ BÖLÜM

CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARDA RIZA

I. GENEL OLARAK.....	15
II. CİNSEL SALDIRI SUÇUNDA RIZA.....	19
A. Suçla İlgili Genel Açıklamalar.....	19

B. Cinsel Saldırı Suçunda Rıza.....	23
1) Rızanın Cebir, Tehdit ya da Hile ile Sakatlanması.....	35
2) Tam veya Kısmi Akıl Hastaları ve Akıl Zayıflığı Olanların Rızasının Geçerliliği.....	41
III. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNDA RIZA.....	45
A. Suçla İlgili Genel Açıklamalar.....	45
B. Çocukların Cinsel İstismarı Suçunda Rıza.....	53
IV. REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNDA RIZA.....	62
A. Suçla İlgili Genel Açıklamalar.....	62
B. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Rıza.....	66
V. CİNSEL TACİZ SUÇUNDA RIZA.....	72
A. Suçla İlgili Genel Açıklamalar.....	72
B. Cinsel Taciz Suçunda Rıza.....	75

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

RIZADA SINIRIN AŞILMASI, HATA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA RIZA

I. RIZADA SINIRIN AŞILMASI.....	77
II. RIZADA HATA.....	78
III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA RIZA.....	82
A. Almanya.....	82
B. ABD.....	83
C. İtalya.....	84
D. İngiltere.....	85
E. Fransa.....	86
F. Kanada.....	87
SONUÇ.....	89

KAYNAKÇA.....93

ÖZGEÇMİŞ.....100



KISALTMALAR

TCK	: Türk Ceza Kanunu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C.D.	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CGK	: Ceza Genel Kurulu
ÇKK	: Çocuk Koruma Kanunu
E.	: Esas
eTCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
K.	: Karar
md.	: Madde
T.	: Tarih
e.t.	: Erişim Tarihi
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
s.	: Sayfa

S. : Sayılı

vs. : Ve saire

vd. : Ve devamı



GİRİŞ

“Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İkinci Kitabının İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde düzenlenmiştir. Söz konusu suç teşkil eden fiiller Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde ise “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş idi. Ancak 5237 sayılı Kanun ile cinselliğin genel ahlak değil bir özgürlük sorunu olduğu kabul edilmiş, öz konusu eylemler “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” şeklinde ayrı bir suç kategorisi içerisinde düzenlenmiştir. Cinsellikle ilgili olup da cinsel özgürlüğü ihlal etmeyen, ancak genel adap duygusuyla bağdaşmayan fiiller ise Kanun’un Üçüncü Kısım Yedinci Bölümünde, Genel Ahlak Karşı Suçlar kapsamında yaptırıma bağlanmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 01 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra, 18 Haziran 2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun ile TCK 102. ve 103. maddeleri baştan, 104. ve 105. maddeleri ise kısmen değişikliğe uğramıştır. Son olarak, 24 Kasım 2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun ile TCK 103. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına ek cümlelerin eklenmesi ile, tezin temel konusu olan cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği maddeler son halini almıştır.

İnceleme konumuz olan rıza kavramına bakıldığında, kanun koyucu tarafından bazı maddelerde metin içerisinde kavrama yer verildiği, bazı maddelerde ise kavramın açıkça kullanılmadığı görülmektedir. Bu nedenle, ilgilinin rızasının olmaması halinde suç oluşmayacağından rızanın tipiklik unsuru mu olduğu, rızanın varlığı suçun oluşmasından ziyade fiili hukuka uygun hale getireceğinden hukuka uygunluk nedeni mi olduğu tartışılmıştır.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların işlenme oranının her geçen gün artış gösterdiği dikkate alındığında; söz konusu suçların bir kısmı hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi açısından rızanın bulunup bulunmadığı hususu önem arz ettiğinden, bu tezde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda rıza kavramının incelenmesi uygun görülmüştür.

Rıza; hoşnutluk, memnunluk anlamlarına gelmektedir¹. Türkçe sözlük anlamına bakıldığında “*razı olma, isteme, istek*”, rıza göstermek ise “*razı olmak, onamak, uygun bulmak*” anlamlarına gelmektedir². Hukuki anlamda rıza ise, “*bir kimsenin, başka kişiye ait hak ya da menfaati zarara uğratma ya da tehlikeye koyma şeklindeki suç teşkil edebilecek fiilinin, kanundaki şartları taşımak şartıyla gösterilen rıza nedeniyle hukuka uygun kabul edilmesi ve bu nedenle cezalandırılmamasıdır*”³.

İlgilinin rızası, TCK’nın 26. maddesi ikinci fıkrasında düzenlenmiş olup, bu maddeye göre; “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” hükmü yer almaktadır.

Anayasa’nın 20. maddesine göre; “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*” hükümden de açık olduğu üzere, bahsedilen gizli alanda sadece taraflar bulunmaktadır. Bu nedenle gerçekleştirildiği iddia edilen cinsel suçların genellikle kişiler arasındaki özel ilişkiler çerçevesinde işlenmesi nedeniyle suça konu eylemlerde çoğunlukla tanık bulunmamaktadır.

Bunun yanında, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda genellikle fail tarafından mağdurun rızası ile hareket ettiği yönünde beyanda bulunulması karşısında, ilgilinin geçerli bir rızasının varlığının tespiti ispat hususunda birçok sorun yaşatacağından failin cezai sorumluluğuna etki edecektir. Bundandır ki; hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile tipiklik unsuru olan rıza arasındaki farkı ortaya koyabilmek bakımından, bu çalışmamızda öncelikle birinci bölümde tarihçe ile birlikte TCK’nın 26. maddesi ikinci fıkrasında düzenlenen “*ilgilinin rızası*” ve tipiklik unsuru olarak rıza kavramından bahsedilecek, ikinci bölümde cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından kişinin göstermiş olduğu rızanın hukuki niteliği ve geçerliliği konusu açıklanmaya çalışılacak

¹ Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 23.Baskı, Ankara, 2006, s.891.

² Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, 10. Bası, Ankara, 2005, s. 1657.

³ Şare, Ersin, “*Cinsel Özgürlüğü Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:21, S:2 (2019), s.979.

ve üçüncü bölümde ise rızada sınırın aşılması ve hata gibi özel durum incelenerek, karşılaştırmalı hukukta rıza kavramının düzenlenme şekilleri ele alınacaktır.



BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKUNDA RIZANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

I. TARİHÇE

Rıza kavramı eskiden bu yana, ceza hukukunda ceza sorumluluğa etkisi bakımından tartışılmakta ve önem taşımaktadır. Bu nedenle birçok ülkenin ceza kanununda, rızaya genel hükümlerde ya da özel suç tiplerinde yer verilmektedir. Rızanın önemini ifade edebilmek bakımından, ceza kanunlarındaki tarihçesine kısaca değinmek gerekmektedir.

Günümüze ulaşabilen en eski hukuk metinleri olan Hammurabi Kanunları⁴'nin 215-223 maddeleri arasındaki düzenlemeye göre; tıbbi müdahale neticesinde, ölüm veya göz kaybı meydana gelirse, müdahaleyi yapan doktor cezalandırılacak; başarılı olursa, doktora belirli bir ücret ödenecektir. Hastanın rızası, müdahalenin başarılı olması durumunda önem arz etmektedir⁵.

Roma Ceza Hukuku'nda ise Romalı hukukçu Ulpinyan tarafından aktarılan “*volenti non fit injuria (rıza gösterene yapılan hareket haksızlık oluşturmaz)*” ilkesi benimsenmiştir. Günümüzde ilgilinin serbestçe tasarruf edebileceği haklar üzerinde rıza göstermesi halinde eylemin suç oluşturmayacağı savı Roma hukukundaki bu

⁴ Milattan Önce 1760 yılı civarlarında Mezopotamya'da ortaya çıkmış ve tarihin en eski, en iyi korunmuş yazılı kanunlarıdır., www.tr.wikipedia.org, (e.t.02.09.2020).

⁵ Ekici Şahin, Meral, “*Ceza Hukukunda Rıza*”, (Ankara Üniversitesi, Yayınlanmış Doktora Tezi), Ankara, 2010, s.11.

kurala dayanmaktadır. Ancak günümüzde Roma dönemi kadar geniş bir uygulama alanı bulmaması nedeniyle, aynı öneme sahip değildir⁶.

Yine Roma Ceza hukuku sisteminde devlet tarafından yasaklanmış ve cezai yaptırıma bağlanmış olan eylemler kamu ceza hukuku alanında iken, birtakım ödevler doğuran eylemleri kapsayan suçlar haksız fiil niteliğinde kabul edilmiştir. Bu nedenle o dönemde devlete karşı işlenen suçlar ve öldürme ile zina gibi kamuya karşı işlenen suçlar re'sen kovuşturuldukları için; rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir kurum olarak kabul edilmemiştir⁷.

İslam Hukuku'nda; rıza beyanında bulunabilme ehliyeti varsa, ilgilinin rızası da hukuka uygun olarak kabul edilmektedir. Örneğin; çocuklar ve akıl hastalarının rızaları geçersizdir. Rıza, sözle veya yazılı olabileceği gibi birtakım hareketlerle de ifade edilebilecektir. Ancak sessizliğin rıza olması mümkün değildir. Ayrıca rıza hür irade ile ve suçun işlenmesinden önce verilmiş olmalıdır. İslam ceza hukukunda suçun işlenmesinden sonra verilen rıza hukuka aykırılığı kaldıran bir neden değildir⁸.

Bu hukuk sistemi, hem zarar görene hem de zarar görenin kanuni temsilcisi veya mirasçısına suçluyu af ve ibra yetkisi vermiştir. Bu yetki, mağdurun ölümünden önce ya da sonra, kanuni temsilci tarafından yapılmış olsa dahi, suçtan zarar görenin kıyas ve diyet isteme hakkını düşürür. Suçtan zarar görenin birden fazla olması durumunda ise sadece biri faili affederse, diğerlerinin de kısas isteme hakları düşecek ve bu hak hisseleri oranında diyete çevrilmiş olacaktır⁹.

Kanonik Hukuk'ta; beden bütünlüğünün ihlalinde de yaşam hakkı bakımından tanınan bir tasarruf hakkı olmadığı için, rıza geçersiz kabul edilmektedir. Söz konusu

⁶ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Ankara, Beta Yayınevi, 10. Baskı, Eylül 2017, s.329.

⁷ Yenerer Çakmut, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelemesi, İstanbul, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Ocak 2003, s.58-59.

⁸ Ekşi, Ahmet, "İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S.17 (2011), s.6-7.

⁹ Dönmezer-Erman, II, n.736. İslam Hukuku'nda, suçun oluşması için rıza hilafına hareket edilmesi şartının arandığı suçlarda rızanın cezai sorumluluğu kaldıracağı, bunun haricindeki suçlarda ise sorumluluğa herhangi bir etkisi bulunmadığı görüşü için bkz. Udeh, İslam Ceza Hukuku (Genel Hükümler), s.460; Aktaran: Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 12.Baskı, Eylül 2018, s.490.

hakların sahibinin Tanrı olması nedeniyle, yaşam veya vücut dokunulmazlığının ihlaline ilişkin rıza açıklamasının hukuken hiçbir önemi bulunmamaktadır¹⁰.

Cermen Hukuku'nda ise Roma Hukuku ile benzer bir yaklaşım benimsenmiş ve “*volenti non fit iniuria*” ilkesi uygulanmış, rızanın varlığı halinde işlenen fiil suç olarak kabul edilmemiştir. Rıza ancak vatana ihanet gibi kamu barışını bozan suçlarda kabul edilmemiştir¹¹.

1532 yılında eski Cermen Hukuku terk edilerek Constitutio Criminalis Carolina¹²'nin kabulü ile cinsel saldırı gibi açıkça düzenlenen suçlarda, rızanın varlığının cezalandırmaya engel olacağı kabul edilmekteydi. Şerefe karşı işlenen suçlarda da rızanın bulunmaması suçun bir unsuru olduğu için, kişinin şerefine karşı gerçekleştirilecek bir fiile rıza göstermesi halinde fail cezalandırılmamaktaydı¹³.

II. TÜRK CEZA HUKUKUNDA RIZA KAVRAMI

A. Genel Olarak

Rızanın varlığı, ceza hukuku bakımından önem arz etmekle birlikte en önemli etkisi hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında TCK, rıza kavramına ayrıca tipikliğin içinde de yer vermektedir.

765 sayılı eTCK'da rıza kavramı, kanunda yer almayan bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmekte ve özel olarak suç tiplerinin içinde yer almakta iken, 5237 sayılı TCK'da ise ilk olarak, “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan

¹⁰ HONIG, s. 2, dp. 8; Aktaran: Ekici Şahin, s.13.

¹¹ Yenerer-Çakmut, s.62.

¹² Hukuk sistemini birleştirmek amacıyla 1530 yılında kabul edilmiş ve yaklaşık iki yıl sonra onaylanarak Alman ceza hukukunun ilk organı olarak kabul görmüştür., www.en.wikipedia.org, (e.t.02.09.2020).

¹³ WEISSENBERGER, s. 10; Aktaran: Ekici Şahin, s.13-14.

Nedenler” başlığı altında “Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası” alt başlığı ile 26. maddenin ikinci fıkrasında: “*Kişinin üzerinde mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” ifadelerine yer verilerek, hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir.

Madde gerekçesinde¹⁴: “*Maddenin ikinci fıkrasında ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni düzenlenmiştir. Söz konusu hukuka uygunluk nedeninin varlığı için, rızanın kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakla ilişkin olması gerekir. Keza, kişinin bu hakla ilgili olarak rıza açıklamaya ehil olması gerekir.*” ifadeleri ile maddenin uygulama alanı bulacağı sınırlar genel hatlarıyla çizilmiştir.

Hukuka uygunluk nedeni olan rızanın yanında kanun koyucu, bazı suç tipleri bakımından da suçun oluşmasında rızanın varlığını ya da yokluğunu aramış, bazen de suç tanımında rızaya yer vermemiştir. Bu durumlarda kanunilik ilkesi gereğince tipik olmayan fiil ceza hukuku bakımından suç teşkil etmeyeceğinden rıza, tipiklik unsuru olarak değerlendirilecektir.

Bu çerçevede bazı suç tiplerinde açık bir şekilde “hak sahibinin rızası hilafına fiilin icrası” şartı konmuştur. Bu tür suç tiplerinde suçun oluşabilmesi için, ilgilinin rızasının bulunmaması gerekmektedir. Örneğin; haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun düzenlendiği 132. maddenin üçüncü fıkrasında, “*kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın alenen ifşa eden kişi ...cezalandırılır*” hükmü yer almaktadır¹⁵.

Hukuka uygunluk nedeni olan rıza ile tipikliği ortadan kaldıran ilgilinin rızası farklı kavramlar olup, sonuçları da farklılıklar göstermektedir. İlgilinin rızası kavramı, Türk hukukunda da ilk kez, 1953 yılında Alman hukukçu Geerds tarafından doktora tezinde, onaylayan iradenin hak sahibinin iradesine aykırı olmadığı sonucuyla birlikte tipi ortadan kaldıracağı, bunun karşısında ise suçun tipikliği olmasına rağmen eylemi

¹⁴ <https://www.tckmadde.com/26-2/>, (e.t.02.09.2020).

¹⁵ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s.490.

hukuka uygun hale getireceği şeklinde, ilgilinin rızasını hukuka aykırılık ve tipiklik unsuru olarak ikiye ayırması ile gündeme gelmiştir¹⁶.

Bu bölümde, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda rıza kavramının önemini ortaya koyabilmek bakımından öncelikle, rızanın TCK'da nasıl düzenlendiğinin, bu kapsamda hangi durumlarda bir tipiklik unsuru olarak hangi durumlarda ise hukuka uygunluk nedeni olarak ele alındığının incelenmesinde fayda bulunduğu düşünülmektedir.

B. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Rıza

TCK'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan rıza kavramı, bir hukuka uygunluk nedeni niteliğindedir. Ancak yukarıda bahsedildiği üzere, madde gerekçesinden¹⁷ de anlaşılmaktadır ki; rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak geçerli olabilmesi için, kişinin mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hakka yönelik olması, irade fesadı olmadan kullanılması ve hak sahibinin iradeyi açıklamaya ehil olması gerekmektedir. Aksi halde bir hukuka uygunluk halinden bahsedilmesi mümkün olmayacaktır. Yine rızanın hukuka uygunluk sebebi olabilmesi, suça konu fiilden önce ya da en geç fiilin gerçekleştirilmesi sırasında açıklanması ile mümkündür. Sonradan verilen rıza, bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemeyecektir.

Hak sahibinin rıza açıklamasını mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hakka yönelik kullanması yönünden; rıza, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olması halinde hukuki değer taşımaktadır. Başka bir

¹⁶ Kanbur Mehmet Nihat/Özkan, Salih, "*Özgürlüğün Gerçekleştirilmesi Aracı Olarak Rıza*", *Ceza Hukuku Dergisi*, C.9, S.26 (2014), s.172.

¹⁷ "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 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.", [https://www.tckmadde.com/26-2/#:~:text=TCK%20MADDE%2026%20Gerek%C3%A7esi%203B&text=Bir%20hakk%C4%B1%20kullan%C4%B1n%20hukuka,bir%20mesle%C4%9Fin%20icras%C4%B1ndan%20da%20do%C4%9Fabilir.,\(e.t.12.11.2020\).](https://www.tckmadde.com/26-2/#:~:text=TCK%20MADDE%2026%20Gerek%C3%A7esi%203B&text=Bir%20hakk%C4%B1%20kullan%C4%B1n%20hukuka,bir%20mesle%C4%9Fin%20icras%C4%B1ndan%20da%20do%C4%9Fabilir.,(e.t.12.11.2020).)

deyişle ilgilinin rızası, kullanılması kişinin şahsına bırakılmış haklar bakımından etkilidir¹⁸.

Sadece kişiye ait hukuksal değerleri koruyan suç tipleri bakımından ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedeni olabilir¹⁹. Mağduru belli bir kişi olmayan, topluma, kamuya ve devlete karşı işlenen suçlarda ilgilinin rızasının herhangi bir hukuki değeri bulunmamaktadır.

Malvarlığına ilişkin haklarda, ilgilinin rızası kural olarak bir hukuka uygunluk nedenidir. Ancak TCK'nun 170. maddesinde düzenlenen "yangın çıkarma"nın cezalandırılmasında olduğu gibi, rızanın belli şekillerde kullanılmasının yasaklandığı hallerde ilgilinin rızasının varlığında dahi eylemin suç teşkil edeceği açıktır²⁰.

Şeref üzerinde de ilgilinin tasarruf yetkisi olmakla birlikte onur kırıcı, namusu veya saygınlığı ihlal edici bir harekete kişinin razı olması, aynı eylemin başka bir suç oluşturma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Örneğin; mankenlerin soyunurken gizli kamera ile görüntülerinin kaydedilmesi ve bu görüntülerin rızaları dahilinde televizyonda gösterilmesi durumunda dahi müstehcenlik suçu oluşabilecektir²¹. Bir diğer görüşe göre ise kişinin şerefi üzerinde tasarruf yetkisi olmadığından ilgilinin rızası suçun oluşmasına engel olmayacaktır²².

Soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı suçlarda mağdurun rızasının tipiklik unsuru mu hukuka uygunluk nedeni mi olduğu tartışmalıdır. Bir görüş şikayete bağlı suçlarda mağdurun rızasını bir hukuka uygunluk nedeni kabul etmekte iken²³, diğer görüş, kasten yaralama suçu gibi takibi şikayet bağlı suçlarda mağdurun rızasının fiili hukuka uygun hale getireceği bunun yanında reşit olmayanla cinsel ilişki suçu gibi takibi şikayete bağlı olmakla birlikte rızanın fiili hukuka uygun hale getirmediği

¹⁸ Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul 2017, s.391; Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2019, s.493.

¹⁹ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 12. Baskı, Eylül 2019, s.292.

²⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s.491-492.

²¹ Centel, Zafer, Çakmut, s.333.

²² İçel, Kayıhan/Sokullu Akıncı, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener, Suç Teorisi, İstanbul, Beta Yayınevi, 2.Kitap, 2000, s.186.

²³ Centel, Zafer, Çakmut, s.332-333.

suçların da bulunabileceğini bu nedenle de ölçüt olarak “şikayet”in alınmaması gerektiğini savunmaktadır²⁴.

Kişinin yaşam hakkı üzerinde tasarruf hakkı bulunmamaktadır. Ötenazi, iyileşme ihtimali olmayan ve acı çeken hasta bir kişinin talebi üzerine hayatına son verilmesidir. Bir görüş, adam öldürmenin ötenazi ile aynı olduğunu ve bu nedenle kasten öldürmeden farkı olmadığını²⁵, başka bir görüş ise “kasten öldürme suçuna göre daha hafif bir cezayla karşılanan ayrı ve bağımsız bir suç olması” gerektiğini savunmaktadır²⁶. Türk hukukunda, ötenazi kabul edilmemekte ve fiil hakkında kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanmaktadır²⁷.

Rızaya ehliyet yönünden; rıza gösteren kişinin hak sahibi olması gerekmektedir. Rıza gösteren kişi suçun mağduru değil de zarar gören bir başka kişi ise, hukuka uygun bir rızadan söz edilemeyecektir. Hak sahibi olmak koşulu ile temyiz kudretine sahip herkesin rıza beyanına ehil olduğu kabul edilmektedir²⁸.

Rıza da temsil mümkün değildir. Bu kapsamda pek tabii kanuni temsilcilerin küçük ya da kısıtlı adına gösterdikleri rıza beyanları ayrı tutulmalıdır. Suç teşkil eden fiile karşı rıza göstermek, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan, bir başkasına devredilmesi halinde temsilci tarafından rıza açıklaması yapıldığında geçerli bir rızadan söz edilemez²⁹.

Ayrıca çocuğun ebeveynlerinin rıza vermeye yetkili olup olmadığı hususunda; temyiz kudretini haiz çocuğun bizzat rızasının alınması gerektiği, temyiz kudretini

²⁴ Koca, Üzülmüş, s.293.

²⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 10.Baskı, Eylül 2019, s.332-333; Artuk, M. Emin/Yenidünya A. Caner, “Ötenazi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir, 2001, s.304.

²⁶ Bayraktar, Köksal, “Kasten Adam Öldürme”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S.2 (2013), s.63.

²⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s.496.

²⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız, Genel Hükümler, s.338.

²⁹ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınevi, 7. Baskı, Kasım 2016, s. 359; Özbek, Doğan, Bacaksız, Genel Hükümler, s.339.

haiz olmayan çocuğun ise rızası olmasa dahi ebeveynine çocuk yararına kullanılmak şartıyla rıza gösterme yetkisi tanınması gerektiği savunulmaktadır³⁰.

Rızanın açıklanması yönünden; rıza beyanı, sarîh veya zîmni, yazılı veya sözlü olabilecektir. Fakat rıza açıklanmasının mutlaka fiilden önce ya da en geç fiilin icra edildiği sırada yapılması gerekmektedir³¹. Fail tarafından gerçekleştirilen fiilden sonra verilen rızaya icazet denilmekte olup, icazet, hukuka aykırı fiili hukuka uygun hale getirmemektedir. Ayrıca rıza suçun işlendiği sırada geri alınır ise geri alınmadan itibaren fiil hukuka aykırı hale gelecektir. Her halükârda rıza açıklaması hata, hile, tehdit, cebir vb. iradeyi sakatlayan nedenlerden biri ile bozulmamış olmalıdır³².

Son olarak varsayılan rızadan kısaca bahsetmek gerekirse, varsayılan rıza hukukumuzda kabul edilmekte olup, buna göre hak sahibinin failin fiilini gerçekleştirirken ki şartları bilmesi halinde rıza vereceği açık ise rızanın var olduğu kabul edilmektedir. Bu itibarla varsayılan rıza, hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkmaktadır. Örneğin; ağır yaralı bir hastanın, tıbbi zorunluluk nedeniyle derhal ameliyata alınması gerekmekte ve bilinci yerinde değilse, durumu bilseydi rıza gösterirdi düşüncesiyle ameliyata alınması halinde varsayılan rızadan bahsedilir ve bu durum eylemi hukuka uygun hale getirir³³.

C. Tipiklik Unsuru Olarak Rıza

Türk ceza hukuku öğretisinde tipiklik unsuru içerisinde; suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile hayali suç, işlenemez suç, fail, mağdur gibi kavramlar incelenmektedir³⁴. Öğretide savunulan diğer bir anlayışa göre ise tipiklik ya da tipe uygunluk, fiilin cezalandırılması için gerekli özelliklerin bütününe ifade etmektedir. Tipin, kişinin genel yasaklarla hareket özgürlüğünü kısıtlaması, ki bu kanunilik ilkesi

³⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız, Genel Hükümler, s.339.

³¹ Hafizoğulları, Zeki, “*Hukuka Uygunluk Nedenleri*”, <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/hukuka-uygunluk.html>, (e.t.11.05.2020).

³² Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s.498; Özbek, Doğan, Bacaksız, Genel Hükümler, s.340; Pakır, s.120.

³³ Kangal, Zeynel T., “*Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.15, S: 4 (2011), s.224.

³⁴ Ekici Şahin, s.94.

gereğidir ve hırsızlık gibi suçlar için hukuki yarar ihlalini somutlaştırarak, suçun sınırlarını belirleyip suçu oluşturması şeklinde iki işlevi bulunmaktadır³⁵.

Kanun koyucunun bir suç tanımında “rızası olmadan” ve “rızası hilafına” gibi ifadelere yer vermesi durumunda hukuka uygunluk nedeni olan rızadan değil, tipikliği ortadan kaldıran rızadan söz etmek gerekecektir. Bu nedenle ilgilinin rızasının varlığı, suçun tipikliğini engelleyen negatif bir unsur olup, bu durumda suçun maddi unsuru yönünden oluşmayacağı sonucuna varılacaktır³⁶.

Fiilin, açıkça veya yorum sonucunda ilgilinin iradesine aykırı olduğu ya da iradesinin olmadığı sonucu çıkarıldıktan sonra onaylayan irade, tipikliği ortadan kaldıran bir işleve sahip olacaktır. Konut dokunulmazlığını ihlal suçunda geçen “izinsiz girme” kavramı, bu nedenle, hak sahibinin iradesi olmadan veya iradesine aykırı olarak korunan yerlere failin ulaşması şeklinde yorumlanacaktır. Ev sahibi ya da kiracının konuta girilmesinde rızasının bulunması durumunda hareket tipik olmayacağından, ceza hukukunun koruyacağı bir menfaat de kalmayacaktır³⁷.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ilgilinin rızası, tipikliği ortadan kaldıran bir maddi unsurdur. Bu nedenle Kanun’un belirlediği sınırlar içerisinde geçerli bir rıza var ise suç oluşmayacağından, söz konusu suçlar ancak mağdura karşı cebir, tehdit veya şiddet kullanılarak işlenebilmektedir. Yüksek Mahkeme kararlarında da, mağdurenin iradesini kullanmasına fırsat tanımaması itibarıyla, bedensel temas ile aniden yapılan davranışların iradeyi sakatlayacağı ve suçun oluşacağı kabul edilmektedir³⁸.

³⁵Özbek, Doğan, Bacaksız, Genel Hükümler, s.209.

³⁶ Şare, İlgilinin Rızası, s.991.

³⁷ Rönneau, T., 2014; Geerds, F., Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Kiel.; Aktaran: Kanbur, Özkan, s.173.

³⁸ Bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 30.10.2012 tarih ve 2011/6921 Esas 2012/10417 Karar, “15-18 yaş grubunda olan mağdureye karşı işlenen, sanığın mağdurenin arkasından yaklaşarak haberi ve rızası olmaksızın aniden eteğini kaldırıp kalçasını ellemesi şeklinde gerçekleşen maddi olayda, her ne kadar maddi cebir veya tehdit ya da hile unsuru gerçekleşmemiş ise de, iradeyi etkileyen başkaca neden kanun koyucu tarafından açıklanmadığından, karar merciin somut olayın özelliklerine göre çocuğun cinsel istismarı suçu yönünden iradeyi etkileyen halin varlığını saptamak durumunda olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme kararında iradeyi etkileyen neden hiç irdelenmemiştir. Öte yandan mağdurenin direnç göstermesine fırsat vermeyecek şekilde bedensel temasla aniden yapılan davranışların da suçun cebir unsurunu oluşturacağı hususundaki istikrar kazanmış yargı kararları bir yana, mağdurenin iradesini kullanmasına fırsat tanımaması itibarıyla da bu nitelikteki eylemin iradeyi etkileyen başkaca neden

Tipikliği kaldıran rızada, ilgili kişinin rızası bulunmasına karşın failin rızanın varlığından haberi olmamasına rağmen fiili icra etmesi durumunda da fiili tipik olmayacaktır. Bu nedenle kişinin suç işleme kastı bulunmasına rağmen objektif olarak tipikliğin gerçekleşmemesi nedeniyle failin cezai sorumluluğu bulunmayacaktır³⁹.

İlgilinin rızası olmamasına rağmen rızanın olduğu zannedilerek hareket eden kişinin, rızanın tipiklik unsuru olması durumunda suçun maddi unsurlarında hataya düştüğü kabul edilecek ve kişi bu hatası nedeniyle TCK'nın 30. maddesi birinci fıkrası gereğince, varsa taksirinden dolayı sorumlu tutulabilecektir⁴⁰.

Tipiklik unsuru rızada doğal irade yeterli iken, hukuka uygunluk nedeni olan rızada doğal iradenin yanında rızanın anlam ve sonuçlarını anlayabilme yeteneğinin de bulunması gerekmektedir. Ayrıca tipiklik unsuru rızaya irade sakatlıklarının herhangi bir etkisi yok iken, hukuka uygunluk nedeni olan rıza, irade sakatlıkları nedeniyle geçersiz hale gelmektedir⁴¹. Ancak tipikliği ortadan kaldıran rızada irade sakatlıklarının bir etkisi olmamasının yanında, hata ve cebir söz konusu olduğunda mağdurun hakkını kullanması, rızasının geçersizliği sonucunu doğacaktır⁴².

Diğer yandan, kural olarak tipik olan fiilin hukuka aykırı olduğu da kabul edilir. Ancak tipe uygun olan fiilin her zaman hukuka aykırı olamayacağı açıktır. Bu nedenle fiilin hukuka uygun olması tipe uygunluğu değil, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Örneğin; meşru savunma kapsamında bir kişinin diğerini öldürmesi olayında eylem hukuka aykırı olmamasına karşın tipe uygundur. Bu nedendir ki tipiklik ve hukuka aykırılık kavramları birbirinden bağımsızdır⁴³.

olarak kabul edilmesi gerektiği anlaşıldığından, somut olayda sanığın eyleminin TCK 103/1. maddesindeki çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden, isabetsiz bir yorumla ve mağdurun çocuk olduğu bilinerek aynı kanunun 102/1. maddesinden uygulama yapılması"; Aktaran: Şare, İlgilinin Rızası, s.16.

³⁹ Koca, Üzülmöz, Genel Hükümler, s.288.

⁴⁰ Erdoğan, Oğuz, "Rızanın Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi", (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2019, s.46.

⁴¹ Koca, Üzülmöz, Genel Hükümler, s.288.

⁴² Karş. WESSELS/BEULKE, Strafrecht Allgemeiner Teil, 31. Bası, (2001), Kenar no, 367, 376; Rönneau, T., 2014; Geerds, F., Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Kiel,; Aktaran: Kanbur, Özkan, s.172.

⁴³Özbek, Doğan, Bacaksız, Genel Hükümler, s.275.

Rızanın tipiklik unsuru olduğu durumlarda hukuka uygunluğunu inceleme gereği kalmadığından, bu tarz suç tiplerinde ilgilinin rızasının bulunmaması durumunda, varsayılan rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Şöyle ki; komşusunun evini su bastığını ve evde kimse olmadığını gören, komşusunun onaylayacağını düşünerek evine giren ve gerekli müdahaleyi yapan kişinin durumunda, konut dokunulmazlığının ihlali suçu bakımından tipiklik unsuru oluşmayacaktır. Zira, fiil varsayılan rızaya bağlı olarak hukuka uygun kabul edilecektir⁴⁴.



⁴⁴ Kangal, Zeynel T., s.225.

