

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2005/103

Karar Sayısı : 2005/89

Karar Günü : 23.11.2005

Resmi Gazete Tarih-Sayısı : 25.02.2006 - 26091

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEME :

1- Akdağmadeni Sulh Ceza Mahkemesi (Esas : 2005/103)

2- Çorlu Sulh Ceza Mahkemesi (Esas : 2005/117)

3- Sandıklı Asliye Ceza Mahkemesi (Esas : 2005/140)

İTİRAZLARIN KONUSU : 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Aralarında beş yaştan fazla fark bulunan onbeş yaşını bitirmiş çocukla rızasıyla cinsel ilişkide bulunmak suçundan açılan kamu davalarında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme'ler iptali için başvurmuşlardır.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu fıkrayı da içeren 104. maddesi şöyledir :

“MADDE 104.-(1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır.”

B- İlgili Yasa Kuralı

Türk Ceza Kanunu'nun ilgili görülen 6. maddesi şöyledir:

“MADDE 6- (1) Ceza kanunlarının uygulanmasında;

...

b) Çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi,

...

Anlaşılır.”

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince değişik tarihlerde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili görülen yasa kuralları, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Birleştirme Kararı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (2) numaralı bendinde yer alan hükmün iptali istemiyle yapılan itiraz başvurularına ilişkin Esas:2005/117 ve Esas:2005/140 sayılı davaların, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2005/103 Esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, birleştirilen davaların esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin 2005/103 Esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 10.10.2005 ve 23.11.2005 tarihlerinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- İtiraz Konusu Kuralın Anlam ve Kapsamı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kişilerin cinsel dokunulmazlığını ihlal eden eylemler, 765 sayılı Yasa'nın aksine genel ahlaki ve aile nizamını ilgilendiren ihlaller olarak değil, kişisel değerlere yönelik tecavüzler olarak nitelendirilerek özel hükümlere ayrılan İkinci Kitabın, “Kişilere Karşı Suçlar” başlıklı İkinci Kısımının Altıncı Bölümünde, “Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir.

Yasa'nın “Reşit olmayanla cinsel ilişki” başlıklı 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin, şikayet üzerine cezalandırılacağı, itiraz konusu (2) numaralı fıkra ise failin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olması halinde, şikayet koşulu aranmaksızın cezanın iki kat artırılacağı belirtilmiştir. Buna göre, suçu işleyen kişi, mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet olmasa da suç re'sen kovuşturularak kamu davası açılacak, suçun sübutu halinde de faile, maddenin (1) numaralı fıkrasında yazılı ceza iki kat artırılarak verilecektir.

5237 sayılı Yasa'nın 6. maddesinde, henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi "çocuk" olarak tanımlandığından 104. maddede düzenlenen suç, onbeş yaşını bitirip onsekiz yaşını doldurmamış çocukla rızasıyla cinsel ilişkide bulunmaktır.

Madde'de sanık ve mağdur yönünden cinsiyet ayrımı yapılmamıştır. Suçun oluşması için aranan ön koşul, mağdurun onbeş yaşını bitirmiş, onsekiz yaşını doldurmamış olmasıdır. Suçun maddi unsuru, çocuk sayılan kişi ile cinsel ilişkide bulunmak, manevi unsuru ise failin eylemi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir.

C- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın, aynı suçu işleyenler arasında farklı ceza uygulamalarına yol açtığı, yasa önünde eşitlik ilkesinin amacının, hukuksal durumları aynı olan kişilerin, yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğu, aynı suçu işleyen failer için mağdur ile aralarındaki yaş farkı nedeniyle ayrı cezalar öngörülmesinin, eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı, tarafların evlenmeleri durumunda da eşin cezaevine girmesinin engellenememesinin ailenin parçalanmasına yol açacağı belirtilerek Kural'ın, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Başvuran Mahkeme tarafından, Anayasa'nın 2. maddesi yönünden aykırılık savında bulunulmamış ise de, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, itiraz konusu kural ilgisini nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5237 sayılı Yasa'nın 104. maddesi uyarınca, suç tarihinde onbeş yaşını bitirmiş çocukla rızayla cinsel ilişki kuran faille ilişki kurduğu çocuk arasında beş yaştan az fark varsa, yakınma olmadığı ya da hükmün kesinleşmesinden önce vazgeçildiği takdirde, ilgili hakkında kovuşturma yapılmayacak ya da dava düşürülerek ceza verilmeyecek, aynı yaştaki mağdurla ilişkiye giren fail arasındaki yaş farkı beşten fazla ise, şikayet olup olmadığına bakılmaksızın fail hakkında kovuşturma açılarak suçun sübutu halinde temel ceza iki kat artırılacaktır. Bu durumda, onbeş yaşını bitirip onsekiz yaşını doldurmamış çocuğun, rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan az fark olması halinde eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna eriştiği kabul edilerek, suçun takibi şikayete bağlı tutulmasına karşın, aynı yaştaki çocuğun rızasıyla cinsel ilişkiye girdiği kişiyle arasında beş yaştan fazla fark olması halinde, eylemin sonuçlarını kavrayacak bir sorumluluk duygusuna erişmediği kabul edilerek, suçun takibi şikayete bağlı tutulmamaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa

Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devletinin de öncelikle eşitlik ve adaleti esas alan bir yapılanmayı öngördüğü kuşkusuzdur. Hukuk devletinin bu temel niteliklerini yaşama geçirmekle yükümlü olan yasa koyucunun, Anayasa'nın ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı, suç ve suçluların özelliklerini de gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunlara verilecek cezanın türünü, miktarını, artırımı 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, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi hususların da dikkate alınması zorunludur.

