“…

 Gölbaşı/Adıyaman Cumhuriyet Başsavcılığının 01/12/2015 tarih ve 2015/388 Esas sayılı iddianamesi ile suça sürüklenen çocuk …’ın mağdur küçük …’ya yönelik reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan 5237 sayılı TCK’nun 104/1 maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle mahkememize kamu davası açılmıştır.

SUÇA SÜRÜKLENEN ÇOCUK … SAVUNMASINDA: “Mağdur … ile sosyal medya üzerinden tanışmıştık. Bir süre sonra samimiyetimiz ilerlerdi ve kendi rızası ile bir arkadaşımın evinde ters yoldan cinsel ilişkiye girdik. Bu olaydan yaklaşık bir hafta on gün sonra …’in evinden çekilmiş fotoğrafları sosyal medya üzerinde … adlı bir şahsın sayfasında görünce durumu …’den sordum ve benimle birlikte olduğu süreç içerisinde Gaziantep’de ikamet eden bu şahısla da sevgili olduğunu anladım. Kendisi ile mesajlaştığımda bu durumu doğruladı; ancak …’tan iki gün önce ayrıldıklarını söyledi, … ise … ile sevgili oldukları süre içerisinde cinsel ilişkiye girdiğini söyledi. Ben bu duruma çok sinirlendim. O anki sinirle …’e ve ailesine … ile cinsel ilişkiye girdiğimi, ona ait görüntülerin video kayıtlarının olduğunu söyledim. Bunu söylememdeki amaç kendilerinin bana zarar vermesini engellemekti. Zira …’in ailesi benim kızları ile zorla ilişkiye girdiğimi düşünüyorlardı. Kendimi korumak amacıyla böyle söyledim. Yoksa elimde böyle bir kayıt ve fotoğraf bulunmuyordu. …’in lise son sınıf öğrencisi olduğunu biliyorum; ancak bana 18 yaşında olduğunu söylemişti. …’le sadece bir kez cinsel ilişkiye girdik. Suçsuzum beraatimi talep ediyorum. Mahkeme aksi kanaatte ise lehime olan yasa maddelerinin ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmasını talep ediyorum.” demiştir.

 MAĞDUR KÜÇÜK … BEYANINDA : “Cinsel ilişki iddianamede belirtilenin aksine benim rızamla değil zorla gerçekleşmiştir, bu da bir sefer ve ters ilişki olmak suretiyle gerçekleşmiştir. Hakkımda alınan muayene raporuna bir diyeceğim yoktur. Cinsel ilişki gerçekleştikten sonra yaklaşık bir hafta daha …’la görüştük. Bu süreçte eski erkek arkadaşım

 dondurmuş olduğu, facebook hesabını tekrar aktif edince birlikte çekilmiş eski fotoğraflarımızı suça sürüklenen çocuk görmüş. Daha sonra beni telefonla arayarak ve facebook üzerinden tehdit içerikli mesajlar yazarak beni tehdit etti. Şu an facebook hesabını bilmediğim bir sebepten dolayı kapatıldığından bu tehdit içerikli iletileri mahkemenize sunamıyorum. Fakat telefonla aradığında annem …’da yanımdaydı. Suça sürüklenen çocuktan şikayetçiyim. Kamu davasına katılmak istemiyorum” demiştir.

 İNCELEME VE DEĞERLENDİRME: Suça sürüklenen çocuk… ile mağdur küçük…’ın sosyal medya üzerinden tanışıp arkadaş oldukları, bir kaç kez buluşup görüştükleri, olay tarihinde fikir ve eylem birlikteliğinde …’ın bir arkadaşının evine gittikleri, burada ettiği, bunun üzerine mağdur küçüğün suça sürüklenen çocuktan şikayetçi olduğu olayda;