İKİNCİ BÖLÜM

CİNSEL DOKUNULMAZLIĞA KARŞI SUÇLARDA RIZA

I. GENEL OLARAK

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, suç konusu olayın mağdur ve fail arasında yaşanmış olması nedeniyle yargılamada vicdani kanaatin kullanılması aşamasında, tarafların beyanları dışında bir delil bulunmaması halinde, sadece söz konusu beyanlar çerçevesinde bir sonuca varılması gerekmektedir. Fail tarafından ise mağdurun rızası olduğu ve rızanın geçerliliğine etki etmesi göz önünde bulundurularak mağdurun yaşı yönünden iddianame konusu suç türü ve somut olayın niteliklerine göre yanıtıldığı savunması yapıldığı görülebilmektedir. Bu nedenle suçun oluşup oluşmadığının ya da hangi suçun oluştuğunun tespiti bakımından, failin eylemine yönelik olarak mağdurun rızasının bulunup bulunmadığı büyük önem taşımaktadır.

Cinsel dokunulmazlık, kişinin serbestçe tasarruf edebileceği özgürlük alanında yer almaktadır. Ancak hukuk düzeninin tanıdığı özgürlük alanında, bireylerin sınırsız bir şekilde tasarrufta bulunabilecekleri de söylenemez. Cinsel özgürlük de ceza hukuku tarafından korunan bir hukuki değer olarak, TCK madde 102-105 arasında düzenlenen “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında korumaya alınmıştır. Böylelikle bireylerin cinsel özgürlüklerine ve dokunulmazlıklarına suç tanımlarına giren şekilde bir müdahale olması durumunda, failin cezalandırılması söz konusu olacaktır.

Cinsel suçlarda rıza, suçun tipiklik unsuru olmakla birlikte, rızanın geçerliliği, mağdurun yaşına ve cinsel davranışın niteliğine göre farklılık göstermektedir. Yetişkinlerde rıza tüm cinsel davranışlar bakımından geçerli olduğundan, cinsel saldırı ve cinsel taciz suçlarının oluşmasını engeller. Ancak vücut bütünlüğü bakımından ağır

zararlara yol açan ya da yaşamı tehlikeye sokabilecek davranışlara karşı rızanın geçersizliğinden söz edilebilir⁴⁵. Bunun yanında, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda korunan hukuki yararın cinsel özgürlük olması ve bu özgürlüğün serbestçe tasarruf edilebilecek bir nitelik taşıması nedeniyle rıza kavramının hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirildiği de görülmektedir. Örneğin, sarhoş bir kadınla cinsel ilişkiye giren failin, onun sarhoş olmadığını zannetmesi olayında, rıza tipikliği kaldırılırsa fail beraat edecek iken rızanın hukuka uygunluk nedeni olması durumunda fail ancak ve ancak “kaçınılmaz” bir hataya düşmüşse bu hatasından yararlanabilecektir. Bu nedenle rızanın tipikliği ortadan kaldırdığının kabulünde failin, mağdurun sarhoş olmadığını zannettiğine yönelik beyanı, aksi kanıtlanmadıkça beraate yol açacağından eleştirilmektedir⁴⁶.

Kanaatimizce, ilgili kanun maddelerinde “ihlal”, “istismar”, “cebir, tehdit ve hile olmaksızın” ve “taciz” kavramlarının kullanılması nedeniyle, suça konu eylemin mutlaka rıza hilafına yapılması ile, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından ise rızaya dayalı olması ile mümkün olacağından cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda rıza kavramının tipiklik unsuru olduğu görüşüne katılmaktayız. Ancak cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda failin savunmaları genellikle mağdurun rızaya ehil olduğu yönündedir. Bu nedenle yargılamada aksi kanıtlanmadıkça TCK madde 30/1 kapsamında failin cezai sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Bu durum, mağdurun daha fazla mağdur olmasına yol açacağından, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda hata hükümlerinin ayrıca düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. TCK madde 30/3’de yer verilen “kaçınılmaz hata” kavramına, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların hemen altında ayrı bir madde olarak yer verilmeli ve bu suçlarda hata halinde “kaçınılmaz” olması aranmalı, şüpheye yer bırakmamalıdır.

⁴⁵ Dursun, Selman, “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bakış*”, Ceza Hukuk Dergisi, S.24 (Nisan 2014), s.57-73, s.64.

⁴⁶ Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, Seçkin Yayınevi, 17. Baskı, Eylül 2019, s.411-412.

Diğer yandan, cinsel dokunulmazlığın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle, bu konuda hak sahibinden başka birisinin de rıza gösteremeyeceği kabul edilmelidir⁴⁷.

Kanuni temsilcinin ise temsil ettiği kişinin cinsel dokunulmazlık gibi hukuksal değerleri üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanuni temsilcinin, temsilcisi olduğu kişinin cinsel dokunulmazlığını ihlal eden eylemlere rıza göstermesi de mümkün bulunmamaktadır. Bu kapsamda ebeveynlerin, çocuklarının özgürlüklerini kısıtlayan bu yönde bir fiile hukuken geçerli olacak şekilde rıza göstermeleri söz konusu değildir⁴⁸.

Kişinin, cinsel özgürlük ve dokunulmazlık gibi sadece mutlak surette serbestçe tasarruf edebileceği hukuksal değerler üzerinde hukuki korumadan vazgeçebildiği kabul edilmektedir⁴⁹. Ancak kişi, bu hukuksal değerler üzerindeki hukuki korumadan vazgeçerken de hukuk kurallarıyla bağlıdır⁵⁰. Şöyle ki; kural olarak cinsel özgürlük üzerinde tasarruf yetkisi var iken, korunan hukuki yarar sadece cinsel özgürlük değil ise rızanın bir değeri bulunmamaktadır. Örneğin; korunan hukuki yarar kamu düzeni olduğundan TCK madde 225. kapsamında alenen hayasızca hareketler yapmak suç olarak tanımlanmıştır⁵¹. Ayrıca kişinin “herkes benimle cinsel ilişki kurabilir” gibi cinsel özgürlüğünden tamamen feragat etmesi şeklinde kendisini gösteren irade açıklaması da geçerli olmayacaktır⁵².

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, tipikliği ortadan kaldıran rıza bakımından, rıza ehliyetine sahip bir kişi, cinsel ilişkiye göstereceği rızanın anlam ve sonuçlarını bilebilecek konumdadır. Kaldı ki, tarafların cinsel ilişki konusunda birbirlerini aydınlatmaları hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu nedenle kişi bu tür bir

⁴⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s.497.

⁴⁸ Ekici Şahin, s.151.

⁴⁹ Bkz. MAURACH/ ZIPF, Strafrecht AT I, §17, kn. 42.; Aktaran: Ekici Şahin, s.48.

⁵⁰ Ekici Şahin, s.48.

⁵¹ Centel, Zafer, Çakmut, s.333-334.

⁵² Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Beta Yayınevi, 6.Baskı, Eylül 2016, s.354.; Erdoğan, s.214.

filin anlam ve sonuçlarını bilmiyorsa, rızası da rıza ehliyeti olmadığından bahisle geçersiz olacaktır⁵³.

Mağdur tarafından rıza açık veya örtülü olarak açıklanabilmekle birlikte, mağdurun rızasını herhangi bir şekilde etkileyen durumların varlığı halinde, mağdurun rızası geçerli kabul edilmeyecektir⁵⁴.

Kişi zor durum ve çaresizlik halinde iken bu duruma fail neden olmamış ve hak sahibi zor durumdan kurtulmak için rıza göstermişse, bu rıza geçerlidir. Örneğin, kişinin içinde bulunduğu maddi zorlukları aşmak amacıyla para karşılığı cinsel ilişkide bulunması durumunda rıza geçerli olacaktır. Failin kişiyi bu hususta ikna ederek rızasını alması durumunda da tehdit veya cebir söz konusu değildir. Ancak fail, kişinin zor durumundan faydalanmak için, kişinin zor durumda kalmasına neden olmuşsa irade sakatlanmış kabul edilecektir⁵⁵.

Çalışmamızın bu kısmında, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar olan; TCK madde 102’de düzenlenen “cinsel saldırı”, madde 103’de düzenlenen “çocukların cinsel istismarı”, madde 103’de düzenlenen “reşit olamayanla cinsel ilişki” ve madde 105’de düzenlenen “cinsel taciz” suçları, Kanun’daki sırasına uygun olarak ele alınarak, genel hatlarıyla açıklandıktan sonra, bu suçların oluşumunda rızanın önemi tüm yönleriyle Yargıtay kararları ışığında incelenecektir.

⁵³ Ekici Şahin, s.173.

⁵⁴ Çalışkan, Suat, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma Suçu, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013, s.9.

⁵⁵ HIRSCH, in LK Vor § 32, kn. 121.; Aktaran: Ekici Şahin, s.181.

II. CİNSEL SALDIRI SUÇUNDA RIZA

A. Suçla İlgili Genel Açıklamalar

TCK kapsamında “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen suçlarda, korunan hukuki yarar, cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlüktür. Cinsel özgürlük, gerek hukukun gerekse örf ve adetin çizdiği sınırlar çerçevesinde kişilerin cinsel ilişkiler bakımından kendi bedenleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilme özgürlükleridir⁵⁶.

Cinsel saldırı suçu, TCK'nın 102. maddesinde düzenlenmiş olup, 18 Haziran 2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 58. maddesi ile yapılan değişiklik sonrasında son halini almıştır⁵⁷. Söz konusu düzenleme ile mağdurun cinsel özgürlüğü

⁵⁶ Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 14.Baskı, Eylül 2019, s. 322.

⁵⁷ Madde metni şu şekildedir: “(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, 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 başvurulmuş 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.”

ve cinsel dokunulmazlığının yanında, beden ve ruh sağlığının da korunması amaçlanmıştır⁵⁸.

Maddede, cinsel davranışlarla bir kişinin cinsel dokunulmazlığının ihlali suçun temel şekli olarak cezalandırılmakta, eylemin vücuda organ veya cisim sokulması suretiyle işlenmesi hali ise nitelikli hali oluşturmaktadır. Devam eden fıkralarda ise diğer nitelikli haller ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller düzenleme alanı bulmuştur. 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile sarkıntılık yeniden yasaya girerek⁵⁹; cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması, daha az ceza gerektiren cinsel davranış şekli olarak düzenlenmiştir.

Suçun faili, yaş ve cinsiyet fark etmeksizin herkes olabilecektir. Bu doğrultuda 765 sayılı Türk Ceza Kanunu dönemindeki suçun failinin sadece erkek olabileceği düşüncesi de terk edilmiştir⁶⁰.

Failin, cinsel eylem bakımından mağdura ya da mağdurun başka bir kişi ile cinsel davranışta bulunmasına karşı bir zorlamada bulunmasının bir önemi bulunmamaktadır. Bu durumda da fail, dolaylı faillik kuralları kapsamında cinsel saldırı suçundan sorumlu tutulacaktır. Bunun yanında fail tarafından mağdur ile birlikte üçüncü kişi de cinsel davranışa zorlanmışsa, hem mağdur açısından hem de üçüncü kişi açısından aynı suç oluşmuş olacaktır⁶¹.

Suçun mağduru, yetişkin kişilerdir. Mağdurun evli ya da bekar, kadın ya da erkek olmasının bir önemi yoktur⁶². Mağdurun 18 yaşından küçük olması halinde eylem, TCK madde 103'de düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçu ya da madde

⁵⁸ Deniz, Hüseyin, “*Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu*”, (Çankaya Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2016, s.27.

⁵⁹ Sarkıntılık suçu, 765 sayılı TCK.’nın ilk halinde yer almamakla birlikte, uygulamada sarkıntılık eyleminin ya cezalandırılmaması ya da alenen hayasızca hareket kapsamında değerlendirildiği için 08.06.1933 tarih ve 2275 sayılı Kanun ile 421. maddesine sarkıntılık suçu eklenmiştir. Ancak yine 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK’da sarkıntılık suçunu yer verilmemiş ve uygulamada sorunlar çıkması nedeniyle Kanun’da düzenlemeye gidilerek sarkıntılık suçu tekrardan yasaya girmiştir., Artuk, M. Emin/Alşahin, M. Emin, “*Sarkıntılık Fiili*”, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.65, S.4 (2016), s.3245,3248.

⁶⁰ Arduç, Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu, Ankara, Adalet Yayınevi, 4. Baskı, Ocak 2018, s.527; Pakır, Yusuf, Cinsel Saldırı Suçu, Ankara, Adalet Yayınevi, Temmuz 2018, s.119.

⁶¹ Tezcan, Erdem, Önok, s.389; Koca, Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 6. Baskı, Ekim 2019, s.325.

⁶² Pakır, s.120.

104’de düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında değerlendirilir⁶³. TCK’nın 6/1-b ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nun 3/1-a maddesinde yer alan “çocuk” tanımları doğrultusunda, 18 yaş mutlak şart olmakla birlikte, çocuğun ergin olması aranmamaktadır. Bu doğrultuda kişinin 18 yaşından küçük olup mahkeme kararı veya evlenme yoluyla ergin olması halinde, Yargıtay tarafından da vurgulandığı üzere⁶⁴, kendisine karşı eş dışında bir başkası tarafından gerçekleştirilen haksız eylem, çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturmaktadır⁶⁵. Bunun yanında bir görüşe göre, evlenme yoluyla reşit olan kişi bakımından çocuk sayılmayacağından bahisle cinsel saldırı suçunun oluşacağı savunulmaktadır⁶⁶.

765 sayılı eTCK’da evliliğin, taraflara rıza dışı da olsa cinsel davranışlarda bulunma hakkı verdiği yönündeki kabul nedeniyle, bu tür eylemler cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilmemekteydi. 5237 sayılı TCK’da ise 102. maddenin ikinci fıkrasında “*cinsel saldırı suçunun nitelikli şeklinin eşler arasında işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılmasının mağdurun şikâyetine bağlı olduğu*”nun belirtilmesi, eşlerin birbirlerine karşı bu suçu işlemesinin mümkün olduğunu

⁶³ Koca, Üzülmöz, Özel Hükümler, s.325.

⁶⁴ “TCK.nun 35. maddesine göre sanık hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için işlemeyi kasteddiği nitelikli cinsel istismar suçunu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamasının gerektiği, dosya kapsamına göre mağdurenin vücuduna organ veya sair cisim ithal etmesini engelleyen mağdurenin basit mukavemeti dışında harici bir engelin bulunmadığı, mağdurenin ‘17 yaşında, evli ve hamile olduğunu söylemesi’ üzerine eylemine kendiliğinden son vererek mağdureye ait evden uzaklaştığının anlaşılması karşısında, sanığın suç tarihinde henüz 18 yaşını doldurmayıp 5237 sayılı TCK.nun 6/b maddesine göre çocuk sayılan mağdureye karşı suçun icrai hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğinin kabul edilmesi gerektiği, sabit ve tamam olan eyleminin ise TCK.nun 103/1. maddeye uyan basit cinsel istismar suçunu oluşturacağı ve Ege Üniversitesi Hastanesi Çocuk Psikiyatri Bölümünce düzenlenen 27.02.2009 günlü rapordaki travma sonrası stres bozukluğu şeklinde tanımlanan bulguların 5237 sayılı TCK.nun 103/6. maddesinde belirtilen beden veya ruh sağlığında bozulma niteliğinde olup olmadığı hususunda Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas kurulundan görüş sorulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yargıtay 5. CD, 09.02.2010 T.,2009/13575 E., 2010/747 K., www.lexpera.com.tr, (e.t.12.05.2020).

⁶⁵ AKÇİN, İhsan, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2006, Cilt:32, Sayı:1-2, s.99-144, s.103-104.; Işıka, Sertaç, “Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Kastrasyon”, (İstanbul Üniversitesi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2012, s.54.; Tuğrul, Ahmet Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.47.; Kantarcı, Nurullah, “Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu”, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2017, Cilt:12, Sayı:33, s.155-177, s.162.

⁶⁶ Akbulut, Berrin, “Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması”, Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Aralık 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, s.541-586, s. 547, 548.

göstermektedir⁶⁷. Bunun yanında suçun sadece nitelikli halinin eşler arasında işlenebileceğinin kabulü ile temel halinin de eşler arasında işlenebileceği görüşü de bulunmaktadır⁶⁸. Yargıtay ise kararlarında, suçun temel şeklinin eşler arasında işlenemeyeceğini hüküm altına almıştır⁶⁹.

Ayrıca eşler arasındaki cinsel eylemlerde; eşin rızası olmadığını sözle veya farklı bir şekilde ifade ettiği ana kadar ki süreçte gerçekleştirilen cinsel eylemler bakımından varsayılan rıza olduğu kabul edilmektedir. Bundan sonraki eylemlerde ise kimi görüş; rızanın varlığından söz edilemeyeceğinden bahisle gelişmekte olan ülkelerde kadınların cinsel yönden köle gibi kullanılmasına sebebiyet vermemesi amacıyla, basit cinsel saldırı suçunu oluşturan eylemlerin mevcut olması halinde, TCK madde 232’de düzenlenen kötü muamele suçunun oluşacağını kabul etmektedir⁷⁰.

Cinsel saldırı suçunun manevi unsuru genel kast olup, her ne kadar cinsel davranış deyiminden suçun cinsel tatmin amacı ile işlenebilmesi anlaşılrsa da cinsel davranış suçun tipiklik unsuru olduğundan, davranışın cinselliğe yönelik olması özel kast olarak yorumlanmamalıdır⁷¹.

Cinsel saldırı suçu ile kişinin cinsel dokunulmazlığı ve özgürlüğü korunduğundan, kişinin geçerli rızasıyla gerçekleştirilen ve diğer hukuksal değerleri de ihlal etmeyen cinsel davranışlar, TCK madde 102 anlamında kişinin vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyecek ve suçun tipikliğine uygun olmayacaktır⁷².

Cinsel saldırı suçunun oluşması için mutlaka bedensel temas gerekmektedir. Madde gerekçesinde de: “*suçun maddi unsurunun kişinin vücudu üzerinde*

⁶⁷ Dursun, s.65; Arslantürk, Mustafa, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2018, s.59-60.

⁶⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.322.

⁶⁹ “Eşe karşı işlenen cinsel suçlarda cinsel saldırının sadece nitelikli halinin TCK.nın 102/2. maddesinin ikinci cümlesinde şikâyete tâbi suç olarak düzenlenmesi, cinsel saldırı suçunun basit halinin eşe karşı işlenmesinin ise suç olarak düzenlenmemesi 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 mahkûmiyetine karar verilmesi...” Yargıtay 14. CD, 13.02.2014 T., 2012/4276 E., 2014/1689 K., www.kararara.com, (e.t.01.05.2020).

⁷⁰ Pakır, s.119.

⁷¹ Tezcan, Erdem, Önok, s.410-411.

⁷² Ekici Şahin, s.78.

gerçekleştirilen cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve cinsel ilişkiye varmayan davranışlar” olduğu belirtilmiş⁷³ olup, Yargıtay kararlarında da⁷⁴ cinsel saldırı suçunun oluşması için bedensel temasın varlığı aranmaktadır.

Doktrinde, fiziksel temas bulunmasa dahi failin zor kullanarak kendi cinsel organına mağdurun dokunmasını sağlaması, yine zor kullanarak mağdurun bizzat kendi vücuduna veya cinsel organına dokunmasını sağlaması, failin mağduru bir araç olarak kullanması nedeniyle dolaylı faillik suretiyle cinsel saldırı suçunu oluşturacağı ifade edilmektedir. Buna karşın failin kendi vücudunun cinsel bölgelerine dokunması ve bunu başkasına izletmesi durumunda, mağdura yönelik bir bedensel temas bulunmaması nedeniyle, cinsel saldırı suçunun oluşmayacağı savunulmaktadır⁷⁵.

102. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen, vücuda organ ya da sair cisim sokulması suretiyle cinsel saldırı suçunun işlenmesi durumunda ise sokulmaya çalışılan organ ya da cisim ile girilmeye çalışılan vücut bölgesi arasında bir cinsel bağ kurulması yeterlidir. Davranışın cinsel nitelikli olmasının mutlaka cinsel hisleri tatmin amacıyla gerçekleştirilmesi zorunlu değildir⁷⁶.

B. Cinsel Saldırı Suçunda Rıza

Ceza hukukunda, kişinin cinsel dokunulmazlığına ve özgürlüğüne yapılan müdahalelerin cezalandırılmamasının önde gelen sebebi, hak sahibi olan kişinin rızasının varlığıdır. Şöyle ki; TCK madde 102/2’de yapılan düzenleme ile evlilik kurumundan kaynaklanan eşe karşı ödevler gibi bir neden, eşe karşı tecavüzlerin

⁷³ <https://www.turkhukuk sitesi.com/serh.php?did=1183>, (e.t.02.09.2020).

⁷⁴ “Sanığa isnat olunan ‘müştekinin kalçasına dokunma’ eyleminin bedensel temas içermesi nedeniyle 5237 sayılı TCK’nın 102/1. maddesine uyan basit cinsel saldırı suçunu oluşturduğu, öngörülen cezanın tür ve miktarı itibarıyla 5235 sayılı Yasa’nın 11. maddesi hükmüne göre yargılama görevinin üst dereceli Asliye Ceza Mahkemesine ait olduğu nazara alınarak görevsizlik kararı verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi...” Yargıtay 5. CD, 25.11.2008 T., 2008/12448 E., 2008/10222 K., www.hukukturk.com, (e.t. 24.04.2020).

⁷⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.327.

⁷⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.332.

cezalandırılmasına engel olamayacaktır. Bu niteliği itibariyle cinsel özgürlüğe ilişkin hukuksal değerler, kişinin serbestçe yararlanmasını garantiye alan hukuksal değerlerdir⁷⁷.

Cinsel saldırı suçunda rıza, açıkça unsur olarak düzenlenmemişse de, suç tanımından fiilin rıza hilafına gerçekleştirilmesi gerektiği açıkça anlaşılmakta olup, maddi unsurlar kapsamında ele alınmalıdır. Bu bakımdan rıza ile gerçekleştirilen cinsel davranışların vücut dokunulmazlığını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle cinsel saldırı suçu bakımından hak sahibi tarafından geçerli bir rıza gösterilmesi halinde, söz konusu rıza tipikliği ortadan kaldıran bir fonksiyon icra edecektir⁷⁸. Buna karşın cinsel saldırı suçunda rızanın tipikliği ortadan kaldıran bir fonksiyon edindiğini değil de, kanun metninde “hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın” gibi ifadeler kullanılmaması nedeniyle kanun metninde yer almayan bir kavramın tipiklik unsuru olamayacağı düşüncesiyle, rızanın hak sahibine karşı yapılan eylemi hukuka uygun hale getirdiği de savunulmaktadır⁷⁹.

Rızanın tipikliği ortadan kaldıran bir fonksiyon mu hukuka uygunluk nedeni mi olduğu tartışması, özellikle hak sahibinin rızasının bulunup bulunmadığı hususunda failin hataya düşmesi durumunda önem taşımaktadır. Şöyle ki; tipikliği ortadan kaldıran rızada hataya düşülmesi halinde bu durum, TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun unsurlarında hataya meydan verirken, hukuka uygunluk nedeni olan rızada hata, TCK'nın 30. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında değerlendirilmektedir. Sonuç olarak; birinci fıkrada düzenlenen hata hükümlerinin uygulanması durumunda failin kasten hareket etmediği kabul edileceğinden ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçların taksirli hali kanunda düzenlenmediğinden cezai

⁷⁷ Ekici Şahin, s.102.

⁷⁸ Erdoğan, s.215; Taner, s.173. Ayrıca bkz. “Evinde çocukları bulunan mağdurenin ırza geçme eyleminin gerçekleştirildiği zamanlarda bağırıp çevreden yardım istememiş olması, eylemin birden çok değişik zamanlarda tekrarlanmasına rağmen hiç kimseye anlatmaması ve şikayetçi olmaması, durgun halinden şüphelenen eşine olaydan yaklaşık iki ay sonra açıklama yapması gözetildiğinde: ırza geçmenin cebir şiddet kullanarak yapıldığına dair iddiasının durumunu çevresine mazur gösterme düşüncesinden kaynaklandığı ırza geçmenin zorla yapıldığı hususunda mağdurenin anlatımı dışında sanığın cezalandırılması için kesin ve inandırıcı başkaca da delil elde edilemediği, dolayısıyla eylemin rızaya dayalı olarak işlendiğinin kabulü yerine, oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması,” Yargıtay 5. CD., 19.03.2007 T., 2007/1161 E., 2007/2039 K., www.turkhukusitesi.com, (e.t.21.04.2020).; Korkusuz, Gülşah, “Cinsel Saldırı Suçu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:71, S:1, (2013), s.833.

⁷⁹ Pakır, s.120, Koca, Üzülmüş, Özel Hükümler, s.333.; Erdoğan, s.215.

sorumluluk doğmayacaktır. Üçüncü fıkrada düzenlenen hata hükümlerinin uygulanması durumunda ise, failin cezai sorumluluğunun doğmaması için ancak ve ancak “kaçınılmaz” bir hataya düşmüş olması aranacaktır.

Fail tarafından gerçekleştirilen eylem bakımından; hak sahibi olan kişinin rızasının hukuka uygun olabilmesi için, ilgilinin rıza göstermeye ehil olması, eylemin icrasında önce veya en geç eylem sırasında rıza göstermiş olması ve fail tarafından gerçekleştirilen eylemin ilgilinin rızası sınırları içerisinde olması gerekmektedir. Bu kapsamda, mağdurun normal yolla cinsel ilişkiyi kabul etmesine rağmen failin anal yoldan cinsel ilişkiye girmesi durumunda cinsel saldırı suçu meydana gelecektir⁸⁰. Bu nedenle ilgilinin rıza ehliyetinin olmaması veya rıza verilen eylemlerde sınırın kasten aşılması durumunda, fail gerçekleştirmiş olduğu eylem bakımından cinsel saldırı suçundan cezalandırılacaktır. Mağdurun önceden göstermiş olduğu rıza sonradan ortadan kalkmışsa, failin, mağdurun rızası kapsamı dışında eylemlerine devam ederek ilişkiyi gerçekleştirmesi durumunda da cinsel saldırı suçu oluşacaktır⁸¹.

Bunun yanında, ilgilinin rıza ehliyeti olmamasına rağmen, fail tarafından var olduğu sanılarak cinsel davranışlarda bulunulması durumunda, kimi görüşe göre hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya düşülmüş olacağı ve failin hak sahibine karşı göstermiş olduğu eylem bakımından cinsel saldırı suçundan da cezalandırılmayacağı ifade edilmiştir⁸².

Rızanın hem cinsel davranışa hem de cinsel davranışın yapılış şekline yönelik olarak verilmesi gerekmektedir⁸³. Örneğin; sadece basit nitelikteki cinsel davranışlara yönelik olarak verilen rızanın dışına çıkarak, failin vücuda organ ya da cisim sokmak

⁸⁰ Koca, Üzülmez, *Özel Hükümler*, s.333-334.; Altun, Volkan, “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu*”, (Bahçeşehir Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2019, s.53.; Deniz, s.27.

⁸¹ Köprülü, Timuçin, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışma Kitabı*, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, s.106.; Karslı, Kahraman Serhat, “*5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*”, (Çankaya Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2014, s.84.

⁸² Koca,Üzülmez, *Özel Hükümler*, s.334.

⁸³ Centel, Nur, “*5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi*”, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Yeni Yaklaşımlar Sempozyumu*, (2011), s.276.; Deniz, s.27.; Tezcan, Erdem, Önok, s.412.

suretiyle eylemini gerçekleştirmesi halinde, fiilin hukuka uygunluğunun son bulacağı ifade edilmiştir⁸⁴. Kısacası, hak sahibinin rızası cinsel davranışlar süresince her aşamada olmalı ve cinsel davranışın yapılış şeklini de kapsamalıdır⁸⁵. Başta verilen rızaya karşın fail, mağdurun başlangıçtaki rızası çerçevesinde makul görülecek olan sınırın ötesine geçmiş ise cinsel saldırı suçu oluşacaktır⁸⁶.

Yargıtay da, mağdurun faile karşı duygusal yakınlık yaşamayı, sevdiğini ifade etmesi ve birlikte kaçmak istemesi ile geç saatte failin evine gelmesi şeklinde gösterdiği rıza durumunda da, cinsel saldırıyı kapsar şekilde rızasının olmayabileceğini hüküm altına almıştır⁸⁷.

Hak sahibinin rızasının başta olmamasına karşın sonrasında oluşması halinde ise örneğin mağdurun kendisini öpmesine izin vermediği bir kişiye karşı sonrasında kendi rızasıyla cinsel davranışa devam etmesi ve cinsel birleşmeyi istemesi gibi bir durumda artık başta gerçekleşen öpme eylemine karşı hak sahibinin rızasının olmadığından söz edilemeyecektir⁸⁸.

Cinsel saldırı suçunda mağdurun rızasının varlığı halinde suçun oluşması mümkün olmayacağından, uygulamada mağdurların cinsel eyleme karşı rızalarının

⁸⁴ “Olay gecesi katılanın saat 03.00 sıralarında kendiliğinden sanığın bekar olarak kaldığı eve gelmesi, olay öncesinde de cinsel ilişki boyutuna varmayan yaklaşımlarının olması gibi olguların varlığının cinsel ilişkinin de rızaya dayalı olduğuna delalet etmeyeceği, başka bir anlatımla, suç tarihinde yirmi yaşını tamamlamış bir üniversite öğrencisi olan katılanın, sanıkla aralarında devam eden duygusal yaklaşma sırasında sevişme boyutuna ulaşan cinsel yaklaşıma gösterdiği rızanın, cinsel ilişki kurulmasını da kapsadığını kabule olanak bulunmamaktadır.” Yargıtay CGK, 09.11.2010 T., 2010/5-176 E., 2010/226 K., www.kararara.com, (e.t.03.05.2020).

⁸⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.339; Tezcan, Erdem, Önok, s.412; Akkaya, Çetin, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.30.; Tuğrul, s.64.

⁸⁶ Tezcan, Erdem, Önok, s.412.

⁸⁷ “...katılan sanık L...’nın katılan sanık ile duygusal yakınlık yaşamayı, ona kendisini sevdiğini ifade ettiği mektuplar yazması ve birlikte kaçmalarını istemesi, Hüseyin’i olay gecesi saat 23.00 sıralarında bulunduğu eve alması gibi olguların varlığının kendisine yönelik cinsel saldırı eyleminin de rızaya dayalı olduğuna delalet etmeyeceği, başka bir anlatımla, suç tarihinde 32 yaşında olan katılanın, sanıkla aralarında devam eden duygusal yaklaşıma ve H...’in bulunduğu eve gelmesine gösterdiği rızanın, cinsel dokunulmazlığını ihlal eden cinsel saldırıyı da kapsadığını kabule imkan bulunmamaktadır. Bu itibarla, yerel mahkeme direnme hükmünde isabet bulunmadığından, katılan sanık H...’in suç tarihinde gerçekleştirdiği cinsel saldırı eyleminin basit cinsel saldırı mı yoksa nitelikli cinsel saldırıya teşebbüsü mü oluşturacağı, basit cinsel saldırı suçunu oluşturacağının kabulü halinde ise sarkıntılık boyutunda kalıp kalmadığı hususlarının da değerlendirilmesi amacıyla bozulmasına karar verilmelidir...” Yargıtay CGK, 17.02.2015 T., 2014/572 E., 2015/2 K., www.lexpera.com.tr, (e.t.24.05.2020).

⁸⁸ Akkaya, Çetin, s.31.; Tuğrul, s.65.

bulunmadığını söylemelerine rağmen, sonrasında birtakım nedenlerle ifadelerini değiştirmeleri, mahkemenin işini zorlaştırmaktadır⁸⁹. Bu gibi durumlarda, mevcut deliller çerçevesinde, somut olayın şartlarına göre rızanın bulunup bulunmadığı mahkemece karara bağlanarak, sonuca varılması gerekmektedir. Yargıtay da benzer yönde kararlar vermektedir⁹⁰.

Diğer yandan, Yargıtay uygulamasında, mağdurun sanığı yakalatmak amacıyla cinsel ilişkiye rıza göstermesi sonucunda failin eylemde bulunması durumunda, fail mağdurun eyleme rızası olduğu yönünde kaçınılmaz hataya düşmüş olacağı için suçun oluşmadığı kabul edilmektedir⁹¹.

⁸⁹ Centel, s.276.

