**"...**

**II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“1- Açılan kamu davasında mahkememizin görevi sanık savunmasını, müşteki şikayetini, mağdur ve tanık anlatımlarını almak, mağdurun doktor raporu ile sanığın sabıka bülteni gibi delilleri toplamak ve sonuçta sanığın atılı suçları işlediği sabit olursa 18.10.2001 tarihinde mağdur ile resmi olarak evlendiğinden hakkında açılan kamu davasının TCK'nun 434/1. maddesi gereğince ertelenmesine karar vermektir. TCK'nun ilgili maddeleri şöyledir:

a) TCK'nun 416/son maddesi: “Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsel ilişkide bulunanlar fiil daha ağır bir cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

b) TCK'nun 430/2. maddesi : “Eğer reşit olmayan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenmek maksadıyla kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmış ise ceza altı aydan üç seneye kadar hapistir”.

c) TCK'nun 434/1. maddesi : “Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkumlardan biri arasında evlenme vukuunda kamu davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur”.

TCK'nun 434/3. maddesi : “Bu madde hükümleri 414, 415, 416. maddeler hakkında da caridir” demektedir.

2- 2709 sayılı T.C. Anayasası'nın:

Başlangıç bölümünde yer alan “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;”,

2. maddesinde “Türkiye Cumhuriyetinin, insan haklarına saygılı, demokratik, lâik bir hukuk Devleti” olduğu,

10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit ve Devlet organlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda.” olduğunu,

12. maddesinde “Herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip” olduğunu,

17. maddesinde “Kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimseye insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir ceza verilemeyeceği,”.

20. maddesinde “Herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı,”

41. maddesinde, Ailenin, “Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasında eşitliğe dayalı” bulunduğu, amir kurallardır.

3- Somut olayımızda, aynı eylemde bulunan sanık ve mağdurdan sadece erkek olan Erdal yargılanmaktadır. Mağdur sıfatı ile dinlenen Nursel ŞEKER 18.10.2001 tarihinde jandarmada verdiği ifadede “sanık Erdal'dan kendisini kaçırmasını istediğini aslında Erdal'ı kaçıranın kendisi olduğunu, O'nu bu konuda zorladığını, bunun üzerine beraber kaçtıklarını, kendi isteği ile cinsel ilişkide bulunduğunu, şikayetçi olmadığını” söylemiş ve C. Savcılığınca aynı tarihte alınan ifadesinde de bu şekilde anlatımda bulunmuş ve yine şikayetçi olmadığını söylemiştir. Bu dava Nursel'in babası Mustafa Cerit'in C. Savcılığına şikayeti üzerine yapılan soruşturma sonucu mahkememize intikal etmiştir.

Bu tür davalarda, mahkememizce yapılan yargılama esnasında sanık ve mağdurdan TCK'nun 416. maddesi yönünden cinsel ilişkiye girip girmedikleri, TCK'nun 80. maddesi yönünden, cinsel ilişkiye kaç kez girildiği, TCK'nun 418. maddesi yönünden cinsel ilişki esnasında kadının bakire olup olmadığı, kızlık zarının yırtılıp yırtılmadığı hususları sorulmaktadır.

Yargılamanın gereği bu tür sorular aile mahremiyetine ve kişinin onuruna aykırıdır. Kiraz Asliye Ceza Mahkemesinde son bir yılda bu tür açılan dava dosyası sayısı yirmidört adettir. Bu davaların yirmiüç tanesi evlilik nedeniyle ertelenmiştir. Dolayısıyla bu davalarda, kadın ile erkek evlendiği halde Anayasanın 20. maddesine aykırı olarak, evli çiftlerin özel hayatı ile aile hayatının gizliliği ihlal edilmektedir. Evlilik olsun veya olmasın, rızasıyla ilişkiye giren sanık ve mağdur, neden yargılandığını, devletin bu eylemden dolayı kendilerini neden adliyeye getirdiğini anlayamamaktadır.

Elbette, bir kişinin iradesine aykırı eylem tasvip edilemez. Burada iptali istenen yasa maddelerine aykırı olan, kişinin kendi özgür iradesi ile gerçekleştirdiği eylem nedeniyle bir başkasına ceza verilemeyeceğidir. Herkesin sezgin olmak kaydıyla vücudu üzerinde tasarrufta bulunma hakkı vardır. Nitekim Medeni Kanunun 16/2. maddesine göre sezgin küçüklerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmakta rızaya muhtaç olmadıklarını düzenlemektedir. Öğretide parasal değeri olmayan, doğrudan doğruya hak sahibince kullanılması gereken haklara kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar denilmektedir ki mağdurun eylemi de bu türdendir. Kiraz ilçesinde ebeveynlerin şikayet etmesinin nedeni çoğunlukla, sanık erkekten para alma kaygısıdır. Bu nedenle yaygın davranış, ta doğumdan itibaren kız çocuklarını nüfusa geç kayıt ettirmektir.

Suç hukukunda kadın-erkek ayırımı yoktur. Yapılan eylem eğer suç ise, cinsiyet nedeniyle cezadan arttırım veya eksiltim sözkonusu değildir. Oysa iptali istenen yasa maddelerinde, sanık sırf erkek olduğu için yargılanmakta ve evlilik olmadığında cezalandırılmaktadır. Bu durum eşitlik ilkesine de aykırıdır. Yine somut olayımızda gerek erkeğin ve gerekse kadının yaşı onsekizden küçüktür, ancak yargılanan erkektir. Cezalandırılmamak için erkek evlenmeye zorlanmakta, temelde sağlıksız ve sevgisiz evlilikler mutsuz toplumu oluşturmakta, zamanaşımı süresi beş yılın sonunda da genelde boşanılmaktadır. İptali istenen yasa maddeleri her ne kadar aile düzeni aleyhine cürümler başlığını taşımakta ise de sonuçta sağlıksız aileler ile mutsuz çocuklar toplumun ruh sağlığını daha çok bozmaktadır.

Temyiz gücüne sahip (sezgin) bir küçüğün, kendi rızası ile cinsel ilişkiye girmesi veya alıkonulması, kaçırılması eyleminde karşı yana ceza verilmesini, Medeni Kanunun 88. maddesine göre onbeş, hatta ondört yaşını bitiren kadının evlenmesine izin veren Yasanın felsefesi ile de bağdaştırmak zordur.

4- Açıklanan gerekçe ve Yüksek Mahkeme'nin re'sen nazara alacağı diğer nedenlerle itiraza konu TCK'nun 416/son, 430/2. ve bu maddeler yönünden TCK'nun 434. maddesinin Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle Anayasa'nın 152. maddesi gereğince Mahkemenizce itirazen iptaline karar verilmesi itiraz ve arz olunur”."