Ceza hukukunda yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanması da kuşkusuz, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özellikleri gözardı edilerek her yönden aynı kurallara bağlı tutulmalarını gerektirmemektedir. Mağdurun veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanması sonucunu doğurabilir. Ancak, suçun takip şekli veya failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri, kuralla korunmak istenen hukuki yarar bakımından sonuca etkili değilse, bu durumda faillerin farklı durumda oldukları kabul edilerek aralarında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

İtiraz konusu kuralla faillerin, mağdurdan beş yaştan daha büyük olmaları halinde yakınma olup olmadığına bakılmaksızın iki kat fazla ceza ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Böylece, aynı yaştaki mağdurlarla cinsel ilişkide bulunan failler arasında sadece yaş farkına dayanan bir ayırım yapıldığı gibi, faille aralarındaki yaş farkının beşten az olması halinde suçun şikayete bağlı olarak takip edilip edilmemesi hususunda mağdurun iradesi esas alınıp, failin beş yaştan büyük olması durumunda ise, bu irade gözetilmeyerek mağdurlar yönünden de farklılık yaratılmıştır. Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failler arasında sadece yaş farkına dayanılarak yapılan ayırımın, Kural'ın belli yaştaki çocukların cinsel dokunulmazlıklarını koruma amacını gerçekleştirmeye elverişli bulunmadığı ve adalet ilkeleriyle de bağdaşmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Mehmet ERTEN Anayasa'nın 10. maddesi yönünden bu gerekçeye katılmamıştır.

Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı görülerek iptal edilen kuralın, Anayasa'nın 41. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı "Türk Ceza Kanunu"nun 104. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 23.11.2005 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Tülay TUĞCU	Haşim KILIÇ	Sacit ADALI

Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN	Mehmet ERTEN

Üye	Üye	Üye
A. Necmi ÖZLER	Serdar ÖZGÜLDÜR	Şevket APALAK

Üye	Üye
Serruh KALELİ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT

EK GEREKÇE

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırılığının, Anayasa'nın 10. maddesi yönünden incelenmesi;

Yasa koyucunun, ceza siyasetinin gereği olarak Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla suç ve suçluların özelliklerini, cezalandırmada güdülen amacı dikkate alarak, hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunlara verilecek cezanın tür ve miktarı ile artırım ve indirim nedenlerini, uygulanacak oranları ve suçun takibine ilişkin yöntemleri takdir yetkisini kullanarak belirleyebileceği hususunda duraksama bulunmamaktadır.

104. madde ile belli yaş grubu içindeki çocukların cinsel dokunulmazlıkları korunmak istenmektedir. Bunun için de cinsel dokunulmazlığı korunmak istenen çocukla fail arasındaki yaş farkına göre değişik kovuşturma usulü uygulanmakta ve farklı cezalar öngörülmektedir.

Yasa önünde eşitlik ilkesi, aynı suçu işleyen faillerin kimi özellikleri göz ardı edilerek her yönden ayrı kurallara bağlı tutulmalarını gerektirmez. Mağdur veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanması sonucunu gerekli kılabilir. Nitekim, aykırılığı ileri sürülen kuralın da yer aldığı 104. maddede, cinsel dokunulmazlığı korunmak istenen çocukla fail arasındaki yaş farkı esas alınarak değişik kurallar uygulanması, hukuki yarar bakımından bir gereklilik olarak yasa koyucu tarafından öngörülmüştür. Buna göre, kural ile elde edilmek istenen hukuki yarar yaş farkına dayandırılmıştır. Artık, failler ile cinsel dokunulmazlıkları korunmak istenen çocuklar arasında yaş farkına dayanan eşitlik karşılaştırılması yapılamaz ve kural eşitlik ilkesi ile de ilişkilendirilemez.

Ancak; 104. maddenin (1) ve (2) numaralı fıkralarında yer alan kuralların her ikisinin de cinsel dokunulmazlıkların koruması için getirildiği gözetildiğinde, itiraz konusu kuralda suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengenin diğer kurala göre korunamadığı ve bu yönüyle adalet duygularını zedeleyen düzenlemenin demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu açıktır.

Bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olan kuralın, Anayasa'nın ilgisini kurumadığı 10. maddesine de aykırı olduğu yönündeki karar gerekçesine katılmadım.

Üye

Mehmet ERTEN

KARŞIOY YAZISI

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasanın 10. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istenmiştir. Konu, aşağıda, Anayasanın gerek bu maddeleri, gerek diğer maddeleri açısından incelenmiştir.

I. İptali istenen yasa kuralının anlamı ve kapsamı:

Ceza hukukumuzda bir reform gerçekleştirmek amacıyla kabul edilerek yürürlüğe konan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunundan farklı olarak, cinsiyet ayrımına dayanan hükümlere yer vermemiş ve cinsellikle ilgili suçları, yasanın Altıncı Bölümünde “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında, kişi özgürlüklerine saygılı bir yaklaşımla düzenlemiştir. Bölüm başlığından da anlaşılacağı üzere bu bölümde ceza yaptırımına bağlanan eylemler, kadın-erkek ayrımı yapılmaksızın, her şeyden evvel kişinin dokunulmazlığını ihlal eden eylemler olarak görülmüş, zaruri olmadıkça kişinin cinsel özgürlüklerine müdahale edilmezken, bir yandan da, vatandaşlarının tüm özgürlükleri ve

dokunulmazlıkları gibi cinsel özgürlük ve dokunulmazlıklarını da korumayı asli görev bilen hukuk devletinin gereği olarak, bu suçların takibi bazı istisnalar dışında, resen takibe tabi tutulmuştur.