⁹⁰ “Aralarında duygusal bir ilişki bulunan sanık ve katılanın olaydan bir süre önce ayrıldıkları, olay gecesi ısrarlı bir şekilde katılanla görüşmek isteyen sanığın otomobili ile katılanın evinin önüne gelip katılanın kız kardeşi tanık G.... A....’u çağırdığı, onun vasıtasıyla ulaştığı katılanı arabasına alarak babasının işyerine götürdüğü ve burada zorla ırzına geçerek kızlığını bozduğu tüm dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Katılanın şikayetten vazgeçme dilekçesini, ailesinin olaydan haberdar olacağı korkusu ve sanığın ailesinin sanık ile kendisini evlendirecekleri vaadi üzerine verdiği hatta bu konuda kendisine sanığın babası tarafından güvence olarak 10 milyar liralık senet verildiği tanık beyanlarıyla sabittir. Adli Tıp Kurumundan alınan, hymen muayenesinde, saat 7 hizasında kaideye kadar inen taze yırtık ve Frontal orta bölgede 1x2 cm. çapında hafif ödem ve hafif ekimoz, sol üst göz kapağında dış kısımda ve sol alt göz kapağında tamamen olmak üzere ekimoz, boyunda sağ tarafta yüzeysel abrazyon, sol skapula üzerinde halka şeklinde diş izine uyar ekimoz, her iki göğüste hassasiyet, ayrıca vajinal muayenede basmakla ağrı şeklindeki tespitleri içeren rapor ile Ankara Kriminal Polis Laboratuvarının mağdurenin iç çamaşırındaki kan örneğinin bir bayana, vücut sıvısının da erkek bir şahsa ait olduğunu saptayan raporu da katılanın aşamalarındaki özü itibarıyla birbiriyle uyumlu beyanlarını doğrulamaktadır. Buna karşın kollukta susma hakkını kullanan sanığın C.Savcılığındaki katılanla rızaen cinsel ilişkiye girdiği beyanı ile mahkemede cinsel ilişkiye girmeden seviştikleri şeklindeki savunması birbiriyle tamamen çeliştiği gibi dosya içeriğine de uygun düşmemektedir. Bu itibarla, sanığın suç tarihinde katılanın zorla ırzına geçerek kızlığını bozduğu sübuta erdiği ve mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiğinden Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının kabulü ile Özel Dairenin onama kararının kaldırılmasına ve Yerel Mahkemenin beraat kararının bozulmasına karar verilmelidir.” Yargıtay CGK, 07.10.2008 T., 2008/5-161 E., 2008/212 K., www.kararara.com, (e.t.17.08.2020).

⁹¹ “TCK’nın 102. maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçunun konusu mağdurun rızası ve iradesi dışındaki eylemler olup, TCK’nın 26/2. maddesinde de ‘Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına dair olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez’ hükmü düzenlenmiştir. 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 itibarıyla 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” Yargıtay 14. CD, 03.05.2017 T., 2016/8681 E., 2017/2375 K., www.hukukturk.com, (e.t.15.05.2020).

Yine Yargıtay⁹² tarafından fail ile mağdurun suça konu fiilden önce aralarında bir cinsel birlikteliğin söz konusu olduğu durumlarda, yargıya intikal eden olay bakımından mağdurun rızasının var olduğu kabul edilerek hüküm kurulmuştur.

Cinsel saldırı suçunda, suçu oluşturan cinsel davranışlar; basit cinsel saldırı, nitelikli cinsel saldırı ve 6545 sayılı Kanun ile eklenen sarkıntılık olmak üzere üç tür davranış şekli ile karşımıza çıkmaktadır. Üç davranış türünde de bedensel temas şartı aranmaktadır. Vücuda temas içeren ve cinsel anlam içeren eylemlerin belli bir yoğunluğa ve ağırlığa ulaşmaması durumunda sarkıntılık suretiyle cinsel saldırı suçu oluşacak iken⁹³, yukarıda madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, cinsel arzuları tatmin amacıyla yapılan cinsel davranışlar basit cinsel saldırı suçunu oluşturacaktır. Fiilin vücuda organ ve sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde ise nitelikli cinsel saldırı suçundan bahsetmek mümkün olacaktır.

Her üç cinsel davranış türü de mağdurun rızası dışında gerçekleşmektedir. Bunun yanında; rızayı etkileyen haller, cebir, tehdit, şiddet, hile, korkutma olabileceği gibi uyku halinden yararlanmak, hipnoz etmek gibi irade ve direnmesini ortadan kaldıracak surette mağdura karşı kullanılan bazı araçlarda suçun oluşmasına neden olacaktır⁹⁴.

Ayrıca cinsel saldırı suçunda, fail tarafından mağdurun direncini kırarak araçlara başvurulması suçun oluşması bakımından zorunlu değildir. Failin mağdurun bedenine ani bir hareketle temasta bulunması halinde de cinsel dokunulmazlığı ihlal etmiş olacağı için, fiilin gerçekleşmesinde cebir ya da şiddet gibi bir olgunun varlığının aranması gerekmeyecek ve fail, cinsel saldırı suçundan cezalandırılacaktır⁹⁵. Bunun

⁹² “Sanık ile katılanın olay günü ve öncesinde arkadaşlıklarının olduğunu gösteren cep telefonu arama kayıtları, mesaj kayıtları ve içeriği, katılanın aşamalarda sürekli farklı beyanlarda bulunması ve beyanlar arasında derin çelişkilerin olması, sanık ile katılanın olaydan 2-3 yıl öncesine dayanan cinsel birlikteliklerin olmasının, sanığın beyanlarını doğruladığı, sanık ile katılanın olay tarihinde de rızaları ile cinsel ilişkiye girdikleri, daha sonra ise bilinmeyen bir nedenle aralarında yaşanan tartışma sonucu birbirlerini yaralama şeklindeki eylemlerin yaralama suçunu oluşturduğu gözetilerek, bu suçtan hüküm kurulması yerine, sanığın cinsel saldırı suçundan yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi” Yargıtay 14. CD., 25.02.2014 T., 2012/5086 E., 2014/2270 K., www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t.20.05.2020).

⁹³ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.330.

⁹⁴Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.323-324.

⁹⁵ Işıka, s.55-56.

yanında, mağdurun ani bir davranışla gerçekleştirilen davranışa karşı rızasının olması durumunda, ancak failin cinsel davranışlarını ısrarla ve yoğunlukla sürdürmesi halinin varlığı ile cinsel saldırı suçunun oluşacağı savunulmaktadır⁹⁶.

Hak sahibinin fiilin işlenmesine engel olmaması, ses çıkarmaması halinde zımni rızanın varlığı kabul edilmektedir⁹⁷. Pek tabii zımni rızanın da irade fesadına uğramış olmaması ve serbest bir ortamda oluşması gerekmektedir. Fiil icra edilirken içinde bulunulan durum, fail ile mağdur arasındaki güç farklılıkları, olayın geçtiği zaman ile yer ve çevresel etkiler mağdurun direnç göstermemesine yol açmış olabilir⁹⁸. Bu nedenle mağdurun direnme imkanının bulunup bulunmadığının her somut olay açısından ayrıca değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁹⁹.

Mağdurun gerçek iradesi ile “hayır” demesinin, rızasının olmadığını göstermesi için yeterli olduğu, hayır dedikten sonra ise fiile direnç göstermemesinin evet anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir¹⁰⁰. Bu doğrultuda mağdur ve fail arasındaki direnci algılama şekli, fiziksel güç farklılıkları, olayın gerçekleştiği yer ve zaman gibi olgular değerlendirilerek rızanın varlığı tespit edilmelidir¹⁰¹.

Mağdurun “hayır” demesinin yanında başkaca herhangi bir tepki daha göstermesi ve bunun sonucu olarak da failin fiziksel şiddetine maruz kalmayı göze alması kendisinden beklenemez. Çağdaş hukuk anlayışı bireye bu yönde bir yükümlülük yüklemeyiz. Bu durumda cinsel dokunulmazlığa karşı yapılan bu saldırıya karşı hiçbir direnç göstermeden, kaçmadan yalnızca “hayır” demesi durumunda mağdurun rıza gösterdiği çıkarılması yapılabilmesi için sağlam kriminolojik verilere dayanılması gerekmektedir. Kriminolojik psikolojik veriler, ciddi korku etkisi altında

⁹⁶ Tezcan, Erdem, Önok, s.412.

⁹⁷ Erem, Faruk, “*Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.41, S.1 (1990), s. 13.

⁹⁸ Kantarcı, Nurullah, “*Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*”, (Akdeniz Üniversitesi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Antalya, 2016, s. 157.

⁹⁹ Bacaksız, Pınar/Bayzit, Tuğba, “*Yargıtay’ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspata Yaklaşımı*”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, S.Özel, (2019), s.399.

¹⁰⁰ Kantarcı, s.158.

¹⁰¹ Tuğrul, s.65.

mağdurların şok etkisiyle istenen ve söylenilen eylemleri yaptığını göstermektedir¹⁰². Buna karşın mağdurun tek başına “hayır” demesinin, rızanın bulunup bulunmadığının tespitinde tek başına yeterli olmadığına dair görüşler de bulunmaktadır. Örnekseme ile, partnerin cinsel ilişki teklifini isteksizlik nedeniyle geri çeviren bir kişinin cevabına rağmen, failin mağduru da soyarak cinsel ilişkiye girmesi durumunda cebir, tehdit, hile gibi iradenin sakatlanması durumu söz konusu olmadığından, kişinin bu suçun mağduru olduğu kabul edilmemektedir¹⁰³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise, mağdurun aktif olarak bir rızada bulunmamasını, rızanın var olduğu şeklinde yorumlayarak takipsizlik kararı veren Bulgaristan’ı eksik soruşturma nedeniyle tazminata mahkum etmiştir¹⁰⁴.

Hekim tarafından vücutta cinsel bölgelerde yapılan muayenelerin de hukuka uygun olarak kabul edilmesi gerektiği, tıbbi operasyonun gerçekleştirilmesi amacıyla vücuda cisim sokulması gibi¹⁰⁵ cinsel bölgelere muayene için tıbbi gereklilik sınırları içerisinde dokunulması halinde, hak sahibinin rızasının varlığı da dikkate alındığında, cinsel saldırı suçu oluşmayacaktır. Şu nedenledir ki, öğretide ameliyat veya başka bir nedenle tıbbi müdahalede doktorun vücuda teması ya da organ veya sair cisim sokulması gibi durumlar “meslek veya sanatın icrası olarak hakkın kullanılması” kapsamında değerlendirilse de, aynı zamanda Anayasa ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile ilgili mevzuatlar gereğince “kanun hükmünü yerine getirme” olarak da değerlendirilmektedir¹⁰⁶.

Bunun yanında, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun (CMK) 75. maddesi vd. düzenlenen beden muayenesine ilişkin hükümler doğrultusunda, vücudun cinsel bölgelerinde yapılan muayeneler de, TCK’nın 24. maddesinin birinci fıkrası

¹⁰² Aydın, Öykü Didem, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, https://www.turkhukuk sitesi.com/makale_175.htm, (e.t.11.05.2020).

¹⁰³ Tezcan, Erdem, Önok, s.379.

¹⁰⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Bulgaristan Kararı, Karar Tarihi: 04.12.2003, Başvuru No: 39272/98, <https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/merkezler/mc-bulgaristan-karari.pdf>, (e.t.08.08.2020).

¹⁰⁵ Tezcan, Erdem, Önok, s.412.

¹⁰⁶ Kocaoğlu, Sinan, Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s.161; Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.340.

gereğince kanun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk sebebinin varlığı kapsamında suç oluşturmayacaktır¹⁰⁷.

Bu konuda hekim hastayı aydınlatmalı ve mümkünse yazılı olarak rızasını almalıdır. Ancak tıbbi gereklilik dışında cinsel bölgelere dokunulması halinde, cinsel saldırı suçunun oluşabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁸. Bu tür durumlarda, tıbben muayene açısından gerekli olmamasına rağmen, doktorun cinsel bölgelere yönelmesi, cebir kavramı içinde değerlendirilmelidir. Çünkü hastanın bilgisi olmadan doktorun ani hareketiyle sonuç bulan haksız eylemin tıbben gerekmediğini hastanın bilmesi durumunda rızasının olmayacağı ve hasta tarafından karşı konulacağı doktor tarafından bilinmektedir. Bu durumda “mefruz rızasızlık”tan söz edilmektedir¹⁰⁹.

Rıza, tüm bunların yanında suçun maddi unsuruna ilişkin bir olgu olmakla birlikte, maddi sorunun çözümüne ilişkin bir şüphe bulunması halinde, “*Şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi gereğince bu durum sanık lehine sonuç doğuracaktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı ile de; cinsel davranışın, mağdurun rızası ile gerçekleşmediğine ilişkin şüphe yenilememişse, sanık lehine olarak fiilin rıza ile gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir¹¹⁰.

¹⁰⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.340.

¹⁰⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.340; Pakır, s.124.

¹⁰⁹ Tezcan, Erdem, Önok, s.388.; Deniz, s.28.

¹¹⁰ İlgili karardaki tanık beyanlarından anlaşıldığı üzere para karşılığı başkaları ile cinsel ilişkiye giren mağdurenin, sanık tarafından kendisine tecavüz edildiği iddiası karşısında Yüksek Mahkeme, somut olayın özelliklerini de dikkate alarak, sanığın “*rıza ile cinsel ilişkiye girdik*” savunması esas almış ve mağdurenin iddialarına itibar etmemiştir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.03.2014 tarih ve 2013/14-644 Esas 2014/125 Karar, “*mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini savunan sanığın bu savunmasının aksini gösteren cezalandırılmasına yeterli delil bulunmadığından atılı cinsel saldırı suçunu işlediği şüphe boyutunda kalmakta ve sübuta ermemektedir.*”; Aktaran: Şare, İlgilinin Rızası, s.997; “*37 yaşında ve prostat rahatsızlığı bulunan mağdur Metin’in olay tarihinden önce 3 ayrı kez sanığın muayenehanesine gittiği, basit muayeneler sonunda ilaç tedavisinin uygulandığı, olay günü sanık doktor tarafından kendisine tatbik edilen tuşe rektal ve prostat masajının yapılış tarzı konusunda önceden yeterli bilgisinin bulunmaması halinde ve bunun biraz da hoyratça gerçekleştirilmesi durumunda bu tedavi yöntemini farklı yorumlamış, onurunu karan bir hal olarak algılamış ve tepki göstermiş olabileceği, mağdurun kollukta sanığın iki elinin omuzunda olduğundan bahsetmemesi, yargılama aşamasında ise sanığın cinsel organını görmediğini söylemesi, muayenehanede olay anında başka hasta kişilerin de bulunduğu, muayene odasının kapısının kilitli olmadığı ve kapı açıldığında dışarıdan muayenenin yapıldığı yerin görülebildiği, böyle bir ortamda soyunan doktor sanığın, reşit ve erkek mağdura livatada bulunduğunu kabul edebilme, olanağının bulunmadığı, sanığın, tepki gösterip şikayet edeceğini söyleyerek muayenehaneyi terk eden mağdurun peşinden giderek onu bundan vazgeçirmeye çalışması, hatta para bile teklif etmesinin böyle bir olayın dedikodu olarak duyulması halinde dahi statüsünü etkileyebilecek bir durum olması nedeniyle bundan bir şekilde kurtulma gayreti olarak yorumlanması gerektiği, mağdurun yaşı, gelişimi ve tedavisi sırasında anüs bölgesine kaydırıcı*

Fail tarafından mağdurun eyleme rıza gösterdiğinin iddia edilmesi durumunda mahkeme tarafından, suçlayıcı beyanların dikkatle irdelenip inandırıcılığı sınanmalıdır¹¹¹. Yargıtay da “Şüpheden sanık yararlanır” ilkesinin cinsel suçlar bakımından uygulanması konusunda hassasiyet göstermektedir¹¹². Bunun yanında mağdurun faile yönelik iftirada bulunmasını gerektirecek bir nedenin olmaması ve yargılama aşamasında mağdurun beyanlarında hiçbir tutarsızlık ve samimiyet dışı bir hususun bulunmaması halinde, mağdurun beyanlarına itibar edilmesi gerektiğine yönelik Yargıtay kararı da bulunmaktadır¹¹³.

krem sürüldüğü de nazara alındığında, olay akabinde bu bölgede hiçbir bulgunun meydana gelmemesinin gerektiği, bu itibarla da eşinin, kocasının klotunda kan gördüğüne ilişkin beyanının inandırıcı bulunmadığı, nitekim olay sonrasında düzenlenen 07.10.2003 tarihli raporda da olayı ve iddiayı doğrulayan bir olgunun saptanmadığı, sanığın bu raporu düzenleyen doktorla görüştüğüne ve raporun da bunun sonucunda gerçek dışı olarak düzenlendiğine ilişkin iddianın da doğrulanmadığı, bu rapordan ve olaydan üç gün sonra mağduru muayene eden Adli Tıp Kurumunun anüs bölgesinde saptadığı bulguların, ileri sürülen livata eylemi ile irtibatının kurulamadığı, Adli Tıp Kurumundan alınan raporda saptanan bulguların yapılan tuşe rektal ve prostat masajı sonucunda meydana gelmiş olabileceği, 37 yaşında ve evli mağdurun, anüsüne erkek cinsel organının sokulması ve üzerine abanılıp ileri geri hareket yapılması durumunda bunun ne anlama geldiğini derhal farketmesi gerektiği halde farkedemediğine ilişkin anlatımlarının diğer kanıtlar karşısında inandırıcı bulunmadığı ve mahkemenin beraat kararının yerinde olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla; temyiz itirazlarının reddiyle, yerel mahkeme hükmünün tebliğnamedeki düşünceye uygun olarak onanmasına karar verilmelidir.” Yargıtay CGK, 19.10.2010 T., 2010/147 E., 2010/200 K., www.lexpera.com.tr, (e.t.09.05.2020).

¹¹¹ Lattanzi, s.1447; Aktaran: Tezcan, Erdem, Önok, s.381.

¹¹² “mağdurenin iddiaları, sanığın kolluk anlatımı haricinde herhangi bir somut kanıtla doğrulanmamış, sonraki aşamalarda hem mağdure hem de sanık bu ifadelerinden dönmüşlerdir. Kaldı ki, mağdurenin ruhi yapısına ilişkin tanık anne Saime'nin anlatımları ve sınır zeka seviyesinde olduğuna ilişkin tıbbi rapor nazara alındığında, mağdurenin anlatımlarına bir başka somut kanıtla desteklenmediği sürece itibar edilemeyeceğini ortaya koymaktadır. Oysa dosya kapsamında mağdurenin fiili livata yoluyla ırzına geçildiğini kanıtlamaya yeterli, şüpheden uzak başkaca herhangi bir bilgi ve belge de bulunmamaktadır. Ceza yargılaması hukukunda vicdani kanıt sistemi benimsenmiştir. Bu sistemle ifade edilmek istenen hem kanıt serbestliği hem de kanıtların değerlendirilmesi serbestliğidir. Ceza yargılamasında somut gerçek arandığından, yargıcı bu gerçeğe götürebilecek her şey kanıt olabilir. Ancak, hükme dayanak alınan kanıtların gerçekçi, akılcı, olayı temsil edici, kanıtlayıcı ve hukuka uygun bulunmaları ve mutlak surette her türlü kuşkuğu gidermeye yeter düzeyde olmaları gerekir. Bu belirlemeler ceza yargılamasında şekli duruma değil, somut gerçeğe itibar edileceğini ortaya koymaktadır. Aksinin kabulü hak ve adalet duygularını yaralayacaktır. Yerel Mahkemece, herhangi bir somut kanıtla desteklenmeyen ve aşamalarda değişen mağdure anlatımlarına itibarla, dosya kapsamına uymayan ve varsayımlara dayalı gerekçelerle sanığın cezalandırılmasına ilişkin hükmünde direnilmesi yasaya aykırıdır. Bu itibarla direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.” Yargıtay CGK, 11.04.2006 T., 2005/176 E., 2006/114 K., www.hukukturk.com, (e.t.02.05.2020)

¹¹³ “Olaydan önce tanımadığı sanığa kendi onur ve namusunu ilgilendiren bir konuda iftira atması için geçerli sebep bulunmayan mağdurenin, özünde değişmeyen samimi anlatımları, teşhis tutanağı, tanık ... ve müşteki ... aşamalarda değişmeyen, tanık ... olayın sıcaklığı ile alınan samimi beyanları ve tüm dosya kapsamı karşısında; sanığın olay günü okuldan çıkıp yürümekte olan mağdurenin karşısına çıkarak bacaklarını okşamak şeklinde gerçekleşen eylemi nedeniyle TCK.nın 103/1. maddesi gereğince cezalandırılması gerekirken oluşa uygun olmayan gerekçeyle beraatine karar verilmesi kanuna aykırı...” Yargıtay 14. CD., 12.06.2014 T., 2012/10570 E., 2014/7982 K., www.hukukmedeniyeti.org, (e.t.02.05.2020)

Yukarıda, 102. maddede açıkça düzenlenmiş olması sebebiyle, cinsel saldırı suçunun eşler arasında da işlenebileceğinden bahsetmiştik. Esasen eşler arasında aile mahremiyeti içinde gerçekleşen cinsel davranışlar yönünden rızanın varlığı karine olarak kabul edilmektedir. Ancak eşlerden biri tarafından rızanın olmadığı açık bir şekilde ifade edilmiş ise bu durumda fiil hukuka aykırı olacaktır. Bu fiilin nitelikli cinsel saldırı kapsamında bir fiil olması durumunda ceza hukuku sorumluluğu doğacak iken, basit cinsel saldırı kapsamına girmesi durumunda kanuni düzenlemeler gereği ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olmayacaktır¹¹⁴.

Rızanın geçerliliği bakımından bir diğer tartışmalı husus da, sadomazoşist davranışlarla ilgilidir. Sadist bir kişinin cinsel duygularının tatmini amacıyla yaralanmaya izin vermesi, yaralama suçunu ortadan kaldırmamaktadır. İtalyan Yüksek Mahkemesi verdiği bir kararında; *“kişi, özel yaşamı içersinde kendi cinsel özgürlüğünün özgür bir ifadesi olarak bilinçli olarak küçük düşürücü ve acı verici bazı özel cinsel pratiklere maruz kalmaya rıza gösterme hakkına sahiptir, fakat bu durumda dahi rızanın tüm cinsel davranışlar boyunca sürmesi vazgeçilmez bir şarttır...sadomazoşist cinsel davranışlar, kalıcı fiziki veya psikik arazlara, anatomik ve işlevsel değişikliklere yol açan bir hastalığa neden olduğu takdirde, rızanın geçerli olduğunun kabul edilmeyeceğine; zira cinsel özgürlüğe ilişkin kişisel yarar ile aynı zamanda kamuyu da ilgilendiren ve temel bir hak olan sağlık hakkının, hakkaniyete uygun bir şekilde dengelenmesi gerektiğini”* ifade etmiştir¹¹⁵.

Öte yandan, AİHM'nin 19.02.1997 tarihli Laskey, Jaggard ve Brown/Birleşik Krallık kararında da, mağdurun onuruna aykırılık taşıyan veya ağır bedensel zarar doğurma riski bulunduran cinsel davranışlara, yani sadomazoşist davranışlara karşı gösterilen rızanın da suçun oluşması bakımından bir geçerliliği bulunmadığı ifade edilmiştir¹¹⁶. Kararda; her türlü cinsel eylemin AİHS'nin 8. maddesi kapsamında görülemeyeceği ve özel yaşamın gizli yönünü oluşturduğu belirtilmekle birlikte,

¹¹⁴ Erdoğan, s.218.

¹¹⁵ Karar için bkz. PALUMBIERI: s.62, dn. 143. (Guzzardi Kararı); Aktaran: Taner, Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Mart 2017, s.178-179.

¹¹⁶ Tezcan, Erdem, Önok, s.412; Case of Laskey and Others v. The United Kingdom, Application no. 21627/93; 21628/93; 21974/93, 19 February 1997. Kararın elektronik formattaki hali için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/>; Aktaran: Kocaoğlu, s.163.

olayda çok sayıda kişinin bulunduğu bir sadomazoşist grup seksin söz konusu olması, gruba yeni üyelerin katılmasının sağlanması, cinsel eyleme ait videoların grup içinde dolaştırılması hususları dikkate alındığında; cinsel eylemlerin AİHS'nin 8. maddesi kapsamında özel yaşam kavramı içine girip girmediğinin tartışmaya açık olduğu ifade edilmiştir¹¹⁷.

Sadomazoşist davranışlar bakımından AİHM içtihadı değerlendirildiğinde; doktrinde, kalıcı bir yaralanmaya ve ciddi bir sakatlığa neden olmadığı sürece mağdurun rızasının sadomazoşist fiilin tipik olmasını engelleyeceği, sonrasında verilen rızaya ancak cinsel özgürlüğe karşı suç bakımından değer tanınabileceği, bu nedenle hak sahibi tarafından verilen rızanın, fail tarafından icra edilen fiil bakımından, cinsel dokunulmazlığa karşı bir suçun oluşmasını önlemekle birlikte, kasten yaralama suçu bakımından geçersiz olacağı ifade edilmektedir¹¹⁸.

Özellikle toplumumuz açısından da altını çizmek gerekirse, İtalyan Yüksek Mahkemesi, 1988 tarihli kararında, *“Bir kadının tahrik edici tutum ve giyimiyle çevredekilere cinsel açıdan uyarıcı mesajlar verdiğinin düşünülmesi belirli bir zamanın medeni ilişkiler anlayışı çerçevesinde gayet normaldir fakat bu kadının zorla cinsel ilişkiye (cinsel şiddet suçuna) rızası olduğu şeklinde yorumlanamaz. Bir kadın isterse giyimiyle cinsel mesajlar verebilir ama bu hiç kimseye ona tecavüz etme hakkını vermez.”* şeklinde ifadelerle yer vererek, mağdur kadının tutum ve giyim tarzının, kadının cinsel ilişkiye her halükarda razı olduğu şeklinde yorumlanmayacağına hükmetmiştir. Bir kadının giyim tarzı hiçbir şekilde haksız tahrik olarak değerlendirilmemeli ve ona karşı tecavüz etme hakkını kimseye vermemelidir. Giyim tarzından da öte, bir kimsenin çıplak olması halinde dahi bu davranışın cinsel saldırı faili açısından haksız bir davranış teşkil etmeyecektir¹¹⁹.

¹¹⁷ AİHM, Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık, 19.02.1997, 21627/93, 21826/93, 21974/93, § 36.; <https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf>, (e.t. 21.05.2020).

¹¹⁸ Taner, s.179.

¹¹⁹ Cass, sez. III, 22.11.1988, n.11243; Aktaran: Taner, s.180; Dülger, İbrahim, Türk Ceza Kanunu Reformu Üçüncü Kitap Yeni Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu Panel, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 1. Baskı, 2005, s. 156.

Yargıtay tarafından, mağdurun kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel eyleme karşı rızasının bulunup bulunmadığının tespitinde hymenin yırtılıp yırtılmadığı da kriter olarak değerlendirilmektedir¹²⁰.

1) Rızanın Cebir, Tehdit ya da Hile ile Sakatlanması

Cebir, tehdit veya hilenin suçun bir unsuru olduğu cinsel saldırı suçunda, suç teşkil eden fiilin, hak sahibinin cinsel yaşamına ilişkin kendi kararlarını serbestçe verebilme özgürlüğüne karşı yapılması gerekmektedir. Bu nedenle cinsel özgürlüğü ihlal eden fiillerin de rıza olmaksızın gerçekleştirilmesi gerektiği, suç olarak tarif edilen fiilin niteliğinden anlaşılmaktadır¹²¹.

Mağdura karşı cebir, tehdit, hile ya da iradesini etkileyen başkaca durumların oluşması durumunda mağdurun rızasının bir önemi kalmayacağından, cinsel saldırı suçu gerçekleşecektir¹²². Mağdurun failden kurtulmak ya da zaman kazanmak gibi amaçlarla rızası varmış gibi davranması hallerinde de rızanın varlığından söz edilemeyecektir. Ancak bu durumda mağdurun rızasının olmadığı, olay esnasında net bir şekilde anlaşılabilir kadar açık olmalıdır¹²³.

Cebir, “*cinsel saldırı fiiline maruz kalan mağdurun faile karşı göstereceği maddi direnci kıracak nitelikte olan fiziki güçtür*”¹²⁴. Cebrin, failin amacına ulaşması

¹²⁰ “Sanığın mağdurenin cinsel organına parmak sokmak suretiyle nitelikli cinsel saldırı suçunu işlediğinin iddia ve kabul olunması karşısında, mağdurenin anlatımlarında sanığın parmağını cinsel organına sokup sokmadığını tam olarak bilemediğini, ancak bir miktar kan geldiğini beyan ettiği, Adli Tıp Kurumu Denizli Şube Müdürlüğü'nce düzenlenen 11.11.2008 günlü raporda da yapılan genital muayenede hymenin anüler yapıda, açıklığının ise 0,8 cm olduğu ve halen bakire olduğunun bildirildiği gözetilerek, mağdurenin, Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kuruluna dosya ile birlikte şevki sağlanarak, hymenin yırtılmaksızın parmak sokmasına müsait olup olmadığı hususunda görüş alınmasından sonra iddia, savunma ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması” Yargıtay 5. CD., 25.11.2009 T., 2009/11331 E., 2009/13203 K., www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t. 01.08.2020).

¹²¹ GEERDS, GA 1954, s. 264- 265; FRISCH, Einwilligung, s. 322; Aktaran: Ekici Şahin, s.63.

¹²² Ekici Şahin, s.63.

¹²³ Taner, s.174-175.

¹²⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.324; Tezcan, Erdem, Önok, s.380; Koca, Üzülmöz, Özel Hükümler, s.329.

bakımından bir araç olarak kullanılması gerekli ve yeterli olmakla birlikte, cinsel saldırı fiillerinin tamamının işlenmesi sırasında kullanılması gerekmemektedir¹²⁵.

Burada dikkat edilmesi gereken bir nokta da, cebrin mağdur açısından sağlıklı karar alabilme sürecini sekteye uğratması ve özgür iradesinde noksanlık oluşturmasıdır. Fail tarafından mağdura karşı yöneltilen cebir sonucunda kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinden bir sonuç meydana getirilir ise bu durumda fail ayrıca neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan da cezalandırılır. Ancak basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralanmalar, cebir niteliğinde suçun unsuru olarak kabul edilecek ve faile ayrıca kasten yaralama suçundan ceza verilmeyecektir¹²⁶.

Bu anlamda cebrin mağdura karşı yöneltilmesi gerekmekte olup, mağdurun değer atfettiği bir yakınına ya da bir eşyası üzerinde gerçekleştirilen şiddet, cebir sayılmayacaktır. Doktrinde ise mağdurun yakınına veya bir eşyasına karşı yapılan cebrin kendisine de karşı yapılabilecek olması korkusuyla bir anlamda mağdura karşı da fiili tehdit olarak kabul edilmesi gerektiği, bu nedenle de cebrin bir araç olarak kabul edilmiş sayılacağını ifade eden görüşler de bulunmaktadır¹²⁷.

Cebrin varlığı için, mağdurun faile karşı göstermek istediği tüm direnci göstermemesi durumunda bırakılmış olması yeterli olmalıdır. Yargıtay¹²⁸, “*mağdurenin vücuduna onun iradesini açıklamaya olanak tanımadan ani hareketle gerçekleştirdiği*” dokunma eylemini, cebir içermemesine rağmen iradeyi sakatlayan bir neden olarak değerlendirmiştir. Hatta İtalyan Yargıtay’ına göre cebirden

¹²⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.324; Tezcan, Erdem, Önok, s.380; Koca, Üzülmöz, Özel Hükümler, s.329.

¹²⁶ Erdoğan, s.215.; Tuğrul, s.66.

¹²⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.324; Tezcan, Erdem, Önok, s.380; Koca, Üzülmöz, Özel Hükümler, s.329.

¹²⁸ “*Dosyadaki nüfus kayıt örneğine göre 11.01.1995 doğumlu mağdurenin suç tarihinde 17 yaşında iken bulunduğu anlaşıldığı karşısında, olay günü sanığın motosikletiyle seyir halindeyken yol kenarında yürüyen mağdureye yaklaşarak kalçasını ellemeye kalkışması şeklindeki mağdurenin vücuduna onun iradesini açıklamasına olanak tanımadan ani hareketle gerçekleştirdiği eyleminin, cebir, tehdit ve hile içermese bile iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak işlendiğinin kabulüyle, fiilin TCK.nın 103/1-b. maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu ve TCK.nın 35. maddesi de dikkate alınarak sanığın bu maddelere göre cezalandırılması gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek yazılı şekilde basit cinsel saldırı suçundan hüküm kurulması*” Yargıtay 14. CD., 05.11.2014 T., 2013/1842 E., 2014/12249 K., www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t.03.09.2020).

anlaşılması gereken, mağdurun göstermek istediği direnci kıracak yeterlikte olan güç kullanmak değildir. Failin mağdura yönelik eylemini mağdurun rızasını kaldıracak biçimde “sinsice hızlı” bir şekilde gerçekleşmesi durumunda cebir koşulunun gerçekleştiği varsayılmaktadır. Bu nedenle mağdurda direnmeyi ispatlayacak bir şekilde yaralanma olmaması, mağdurun yardım istememiş olması cebrin var olmadığını göstermeyecektir¹²⁹.