 İlgili mevzuata bakıldığında; suça sürüklenen çocuğun üzerine atılı Türk Ceza Kanunu’nun 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunan kişi şikayet hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişki suçu “Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi şikayet üzerine 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Diğer yandan TCK 6/1 maddesinde “çocuk deyiminden henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır” tanımı yapıldığına göre söz konusu suçun oluşması için mağdurun on beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını doldurmamış bulunması, cinsel ilişkinin mağdura cebir, şiddet, tehdit ve hile olmaksızın onun rızasıyla gerçekleştirilmiş olması, suçun gerçekleşme anında (cinsel ilişki esnasında) rıza gösteren mağdurun suç oluştuktan sonra altı aylık şikayet süresi içerisinde kendisi ile cinsel ilişkiye giren kimseden şikayetçi olması koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu açıdan; ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler başlıklı Türk Ceza Kanunu’nun 2. kısım 2. bölümü içerisinde yer alan ilgilinin rızası şeklinde düzenlenen hukuka uygunluk nedenine ilişkin yapılan değerlendirmede; söz konusu hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmesi ve sanığın kendisini cezai müeyyideye tabi kılacak tipik eyleme ilişkin bu sorumluluğun ortadan kalkması için:

 a) Rızanın mağdurun mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin olarak gösterilmesi,

 b) Mağdurun rıza göstermeye ehil olması,

 c) Rızanın açık veya zımni olarak failin anlayabileceği şekilde dış dünyaya açıklanması gerekmektedir.

 Dolayısıyla kişiyi adete kendisinden de koruyan modern hukuk sisteminde başta kişinin kendi hayatı olmak üzere (ötenazi) sahip olduğu tüm haklara ilişkin sınırsızca tasarrufta bulunabilme olanağı, kişisel hak ve özgürlükler, toplum sağlığı, birey ve ailenin korunması ve bunun gibi gerekçelerle sınırlandırılmış, yine mağdurun rıza gösterdiği eyleme

ilişkin bu eylemin sonuçlarını, risklerini, yarar ve zararlarını algılayabilecek yetenek ve yeterlilikte olması gerektiği, bu açıdan her şeyden önce mağdurun ayırtım gücüne, sahip olması ve dahi belli suçlara ilişkin eylemin hukuki anlam ve niteliğini, sonuçlarını algılayabilmesi için yasa koyucu tarafından aranan belirli yaşı doldurma koşulunun gerçekleşmesi gerekmektedir. Nihayeten son koşul olan rızanın açıklanması ise tıpkı özel hukukta yer alan “feragat”, “kabul” ya da ceza hukukunda bir muhakeme şartı olan “şikayet ve şikayetten vazgeçme” gibi gerçekleşen ve bu niteliği ile esasen usul hukukunu ilgilendiren ve fakat maddi hukuk açısından geri dönülemez sonuçlar doğuran bir irade beyanıdır. Ceza sorumluluğunu kaldıran bir sebep olarak rıza suçun oluşumu açısından fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklandığında etkili olur. Tüm bu unsurlar bir araya geldiğinde de eyleme ilişkin hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmesi dolayısıyla fail hakkında ceza tayin edilmeyeceği aşikardır.

 Türk Ceza Kanunun çocukların cinsel istismarı başlıklı 103. maddesinde ise; cinsel istismar deyimi a) On beş yaşını tamamlamış 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 davranış şeklinde izah olunmuştur. Esasen anılan yasanın 102. maddesinde yer alan cinsel saldırı suçunun çocuklara yönelik olarak gerçekleştirilmesi hali olan istismar suçu, yasa metninde on beş yaşını doldurmuş ancak fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği de gelişmiş olan çocuklara yönelik “cinsel davranışlar” olarak belirtilirken; on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı ise gerçekleştirilen “her türlü cinsel davranış” tipik eylem olarak tanımlanmıştır. Doktorinde yasa koyucunun bu ayrımı bilerek yaptığından zira Türk Ceza Kanunun 103. maddesi ile on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı gerçekleştirilen eylemlere ilişkin mağdur çocuğun rızasının geçerli olması ve ancak rızaya aykırı davranışın suç oluşturması nedeniyle tamamen 102. madde de düzenlenen cinsel saldırı suçu ile aynı özellikleri taşıdığından bahsedilmiştir. (Age: Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Osman Yaşar - Haşan Tahsin Gökcan - Mustafa Artuç 3. Cilt Sayfa: 3334)