Bu kapsamda T.C.K.'nun 102. maddesinde yeralan cinsel saldırı suçu, aynı maddenin (1) fıkrasındaki eylemden ibaret kaldığı durumlarda verilecek ceza, şikayet üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis olduğu halde, aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında unsurları belirtilen suça verilecek temel ceza, şikayet aranmaksızın, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte, mezkur (2) fıkranın son cümlesinde, “Bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır” kuralı konularak, kısmen aile mahremiyetinin yani özel hayatın gizliliğinin korunması, kısmen de zorla girişilen ve eşlerden birinin cinsel dokunulmazlığını ihlal eden bir suçun varlığına rağmen faille mağdur arasındaki evlilik ilişkisinin devamına bir şans daha verilmesi amaçlanmıştır.

T.C.K.'nun 103. ve 104. maddelerinde ise, çocuklara yönelik cinsel suçlar, diğer bir deyişle çocukların cinsel dokunulmazlığına karşı suçlar düzenlenmiştir. Bilindiği gibi, çağdaş dünya standartları, 18 yaşını doldurmayan herkesi çocuk kabul etmektedir. Ceza Kanunumuzun 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendine göre **“Çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi” anlaşılr.** Bu doğrultuda, “Çocukların cinsel istismarı” başlıklı 103. maddede, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel eylemlerin niteliklerine ve doğurdukları neticelerin ya da faille mağdur arasındaki ilişkilerin derecesine göre, yedi değişik ceza sınırı öngörülmüş olup, bunlar üç yıl hapis ile onbeş yıl hapis arasında değişmektedir. Burada, suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, hükmolunacak hapis cezasının onbeş yıldan az olamayacağı; suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacağı da öngörülmüştür. Dikkat edileceği üzere yeni Ceza Kanunu, onbeş yaşının altındaki çocuklarla girişilecek cinsel eylemi “ilişki” olarak dahi adlandırmamış; bunu tam bir istismar olarak görmüştür.

Onbeş yaşını bitirmiş, ancak onsekiz yaşını bitirmemiş çocuklarla girişilecek cinsel ilişki suçu ise, iptal istemine konu ikinci fıkrayı da içeren 104. maddede düzenlenmiştir. Bu madde, reşit olmayanla cinsel ilişkinin, cebir, tehdit ve hile olmaksızın gerçekleştirilmesini yine suç saymakla birlikte, hem cebir, tehdit ve hilenin yokluğu nedeniyle diğer suçlara oranla daha az ceza öngörmüş, hem de belirli bir şartın yani faille mağdur arasında yaş olarak yakınlığın mevcudiyeti halinde, gerek cezayı daha da azaltmak, gerek suçu şikayete bağlı hale getirmek suretiyle bu yaş grubundaki gençlerin özel hayatına ve cinsel özgürlüklerine daha hoşgörülü bir yaklaşım getirmiştir.

Ceza yasalarında, bilindiği gibi, suç sayılan bir eylem belirlendikten sonra, bu eylemin daha ağır cezayı gerektiren şiddet sebepli halleri ve cezayı azaltan veya takibini, şikayet gibi koşullara bağlayan, tahfif sebepli halleri ayrı fıkra veya bentler halinde düzenlenir. T.C.K.'nun 104. maddesinin anlamını incelerken ilk göz önünde tutulacak husus, bu maddede ceza yaptırımına bağlanan asıl suçun (2) numaralı fıkrada, indirim sebepli halinin ise (1) numaralı fıkrada düzenlenmiş olduğudur.

Maddenin kanun metninde yazılı hali şu şekildedir:

(1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fail mağdurdan beş yaştan daha büyük ise, şikayet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır.

Maddenin daha açık, ancak bütün unsurları ve sonuçları aynı olacak şekilde şöyle yazılması da mümkündür:

(1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, birbuçuk yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Şu kadar ki, fail mağdurdan beş yaştan daha büyük değilse, takibat şikayete bağlı olur ve cezanın üçte ikisi indirilir.

Bu iki yazım tarzı arasında, suçun unsurları ve cezası bakımından hiçbir fark yoktur. Ancak yasadaki yazım şekli, ilk bakışta sanki reşit olmayan kişiyle cinsel ilişkide bulunmak suçu şikayete bağlı ve cezası hafif bir suç imiş; failin beş yaştan büyük olması halinde ise birdenbire cezası ölçüsüz biçimde ağırlaşveren ve resen takibi yapılan bir suç imiş gibi bir izlenim verebilmektedir. İptale ilişkin itirazlar da özellikle bu noktada toplanmıştır. Ancak, maddeyi bu şekilde anlamaya olanak yoktur. Zira, o takdirde, temel suçu sadece 20-23 yaşları arasındaki kişiler (15-18 yaşları arasındaki mağdurla 5 yaş fark) işleyebilecek; her yaştaki diğer kişiler ise suçun ancak ağırlaştırılmış şeklini işleyebilecektir. **Yasa koyucunun sadece 20-23 yaş arasındaki kişiler için bir suç ihdas ettiği, diğer herkes için de bunun ağırlaştırılmış şeklini öngördüğü tarzında bir anlayış, hukuk mantığına aykırıdır.** Bu nedenle, “Reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunun, aslında, T.C.K.’nın 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasında değil, (2) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olduğu açıktır. Yasa metninin farklı bir teknikte yazılmış olması bu gerçeği değiştirmez. **İkinci fıkranın iptali, yasa koyucunun ceza siyasetinin gereği olarak kendi takdiri içinde aşamalı ve oranlı olarak düzenleyip uygun yaptırıma bağladığı eylemlerden birini suç olmaktan çıkartıp, bunun yerine aynı suçun özel nedenlerle öngörülmüş indirim sebepli haline verilebilecek cezanın, asıl suçun yaptırımı haline getirilmesi sonucunu doğurmuştur.** İptal kararı, bu nedenle, Anayasanın 153. maddesinin ikinci fıkrasındaki “Anayasa Mahkemesi, bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez” ilkesi açısından da sorgulanabilir. İptal edilen yasa kuralının karşılığı olan suç eski ceza kanununda “Cebren ırza geçen, küçükleri baştan çıkaran ve iffete taarruz edenler” başlıklı Sekizinci Bap 416. maddede düzenlenmiş ve faile, şikayet aranmaksızın, altı aydan üç seneye kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştü. Yeni ceza kanununda da, mağdurla yaş farkı beş yıldan az olanlar hariç, benzer bir düzenleme yapılmışken, iptal kararı sonucu bu düzenleme tersine çevrilmiş ve yeni bir uygulama yaratılmış olmaktadır.