Suçta mağdurun rızasını etkilemek amacıyla kullanılan araçlardan bir diğeri olan tehdit, cinsel davranışa mağdurun rıza göstermemesi durumunda, ileride bir zarara uğratılacağı beyanını içermektedir¹³⁰. Tehdit; mağdurun yaşamına, beden bütünlüğüne, malvarlığına veya şeref ile haysiyetine yönelik olabilmekle birlikte, söz konusu zarar tehdidinin cinsel saldırı sonucu meydana gelecek zarardan daha ağır olması gerekmektedir¹³¹. Cebirin sadece kişiye yönelmesi gerektiğinin aksine, tehdit açısından mağdurun yakınlık duyduğu ve onun için değerli olan birisine yönelik tehdit de bu kapsamda değerlendirilmekte olup, tehdidin mutlaka mağdura yöneltilmesi gerekmemektedir¹³².

Bunun yanında Yargıtay tarafından, tehdidin cinsel eylem sırasında gerçekleştirilmesi gerektiği, cinsel eylem sonrasındaki tehdidin ise TCK'nun 106. maddesinde düzenlenen sair tehdit suçunu oluşturacağı hüküm altına alınmıştır¹³³.

Hile de ise iradenin fail tarafından aldatıcı hareketler ile sakatlanması nedeniyle, mağdurun kendisini koruyacak ölçüde yeterli ve açık bir iradesi bulunmamaktadır. Evlenme vaadinin cinsel saldırı suçu için hileli bir davranış olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Şöyle ki; bir görüşe göre, cinsel davranışa mağdurun rıza göstermesi için başvurulacak her türlü aldatıcı eylem rızayı geçersiz kılacağı için,

¹²⁹ Tezcan, Erdem, Önok, s.380-381.

¹³⁰ Tezcan, Erdem, Önok, s.382.

¹³¹ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.324-325.

¹³² Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.325.

¹³³ “Sanığın cinsel saldırı eylemi sırasında kullandığı tehdit sözlerinin cinsel saldırı suçunun unsuru olduğu, eylemin bitmesinden sonra mağdureye söyleyip iddianamede bahsedilen 'olayı kimseye anlatmayacaksın, eşine ilişkimiz olduğunu söylerim sen bitersin' şeklindeki sözlerinin ise TCK'nın 106/1-c.2. maddesinde düzenlenen sair tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde aynı fıkranın birinci cümlesinden hüküm kurulması” Yargıtay 14.CD., 26.03.2018 T., 2018/315 E., 2018/2208 K., www.lexpera.com.tr, (e.t.15.11.2020).

evlenme vaadine inanarak rıza gösterilmesi halinde de cinsel saldırı suçunun oluşacağı ifade edilmektedir¹³⁴.

Diğer görüşe göre ise tek başına evlilik vaat edilmiş olması, doğrudan cinsel saldırı fiilinin varlığını göstermeye yeterli değildir. Mağdurun 18 yaşından büyük olacağı da dikkate alındığında, kişinin serbest iradeye dayalı rızası nedeniyle evlenme vaadi ispatlansa da, cinsel saldırı suçunun oluşmayacağı savunulmaktadır¹³⁵.

Buna karşın cinsel saldırı suçu açısından, kişinin cinsel özgürlüğünü ortadan kaldırmayan, elde edilecek menfaate ilişkin hile veya kişiyi rıza göstermeye sevk eden saike ilişkin hataların önemi bulunmamaktadır. Bu doğrultuda 765 sayılı eTCK'nun 423. maddesinde düzenleme alanı bulan evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu, 5237 sayılı TCK ile suç olmaktan çıkartılmıştır¹³⁶.

Bu çerçevede, cinsel saldırı suçu bakımından rızanın hileyle elde edilmiş olmasının bir öneminin olmamasının karşısında, cebir veya tehditle elde edilen rızanın geçersiz olduğu kabul edilmektedir¹³⁷.

Failin, mağdura para karşılığında cinsel ilişki teklif etmesi, ancak teklif edilen paranın ödenmemesi durumunda; Yargıtay, hilenin varlığına işaret etmiş ve somut olaya göre suçun varlığını hüküm altına almıştır¹³⁸.

Doktrinde, iradeyi sakatlayan cebir, tehdit, hile araçlarının yanında “mağdurun bilincinin etkisiz hale getirilmesi”nin de cinsel saldırı suçunda kullanılabilir bir araç olduğu belirtilmektedir. Örneğin; mağdura uyuşturucu ilaç vermek ya da hipnotize

¹³⁴ Tezcan, Erdem, Önok, s.384.

¹³⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.325-326.

¹³⁶ Ekici Şahin, s.82.

¹³⁷ Bkz. WESSENBERGER, s. 35; Bkz. ROXIN, Strafrecht AT I, § 13, kn. 7: Aktaran: Ekici Şahin, s.66.

¹³⁸ “Yaşı ve hafif düzeyde zihinsel yetersizliği nedeniyle beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan on üç yaşındaki mağduru para karşılığında ikna eden sanıkların, ıssız bir yere götürüp, cinsel istismar suçunu rahat bir şekilde gerçekleştirebilmek ve kaçmasını önlemek amacıyla ellerini ağaca bağlayarak cinsel istismarda buldukları olayda, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma eylemini, mağduru para verme bahanesiyle kandırmaları nedeniyle hile, ellerini ağaca bağlamak suretiyle de cebir ile gerçekleştirdikleri anlaşıldığından suçun 5237 sayılı TCK'nun 109/2. maddesi kapsamında kaldığı kabul edilmelidir.” Yargıtay CGK., 20.10.2015 T., 2015/209 E., 2015/339 K., www.lexpera.com.tr, (e.t.20.11.2020).

etmek suretiyle mağdurun bilincinin etkisiz hale getirilmesi ile cinsel davranışa yönelik rızası alınmış ve mağdurun hiçbir şekilde haberi olmadan cinsel davranış gerçekleştirilmiş olabilecektir¹³⁹. Bu durumda cinsel saldırı suçunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir.

Bununla birlikte, mağdur fail tarafından maruz kaldığı hileli davranışlar ya da başkaca nedenlerden dolayı kendisini savunamayacak durumda kalırsa, mağdurun söz konusu durum içerisinde rıza göstermiş olması halinde dahi rızası geçerli sayılmayacak ve fail cezalandırılacaktır¹⁴⁰.

TCK'nın 102. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli hali olan vücuda organ ya da cisim sokulması ile ilgili olarak; fail tarafından cebir, tehdit ya da hukuka aykırı bir vasıta kullanmak suretiyle mağdurun bizzat kendisine organ ya da cisim sokturmaya çalışması halinde ise cezai sorumluluğun ne olacağı tartışmalıdır. Şöyle ki; bizim de katıldığımız görüşe göre, zorlayan kişinin dolaylı faillik yoluyla, TCK'nın 102. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen cinsel saldırı suçunun nitelikli halinden sorumlu olacağı kabul edilmektedir¹⁴¹.

Ancak başka bir görüş, bu durumun cinsel amaçla gerçekleştirildiğinin tespit edildiği hallerde, TCK'nın 102. maddesinin ikinci fıkrasının oluşmayacağı, failin cinsel saldırının temel şekliyle sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır¹⁴². Diğer yandan, zorlanan kişinin yapmak zorunda olduğu eyleme göre karar verilmesi gerektiği; bu doğrultuda mağdur, failin kendisinin veya başka birinin organını sokmaya yönlendiriliyorsa cinsel saldırı suçunun oluşacağı, cinsel organ dışında bir cisim sokulmasına yönlendirilmiş ise cinsel amaçlı olarak hürriyetinin kısıtlanmış olması nedeniyle, TCK'nın 109. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenen cinsel amaçla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan failin cezalandırılması gerektiği savunulmaktadır¹⁴³. Yargıtay; kişinin başka birine cebir, tehdit ya da hukuka aykırı bir vasıta kullanmak suretiyle bizzat kendisine organ ya da cisim sokturmaya çalışması

¹³⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.326.

¹⁴⁰ Centel, s.274.

¹⁴¹ Tezcan, Erdem, Önok, s.396.

¹⁴² Koca, Üzülmez, Özel Hükümler, s.336.

¹⁴³ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.326.

halinde, nitelikli değil cinsel saldırı suçunun basit şeklinden ceza verilmesi gerektiği görüşündedir¹⁴⁴.

Mağdurun sarhoş olması veya uyuşturucu madde etkisi halinde altında olması halinde mağdurun rızasının olmadığını ifade etmekte güçlük çekebilmesi veya olayları tam anlamıyla hatırlayamaması nedeniyle sonuca varmak güç olmakla birlikte, bu durumda mevcut deliller çerçevesinde, genellikle “*Şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi gereğince sonuca varıldığı görülmektedir¹⁴⁵.

Kadın ve erkek ilişkisinden kaynaklanan cinsel istek uyandırmaya yönelik davranış ve hareketler bakımından ise failin karşısındaki bireyin cinsel davranışa ve cinsel ilişkiye rızasının varlığından şüpheye yer bırakmayacak şekilde emin olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁶. Ancak bu durum, sadece kadın ve erkek ilişkisi olarak

¹⁴⁴ “*Sanık Emine'nin, nüfus kayıt örneğine göre 12 yaş 10 aylık olan mağdur Hüseyin'in cinsel organını kendi cinsel organına sokturduğu, sanık tarafından işlenen bu olayda, mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması şeklinde bir eylemin bulunmadığı, sanığın bu eyleminin, TCK'nın 103/1. maddesinde yer alan basit cinsel istismar suçunu oluşturduğu, bu suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olan ve 'mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması' suretiyle işlenebilen aynı maddenin 2. fıkrasındaki suçu oluşturmadığı gözetilmeden suçun işleniş biçim ve özellikleri, zararın ve sanığın kasta dayalı kusurunun ağırlığı dikkate alınarak çocuğun basit cinsel istismarı suçundan cezanın alt sınırından uzaklaşılacak suretiyle karar verilmesi yerine çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan hüküm kurulması...*” Yargıtay 14. CD, 08.10.2013 T., 2013/7470 E., 2013/10266 K., www.hukukturk.com, (e.t. 27.05.2020).

¹⁴⁵ “*Mağdurenin aşamalarda ifadelelerinde 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 davranışının 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 hükümlenmesi*” Yargıtay 14. CD., 02.05.2012 T., 2011/3673 E., 2012/4979 K., <https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/5063/cinsel-saldiri-magdurun-alkollu-olmasi/>, (e.t.30.05.2020).

“*Sanıklarla arasında iftira atmasını gerektirir bir neden veya husumet bulunmayan katılanın, içtiği alkol nedeniyle durumundan faydalanan sanıkların cinsel saldırısına maruz kaldığına ve kendisine geldiği anda tepki gösterdiğine dair aşamalarda samimi beyanları, bu beyanları destekleyen katılanın 149 promil alkollü olduğuna dair rapor, evdeki kapı camlarının kırık olduğuna ilişkin olay yeri kroki görgü ve tespit tutanağı, tanık ...'ın olayın hemen ardından alınan samimi ifadesi ile sanıkların savunmalarında kendileri ile rızasıyla seviştiğini belirttikleri katılanın birden bağırma ve saldırmaya başladığına ilişkin davranışını izah edemeyen çelişkili savunmaları birlikte değerlendirildiğinde; sanıkların katılanın cinsel dokunulmazlığını rızası hilafına ihlal ettiklerinin tereddütsüz bir şekilde kabul edilmesi gerekmektedir.*” Yargıtay CGK., 22.11.2018 T., 2017/394 E., 2018/555 K., www.lexpera.com.tr, (e.t. 09.05.2020).

¹⁴⁶ Taner, s.177.

sınırlandırılmamalıdır. Cinsel saldırı suçunun aynı cinsler arasında işlenmesi mümkün olduğundan, kanaatimizce bireyler arasında cinsel istek uyandırmaya yönelik davranışlar da rıza bakımından şüpheye yer bırakmayacak şekilde var olmalıdır.

2) Tam veya Kısmi Akıl Hastaları ve Akıl Zayıflığı Olanların Rızasının Geçerliliği

Tam ya da kısmi akıl hastalarının cinsel davranış yönünden mutlak bir rıza ehliyetlerinin bulunmadığı, kendi cinselliklerine ilişkin olarak irade açıklayamayacakları yönünde yapılan bir genelleme doğru olmayacaktır¹⁴⁷.

Akıl hastalığının niteliği, derecesi ve ağırlığı ile rıza yönündeki beyanlarının geçerli olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu konuda, Yargıtay da vermiş olduğu bazı kararlarında, geçersiz bir rıza beyanından söz edebilmek için öncelikle akıl hastası mağdurun, varsa bu durumunun hekim olmayanlar ile çevresinde yaşayanlar ve kendisini tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği, tespit edilen zeka durumunun kendisine yönelik cinsel istismar eyleminin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine etkisi bulunup bulunmadığı ve eyleme beden veya ruh bakımından mukavemete muktedir olup olmadığı hususlarının tespit edilerek, cinsel davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını anlama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin olup olmadığı konusunda belirleme yapılması ve bunun sonucunda sanığın hukuki durumunun tayinine gidilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Taner, s.175.

¹⁴⁸ “...mağdure hakkında Manisa Ruh Sağlığı ve Hastalıkları Hastanesi Sağlık Kurulu tarafından tanzim edilen 21.02.2013 ve 04.04.2013 tarihli raporlarda mağdurede ‘hafif düzeyde mental retardasyon olduğu, kendisini bedenen savunabileceği, ruhen savunamayacağı, beyanlarına kısmen itibar edilebileceği’ yönünde görüş bildirilmesinin ardından Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Erişkin Adli Kurulunun 23.08.2013 tarihli raporunda ise ‘orta düzeyde mental retardasyon olduğu, beyanlarına itibar edilemeyeceği ve kendisine karşı işlenen suçun hukuki anlam ve sonuçlarını idrak edemeyeceğinin’ belirtilmesi karşısında, anılan raporların gerek birbiriyle çelişki arz etmeleri gerekse mağdurede tespit edilen zeka durumunun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı yönünde görüş de içermemeleri sebebiyle yetersiz olmaları ve bu hususta sanık müdafinin talepleri reddedilerek savunma hakkının da kısıtlanması karşısında, mağdurenin İstanbul Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas

Ayrıca 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) madde 133'de; “Akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler.” düzenlemesi yer almaktadır. Bu durumda 18 yaşını tamamlayan, sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olmayan ve akıl hastası olmakla birlikte evlenmesinde tıbbi sakınca bulunmadığı için bir başkası ile evlenebilen kişilerin rızasının cinsel ilişki bakımından geçerli olduğu sonucuna varılacaktır¹⁴⁹.

Akıl ve ruh hastalıkları nedeniyle fiil ehliyeti bulunmayan 18 yaşından büyüklerin, cinsel dokunulmazlıkları ile “bir yere gitme veya bir yerde kalma” özgürlüklerinin bulunup bulunmadığı ve verdikleri rızanın geçerli olup olmadığının belirlenmesi için, TMK hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır¹⁵⁰. TMK'nın 10. maddesinde, “Ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır.” hükmü; 13. maddesinde, “Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.” hükmü yer almaktadır. TMK'nın 11. maddesinde, 18 yaşının doldurulması ile reşit olunduğu; 14. maddesinde, ayırt etme gücü olmayanların, küçük ve kısıtlıların fiil ehliyetinin bulunmadığı; 15. maddesinde ise Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere ayırt etme gücü bulunmayan kişinin eylemlerinin hukuki sonuç doğurmayacağı belirtilmiştir. Yargıtay bir kararında¹⁵¹; 18 yaşını tamamlamış ancak rıza açıklama ehliyeti bulunmayan bir

kuruluna sevk edilip suç tarihi itibarıyla akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunup bulunmadığı, varsa bu durumun hekim olmayanlar ile çevresinde yaşayanlar ve kendisini tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği, tespit edilen zeka durumunun kendisine yönelik cinsel istismar eyleminin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine etkisi bulunup bulunmadığı, eyleme beden veya ruh bakımından mukavemete muktedir olup olmadığı hususlarında yeniden rapor alınmasından sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken...” Yargıtay 14. CD, 19.12.2016 T., 2016/8909 E., 2016/8590 K. www.hukukturk.com (e.t. 30.04.2020).

¹⁴⁹ Şare, İlgilinin Rızası, s.998.

¹⁵⁰ Baytemir, Erdal, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Mayıs 2019, s.102.

¹⁵¹ “Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; atılı suçlardan mahkûmiyetine hükmolunan sanığın eylemlerini 18 yaşından büyük mağdurenin akıl hastası olduğunu bilerek gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin saptanması ile buna bağlı olarak eylemlerin suç teşkil edip etmediğinin belirlenmesine ilişkindir... Uyuşmazlık konusu ile bağlantılı olarak, 18 yaşını tamamlamış ancak rıza açıklama ehliyetine sahip bulunmayan bir kişinin, cinsel davranışlar ile bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlükleri yönünden açıkladığı rızasının eylemi hukuka uygun hale getirdiğinden söz edilemeyeceğinden, eylemi gerçekleştiren kişinin

kişinin “bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlüğü” bakımından açıklamış olduğu rızanın, eylemi hukuka uygun hale getirmeyeceğini ifade etmiştir.

Bahsi geçen düzenlemelere göre, akıl ve ruh hastaları ile akıl zayıflığı nedeniyle akla uygun davranma yeteneği bulunmayan 18 yaşından büyüklerin, cinsel dokunulmazlıkları ile “bir yere gitme ve bir yerde kalma” özgürlükleri konusunda açıklamış oldukları rızalarının geçerli olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁵².

Bu durumda 18 yaşını doldurmuş ancak rıza açıklama ehliyeti olmayan bir kişinin cinsel davranışlar ile “bir yere gitme veya bir yerde kalma” özgürlükleri yönünden açıkladığı rıza, fail tarafından gerçekleştirilen eylemi hukuka uygun hale getirmeyeceği için, fail tarafından rıza ehliyetinin yokluğunun bilinip bilinmediği belirlenmelidir. TCK'nın 30. maddesi üçüncü fıkrası gereğince; fail, mağdurun rıza ehliyeti olmadığını bilmemesi nedeniyle hukuken geçerli bir rızanın varlığı konusunda kaçınılmaz hataya düşerse, bu yanıldan yararlanacak iken hata kaçınılabılır ise failin cezai sorumluluğundan söz edilecektir. Hatanın kaçınılmaz olup olmadığının tespiti açısından ise kişinin bilgi seviyesi, eğitimi, içinde bulunduğu sosyo-kültürel çevre koşulları dikkate alınacaktır¹⁵³. Kanaatimizce, rızanın tipiklik unsuru olması nedeniyle failin, mağdurun rıza ehliyetinin olmadığını bilmemesi durumunda ise TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrası gereğince failin rıza konusunda kasten hareket etmediği kabul edilerek, cezai sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varılacaktır.

Yargıtay da kararlarıyla, somut olayın meydana gelişi, ortaya çıkışı ve şikayet şekli ile birlikte mağdurun akıl hastalığının hekim olmayanlarca anlaşılmayabileceği durumlarda, failin beraatine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁵⁴.

mağdurun rıza açıklama ehliyetinin bulunmadığını bilip bilmediğinin ve bu konuda 5237 sayılı TCY'nın 30/3. maddesi uyarınca hataya düşüp düşmediğinin belirlenmesi gerekecektir. Sanık, mağdurun rıza ehliyeti olmadığını bilememesi nedeniyle hukuken geçerli bir rızanın bulunduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğünde bu yanıldan yararlanacaktır. Buna karşılık hatanın kaçınılabılır olduğu hallerde cezai sorumluluğun varlığı kabul edilecektir...” Yargıtay CGK,20.11.2011 T.,2011/5-230 E., 2011/273 K., www.kararara.com, (e.t. 01.05.2020).

¹⁵² Baytemir, s.103.

¹⁵³ Baytemir, s.104.

¹⁵⁴ “Sanık ve mağdurenin anlaşarak 16.9.2007 tarihinde Ankara`dan İzmir`e kaçıp beraet eden diğer sanığın evinde kaldıkları, buradan Muğla ve Marmaris`e gidip tekrardan İzmir`e döndükleri, bu süreç içerisinde birden fazla cinsel ilişkiye girdikleri, savunmalar ve tanık beyanlarına göre mağdurenin rızasıyla sanıkla beraber olduğu ve olayın meydana gelişi, ortaya çıkışı, şikayetin şekli ile mevcut

Akıl zayıflığı durumunda ise rızanın geçerliliği bakımından mağdurun beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği konusunda, cinsel saldırı eylemine mukavemet edip edemeyeceği, eylem sonrası ruh sağlığı bozulmuş ise ruh sağlığı bozukluğunun somut olaya bağlı olup olmadığı, mağdurun hastalığının hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı hususlarında Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alınması ve bu raporun sonucuna göre bir karara varılması gerekmektedir¹⁵⁵. Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir¹⁵⁶.

Psikoloji de “Stockholm Sendromu” olarak adlandırılan ve rehinenin kendisini rehin alan kişiye duygusal anlamda bağlanması olarak tanımlanan durumun varlığı halinde ise, geçerli bir rıza yetisinin her zaman ortadan kalkmadığı ifade edilmektedir. Bu nedenle gerçekleşen her davranışın suç oluşturduğu gibi bir genelleme de mümkün değildir¹⁵⁷.

deliller nazara alındığında somut olayda maddi zordan söz edilemeyeceği, sanığın ise mağduredeki akıl hastalığını bilmediğini ifade ederek, evlenme niyetinde olduğunu belirtip, buna ilişkin fotoğraf ve belge sunduğu gibi, mağdurede bir psikolojik bozukluk olduğuna ilişkin raporun da olaydan sonra 1.10.2007 tarihinde alındığı ve Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu'nun 30.6.2008 tarihli raporunda ise var olan akıl hastalığının hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceğinin mütalaa edildiği, bu itibarla sanığın reşit mağdurenin akıl hastası olduğunu bilerek eylemlerini gerçekleştirdiği hususunda yeterli delil bulunmadığı ve atılı suçlardan beraatine karar verilmesi gerektiği” Yargıtay 5. CD., 29.06.2011 T., 2011/5016 E., 2011/5024 K., www.legalbank.net, (e.t. 01.06.2020).

“Sanık cumhuriyet savcılığınca alınan ifadesinde ve mahkemeye sunduğu dilekçelerde mağdurenin düzenli ilaç kullanmasını gerektiren rahatsızlığı sebebiyle ruhsal tedavi gördüğünü bildiğini belirtmektedir. mağdure de cumhuriyet savcılığınca alınan ifadesinde, kendisiyle ilgili herşeyi sanığa anlattığını, rahatsız olduğunu bilen sanığın ‘ilaçları bırak, senin ilacın da doktorun da benim’ dediğini açıklanmıştır. her ne kadar adli tıp 6. ihtisas kurulunun raporunda; ‘mağduredeki ruhsal rahatsızlığın hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği’ şeklindeki bir açıklamaya yer verilmiş ise de, söz konusu ibarenin ‘anlaşılabilirliği’ biçiminde de yorumlanması olanaklıdır. kaldı ki ‘hekim olmayanlarca anlaşılabilir’ ya da ‘anlaşılması olanaklı değildir’ şeklinde bir tespit de bulunulmamış olup buna bağlı olarak basiretli bir insanın anlayabileceği kabul edilmelidir.” Yargıtay CGK, 20.12.2011 T., 2011/230 E., 2011/273 K. www.hukukturk.com, (e.t.06.06.2020).

¹⁵⁵ Arslantürk, s. 151-152.

¹⁵⁶ “Erenköy Ruh ve Sinir Hastalıkları Hastanesinin 27.05.2010 tarihli raporunda, mağdurenin mental retardasyon nedeniyle telkine yatkın olduğu, bu durumun karşı koyma gücünü azalttığı, Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 09.03.2011 günlü raporunda ise; mağdurede hafif zeka geriliği bulunduğu işlevselliğinin genel değerlendirilmesinde ise 70-80 olduğunun bildirilmesi karşısında, mağdurenin dosyayla birlikte Adli Tıp Kurumuna sevkiyle dava konusu suç nedeniyle olay tarihi itibarıyla beden veya ruh bakımından kendisini savunacak durumda bulunup bulunmadığı, ifadesine itibar edilip edilemeyeceği ve durumunun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı konularında açık ve aydınlatıcı rapor alındıktan sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekir.” Yargıtay 14. CD., 10.07.2012, 2012/8176 E., 2012/7938 K., www.kazancihukuk.com, (e.t.06.05.2020).

¹⁵⁷ Bkz. CADOPPI: “Commento articolo 3”, s.101; Aktaran: Taner, s.176.

III. ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI SUÇUNDA RIZA

A. Suçla İlgili Genel Açıklamalar

765 sayılı eski TCK'da çocukların cinsel istismarı suçunun düzenlemesi var iken taraf olduğumuz uluslararası metinlere paralel olarak değişiklikler yapılmış ve 5237 sayılı TCK'nın İkinci Kitap, Birinci Kısım, Altıncı Bölümünde "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında 103. maddede kapsamlı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Sonrasında ise 18 Haziran 2014 tarihli ve 6545 sayılı ve 24 Kasım 2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanunlar ile birtakım değişiklikler yapılarak madde son halini almış olup¹⁵⁸, kanun koyucu çocuklara karşı işlenen cinsel saldırı fiilini istismar olarak ifade etmeyi seçmiştir.

¹⁵⁸ Madde metni şu şekildedir: "(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 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 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 edinilen 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 başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır. (6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

Maddenin birinci fıkrasında, eylemin sarkıntılık seviyesinde kalması hali de cezalandırılmış, mağdurun 12 yaşını tamamlamamış olması halinde cezalandırmaya yönelik özel hüküm getirilmiş ve cinsel istismar deyiminden neyin anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında ise suçun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Beşinci fıkrada, cinsel istismar eylemi nedeniyle failin cebir ve şiddetinin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçu hükümlerinin de uygulanacağı hüküm altına alınmış ve son olarak altıncı fıkra ile suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali düzenlenmiştir.

Çocukların cinsel istismarı suçu ile hukuken korunmak istenen değerler genel adap, aile düzeni ya da toplumsal ahlaki değerlerin aksine, bizzat çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişimi ile çocuğun üstün yararı olduğu tespit edilmiş ve çocukların cinsel yönden istismar edilmeme hak ve özgürlükleri korunmuştur¹⁵⁹.

Kanun'da açıkça düzenlendiği üzere, 15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamladığı halde fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış ile diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başkaca bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel istismar suçuyla vücut vermektedir.

15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış çocuklara yönelik gerçekleştirilen rıza dışı cinsel davranışlar da TCK madde 103'de düzenlenen cinsel istismar suçunu oluşturacak, mağdurun rızası mevcut olduğunda ise bu yaş grubu bakımından sadece 104. maddede düzenlenmiş olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu gündeme gelecektir. Ancak çocuklara karşı yapılan tüm fiiller istisna olmadan cinsel istismar kapsamında değerlendirilmelidir¹⁶⁰.

15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış yaş grubunda fiilin cebir ile işlenmesi halinde, TCK madde 103 kapsamında çocukların cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Yargıtay "cebir" kavramını geniş bir şekilde yorumlayarak, failin 15-18

¹⁵⁹ Tezcan, Erdem, Önok, s.426.; Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.352.

¹⁶⁰ Şare, İlgilinin Rızası, s.999; Ataman, Erkan, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", (Selçuk Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2011, s.100.

yaş aralığındaki mağdureye habersizce arkadan yaklaşıarak, rızası olmadan eteğini kaldırmak suretiyle kalçasına dokunması durumunda, mağdurenin direnç göstermesine fırsat vermemesi nedeniyle bedensel temas ile aniden yapılan davranışın cebir oluşturacağını ve TCK madde 103’de düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun oluşacağını karara bağlamıştır¹⁶¹.

TCK’nın 103. maddesinin lafzı rıza bakımından değerlendirildiğinde; 15 yaşından küçük olan çocuğun rızası, istisnasız olarak geçersizdir. 15 yaşını tamamlamasına rağmen 18 yaşını tamamlamayan çocuk bakımından ise kendisine karşı yapılan fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği olmayan çocuk bakımından rıza geçersizdir.

Bunun yanında, madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere¹⁶², 15 yaşını tamamlamış ve kendisine karşı yapılan fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama

¹⁶¹ “...Mağdurenin kovuşturma evresinde alınan ifadesinde sanığın cinsel organını ağzına dokundurmayaya çalıştığını belirtmesine karşılık 12.09.2015 tarihli sosyal inceleme raporunda sanığın cinsel organını ağzına sokmaya çalıştığı şeklinde mağdurenin beyanda bulunduğu bildirilmesi, mahkemede beyan alınırken hazır bulunan psikoloğun, mağdurenin kendisine olayı anlatırken sanığın cinsel organını yanağına değdirdiğini söylediği şeklindeki ifadesi ve tüm dosya içeriğine göre, anlatımlar arasında sanığın eylem sırasında cinsel organının veya elle temasının olup olmadığı hususu net olarak anlaşılamadığından, mağdurenin tekrar dinlenerek, sanığın eylemi sırasında bedensel temas ve kesinti olup olmadığı açıklattırılıp, sonucuna göre sanığın eylemin çocuğun basit cinsel istismarı veya cinsel taciz suçlarını oluşturup oluşturmadığı değerlendirilmeden ve sanığın, çocuğun nitelikli cinsel istismarı kastını ortaya koyan bir söz yada davranışının olmadığı da gözetilmeden, yazılı şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuna teşebbüsten mahkumiyet hükmü kurulması...” Yargıtay 14. CD., 18.10.2016 T., 2016/3618 E., 2016/7145 K.; “...Sanığın 25.12.2005 tarihinde saat 07.00 sıralarında okula giden mağdurenin yoluna çıkıp yanına yaklaştıktan sonra ‘ya ben senden vazgeçemiyorum, anlasana’ dediği, sanığın 27.12.2005 tarihinde yürümekte olan mağdurenin arkasından gelip ‘yanıma gel, yanıma’ diyerek seslenmesinin ardından kolunu tuttuğu, 28.12.2005 tarihinde ise sanığın yine yolda yürüyen mağdurenin yanına yaklaşp kolundan tutarak kendisine doğru çektiği olayda; sanığın eylemlerinin öncesinde mağdureye karşı sarf ettiği sözler ile eylem sırasında mağdureyi kendisine doğru çekmesi de nazara alındığında, cinsel arzularını tatmin amacı taşıdığı anlaşılan sanığın, mağdurenin vücut dokunulmazlığını bir suç işleme kararının icrası kapsamında, farklı zamanlarda ve birden fazla kez ani hareketlerle ihlal ederek zincirleme şekilde çocuğun cinsel istismarı suçunu işlediği kabul edilmelidir...” Yargıtay CGK, 14.11.2017, 2014/342 E., 2017/476 K., www.lexpera.com.tr, (e.t.10.06.2020).

¹⁶² “Madde metninde çocukların cinsel istismarı fiilleri suç olarak tanımlanmıştır. Erişkin kişilere karşı işlenen fiiller açısından cinsel saldırı ifadesi kullanılmasına rağmen, çocuklar açısından cinsel istismar ifadesi kullanılmıştır. Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların kişinin rızasına aykırı olması gerekir. Aksi takdirde, yani kişinin rızasının bulunması hâlinde, ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren davranışlardan söz edilemez. Erişkin kişilere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar açısından rızanın varlığı, ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. 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. Bu bakımdan, onbeş yaşını tamamlamamış veya

yeteneği gelişmiş olan çocuklar bakımından; cebir, tehdit, hile veya başkaca iradeyi sakatlayan durumların varlığı halinde ancak cinsel istismar suçundan söz edilebilecektir. Bu durum cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri açısından ortaya konan ayırım ölçütüne aykırı olmakla birlikte, suçun mağdurunun çocuk olması ve kendisine karşı yapılan fiillere karşı direncinin de zayıflığı göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir.