 Yerleşik Yargıtay uygulama ve içtihatlarına göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçu da dahil olmak üzere şikayet hakkı farik ve mümeyyiz olmak ve on beş yaşını doldurmuş olmak koşuluyla kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması sebebiyle mağdur küçüğün kendisine tanınmıştır. Bu açıdan mağdur küçük iradesiyle veli veya vasisinin iradesi arasında çıkacak çatışmada mağdur küçüğün beyanı doğrultusunda karar verilmesi gerektiği yerleşik uygulamayla benimsenmekle; bu durum şikayet hakkının yasal temsilciye tanınması gerektiği yönünde doktrinde eleştirilere konu olmuştur. Oysa “yaş küçüklüğü” başlıklı Türk Ceza Yasasının 31. maddesi incelendiğinde; suç tarihinde on beş yaşını doldurup on sekiz yaşını tamamlamamış olan sanığın (akıl hastası veya sağır ve dilsiz olmadığı takdirde) kusur yeteneğine sahip olduğunun; diğer bir deyişle izlenen suç ve ceza politikası gereği gerçekleştirdiği suç teşkil eden eyleme ilişkin, bu eylemin sonuçlarını, risklerini, yarar ve zararlarını, hukuki anlam ve sonuçlarını kesin olarak (herhangi bir sosyal inceleme yapılmasına gerek duyulmaksızın) algılayabilecek ve buna ilişkin davranışlarını yönlendirebilecek yetenek ve yeterlilikte olduğunun benimsemesi dolayısıyla kişinin muhakeme esnasındaki sıfatının mağdur veya fail olmasına bakılmaksızın bu yaş grubunda yer alan bireylerin iradesinin (ve eyleme ilişkin manevi unsurun) geçerliliğine ilişkin bir harmoninin sağlandığı gözden kaçırılmamalıdır.

 Somut olaya bakıldığında suça sürüklenen çocuk ve mağdur küçüğün olay tarihinde on yedi yaşında oldukları, karşılıklı ve birbirlerine uygun olduğuna kanaat edilen rızaları doğrultusunda cinsel ilişkiye girdikten sonra mağdur küçüğün suça sürüklenen çocuktan şikayetçi olduğu, bu açıdan TCK’nun 103. maddesi uyarınca mağdurun rızasının geçerli olduğuna yasa koyucu tarafından kanaat edilmesi sebebiyle cinsel istismar suçunun oluşmadığı kabul edilmekle, diğer yandan eylem sırasında hukuka uygun bir şekilde gerçekleşen bu rızadan mağdur küçüğün şikayet süresi içerisinde dönmesi (şikayetçi olması)

halinde TCK’nun 104. maddesi uyarınca rızanın geçersiz sayılacağının kabul edilmesi mağdurun üzerinde tasarruf ettiği hakkın aynı olduğu gözetildiğinde esaslı bir çelişki niteliğindedir. Gerek Türk Medeni Kanunun 124. maddesinde olağan evlenme yaşım on yedi, olağanüstü evlenme yaşını on altı olarak düzenleyen yasa koyucunun evlenme ehliyetine ilişkin özel düzenleme getirmesi, gerekse de TCK’nun 103. maddesinin lafzında yasa koyucunun esasen on beş yaşını doldurup on sekiz yaşını doldurmayanların da cinsel hürriyeti üzerinde tasarruf yetkisi olduğunu benimsediğini göstermektedir. Evliliğin temel unsurlarından birinin cinsellik olduğu gözetildiğinde esasen yasal temsilcisinin izniyle de olsa evlenme ehliyetine sahip tarafların her ikisininde on sekiz yaşından küçük olması sebebiyle kimin fail, kimin mağdur olacağı da yapılacak şikayete göre belirlendiğinden ve Ceza Yargılamasında Hukuk Muhakemeleri Usulünden farklı olarak karşı ya da şahsi dava açılması mümkün olmadığından esasen mağdur sıfatına da sahip olan suça sürüklenen çocuğun bu durumu 5271 sayılı CMK’nun 223/4-d maddesinde yer alan fiilin haksızlık içeriğinin azlığı ile aşılabilecek bir şahsi cezasızlık sebebi olarak da değerlendirilemeyeceğinden, cezalandırılması hak ve nesafet ilkesi ile Türk Ceza Kanunun amacını düzenleyen birinci maddesi ile bağdaşmayacağı kanaati mahkememizde hasıl olmuştur.