İptal edilen ceza yasası kuralının herhangi bir yönden Anayasaya aykırı olup olmadığının incelenmesine geçilmeden önce, bu kuralın sosyal hukuk devletindeki işlevinin ne olduğu kadar, kuralın ortadan kaldırılmasının toplumsal, ahlaki ve hukuki sonuçlarının da göz önünde bulundurulması uygun olacaktır.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, reşit olmayan kişiyle cinsel ilişki, sadece mağdurun (veya kanuni temsilcilerinin) rızasına bırakılamayacak bir konudur. Hukuk devleti, vatandaş olan çocuğu, gerektiğinde ana-babasına karşı da koruyan devlettir. Bu nedenle, liberal yaşam

tarzını özümsemiş, ana-babanın çocukları üzerindeki denetiminin asgariye inmiş ve ahlaki konuların cinsellikle değil, kişinin toplumuna karşı, başta yasalara saygı gelmek üzere, hukuki ödevlerinin yerine getirilmesiyle ölçülmesinin temel ahlaki standart haline gelmiş olduğu Batılı çağdaş toplumlarda dahi, reşit olmayanlarla cinsel ilişki suçu kamu adına takip edilerek, çoğu kez ağır yaptırımlara bağlanabilmekte, faillere on yıllara varan cezalar verilebilmektedir. Çağdaş laik ahlaktan henüz nasibini alamamış, kadın-erkek eşitliğinden uzak, kız çocuklarının okutulmadığı, feodal değer ve törelerin geçerli olduğu toplumlarda ise, çağdaş hukuka göre çocuk sayılan kızların, törelere göre gerçekleştirilen ve daha ziyade bir alım-satım niteliği taşıyan evlendirmeler sonucunda, kişiliğini geliştirme, eğitim, bilim ve hatta siyasi haklarını kullanmaktan fiilen mahrum bırakılarak, ikinci sınıf bireyler haline getirilmeleri maalesef bir türlü önü alınamayan bir olgudur. Ekonomik sorunların ağır bastığı, fakirlik, örgütlü suçlar ve kural tanımazlık gibi olumsuzlukların hakim olduğu kimi toplumlarda ise, suç örgütlerinin de devreye girmesiyle, çocuk yaşta pek çok kızların fuhşa sürüklendiklerini, üstelik bu olgunun görüldüğü ülkelere sırf bu amaçla seks turlarının düzenlendiğini, uluslar arası yazılı ve görsel basında kimi zaman izlemekteyiz. Öte yandan, gerek gelişmiş, gerek sosyo-ekonomik bakımdan geri kalmış durumdaki toplumların hepsinde, çocuk yaştaki kişilerin istenmeyen gebelikler sonucu dünyaya getirdikleri ve kendilerinin bakamamaları nedeniyle topluma ve devlete bir sorun olarak devrettikleri çocuklar, bu gibi bilinçsiz cinsel eylemlerin sonucudur.

Toplumumuzun kısmen dahi olsa bu gibi olumsuzluklara maruz kalmaması için, **Anayasamızın 5.maddesinde** sayılan Devletin temel amaç ve görevleri arasındaki “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; **kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için** gerekli şartları hazırlamaya çalışmak” görevini yerine getirirken çocukları, ister töreden, ister ekonomik koşullardan kaynaklansın her türlü istismardan koruması mutlak bir zorunluluktur. Anayasamızın 41. ve 58. maddeleri de bunu doğrulamaktadır.. Bu nedenle, **reşit olmayanlarla cinsel ilişkiye devletçe müdahalenin sadece cebir, tehdit ve hilenin saptanması ya da şikayet yapılması koşullarında mümkün olabilmesi, Devleti, bu görevlerini yerine getirmekte güçlüklerle karşı karşıya bırakır.** Ana-babasının yeterince ilgilenmediği, dahası, kötü niyetli olduğu veya aile geçimsizlikleri nedeniyle evini terk etmiş bir çocuğun şikayet hakkını kullanması ne derece geçerli olabilir' Kaldı ki failin çeşitli yollarla şikayeti geri aldırması ve bu nedenle, T.C.K.'nun 73. maddesi gereğince, faile ceza verilememesi güçlü bir olasılıktır. Bu nedenlerle, Devlet şayet 15-18 yaş grubundaki bu gençleri korumak istiyorsa, ilke olarak suçun takibi şikayete bağlı olmamalıdır. T.C.K.'nun 104. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptali, geriye kalacak (1) fıkranın yukarıda açıklanan amaçların yerine getirilmesi açısından yetersiz kalacak olması nedeniyle, kamu yararına aykırı sonuçlar doğuracaktır.