Özetle; 15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı rızası ile gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel istismar suçunu oluşturmamaktadır. Bu gruptaki çocuklara yönelik olarak, rızaları ile gerçekleştirilen cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel içerikli davranışlar, esasen herhangi bir suça vücut vermemektedir. Başka bir deyişle, 15-18 yaş aralığında olup algılama yeteneği gelişmiş çocukların, yaşitlarıyla ya da yetişkinlerle rızaları dahilinde yaşadıkları cinsel ilişki dışındaki cinsel deneyimler, ceza hukuku alanına girmemektedir. Bu yaş grubu bakımından suç

tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar olarak kabul edilmiştir. Onbeş yaşını tamamlamış ve maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını 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 gerçekleştirilmesi gerekir. Bu nitelendirme, cinsel saldırı ve cinsel istismar fiilleri 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. Maddenin birinci fıkrasında, cinsel istismar suçunun temel şekli açısından ceza yaptırımı belirlenmiştir. İkinci fıkrada ise, bu suçun işleniş tarzı itibarıyla nitelikli hâli tanımlanmıştır. Buna göre, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Suçun bu nitelikli hâline ilişkin açıklama için, cinsel saldırı suçunun gerekçesine bakılmalıdır. Üçüncü fıkraya göre; cinsel istismarın çocukla aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişiler tarafından, çocuğun vasisi, eğiticisi, öğreticisi, bakıcısı, çocuğa sağlık hizmeti veren, çocuğa karşı koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan diğer bir kişi tarafından veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Dördüncü fıkrada, cinsel istismarın, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte maruz kaldığı fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan kişilere karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi, cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir. Ancak, bunun için, uygulanan cebrin en fazla kasten yaralama suçunun temel şeklini oluşturacak boyutta olması gerekir. Bu bakımdan, beşinci fıkraya göre, cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Altı ve yedinci fıkralarda söz konusu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâlleri düzenlenmiştir. Bu itibarla, söz konusu suçun işlenmesi suretiyle mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olunması, daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Keza, söz konusu suçun işlenmesi 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.” www.turkhukuksitesi.com, (e.t.10.06.2020).

teşkil eden tek eylem, algılama yetenekleri gelişmiş ve rızaları bulunmak kaydıyla, 104. maddede tanımlanmış olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçudur¹⁶³.

Söz konusu durum, yani 15 yaşını dolduran ve algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklar bakımından olayın yargıya intikal etmesi ya da üçüncü şahıslar tarafından öğrenilmesi, ahlaki yaklaşımlarla çocuğun karalanması tehlikesini oluşturacaktır. Ayrıca ergenlik dönemi olarak adlandırılan bu dönemde çocuğun cinselliğe ilgi duymaya başlaması nedeniyle rızası ile cinsel ilişkiye girmesi onun cinsel olarak istismar edilemeyeceği anlamına gelmemektedir¹⁶⁴.

Bu suçun faili herkes olabilir. Bu doğrultuda failin kadın veya erkek olması ve suçun farklı cinslerin yanında aynı cinslerin arasında da işlenebilmesi mümkündür. Failin yaşı bakımından ise kanun metni ve madde gerekçesinde de herhangi bir ifade bulunmaması nedeniyle genel hükümler dışında bir özellik bulunmamakta ve failin çocuk olarak kabul edilen bir kişi olabileceği de kabul edilmektedir¹⁶⁵. Ancak 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik kapsamında, eylemin sarkıntılık düzeyinde kalmış olması durumunda suçun faili bir çocuk ise, soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, veli ya da vasisinin şikayetine tabi tutulmuştur¹⁶⁶.

6545 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile TCK 103. maddesinin üçüncü fıkrasına ekleme yapılarak “*üvey baba, üvey anne, üvey kardeş, evlat edinen*”, “*koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren kişiler*”, “*bakım veya gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişiler*” tarafından suçun işlenmesi halinde cezanın arttırılacağı düzenlenmiş ve özel faillik halleri genişletilmiştir.

Suçun mağduru ise ancak bir çocuk olabilecek iken, bu suç yaşayan bir kimseye karşı işlenebilecek ve çocuk kavramı, TCK madde 6'da ve ÇKK madde 3'de düzenlendiği üzere “*henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi*” olarak

¹⁶³ İnanç İştin, “*Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*”, Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 9, (Haziran 2017), s. 144.; Ersözoğlu, s.76-77; Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.369.

¹⁶⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.360.

¹⁶⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.352.

¹⁶⁶ Tezcan, Erdem, Önok, s.427.

değerlendirilecektir. Suçun ölü bir çocuğa karşı işlenmesi halinde ise TCK madde 130/2 kapsamında düzenlenen “Ölünün Hatırasına Hakaret Suçu” oluşacaktır¹⁶⁷.

Kanun koyucu, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, mağdur çocuğun yaşı itibarıyla bir ayrıma gitmiştir. Buna göre, 15 yaşını doldurmamış çocuk bakımından her türlü cinsel davranışın cinsel istismar fiilini oluşturacağı, 15 yaşını doldurmuş çocuklar bakımından da kendisine karşı yapılan fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinden yoksun ise cinsel istismar suçunun oluşacağı kabul edilmiştir¹⁶⁸. “Kendisine karşı yapılan fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olması”na; akıl zayıflığı, bilgi ya da görgü geriliği veya zekasal gelişim düzeyinin eksik olması gibi durumlar örnek olarak gösterilebilecektir¹⁶⁹. Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olmak ile akıl hastalığı farklı kavramlar olmakla birlikte, çoğu akıl hastasında fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği de bulunmamaktadır. Akıl hastası olmayan bir çocukta da kendisine karşı yapılan fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin olmaması mümkündür¹⁷⁰.

Ayrıca 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte 18 yaşını tamamlamamış olan çocukların, kendisine karşı yapılan fiili algılama yeteneğinin olup olmadığı, gerekirse bilirkişi yardımından da yararlanmak suretiyle mahkeme tarafından tespit edilecektir¹⁷¹.

Mağdurun iradesiyle göstermiş olduğu rızanın tam anlamıyla hukuki olarak neyi ifade ettiğini, nasıl bir hukuki norm ile nitelendirildiğini bilmesine gerek olmadığını, mağdurun fail ile yaşamış olduğu fiillerin vücudu üzerinde ne önem arz ettiğini bilmesinin yeterli olduğunu, aksi halde mağdura fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını bilme zorunluluğu gibi bir yükümlülüğünün de getirilmiş olacağını savunan görüşler de bulunmaktadır¹⁷².

¹⁶⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.353.

¹⁶⁸ Ersözoğlu, Haydar, “*Türk Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu*”, (Kocaeli Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli, 2010, s.76.

¹⁶⁹ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayınevi, 6. Baskı, 2006, s.183.

¹⁷⁰ Şare, İlgilinin Rızası, s.1002.

¹⁷¹ Soyaslan, Özel Hükümler, s.183.

¹⁷² Özbek, Doğan, Bacaksız, s.353-354.

15 yaşından küçük çocukların her ne kadar cinsel istismar barındıran eylemler bakımından gösterdiği rızaya bir geçerlilik tanınmamışsa da, failin mağdurun yaşı bakımından yanılığa düşmesi durumunda, yanılışı ispat edilmiş ise işlediği fiil cinsel istismar suçunu oluşturmayacağı için failin kastının kalktığını kabul etmek gerekmektedir¹⁷³.

Cinsel istismar suçunun eşler arasında işlenip işlenemeyeceği bakımından, 15 yaşını tamamlamakla birlikte algılama yeteneği gelişmiş ve 18 yaşını tamamlamamış çocuğun evlenmesi halinde, cinsel saldırı eyleminin cebir, tehdit, hile ya da iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesi durumunda hangi suç kapsamında değerlendirileceği tartışmalıdır. Şöyle ki; TMK'ya göre evlenme yaşı 17 olmakla birlikte, olağanüstü durumlarda 16 yaşına inebilmektedir. Ancak bir kişi evlenme ya da mahkeme yoluyla ergin olması halinde dahi 18 yaşından küçük olması nedeniyle, kişinin kendisine karşı yapılan fiiller bakımından çocukların cinsel istismarı suçunun oluşabileceği savunulmaktadır¹⁷⁴. Diğer görüşe göre, fail ile mağdur arasında resmi bir evlilik olması ve TCK madde 102'de özel bir düzenleme olması nedeniyle cinsel saldırı suçunun oluşacağı kabul edilmektedir¹⁷⁵.

Evlenme yoluyla erginliği kazanmış ancak henüz 18 yaşından küçük olan mağdurun rızası dışında eşi tarafından yapılan cinsel davranışlar bakımından ise; bir görüş¹⁷⁶ evlilik ile kişi ergin sayılacağı için çocuğa yönelik cebir, tehdit ya da şiddete dayanarak yapılan cinsel davranışların cinsel saldırı suçunu oluşturacağını savunmaktadır. Diğer görüş¹⁷⁷ ise mağdurun duruma göre 17 ya da 16 yaşında olması nedeniyle rızası dışında yapılan cinsel davranışların çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacağını ifade etmiştir. Kanaatimizce, çocuğun evlilik nedeniyle ergin sayılması özel hukuka ilişkin bir değerlendirmedir. Kamu hukuku bakımından çocuğun tanımında açık ve net olarak 18 yaşını tamamlamamış herkesin çocuk sayılacağı ifade

¹⁷³ Koca, Üzülmöz, Özel Hükümler, s.360.

¹⁷⁴ Tezcan, Erdem, Önok, s.431-432.; Özbek, Doğan, Bacaksız, s.354.

¹⁷⁵ İşten, s.150; Taner, s.293.

¹⁷⁶ Soyaslan, Özel Hükümler, s.182.

¹⁷⁷ Tezcan, Erdem, Önok, s.431-432.

edilmiştir. Bu nedenle evlilik içerisinde mağdurun rızası dışında gerçekleştirilen cinsel davranışın çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacağı fikrine katılmaktayız.

Bu cinsel davranışın cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkilen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleşmesi halinde çocukların cinsel istismarı suçunun oluşacağı; cinsel davranışın bu nedenler olmaksızın gerçekleşmesi halinde ise evlilik ilişkisinin varlığı halinde gerçekleşen cinsel ilişkinin, çocukların cinsel istismarı suçunu da, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu da oluşturmayacağı şeklinde ikili bir ayrıma gidilmesi gerektiği de savunulmaktadır¹⁷⁸.

TCK'nın 103. maddesine göre cinsel istismar deyiminden; *“Onbeş 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”* anlaşılmaktadır. Ancak eylemin mağdurun vücuduna “organ veya sair cisim sokulması” şeklinde gerçekleşmesi halinde, suçun nitelikli halinin oluşması bakımından mağdurun yaşında herhangi bir ayırım bulunmamaktadır.

Doktrinde cinsel istismar kavramı; *“bir çocuğun rızası olmadan veya hileyle yani fesada uğratılmış bir irade ile rızası alınarak yahut fiziksel ya da psikolojik baskıya maruz bırakılarak cinsel uyarı veya tatmin gibi cinsel amaçlar için kullanılmasıdır”* olarak tanımlanmıştır¹⁷⁹.

Basit cinsel istismar suçundan bahsedilmek için cinsel ilişki boyutuna varmamış, sarkıntılık boyutunu aşan ve vücuda temasta devamlılık arz eden veya cinsel organı hedef alan davranışların varlığı gerekmektedir¹⁸⁰. Yargıtay da vücuda temas içermeyen hareketleri cinsel istismar olarak nitelendirmemiş, failin mağdura cinsel organını göstererek *“sen de seninkini göster”* şeklinde bir ifadede bulunmasını

¹⁷⁸ Özbek, Doğan, Bacaksız, s.355.

¹⁷⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.357.

¹⁸⁰ İştin, s.147.

ve mağdurun başkasıyla cinsel davranışlarda bulunmasına yönelik ikna edici sözlerde bulunmasını cinsel taciz suçu olarak değerlendirmiştir¹⁸¹.

B. Çocukların Cinsel İstismarı Suçunda Rıza

İlgili suç düzenlemesi gereğince, kız ya da erkek fark etmeksizin 15 yaşını doldurmamış olan çocuklar, yeterli olarak hem psikolojik hem de fiziki olgunluğa erişmemişlerdir. Bu nedenle yukarıda madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, kendilerine yönelen cinsel davranışların hukuki anlam veya sonuçlarını anlayamayacakları kabul edildiğinden, söz konusu yaş grubundaki çocukların rızaları da geçersiz sayılmakta ve kendilerine karşı yapılan her türlü cinsel davranış istismar olarak kabul edilmektedir.

Çocukların cinsel istismarı suçu bakımından rıza kavramında görüş ayrılığı bulunmakta; bir görüş, rızanın eylemi hukuka uygun hale getirmesi nedeniyle hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirmekte iken¹⁸², diğer bir görüş, rızanın suçu ortadan kaldırması nedeniyle suçun unsuru olduğunu savunmaktadır¹⁸³.

15 yaşını doldurmamış bu yaş grubunun rıza bakımından herhangi bir istisnası bulunmamakla birlikte, kendisine karşı yapılan fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını

¹⁸¹ "... Bu açıklamalar çerçevesinde değerlendirme yapıldığında somut olayda mağdurenin, baktıcısı olan tanık Hatice'nin evinde bulunduğu sırada, Hatice'nin kayınpederi olan sanığın mağdureye hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını göstererek, 'Sen de seninkini göster' demekten ibaret eylemin 5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanlıya düşülerek sanığın çocuğun basit cinsel istismarı suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi..." Yargıtay 14. CD., 17.03.2015 T., 2013/5437 E., 2015/4639 K.; "...Tüm dosya içeriğine göre, sanığın farklı zamanlarda iki kez mağdurenin göğüslerine dokunmak suretiyle bedensel temas içermesi nedeniyle basit cinsel istismarı suçunu oluşturan eylemleri dışında, yine farklı zamanlarda; 'Berat ile öpüşün, ben ona söylerim sevişin, göğüslerin küçükmüş, Berat göğüslerini ellesin, biraz büyüün, Berat ile sevişiyor musunuz, öpüşüyorsunuz', şeklinde bedensel temas içermeyen cinsel içerikli sözlerinin ise zincirleme şekilde cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilerek bu suçtan da mahkûmiyetine karar verilmesi yerine, eylemlerin bir bütün olarak çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğunun kabulü ile yalnız bu suçtan hüküm kurulması..." Yargıtay 14.CD., 26.10.2015 T., 2014/6831 E., 2015/9783 K., www.lexpera.com.tr, (e.t.15.06.2020).

¹⁸² Sevük Yokuş, Handan, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", TBB Dergisi, (2005), S.52, s.249.

¹⁸³ Taner, s.162.

algılama yeteneğinin olması durumunda dahi mağdur çocuk tarafından fiile karşı gösterilen rıza geçersiz sayılmaktadır¹⁸⁴. Çocuğun yaşlarından büyük göstermesi ya da yaşadığı çevre dolayısıyla olgun davranışlar sergilemesi karşısında da rızanın geçersizliği kabul edilmektedir. Ancak hata hükmünün uygulanması bakımından, diğer koşullarının bulunması halinde rızanın varlığından söz edebilmek mümkündür¹⁸⁵.

Suçun mağduru çocuğun 15 yaşından büyük olması ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin olması halinde fail tarafından gerçekleştirilen eylem cinsel ilişki boyutuna varmıyor ise mağdur tarafından gösterilen rıza, eylemin tipikliğini ortadan kaldıracak iken, cinsel ilişki boyutuna varan eylem failin TCK'nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında cezalandırılmasına sebep olacaktır¹⁸⁶.

15 yaşını tamamlamış ve algılama yeteneği bulunan çocuklar bakımından, rızaları geçerli olmakla birlikte cebir, tehdit, hile ya da iradeyi etkileyecek başka bir sebebe dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Burada hile, cebir ve tehdit gibi araçların çocuğun direncini kırarak nitelikte olması aranmamakta, sadece iradeyi etkilemesi yeterli sayılmaktadır¹⁸⁷.

Ayrıca mağdurun rızası neticesinde gerçekleşen cinsel fiilin tam olarak ne anlam ifade ettiğini, nasıl bir hukuki normla nitelendirildiğini bilmesine gerek bulunmamakta olup, failin cinsel nitelikli eylemlerinin bedeni üzerinde ne ifade ve önem arz ettiğini idrak edebilmesi yeterlidir¹⁸⁸.

15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte kendisine karşı yapılan fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği olmayan çocuğun ise göstermiş olduğu rızanın geçersiz kabul edilmesi nedeniyle, maruz kalacağı her türlü cinsel davranış çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturacaktır. Ancak mağdurun algılama yeteneğinin

¹⁸⁴ Tezcan, Erdem, Önok, s.439.

¹⁸⁵ Şare, İlgilinin Rızası, s.1001.

¹⁸⁶ Aydın, Murat, Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ağustos 2014, s.64.; Tezcan, Erdem, Önok, s.440.; Seçgin, s.94-95.

¹⁸⁷ Kocaoğlu, s.280.

¹⁸⁸ Kocaoğlu, s.281.

olmadığının fail tarafından biliniyor olması gerekmektedir. Failin bu durumu bilmemesi halinde hata hükümlerinden yararlanması mümkün olmakla birlikte, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan hakkında hüküm kurulması mümkündür¹⁸⁹.

Yargıtay, suçun mağdurunun, mental retardasyon, epilepsi ve spastiste hastalığı, sınır ile hafif derece arasında zeka geriliği denilen akıl zayıflığı gibi durumlarının bulunması halinde, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişip gelişmediği, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği, bu durumun hekim olmayanlar tarafından anlaşılıp anlaşılamayacağı hususları araştırılmadan eksik araştırma ile hüküm kurulmasını kanuna aykırı bulmaktadır¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Şare, İlginin Rızası, s.1001; Ayrıca bkz. “...Kayden 15.12.1996 doğumlu olup yaşına itiraz edilen mağdure... ile ilgili, mahkemece yapılan araştırma sonucunda 12.06.1996 tarihinde hastanede doğduğunun belirlenmesi ve sanık İlhami'nin mağdureye yönelik eyleminin gerçekleştirildiği 15.06.2011 itibariyle mağdurenin onbeş yaşını tamamlamış hale gelmesi karşısında, sanık İlhami'nin soruşturma evresinde müdafii huzurunda verdiği kolluk ifadesi ile bu hususta polis memurlarınca düzenlenen tutanak içeriği ve kovuşturma evresinde mağdure hakkında ... Üniversitesi Tıp Fakültesi bünyesinde oluşturulan heyetçe düzenlenen 19.06.2012 günlü, 1618 sayılı raporda, mağdurede mevcut hafif mental retardasyon nedeniyle maruz kaldığı eylemin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmediği ve durumunun hekim olmayanlarca anlaşılamayacağı yönünde bilgi verilmesi karşısında, öncelikle mahkemece sanık İlhami'nin mağdurede mevcut mental retardasyon durumunu bilip bilmediği hususunda değerlendirme yapılmasının ardından, bilmediği sonucuna varılması halinde mağdurenin 12.06.1996 tarihinde hastanede doğduğuna ilişkin kayıt nazara alınıp bu durumun cezai sorumluluğunu etkilemesi sebebiyle sanık İlhami yönünden yaş tashihi yapılması gerekeceğinden 5271 sayılı CMK'nın 218/2. maddesi uyarınca mağdurenin 15.12.1996 olan doğum tarihinin 12.06.1996 olarak tashih edilmesi ve buna göre sanığın eyleminde beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunun unsurları itibariyle oluşmayıp tashih edilecek yaşa göre sanığın mağdure ile livata yoluyla cinsel ilişkiye girmeye kalkışmasından dolayı eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna teşebbüs olduğu gözetilerek TCK'nın 104/1, 35. maddeleri gereğince mahkûmiyetine ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da kanuni unsurlarının oluşmadığı göz önüne alınarak müsnet suçtan beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde atılı suçlardan mahkûmiyetine hükmedilmesi...” Yargıtay 14. CD., 13.05.2015 T., 2015/3819 E., 2015/6380 K., www.lexpera.com.tr, (e.t.15.06.2020).

¹⁹⁰ “Aşamalarda beyanları istikrar gösteren ve Kdz. Ereğli Devlet Hastanesince düzenlenen 18.09.2008 tarihli raporda, ‘mental retardasyon, epilepsi ve spastiste hastalığı bulunduğu’ belirtilen mağdurenin, bu durumunun hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılamayacağı, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olup olmadığı ve özellikle de beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği hususlarında açıklayıcı rapor alındıktan sonra, tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulması” Yargıtay 14. CD., 03.03.2014 T., 2012/5116 E., 2014/2577 K.; “Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu'nun 18.08.2010 tarihli raporunda, mağdurede ‘sınır ile hafif derece arsaında zeka geriliği denilen akıl zayıflığı saptandığı, saptanmış olan bu zeka geriliği nedeniyle mağduresi bulunduğu olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacağı ve fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olamayacağının’ belirtilmesi karşısında, mağduredek zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılıp anlaşılmayacağı ve beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği hususlarda aynı kurulda mütalaa alındıktan sonra sonucuna göre, sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik soruşturma ile hüküm kurulması” Yargıtay 14. CD., 11.02.2014 T., 2012/2924 E., 2014/1473 K., www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t.20.06.2020).

Cebir, tehdit ve hile tabirlerinin yanında “*iradeyi sakatlayan başka nedenler*” ifadesinin ne anlama geldiği konusunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, bu ifadeden “geçici bir nedenle” ve yahut “alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle” mağdurun davranışlarını yönetebilme yetisinin ortadan kalkması veya azalması anlaşılmalıdır¹⁹¹. Gerekçede bu husus belirtilmemekle birlikte mağdurun aksi yöndeki iradesini ortadan kaldırmaya yönelik bir etkinin varlığı aranmadığından, algılama yeteneği gelişmiş olan mağdur çocuğa karşı cebir, tehdit veya hile kullanmaksızın ikna edilmesi durumunda, iknanın iradeyi etkileyen bir kavram olarak kabul edilmesi suç tipinin uygulama alanını genişleteceğinden, “*iradeyi etkileyen başkaca neden*” ifadesini sayılan durumlarla sınırlı olarak yorumlamak gerekeceği savunulmaktadır¹⁹². İknanın çok geniş bir kavram olduğu göz önünde bulundurulduğunda, iradeyi sakatlayan başkaca nedenlere dahil edilmesinin suç tipinde uygulama alanını genişleteceği görüşüne katılmakla birlikte, “*iradeyi etkileyen başka bir neden*” ibaresini sınırlı yorumlamak yerine, maddede ilgili kavramdan kast edilen nedenlerin neler olduğu hususunda açıkça bir düzenlemeye gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Mağdurun rızayla cinsel ilişkiye girmesine rağmen mi fail hakkında şikayette bulunduğu, yoksa gerçekten de suçun mağduru mu olduğunun tespitinde Yargıtay, bazı olaylarda mağdurun şikayette geç bulunması, fail ile aralarındaki husumet nedeniyle intikam almak amacıyla şikayette bulunması gibi hususları bir arada değerlendirerek mağdurun sanığa mesnetsiz isnatta bulunulabileceğini hüküm altına almıştır¹⁹³.

¹⁹¹ Tezcan, Erdem, Önok, s.431.

¹⁹² Tezcan, Erdem, Önok, s.431.

¹⁹³ “*mağdureler ... ile ... aşamalarda alınan beyanlarında sanığın, kendilerine yönelik çocuğun basit cinsel istismarı eylemlerini gerçekleştirdiğini belirtmiş iseler de; olay tarihinde okulda müdür vekili olarak görev yapan sanığa, tanık ... tarafından, sınıfta uygunsuz hareketler içeren doğruluk-cesaret adli oyunun oynandığının haber verdiği, sanığın bunun üzerine aralarında mağdure ... da olduğu bazı öğrencileri yemekhanedeki sahne kısmına çıkartarak diğer öğrencilerin önünde oynanan oyun nedeniyle ikazlarda bulunduğu, velilerine durumun haber verileceğini ve haklarında işlem yapılacağını belirttiği ve ek-10 formu denilen formu doldurduğu, akabinde mağdurelerin okulda ve okula ait yatakhane kısmında sanığı kastederek ‘bunu bize yapmayacaktı, intikamımızı alacağız, öcümüzü alacağız’ yönündeki konuşmalarının tanıklar ..., ..., ... tarafından farklı zamanlarda duyulduğu, ... savcılıkta verdiği ifadede kendisine yönelik eylem gerçekleştikten sonra ... da odaya geldiğini belirttiği halde, ... aşamalarda odaya gittiğinde sanığın tek olduğunu ve yalnız kaldığını belirtmesi karşısında mağdurelerin ifadeleri arasında çelişki olduğu, mağdurelerin iddialarını eylemlerden uzun süre sonra dile getirdikleri, sanığın savunmalarında üzerine atılı suçu inkar edip anılan husumet oluşturacak sebebi dile getirdiği, mağdurelerin sanıktan intikam alacaklarına dair konuşmalarının da farklı yer ve*

Bunun yanında Yargıtay, mağdurun sosyal konumunu korumak istemesi nedeniyle geç şikayette bulunmasının, cinsel ilişkinin rızaya dayalı olduğunu göstermeyeceğini, somut olayın niteliklerine göre değerlendirilme yapılmasının gerektiğini hüküm altına almıştır¹⁹⁴.

Rıza ile gerçekleştirilmesi suçun tipiklik unsuru ise rıza hilafına gerçekleştirilen fiil, o suça sebebiyet vermeyecektir. Ancak rıza olmaksızın gerçekleştirilen fiil bir başka suç tipine uygun ise artık failin sorumluluğu yeni suç tipine göre belirlenmektedir. Örneğin, 16 yaşında bir çocukla rızası olmaksızın cinsel ilişkide bulunan kişinin fiili, TCK'nın 104. maddesi birinci fıkrasında düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bağlamında değil, TCK'nın 103. maddesinde düzenlenen çocuğun cinsel istismarı suçu doğrultusunda değerlendirilir¹⁹⁵.

Mağdurun kendisine yönelen eyleme vereceği rızanın cinsel davranışın tüm aşamalarında bulunması ve tüm aşamalarına yönelik olması gerekmektedir. Başlangıçta erkek arkadaşının öpme eylemine karşı mağdurun göstermiş olduğu rıza, erkek arkadaşının sevişme ya da cinsel ilişkiye girme gibi eylemlerine yönelik devam etmemekte ise bu durumda suçun oluşmadığından bahsetmek mümkün olmayacaktır¹⁹⁶.

zamanlarda birden fazla tanık tarafından duyulduğu anlaşılacakla, mağdurelerin sanığa isnatta bulunabilecekleri yönünde şüphe oluştuğu, bu nedenle sanığın müsnet suçları işlediğine dair cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı gerekçeyle ve bozma ilamına dayanılarak mahkûmiyetine hükmedilmesi,” Yargıtay 14. CD., 20.03.2017 T., 2016/12325 E., 2017/1430 K., www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t.15.06.2020).

¹⁹⁴ “...mağdurenin hamileliği anlaşıluncaya kadar tecavüz olayından aile çevresine bahsetmemiş olması da cinsel ilişkinin rızaya dayalı olduğunu göstermez. Zira mağdurenin olayı açıklaması üzerine babaannesinin kolluk kuvvetlerinin yanında kendisine saldırması, bilahare amcası ile diğer yakınlarının ifadesini değiştirmesi için üzerinde baskı kurup tehdit etmeleri ve olayın açığa çıkmasından sonra mağdurenin köyde kalamayıp annesinin yanına sığınmak zorunda kalması da, önceki suskunluğunun nedeni olan öngörülerinin haklılığını ortaya koymaktadır. Kaldı ki mağdure, babasının kendisine yönelik davranışlarını güvendiği bir arkadaşına kısmen anlatmış ve evden kaçarak babasından kurtulmak istediğini de söylemiştir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, sanığın manevi cebir (tehdit) kullanmak suretiyle zincirleme olarak ve ayıplı bırakacak biçimde öz kızı olan mağdurenin ırzına geçtiği anlaşıldığından...” Yargıtay CGK, 25.03.2003 T., 2002/5-324 E., 2003/55 K., www.legalbank.net, (e.t.17.06.2020).

¹⁹⁵ Ekici Şahin, s.83.

¹⁹⁶ Aydın, s.64; Ersözoğlu, s.77.; “ mağdurenin otoparka kadar kendi rızası ile gelmiş olması ve öncesinde birlikte bira içmeleri nedeniyle, otoparkta araba içerisinde ve daha sonrasında gerçekleşen cinsel birleşme dışındaki eylemlere rızasının olduğu ileri sürülebilir ise de; sanığın savunmasından ve sanık ile mağdure arasında geçen internet konuşmalarından anlaşılacağı üzere, olay günü mağdurenin,

Tartışmalı hususlardan birisi de; TCK'da 15 yaşını bitirmiş ancak 18 yaşını tamamlamamış olan çocuklara karşı işlenen “cinsel amaçlı olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” fiillerinde, küçüğün rızasının fiili hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği hususuna ilişkindir.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, 27.09.2007 tarihli ve 9857-6861 sayılı kararı ile; “...Dosyadaki nüfus kaydına ve müştekinin 09.05.2001 günlü dilekçesinde 02.05.2001'de kaçırıldığı belirtildiğine göre, suç tarihinde 15 yaşını bitirdiği anlaşılan mağdurenin rızası ile kaçırılması ve alıkonulması, 765 sayılı TCK.nun 430/2. maddesine muhalefet suçunu oluşturmakta ise de; 5237 sayılı Yasanın 109. maddesinin kişinin bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinin üzerinde tasarrufta bulunabilmek hakkını koruduğu aynı yasanın rızayı hukuka uygunluk nedeni sayan 26/2. maddesinin ‘kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez’ hükmü karşısında, rızaya dayanarak fiili gerçekleştiren sanığın 109. madde anlamında hukuka aykırı davranışından söz edilemeyeceği, rızanın fiili hukuka uygun hale getirdiği ve 7/1. madde dikkate alınarak sanığın kaçırıp alıkoymak suçundan beraatı yerine hükümlülük kararı verilmesi...” isabetsizliğinden yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itiraz yoluna başvurması üzerine, Yargıtay Ceza Genel Kurulu¹⁹⁷ Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazının reddine karar vermiştir. Çoğunluk görüşüne katılmayan bazı üyeler ise “Bu koşullarda, rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için,

sanığın ısrarlı davetleri sonucu bir saatliğine dolaşmak üzere sanık ile buluşması, yaşı ve içerisinde bulunduğu ergenlik döneminin özellikleri gereği sanık ile duygusal ilişki yaşamak istemesi ve dahası bu amaçla otoparka gelmiş olması, sanık tarafından gerçekleştirilmiş olan nitelikli cinsel istismar ve hürriyetten yoksun kılma eylemlerine de rızası olduğunu göstermez.” Yargıtay CGK, 07.06.2011 T., 2010/214 E., 2011/112 K., www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t.18.06.2020).

¹⁹⁷ “...Burada uyumsuzluğun sağlıklı bir hukuki zemine oturtulabilmesi için onbeş yaşını bitirmiş olup ta onsekiz yaşını tamamlamamış olan çocukların bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlüklerinin bulunup bulunmadığının dolayısıyla da bu konudaki rızalarının geçerli olup olmadığının belirlenmesi zorunluluğu doğmaktadır. Bunun için de Medeni Yasaya başvurulması gerekmektedir...Bundan da anlaşılacağı üzere kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak özgürlüğü üzerinde tasarrufta bulunma hakkının sadece kendisine ait olacağı açıktır...Hükümlünün, suç tarihinde 15 yaşını tamamlamış ayırt etme gücüne sahip (sezgin küçük) mağdure Fatma Özdemir'i rızasıyla cinsel amaçlı olarak hürriyetini kısıtlamaktan ibaret eylemi 5237 sayılı TCY'nun 109/1-3/f-5. maddesi kapsamında olup, mağdurenin aynı Yasanın 26/2. maddesi kapsamındaki rızası fiili suç olmaktan çıkararak hukuka uygun hale getirmektedir. Bu nedenle Özel Dairenin kararı isabetli olup Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.” Yargıtay CGK, 11.03.2008, 2007/5-252-2008/52, karararama.yargitay.gov.tr (e.t. 18.06.2020).