 Anayasamızın 41/4. maddesinde “Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”, yine 58/2. maddesinde “Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır.” amir hükümleri getirilmişse de;

 Anayasa’nın 2. maddesinde “Türkiye Cumhuriyeti toplumun huzur, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.” hükmüne yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi de 17.02.2004 tarih ve 2001/119 E - 2004/37 K sayılı kararında Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlevleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçman, hukukun üstün kuralları ile kendini bağlı sayan yargı denetimine açık yasaların üstünde yasa koyucununda uyması gereken anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

 Şüphesiz hangi eylemlerin anti sosyal olarak değerlendirilip, kamu düzeni ve bireysel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla suç olarak kabul edilip cezai müeyyideye tabi kılınacağı suç siyasetini ilgilendiren ve Anayasamızın 7. maddesi uyarınca yasama organına tanınmış bir yetki olmakla birlikte; Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devletinin de öncelikle eşitlik ve adaleti esas alan bir yapılanmayı öngördüğü, hukuk devletinin bu temel niteliklerini yaşama geçirmekle yükümlü olan yasa koyucunun Anayasanın ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı olmak koşuluyla, cezalandırılmada güdülen amacı suç ve suçluların özelliklerini de gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunlara verilecek cezanın türünü, miktarını, artırım ve indirim nedenlerini, bunların oranları ile suçun takibine ilişkin yöntemleri belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de; bu yetki kullanılırken suç ile ceza arasındaki adil dengenin korunması ve öngörülen cezanın, cezalandırılmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi hususların da dikkate alınması zorunludur. Bu durum Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle daha önceden iptal edilen 104. maddenin, 2. fıkrasına ilişkin Anayasa Mahkemesinin 23.11.2005 tarih ve 2005/103 E - 2005/89 K sayılı kararında da vurgulanmakla, failin sıfatına yönelik yaş farkından kaynaklı suçun takip şekli veya cezalandırılmaya esas alınan özelliklere ilişkin farklı uygulamanın kuralla korunmak istenen hukuki yarar bakımından sonuca etkili olmayacağı değerlendirilmesi ile Anayasaya aykırı olduğuna kanaat edilerek iptal edilmiştir.

 Oysa her ikisi de on sekiz yaşından küçük olup esasen müşterek fail sıfatında olan tarafların mağdur sıfatlarının şikayet hakkının kullanılıp kullanmamasına göre belirlendiği gözetildiğinde 104. maddenin 1. fıkrası uyarınca belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlığını koruma amacına yönelik koyulan kuralın da bunu gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı gibi verilecek ceza adalet ilkesi ile de bağdaşmayacaktır.

 SONUÇ VE TALEP;

 Tüm bu gerekçelerle;

 - Bir yandan TCK’nun 103. maddesi uyarınca aynı hakka ilişkin mağdurun rızasının geçerli olduğuna yasa koyucu tarafından kanaat edilmesi sebebiyle cinsel istismar suçunun oluşmadığı kabul edilmekle diğer yandan bu rızanın 104. madde yönünden hukuken geçersiz sayılması,

 - Keza bir yandan izlenen suç ve ceza politikası gereği suç tarihinde on beş yaşını doldurup on sekiz yaşını tamamlamamış olan sanığın (akıl hastası veya sağır ve dilsiz olmadığı takdirde) kusur yeteneğine sahip olduğunun; diğer bir deyişle gerçekleştirdiği suç teşkil eden eyleme ilişkin, bu eylemin sonuçlarını, risklerini, yarar ve zararlarını, hukuki anlam ve sonuçlarını kesin olarak (herhangi bir sosyal inceleme yapılmasına gerek duyulmaksızın) algılayabilecek ve buna ilişkin davranışlarını yönlendirebilecek yetenek ve yeterlilikte olduğunun benimsemesi dolayısıyla iradesinin neticesine katlanması gerektiği gerekçesiyle cezai müeyyideye tabi kılan yasa koyucunun, aynı durumda olan mağdur için aynı eylemin sonuçlarını, risklerini, yarar ve zararlarını, hukuki anlam ve sonuçlarına katlanma zorunluluğu getirmeyerek sadece TCK’nun 104. maddesi yönünden istisna bir uygulamayla çelişkili bir durum ortaya çıkartması,

 - Bir hukuka uygunluk nedeni olan rızanın kural olarak “ fiilin işlenmesinden önce ve en geç işlendiği sırada açıklandığında” sonuç doğurmasının yeterli ve geçerli olduğu kabul edilmekle; TCK’nın 104. maddesine özel bir düzenleme getirilmiş gibi sonradan şikayet hakkı tanınarak ve uygulamada şikayet hakkının bizatihi mağdur küçük tarafından kullanılması sebebiyle fiiliyatta evlenmek amacıyla şantaj aracı gibi kullanılmasına olanak sağlanması,

 - Medeni Kanunun 124. maddesinde olağan evlenme yaşının “on yedi” olarak kabul edilmesi sebebiyle içerisinde cinselliği de barındırmak üzere aile olma bilinç ve sorumluluğunu alabilecek, evlenmenin sonuçlarını, risklerini, yarar ve zararlarını algılayabilecek yetenek ve yeterlilikte olduğu yasa koyucu tarafından kabul görülen on yedi yaşında birinin evlilik dışı gireceği cinsel ilişkiye ilişkin iradesinin esasen sağlıklı olamayacağının kabulünün açık bir çelişki oluşturması, bu sebeple düzenlemenin korunmak istenen aile kurumu bakımından sonuca etkili olmayacağının değerlendirilmesi,

 - Anti sosyal ve kamu düzenini ihlal ettiği kabul edilen eylemin müşterek faili olan suça sürüklenen çocuğun esasen suçun mağduru konumunda da olması sebebiyle kuralın salt kadını korumaya yönelik bir pozitif ayrımcılık amacını gerçekleştirmekten uzak olması,

 Sebepleriyle 5237 sayılı TCK’nun 104/1 maddesinin Anayasanın 2. maddesinde yer alan “hukuk devleti” ilkesine (ve ayrıca 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulleri kanunun 29. maddesine göre re’sen Yüksek Mahkemenizce gözetilecek gerekçelerle) aykırı olduğu sonuç ve kanaatine varılmakla iptali istemiyle re’sen Anayasa Mahkemesine gidilmesine ve anılan maddenin iptalinin istenilmesine, dava dosyasının tüm belgeleri ile onaylı suretinin dosya oluşturularak karar aslıyla dosya suretinin Yüksek Mahkemeye tebliğinden itibaren 5 ay beklenilmesine, 5 ay içinde netice gelmez ise mevcut mevzuata göre davanın neticelendirilmesine dair aşağıda yazıldığı şekilde hüküm kurma yoluna gidilmiştir.

 KARAR: Yukarıda izah olunan nedenlerle;

 Suça sürüklenen çocuk hakkın reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan açılan kamu davasında; iddianamede suça sürüklenen çocuğun cezalandırılmasına yönelik sevk maddesi olarak gösterilen TCK’nun 104/1 maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu değerlendirilmekle;

 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 40/1 maddesi gereğince;

 İddianame ile dosyadaki belgelerin onaylı birer örneği çıkartılarak, 5237 sayılı Türk Ceza Yasanın 104/1 maddesinin Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu kanaatiyle iptal davası başvurusu olarak, Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği’ne GÖNDERİLMESİNE,

 6216 sayılı kanunun 40/5 maddesi gereğince dosyaya bu aşamada karar numarası verilmesine yer olmadığına, dosya esası üzerinden iptali istenilen yasa maddesinin Anayasa’nın 2. maddesine aykırılık gerekçesinin yazılmasına,

 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 152. maddesi ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 40/5. maddesi uyarınca başvurunun sonuçlanmasının bekletici mesele yapılmasına,

 Dosya esas numarası üzerinden gerekçeli kararın yazımına müteakip dosya ve eklerinin Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği’ne gönderilmesine,

 6216 sayılı Yasanın 40/5 maddesi gereğince 5 aylık azami süre gözetilerek, Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda bir karar vermesinin beklenilmesine, bu süre içerisinde ve sonunda Anayasa Mahkemesi’nce bir karar verilmez ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 153 ve 6216 sayılı Yasanın 40/5. maddesi gereğince yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre değerlendirme yapılmasına,

 Bu nedenlerle duruşmanın 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun’un 40/5. maddesindeki 5 aylık süre gözönüne alınarak 01/11/2016 gününe bırakılmasına karar verildi.”