Hukuk devleti ve sosyal devlet kavramları adına bu genel hususlara zorunlu olarak değinildikten sonra, iptali istenen kurala yapılan, Anayasanın eşitlik ilkesine, aile kurma hakkına, aile hayatının ve özel hayatın gizliliğine aykırılık ya da ölçsüzlük gibi itirazları ayrı ayrı ele almak uygun olacaktır.

II. Eşitlik ilkesine aykırılık iddiası açısından:

Anayasamızın 10. maddesinde yer alan “Kanun önünde eşitlik” ilkesinin anlamı, Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında açıklanmış ve uzun yıllar zarfında aynı şekilde anlaşılarak, tam bir istikrar kazanmıştır. Buna göre eşitlik, kişiler arasında eylemli eşitlik olmayıp, aynı hukuki konumda bulunan kişilerin arasında gözetilmesi gereken eşitliktir. Haklı

nedenlerle ve sınırları açıkça belirlenerek yapılan farklı hukuki düzenlemelere tabi kişilerin farklı hukuki sonuçlarla karşılaşmalarının Anayasaya aykırılığından söz edilemez.

İptal davasına konu edilen T.C.K.'nun 104. maddesi bakımından da **eşitliğin, onsekiz yaşını bitirmemiş çocukla cinsel ilişkiye giren kişilerden, mağdurla arasında beş yaştan az fark bulunan sanıklar arasındaki eşitlik; beş yaştan fazla fark bulunan sanıkların da kendi aralarında eşitlik bulunması dışında anlaşılması mümkün değildir.** Sanıklar, yaşlarına göre farklı hukuki konumlarda bulunmaktadır.

Burada, incelenmesi gereken iki soru bulunmaktadır.

Birincisi, sanıklar, mağdurla aralarındaki yaş farkı ölçütüne göre farklı hukuki konumda mütalaa edilebilir mi'

İkincisi de, yaş kıstası, belli bir yıla (21, 23, 24 vb) olarak değil de, mağdurun yaşına oranlı (5 yaştan küçük) biçimde belirlenebilir mi'

Birinci soruya cevaben, öncelikle, neredeyse tüm ceza hukukunun, sanıkla mağdur arasındaki ilişkinin özelliğini göz önünde tutan düzenlemelerle dolu olduğunu ve ceza adaletinin de esasen başka türlü sağlanamayacağını hatırd tutmak gerekir. Cebir, tehdit ve hile olmadan işlenen bir cinsel suçta, yani mağdurun rızasına dayalı olarak işlenebilen bir suçta, sanıkla mağdur arasındaki yaş yakınlığı, diğer bir deyişle “yaşlılık” bulunması, cezayı azaltıcı ve takibini şikayete bağlı hale getirici haklı bir neden olamaz mı' Aynı şekilde, açıkça mevcut olan yaş büyüklüğü, suçun şikayet koşuluna bağlı olmaksızın takibi ve daha ağır ceza verilmesi için haklı bir neden oluşturmaz mı' Kuşkusuz evet. Zira, hayatın deneyimleri ve psikoloji biliminin verilerinin de tartışılmaz biçimde gösterdiği gibi, **“gençlik” denen bir çağ ve bu çağdaki kişilerin gerek çocuklardan, gerek yetişkinlerden farklı özellikleri vardır. “Genç” ve “gençlik” aynı zamanda hukuki ve Anayasal kavramlar olup,** Anayasamızın “Gençliğin korunması” başlıklı 58. maddesi, **Devletin “gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri”** almasını öngörmüştür. Onbeş yaşlarından itibaren fizyolojik bakımdan yetişkinlerden pek farklı olmasa da gençlerin, yirmili yaşlarının ortalarına kadar, bu konularda tam anlamıyla bilinçli ve sağlıklı seçimler yapamayacakları gerçeğinden hareketle, ceza kanunu, rıza ile cinsel ilişkide yaş esasına dayalı bir farklılaşmaya gitmiştir. Normal şartlarda, onbeş –yirmiiki yaşlar arasındaki gençlerin sosyal çevreleri, beğeni ve istekleri, hayata bakışları benzerlik gösterir; yaş farkı büyüdükçe gençlerle yetişkinler arasında benzerlikler, ortak noktalar azalır. Bu durum, kentsel yaşamda olduğu kadar kırsal kesimlerde de böyledir. Bu nedenle T.C.K.'nun 104. maddesinde, sözü edilen yaşıt gruptaki gençlerin birbirlerini tanıyacakları, duygusal ilişkiler kurabilecekleri, dolayısıyla cinsel ilişki halinde de istence dayalı bir eylemin varlığının karine olarak kabul edilebileceği öngörülmüştür. Bilindiği gibi, **her rıza gösterme, istekli olma değildir.** Rıza, olacak veya gerçekleşmekte olan bir olaya karşı koymamak, gerçekleşmesine onay vermektir. İstek ise, olayın gerçekleşmesini beklemeyi, hatta eylemli olarak kolaylaştırmayı ifade eder. **Yaş farkı açıldıkça,** yasa önünde çocuk sayılan bu gençlerin yetişkinlerle sosyal çevreleri farklılaşır, ortak noktaları azalır. Dolayısıyla, **ilişkide isteklilik karanesi geçerliğini kaybeder.** Kurulan ilişki, toplumca da, daha az hoşgörülle karşılanır. Fail açısından, yaş büyüdükçe, çocuk yaştaki kişiyle ilişki kurması toplum nazarında yakışıksız, hatta açıkça anormal görülür. Her ikisi de öğrenci olan, sözgelimi 16 ve 19 yaşlarında iki gencin arasındaki ilişki ile, birisi 15, diğeri 40 yaşındaki iki kişinin arasındaki ilişki aynı değildir; dolayısıyla faillerin hukuki konumları da aynı olamaz. Zira, bu durumda artık tam bir yetişkin olan, ekonomik ve maddi güç, toplum içindeki konum ve yaşam