çocuğun kendisine tanınan sınırlar içinde bir tasarrufta bulunması gereklidir. Bu bağlamda, çocuğun arkadaşına ders çalışma için gitmesi halinde kendisine hukuken tanınan sınırlar içinde hareket ettiğinde tartışılır bir hal yoktur. Ancak çocuğun cinsel saldırıya uğrayacağını bilerek bir yere gitme ya da o yerde kalma özgürlüğü olduğunu kabullenmek ve bu yöndeki rızayı Yasanın 26/2. maddesi kapsamında hukuka uygunluk sebebi saymak isabetli bir yorum sayılmamalıdır. Bu alanda çocuklara sağlanan özgürlük mutlak olmayıp sınırlıdır. Bu sınırların Medeni Yasada açıklıkla öngörülen çerçevenin dışına çıkarılması ve çocuğu, suç mağduru haline dönüştürecek ortama sevketmeye izin verir tarzda genişletilmesi düşünülmemelidir. Bu açıklamalar ışığında, velisinin ya da yasal temsilcisinin rızası olmadan bir yere gitme ve bir yerde kalma özgürlüğüne mutlak olarak sahip olmayan çocuğun, hürriyetinin kısıtlanması hukuka aykırı olup, çocuğun rızası bu fiili hukuka uygun hale dönüştürmemektedir. Hukuk düzenimizde çocuğun velisinin izni olmadıkça bir yere gitme veya bir yerde kalmasına izin veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Velinin de bir başkasının cinsel tatminine muhatap kılmak niyetiyle çocuğunun hürriyetini tahdit için göstereceği rızanın geçerliliği bulunmamaktadır. Zihinsel ve fiziksel gelişimini tamamlamamış olduğu Medeni Yasa tarafından açıkça kabul edilen çocuklara böyle bir özgürlüğün verilmiş olabileceği de düşünülmemelidir. Kişisel özgürlüklerin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu ve rızanın hukuka uygunluk nedeni olacağı yorumuyla ergin çocuğun bir yere gitmek veya bir yerde kalmakta özgür olacağına hükmetmek bunun ancak meşru amaçlarla yapılmasına bağlıdır. Gittiği yada kaldığı bu mekanda rızasıyla gerçekleşen cinsi teması, yasa koyucu, 104. maddesinde suç saydığına ve bu hali cinsel özgürlük kapsamında rızadan kaynaklanan hukuka uygunluk saymadığına göre, kabul edilemez bir yorumla cinsel amaçlı özgürlük kısıtlamalarını da, failleri yönünden suç saymak zarureti vardır.” ifadeleri ile Özel Daire’nin kararının kaldırılarak, yerel mahkemenin direnme kararının onanmasına karar verilmesi düşüncesi ile karşı oy kullanmışlardır.

Karşı oyda ifade edilen düşüncelerin yanında; Yargıtay’ın verdiği söz konusu kararlarda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından rıza ehliyetinin belirlenmesine ilişkin Kanun’da düzenlenmemiş bir yaş sınırı getirmesi ve bunu yerleşik bir içtihadı dönüştürmesinin yorum sınırlarını zorlama olduğu, TCK’nın 103. maddesinde çocukların cinsel istismarı suçu için kabul ettiği rızaya ilişkin unsurun,

ancak bu suç tipine ait özel bir düzenleme olduğu, bu nedenle de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından kıyasen uygulamasını gerektiren yasal bir neden bulunmadığı yönünde karara eleştiriler getirilmiştir¹⁹⁸.

AİHM'nin M.C./Bulgaristan kararına konu olayda; başvurana iki erkek tarafından tecavüz edilmiş ve dosyada başvuran mağdurenin tecavüze direndiği veya yardım istediği tespit edilemediğinden takipsizlik kararı verilmiştir. AİHM, fiile rıza verilmemesinin tecavüz ve cinsel istismarın tespitinde temel olması gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde düzenlenen aşağılayıcı muamele yasağının ve 8. maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının ihlal edilmiş olduğuna hükmetmiştir. AİHM, devletlerin, mağdur bir direnç göstermemiş olsa bile, rıza haricinde gerçekleşen cinsel eylemleri kovuşturma yükümlülüğü bulunduğunu, hem soruşturma işlemlerinin hem Bulgar hukukunun kusurlu olduğunu ifade ederek hüküm kurmuştur¹⁹⁹.

CMK'nın 76. maddesinde yer alan “diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” düzenleme doğrultusunda, bir hekim tarafından mağdurun rızası çerçevesinde ya da hakim kararı veya Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karar doğrultusunda genital muayene yapılması, kanun emrinin yerine getirilmesi nedeniyle hukuka uygun bulunmakla birlikte, hekimin bahsi geçen izin olmaksızın muayene yapması, cinsel tatmin amacıyla olmamak şartıyla TCK'nın 287. maddesinde düzenlenen “genital muayene” suçunu meydana getirecektir²⁰⁰.

CMK'nın 76. maddesinin yanında, CMK'nın 75. maddesindeki “şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması” başlıklı düzenlemenin üçüncü fıkrasında yer alan hüküm gereğince, bedeninin iç ve dış muayenesini hakim kararıyla hekim ya da sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi yapabileceğinden, bu

¹⁹⁸ Ekici Şahin, s.123-124.

¹⁹⁹ “Şiddet izleri veya görgü tanıkları gibi ‘doğrudan’ tecavüz delili bulunmayan hallerde rıza yokluğunu kanıtlamak pratikte bazen güç olmakla birlikte; Mahkeme, yine de yetkili makamların bütün maddi olayları araştırmaları ve olayın içinde bulunduğu bütün maddi koşulları değerlendirerek karar vermeleri gerektiğini düşünmektedir. Yapılan soruşturma ve varılan sonuçlar, rıza göstermeme meselesine odaklanmalıdır.” M.C./Bulgaristan Kararı, Karar Tarihi: 04. 12. 2003, Başvuru Numarası: 39272/98,§181, in: <https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/merkezler/mc-bulgaristan-karari.pdf>, (e.t.03.09.2020).

²⁰⁰ Aydın, s.64.; Deniz, s.29.

düzenlemeye uygun olarak yapılan işlemler hukuka uygun olacak ve cezalandırılmayacaktır. Ancak muayeneyi gerçekleştirecek olan kişinin muayene amacını aşarak cinsel eylemlerde bulunması durumunda, bu eylemlerinden cezai sorumluluk doğabilecektir²⁰¹.

Bu kapsamda, bir hekim ya da sağlık mesleği mensupları tarafından, tıbben gerekmediği halde cinsel tatmin amacıyla hasta olarak gelen çocuğa temas edilmesi durumunda, çocukların cinsel istismarı suçu meydana gelecek iken, temasın muayene kapsamında kalması halinde ise hekim veya sağlık mensubu tarafından gerçekleştirilen eylem herhangi bir hukuka aykırılık teşkil etmeyeceğinden, suç teşkil etmeyecektir²⁰².

Cinsel istismar suçunun eşe karşı işlenmesi halinde, TMK'nın 124. maddesine göre 17 yaşını doldurmadan evlenilmeyecektir. Ancak hakim, olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebebin varlığı halinde 16 yaşındaki erkek ya da kadının evlenmesine izin verebilmektedir. Bu durumda eşlerden birinin olağanüstü durumun varlığı halinde 16, diğer durumlarda ise 17 yaşını doldurmuş olması durumunda, rızanın cebir, tehdit veya hileye dayalı olarak bulunmaması halinde cinsel istismar suçu oluşacaktır. Ancak rızanın varlığı dahilinde cinsel eylemin gerçekleştirilmesi, hukuka uygun olarak gerçekleştirilen evlilik içerisinde evliyle suç oluşturmayacaktır²⁰³.

102. maddede yer alan eşler arasındaki nitelikli cinsel saldırı suçuna ilişkin düzenleme karşısında, cinsel istismar suçunda böyle bir düzenleme söz konusu olmadığından, ergin kılınmış bile olsa, rıza çerçevesinde bulunmayan her türlü basit ve hafif cinsel eylemler, 103. madde kapsamında suç sayılmaktadır²⁰⁴. Anayasa Mahkemesi'ne göre; TMK'ya uygun bir şekilde yapılan evlilikte, eşlerden birinin

²⁰¹ Seçgin, Damla, “Çocukların Cinsel İstismarı Suçu”, (Çankaya Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2018, s.93.

²⁰² Aydın, s.64.; Ersözoğlu, s.77.

²⁰³ Kocaoğlu, s.284.

²⁰⁴ Kocaoğlu, s.285; Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.354.

çocuk olması durumunda, çocukların cinsel istismarı suçunun işlenebilmesi mümkün değildir²⁰⁵.

Varsayılan rıza bakımından; kanunda açıkça rıza düzenlemesi yer almasa da, doktrinde, mağdur çocuk bakımından kendisine karşı gösterilen cinsel eyleme karşı rıza göstermesinin anlaşılması gerektiği ve bu nedenle açıkça rıza düzenlemesinin gerekmediği konusunda görüş birliği bulunmaktadır. Bununla birlikte mağdur bakımından gösterilen rızanın açık olması gerektiği ve varsayılan rızanın söz konusu olamayacağı savunulmaktadır²⁰⁶.

IV. REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ SUÇUNDA RIZA

A. Suçla İlgili Genel Açıklamalar

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, mülga 765 sayılı TCK'nın 416. maddesinde ırza geçme, ırz ve namusa tasaddi suçları yanında düzenlenmiş ve buna ek olarak 423. maddede de “evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu” düzenlenmiş iken 5237 sayılı TCK'da 104. maddede “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçu düzenlenmiş²⁰⁷ ve evlenme vaadiyle kızlık bozma suçuna yer verilmemiştir.

²⁰⁵ “Türk Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin hükümleri incelendiğinde, Türk Ceza Kanunu'nda benimsenen ve henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişilerin çocuk olarak tanımlanması yolundaki yaklaşımın bir benzerinin kabul edildiği ve onsekiz yaşını dolduran her kişinin ergin sayıldığı ve evlenmenin kişiyi ergin kılacağına hükme bağlandığı görülmektedir. Yine Türk Medeni Kanunu'nda, erkek veya kadının onyedinci yaşını doldurmadıkça evlenemeyeceği, ancak olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine hâkimin izin verebileceği belirtilmiştir. Bu anlamda, kişinin onsekiz yaşını doldurmadan önce evlenebilmesinin koşullarının Türk Medeni Kanunu'nda düzenlendiği ve buna uygun olarak gerçekleşen evlilikler yönünden itiraz konusu kuralda öngörülen suçun işlenebilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Kaldı ki evli kişilerin cinsel davranışlarla eşlerinin vücut dokunulmazlığını ihlâl etmesi, Türk Ceza Kanununun 102. maddesinde, takibi şikayete bağlı olan ayrı bir suç olarak öngörülmüştür.” Anayasa Mahkemesi, 12.11.2015 T., 2015/43 E., 2015/101 K., www.anayasa.gov.tr, (e.t.22.06.2020).

²⁰⁶ Malkoç, İsmail, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Ankara, Malkoç Kitabevi, 1. Baskı, 2009, s.276.

²⁰⁷ Madde metni şu şekildedir: “(1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2)

18 Haziran 2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 60. maddesi ile ilgili maddede yapılan değişiklikler neticesinde; maddenin ikinci fıkrası ile mevzuatımıza sınırlı ölçüde "ensest" suçu girmiş, ancak her türlü ensest ilişkiyi cezalandıracak nitelikte bir düzenleme yapılmamış, yalnızca çocuklara karşı işlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenmiştir²⁰⁸. Bu durumda 15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların rızasına itibar edilmesi mümkün olmadığından, rızasının bulunması halinde dahi arasında evlenme yasağı bulunan kişilerle cinsel ilişki yaşanması durumunda fail çocukların cinsel istismarı suçundan sorumlu tutulacaktır²⁰⁹.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda korunan hukuki yarar, düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, çocuğun cinsel dokunulmazlığı ve gelişimi olarak kabul edilmiş olup, kanun koyucu tarafından temyiz kudretine sahip olması halinde dahi, 15 yaşını tamamlamış olan çocuğun cinsel bütünlüğünün de korunmak istendiği açıktır²¹⁰.

Suçun faili, Kanun hükmünde herhangi bir özel ifade kullanılmadığından, cinsiyet ve yaş fark etmeksizin herkes olabilecektir. Ancak cebir, tehdit ve hile olmaksızın kurulan cinsel ilişki suçunda tarafların her ikisinin de 15 yaşını bitirmiş çocuk olmaları halinde, failin kim olacağı sorununa da kısaca değinmek gerekmektedir. Madde metninden söz konusu durum gerçekleştiğinde her ikisinin de fail olabileceęi²¹¹ sonucu ortaya çıkmakta iken, öğretilerde; her iki tarafında hem fail hem mağdur konumunda olması nedeniyle kanun koyucunun madde metninde fail bakımından açık düzenleme yapması gerektiği ve bizimde katıldığımız görüşü²¹², bir

Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde, şikayet 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 halinde, şikayet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur".

²⁰⁸ Tazcan, Erdem, Önok, s.401.

²⁰⁹ Yokuş Seviük, Handan, "6545 sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.3, S.2, s.138.

²¹⁰ Tezcan, Erdem, Önkok, s.448; Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.375.

²¹¹ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.377-378.

²¹² Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, Eylül 2019, s.387.

kişinin aynı suç içerisinde hem fail hem de mağdur olamayacağı ilkesinden hareketle, karşılıklı olarak şikayetten vazgeçilmesi halinde soruşturma ve kovuşturmanın mümkün olmayacağı görüşü²¹³, son olarak ise kimin fail kimin mağdur olduğunun belli olmadığı bir suç düzenlemesi söz konusu olmayacağından, suçun failinin ancak ve ancak 18 yaşını doldurmuş kişiler olabileceği görüşü²¹⁴ olmak üzere üç görüş bulunmaktadır. Yargıtay ise cinsel ilişkiye giren kişilerin 15-18 yaş aralığında olmaları durumunda, ilişkideki pasif-aktif durumuna göre değerlendirme yapmakta ve pasif durumda olan kişiyi mağdur, aktif durumda olan kişiyi ise fail olarak değerlendirmektedir²¹⁵.

Bunun yanında, 104. maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında, “mağdur ile aralarında evlenme yasağı bulunan bir kişinin suçu işlemesi” ve “evlat edinme öncesi çocuğun bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde çocuk hakkında koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında olan kişinin fail olması” durumları özgü faillik olarak düzenlenmiş ve ceza suçun basit haline göre arttırılmıştır.

Suçun mağduru, 15 yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuktur. Bu nedenle her olayda mağdurun yaşının doğru olarak tespit edilmesi önem taşımaktadır. Şöyle ki; mağdurun 15 yaşını tamamlamamış olması halinde, artık reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil, çocuğun cinsel istismarı suçu inceleme alanı bulacaktır. Yine 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar bakımından da, yukarıda açıkladığımız gibi, cinsel istismar suçu söz konusu olacaktır. Bu doğrultuda Yargıtay, kararlarında²¹⁶; yaş tespitinin doğruluğu, kardeşlerin doğum tarihlerini karşılaştırmak gibi verilerle denetlemektedir.

²¹³ Soyaslan, Özel Hükümler, s.188.

²¹⁴ Koca, Üzülmez, Özel Hükümler, s.372.; Yokuş Sevik, Değişikliklerin Değerlendirilmesi, s.137.

²¹⁵ Yargıtay 14.CD., 24.01.2013 T., 2012/13961 E., 2013/467 K.; Aktaran: Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.378.

²¹⁶ “Onaylı nüfus kaydı ve doğum tutanağına göre 15.08.1990 doğumlu olup 14.11.1991 yılında nüfusa tescil edilen, herhangi bir sağlık kuruluşunda doğma- dığı anlaşılan ve Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulunun 27.10.2010 tarihli raporu- na göre de grafiplerin çekilme tarihi olan 11.02.2008 günü itibari ile 22 yaşından büyük olan mağdurenin, kati yaşının grafiplerle belirlenemeyeceği belirtilmiş ise de, söz konusu rapora göre mağdurenin 11.02.1986 tarihinden önceki bir tarih- te doğduğu sabit olup, suç tarihinde 18 yaşını tamamlamış olduğu, aile nüfus kaydı ve kardeşlerinin doğum tarihleri de nazara alınarak mağdurenin doğum tarihinin ay ve günü baki kalmak kaydı ile en az 1985 yılı olarak

Ayrıca bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında²¹⁷; sanığın savunmasında mağdurun yaşının nüfusta gösterilenden daha büyük olduğunu ifade etmesi durumunda, sanık ile mağdurun arkadaşlık süreleri gibi hususlar da dikkate alınarak, TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinden yararlanmasının mümkün olmadığı hüküm altına alınmıştır.

Suçun mağduru açısından yine erkek ya da kadın olması fark etmemekle birlikte, suçu erkeğin erkeğe karşı işleyebilmesi de mümkün iken, kadının kadına karşı bu suçu işleyip işleyemeyeceği tartışmalıdır. Bazı yazarlarca; öğretide cinsel ilişkinin duhul niteliğindeki doğal yollu cinsel birleşme olarak tanımlanması nedeniyle, iki kadın arasında bu şekilde cinsel ilişkinin kurulması fiziki ve biyolojik açıdan mümkün olmayacağından suçun oluşmayacağı, doğal yolla olmayan yani sair cisim veya yapay penis sokulması gibi durumlar da cinsel ilişki niteliği taşımadığından bu suçu oluşturmayacağı ifade edilmektedir²¹⁸. Diğer bazı yazarlar ise, cinsel ilişki kavramının sadece doğal yolla gerçekleşebileceğinin kabul edilmesi halinde sırf erkeklik organının bulunmaması nedeniyle cinsel anlam ifade eden eylemin suç teşkil etmemesinin kabulü halinde, bunun kanun koyucunun 15-18 yaş aralığındaki kişinin korunması yönündeki amacına ters düşeceğini ifade etmektedirler. Bu çerçevede, 18 yaşını tamamlamış bir kadının herhangi bir iradeyi etkileyen hal olmaksızın 15-18 yaş aralığında bir kız çocuğuna anal/vajinal yollarla sair cisim ya da yapay penis gibi cisimle duhulde bulunması halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşacağı savunulmuştur²¹⁹.

düzeltilmesi gerektiği nazara alınmadan sağlık kurulu raporu ile çelişir biçimde mağdurenin doğum tarihinin 15.08.1989 olarak düzeltilmesine karar verilmesi” Yargıtay 14. CD., 12.09.2013 T., 2012/3551 E., 2013/9090 K., www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t.03.09.2020).

²¹⁷ “Sanık aşamalarındaki savunmasında mağdurenin nüfusa küçük yazıldığını, normalde 17 yaşında olduğunu belirtmiş ise de, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen raporda mağdurenin suç tarihi itibarıyla on beş yaşını bitirmediğinin ifade edilmiş olması ve mağdureyi gözlemleyen mahkemece de bu hususun teyit edilmiş bulunması karşısında, sanığın mağdurenin suç tarihinde on beş yaşından büyük olduğu yönündeki savunmasının kabulü mümkün değildir. Kaldı ki yaklaşık iki yıl süreyle mağdure ile arkadaşlık yapan sanığın mağdurenin gerçek yaşını bilmemesi hayatın olağan akışına da uygun değildir. Dolayısıyla mahkemece kendiliğinden araştırılması gereken bir husus olmadığı gibi, 5237 sayılı TCK'nun 30. maddesinde düzenlenmiş olan hata halinin uygulanma şartları da mevcut değildir.” Yargıtay CGK, 11.03.2014 T., 2013/14-812 E., 2014/130 K., www.kararara.com, (e.t.01.07.2020).

²¹⁸ Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Mart 2010, s.3417; Tezcan, Erdem, Önok, s.454-455.; Işıka, s.68-69.

²¹⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.380.

Ayrıca mağdurun yaşı 15-18 yaş arasında olup, yaşın tashihi davası ile yaşını 18'e yükseltmiş ise eylemin mağdurun yaşını yükseltmesi sonrasında işlenmesi halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmayacaktır²²⁰.

B. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçunda Rıza

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşumunda “cebir, tehdit, hile olmaksızın” ifadelerine yer verilmek suretiyle mağdurun rızasının, suçun bir unsuru olarak düzenlendiği kabul edilerek, TCK'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ilgilinin rızası, bu suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kendisini göstermeyeceği savunulmuştur²²¹. Mağdurun rızasının bulunması, bu suçun oluşumu bakımından şart olup, rızanın olmaması durumunda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşması da mümkün olmayacaktır²²². Bu halde 103. maddedeki cinsel istismar suçunun oluşumu gündeme gelecektir.

TCK 104. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suçun temel şekli şikayete bağlı olmakla birlikte, ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenen nitelikli halleri şikayete bağlı değildir. Her ne kadar kanun koyucu tarafından 104. maddede 15 yaşını tamamlamış çocuğun rızası ile cinsel ilişkide bulunması durumunda şikayete bağlı olduğu düzenlenmiş olsa da, rızasıyla cinsel ilişkiye giren mağdurun neden şikayet

²²⁰ Köprülü, s.108; Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.380.

²²¹ Kocaoğlu, s.419; Ayrıca bkz. “Katılan mağdurenin aşamalarda anlatımları, savunma ile adli tıp uzmanı tarafından düzenlenen 19.04.2010 günlü, 10368 sayılı cinsel muayene raporu nazara alındığında, kayden 16.06.1993 doğumlu olup, suç tarihinde 17 yaşı içerisinde bulunan mağdure ile tanışıp arkadaş olan sanığın, olay günü dışarıda bulunduğu mağdureyle gittiği inşaatta cebir, tehdit veya hile kullanmaksızın cinsel ilişkiye girmesinden sonra, onu götürdüğü evinde ihbar üzerine polis memurlarınca yakalandığı tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından, mağdurenin aşamalarda vekil huzurunda verdiği ifadelerinde sanıktan şikayetçi olması karşısında, sanığın eyleminin TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu, bu suçun şikayet üzerine takip edilen suçlardan olup, süresinde yapılan şikayetin suçun oluşumu açısından yeterli olduğu göz önüne alınarak sanığın mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken anılan maddenin yorumunda hata yapıp geçerli rıza halinde sonradan başka saiklerle yapılan şikayetin hukuken geçersiz olduğu şeklindeki kanuni olmayan gerekçeye dayanılarak yazılı şekilde beraat kararı verilmesi...” Yargıtay 14. CD., 28.05.2014 T., 2012/9853 E., 2014/7117 K., www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t.02.07.2020).

²²² Karşlı, s.132.

hakkını kullanacağı anlaşılmadığından eleştirilmiştir²²³. Kanaatimizce, suçtan zarar gören kişilerin de şikayet hakkı bulunduğundan, mağdurun anne ve babası da suçun temel şeklinin şikayete bağlı tutulması ile korunmak istenmiş, ikinci ve üçüncü fıkrada ise nitelikli haller incelendiğinde, korunan üstün yarar kamu yararı olduğundan, şikayet şartı aranmamıştır.

Ayrıca doktrinde, 18 yaşını doldurmamış olan mağdur bakımından rızasının varlığı halinde dahi suçun oluşması gerektiği, bu nedenle de rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesinin kabul edilemeyeceği savunulmuştur²²⁴.

Suçun muhakemesi sırasında, suç mağdurları yönünden, şüphe bulunmasa dahi her halükarda, mağdurun kendisine yapılan ve cinsel davranış içeren fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunup bulunmadığının bilirkşi marifetiye tespit ettirilmesinin gerektiği ifade edilmektedir²²⁵. Zira aksi halde bu suç değil, 103. maddedeki cinsel istismar suçunun oluşması gündeme gelecektir.

Suçun maddi unsuru; cebir, tehdit, hile olmaksızın cinsel ilişki yaşanması olmakla birlikte, eğer mağdurun rızası cebir, tehdit ve hile aracılığıyla elde edilmiş ise, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan değil somut olayın özelliklerine göre yine çocukların cinsel istismarı suçu bakımından değerlendirmeye alınacaktır²²⁶. Bu nedenle reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından rızanın hukuken geçerli bir rıza olması gerekmekte olup, ifsat edilmiş bir rıza ile failin cinsel eylemini gerçekleştirmesi durumunda çocukların cinsel istismarı suçu meydana gelecektir²²⁷.

²²³ Taner, 367.

²²⁴ Gündüz, Remzi/Gültaş, Veysel, Cinsel Suçlar (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar), Ankara, Bilge Yayınevi, 3. Baskı, Nisan 2013, s.287.

²²⁵ Şare, İlgilinin Rızası, s.1002.

²²⁶ Aydın, s.93-94; Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.380; Tezcan, Erdem, Önok, s.453; Koca, Üzülmöz, Özel Hükümler, s.375; “Mağdurenin aşamalarındaki beyanları, alınan doktor raporları ile tüm dosya kapsamına göre, sanık'nın onbeş yaşından büyük olan mağdure ile cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir neden olmaksızın rızası dahilinde anal yoldan birçok kez cinsel ilişkiye girdiğinin anlaşılması karşısında, eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilerek sanığın zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan mahkûmiyeti yerine suç vasfının tayininde yanılıya düşülerek yazılı şekilde beden veya ruh sağlığını bozacak şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi” Yargıtay 14. CD., 03.12.2015 T., 2015/7489 E., 2015/11316 K., www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t. 16.08.2020); Işıka, s.68.

²²⁷ Memiş Kartal, Pınar, “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.65, S.4 (2016), s.2090.; Kanbur, Mehmet Nihat, “6545 sayılı Kanun Değişiklikleri

Mağdurun en geç kendisine karşı yapılan eylemden önce veya eylem sırasında hukuken geçerli bir şekilde rıza göstermesi gerekmektedir²²⁸. Zira mağdurun rızası yok ise cinsel istismar suçu meydana gelecektir²²⁹.

Ayrıca, mağdur çocuk bakımından rızanın olmaması durumunda çocukların cinsel istismarı suçu meydana gelecek iken, rıza ile gerçekleşen cinsel ilişki sonrasında rızanın geri alınması durumunda da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşacağı savunulmaktadır²³⁰.

Yine, mağdura uyku ilacı veya narkoz verilmesi gibi durumlarla iradesinin etkilenmesinde de bu hususların cebir olarak kabul edilmemesi, suçun tespitinde herhangi bir eksiklik yaratmayacak, söz konusu durumlar “iradeyi etkileyen başkaca nedenler” kategorisine dahil edilebileceğinden, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu değil çocukların cinsel istismarı suçu uygulama alanı bulacaktır²³¹.

Tehdit unsuru incelenirken, öncelikle tehdidin objektif olarak ciddi bir tehdit olup olmadığı incelenmeli, sonrasında ise söz konusu tehdidin objektif olarak mağdurun iradesini ve seçim yapma konusundaki özgürlüğünü etkileyip etkilemediğinin belirlenmesi, suçun oluşmasının tespiti aşamasında önem arz etmektedir²³².

Yargıtay ise tehdit unsurunda mağdurun cinsel eylem neticesinde uğrayacağı zarardan daha önemli bir zarara uğrayacağı korkusunun mağdurda meydana gelip gelmediğini araştırmaktadır²³³.

Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, S.0 (2014), s.4177.

²²⁸ Ünver, Yener, Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Mayıs 2014, s.49.

²²⁹ Kocaoğlu, s.419.

²³⁰ Soner Baykal, Ceren, “*Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*”, (Galatasaray Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2019, s.64.

²³¹ Kantarcı, s.104.

²³² Soner Baykal, s.66.

²³³ “15 yaşını tamamlamış fiilin anlam ve sonuçlarını algulama yeteneği gelişmiş çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel istismar suçlarında varlığı kabul edilen tehditin, suçun zor unsurunu oluşturabilmesi için, cinsel istismara uğraması nedeniyle uğrayacağı zarardan daha önemli bir zarara uğratılacağı korkusunun mağdur üzerinde oluşması, tehdiye maruz kalanın iki seçenekten kendisine

Varsayılan rıza bakımından; 17 yaşındaki sevgilisiyle birçok kez ilişkiye girmiş bir kişinin, sonrasında sevgilisi uyurken onunla cinsel ilişkiye girmesi durumunda, kimi yazarlarca bu durumda varsayılan rızanın söz konusu olduğu savunulurken, kimi yazarlarca ilgilinin rızasının alınabildiği veya bunun bekleme ile de mümkün olabileceği durumlarda varsayılan rızadan söz etmenin mümkün olmadığı savunulmuştur.²³⁴ Kanaatimizce, korunan hukuki değer cinsel özgürlük ve cinsel dokunulmazlık olduğu dikkate alındığında, kişinin söz konusu özgürlüğü ve dokunulmazlığı, yer ve zaman konusunda da geçerlidir. Bu nedenle kişi uyurken sevgilisinin cinsel ilişkiye girmesi durumunda varsayılan rızadan söz etmenin mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Kaldı ki aksinin kabulü halinde, öncesinde cinsel ilişkiye girilen kişide her zaman varsayılan rızanın varlığını kabul etmek gerekecektir.

Mağdurun cinsel eyleme karşı “hayır” demesi ancak direnmemesi durumunda ise mağdurun fail tarafından gerçekleştirilen eyleme hayır demesi, cinsel eyleme karşı rıza göstermediği konusunda yeterli görülmemekte ve mağdurun fiile katlanmasının rıza göstermesi anlamına gelmeyeceği savunulmaktadır.²³⁵

Yargıtay, failin mağdur ile borç karşılığında cinsel ilişkiye girmesi durumunda da rızanın varlığını kabul etmiştir.²³⁶

Evli ve 18 yaşından küçükler bakımından, bizimde katıldığımız görüşe göre, evliliğin varlığı nedeniyle TMK hükümleri eşler bakımından birbirleri üzerinde cinsel yönden tasarrufta bulunabilme hakkı doğuracağından, taraflar arasındaki söz konusu

daha az zarar vereni tercihe zorlanması gerekir. Olayımızda her bir eylemde de seçeneklerden birinin ailesine ve arkadaşlarına durumu söyleyeceği, diğerinin ise, eylemin gerçekleştiği yere sanığı mağdurun kendi motosikleti ile götürmesi ve cinsel istismara rıza göstermesidir. Evli olan sanığın, eylemin ortaya çıkmasıyla kendisinin de zarara uğrayacağı aşıkardır. Keza olayın ortaya çıkmasıyla içinde bulunduğu durumu çevresine mazur göstermek isteyen mağdurun, 9 ay süreyle devamlı tehdit ve baskı altında kaldığının kabulü de mümkün değildir” Yargıtay 5. CD., 23.05.2011 T., 2011/2970 E., 2011/4134 K., www.legalbank.net, (e.t.04.07.2020).

²³⁴ Kantarcı, s.101-102.

²³⁵ Kantarcı, s.101.

²³⁶ “*Toplanan kanıtlar sanığın mağdura yönelik olarak cinsel istismar eylemleri gerçekleştirdiğine yönelik olarak her türlü kuşkudan uzak kesin, inandırıcı ve cezalandırılmasına yeterli kanıt mevcut değilse de; mağdurun C.Savcılığında vekil huzurunda verdiği beyanında, sanığın daha önce aldığı borç karşılığında birlikte olmayı teklif ettiğini, kendisinin de bu teklifi kabul ederek cinsel ilişkiye girdiğini bildirmesi, olayın akabinde alınan raporda vücudunda veya anal bölgede darp cebir izinin bulunmadığının tespit edilmiş olması karşısında, sanığın zora dayalı olmayan eyleminin reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacağı”* Yargıtay 5.CD., 17.12.2009 T., 2009/11955 E., 2009/14498 K.; Aktaran: Yaşar, Gökcan, Artuç, s.3445.

eylem “hakkın kullanılması” olarak değerlendirilecek ve hukuka uygun olarak sonuç doğurmakla eylem suç teşkil etmeyecektir. Kişinin yaşı fark etmeksizin cebir, tehdit, hile veya iradeyi sakatlayan herhangi başkaca bir nedenin bulunmaması halinde evlilik içerisinde gerçekleşen eylem yahut cinsel ilişki herhangi bir suçu oluşturmayacaktır²³⁷. Bunun yanında TCK’nın 104. maddesinin başlığı “reşit olmayanla cinsel ilişki” olarak ifade edildiğinden ve TMK’nın 11. maddesine göre evlenme bireyi reşit kılacağından, 18 yaşından küçük olmakla birlikte, evlenme yoluyla reşit olanların, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru olmayacağı ifade edilmektedir²³⁸.

Aralarında resmi nikah söz konusu olmadan, geleneksel kurallara göre yapılan düğün sonucunda 18 yaşından küçük bir çocuk ile evlenen ve onu eşi sayan fail açısından ise hukuken geçerli bir evlilik söz konusu olmayacağından, cinsel ilişkiye karşı hak sahibinin göstermiş olduğu rızanın varlığı halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır. Akabinde TMK’ya göre geçerli bir resmi nikah ile evlenilmesi durumunda da, fail tarafından mağdur çocuğa karşı gerçekleştirilen evlilikten önceki eylemin suç oluşturmaya devam edeceği ifade edilmiştir²³⁹.

Bir meslek ya da sanatın icrası amacıyla kişinin reşit kılınması durumunda ise 15 yaşını bitirmiş olması halinde bir başkasıyla cinsel ilişkiye girerse yine bu suçun mağduru olabilecektir. Şöyle ki; mahkemenin vermiş olduğu reşit kılınma kararının sonucunda cinsel ilişki yaşanması doğal bir sonuç olmayacağından, kişinin suçun mağduru olması da korunan hukuki yarar bakımından mümkündür²⁴⁰.

