

ANLAMLI YANIT ÜRETİLEMİYEN
İKİLEM:
REŞİT OLMAYANLA
CİNSEL İLİŞKİ SUÇU*

Dr. Recep DOĞAN**

Makalenin Geldiği Tarih: 11.07.2016 **Kabul Tarihi:** 17.02.2017

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** LL.M., PhD, Keele University, UK, Uppsala Üniversitesi Hugo Valentin Araştırma Merkezi Misafir Araştırmacı. (receptogan06@hotmail.com)

ÖZ

Bu makalede, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104'üncü maddesinde düzenlenen "reşit olmayanla cinsel ilişki" suçu, bu düzenlemenin Türk hukuk sistemine girdiği andan günümüze kadar geçirdiği aşamalar ve uygulamada yaşanan sorunlar dikkate alınarak tartışılacaktır. Suçun hukuki konusuna, faile, mağdura, suça konu teşkil eden "cinsel ilişki" deyimine ve şikâyet hakkına ilişkin ayrıntılı tartışmalara değinilecek, öğretide yer alan görüşlere yer verilecektir. Karşılaştırmalı hukuktan örnekler verilerek, suçun düzenleme biçiminden kaynaklanan sorunların çözümüne ilişkin öneri ve yorumlarda bulunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Reşit olmayanla cinsel ilişki, cinsel suçlar, çocukların cinsel istismarı, fail, mağdur ve şikâyet hakkı.

AN UNSOLVED DILEMMA:
THE CRIME OF HAVING CONSENSUAL
SEXUAL RELATIONS WITH A MINOR

ABSTRACT

This paper discusses the crime of having consensual sexual relations with a minor set out in section 104 of the Turkish Penal Code 5237. Since this section came into force in 2005, it has been a topic of heated debates for many reasons due to an ambiguous terminology and language used in the section. For instance, a definition of "sexual" relations or activities is not set out in the section, and it is uncertain whether the crime has been committed in cases where there is a mutually agreed sexual activity between children who are over 15 but not reached the age of 18 which is the age of legal maturity. Such ambiguities also caused hesitation over the primary intention of lawmakers concerning whether they recognize sexual autonomy of those children who are over 15 but not reached the age of legal maturity. So, this article discusses the crime of having consensual sexual relations with a minor and argues that the issue of having consensual sexual relations with a minor will remain an unsolved dilemma.

Keywords: Sexual relations with a minor, sexual offences, child sexual exploitation, perpetrator, victim and the prosecution of the offence.

GİRİŞ

Cinsellik beşeri ve tabii bir olgu olup cinselliğin tezahürüne veya yansımalarına ilişkin eylemlerin hangi dereceye kadar kişisel özgürlüklerin sınırları içinde kalıp kabul ve koruma göreceği, hangi aşamada ise korumadan mahrum bırakılacağı tüm hukuk düzenlerinde tartışma konusudur. Tüm canlılarda doğal olarak bulunan cinsellik, doğada doğanın kendi kanunlarına tabi iken, toplumsal varlık olan insanın cinselliğinin veya cinsel içerikli davranışlarının toplumsal kurallar ile düzenlenmesi zorunludur. Bu nedenle beşeri cinselliğe ilgisiz kalan bir topluma rastlanmamıştır.^[1]

765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nda beşeri cinselliği ihlal eden davranışlar “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler” başlığı altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla, beşeri cinselliğe karşı davranışlar, ne kişiye karşı davranışlar, ne de ahlaka karşı davranışlar olarak görülmüş, kanun koyucu, cinsel davranışların bireysel niteliğinden çok toplumsal niteliğine bakarak, bu davranışları “edep” denen toplumsal değerle ilişkilendirerek “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Suçlar” başlığı altında kendine özgü bir suç kategorisi olarak düzenlemiştir.^[2] 5237 sayılı TCK ise beşeri cinselliğin bireysel ve toplumsal yansımalarını ayırt etme gereksinimi duymuş ve bunları farklı biçimlerde düzenlemiştir. Buna göre 5237 sayılı TCK, beşeri cinselliğin hukuka aykırı bireysel tezahürlerini “kişilere karşı suçlar” (m.81-169) kısmında “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” (m.102-105) başlığı altında düzenlemiş, beşeri cinselliğin hukuka aykırı toplumsal tezahürlerini ise “topluma karşı suçlar” (m.170-247) kısmında ve “genel ahlaka karşı suçlar” (m.225-227) başlığı altında düzenlemiştir. Bu tercihin sonucunda, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunulması hususu Türk Ceza Kanunu'nun 104'üncü maddesinde “reşit olmayanla cinsel ilişki” başlığı altında düzenlenerek, reşit olmayanla cinsel ilişki olgusuna bireysel ve kişisel bir hüviyet tanınmak istenmiş ve bu olgu toplumsal boyutundan arındırılmaya çalışılmıştır.

Bir cümlelik madde gerekçesinden anlaşılmamakla birlikte, çocukların reşit olmadan da cinsel ilişki de dâhil olmak üzere cinsel içerikli eylemlerde bulunabilecekleri, bu eylemlerin hukuki ve sosyal sonuçlarını idrak edebilecekleri, bunun toplumsal bir olgu ve gerçeklik olduğu belirtilmek istenmiştir. Nitekim bu toplumsal gerçeklik, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun evlenme yaşına ilişkin 124'üncü maddesinde daha önceden dikkate alınmış olup on yedi yaşını

[1] HAFIZOĞULLARI Zeki, “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı*, 2005, ss.1-8, s.1.

[2] HAFIZOĞULLARI, 2005, s.2; DURSUN Selman, “Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 24, Nisan 2014, ss. 57-73, s.58.

bitirmiş erkek ve kadının kanuni temsilcisinin izni ile evlenmesine imkân tanınmış, hatta olağanüstü durumlarda hâkimin izni ile on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesi mümkün kılınmıştır.

Gerçekten de küresel ölçekte yapılan araştırmaların verilerine göre, çocuklar daha 16 yaşına girmeden ilk cinsel deneyimlerini yaşayabilmekte, cinsel açıdan aktif olabilmekte ve rızaları ile cinsel ilişkiye girebilmektedirler. Örneğin, küresel ölçekte yapılan 1999 tarihli “Durex Cinsellik Anketi”ne göre, Birleşik Krallık (United Kingdom) nezdinde ilk cinsel deneyim yaşı ortalama olarak 15,3’tür. Bu verilere göre, Birleşik Krallık’ta çocuklar ilk cinsel deneyimlerini Amerika ve Kanada’da yaşayan çocuklardan biraz daha geç, Avrupa’da yaşayan çocuklardan ise biraz daha erken bir tarihte yaşamaktadırlar. Küresel verilere göre, ilk cinsel deneyimin yaşandığı yaş ise ortalama olarak 15,9’dur.^[3]

Türkiye’de de durum bundan farklı değildir. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından yapılan “Türkiye’de Evlilik Tercihleri”^[4], araştırması ile Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü (HÜNEE) tarafından yapılan “Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması 2013”^[5] verilerine göre, Türkiye’de kadınlar arasında evlenme yaygınlığının zaman içinde gösterdiği değişime bakıldığında, 1978 yılında 15-19 yaş grubundaki kadınların yaklaşık beşte biri (%22,2) evlenmiş iken, bu oran 2013’de %7,2’ye düşmüştür.^[6] Yine, 2013 yılı içinde yasal merciler önünde evlenen kadınların yaklaşık beşte birini (%20,5) 16-19 yaş grubundaki kadınlar oluştururken, 2013 yılında evlenen erkeklerin ise %2,3’ü 16-19 yaş grubundadır.^[7]

Çocukların reşit olmadan da cinsel ilişkiye girebilecekleri, belli hallerde çocuklara cinsellik konusunda kararlar alma ve tercih yapma özerkliği tanınması gerektiği, bir başka deyişle reşit olmayan çocukların cinsel ilişkide bulunması halinde bu ilişkinin bazı durumlarda hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği, uluslararası düzenlemelerce de kabul gören bir olgudur. Nitekim Anayasanın 90’ıncı maddesi hükmü gereğince, artık iç hukuk kuralı haline dönüşen Çocuk

[3] SETTING THE BOUNDARIES: Reforming the law on sex offences, vol.1, July 2000, Home Office: UK, para, 3.2.10, s.36. <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.homeoffice.gov.uk/documents/vol1main.pdf?view=Binary>

[4] ASPB (Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı) Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, *Türkiye’de Evlilik Tercihleri*, Nisan 2015.

[5] HÜNEE (Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü), *Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması 2013*, Ankara: Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, T.C. Kalkınma Bakanlığı, TÜBİTAK, 2014.

[6] ASPB, 2015, s.15.

[7] ASPB, 2015, s.16.

Haklarına Dair Sözleşme'nin,^[8] 34'üncü maddesi ile hukuka uygun olan ve olmayan cinsel aktiviteler veya eylemler ayrımı yapılarak, cinsel ilişkiye rıza yaşı konusunda asgari bir yaş sınırı getirilmemiştir. Sözleşmeyi kaleme alanlar, 18 yaşından küçüklerin cinsel hayatının tamamıyla düzenlenmesi ve sınırlanmasının amaçlanmadığını, sadece çocukların cinsel istismara karşı korunmasının amaçlandığını, aynı Sözleşmenin 12'nci maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, kendi görüşlerini serbestçe oluşturma yeteneğine ve olgunluğuna sahip olan çocukların cinsel ilişkiye rıza konusunda sınırlı bir otonomi ve özerkliğe sahip olabileceğini belirtmişlerdir.^[9]

Bu düşüncelerin etkisiyle olsa gerek, 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104'üncü maddesinin ilk halinde "Reşit olmayanla cinsel ilişki" başlığı altında yeni bir suç türü yaratılarak şu hükme yer verilmiştir:

"(1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.^[10]

(2) Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır."^[11]

Söz konusu hüküm ile kanun koyucu, reşit olmayan çocukların karşılıklı rızaya dayalı olarak cinsel ilişkide bulunmaları fiilini, görünüşte yasaklamış ve takibini şikâyete bağlamış gözükse de, bu fiilin takibini imkânsız kılarak, aslında bu fiili suç saymamıştır. Bu demektir ki, on beş yaşını bitirmiş çocukların, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, yani isteyerek sevişmeleri, karşılıklı birbirlerini şikâyet etmedikleri sürece, hukuk düzenimizde artık serbest kılınmıştır. Kanun, sadece, reşit olan bir kimsenin, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, henüz reşit olmamış

[8] Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, 4058 sayılı kanun ile onaylanarak 11 Aralık 1994 gün ve 22138 sayılı Resmi Gazete' de yayınlanmıştır.

[9] IMPLEMENTATION HANDBOOK FOR THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD, Fully Revised Third Edition, Prepared by Rachel Hodgkin & Peter Newell for UNICEF, Geneva: Switzerland, 2007, s.523. (UNICEF, *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı*, Hazırlayanlar, Rachel Hodgkin ve Peter Newell, Cenevre: İsviçre, 2007, s.523) http://www.unicef.org/publications/files/Implementation_Handbook_for_the_Convention_on_the_Rights_of_the_Child.pdf

[10] 18.06.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanununun 60'ıncı maddesiyle bu fıkrada yer alan "altı aydan iki yıla kadar" ibaresi "iki yıldan beş yıla kadar" şeklinde değiştirilmiştir.

[11] Bu fıkra Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarih ve 2005/103 E, 2005/89 K sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

bir kimse ile cinsel ilişkide bulunması fiilini gerçekte suç saymış ve bu suçun resen takibini öngörmüştür.^[12]

Ancak söz konusu maddenin düzenlendiği andan günümüze kadar geçirdiği sürece bakıldığında, kanun koyucunun 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce mevcut olan suç kategorilerine ve ceza hukukunun yerleşik usul ve kaidelerine itibar etmeksizin, toplumsal bir gerçekliğe hukuki gerçeklik ve geçerlilik kazandırmak amacıyla yarattığı bu yeni suç tipinin uygulamada pek çok sorunu beraberinde getirdiği görülmektedir. Kanun koyucunun özensizliğinden kaynaklanan bu sorunlar ayrıca, çocukların cinsel ilişkiye rıza konusunda sınırlı bir otonomi ve özerkliğe sahip olabilecekleri olgusunun kanun koyucu tarafından gerçekten kabul edilip edilmediği tartışmalarının ortaya çıkmasına ve kanun koyucunun gerçek niyetinin sorgulanmasına da yol açmıştır. Nitekim 5237 sayılı TCK'nun 104' üncü maddesi, iki kez yerel mahkemelerce yapılan doğrudan itirazlar sonucunda Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş,^[13] iki kez de konu, TCK'nun 103'üncü maddesi kapsamında yapılan itiraz başvurularında Anayasa Mahkemesi tarafından dolaylı olarak tartışılmıştır.^[14] Dolayısıyla bu makalede, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104'üncü maddesinde düzenlenen "reşit olmayanla cinsel ilişki" suçu, bu düzenlemenin Türk hukuk sistemine girdiği andan günümüze kadar geçirdiği aşamalar ve uygulamada yaşanan sorunlar dikkate alınarak tartışılacaktır. Suçun hukuki konusuna, faile, mağdura, suça konu teşkil eden "cinsel ilişki" deyimine ve şikâyet hakkına ilişkin ayrıntılı tartışmalara değinilecek, öğretide yer alan görüşlere yer verilecektir. Karşılaştırmalı hukuktan örnekler verilerek suçun düzenleme biçiminden kaynaklanan sorunların çözümüne ilişkin öneri ve yorumlarda bulunulacaktır.

SUÇUN HUKUKİ KONUSU

5237 sayılı TCK'da, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunulması hususu, kanunun 104'üncü maddesinde "kişilere karşı suçlar" kısmında "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu tercihin sonucunda, reşit olmayanla cinsel ilişki

[12] HAFIZOĞULLARI, 2005, ss.7-8.

[13] Anayasa Mahkemesi'nin 25.02. 2006 tarih ve 26091 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan 23.11.2005 tarihli, 2005/103 E, 2005/89 K sayılı kararı ve 2.6.2009 tarih ve 27246 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan 26.02.2009 tarihli ve 2006/17 E, 2009/33 K sayılı kararı.

[14] Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.2015 tarih ve 29559 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanan 12.11.2015 tarih ve 2015/26 E, 2015/100 K sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi'nin 13.07.2016 tarih ve 29769 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 26.5.2016 tarih ve 2015/108 E, 2016/46 K sayılı kararı.

olgusuna bireysel ve kişisel bir hüviyet tanınmak istenmiş ve bu olgu toplumsal boyutundan arındırılmaya çalışılmıştır.^[15]

Ancak kanunun gerekçesinden, kanun koyucunun korumak istediği hukuksal değeri veya suçun hukuki konusunu tam olarak tespit etmek mümkün değildir. Amacını bilmediğimiz kanun koyucu, evlilik öncesi cinsel deneyim yaşayan çocukların, cinsel özgürlük ve özerkliklerini koruyarak, ceza kovuşturması tehdidi olmaksızın evlenmelerinin önünü mü açmak istemektedir? Yoksa kanun koyucu anlık heyecanlara veya maceralara kalkışarak cinsel ilişkiye giren çocukları, henüz yeterli olgunluğa erişmeden deneyimleyecekleri cinsel ilişkilerde yaşanabilecek istismara karşı koruyarak, evliliğe yanaşmayan taraflardan birini ceza kovuşturması tehdidiyle evliliğe mi zorlamaktadır? Veyahut 15 yaşını bitirmiş çocuklarla cinsel ilişkiye girecek kimselere, çocuğun daha sonradan kararından vazgeçebileceğini ve bir daha düşünmeleri gerektiğini hatırlatmak mı istemektedir?

Kanımızca kanun metninin ilk hali birinci ve ikinci fıkrası ile beraber ele alındığında, suçun hukuki konusunun ya da korunan hukuksal değerlerin 15 yaşını bitirmiş çocuğun cinsel dokunulmazlığı^[16] ya da daha doğru bir tespitle kısmi cinsel özerkliği veya özgürlüğü olduğu söylenebilir. Ancak çocuğun rızasına hukuki geçerlik tanıyıp bunun hukuki koruma göreceğini kabul ettikten sonra, genel manada hukuka aykırılığı ortadan kaldıran mağdurun rızasına rağmen, aynı mağdurun şikâyeti ile eylemi cezalandırmak bir çelişki olarak gözükmektedir. TCK'da buna benzer başka bir düzenleme bulunmamaktadır.^[17]

Bu çelişkiye ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesinin ilk kararlarında, 15 yaşını doldurmuş çocukların kişilikleri ve sorumluluk duyguları henüz yeterince gelişmediğinden, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayamayabileceklerine vurgu yaptığı görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesine göre, kanun koyucunun koruduğu hukuksal değer, bu yaş grubundaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarıdır.^[18] Bu nedenle, 15 yaşından büyük çocuğun cebir tehdit veya hile olmaksızın tarafı bulunduğu

[15] HAFIZOĞULLARI, 2005, s.2.

[16] AKSAKAL Enver, "Reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 88, Sayı 2014/2, 2014, ss. 257-275, s. 258.

[17] BEYAZIT Özgür, "Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* (TAAD), Nisan 2010, Sayı:1, 2010, ss.293-309, s.295; TANER, Fahri Gökçen, "6545 Sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme", *Güncel Hukuk*, Ağustos 2014, 2014, ss.60-63, s.62.

[18] Anayasa Mahkemesinin 2.6.2009 tarih ve 27246 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 26.02.2009 gün, 2006/17 E, 2009/33 K sayılı kararı.

cinsel ilişkiden pişmanlık duyup cinsel ilişkinin diğer tarafı hakkında şikâyetle bulunması mümkündür. Dolayısıyla, 15 yaşından büyük çocukların cinsel ilişkiye rızasını TCK'nun 26/2'nci maddesinde düzenlenen ve hukuka uygunluk nedeni sayılan "rıza" kapsamında değerlendirmemek gerekir. Yüksek Mahkemeye göre, bu madde kapsamında "rıza" bizatihi suçun unsuru olup hukuka uygunluk sebebi değildir. Anayasa Mahkemesi, kanımızca, bu yorumuyla, mağdurun gösterdiği rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılmayacağını fail tarafından bilinmesi gerektiğini, mağdurun şikâyet hakkını kullanarak faili ceza tehdidi ile baş başa bırakabileceğini, bunun da keyfi ya da eşitlik ilkesine aykırı olmayacağını belirtmeye çalışmaktadır.^[19]

Ancak bu karardan yaklaşık 6 yıl sonra, çocuğun cinsel istismarının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi halinde verilecek cezanın alt sınırını 8 yıldan 16 yıla çıkaran 5237 sayılı kanunun 6545 sayılı kanunun 59'uncu maddesiyle değişik 103/2' nci maddesinin iptaline ilişkin kararında^[20] Anayasa Mahkemesi korunan hukuksal değer hakkında farklı görüşler ileri sürmüştür. Bu bağlamda, kanaatimizce, Anayasa Mahkemesi, "reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu", 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 423'üncü maddesinde yer alan "evlenme vaadiyle kızlık bozma suçunun" alternatif veya karşılığı olarak yorumlamaya başlamıştır.^[21]

Nitekim Anayasa Mahkemesi, bu kararında TCK'nun 103/2'nci maddesindeki alt sınırını 8 yıldan 16 yıla çıkarılmasının adalet ve hakkaniyet ilkeleri ile suç ve cezaların orantılılığı ilkeleriyle bağdaşmadığı, kırsal kesimlerde küçük yaşta evlendirmelerin yaygın olduğu, şehirlerde ise yaşı küçük çocukların cinsel birlikteliklerinin yaygın olduğu, çocuk sanıkların yaşı küçük çocuklarla cinsel ilişkinin ağır yaptırımını bilmediği, bu konuda bilinçlendirmeye yönelik çalışmaların olmadığı, çocukların yüksek cezalarla karşı karşıya kalmasının vicdanları zedelediği ve eşitsizliğe yol açtığı, bu nedenle Anayasa'nın 2. ve 10.

[19] Anayasa Mahkemesinin 2.6.2009 tarih ve 27246 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 26.02.2009 gün, 2006/17 E, 2009/33 K sayılı kararı.

[20] Anayasa Mahkemesinin 11.12.2015 tarih ve 29559 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 12.11.2015 tarih, 2015/26 E, 2015/100 K sayılı kararı.

[21] 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 423'üncü maddesinde "*Her kim on beş yaşını dolduran bir kıza alacağı diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsolünür.*" şeklinde bir hüküm mevcuttu. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise şöyleydi: "*Evlenme vukuu halinde dava ve ceza tecil olunur. Şu kadar ki beş sene içinde koca aleyhine boşanmaya hükümlünürsa hukuku amme davası avdet eder ve evvelce ceza hükümlünmüşsa çektilir.*"

maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan itiraz başvurusunu oy çokluğu ile kabul etmiştir.^[22]

Daha önceden 104'üncü maddenin çocukların cinsel dokunulmazlıklarını korumak ve çocukları cinsel istismara karşı savunmak amacıyla Türk Ceza Kanunu'na konduğu fikrini benimseyen Anayasa Mahkemesi, oy çokluğu ile alınan bu kararında, evlenmeye ve aile hayatına ilişkin muhafazakâr değerleri, çocukların cinsel istismara karşı korunması ve zaman içinde gelişen beşeri cinselliklerine kısmen özerklik tanınması ilkelerine üstün tutmuştur. Dolayısıyla, kanun koyucunun korumayı hedeflediği hukuksal değer konusunda yaşanan belirsizlik Anayasa Mahkemesine de yansımış olup çocuklara cinsel özerkliğin veya hareket serbestisinin gerçekten de tanınıp tanınmayacağı, tanınacak ise hangi eylemler için tanınacağı ve bu serbestliğin evlenme öncesi yaşanan ya da evlilik ile sonuçlanan cinsel ilişkiler ile sınırlı olması gerekip gerekmediği konusunda belirsizlik ve ikilem halen varlığını sürdürmektedir.

MADDİ UNSUR

Suç ile korunan hukuksal değerın tespitinde yaşanan belirsizlik, suçun kanuni tanımında yer alan fiilin ya da maddi unsurun yorumunda da yaşanmaktadır. Suçun kanuni tanımının esasını “cinsel ilişki” deyimini oluşturmaktadır. O halde cinsel ilişki deyiminden ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması gerekir. Bir görüşe göre, kanun koyucu “cinsel saldırı” ve “çocukların cinsel istismarı” suçlarında, suçun maddi unsurlarını oluşturan cinsel haz amaçlı davranışları kapsamlı bir şekilde açıklamış iken; “reşit olmayanla cinsel ilişki suçu”nda suçun maddi unsurunun “cinsel ilişkide bulunmak” tan ibaret olduğunu belirtmek ile

[22] Anayasa Mahkemesi 12.11.2015 tarih 2015/26 E, 2015/100 K sayılı iptal kararında şu gerekçelere yer vermiştir:

Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirilmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur. Ancak, mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi; *fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırmakta* ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. *Bu nedenle kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez.* Kural bu haliyle ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır.”

yetinmiştir. Dolayısıyla cinsel ilişki deyimini dar yorumlanmalıdır.^[23] Bu görüşe göre cinsel ilişki, erkeğin cinsel organının bir kadının vajinasına veya başka bir erkeğin anüsüne duhulünü ifade eder. Dolayısıyla cinsel ilişkinin mevcut sayılabilmesi için taraflardan birisi mutlaka erkek olmalıdır.^[24] Oral seks, anüs ya da vajinaya penis haricinde sair organ veya cisim sokma ve cinsel ilişki düzeyine varmamış cinsel yakınlaşmalar bu suçun fiilini oluşturmazlar.^[25] Bu bağlamda, kanun koyucu eğer vücuda penis dışında organ veya sair cisim sokulmasını 104'üncü madde kapsamında değerlendirmek isteseydi, bu hususları da 102/2'nci ve 103/2'nci maddesinde olduğu gibi madde metnine dâhil ederdi.

Diğer bir görüşe göre ise, kanun 15 yaşını bitirmiş çocuğun cinsel dokunulmazlığını korumak istediğine göre, cinsel dokunulmazlığın, sadece erkeğin cinsel organının bir kadının vajinasına veya başka bir erkeğin anüsüne duhulü ile ihlal edileceğini düşünmek isabetli olmaz. Vücut boşluklarına sair cisim veya organ sokulması da cinsel dokunulmazlığı ihlal eder. Nitekim Malkoç'a göre, 104'üncü maddede düzenlenen suçun 102/2'nci maddede düzenlenen cinsel saldırı suçundan tek farkı, eylemin rıza ile gerçekleşmesidir. Eylemin cinsel organla yapılanı suç sayılırken, cinsel organdan daha fazla zarar vereceği bilinen sair cismin vücuda sokulmasının suç sayılmaması kanunun sistematığına uygun düşmez.^[26] Aynı şekilde oral seksin de cinsel dokunulmazlığı ihlal ettiği söylenebilir.^[27]

Kanımızca madde metnindeki "cinsel ilişki" deyiminin, kanunilik ilkesinden ve kıyas yasağından hareketle, erkek ve kadının tenasül organlarının birleşmesine dayandırılması dayanaksızdır. Öncelikle, kıyas yasağını ve kanuni ilkesini öne sürenler de kıyas yapmakta, cinsel ilişki deyimini 765 sayılı kanunun sistematığı ile karşılaştırma yaparak yorumlamaktadırlar. Bununla beraber, 765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunundan ayrı olarak, kanun koyucu 5237 sayılı TCK'nun 102 ve 103'üncü maddelerinde farklı bir terminoloji kullanarak, "cinsel saldırı" ve "cinsel istismar" deyimlerine yer verirken, çocukların cinsel istismarı veya cinsel saldırı suçlarının basit halinin gerçekleşmesi için erkeklik organının varlığını şart koşmamıştır. Fiilin organ veya sair cisim sokulmak suretiyle işlenmesi halini

[23] ŞEN ERSAN, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt I, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s. 405.

[24] ARTUÇ MUSTAFA, *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, s. 699.

[25] TEZCAN DURMUŞ / ERDEM, Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, *Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Genişletilmiş Ve Güncellenmiş 8.Baskı*, 2012, s.345-346.

[26] MALKOÇ İSMAİL, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara: Malkoç Kitabevi, 2008, s. 943.

[27] ÖZBEK VELİ ÖZER, KANBUR MEHMET NİHAT, DOĞAN KORAY, BACAKSIZ PINAR, TEPE İLKER, *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2010, s.394.

hem cinsel saldırı suçu için (m.102/2) hem de çocukların cinsel istismarı suçu için (m.103/2) ağırlaştırıcı sebep olarak öngörmüştür. Kanımızca, kanunun 102/2'nci ve 103/2'nci maddelerinde düzenlenen suç tiplerinin bağımsız birer suç olarak değil, temel suçun ağırlaştırılmış halleri olarak kabulü gerekir. Yine, kanunilik ilkesinden hareketle, cinsel ilişki deyiminin oral yoldan meydana gelen ilişkileri ve lezbiyen ilişkileri kapsamayacağı düşüncesi de dayanaksızdır. Nitekim öğretide bu görüşleri savunanlar, “cinsel ilişki” deyiminin neden sadece erkekler arasında meydana gelen homoseksüel ilişkiyi kapsadığı, “lezbiyen” ilişki türünü ise kapsamadığı iddiasına açıklık getirememektedirler. Bu açıdan konuya yaklaşılacak ise, cinsel ilişki erkek ve kadının cinsel organının birleşmesini gerektiriyorsa, anatomik olarak cinsel işlevi bulunmayan, ancak farklı cinsel tercihler ve hazlar sebebiyle cinsel amaçla kullanılan anüs yolu ile yapılan ilişkinin de “cinsel ilişki” sayılmaması gerekir. Bu tür yorumlar, 765 sayılı TCK sistematığı dâhilinde yapılan ve cinsel ilişkiyi eril düşünce kalıpları ile anlamlandıran ve açıklayan yorumlardır. Çünkü 765 sayılı TCK döneminde, ırza geçme suçunun sadece erkekler tarafından işlenebileceği, dolayısıyla reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun 765 sayılı TCK'da karşılığı olan, 416'ncı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen failin de yalnızca erkek olabileceği kabul edilmekte idi.^[28] Eril düşünce kalıplarının etkisinin açıkça görüldüğü bu algılama biçiminde, cinsel ilişkinin esaslı unsuru erkeklik organıdır. Erkeklik organı olmadan yapılamayacağı düşünülen bu eylem için, mutlaka bu organa atıf gerekir. Dolayısıyla, erkeğin gücünün tatbiki veya erkeğin gövde gösterisi olarak nitelenen cinsel ilişkide, hiyerarşik olarak bir astlık-üstlük ilişkisinin kurulması, taraflardan birinin yapan-yapılan veya beceren-beceriilen statüsüne sokulması kaçınılmazdır. Aynı durum homoseksüel ilişkinin tasvirinde de söz konusudur. Oysa homoseksüel ilişkide tarafların ikisi de aktif-pasif konumunda olmasına rağmen, eril dil, taraflardan birini kadın konumuna ve kadının ikincil konumuna indirgeme çabasından uzak durmaz.

Aslında tüm bu tartışmalar, kanun koyucunun gerekçede madde ile korumak istediği hukuksal değeri açıklığa kavuşturmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Kanımızca, kanun metninin ilk hali birinci ve ikinci fıkrası ile beraber ele alındığında, daha önce belirtildiği üzere, kanun koyucunun çocukları henüz yeterli olgunluğa erişmeden deneyimleyecekleri cinsel ilişkilerde yaşanabilecek istismara karşı korumak istediğini düşünmek doğru bir yaklaşım olacaktır. Bu nedenle, erkek ve kadın arasında gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, vücutların herhangi bir şekilde cinsel haz amacıyla bir araya gelmesini sağlayan her türlü yakın temas “cinsel ilişki” bağlamında değerlendirilmelidir. Ancak

[28] ÖZBEK/KANBUR/vd., a.g.e. 2010, s.389.

ilişkiye esas teşkil eden eylemler gerek içeriği gerekse sıklığı ve yoğunluğu açısından süreklilik arz edip sarkıntılık boyutunu geçmeli, süreklilik arz eden ve cinsel haz amacıyla yapılan bu eylemler öpme, okşama, sürtünme kavramlarının ötesinde bir içeriğe sahip olmalı ve fakat cinsel doyuma ulaşma suçun gerçekleşmesi için koşul olmamalıdır. Ancak, bu yorumun kabul edilmesi halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu, diğer yazarların belirttiğinin aksine^[29] sırf hareket suçu olmaktan öte bir kimliğe de bürünmektedir. Bu durumda suça teşebbüs edilip edilemeyeceği tartışmalı hale gelmektedir.

TCK'nun 35/1'nci maddesi gereğince, fail işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlamış, ancak elinde olmayan nedenlerle tamamlayamamışsa teşebbüsün gerçekleştiğinin kabulü gerekir. TCK kapsamında cinsel ilişkiye yönelik hareketlerin ne olacağı kanunda sayılmamakla birlikte, yukarda açıklandığı üzere kanunilik ilkesinden ve kıyas yasağından hareketle cinsel ilişki deyiminden erkek ve kadının tenasül organlarının birleşmesi anlaşılmaktadır. Bu durumda da reşit olmayanla cinsel ilişki suçu sırf hareket suçu olarak ortaya çıkmakta, cinsel ilişkinin gerçekleşmesi için gerekli görülen duhul ile suç tamamlanmakta, hareketin gerçekleşmesi ile suçun tamamlanması aynı zamana denk gelmektedir.

Dolayısıyla cinsel ilişki deyiminin eril düşünce kalıpları ve 765 sayılı TCK sistematığına ve suç tasniflerine göre tanımlanması halinde, anal ve vajinal ilişkiler açısından anüs veya vajina halkasına duhul gerçekleşmeden, organın yerleştirilmesi ile yetinilmesi halinde filin teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmektedir. Bu nedenle, duhul öncesi öpüşme, dokunma, sürtünme gibi davranışların hazırlık hareketi niteliğinde olduğu, başka bir suça vücut vermediği sürece bu hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağı belirtilmektedir.^[30] Bu durumda reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna teşebbüs, teorik olarak mümkün olmakla birlikte bu hususun ispatı oldukça güç bir hal almaktadır.

Önerdiğimiz cinsel ilişki tanımının kabulü halinde ise sarkıntılık boyutunu geçen süreklilik arz eden ve cinsel haz amacıyla yapılan öpme, okşama, sürtünme hareketlerinin bütünü hazırlık hareketi olarak değil suçun maddi unsuru olarak yorumlandığından ve bu hareketler ile suç tamamlandığından, bu suça teşebbüs edilmesi mümkün olmayacaktır. Görüldüğü üzere kanun koyucunun “cinsel ilişki” deyimini, farklı cinsel tercihleri göz önünde bulundurarak yeniden açık

[29] KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara, 2009, s.157

[30] KÖKSAL Atacan, “Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu”, *Prof. Nevzat Toroslu'ya Armağan*, Cilt II. Ankara Üniversitesi Yayınları No:459, 2015, ss. 687-727, ss.709-710.

bir şekilde tanımlaması gerekmekte olup bunun yapılmaması halinde teşebbüs gibi suçun farklı tezahürleri konusunda da tartışma devam edecektir.

MAĞDUR

Her suçta olduğu gibi, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru da suçun hukuki konusundan hareketle belirlenir. Ceza normu tarafından korunan varlık ya da menfaatler suçun hukuki konusunu oluşturduğundan, suçun mağduru ya da pasif süjesi de ceza normu tarafından korunan ve suç fiili ile ihlal olunan varlık ya da menfaatin hamilidir.^[31] Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, kanunun koruduğu hukuki değer veya menfaatin ne olduğu konusunda yukarda açıklandığı üzere tereddüt ve belirsizlik yaşandığından, bu tereddüdün suçun mağdurunun tespitinde de sorunlara neden olması kaçınılmazdır. Bu bağlamda, ilk sorun, genel manada hukuka aykırılığı ortadan kaldıran mağdurun rızasına rağmen, aynı mağdurun şikâyeti ile reşit olmayanla cinsel ilişkinin cezalandırılmasında yaşanan ve çelişki olarak gözüken husustur.

Ancak bu çelişkiye, mağdur kavramının anlamının dışında ve yanlış olarak kullanılması neden olmaktadır. Çünkü ilgilinin rızası ya da hak sahibinin rızası olarak anlaşılması gereken hukuka uygunluk nedeni için “mağdurun rızası” ifadesi de yaygın olarak kullanılmaktadır. Oysa ilgilinin ya da hak sahibinin rızası ile oluşan hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olduğunda, cezai sonuçlar doğuracak ihlal edici herhangi bir fiil ve dolayısıyla bir suç söz konusu olamayacağından, “suç mağdurundan” da bahsedilemeyecektir. İlgilinin rızası olarak ifade edilen hukuka uygunluk nedeni ya da diğer hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmadığı durumlarda ise suç mağdurundan bahsedileceği açıktır.^[32]

Nitekim Anayasa Mahkemesi de yukarda açıklandığı üzere, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, 15 yaşını bitirmiş çocuğun rızasını TCK’nun 26/2’nci maddesinde düzenlenen ve hukuka uygunluk nedeni sayılan “rıza” kapsamında değerlendirmemektedir. Bu madde kapsamında “rıza” bizatihi suçun unsuru olup hukuka uygunluk sebebi değildir. Dolayısıyla 15 yaşını bitirmiş çocuğun gösterdiği rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılmayacağı ve mağdurun şikâyet hakkını kullanarak faili ceza tehdidi ile baş başa bırakabileceğinin fail tarafından bilinmesi gerekmektedir.

[31] KATOĞLU Tuğrul, “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (2), 2012, ss.657-693, ss.660-661.

[32] KATOĞLU, 2012, s.661.

Mağdurun ve suçun hukuki konusunun sağlıklı bir biçimde tespit edilememesinden kaynaklanan bir başka sorun, şikâyet hakkının kime ait olduğunun tespitinde yaşanmakta olup bu konuya ayrıntılı olarak aşağıda değinilecektir.

Son olarak, failin yanı sıra mağdur da kanuni tipikliğin ve suçun maddi unsurlarının bir alt unsuru olarak kabul edilebildiğinden,^[33] suçun tüm unsurlarıyla sağlıklı bir şekilde tespit edilebilmesi için mağdurun belirlenmesinde tereddüt yaşanmaması gerekir. Çünkü bir suçun faili aynı zamanda o suçun mağduru olamaz.^[34] Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda, mağdur ve mağdurun özel nitelikleri suçun özel kurucu unsurunu teşkil etmektedir. Bilindiği üzere, bazı özel niteliklere sahip mağdurların suçun tanımına esas alındığı durumlarda, mağdurun bu özelliklerinin suçun özel kurucu unsurları içinde bulunduğu kabul edilir. Korunan varlık ya da menfaatin, mağdurun doğal ya da hukuksal özelliklerine göre belirlendiği hallerde, suçun bu özelliklere sahip bir kimseye karşı işlenmesi zorunludur. Fiilin bu özelliklere sahip olmayan bir kişiye karşı gerçekleştirilmesi durumunda suçun işlendiğinden bahsedilemeyecek ya da fiil bir başka suçu oluşturacaktır.^[35]

Bu bağlamda TCK'nun 104'üncü maddesinde, suçun özel kurucu unsurunu teşkil eden mağdura ilişkin tartışmalardan ilkinin madde başlığı ile kanun metni arasında yaşanan uyumsuzluktan kaynaklanan tartışmalar oluşturmaktadır. Maddenin başlığında "reşit olmayanla cinsel ilişki" ibaresi bulunurken, madde metninde "on beş yaşını bitirmiş olan çocuk" ibaresi kullanılmıştır. Bu nedenle evlenmeyle ya da mahkeme kararı ile reşit olan kişilerin artık bu suçun mağduru olamayacağı iddia edilmektedir.^[36] Karşı görüşte olanlar ise, evlenme ile reşit kılınmanın kadının sadece kendi kocasıyla gireceği cinsel ilişkiyi hukuka uygun kıldığını, mahkeme kararıyla ergin kılınmanın ise bir meslek sanatın icrası için zorunlu olarak yerine getirildiğini, bu durumda 15 yaşını bitirmiş olup evlenme veya mahkeme kararıyla ergin kılınan kimselere karşı da bu suçun işlenebileceğini belirtmektedir.^[37] Kanımızca 5237 sayılı kanunun cinsel suçlara ilişkin sistematiği göz önüne alındığında, kanunun 15 yaşını bitirmiş ancak 18

[33] KATOĞLU, 2012, s.664.

[34] Katoğlu'na göre, TCK'nun 91'inci maddesinde yer alan organ veya doku ticareti suçları düzenlenirken, aynı kişinin bir suçun hem faili hem de mağduru olamayacağı ilkesi gözden kaçmıştır. Maddede geçen "organ satan" ifadesi, kendi organını satan kişileri de kapsamaktadır. Bu nedenle, kişinin kendi organını satmasının vücut dokunulmazlığına karşı bir suç olarak kabul edilmesi halinde, mağdurun da kendisi olacağı açıktır. (KATOĞLU, 2012, ss.663-664)

[35] KATOĞLU, 2012, s.664-665.

[36] TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 2012, s.344.

[37] ÖZBEK/KANBUR vd. 2010, s.393.

yaşını bitirmemiş tüm çocukları kapsadığını ve bu çocukların suçun mağduru olabileceğini düşünmek gerekir. Böyle bir yaklaşım artık iç hukuk kuralı haline dönüşen Çocuk Haklarına Dair Sözleşme' ye de uygun bir yaklaşım olacaktır. Bu nedenle, 18 yaşını bitirmemiş olan ve evlenmeyle ya da mahkeme kararı ile reşit olan kişiler suçun mağduru olabilecektir. Ancak her iki halde de failin TCK'nun 30/3'üncü maddesinde belirtilen "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düştüğü" savunmasından yararlanması kuvvetle muhtemeldir.

İkinci tartışma mağdurun cinsiyetine ilişkin olarak yaşanmış, failin kadın olması durumunda diğer mağdurun kadın olamayacağı, fiili livata yolu ile girilen ilişkilerde ise suçun mağdurunun pasif olan taraf olması gerektiği yönünde eleştirilerde bulunulmuştur.^[38] Özellikle fiili livata yolu ile girilen ilişkilerde, suçun mağdurunun pasif olan taraf olması gerektiği yönünde yerel mahkemelerce yapılan itiraz üzerine, Anayasa Mahkemesi 26.02.2009 tarihli ve 2006/17 E, 2009/33 K sayılı kararıyla suçun mağdurunun duruma göre kadın veya erkek olabileceğini belirtmekle yetinmiştir. Kanımızca suçta esaslı olarak dikkate alınması gereken husus çocukların cinsel istismara karşı korunması olduğundan, aktiflik veya pasiflik durumu önemli olmadığı gibi, erkek ya da kadın olan bir çocuğun, ergin bir kadınla veya ergin bir erkekle ilişkiye girmesi suçun oluşumu için yeterlidir.^[39] Yine yukarıda açıklandığı üzere, madde kapsamında "cinsel ilişki" kavramının eril düşünce kalıpları ile ilişkilendirilmeksizin anlamlandırılması ve yorumlanması gerektiğinden, erkek veya kadın arasında gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın, heteroseksüel, homoseksüel veya lezbiyen tüm ilişkiler madde kapsamında değerlendirilerek fail ve mağdur konusunda cinsiyet ayrımı yapılmamalıdır.

Ancak karşılıklı rıza ile cinsel ilişkide bulunan tarafların her ikisinin de 15 yaşını tamamlamış ve henüz 18 yaşını bitirmemiş çocuklar olması halinde kimin fail, kimin mağdur olduğunu belirlemek oldukça problemli bir hal almakta, bir suçun faili aynı zamanda o suçun mağduru olamaz ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda kimin fail kimin mağduru olduğunu

[38] KÖKSAL, 2015, s.690.

[39] Anayasa Mahkemesi de 26.02.2009 tarihli ve 2006/17 E, 2009/33 K sayılı kararında benzer düşüncelerle şu ifadelerle yer vermiştir: "Suçun mağdurunun onbeş yaşını bitirmekle birlikte reşit olmayan bir çocuk olduğu, duruma göre kadın veya erkek olabileceği, ... İtiraz konusu kuralın, on beş yaşını doldurmuş çocukların cinsel farkındalık dönemine girmekle birlikte henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak sorumluluk duygusuna sahip olmayabilecekleri düşüncesiyle ve onların cinsel dokunulmazlıklarını korumak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Sanığın cezalandırılması açısından mağdurla aynı yaş grubunda yer alması veya reşit olması arasında fark bulunmamaktadır".

belirlemek üzere 3 değişik görüş ileri sürülmüştür. Birinci görüşe göre, çocuklar arasındaki bu tür bir ilişkide, ilişkiye ikna edenin fail, diğer çocuğun ise mağdur olarak kabul edilmesi gerekir.^[40] İknadan anlaşılması gereken de cebir tehdit kullanılmaksızın karşı tarafa cinsel ilişkiye yönelik ilk teklifin sunulmasıdır.^[41] Ancak bu görüşü tartışmalı hale getiren husus, iknayı oluşturan eylemlerin niteliği ve derecesine ilişkin bir belirsizlik ve dengesizlik içermesidir. Çünkü ilişkiye yönelik olarak ilk teklifi sunan otomatikman fail konumuna gelmekte, diğer tarafın teklif öncesi yapması muhtemel teşvik edici, cesaretlendirici eylemler yoğunluğuna ve derecesine bakılmaksızın hiçbir şekilde dikkate alınmamaktadır. Bu durumda, aklından cinsel ilişki geçmemekle birlikte karşı tarafın cesaretlendirici tavırları karşısında cesaretini toplayıp ilk teklifi getiren taraf fail olmaktadır.

İkinci görüşe göre, 15 yaşını tamamlamış ve henüz 18 yaşını bitirmemiş çocukların karşılıklı rızaya dayalı olarak cinsel ilişkide bulunması halinde karşılıklı olarak fail ve mağdur olma durumu söz konusudur. Kasten yaralama suçunun karşılıklı olarak işlenmesinde olduğu gibi her bir taraf kendi eyleminden sorumludur.^[42] Tarafların karşılıklı olarak şikâyette bulunması halinde iki tarafta hem sanık hem mağdur sıfatını alacaktır.

Üçüncü görüşe göre, ise kimin fail, kimin mağdur olduğunun belirlenemediği bir suç tanımı olamaz. Kanun, madde metninde “on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi” diyerek failin teklifine işaret etmiş olduğundan, suçun failinin 18 yaşını doldurmuş herhangi bir kişi, mağdurunun ise 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını doldurmamış bir kişi olduğunu kabul etmek gerekir. Kanun, sadece, reşit olan bir kimsenin, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, henüz reşit olmamış bir kimse ile cinsel ilişkide bulunması fiilini gerçekte suç saymış ve bu suçun resen takibini öngörmüştür.^[43]

Kanımızca da üçüncü görüş isabetli olup 104’üncü maddenin birinci fıkrası Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen ikinci fıkrası ile birlikte değerlendirildiğinde, karşılıklı rızaya dayalı olarak cebir, tehdit ve hile olmaksızın 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını henüz doldurmamış iki çocuğun cinsel ilişkide bulunmasının suç teşkil ettiğini kabul etmemek gerekir. Taraflardan birinin şikâyette bulunması halinde diğer tarafın da şikâyette bulunması tabii

[40] ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, B. 11, Ankara 2011, s. 195.

[41] BEYAZIT, 2010, s.298.

[42] SOYASLAN Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s. 188.

[43] HAFIZOĞULLARI, 2005, ss.7-8.

olup ceza tehdidinden kurtulmak amacıyla ceza davası muhtemelen her iki tarafın da şikâyetten vazgeçmesiyle sonuçsuz kalacaktır. Bu nedenle, kanun koyucu tarafından aksi yönde açık bir düzenleme yapılmadığı sürece, 15 yaşını doldurmuş ancak 18 yaşını henüz doldurmamış bulunan iki çocuğun karşılıklı rızaya dayalı olarak cinsel ilişkide bulunması ceza hukukunun düzenleme alanına girmemelidir. Kanun koyucunun bu yönde yapacağı düzenlemeler de Medeni Kanundaki evlenme ve yargısal kararlar ile ergin kılınma yaşları ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de belirlenen ilkeler ile tutarlı olmalıdır. Cinsel ilişkiye rıza ve evlenme yaşlarını bir biriyle ilişkilendirmemek bir dereceye kadar mümkün olmadığı gibi, cinsel ilişkiye rıza ve evlenme yaşlarını 15 yaşın altında düzenlemek çocukları cinsel istismara karşı korumasız bırakabilecek, çocukların cinsel açıdan sağlıklı gelişimini engelleyebilecektir.^[44]

MANEVİ UNSUR

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu kasten işlenen bir suçtur. Genel kanaat suçun oluşumu için genel kastın yeterli olduğu yönündedir. Dolayısıyla failin, 15 yaşını bitirmiş olmakla beraber 18 yaşını henüz bitirmemiş bir çocukla rızaen cinsel ilişkiye gireceğini bilmesi ve bunu istemesiyle genel kast oluşur. Failin şehvet maksadıyla ya da cinsel arzuların tatmini amacıyla hareket edip etmediğinin kast bakımından bir önemi yoktur.^[45] Kanaatimizce, yukarıda açıklandığı üzere, kanun koyucunun “cinsel ilişki” deyimini, farklı cinsel tercihleri göz önünde bulundurarak yeniden açık bir şekilde tanımlaması halinde, suçun manevi unsurunu da yeniden düzenlemesi gerekecektir. Bu bağlamda, böyle bir tanımlamada, genel kast yeterli olmayacak, manevi unsurun oluşması için, failin cinsel arzuların tatmini amacıyla da hareket etmesi gerekecektir.

Bir suçun taksirle de işlenebileceğinin kabulü için kanunda açık bir düzenleme olması gerekir. Yoksa suç ve ceza içeren hükümler kıyas yolu ile genişletilemez (TCK m.2/3). Dolayısıyla suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Suç olası kastla da işlenebilir. Olası kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğinin fail tarafından öngörülmesine rağmen, failin işlenmesidir (TCK m.21/2). Başka bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini somut olay bakımından öngörmekte ve kabullenmektedir. Ancak olası kast ile suçun

[44] Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, İzlanda’ya ilişkin raporunda (Iceland CRC/C/15/Add.217, para. 38) cinsel ilişkiye rıza yaşınının 14 yaş olarak belirlenmesinin kaygı verici olduğunu, mevcut durumda İzlanda yasalarının 14 yaşından büyük çocukları rızaya dayalı olarak yaşayabilecekleri ilişkilerde cinsel istismara karşı koruyamayabileceğini, bu konuda yetersiz kalabileceğini belirtmektedir. (IMPLEMENTATION HANDBOOK FOR THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD, 2007, s.523.)

[45] KÖKSAL, 2015, s.708.

işlenmesi hallerinde ceza indirilir. Bu durumda mağdurun 18 yaşından küçük olduğu konusunda failin şüphesinin bulunması halinde, fail suçun kanuni tanımında belirtilen yaş küçüklüğü unsurunun gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlediğinden, olası kastın söz konusu olması gerekir.

Manevi unsur konusunda tartışılması gereken bir başka husus ise failin suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmemesi veya TCK'nun 30/3'üncü maddesinde belirtilen "ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda" kaçınılmaz bir hataya düşmesi halidir. Yukarıda tartışıldığı üzere, mağdur 18 yaşından küçük ise ve fakat aynı zamanda resmen evli ise, failin mağdurun 18 yaşından küçük olduğunu bilebilmesi özel bir çabayı gerektirir. Resmen evli olan bir kimsenin aynı zamanda 18 yaşından küçük olabileceğini düşünmek, hayatın olağan akışı içerisinde çok istisnai bir durumdur. Yine yargısal karar ile reşit kılındığı için iş ve meslek hayatında çek kesen, bankadan para çekeabilen, alım satım işlemleri yapabilen bir kimsenin 18 yaşından küçük olabileceğini düşünmek özel bir çaba gerektirir. Her iki durumda da, failin mağdurun 18 yaşından büyük olduğunu düşünmesi kaçınılmaz olup mağdurun 18 yaşından küçük olması halinde, aksi sabit olmadığı ve başka türlü ispat edilmediği sürece, failin kaçınılmaz bir hataya düştüğünü kabul etmek gerekir.

SUÇUN KOVUŞTURULMASI VE ŞİKÂYET

765 sayılı mülga TCK'da reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu karşılayan hüküm kanununun 416/3' üncü maddesinde bulunmakta idi. Buna göre: "*Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar, fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" denilmekteydi. Görüldüğü üzere, 765 sayılı TCK'nun 416/3'üncü maddesi, 5237 sayılı TCK'nun 104'üncü maddesinden suçun takibinin şikâyete tabi olmaması ve resen kovuşturulması yönüyle ayrılmaktadır. 5237 sayılı kanuna göre ise, suçun takibi şikâyete bağlıdır. Bu nedenle şikâyet hakkının kime ait olduğu, mağdur olan çocuğa mı yoksa ebeveynde mi olduğu konusunda değişik görüşler ileri sürülmektedir. Kanun koyucu 102/2'nci maddesinde, evli eşlerden birinin, diğerini rızası olmaksızın cinsel ilişkiye zorlaması durumunda, şikâyet hakkının suçtan zarar gören mağdura ait olduğunu açık bir şekilde düzenlemiştir. Yine sarkıntılık düzeyinde kalmış, faili ve mağduru çocuk olan cinsel istismar suçlarına ilişkin 103/1'inci maddesinde, soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurun velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı olduğunu açıkça belirtmiştir. 104'üncü maddede ise açık bir düzenlemeye halen gidilmemiştir. Medeni Kanununun 16'ncı maddesi uyarınca ayırt etme gücüne sahip küçükler,

şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları kanuni temsilcilerinin iznine bağlı olmaksızın kullanabilmektedirler. Bu durumda, cinsel özgürlüğe ilişkin şikâyet hakkı da şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olarak kabul edilerek, şikâyet hakkının mağdur olan çocuğa ait olması gerekir. Öğretide, suçun mağduru çocuk olsa da, ergin olmayan çocuk üzerinde Medeni Kanunun 335'inci maddesinden kaynaklanan velayet hakkına haiz anne ve babanın suç ile velayet hakları ihlal edildiğinden, "suçtan zarar gören" olarak kabul edilmesi gerektiği, bu nedenle Medeni Kanunun 340'ıncı maddesi uyarınca çocuğun toplumsal gelişimi ve eğitiminden sorumlu anne babanın suçtan zarar gören sıfatıyla şikâyet hakkının bulunduğu ileri sürülmüştür.^[46]

Yine bir başka görüşe göre, 104'üncü maddede; şikâyet hakkının kullanılması, şikâyetten feragat ve vazgeçme konusunda özel bir hüküm olmadığına göre, çocuğun rızası ile cinsel ilişki suçunda şikâyet hususu Türk Ceza Kanunu'nun 73'üncü maddesine ve ilgili diğer hükümlerine tabi olmalıdır. Bu bağlamda, şikâyet hakkı ve cinsel dokunulmazlık hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmakla birlikte, kanuni temsilcinin Türk Medeni Kanunu hükümleri gereğince çocuk üzerinde sahip olduğu koruma, gözetme ve üçüncü kişilere karşı çocuğu temsil etme hakkı dikkate alınarak, "Çocukların cinsel istismarı" başlıklı TCK m.103/1'de öngörülene benzer şekilde şikâyet hakkının mağdurun yanında velisine veya vasisine tanınması gerekir. Bu nedenle; veli veya vasi de mağdur çocuktan bağımsız olarak şikâyet hakkını kullanabilir. Mağdur çocuk ölmüş, bir şekilde şikâyet hakkını kullanamaz hale gelmiş veya şikâyetten imtina etmekte ise, bu durum veli veya vasinin şikâyet hakkını kullanmasını engellemeyecektir. Suçun işlendiği anda çocuk olan mağdur, daha sonra erginliğini elde etmişse, elbette bu durumda şikâyete ve ona bağlı haklar sadece mağdura ait olacaktır.^[47]

Ancak Yargıtay'ın 15.04.1942 gün ve 14/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 15.02.1972 gün ve 43-50 ve 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı kararlarında; ayırt etme gücüne sahip küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Nitekim Yargıtay'ın 3^[48] ve 14'üncü Ceza Dairelerinin^[49] de benzer yönde kararları bulunmaktadır. Askeri Yargıtay

[46] MERAN Necati, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s.379, 380.

[47] ŞEN Ersan, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki, Haber7, 26.02.2016, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1814568-resit-olmayanla-cinsel-iliski>

[48] Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 12.5.2014 tarih ve E. 2013/32195; K. 2014/18534 sayılı kararı.

[49] Yargıtay 14. Ceza Dairesinin 7.5.2015 tarih ve E. 2013/7341; K. 2015/6190 sayılı kararı.

Daireler Kurulu ise “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen ve şikâyet ön şartına bağlanan 102’nci ve 105’inci maddelerde belirtilen suçlarla ilgili olarak, şikâyetle bulunacak tarafın “mağdurun şikâyeti” demek suretiyle açıkça gösterilmesine karşın, 104’üncü maddede; böyle bir açıklığın bulunmadığını gerekçe göstererek, art arda gelen bu maddelerin düzenlenme sistematığı göz önünde bulundurulduğunda, 104’üncü maddede öngörülen şikâyet hakkının, reşit olmayan mağdur dışındaki ilgili kişiler tarafından da kullanılabileceğini belirtmiştir.^[50]

Anayasa Mahkemesi ise, şikâyet hakkının kimde olduğu ve olayın mağdurunun kim olduğunun 104’üncü maddeden net olarak anlaşılmadığı gerekçesiyle yapılan itiraz başvurusunda verdiği, yukarıda belirtilen 26.02.2009 gün, 2006/17 E, 2009/33 K sayılı kararında “soruşturma, kovuşturma ve sonucunda sanığın cezalandırılabilmesi mağdurun şikâyetine bağlı tutulmaktadır. Bu nedenle, şikâyetle bağlı olarak sanığın cezalandırılmasıyla şikâyet yokluğu nedeniyle cezasız kalması biçiminde bir eşitlik karşılaştırması yapılamaz”^[51] gerekçesine yer vererek şikâyet hakkının mağdura ait olduğunu belirtmiştir. Ancak bu gerekçeyi izleyen sonraki paragrafların kaleme alınış şekli, Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda açık bir hüküm vermekten çekindiğini, kendisini kuralın Anayasa’ya aykırı olup olmadığı hususunu denetlemekle sınırladığını göstermektedir.^[52]

104’üncü maddede düzenlenen suçun takibinin şikâyetle bağlı olmasının, aile içinde yaşanan cinsel istismar vakalarını arttıracak ve cezai yaptırım uygulanmasına engel olabileceği yönünde kaygı ve eleştirilerin ortaya çıkması üzerine, 6545 sayılı kanunun 60’ncü maddesi ile 104’üncü maddeye ikinci ve üçüncü fıkralar eklenmiştir. Ancak bu düzenlemeler ile suçun aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler tarafından çocuğa karşı işlenmesi veya suçun

[50] AYDK, 26.4.2007 tarih, E. 2007/44; K. 2007/44 sayılı karar, aktaran BEYAZIT, 2010, s.306.

[51] Anayasa Mahkemesinin 2.6.2009 tarih ve 27246 sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanan 26.02.2009 gün, 2006/17 E, 2009/33 K sayılı kararı.

[52] Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi şu ifadelerle yer vermiştir: “İtiraz konusu kurala göre suç sayılan fiilin “cebir, şiddet ve hile olmaksızın”, bir başka ifadeyle mağdurun rızasıyla işlenmesi gerekmektedir. Bundan, belli yaş grubuna dâhil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile on beş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda sözü edilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu’nun evlenme ve velayete ilişkin hükümlerinin bu yaş grubu çocuklar açısından değerlendirilmesi de varılan bu sonucu desteklemektedir. Aynı sonuç mağdurun kim olduğuyla şikâyet hakkının kime ait olduğuna dair iddialar açısından da geçerlidir. Düzenlemenin bu haliyle belirsizlik içermediği, sayılan hususların ilgili mevzuat hükümleriyle somut olayın özelliklerine göre yargı organları tarafından çözülebilmeye elverişli olduğu anlaşılacakla, kuralın Anayasanın 38. maddesine aykırı bir yönü de görülmemiştir”.

çocuğu evlat edinmek üzere yanında bulunduran ya da koruyucu aile sıfatıyla çocuğun bakımını üstlenen kişi tarafından işlenmesi halinde, cezanın arttırılacağı ve takibin şikâyete bağlı olmayacağı belirtilmesi ile yetinilmiştir. Suçun kovuşturulması ve şikâyet hakkının kullanılmasına ilişkin yukarıda dile getirilen hususlara açıklık getirebilecek ek bir düzenlemeye gidilmemiştir. Kanımızca, suçun hukuki konusunu 15 yaşını bitirmiş olmakla beraber 18 yaşını henüz bitirmemiş çocuğun cinsel dokunulmazlığı ya da daha doğru bir tespitle kısmi cinsel özerkliği veya özgürlüğünün korunması oluşturuyor ise, suç fiili ile ihlal olunan varlık ya da menfaatin hamili sıfatıyla mağdur çocuk şikâyet hakkının sahibi olmalıdır.

Ancak buraya kadar yaptığımız tartışmalar esas olarak failin 18 yaşından büyük olması ihtimali üzerine yapılmıştır. Failin de 15 yaşını bitirmiş olmakla beraber 18 yaşını henüz bitirmemiş olması halinde, şikâyet hakkının kime ait olduğunun belirlenmesi öncelikli olarak kimin mağdur kimin fail olduğunun belirlenmesini gerekli kılmaktadır. Bu husus, yukarıda ayrıntıları ile ele alındığından burada tekrar tartışılmayacaktır.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA DURUM

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, bazı ülkelerde adına “Romeo ve Juliet kuralı”^[53] adı verilen ve birbirine yakın yaşlarda çocuklar arasında meydana gelen rızaya dayalı cinsel ilişkileri suç olarak öngörmeyen uygulamalar bulunmaktadır. Örneğin, Avusturya’da 14 yaşın altındaki çocuklar ile cinsel ilişkide bulunmak suçtur. Ancak bu ülkede 14 yaşından küçüklerin cezai sorumluluğu da bulunmadığından, 14 yaşından küçüklerin kendi aralarında karşılıklı rızaya dayalı olarak cinsel ilişkide bulunması suç teşkil etmemektedir. Taraflardan birinin 14 yaşından küçük, diğerinin büyük olması halinde ise 14 yaşından büyük olan çocuğun fail olması mümkündür. Ancak bu durumda, cebir tehdit ve hile olmaması koşulu ile çocuklar arasında tam cinsel birleşmeye varmayan cinsel eylemlerde, taraflar arasındaki yaş farkının 4’ten fazla olmaması ve diğer tarafın da 12 yaşından küçük olmaması durumunda, soruşturma yapılmamaktadır. Yani 12 yaşında bir çocuğun 13, 14, 15, 16 yaşlarında bir çocukla, 13 yaşında bir çocuğun ise 14, 15, 16, 17 yaşında bir çocukla tam birleşmeye varmayan bir ilişkide bulunması halinde bu fiil soruşturma konusu edilmemektedir. Tam cinsel birleşme durumunda ise, taraflardan birinin 13 yaşında olması koşulu ve aradaki yaş farkının 3 yaştan fazla olmaması durumunda, yani 13 yaşında bir çocuğun 14, 15, 16 yaşında çocuklarla tam cinsel birleşmede bulunması

[53] Romeo and Juliet law.

halinde, cebir tehdit ve hile olmaması koşulu ile çocuklar arasındaki cinsel ilişki cezalandırılmamakta, suç teşkil etmemektedir.^[54]

İtalya'da da yine cinsel ilişkiye rıza yaşı 14 olarak kabul edilmektedir. Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile gibi çocuk üzerinde nüfuzu olabilecek kişiler ile çocuk arasında meydana gelebilecek cinsel ilişkilerde ise rıza yaşı 16'ya çıkmaktadır. Ancak İtalyan Ceza Kanunu m.609-quarter gereğince, 13 yaşında bir çocuğun kendisinden 3 yaş veya daha fazla yaş farkı bulunan kimse ile ilişkide bulunması halinde bu fiil cezalandırılmaktadır. Bir başka deyişle, 13 yaşında bir çocuğun 14 veya 15 yaşında bir çocukla rızaya dayalı olarak ilişkide bulunması halinde bu fiil cezalandırılmamaktadır.^[55]

Nihayetinde İngiltere'de cinsel birleşmeye rıza yaşı 2003 tarihli *Sexual Offences Act* tarafından 16 olarak belirlenmiştir. Ancak, 16 yaşından küçük çocukların bir-biriyle cinsel ilişkide bulunması, bu ilişkinin karşılıklı rızaya dayanması ve istismar içermemesi halinde, bu ilişkinin kovuşturulmasında ve soruşturulmasında kamu yararının bulunduğunu veya bu durumun çocukların yararına olduğunu söylemenin oldukça güç olduğu İngiliz İç İşleri Bakanlığı^[56] tarafından, açık bir şekilde ifade edilmektedir. Bu nedenle, İngiliz Adalet Bakanlığı'nın soruşturma ve kovuşturmaların yürütülmesinde savcılarının uyması gereken kurallara ilişkin yayımladığı direktife^[57] göre, 16 yaşında altında olan ve istismar içermeyen çocuklar arasındaki ilişkilerde, bu fiilin kovuşturulup kovuşturulmayacağına bu konuda uzmanlaşmış savcılar tarafından, çocuk suçluluğu uzmanları (*Youth Offender Specialists*) ile beraber kararlaştırılması gerekmektedir. Bununla beraber aynı direktife göre, bu suçların kovuşturulmasına karar verilmesi halinde, gerek iddia makamı adına hareket edecek savcının gerekse savunma makamı adına hareket edecek avukatların, çocuk suçluluğu ve ırza geçme konularında uzmanlaşmış olması gerekmektedir. Çocuklar arasında meydana gelen cinsel ilişkiler hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılıp yapılmayacağına karar verilirken, tarafların aynı ya da bir birine yakın yaş grubu içinde yer alıp almadıklarının yanında, cinsel ilişkinin her iki tarafın özgür iradesi ile gerçekleşip gerçekleşmediği, tarafların cinsel, fiziksel, duygusal ve eğitsel gelişimlerinin birbirine benzer olup olmadığı, taraflar arasındaki cinsel ilişkinin gerek içeriği gerekse sürekliliği göz önüne alındığında ilişkinin ergenliğin olağan ve sağlıklı gelişim evresinde

[54] <http://www.protection-of-minors.eu/en/cat10.php>

[55] <http://www.protection-of-minors.eu/en/cat10.php>

[56] SETTING THE BOUNDARIES, 2000, Para, 3.9.4-3.9.6, s.51.

[57] DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTION, *The Directors Guidance on Charging*, Fourth Edition, January 2011, http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/rape_and_sexual_offences/soa_2003_and_soa_1956/

gerçekleşip gerçekleşmediği, ilişkinin duhul içerip içermediği, tarafların cinsel ve duygusal açıdan olgunluk durumlarıyla cinsel ilişkinin bunun üzerindeki etkisi ve muhtemel etkileri göz önüne alınarak karar verilmesi gerekmektedir. Uygun düşmesi halinde Savcılık makamı mağdurun ailesinin görüşlerini de değerlendirmeye alacaktır.^[58]

Kanımızca, karşılıklı rıza ile cinsel ilişkide bulunan tarafların her ikisinin de 15 yaşını tamamlamış ve henüz 18 yaşını bitirmemiş çocuklar olması halinde, bu hususun ceza hukukunun düzenleme alanının dışında tutulması sağlanmalıdır. Veyahut her olayın somut özellikleri, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3/1'nci maddesi gereğince çocuğun üstün çıkarlarının korunması ilkesi doğrultusunda yorumlanmalı, ardından İngiltere'de olduğu gibi soruşturma ve kovuşturma yapılıp yapılmayacağına cinsel suçlar ve çocuk suçluluğu konusunda uzmanlaşmış savcılar tarafından karar verilmelidir

SONUÇ VE ÖNERİLER

Çocukların reşit olmadan da cinsel ilişkiye girebilecekleri, belli hallerde çocuklara cinsellik konusunda kararlar alma ve tercih yapma özerkliği tanınması gerektiği, bir başka deyişle reşit olmayan çocukların cinsel ilişkide bulunması halinde bu ilişkinin bazı durumlarda hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği, uluslararası düzenlemelerde de kabul gören bir olgudur. Nitekim 5237 sayılı TCK ile bu olgu toplumsal boyutundan arındırılmaya çalışılarak, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunulması hususu, Türk Ceza Kanunu'nun 104'üncü maddesinde "reşit olmayanla cinsel ilişki" başlığı altında düzenlenmiş, reşit olmayanla cinsel ilişki olgusuna bireysel ve kişisel bir hüviyet tanınarak, bu olgu toplumsal boyutundan arındırılmaya çalışılmıştır.

Ancak, kanun koyucunun 5237 sayılı kanunun yürürlüğe girmesinden önce mevcut olan suç kategorilerine ve ceza hukukunun yerleşik usul ve kaidelerine itibar etmeksizin, toplumsal bir gerçekliğe hukuki gerçeklik ve geçerlilik kazandırmak amacıyla yarattığı bu yeni suç tipinin, uygulamada pek çok sorunu beraberinde getirdiği görülmektedir. Kanun koyucunun özensizliğinden kaynaklanan bu sorunlar ayrıca, çocukların cinsel ilişkiye rıza konusunda sınırlı bir otonomi ve özerkliğe sahip olabilecekleri olgusunun kanun koyucu tarafından gerçekten kabul edilip edilmediği tartışmalarının ortaya çıkmasına ve kanun koyucunun gerçek niyetinin sorgulanmasına da yol açmıştır.

[58] http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/rape_and_sexual_offences/soa_2003_and_soa_1956/
Factors: whether or not to prosecute young defendants

Özellikle cinsel ilişkide bulunan tarafların her ikisinin de 15 yaşını tamamlamış ve henüz 18 yaşını bitirmemiş çocuklar olması halinde, bu durum birçok açıdan çok problemlili bir hal almaktadır. Kanun koyucu, 15 yaşını tamamlamış ve henüz 18 yaşını bitirmemiş iki çocuğun karşılıklı rızaya dayalı olarak cinsel ilişkide bulunması halinde bu çocukların kısmi cinsel özgürlüğüne geçerlilik tanıma ve aynı zamanda bu çocukları cinsel istismara karşı koruma amacıyla ise bu tür cinsel ilişkileri ceza hukukunun düzenleme alanından çıkarmalıdır. Kanun koyucunun erken yaşta cinsel ilişkinin çocukların gelişimini olumsuz yönde etkileyeceği ve bunun zararlı sonuçlar doğurabileceği kaygısını, bu fiili suç kategorisine koymadan da gidermesi mümkündür. Veyahut kanun koyucu bu yönde bir cezai düzenleme yapmak istiyorsa, yapacağı düzenleme Avusturya ve İngiltere örneklerinde olduğu gibi, cezai sorumluluk yaşı, evlenme yaşı, yargısal kararlar ergin kılınma yaşı gibi, yaşa dayalı düzenlemeler ile mümkün olduğunca uyumlu olmalı, düzenleme ayrıca çocukların 18 yaşından önce cinsel ilişkiye girebilecekleri gerçeğini göz önünde bulunduran Çocuk Haklarına Dair Sözleşme' de belirlenen ilkeler ile tutarlı olmalıdır. Cinsel ilişkiye rıza ve evlenme yaşlarını bir biriyle ilişkilendirmemek bir dereceye kadar mümkün olmadığı gibi, cinsel ilişkiye rıza ve evlenme yaşlarını 15 yaşın altında düzenlemek çocukları cinsel istismara karşı korumasız bırakabilecek, çocukların cinsel açıdan sağlıklı gelişimini engelleyebilecektir. Bu açıdan bakıldığında, 104'üncü maddenin ilk düzenleniş biçimi bu amaçları gerçekleştirmeye daha müsait olup 104'üncü maddenin ikinci fıkrasının Anayasa Mahkemesi'nin 23.11.2005 tarih ve 2005/103 E, 2005/89 K sayılı kararı ile iptali isabetli olmamıştır.

Türk Ceza Kanununda ve Ceza Muhakemesi Kanununda gerekli değişiklikler yapılarak, İngiltere'de olduğu gibi 15 yaşını tamamlamış ve henüz 18 yaşını bitirmemiş çocuklar arasında gerçekleşen ve istismar içermeyen ilişkilerde, bu fiilin kovuşturulup kovuşturulmayacağına bu konuda uzmanlaşmış savcılar tarafından, çocuk suçluluğu uzmanları (*Youth Offender Specialists*) ile beraber kararlaştırılması yönteminin denenmesi mümkün olabilir. Bu bağlamda, çocuklar arasında meydana gelen cinsel ilişkiler hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılıp yapılmayacağına karar verilirken, tarafların aynı ya da birbirine yakın yaş grubu içinde yer alıp almadıklarının yanında, cinsel ilişkinin her iki tarafın özgür iradesi ile gerçekleşip gerçekleşmediği, tarafların cinsel, fiziksel, duygusal ve eğitimsel gelişimlerinin birbirine benzer olup olmadığı, taraflar arasındaki cinsel ilişkinin gerek içeriği gerekse sürekliliği göz önüne alındığında ilişkinin ergenliğin olağan ve sağlıklı gelişim evresinde gerçekleşip gerçekleşmediği, cinsel ilişkinin tarafların psikolojik ve sosyal gelişimleri üzerindeki etkisi ve muhtemel etkileri göz önüne alınarak karar verilmesi uygun bir çözüm olarak gözükmektedir. Ayrıca, her olayın somut özellikleri göz önünde bulundurularak,

olayın kovuşturulmasının, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3/1'nci maddesi gereğince çocuğun üstün çıkarlarının korunması ilkesini zedeleyip zedelediği göz önüne alınarak karar verilmelidir. Bu sayede, kanun koyucu bu tür ilişkileri suç sayıp saymama konusunda muhafazakâr değer yargılarından kaynaklanan ikilemlerini giderebilir, düzenlemenin ceza hukukunun yerleşik kaidelerine tezat veya istisna teşkil eden ayrıksı yönleri sağlıklı bir şekilde düzeltilir.

KAYNAKÇA

AKSAKAL, Enver. “Reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 88, Sayı 2014/2, 2014, ss. 257-275.

ARTUÇ, Mustafa. *Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.

ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Ahmet Caner. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, B. 11, Ankara, 2011.

ASPB. (Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı) Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, *Türkiye’de Evlilik Tercihleri*, Ankara, Nisan 2015.

BEYAZIT, Özgür. “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), Nisan 2010, Sayı:1, 2010, ss. 293-309.

DIRECTOR OF PUBLIC PROSECUTION. *The Directors Guidance on Charging*, Fourth Edition, January, 2011. http://www.cps.gov.uk/legal/p_to_r/rape_and_sexual_offences/soa_2003_and_soa_1956/

DURSUN, Selman. “Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Sayı 24, Nisan 2014, ss. 57-73.

HAFIZOĞULLARI, Zeki. “Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, *Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı*, 2005, ss.1-8.

HÜNEE (Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü). *Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması 2013*, Ankara: Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, T.C. Kalkınma Bakanlığı, TÜBİTAK, 2014.

IMPLEMENTATION HANDBOOK FOR THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD. Fully Revised Third Edition, Prepared by Rachel Hodgkin & Peter Newell for UNICEF, Geneva: Switzerland, 2007. (**UNICEF, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı**, Tamamen Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Hazırlayanlar, Rachel Hodgkin ve Peter Newell, Cenevre: İsviçre, 2007)

KATOĞLU, Tuğrul. “Ceza Hukukunda Suçun Mağduru Kavramının Sınırları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61 (2), 2012, ss.657-693.

KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2009.

KÖKSAL, Atacan. “Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu”, *Prof. Nevzat Toroslu’ya Armağan*, Cilt II. Ankara Üniversitesi Yayınları: No: 459, 2015, ss. 687-727.

MALKOÇ, İsmail. *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Ankara: Malkoç Kitabevi, 2008.

MERAN, Necati. *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.

ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker. *Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2010.

SETTING THE BOUNDARIES. *Reforming the law on sex offences*, vol.1, July 2000, Home Office, UK. <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.homeoffice.gov.uk/documents/vol1main.pdf?view=Binary>

SOYASLAN, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.

ŞEN, Ersan. *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt I, 1. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.

ŞEN, Ersan. “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki”, *Haber7*, 26.02.2016, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1814568-resit-olmayanla-cinsel-iliski>

TANER, Fahri Gökçen. “6545 Sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme”, *Güncel Hukuk*, Ağustos 2014, 2014, ss.60-63.

TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2012.