deneyimleri bakımından çocuk sayılan kişi ile ortak yanları bulunmayan fail, cinsel partner olarak kendisine daha uygun bir kişiyi seçme imkanına sahiptir. Sonuç olarak, bu kişinin mağdura yaşça yakın olan diğer bir faille arasında eşitlikten bahsedilemez.

Bu noktada, gençlere tanınan bu hoşgörünün neden diğer cinsel suçların (102. maddedeki cinsel saldırı, 105. maddedeki cinsel taciz) faillerine de gösterilmediği sorusu akla gelebilirse de, bunun yanıtı gayet açıktır. Diğer suçlar, mağdurun rızası olmaksızın gerçekleştirilen eylemlerdir; bunların yanlışlığını her yaştaki kişi, mağdurla arasındaki yaş farkı ne olursa olsun, aynı derecede bilebilecek konumdadır.

Cezada ve suçun takip şeklinde ölçütün, failin belli bir yaşta olmasına değil, mağdurun yaşına oranla kaç yaş büyük olduğuna bakılarak belirlenmesinde Anayasaya aykırılık olup olmadığına gelince, bu konuda da öncelikle ölçütün **herkes için geçerli, bilinebilir ve nesnel** olup olmadığına, yani “kanunsuz suç olmaz” kuralına uyup uymadığına bakmak gerekir. Suç, cebir, tehdit ve hile olmadan çocukla cinsel ilişkiye girmektir. Diğer bir deyişle, mağdur ve fail eylem öncesinde birbirini tanımaktadır. Bu durumda, yaşça büyük olan taraf, eylemin sonuçlarını öngörmek ve ilişkiye gireceği kişiyle arasında beş yaştan fazla fark varsa, cezasının ağırlaşacağını göz önüne alarak, eylemden kaçınmak imkanına sahiptir. Bu nedenle, anlaşılabilir ve haklı dayanakları olan “beş yaş” ölçütünde ceza hukukunun temel ilkelerine ve Anayasaya aykırılık bulunmamaktadır.

III. Ailenin korunması ilkesine aykırılık iddiası açısından:

İtiraz yoluyla iptal davası açılırken, iptali istenen kuralın, Anayasanın 41. maddesine aykırılığı savı da ortaya konmuştur. Anayasanın 41. maddesi şöyledir:

“Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.”

Yukarıda belirtilen Anayasa maddesiyle ilgili olarak, T.C.K.'nun 104. maddesinin, küçük yaştaki kişiyle ancak ana-babasının rızasıyla veya mahkeme kararıyla evlenebilecek olan beş yaştan büyük kişinin, “evlenmek amacıyla da olsa evlenmeden önce ilişki kurması halinde suç işlemiş sayılmasının” adil olmadığı; kendisinin ya da ebeveyninin isteği ile “aralarında beş yaştan fazla fark olan kişilerin ilişkiye girmeleri veya evli gibi birlikte yaşamaları halinde suçtan haberdar olan yetkili makamların, şikayet olmasa bile, küçükle ilişkiye giren kişi hakkında kovuşturma yaparak dava açabilmesinin haklı sayılamayacağı” gibi hukukilikten uzak gerekçeler ileri sürülerek, ceza kanununun iptali istenen maddesinin “ailenin huzurunu bozacağı” şeklinde tuhaf bir sonuca varılmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, evlenmeden önce kurulan ilişkinin evlenme amacıyla dahi olsa suç sayılmasının yadırganacak hiçbir yönü olamaz. Böyle bir olayda, evlenmenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği önceden bilinmeyeceği ve gerçekleşmemesi durumunda küçüğün mağduriyeti daha da artacağı gibi, gerçekleşmesi halinde dahi evlenmenin, küçüğün menfaatlerine gerçekten uygun olup olmadığı da tartışılabilir. Anayasamız, herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını (madde 17), eğitim ve öğrenim hakkını (madde 42), bilim ve sanatı öğrenme hakkını (madde 27) ve çalışma hürriyetini (madde 48) güvence altına almıştır. **Acaba, cebir, tehdit ve hileye başvurulmaksızın, ancak aile baskı, telkin ve yönlendirmesiyle veya bir şekilde rızası elde edilerek, kendisinden on-onbeş yaş büyük bir kişiyle medeni nikah dışında birlikte yaşamaya zorlanan bir kız çocuğunun yukarıda sayılan Anayasal hakları ne olmaktadır'**