Failin, mağdura yönelik cinsel eylemler gerçekleştirebilmek amacıyla cebir, tehdit, hile veya iradesini etkileyen başkaca bir araç kullanmaması ve somut olayın niteliklerine göre rızayı gösteren delillerin bulunması halinde, Yargıtay tarafından mağdurun direnmemesi halinin örtülü bir rıza olarak yorumlanabileceği, bu nedenle

²³⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.380.

²³⁸ Tezcan, Erdem, Önok, s.453.

²³⁹ Tezcan, Erdem, Önok, s.457.

²⁴⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.380.

de eylemin çocukların cinsel istismarı değil, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında değerlendirilmesi gerekeceği hüküm altına alınmıştır²⁴¹.

Yargıtay'ın bahsi geçen kararı yanında mağdurun yaşı, kültürel düzeyi, yaşadığı ortam ve ekonomik özgürlüğü gibi hususları dikkate alarak, mağdurun maruz kaldığı cinsel eyleme karşı faile karşı direnmesini engelleyecek ölçüde failin korkutucu etkisi olduğunu hüküm altına aldığı kararları da bulunmaktadır²⁴². Doktrinde ise mağdurun cinsel eyleme karşı sessiz kalması ya da fiile direnmemesinin tek başına rızanın varlığına karine oluşturulmaması gerektiği savunulmaktadır²⁴³. Kanaatimizce mağdurun sosyal ve psikolojik durumu cinsel eyleme karşı sessiz kalmasına sebep olabilecekken, failin de mağdura karşı korkutucu etkisi olabileceğinden, somut olayın niteliklerine göre rızanın varlığının araştırılması gerekmektedir. Bu nedenle, son görüşe katılmaktayız.

²⁴¹ “Dosya içeriğine göre, suç tarihinde onyediyedi yaşında olan mağdurun, mahalleden tanıdığı sanıkla arasında fazla yaş farkının olmadığı, bu nedenle mağdurun rızası dışında gerçekleştirildiğini iddia ettiği fiili livata eylemine buldukları ortam itibari ile karşı koyarak kurtulabilme imkanına sahip olduğu, nitekim mağdur hakkında Bakırköy Adli Tıp Şube Müdürlüğünden olayın sıcağı sıcağına alınan 25.02.2010 tarihli raporunda mağdurun vücudunda darp cebir izinin görülmediğinin bildirildiği, bir kısım tanık beyanlarında mağdurun mahallede kız N. olarak tanındığına ilişkin beyanları, yine tanık C., mağdurun sanığı kast ederek ‘mahallede kaslı bir ağbi var bana onu ayarlasana’ dediğine ilişkin beyanı, olayın ortaya çıkış şekli ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın fiili livata eylemini mağdurun rızasıyla işlediğinin anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin TCK.nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek TCK.nın 103/2. maddesi uyarınca hüküm kurulması,” Yargıtay 14. CD., 23.09.2014 T., 2012/15410 E., 2014/10316 K., www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t.05.07.2020).

²⁴² “...babası ile annesinin çok önceden ayrılıp başkalarıyla evlilik yapması nedeniyle küçüklüğünden itibaren köy ortamında babaannesi ve dedesinin yanında büyüyen mağdure 15 yaşını henüz bitirmiş genç bir kızdır. Yaşı, kültür düzeyi, yaşadığı ortam ve ekonomik özgürlüğe sahip olmamasının doğal sonucu olarak yakınlarının desteği olmaksızın hayatını sürdürebilmesine olanak bulunmamaktadır. Mağdurenin, sanığın sürekli tehdidine maruz kaldığı, bu tehditlerin babalık otoritesinin ötesinde bir davranış olduğu ve içinde yaşadığı ortam ve koşullarda mağdurenin cinsel eyleme direnmesini engelleyecek ölçüde korkutucu etkisinin bulunduğu da açıktır” Yargıtay CGK., 25.03.2003 T., 2002/5-324 E., 2003/55 K., www.legalbank.net, (e.t.05.07.2020).

²⁴³ Kantarcı, s.100.

V. CİNSEL TACİZ SUÇUNDA RIZA

A. Suçla İlgili Genel Açıklamalar

Cinsel taciz, “bir kişinin bir başkasını rızası olmadan sözle, gözleriyle veya bedeniyle, cinselliğini hedefleyerek rahatsız etmesi” ya da “bireylerin edep ve iffetlerine yönelik, rahatsız edici nitelikteki hareketlerde bulunması” olarak tanımlanmış olup²⁴⁴, bu tarz eylemler 765 sayılı eTCK’da madde 421 kapsamında genel adap ve aile düzeni aleyhindeki cürümler başlığı altında sarkıntılık suçu olarak düzenlenmiş iken, 5237 sayılı TCK’da madde 105 kapsamında²⁴⁵ cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında cinsel taciz suçu olarak düzenlenmiştir.

Buna göre bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi cezalandırılmaktadır. Kanun koyucu cinsel tacizin tanımına ise madde metninde yer vermemiş olup, cinsel tacizin tanımını madde gerekçesinde açıklanmaya çalışılmıştır. Madde gerekçesine göre, “Cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâli niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir. Cinsel taciz, cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir²⁴⁶.”

²⁴⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.388.

²⁴⁵ Madde metni şu şekildedir: “(1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.(2) Suçun; a)Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin 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 fıkra 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.”

²⁴⁶ “Madde metninde cinsel taciz suçu tanımlanmıştır. Cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlâli niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebilir. Cinsel taciz, cinsel yönden, ahlâk temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibarettir. Maddenin ikinci fıkrasında cinsel taciz suçunun nitelikli hâlleri belirlenmiştir. Buna göre, hiyerarşi veya hizmet ilişkisinden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak kişiye karşı cinsel tacizde bulunulması, suçun temel şekline göre daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. Cinsel taciz suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikâyetine bağlı tutulmuştur.” www.turkhukuk sitesi.com, (e.t.07.07.2020).

Madde metninde ve madde gerekçesinde, cinsel tacizin ayrıntılı bir tanımına yer verilmediğinden, cinsel tacizin kapsamı Yargıtay içtihatları ile belirlenmeye çalışılmıştır. Yargıtay'ın cinsel taciz için belirlediği kriter, vücuda temas edilmemesidir. Buna göre, hareket nasıl olursa olsun, vücuda temasın gerçekleşmediği bir durumda cinsel saldırı suçu değil, cinsel taciz suçu gerçekleşecektir²⁴⁷.

Kanun koyucu tarafından cinsel taciz suçu düzenlenerek, cinsel saldırı suçunun derecesine ulaşmamış, ancak cinsel yönden kişiyi rahatsız edici davranışlar da cezalandırmak amaçlanarak, cinsel özgürlüğün koruma alanının genişletilmesi amaçlanmıştır²⁴⁸.

Suçun faili, cinsiyet fark etmeksizin herkes olabilecektir. Suçun farklı cinsiyetler arasında işlenmesi mümkün olduğu gibi aynı cinsiyetler arasında da işlenmesi mümkündür²⁴⁹. Suçun mağduru ise erkek ya da kadın fark etmeksizin herkes olabilmektedir²⁵⁰.

Ayrıca söz konusu suçun oluşabilmesi için cinsel taciz eyleminin mağdura rahatsızlık verecek nitelikte olması yeterli ve gerekli olup, rahatsızlık vermeyen ve cinsel içerikli olmayan konuşmalar bu suçu oluşturmayacaktır²⁵¹.

Cinsel taciz suçunun cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarından farkı bakımından; mağdura bedensel temas var ise eylem cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları kapsamında değerlendirilmekte, temas yok ise cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmektedir. Yargıtay da aynı görüştedir²⁵².

²⁴⁷ “*sanığın, mağdureye hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın, elinde mağdureye ait resimler bulunduğunu, bu resimleri montajlayarak kötü sitelere ve ailesine göndereceğinden bahisle mağdureyi tehdit ederek internette görüntülü görüşme yaptığı mağdurenin elbiselerini çıkartmasını, cinsel içerikli hareketler yapmasını temin etmekten ibaret eylemlerinin 5237 sayılı TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek, çocuğun basit cinsel istismar suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi*” Yargıtay 14. CD., 22.03.2016 T., 2014/3380 E., 2016/2793 K., www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t.04.09.2020).

²⁴⁸ Erdem, Tezcan, Önok, s.459.

²⁴⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.389.

²⁵⁰ Erdem, Tezcan, Önok, s.460

²⁵¹ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.392.

²⁵² “*Sanığın mağdure DG'in göğüslerini elleyip iki gün sonra da gel seninle kucaklaşalım yoksa üzerin kirli mi? şeklinde sözler söylediği anlaşılacakla bedensel temas içeren eyleminin 5237 sayılı TCK'nin*

6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik öncesinde, 103. madde lafzında geçen “her türlü davranış” ifadesinden kaynaklı doktrinde farklı görüşler bulunmaktaydı. Bir görüş²⁵³, 15 yaşını tamamlamamış ya da tamamlamasına rağmen fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara yönelik gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın, temas olmasa da cinsel istismar suçunu oluşturacağı yönündeydi. Diğer görüş²⁵⁴, çocuklara karşı da cinsel taciz suçunun işlenebileceğini savunmaktaydı. Yargıtay, bu dönemin uygulamasında, mağdur çocuğa karşı fail tarafından gerçekleştirilen ve çocuğun vücut dokunulmazlığını ihlal etmeyen eylemlerin çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında değerlendirilmeyerek cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini hüküm altına almıştı²⁵⁵. Nihayet, 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik neticesinde TCK’nın 105. maddesine “fiilin çocuğa karşı işlenmesi” halinde ifadesi de eklenerek ceza artırımı öngörülmüş ve cinsel taciz suçunun çocuklar bakımından da uygulama alanı bulabileceği hususunda herhangi bir tereddüt kalmamıştır.

103/1. maddesinde düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunu oluşturduğu nazara alınmadan yazılı şekilde cinsel taciz suçundan hüküm kurulması” Yargıtay 5. CD., 13.03.2007 T., 2006/ 714 E., 2007/1887 K., www.kazanci.com, (e.t. 15.07.2020).

“Hükümlünün 5237 sayılı Yasanın 105. maddesi gereğince mahkûmiyetine neden olan sarkıntılık fiilinin bedensel temas içermesi durumunda 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı yasanın 102/1. maddesindeki basit cinsel saldırı suçunu oluşturabileceği ve uyarılma görevinin Asliye Ceza Mahkemesine ait olacağı cihetle...” Yargıtay 5. CD., 22.05.2007 T., 2007/4728 E.; 2007/ 3864 K., www.kazanci.com, (e.t. 17.07.2020).

²⁵³ Artunç, Mustafa, “Cinsel Taciz Suçu”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S.11 (2007), s. 104.

²⁵⁴ Taner, s.392.

²⁵⁵ “Okula gitmekte olan çocuk mağdurelere sokak üzerinde hiçbir bedensel temasta bulunmaksızın cinsel organını çıkarıp göstermekten ibaret eylemin TCK’nın 105.maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılıya düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismardan mahkumiyetine karar verilmesi...” Yargıtay 5. CD., 18.03.2008 T., 2008/38 E., 2008/2115 K., www.legalbank.net, (e.t.17.07.2020). “Mahkemenin kabulüne göre, mağdureye yönelik fiziksel temas olmaksızın kendi cep telefonundan mağdurenin kullandığı cep telefonuna ‘ay çok tatlı alo deyişin var ya, tanışmak ister misin’ şeklinde cinsel amaçlı mesaj gönderen sanığın eylemi 5237 sayılı T.C.K.nın 105.maddesine uyan cinsel taciz suçunu oluşturduğu halde suç vasfında yanılıya düşülerek aynı Kanununun 103/1 maddesi uyarınca hüküm kurulması...” Yargıtay 14. CD., 04.05.2012 T., 2012/5627 E., 2012/5110 K., www.legalbank.net, (e.t.20.07.2020).; Işıka, s.63.

B. Cinsel Taciz Suçunda Rıza

Cinsel taciz suçunun oluşması için hareketin mağdurun rızasına aykırı olarak yapılması gerekmektedir. Bu suç bakımından rıza, maddi unsur olarak değerlendirilmektedir. Şöyle ki; her ne kadar kanun koyucu tarafından maddede açıkça rızaya unsur olarak yer verilmemişse de, suç tanımından mağdurun rızasına aykırı olarak işlenebileceği açıkça anlaşılmaktadır. Zira hak sahibi kişi tarafından verilen geçerli rıza doğrultusunda gerçekleştirilen davranışların taciz niteliğinde kabul edilebilmesi ve mağduru rahatsız etmesi mümkün değildir²⁵⁶. Nitekim Yargıtay kararları da bu yöndedir²⁵⁷.

Cinsel taciz suçunun maddi konusu olan cinsel özgürlük, tasarruf edilebilir nitelikte bir hak olduğundan, TCK'nın 26. maddesi ikinci fıkrasında düzenlenen "mağdurun rızası", cinsel taciz suçunda hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak ve suçun oluşmasını engelleyecektir²⁵⁸.

²⁵⁶ Erdoğan, s.219-220.

²⁵⁷ "Cinsel taciz eylemlerinin suç olarak kabul edilebilmesi için bu eylemlerin hukuka aykırı olarak, başka bir ifadeyle mağdurun rızası hilafına gerçekleştirilmiş olması zorunludur. Rıza açıklama ehliyetine sahip bulunan bir kişinin, cinsel taciz eylemlerine TCK'nın 26. maddesi kapsamında göstereceği rıza eylemi hukuka uygun hale getirecek ve eylem suç teşkil etmeyecektir. Rızanın varlığı somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir." Yargıtay CGK, 30.10.2014 T., 2013/14-352 e., 2014/446 K., www.legalbank.net, (e.t. 20.07.2020).

"Sanığın, gönderilen mesajların katılanın mesajlarına cevap mahiyetinde olduğunu söyleyip rızaya dayandığını ileri sürerek, kullandığı iki ayrı telefonu katılanın açtığı tazminat davasının görüldüğü hukuk mahkemesine ibraz etmesi, bu mahkemece alınan bilirkişi raporlarında, sanığın telefonlarında, katılanın telefonundan gönderilmiş cinsel içerikli bir kısım mesajların bulunduğu belirtilmesi, HTS raporlarının da tespit edilen bu mesajların katılan tarafından gönderildiğinin doğrulanması, ayrıca sanık ile katılan arasında karşılıklı olarak yargılamaya konu taciz eylemlerinin gerçekleştiği iddia olunan dönemi de kapsayacak şekilde uzun süredir devam eden çok sayıda mesajlaşma bulunması karşısında, sanığın söz konusu mesajları katılanın bilgisi ve rızası dahilinde gönderdiği ve gönderilerine olumlu cevaplarda aldığı anlaşıldığı..." Yargıtay 14. CD., 27.10.2011 T., 2011/7732 E., 2011/1479 K., www.kararara.com, (e.t.23.07.2020).

²⁵⁸ Tezcan, Erdem, Önok, s.416.; bkz. "Müştekinin kendisini arayan sanıkla şikâyet konusuyla telif edilemeyecek ve olağan sayılamayacak şekilde uzun görüşmeler yapması, eşi tarafından sanığın fark edildiği güne değin bir şikâyet başvurusunun bulunmaması, kendisini cinsel yönden rahatsız ettiğini iddia ederek hakkında şikâyetçi olduğu bir kişiyle, başvurusundan bir saat kadar sonra kendisini aradığında 228 saniye süren bir görüşme yapması, sanığın müştekinin de hazır bulunduğu duruşmada, onun isteği ile birlikte olduğunu ifade etmiş olmasına rağmen müştekinin bu hususta beyanda bulunmamış olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın yüklenen suçu işlediği konusunda şüphe olduğu, bu şüphenin sanık lehine yorumlanması gerektiği, dolayısıyla sanığın beraatine ilişkin yerel mahkeme hükmünü onayan Özel Daire kararında bir isabetsizlik bulunmadığı kabul edilmelidir."

Geçerli bir rızadan söz edebilmek için kişinin cinsel özgürlüğü konusunda tasarruf edebilme ehliyetine sahip olması gerektiğinden, ayırt etme gücü olmayan bir kişi bakımından rızadan söz edebilmek mümkün olmayacaktır²⁵⁹.

Sanat ve bilim yapma hakkı kapsamında hakkın kullanılması da gerçekleştirilen eylemi hukuka uygun hale getirecek ve suç oluşmayacaktır. Bu kapsamda bakıldığında, bir sinema oyunu veya tiyatro gösterisi gibi durumlarda sarf edilen sözler ya da hareketler, herhangi bir hukuka aykırılık oluşturmayacaktır²⁶⁰.

Eşler bakımından ise cinsel ilişki boyutundaki eylemlerin cezalandırılması TCK'nın 104. maddesi kapsamında dahi mümkün değilken, evleviyetle cinsel taciz suçu bakımından da suçun eşler arasında işlenmesi söz konusu değildir²⁶¹. Buna karşın, TCK'nın 102. maddesinde açıkça hüküm altına alınmasına rağmen cinsel taciz suçu açısından yer verilmemiş olsa da, evlilik ilişkisinin kişiye karşı tarafa yönelik olarak sınırsız tasarrufta bulunma yetkisi vermediği ve eşin de bu suçun mağduru olabileceğini savunan görüşler de bulunmaktadır²⁶². Kanaatimizce, evliliğin taraflar arasında cinsel davranışlar yönünden sınırsız bir yetki tanımaması nedeniyle, eşlerinde cinsel taciz suçunun mağduru olabileceği görüşüne katılmak uygun olacaktır.

Yargıtay CGK, 15.04.2014 T., 2012/21498 E., 2014/188 K., www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t.23.07.2020).

²⁵⁹ Çakıcı Gerçek, Leyla, “Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Taciz Suçu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.60, (2011), s.65.

²⁶⁰ Kutlu, Göktuğ, “Türk Ceza Kanununda Cinsel Suçlar ve Uygulaması”, (Polis Akademisi Başkanlığı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2016, s.87.

²⁶¹ Tezcan, Erdem, Önok, s.411.

²⁶² Ünver, Yener, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” Türk Ceza Kanununun 2 yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, S:10, (İstanbul 2008), s.298.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

RIZADA SINIRIN AŞILMASI, HATA VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA RIZA

I. RIZADA SINIRIN AŞILMASI

İlgilinin rızası bakımından, failin eylemi gerçekleştirdiği anda rıza sınırının aşılması durumunda, eylem hukuka aykırı olacak ve cezalandırılacaktır. Geçit suç bakımından ise mağdurun faile karşı bir sonraki eylem açısından rızasının bulunmaması durumunda, ağır olan suç yönünden rıza geçerli olmayacaktır²⁶³.

Hak sahibi tarafından verilen rıza, hem cinsel davranışın yapılaş şekline hem de cinsel davranışa ilişkin olmalıdır. Aksi halde örneğin; sadece dokunma gibi basit nitelikte cinsel eylemlere karşı mağdurun rıza göstermesine rağmen, failin vücuda organ ya da cisim sokması şeklinde nitelikli cinsel eylemlerde bulunması durumunda, rızayı aşarak gerçekleştirilen bu eylem hukuka aykırı olacaktır²⁶⁴.

Bir hekim veya sağlık mensubu tarafından yapılan beden muayenelerinde ise CMK'nın 75. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında mağdurun rızasının bulunması şart koşulduğundan, kanun tarafından emredilen beden muayeneleri haricinde sınır aşılarak mağdurun vücut bütünlüğüne karşı kasten bir cinsel eylemde bulunulması durumunda suç oluşacak, kast olmaması halinde ise kanunilik ilkesi gereği eylemin taksirli hali cezalandırılmayacağından, suçun oluşmadığı kabul edilecektir²⁶⁵.

²⁶³ Şare, İlgilinin Rızası, s.1011.

²⁶⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız, Özel Hükümler, s.339-340.

²⁶⁵ Horozgil, Denizhan, "Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli", TBB Dergisi, S.11 (2011), s.128.

II. RIZADA HATA

Rızanın varlığında hataya düşülmesi halinde, TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrasının mı üçüncü fıkrasının mı uygulanacağı konusunda tespit yapabilmek için öncelikle suç bakımından rızanın hukuka uygunluk nedeni mi tipiklik unsuru mu olduğu konusunda bir belirleme yapılmalıdır. Rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi durumunda, hatanın "kaçınılmaz" olması halinde TCK'nın 30. maddesinin üçüncü fıkrası uygulama alanı bulacak iken²⁶⁶, rızanın tipiklik unsuru olarak değerlendirilmesi durumunda, TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrası uygulama alanı bulacaktır²⁶⁷.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda rıza kavramı suçun tipiklik unsuru olarak kabul edildiğinden, rızada hata durumunda da hukuka uygunluk nedeni olan rızada hata bakımından değil, suçun maddi unsurlarında hata olarak değerlendirileceği savunulmaktadır²⁶⁸.

Fail tarafından, mağdurun göstermiş olduğu direncin ciddi olmadığını düşünülmesi durumunda, failin fiil yönünden hataya düştüğü kabul edilecek ve failin cinsel eylemi gerçekleştirirken ki kastını ortadan kaldırmakla birlikte, cinsel

²⁶⁶ Koca, Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 334; Ayrıca Bkz. "Özel Daire ile Yargıtay C.Başsavcılığı arasında oluşan ve Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlık; atılı suçlardan mahkûmiyetine hükmolunan sanığın eylemlerini 18 yaşından büyük mağdurenin akıl hastası olduğunu bilerek gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin saptanması ile buna bağlı olarak eylemlerin suç teşkil edip etmediğinin belirlenmesine ilişkindir... Uyuşmazlık konusu ile bağlantılı olarak, 18 yaşını tamamlamış ancak rıza açıklama ehliyetine sahip bulunmayan bir kişinin, cinsel davranışlar ile bir yerde kalma ve bir yere gitme özgürlükleri yönünden açıkladığı rızasının eylemi hukuka uygun hale getirdiğinden söz edilemeyeceğinden, eylemi gerçekleştiren kişinin mağdurun rıza açıklama ehliyetinin bulunmadığını bilip bilmediğinin ve bu konuda 5237 sayılı TCY'nın 30/3. maddesi uyarınca hataya düşüp düşmediğinin belirlenmesi gerekecektir. Sanık, mağdurun rıza ehliyeti olmadığını bilememesi nedeniyle hukuken geçerli bir rızanın bulunduğu hususunda kaçınılmaz hataya düştüğünde bu yanılığın yararlanacaktır. Buna karşılık hatanın kaçınılmaz olduğu hallerde cezai sorumluluğun varlığı kabul edilecektir..." Yargıtay CGK,20.11.2011 T.,2011/5-230 E., 2011/273 K., www.kararara.com, (e.t. 27.07.2020).

²⁶⁷ Kantarcı, s.123.

²⁶⁸ Şare, İlgilinin Rızası, s.1012.

dokunulmazlığa karşı suçların taksirli halinin düzenlenmemiş olması nedeniyle fail cezalandırılmayacaktır²⁶⁹.

Yukarıda bahsedildiği üzere, ilgilinin rıza ehliyeti fail tarafından var sanılarak cinsel eylemlerde bulunulması durumunda hataya düşülmüş olacak ve failin suç işlemek gibi bir kastı olmadığından, cinsel saldırı suçundan da cezalandırılmayacaktır.

Yine 18 yaşını doldurmuş ancak rıza açıklama ehliyeti olmayan bir kişinin açıkladığı rıza, fail tarafından gerçekleştirilen eylemi hukuka uygun hale getirmeyeceği için, fail tarafından rıza ehliyetinin yokluğunun bilinip bilinmediği, bilgi seviyesi, eğitimi, içinde bulunduğu sosyo-kültürel çevre koşulları dikkate alınarak belirlenecektir. Bu doğrultuda fail, hukuken geçerli bir rızanın varlığı konusunda kaçınılmaz hataya düşmüşse, bu hatadan yararlanacaktır.

Yargıtay, mağdurun 15 yaşından küçük olmasına rağmen, failin mağduru 15-18 yaş aralığında zannederek rızayla cinsel ilişkiye girdiğini iddia ettiği olayda, mevcut delilleri de değerlendirilerek, failin yanlıgisının esaslı hata olması nedeniyle TCK'nun 30/1. maddesi kapsamındaki hata hükümlerinin uygulanması gerektiğini hüküm altına almıştır²⁷⁰.

Rıza ehliyetine ilişkin hata ise mağdurun fail tarafından gerçekleştirilen cinsel eylemin hukuki anlam ile neticesinin sonuçlarını algılama yeteneği konusunda failin

²⁶⁹ Şare, Ersin, “Türk Hukuk Sisteminde Düzenlenen Taksir Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, C.90, S.1 (Ocak-Şubat 2016), s.90-92.

²⁷⁰ “Birbirlerini tanımayan mağdure ile sanığın olaydan 7 gün önce tanıştıkları, sanığın tüm aşamalarda ısrarlı ve tutarlı biçimde mağdurenin kendisine yaşının büyük olduğunu söylediğini, 15 yaşından küçük olduğunu bilmediğini, mağdurenin görünüş itibarıyla de büyük gösterdiği için yaşının küçük olduğundan şüphelenmediğini, suç işlemesi durumunda şartla tahliyesi geri alınacağından mağdurenin yaşının küçük olduğunu bilse değil onunla cinsel ilişkiye girmek kesinlikle arkadaş dahi olmayacağını savunduğu, mağdurenin de aşamalarda beyanları ile sanığın savunmalarını doğruladığı, mahkemece mağdurenin fizik görünümünün 14 yaşından daha iri yapıda ve büyük gösterdiği ancak 18 yaşını bitirmemiş görüntüye sahip olduğu şeklinde gözlemlendiği, sanığın mağdure ile sadece bir kez cinsel ilişkiye girdiği, cinsel ilişki sonrası mağdurenin yaşının küçük olduğunu öğrendikten sonra tekrar ilişkiye girmediği, rızaen kaçtıkları günün ertesinde sanığın mağdureyi ailesine teslim ettiği, sanığın mağdurenin gerçekte 15 yaşından küçük olduğunu bildiğini veya bilmesi gerektiğini gösteren herhangi bir bilgi ve belgenin dosya içerisinde bulunmadığı anlaşıldığından, cinsel ilişkide bulunduğu mağdurenin 15 yaşını doldurmadığı halde, onbeş yaşını doldurduğu düşüncesiyle ve rızasıyla mağdure ile cinsel ilişkide bulunan sanığın mağdurenin yaşı konusundaki yanlıgisının esaslı bir hata niteliğinde olduğu sabit olup, hakkında TCK'nun 30/1. maddesindeki hata hükümlerinin uygulanma şartları gerçekleşmiştir. Bu nedenle Özel Daire bozma kararında bir isabetsizlik bulunmamaktadır” Yargıtay CGK., 03.12.2013 T., 2013/576 E., 2013/581 K., www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t.27.07.2020).

hataya düşmesi veya mağdurun 15 yaşından küçük olduğu hususunda bir bilgi noksanlığı olması olarak iki şekilde mümkündür. Bu durum da somut olay bakımından kastı ortadan kaldıracak ve eylem açısından hata sonucuna yol açabilecektir²⁷¹. Yargıtay kararları da bu yönde olmakla birlikte, sanığın mağduredeki zeka geriliğini bilip bilmediğinin mahkeme tarafından araştırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır²⁷².

Mağdurun 18 yaşından büyük olduğunu söylemesi ve fiziksel olarak da 18 yaşından büyük göstermesi halinde de, failin TCK'nın 30. maddesinden yararlanması mümkün olabilecektir²⁷³.

Yargıtay, fail ile mağdurun aynı okulda okumaları ya da aralarında belli bir süre devam eden ilişki bulunması durumunda, tarafların birbirlerinin yaşını bilebileceklerini ve failin de bu nedenle hata hükmünden yararlanamayacağını hüküm altına almıştır²⁷⁴.

²⁷¹ Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 9.Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2018, s.68.

²⁷² "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'nın 30. maddesinin birinci fıkrası uyarınca suçun maddi unsurlarından olan mağdurun yaşına ilişkin bu hatasından yararlanacak, bunun sonucu olarak yüklenen suç açısından kasten hareket etmiş sayılmayacağından bu suçun taksirle işlenmesi hali Kanunda cezalandırılmadığından 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesinin ikinci fıkrasının (c) bendi gereğince beraat kararı verilmesi gerekecektir" Yargıtay CGK, 17.06.2014 T., 2014/14-88 E., 2014/334 K., www.legalbank.net, (e.t.16.08.2020). "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 yararlanacak, 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." Yargıtay CGK, 12.11.2013 T., 2013/14-564 E., 2013/445 K., www.kararara.com, (e.t.30.07.2020).

²⁷³ Malkoç, s.278.

²⁷⁴ "Sanık ile suç tarihi itibarıyla ondört yaşında olan mağdurenin birbuçuk yıl kadar önce tanışıp duygusal arkadaşlık yaşadıkları, ardından cinsel ilişkiye girdikleri sabit olan olayda; mağdureden dokuz yaş büyük olan ve cinsel birleşme esnasında hamile kalmaması konusunda dikkat ettiklerini, buna rağmen hamile kaldığını savunan sanığın, mağdurenin onbeş yaşından küçük olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına uygun bulunmadığı nazara alındığında, TCK'nun 30. maddesinde düzenlenen hata halinin uygulanma şartları mevcut olmayıp sanığın çocuğun cinsel istismarı ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından cezalandırılmasına ilişkin yerel mahkeme hükmünde bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Bu itibarla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabulüne, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına, suç ve hüküm tarihinden sonra yürürlüğe giren kanuni değişikliğin sanığa atılı suçun vasfında herhangi bir değişiklik yapmadığı, ceza miktarı itibarıyla da sanık lehine olmadığı göz önüne alınarak, usul ve kanuna uygun bulunan yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar

17 yaşındaki bir mağdurun uyuşturucu madde etkisiyle, failin cinsel eylemine rıza göstermesi geçerli bir rıza olmamakla birlikte, fail tarafından mağdurun gösterdiği rızanın uyuşturucu madde etkisinde verildiği bilinmiyorsa, fail bu hatasından yararlanacaktır²⁷⁵.

Yine Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bir kararda; adil yargılanma hakkı kapsamında, suça sürüklenen çocuğun mağdurenin 15 yaşından büyük olduğunu zannettiği yönündeki savunması üzerine hakkında TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı tartışılması ve karar gerekçesinde gösterilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır²⁷⁶.

İlgilinin rızasında bir hukuki hata olması durumunda ise TCK'nın 4. maddesinde düzenlenen “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz*” ilkesinden hareketle, failin mağdura karşı gerçekleştirmiş olduğu cinsel eylemleri hukuka aykırı olmaya devam edecek ve fail işlemiş olduğu suç nedeniyle cezalandırılacaktır. Örneğin; 15 yaş altındaki bir çocuğun rızası var iken cinsel davranışta bulunmanın suç olduğunu bilmediğine yönelik savunma yapan fail, bu hatasından yararlanamayacak ve cezai sorumluluğu doğacaktır.

Yukarıda, evli ve 18 yaşından küçükler bakımından, eşlerin cinsel yönden tasarrufta bulunabilme hakkından dolayı cinsel davranışın “hakkın kullanılması” kapsamında değerlendirileceğini ve bu nedenle de suç teşkil etmeyeceğini ifade etmiş idik. Buna karşın eşlerin olağanüstü hallerde 16, olağan hallerde ise 17 yaşında evlenmesi durumunda; kanun koyucu tarafından herhangi bir istisnaya yer

verilmelidir.” Yargıtay CGK., 02.06.2015 T., 2014/47 E., 2015/178 E., www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t.30.07.2020):

²⁷⁵ Kantarcı, s.123.

²⁷⁶ “Başvurucu, mağdurenin suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından büyük olduğunu zannettiğini ifade etmesine ve bu hususta adli rapor olmasına rağmen, bu yöndeki savunmasının neden kabul edilmediğine ilişkin olarak gerekçeli kararda bir ibareye yer verilmediğini ileri sürmüştür. Başvurucu tarafından, mağdurenin yaşı konusundaki esaslı hatanın kastı kaldıracağı yönünde itirazda bulunulmuş olmasına rağmen, İlk Derece Mahkemesinin gerekçeli kararında bu hususa ilişkin bir gerekçeye yer verilmediği gibi temyiz aşamasında da bu konuda bir değerlendirme yapılmadığı görülmektedir. Bu durumda, başvurunun ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren, uyuşmazlığın çözümü için esaslı bir iddia olan mağdureyi suç tarihi itibarıyla görünüm olarak 15 yaşından büyük zannettiği ve bu beyanının adli raporla doğrulandığı iddiası, tartışılmamış ve karşılanmamıştır. Bu nedenle, yargılama süreci bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvurunun gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.” Anayasa Mahkemesi, 25.03.2015 T., 2014/6419 Başvuru No., www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr, (e.t.30.07.2020).

verilmemesi nedeniyle, 15 yaşını tamamlamış çocuk ile cinsel ilişkiye giren eş, mağdurun şikayetinin varlığı halinde evlenme ile kişinin erginlik kazanması durumu değiştirmeyeceğinden bahisle, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kapsamında cezalandırılacağı savunulmaktadır. Ancak bu durumda kişi, 18 yaşını tamamlamamış eşiyile cinsel ilişkiye girmenin suç olduğunu bilmeme konusunda kaçınılmaz hataya düşerse, bu hatasından yararlanacak ve TCK'nın 30. maddesinin dördüncü fıkrası uygulama alanı bulacaktır²⁷⁷.

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA RIZA

A. Almanya

Almanya, rıza kavramını bir genel hüküm olarak düzenlememesine rağmen ceza hukukunda rıza kavramı, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir²⁷⁸. Rıza, ceza yasalarında sadece yaralama suçları bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiş, ancak Alman içtihatları ve öğreti olarak bireylere yönelik suçlar bakımından da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir²⁷⁹.

Alman Ceza Kanunu'nda cinsel davranışlara karşı rıza gösterme yaşı 14 olmakla birlikte; §174'de, kişinin himayesine verilen çocuğa karşı işlemiş olduğu cinsel istismar cezalandırılarak, çocuk üzerinde bir nüfuzu bulunan kişiler bakımından gençlerin cinsel davranışlara karşı kendisini savunma imkanlarının düşük olması nedeniyle cinsel davranışa rıza yaşı 16 ve 18 yükseltilmiştir²⁸⁰.

²⁷⁷ Şare, İlgilinin Rızası, s.1017-1018.

²⁷⁸ Baumann, Weber, Mütsch; s.390; Aktaran: Sırma, s.48

²⁷⁹ Stratenwerth, Kuhlen; s.136; Aktaran: Sırma, s.49.

²⁸⁰ Bkz. Yenisey ve Plagemann, 2009: 240-241; Aktaran: Kantarcı, s.44,45.

Bunun yanında kanun koyucu tarafından, gençlerin cinsel istismarı olarak düzenlenen suç kapsamında failin yaşı açıkça gösterilmiş ve gençlerin kendi aralarında gerçekleştirmiş olduğu cinsel davranışlar suç kapsamına alınmamıştır²⁸¹.

B. ABD

Amerikan Federal Yasası'na göre, cinsel istismar suçunda mağdurun rıza yaşı 12'dir²⁸².

ABD'de birkaç eyaletin kanununda, cinsel davranışın tecavüz olarak nitelendirilebilmesi için rızanın olmaması tek başına yeterli görülmüştür²⁸³.

Amerikan Ceza Hukukunda, Model Ceza Kanunu'nun 2.11 (1) numaralı maddesinde; rıza kavramı, açık bir şekilde hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmemiş olup suçta tanımlanan zarar veya kötü niyetin önlenmesi amacını taşıdığından rızanın tipikliği kaldırılan bir özellik taşıdığı belirtilmektedir²⁸⁴. Bu nedenle Amerikan hukukunda rıza kavramı, cinsel saldırı gibi bazı suçlarda istisnai olarak düzenlenmiş ve Model Ceza Kanunu'nun ilgili maddesi haricinde suçun oluşumuna engel bir hal olarak yer almamıştır²⁸⁵.

²⁸¹ ELSA for Children Final Report, ELSA Germany, s.423; Aktaran: Kaya, s.46; Laubenthal, kn.671; Aktaran: Kantarcı, s.45.

²⁸² Madde için bkz. Kocaoğlu, s.372.

²⁸³ Erin K. Degnan, Cynthia A. Morikone, "Rape", The Georgetown Journal Of Gender And The Law, C:4, No.1, Güz 2002, s.513; Aktaran: Korkusuz, s.834.

²⁸⁴ Bergelson, "The Right to be Hurt", s. 12; Broyles, D.Scott, Criminal Law in the USA, Wolters Kluwer Law International Publishing, Netherlands 2011, s. 75, kn. 172; Robinson, H.Paul, "United States", in: The Handbook of Comparative Criminal Law, Eds. Kevin Jon Heller/Markus D.Dubber, Stanford Law Books, Stanford 2011, s. 580-581, Aktaran: Turanlı Özcan, s.94,95.

²⁸⁵ Fischer, "From the Legal Literature", s. 1145; Jenkins, A. Jeffrey, The American Courts, A Procedural Approach, Jones and Bartlett Publishers, Massachusetts 2011, s. 252; Wallace, Harvey/Roberson, Cliff, Principles of Criminal Law, 2nd Edition, Allyn and Bacon Publishing, USA 2001, s. 107; Emanuel, L.Steven, Criminal Law, Sixth Edition, Aspen Publisher, NY 2007, s. 140; Aktaran: Turanlı Özcan, s.95.

ABD'nin Kaliforniya eyaletinde, bir nitelikli cinsel saldırı olayında sanık, beden dilinden ve odadaki atmosferden kaynaklı olarak mağdurun rızası olduğu hissine kapıldığını ifade etmiş, hakim ise “cinsel ilişkiler hiç yoktan ortaya çıkmaz. Tahrikler, yaltaklanmalar, teklifler ve saire ile gerçekleşir ve bu tür tavırlar cinsel ilişkiye doğru ilerler” ifadelerine yer vererek²⁸⁶, kadının örtülü rızası olduğunu kabul etmiş ve sanığın beraatine karar vermiştir²⁸⁷.

Kaliforniya İspat Kanunu'nun 1106. maddesindeki “a) *Herhangi bir hukuk davasında cinsel taciz, cinsel saldırı veya cinsel haksız fiil oluşturan bir davranışın ileri sürülmesinde fikir delili, şöhret delili ve davacının cinsel davranışına ilişkin belirli örnek delili veya bu türden herhangi bir delil; davalının, davacının rızası olduğunu veya mağduriyetinin olmadığını ispatlaması açısından geçerli değildir.*”²⁸⁸ düzenlemesi ile cinsel suç mağdurunun ahlaki kurallar çerçevesinde genel davranışları, yaşam tarzı ve fail ile olan önceki ilişkileri gibi yargılama aşamasında cinsel suç ile ilişkili olmayan delillerle mağdur edilmemesi amaçlanarak ilgili düzenleme getirilmiştir.

ABD'nin Pensilvanya eyaletinde mahkeme, Commonwelath-Berkowitz kararında (P.641 A.2d 1161 (1994)) “*sanık, tanışık olduğu bir kızla üniversite yurdundaki odasında, kız tüm ilişki boyunca “hayır” demesine rağmen cinsel ilişkiye girmiştir. Pensilvanya Mahkemesi, mağdurun tekrar tekrar söylediği “hayır” ifadesinin, kızın rızasının olmadığını kanıtlamak için yeterli olduğunu belirtmiştir*”²⁸⁹.

C. İtalya

İtalya'da kural olarak çocuğun 14 yaşını tamamlaması halinde rızası geçerli kabul edilmiş ve Alman ceza hukukuna benzer bir yaklaşımla failin mağdur üzerinde

²⁸⁶ Lemieux, a.g.e., s.45; Aktaran: Korkusuz, s.835.

²⁸⁷ Korkusuz, s.835.

²⁸⁸ Lemieux, a.g.e., s.34; Aktaran: Korkusuz, s.846.

²⁸⁹ Çalışkan, s.244.

nüfuz sahibi olması durumunda rıza yaşı 16 yaşına yükseltmiş olup, mağdurun 13 yaşını tamamlamış olması halinde ve fail ile mağdur arasında üç yaştan az bir fark var ise rızanın varlığı halinde fail cezalandırılmamaktadır²⁹⁰.

İtalyan Ceza Kanunu'nun 609 bis maddesinde; failin, cebir veya tehdit veya otoritenin kötüye kullanılması suretiyle bir kişiye cinsel davranışlarda bulunması, bunları yapmaya maruz bırakılması ya da mağdurun psikolojik veya fiziksel zayıflığından yararlanarak veya kendisini başkasıymış gibi mağduru yanıltarak cinsel davranışlarda bulunması ya da bunlara katlanmaya itmesi halinde cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır²⁹¹.

Ayrıca İtalyan Ceza Kanunu'nda “küçüğün kandırılması” suç olarak düzenlenmiştir. Bunun yanında bazı suçlarda 18 yaşından küçük kimseye karşı işlenmesi halinde ve bazı suçlarda da kaçınılmaz olduğu durumlar dışında mağdurun yaşı konusunda hata hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir²⁹².

D. İngiltere

İngiliz ceza hukukunda rızanın tipikliği mi yoksa hukuka aykırılığı mı ortadan kaldırdığı konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Buna göre; rızanın, maddi unsurun negatif unsuru olması nedeniyle, hak ihlalinde mağdurun rıza göstermesinin tipiklik ile uyuşmaması, tipikliği ortadan kaldıran bir neden olarak görülmesine neden olmuş iken diğer yandan rıza, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden olarak kabul edilmiştir²⁹³. Cinsel Suçlar Kanunu'nun 74. bölümüne göre, kişinin özgür iradesi ve

²⁹⁰ Kantarcı, s.47.; Memiş Kartal, Pınar, Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı, D&R Yayınları, İstanbul 2014, s.101.

²⁹¹ Art. 609-bis. Violenza sessuale; Seçgin, s.43.44.

²⁹² Kocaoğlu, s.381-382.

²⁹³ Jens Watzek; “*Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht Eine Strukturanalyse der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aus deutscher Perspektive*”, Freiburg im Breisgau, 1997, s.211,212; Aktaran: Sirma, s.52.

seçim yapabilme yeteneği var ise rıza gösterebilmesinden söz etmek mümkün olacaktır²⁹⁴.

Cinsel davranışlara rıza gösterme yaşı ise 16 olarak kabul edilmiş ve 16 yaşından küçük çocuk için rızası olsa bile cinsel davranışın niteliğine göre bir cezalandırma sistemi düzenlenmiştir. Bununla birlikte mağdurun 13 yaşından büyük olup olmamasına göre bir ayrıma gidilmiştir²⁹⁵.

1975 yılında İngiltere’de Lordlar Kamarası tarafından Morgan Davası’nda, sanığın, mağdurun rızasının varlığına içtenlikle inanması halinde, somut olay çerçevesinde mağdurun rızası mantık dışı da olsa, sanığın savunması yasal bir savunma olarak kabul edilmiş ve tecavüz suçundan mahkum edilemeyeceği hüküm altına alınarak içtihat oluşturulmuştur²⁹⁶.

İngiliz hukukunda, kadına ilaç veya alkol verildiği kanıtlanmasa dahi kadının “zihinsel özürsüz, sarhoş, uyku halinde veya başka şekilde kendinden geçmiş, bilinçsiz halde” olduğu olaylarla rızasının olmadığı kabul edilmiştir²⁹⁷.

E. Fransa

Fransız Ceza Kanunu’nun 227-25. maddesi gereğince, 15 yaşından küçük çocukların cinsel davranışlara yönelik rızalarının geçerli olmadığı kabul edilmiş ve yetişkin bir kişi tarafından şiddet, baskı, korkutma ya da hile olmaksızın 15 yaşını doldurmamış olan çocuğa karşı cinsel davranışlarda bulunan failin cezalandırılacağı

²⁹⁴ Sırma, s.51.

²⁹⁵ Kantarcı, s.48.; Seçgin, s.37,38.

²⁹⁶ Ergün, a.g.e., s.277; Aktaran: Korkusuz, s.836.

²⁹⁷ Korkusuz, s.830.

düzenlenmiştir²⁹⁸. Failin mağdur üzerinde nüfuz sahibi olduğu hallerde, 15 yaş olan rıza yaşı 18 yaş olarak kabul edilmiştir²⁹⁹.

Yasanın 222-22. maddesinde ise ırza geçme suçu gibi tüm cinsel saldırı suçlarının şiddet, tehdit, şaşırtma, zorlama gibi unsurlarla gerçekleştirilmesi hali düzenlenmiştir. Yine çocuklara karşı herhangi bir şiddet, zorlama, tehdit ya da hile olmaksızın gerçekleştirilen cinsel eylemlerin de cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır³⁰⁰.

F. Kanada

Kanada Ceza Kanunu'nda, mağdurun geçmişinde cinsel deneyimi olması nedeniyle yalan söyleme ihtimalinin de yüksek olması ve bir kadının bir erkekle cinsel ilişkiye rıza göstermesi durumunda, diğer erkeklerle de cinsel ilişkiye rıza göstereceğinin daha muhtemel olması nedeniyle bir itibar karinesi ortaya çıkmış iken, mağdurun güvenilirliğine itiraz etmek ya da desteklemek için mağdurun cinsel hayatı sebebiyle itibarının karine olarak öne sürülmesi yasaklanmıştır³⁰¹.

Yine Kanada Ceza Kanunu'nun 150. maddesine göre; 12-13 yaşlarında bir çocuğun rızasıyla kendisinden en az iki yaş büyük olmayan bir kişiyle cinsel davranışta bulunması, 14-15 yaşlarında bulunan çocukların ise yine rızasıyla kendisinden en az beş yaş daha büyük olmayan biriyle cinsel ilişkide bulunması hallerinde fail cezalandırılmayacaktır³⁰².

²⁹⁸ Kantarcı, s.47.

²⁹⁹ Soner Baykal, s.26.

³⁰⁰ Seçgin, s.37.

³⁰¹ Martha Shaffet, "Seaboyer v. R.: A Case Comment", Canadian Journal Of Women And The Law, C:5, 1992. S.204; Aktaran: Korkusuz, s.846.

³⁰² Kantarcı, s.50.

İngiliz hukukunda bahsedilen, kadına ilaç ve alkol verildiği kanıtlanmasa dahi kadının bilinçsiz olduğu hallerde rızasının geçerli olmayacağı hususu Kanada hukukunda da geçerlidir.



SONUÇ

“Cinsel saldırı”, “çocukların cinsel istismarı”, “reşit olmayanla cinsel ilişki” ve “cinsel taciz” suçları olmak üzere, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” 5237 sayılı TCK’nın 102-105. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Kanun maddelerinde “ihlal”, “istismar”, “cebir, tehdit ve hile olmaksızın”, “taciz” kavramları kullanılmaktadır. Bu kavramlar içerik itibarıyla incelendiğinde, suça konu eylemin mutlaka rıza hilafına ya da reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından rızaya dayalı yapılması ile mümkün olacaktır. Bu nedenle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda rıza, suçun tipiklik unsuru olarak kendisini gösterdiği kanaatindeyiz. Ancak cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda failin savunmaları genellikle mağdurun rızaya ehil olduğu yönündedir. Bu nedenle yargılamada aksi kanıtlanmadıkça TCK madde 30/1 kapsamında failin cezai sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Bu durum, mağdurun daha fazla mağdur olmasına yol açacağından, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda hata hükümlerinin ayrıca düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz. TCK madde 30/3’de yer verilen “kaçınılmaz hata” kavramına, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların hemen altında ayrı bir madde olarak yer verilmeli ve bu suçlarda hata halinde “kaçınılmaz” olması aranmalı, şüpheye yer bırakmamalıdır.

15 yaşını tamamlamamış çocuklar bakımından rıza aranmayacak ve her türlü davranış çocukların cinsel istismarı suçuna meydan verecek; 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte 18 yaşını tamamlamamış olan çocuklar bakımından ise rızanın varlığı halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu inceleme alanı bulacak, rızanın olmaması ya da mağdurun, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak durumda olması halinde ise yine çocukların cinsel istismarı suçu uygulama alanı bulacaktır. Son olarak; 18 yaşını tamamlamış kişiler açısından ise rıza olması halinde fiil suç sayılmayacak iken, rızanın olmaması halinde cinsel saldırı suçu gündeme gelecektir.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, cebir, tehdit ve hile olmaksızın kurulan cinsel ilişkinin taraflarının 15 yaşını bitirmiş çocuk olmaları halinde, kanunun lafzına bakıldığında her iki tarafında hem fail hem mağdur konumunda olması nedeniyle

kanun koyucunun madde metninde fail bakımından açık bir düzenleme yapması yerinde olacaktır.

Evlenme ile kişinin reşit olması durumunda, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından “hakkın kullanılması” olarak değerlendirilecek iken; kanaatimizce, kamu hukukunun koruduğu hukuki değerler ile özel hukukun koruduğu değerler birbirinden ayrıldığından ve mahkeme kararıyla reşit olsa da kamu hukuku bakımından 18 yaşından küçük olması nedeniyle çocuk kabul edildiğinden çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru olabilmesi mümkün olmalıdır. Ayrıca evliliğin, taraflar arasındaki cinsel davranışlar yönünden sınırsız bir yetki tanımaması nedeniyle eşlerde cinsel taciz suçunun mağduru olabilmelidir. Şöyle ki; kişinin rızası dışında cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlüğüne bir müdahalede bulunulması kişiyi evlilik içerisinde olsa dahi sosyal ve psikolojik açıdan etkileyecek olup aile değerlerinin kişinin cinsel dokunulmazlığından üstün tutulmaması gerektiği kanaatindeyiz.

17 yaşındaki sevgilisiyle birçok kez ilişkiye girmiş bir kişinin, sonrasında sevgilisi uyurken onunla cinsel ilişkiye girmesi olayında ise, korunan hukuki değer cinsel özgürlük ve cinsel dokunulmazlık olduğu da dikkate alındığında, kişinin söz konusu özgürlüğü ve dokunulmazlığı, yer ve zaman konusunda da geçerli olmalıdır. Bu nedenle kişi uyurken sevgilisinin cinsel ilişkiye girmesi durumunda varsayılan rızadan söz etmenin mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Kaldı ki aksinin kabulü halinde öncesinde cinsel ilişkiye girilen kişi tarafından her zaman gösterilen cinsel ilişki de varsayılan rızanın varlığını kabul etmek gerekecektir.

Öncelikle bu suçlar bakımından rıza kavramı uygulamada birçok soruna yol açmaktadır. Bu nedenle, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği kanun maddelerinde, rıza kavramı açık bir şekilde düzenlenmelidir. Veyahut rıza kavramından neyin anlaşılması gerektiği, rızanın hangi yaş aralığı veya şartlarda geçerli olabileceği hususunda yasal düzenleme yapılırken; sosyoloji, psikoloji ve pedagoji gibi bilim alanlarının uzmanları ile konunun ayrıntılı bir şekilde incelenmesi ve bu doğrultuda düzenlemeler yapılması kanaatindeyiz.

Bu nedenle rıza yaşının bilimsel olarak tespiti sağlıklı bir şekilde yapılmalıdır. Bunun sonucunda doğru tespit ile çocuğun cinsel yönden sağlıklı olarak gelişimi

sağlanacak ve çocuğun cinsel olgunluğa erişme öncesinde yaşadığı cinsel ilişkiler neticesindeki hastalıklar ve sağlıklı olarak gerçekleşen hamileliklerin önüne geçilebileceğini düşünmekteyiz.

Son dönemlerdeki cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardaki artış karşısında cezaların arttırılmasının çözüm olmadığı görülmekte olup, psikolojik, sosyolojik, kriminolojik alanlarla özellikle bu konuda bir araştırmaya gidilmesi, olguların ve sonuçlarının yerinde tespit edilmesi ve buna göre bir düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir. Zira kanun hükmünden daha ziyade uygulamada problemlerle karşılaşmıştır.

Toplum kurallarından önce insan olmanın gereği olarak diğer insanların cinsel özgürlüklerine saygı duyulması gerektiği aşikar olup, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda cezaların arttırılması gibi bir yonteme gitmek yerine; cinsiyet fark etmeksizin çocuklara, cinsel hayat kapsamında sağlıklı ve doğru bir eğitim verilmesi gerekmektedir.

Özellikle de rızanın tespitinde ve cinsel ilişkinin çoğunlukla iki kişi arasında geçmesi nedeniyle ispat konusunda sorunlar yaşanmaktadır. Sadece mağdur veya tanık beyanı ya da eksik araştırma ile hüküm kurulmamalıdır. Mağdurun sosyal ve ekonomik durumu, olayın etkisi ve korkusuyla delilleri yok etmesi, mağdurun rızası olduğu halde sonradan şikayet etmesi ya da mağdurun rızası olmadığı halde şikayet etmemesi gibi durumlarla karşılaşılması bakımından, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında delil araştırması ayrıntılı bir şekilde yapılmalı; soruşturmada şüphelinin lekelenme hakkı da göz önünde bulundurularak sonuca varılmalı, kovuşturma aşamasında ise somut delillere dayanan vicdani kanaat sübjektif ve objektif olarak hiçbir şekilde şüpheye yer bırakmayacak şekilde olmalıdır.

Bununla birlikte, cinsel dokunulmazlığa karşı suçların yargılaması davranış bilimleri konusunda yetkin, her durumda iletişim kurabilme açısından sağlıklı, travmatik sorunlarla karşılaşması durumunda nasıl davranacağını bilen bireyler tarafından yapılmalı; cinsel konularda dinsel ve ideolojik açıyı bir kenara bırakıp insancıl yaklaşımda bulunarak bir sonuca varılmalıdır.

Yine, mağdur tarafından rıza ile cinsel ilişkiye girilmesine rağmen, toplum ve aile baskısı gibi olgularla karşı taraf şikayet edilmekte ya da tam tersi, mağdurun rızası olmadığı halde yine psikolojik etkiler, sosyal ve ekonomik durum gibi sebeplerle mağdur şikayet yoluna gidememektedir. Bu durumda olayların yargıya intikal etmesi halinde yorumla ve toplumda bulunan genel yargıların etkisiyle değil deliller çerçevesinde değerlendirilme yapılmalı, yargıya intikal etmeyen olaylar bakımından ise bir suçun mağduru olup olmadığına bakılmaksızın her bireyin eğitim ya da seminerlerle bilinçlendirilmesine çalışılmalıdır.



KAYNAKÇA

Kitaplar

Akbulut, B.(2019). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*.(6. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

Akkaya, Ç.(2018). *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*.(1.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

Arduç, M.(2018). *Pratik Türk Ceza Kanunu*.(4. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

Arslantürk, M.(2018). *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*.(4. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.

Artuk, M. E., Gökcen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K.(2019). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*.(18. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi. (Özel Hükümler).

Artuk, M. E., Gökcen, A., Alşahin, M. E. ve Çakır, K.(2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*.(12.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi. (Genel Hükümler).

Aydın, M.(2014). *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*.(2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.

Baytemir, E.(2019). *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*.(1.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö.(2017). *Türk Ceza Hukukuna Giriş*.(10.Baskı).İstanbul: Beta Yayıncılık.

Çalışkan, S.(2013). *5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Cinsel Amaçlı Hürriyetten Yoksun Kılma Suçu*.(1.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

Devellioğlu, F.(2006). *Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat*. (23.Baskı). Ankara: Aydın Kitabevi.

Dülger, İ.(2005). *Türk Ceza Kanunu Reformu, Üçüncü Kitap Yeni Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemeleri Kanunu Panel.* (1.Baskı). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Gündüz, R. ve Gültaş, V.(2013). *Cinsel Suçlar (Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar).*(3. Baskı). Ankara: Bilge Yayınevi.

İçel, K., Sokullu Akıncı, F., Özgenç, İ., Sözüer, A., Mahmutoğlu, F. S. ve Ünver, Y.(2000). *Suç Teorisi.* İstanbul: Beta Yayınevi.

İçel, K.(2017).*Ceza Hukuku Genel Hükümler,* İstanbul: Beta Yayınevi.

Koca, M. ve Üzülmöz, İ.(2019). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler.* (12.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.(Genel Hükümler).

Koca, M. ve Üzülmöz, İ.(2019). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler.* (6.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.(Özel Hükümler).

Kocaoğlu, S.(2016). *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar.* Ankara: Yetkin Yayınevi.

Köprülü, T.(2015). *Ceza Hukuku Özel Hükümler Pratik Çalışma Kitabı.* Ankara: Savaş Yayınevi.

Malkoç, İ.(2009). *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar.*(1.Baskı). Ankara: Malkoç Kitabevi.

Memiş Kartal, P.(2014). *Türk Ceza Hukuku 'nda Çocukların Cinsel İstismarı.* İstanbul: Der Yayınevi.

Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P.(2019).*Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler.*(10.Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi. (Genel Hükümler).

Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız, P.(2019).*Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler.*(14.Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.(Özel Hükümler).

Pakır, Y.(2018). *Cinsel Saldırı Suçu.* Ankara: Adalet Yayınevi.

Soyaslan, D.(2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler.*(7. Baskı). Ankara: Yetkin Yayınevi.

Soyaslan, D.(2006). *Ceza Hukuku Özel Hükümler*.(6 Baskı). Ankara: Yetkin Yayınevi.(Özel Hükümler).

Taner, F. G.(2017).*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*.(2.Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.

Tezcan, D., Erdem, M. R. ve Önok, M.(2019). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*.(17.Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.

Toroslu, N.(2018). *Ceza Hukuku Özel Kısım*.(9.Baskı). Ankara: Savaş Yayınevi.

Tuğrul, A. C.(2013). *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler*.(2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

Türk Dil Kurumu.(1998). *Türkçe Sözlük*. (C.1). Ankara: TDK Yayınevi.

Ünver, Y.(2014). *Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu “Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku”*.(1.Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.

Yaşar, O., Gökcan, H. T. ve Artuç, M.(2010). *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*. (1.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

Yenerer Çakmut, Ö. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelemesi*. (1. Baskı). İstanbul: Legal Yayınevi.

Zafer, H. (2016). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*.(6.Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi.

Sürelî Yayınlar

Akbulut, B.(2013). Ceza Mevzuatında Çocuk ve Çocukların Yakalanması, Gözaltına Alınması. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan. 19(2), 541-586.

Akçin, İ.(2006). Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar. *Yargıtay Dergisi*. 32(1-2), 99-144.

Artuk, M. E. ve Alşahin, M. E.(2016). Sarkıntılık Fiili. *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 65(4), 3243-3270.

Artuk, M. E. ve Alşahin, M. E.(2001). Ötenazi. *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*. 297- 319.

Bacaksız, P. ve Bayzit, T.(2019). Yargıtay'ın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda İspata Yaklaşımı. *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi. Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan*. 21(Özel), 379-414.

Bayraktar, K.(2-13). Kasten Adam Öldürme. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*. 19(2), 57-78.

Centel, N.(2011). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısının Değerlendirilmesi. *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Yeni Yaklaşımlar Sempozyumu*. 269-290.

Çakıcı Gerçek, L.(2011). Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Taciz Suçu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 60(1), 47-82.

Dursun, S.(2014). Türk Ceza Hukukunda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış. *Ceza Hukuku Dergisi*. (24), 57-73.

Ekşi, A.(2011). İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. (17), 347-366.

Erem, F.(1990). Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 41(1).

Horozgil, D.(2011). Çocukların Cinsel İstismarı Suçunun Basit Şekli. *TBB Dergisi*. (11), 108-146.

İşten, İ.(2017). Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararları ve Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Çocukların Cinsel İstismarı Suçu. *Uluslararası Antalya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. (9), 139-165.

Kanbur, M. N. ve Özkan, S.(2014). Özgürlüğün Gerçekleştirilmesi Aracı Olarak Rıza. *Ceza Hukuku Dergisi*. 9(26), 171-179.

Kanbur, M. N.(2014). 6545 sayılı Kanun Değişiklikleri Çerçevesinde Türk Ceza Kanunu'nda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*.16(0), 4139-4210.

Kangal, Z. T.(2011). Ceza Hukukunda Varsayılan Rıza. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. XV(4), 223-251.

Kantarıcı, N.(2017). Cinsel İstismar Suçunun Eşe Karşı İşlenip İşlenemeyeceği Sorunu. *Ceza Hukuku Dergisi*. 12(33), 155-177.

Korkusuz, G.(2013). Cinsel Saldırı Suçu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 71(1), 815-854.

Memiş Kartal, P.(2016). Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 65(4), 2083-2100.

Şare, E.(2019). Cinsel Özgürlüğü Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 21(2), 977-1023.(İlgilinin Rızası).

Şare, E.(2019). Türk Hukuk Sisteminde Düzenlenen Taksir Üzerine Bir İnceleme. *İstanbul Barosu Dergisi*. 90(1), 88-114.(Taksir).

ÜNVER, Y.(2008). Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar. *Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları*. (10), 294-342.

Yokuş Sevük, H.(2005). 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları. *TBB Dergisi*, (52), 243-282.

Yokuş Sevük, H.(2015). 6545 sayılı Kanun ile Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*. 3(2), 119-146.(Değişikliklerin Değerlendirilmesi).

Tezler

Altun, V.(2019). *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul.

Ataman, E.(2011). *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Konya.

Deniz, H.(2016). *Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara.

Ekici Şahin, M.(2010). *Ceza Hukukunda Rıza*. Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.

Erdoğan, O.(2019). *Rızanın Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara.

Ersözoğlu, H.(2010). *Türk Hukukunda Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi, Kocaeli.

İşıka, S.(2012). *Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Kastrasyon*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.

Karslı, K. S.(2014). *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara.

Kantarıcı, N.(2016). *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*. Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi, Antalya.

Kutlu, G.(2016). *Türk Ceza Kanununda Cinsel Suçlar ve Uygulaması*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi Başkanlığı, Ankara.

Seçgin, D.(2018). *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara.

Sırma, Ö.(2011). *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İlgilinin Rızası*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul.

Soner Baykal, C.(2019). *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul.

Turanlı Özcan, A. M.(2018). *Ceza Hukukunda İlgilinin Rızası*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul.

İnternet kaynakları

Hafizoğulları, Z.(11 Mayıs 2020). "Hukuka Uygunluk Nedenleri". <http://www.abchukuk.com/cezahukuku/hukuka-uygunluk.html>. (e.t.11.05.2020, 18:00).

Aydın, Ö. D.(11 Mayıs 2020). “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”. https://www.turkhukusitesi.com/makale_175.htm. (e.t.11.05.2020, 20:00).

<https://www.anayasa.gov.tr/media/3600/aihmkararlarindanornekler.pdf>. (e.t.21.05.2020, 15:30).

<https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/Sayfalar/merkezler/mc-bulgaristan-karari.pdf>. (e.t.08.08.2020, 12:20).

<https://www.tckmadde.com/26->

[2/#:~:text=TCK%20MADDE%2026%20Gerek%C3%A7esi%20%3B&text=Bir%20hakk%C4%B1%20kullanan%20kimsenin%20hukuka,bir%20mesle%C4%9Fin%20icras%C4%B1ndan%20da%20do%C4%9Fabilir](https://www.tckmadde.com/26-2/#:~:text=TCK%20MADDE%2026%20Gerek%C3%A7esi%20%3B&text=Bir%20hakk%C4%B1%20kullanan%20kimsenin%20hukuka,bir%20mesle%C4%9Fin%20icras%C4%B1ndan%20da%20do%C4%9Fabilir). (e.t.12.11.2020, 11:30).

<https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/5063/cinsel-saldiri-magdurun-alkollu-olmasi/>. (e.t.30.05.2020, 16:20).

<https://www.turkhukusitesi.com/serh.php?did=1183>. (e.t.02.09.2020, 15:30).

www.tr.wikipedia.org. (e.t.02.09.2020, 22:00).

www.hukukmedeniyeti.org. (e.t.30.05.2020, 23:00).

www.turkhukusitesi.com. (e.t.02.09.2020, 20:00).

www.hukukturk.com. (e.t.24.04.2020, 22:00).

www.kazancihukuk.com. (e.t.06.05.2020, 12:00).

www.lexpera.com.tr. (e.t.12.05.2020, 09:00).

www.anayasa.gov.tr. (e.t.21.05.2020, 10:10).

www.kazancı.com. (e.t.16.07.2020, 12:20).

www.legalbank.net. (e.t.17.06.2020, 11:00).

www.kararara.com. (e.t.01.05.2020, 23:30).

www.karararama.yargitay.gov.tr. (e.t.20.05.2020, 00:30).

www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr. (e.t.30.07.2020, 01:30).

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI : Büşra ŞAHİNER

Eğitim Durumu

Mezun Olduğu Lise : Aksu Anadolu Öğretmen Lisesi, Antalya, 2011

Lisans Diploması : Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir, 2016

Tez Konusu : Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rıza Kavramı

Yabancı Diller : İngilizce, Almanca (Orta)

İş Denevimi

Çalıştığı Kurumlar : Antalya Barosu'na kayıtlı Avukat – Devam Ediyor

E-Posta : av.busrasahiner@gmail.com