

"...

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

A- 2006/17 esas sayılı itirazın gerekçe bölümü şöyledir:

"...Söz konusu maddede, 15 ile 18 yaş arasındaki mağdurlarla cinsel ilişki madde metnindeki gibi suç sayılmış, Ancak; cezalandırılma için mağdurun şikayet şartı aranmıştır. Bu hali ile, şikayet olmadığı takdirde ortada bir cezalandırma söz konusu olamayacaktır. Madde de şikayet hakkının kimde olduğu ve olayın mağdurunun kim olduğu net bir şekilde açıklanmamıştır. Kanaatimizce, bu tür eylemlerde olayın mağdurunun aktif durumda olmayan kişiyi anlamak gerektiği, yani taraflardan birinin erkek, diğerinin kadın ya da kız olması halinde mağdurun kadın olarak anlaşılmasının gerektiği, taraflardan ikisinin hem cins olmaları halinde ise, pasif durumda olanın mağdur olarak kabul edilmesinin gerektiği ve uygulamanın da bu şekilde olduğu kabullenilmektedir. Gerçi; madde içeriğinde böyle bir husus açıklanmamıştır. Tarafların başlangıçta ve fiil sırasında karşılıklı rızalarının mevcut olduğu kabul edildiği göz önüne alındığında olayın mağdurunun kim olduğu ya da kim olmasının gerektiğinin de bir önemi olmadığı, esasen böyle bir eylemde olayın mağdurunun da olmamasının gerektiği Yeni Ceza Kanunu sisteminde açıkça ortadadır.

Bir an için yukarıda açıklandığı üzere olayın mağdurunun pasif olan taraf olduğu kabul edilse bile, başlangıçta yani, fiil sırasında rızası olan birinin sonradan şikayet etme hakkının bulunup bulunmadığı, şikayet etse bile, başlangıçta hukuka uygun olan (şikayet olmadığı takdirde cezası söz konusu olduğundan) bir eylemin sonradan taraflar yada mağdur olduğu var sayılan şahsın şikayeti üzerine ceza alması söz konusu olabilecektir ki; bu durum ne derece hukuka uygundur.

Yine, burada şikayet etme hakkının kimde olduğu açıkça belli olmamaktadır. Ancak; Türk Medeni Kanununun ve Ceza Kanununun genel prensipleri nazara alındığında bu tür olaylarda, şikayet hakkının mağdur sayılan kişiye ait olması gerekir. Zira; bu münhasıran şahsa bağlı bir haktır. Bir an için, şikayet hakkının mağdur sayılan kişinin veli yada vasisine ait olduğunu var saysak bile, ülkemizde çoğunlukla küçük yaşta evlendirmelerde veli yada vasinin de olayın içinde olması yani, baştaki fiile ortak olmaları nedeni ile, bu kişilerin de rızalarının olduğu durumlarda şikayet hakkı kimin olacaktır, Bu nedenle:

Anayasamızın 10/1. maddesinde "Herkes dil, ırk, renk, Cinsiyet, Siyasi Düşünce, Felsefe, İnanç, Din Mezhep Vb. Sebeplerle Ayrım Gözetmeksizin Kanun önünde eşittir." ilkesini getirmiştir.

YTCK.nun 104/1. maddesinde karşı cinsler arasındaki fiilde, istisnasız olarak mağdur kadın olan taraf kabul edilmektedir. Örneğin bir eylemde, kadın 17 yaşında, erkek 14 yaşında veya 16 yaşında olsa dahi olayın faili erkek olarak kabul edilmekte ve bu kişiler hakkında dava açılmaktadır ve cezalandırma cihetine gidilmektedir. Yine, madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere, bir olayda erkek 20 yaşında, kadın 16 yaşında olduğunda ve rızai cinsel birliktelik olduğunda ve şikayet olmaması halinde erkeğin cezalandırılması söz konusu olamayacak, ancak; her ikisi de 16 yaşında olan başka bir eylem dolayısı ile mağdur sayılan kadının şikayeti üzerine 16 yaşındaki erkek sanığın maddeye göre, cezalandırılması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle; gerek aynı olayda şikayet olmaması halinde cezasızlığın şikayet halinde cezalandırmanın söz konusu olması, mağdur sayılan kadının aynı yaşlardaki karşı cinsle rızaya

dayalı birlikteliğinde erkeğin fail olarak değerlendirilmesi söz konusu olması nedeni ile madde Anayasa'nın 10/1. fıkrasına aykırılık teşkil etmektedir.

5237 Sayılı Yasanın 104/1 maddesi Anayasa'nın 38/1. fıkrasına da aykırıdır. Şöyle ki; Anayasamızın 38/1. fıkrası, "kimse işlendiği zaman birlikte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" hükmünü içermektedir. Buna biz suç ve cezada kanunilik prensibi diyoruz. Bu maddeyi biraz daha geniş yorumlayarak fiilinde işlendiği sırada kanunilik prensibi olarak değerlendirmemiz mümkündür. Yani, herhangi bir eylem yapıldığı sırada cezasızlık söz konusu ise, sonradan taraflardan birinin bu rızasından caymasının ceza nedeni sayılmaması gerekir.

Örneğin; gündüzleyin konut dokunulmazlığını bozma suçu takibi şikayete bağlı bir suçtur, bir şahıs arkadaşını evini davet edip, evinde ağırladıktan ve rızası ile uğurladıktan 3 gün sonra Cumhuriyet Savcılığına evinde ağırladığı şahsın 3 gün önce evine geldiğini, konut dokunulmazlığını ihlal ettiğini ileri sürerek cezalandırılmasını talep etmesi halinde Cumhuriyet Savcılığı şikayetçiye senin burada başta rızan söz konusu, bu nedenle burada hukuka uygunluk sebebi vardır diyerek takipsizlik kararı verecek, mahkemeye dava açıldığı takdirde de faile beraat kararı verilecektir.

Bu anlamda; YTCK.nun 104/1. maddesi de aynen buna benzemektedir. Fail sayılan kişi, başta eylem sırasında mağdur sayılan kişinin rızasının olduğunu ve onun şikayet etmeyeceğini yada şikayet edilmeyeceğini düşünerek birlikte olmakta, yani bu hareketin hukuka uygun olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle; eylemin işlendiği sırada cezasızlığını bilmektedir. Ancak; mağdur sayılan kişinin olaydan birkaç gün sonra yada 6 aylık şikayet süresi içerisinde şikayet etmesi halinde YTCK.nun 104/1. maddesi gereğince soruşturma ve kovuşturmayaya tabi tutulması, hatta ceza alması söz konusu olabilecektir ki; bu durum Anayasa'nın 38/1. maddesine aykırılık teşkil edecektir..."

B- 2007/55 esas sayılı itirazın gerekçe bölümü şöyledir:

"...Madde metninden de anlaşılacağı üzere şikayet soruşturma ve kovuşturma şartıdır. Şikayet hakkını kim kullanacaktır' 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 335 ve devamı maddelerindeki hükümlere göre çocuklar üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü ve hakkı olan anne baba mı' Yoksa suçun mağduru mu' Mağdur kimdir. Bu sorulara verilecek cevap, sanık açısından önem arz edecektir.

765 Sayılı TCK sisteminde cinsel saldırı suçları aile düzeni aleyhine cürüm olarak kabul edildiği için suçun işlenmesiyle ihlal edilen hukuki yarar aile düzeninin bozulmasıdır. Dolayısıyla çocuğun yasal temsilcisinin suçtan zarar görmesi de söz konusu olacağından şikayet hakkını kullanabilecektir.

5237 Sayılı TCK sistematiklerinde ise; kişilere karşı suçlar kitabın 2. kısmında düzenlenmiştir. 2. kısım 6. bölümde ise; cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar; cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz başlıkları ile yer almıştır. Sistematik içinde değerlendirme yapıldığında cinsel saldırı suçları kişinin vücut bütünlüğüne ve cinsel dokunulmazlığına yönelik eylem olarak kabul edildiğinden suçun mağduru cinsel saldırıya muhatap olan kişidir. Zira vücut dokunulmazlığının ihlali de kişiye sıkı surette bağlı olan haklardandır. Dolayısıyla şikayet hakkının da mağdura ait

olması gerekmektedir. Uygulamada bu görüş benimsenmiş olup, Yüksek Yargıtay 5. Ceza Dairesi de şikayet hakkının mağdurda olduğunu kabul etmektedir.

Bu kabul karşısında 15 yaşını bitirmiş fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinde eksiklik olmayan çocukla; cebir, tehdit ve hile olmaksızın bir başka deyimle rızası ile cinsel ilişkide bulunan acaba suç işlemiş olacak mıdır' Mevcut düzenleme ile fiilden sonra 6 aylık şikayet süresi içinde mağdur tarafından şikayet hakkı kullanıldığında sanık cezai yaptırımla karşı karşıya kalacaktır.

Halbuki 5237 Sayılı TCK Genel hükümlerdeki 26/2. maddeye göre; ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. Madde metninde "kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmak üzere açıkladığı rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez." hükmü ceza yasasının özel hükümlerine de uygulanacaktır.

İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiş olması karşısında; ilgilinin rıza açıklamaya ehil bulunması fiilden önce veya en azından fiilin başlangıcında rızasını söz ve davranışlarıyla açıkladıktan sonra şikayet hakkını kullandığında sanığın cezai yaptırımla karşı karşıya kalması suçun kanunilik ilkesine aykırı olduğu gibi hakkaniyet ilkesine de ters düşmektedir.

Anayasamızın 38. maddesinde "kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz." Bu ilke gereğince, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği emredici hükmü yer almış, ayrıca toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarının neler olduğu, yeni ceza yasasına esas alınan suç teorisindeki suç tanımlanmasına göre; kendi hareketinin bir haksızlık teşkil edip etmediğinin açıkça bilinmesi, ceza normlarında da açıkça ifade edilmesi gerekmektedir. Suç ve cezada kanunilik ilkesi 10/12/1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 04/11/1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de yer almıştır.

Bu açıklamalar ışığında; kanun koyucunun hangi hareketin suç teşkil edeceği ve ne gibi cezai yaptırıma bağlanacağını belirleme yetkisinin olduğu tartışmasızdır. Ancak, ceza normları anlaşılır olmalı, suçun unsurları açıkça ifade edilmelidir. Çelişkili düzenlemeler suçun kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği gibi kişiler eylemlerinin bir suç teşkil edip etmediğini bilemeyeceklerdir. Bu nedenle 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesindeki düzenlemede; şikayet hakkının kime ait olup olmadığının açıkça belirlenememesi, reşit olmayan, rıza açıklamaya ehil olan, fiilden önce rızasını açıklayan kişinin TCK 26/2 maddesine göre mağdur sayılamayacağı, reşit olmayan 15 yaşını bitirmiş iki çocuk arasındaki ilişkinin yaptırıma bağlanmış olup olmadığının anlaşılamaması, bu madde ile yaptırıma bağlandığının kabulü halinde suçun mağduru kim, sanığının kim olduğunun nasıl belirleneceği madde metninden anlaşılmamaktadır. Bu düzenlemenin Anayasamızın 38/1. maddesine aykırı olduğu düşüncesiyle T.C. Anayasası'nın 152/1. maddesi gereğince bu kanun hükmünün itiraz yolu ile iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmak gerektiği kanaatine varılmıştır.""