Anayasamız evliliği, hukuk kuralları içinde ve bilinçli kişilerin serbest istençleriyle gerçekleştirilmiş bir kurum olarak görmekte ve bu niteliğiyle himaye etmektedir. Bu nedenle, iptali istenen kuralın Anayasanın 41. maddesine aykırılığından söz etmek mümkün değildir. Öteyandan, suçun işlenmesinden sonra evlenmenin gerçekleşmesi, buna rağmen daha sonraki bir tarihte kamu davası açılabilmesi de, kuralın Anayasaya aykırılığına gerekçe olamaz. Zira, böyle bir durumda, T.C.K.'nun 61. maddesi gereğince ceza belirlenir ve bireyselleştirilirken, “failin güttüğü amaç ve saik” mahkemece gözönde bulundurulacak ve doğal olarak ceza, aşağı haddten verilecektir. Bu durumda da bir buçuk yıl hapis cezasına hükmolunacaktır. Ayrıca, T.C.K.'nun 62. maddesine göre, failin “fiilden sonraki davranışları” dikkate alınarak cezanın beşte birine kadarı indirilecektir. Bu şekilde üç buçuk aydan fazla bir indirim daha mümkün olmaktadır ki, toplam ceza herhalde iki yılın altında olacağından, T.C.K.'nun 51. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, ertelenebilecektir. Bu itibarla, iptal istemlerine gerekçe yapılan “aradan yıllar geçtikten ve birliktelikten çocuklar dünyaya geldikten sonra bile dava açılabilmesi, kocanın hapislere atılabileceği” gibi abartılı ve dramatik beyanlar her türlü hukuki temelden yoksundur. Kaldı ki, acaba bu evlilik, gerçekten mağdurun yararına olmuş mudur ve belki de ileride, onsekiz yaşını doldurduktan sonra, daha bilinçli bir seçimle yapacağı daha iyi bir evliliğin, ya da meslek ve sanat alanında belki de gerçekleştirebileceği bir başarının yolunun kapatmamış mıdır; tartışılabilir. Dolayısıyla, gerçekleştiği sırada suç olan eylem, faraziyelere ve daha sonraki olayların gelişmesine göre suç olmaktan çıkamaz.

Özetle, iptali istenen kural, Anayasanın 41. maddesinde “Türk toplumunun temeli” olduğu ve “eşler arasında eşitliğe” dayandığı belirtilen aile kurumuna herhangi bir yönden aykırı olmadığı gibi, bilinçsiz, hukuk kuralları dışında gerçekleşen, özgür bir istence ve karara dayandığı kuşkulu olan birtakım ilişkileri, tek veya çok eşli birliktelikleri ve aileye alternatif diğer yaşam tarzlarını caydırıcı niteliğiyle, aslında aile kurumunu destekleyen bir hükümdür.

Tüm bu nedenlerle, 104. maddenin (2) numaralı fıkrasının Anayasanın 41. maddesine aykırılığından söz edilemez.

IV. Mağdurun özel hayatının gizliliği ve özgürlüklerinin korunması açısından:

T.C.K.'nun 104. maddesinin getirdiği “beş yaş” ölçütü nedeniyle suçun takip şeklinin değişmesi, yani beş yaştan büyük sanığın eyleminin, mağdurun şikayetine bakılmaksızın takip edilmesinin, mağdurun özel hayatının gizliliği ve korunması açısından Anayasaya herhangi bir aykırılık doğurup doğurmadığını incelerken, Anayasanın ilgili 20. maddesine bakmakta yarar vardır. Anayasanın 20. maddesine göre:

“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve **aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.**

Milli güvenlik, **kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi**, genel sağlık ve **genel ahlakın korunması** veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. ...”

Anayasanın, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasının koşullarını belirleyen 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu madde ışığında, **suç işlenmesi ve genel ahlakın korunması sebepleriyle, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine istisnalar getirilebileceği tartışmasıdır.**

Bu nedenle, beş yaş kuralına göre farklı hukuki konumda bulunan ve dolayısıyla hakkında farklı şekilde takibat yapılan failin cezalandırılması amacıyla mağdurun şikayeti olmasa bile savcılığa veya mahkemeye çağrılarak beyanının alınması ve diğer yargılama işlemlerine dahil edilmesi, mağdurun özel hayatının gizliliğini ihlal olarak görülemez. Kaldı ki, Ceza Muhakemesi Kanununda, mağdurun özel yaşamına saygı gösterilmesi için başvurulabilecek kurallar da bulunmaktadır. Özel yaşamın gizliliği kuralını başka şekilde anlamak, tüm ceza sistemini alt üst eder; bazı ilkel töreler dolayısıyla, “yeter ki duyulmasın” diye, kanuni yollara başvurmak yerine tecavüz mağduru kendi öz kızlarını öldüren kişilerin zihniyetine haklılık kazandırmak olur.

Tüm bu gerçeklere karşın, yine de “Mağdur (çocuk), ilişkiye gireceği kişiyi seçme hakkına sahiptir. Ancak, seçeceği partnerin beş yaştan büyük olması halinde bunun kanuni sonuçlarının daha ağır olması, bu seçim özgürlüğünü zedelemektedir” diye bir iddia ileri sürülebilir. Bunun yanıtı ise gayet açıktır. Öncelikle, ortada bir suç vardır ve **mağdurun, maruz kalacağı suçun failini seçme hakkı gibi bir garabetten bahsedilemez.** Ayrıca, ortada bir çocuk vardır ve çocuğun bu konudaki kararını geçerli saymaya, hukuk sistemi cevaz veremez. Evlenmek için onsekiz yaşını doldurması gereken, onyediyi yaşında evlenebilmek için ebeveyninin rızasına; önemli sebeplerin mevcudiyeti halinde de, onaltı yaşında evlenebilmek için mahkeme kararına ihtiyacı bulunan, **Medeni Kanuna göre de fiil ehliyeti ve evlenme hakkı olmayan kişinin cinsel partner seçme özgürlüğünden, dolayısıyla, korunması gereken özel hayatın gizliliğinden söz edilemez.**

Sonuç olarak, iptali istenen kuralda, özel hayatın gizliliği ilkesi açısından da Anayasaya aykırılık bulunmamaktadır.

V. Cezada ölçülülük ve hukuk devleti açısından:

Hukuk devleti, Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında tarif edilmiştir. Ceza hukuku bakımından hukuk devleti, çağdaş ceza adaletini gözeten, intikam değil ıslah anlayışıyla ceza veren, gereksiz yere ağır ve eylemle oransız cezalara mevzuatında yer vermeyen, cezaları bireyselleştiren, cezaların yasayla belirlenen alt ve üst sınırları içinde bağımsız yargıya geniş takdir hakkı veren devlettir. Yasalarda öngörülen belli bir yaptırımı beğenmeyen, böyle bir yaptırım bulunması işine gelmeyen herkes, bu yaptırımın Anayasanın hukuk devleti ilkesine aykırı olduğunu ileri sürebilir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi, bir kuralın Anayasaya uygun olup olmadığının denetimini yaparken, hukuk devletine aykırılığı saptaması halinde bunu açık, nesnel ve hukuk sistemi içindeki diğer kurallarla mukayeseli biçimde ortaya koymak durumundadır.

T.C.K.'nun 104. maddesinde iki fıkra halinde düzenlenen kuralların uygulanması sonucu verilebilecek cezaların, failin yaşı ile mağdurun yaşı da dikkate alınarak, altı ay ile altı yıl arasında değişebileceğini yukarıda açıklamıştık. Bu çerçevede, örneğin sadece cinsel bir merak güdüsüyle veya bir duygusallık yaşayarak ilişkiye girebilecek 16 ve 19 yaşlarındaki iki kişiden fail konumunda olana, şikayet halinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilebilecek ve bu da ertelenebilecek ya da bir yılı geçmiyorsa, T.C.K.'nun 50. maddesine göre

seçenek yaptırımlardan birine çevrilebilecekken, örneğin 40-50 yaşlarındaki bir kişinin 15-16 yaşındaki çocuklarla (hatta aynı cinsle) çirkin ve toplumda infial uyandıracak tarzda ilişkiler kurmasının, resen takip edilerek, cezanın üst sınırı olan 6 yıla cezalandırılmasının son derece doğal olacağına kuşku yoktur.

Alt ve üst sınırları ve şiddet-tahfif nedenli halleri göz önüne alındığında, Ceza Kanunundaki pek çok suçların en az ve en çok cezaları, on-onbeş katına kadar farklılık gösterebilmektedir (Örneğin, kasten yaralama bir yıldan onaltı yıla kadar; işkence üç yıldan yirmidört yıla kadar; cinsel saldırı iki yıldan yirmi yıla; çocukların cinsel istismarı üç yıldan yirmi yıla kadar; cinsel taciz üç aydan üç yıla kadar; tehdit altı aydan beş yıla kadar; mala zarar verme dört aydan onsekiz yıla kadar). Acaba bütün bu cezalarda da ölçsüzlük olduğundan söz edilebilir mi?

Reşit olmayanla cinsel ilişkiyi cezalandıran 104. maddenin temel cezasının alt sınırı bir buçuk yıl, indirimli halinin cezasının üst sınırı ise iki yıldır. Diğer bir deyişle, “anlaşılmaz bir nedenle” konduğu iddia edilen beş yaş kuralı uygulandığında ceza birdenbire ölçsüz bir şekilde artmadığı gibi, aksine, suçun her iki halindeki cezalar arasında örtüşme ve uyum bulunmaktadır. **T.C.K.'nun 104. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre verilebilecek cezalar aynı şekilde ertelenebileceği gibi, suçun ikinci fıkraya göre verilecek cezası, yerine göre, birinci fıkraya göre verilen cezadan daha az olabilmektedir. Bu durumda ikinci fıkradaki cezanın ölçsüzlüğünden bahsetmek mümkün olabilir mi?**

Ölçsüzlük bahsinde son olarak şunu da belirtmek gerekir ki, bu suçun mülga Türk Ceza Kanununda karşılığı olan 416. maddeye göre de, cezanın alt ve üst sınırları 6 ay ile 3 yıl arasındır. Takibi ise şikayete bağlı değildir. Uzun yıllar boyunca uygulanan ve içtihatlarla istikrar kazanan eski ceza yasası kuralı bugüne kadar Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Bu kurala, yeni yasa ile haklı nedenlere dayalı, sınırları açık bir biçimde belirtilmiş, gençlere yönelik özel bir indirim getiren, ancak kuralın esaslı unsurlarını koruyan yasa koyucu, yeni yasa ile üst sınırdan bir kat artırımı yapmıştır ki, yasamanın takdir hakkına giren bu artırımın hukuk devletine aykırılığı ileri sürülemez. Dolayısıyla, iptal kararının, Anayasanın 2. maddesine dayandırılması da mümkün değildir.

Sonuç

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırılık içermeyen T.C.K. 104. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptalinin yol açacağı yaptırım boşluğunun, toplumun sosyal dokusunu tahrip edeceğinden, çocuk fuhşunu artıracığından, medeni nikah ve aile kurumuna zarar vereceğinden, gençlerde ve özellikle kız çocuklarında mağduriyete neden olacağından kaygı duymamak mümkün değildir. Yasama organının bu konuyu tekrar ele alarak yeni bir düzenleme yapması temenni olunur.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT