

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2015/26

Karar Sayısı : 2015/100

Karar Tarihi : 12.11.2015

R.G. Tarih-Sayı : 11.12.2015 - 29559

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle değiştirilen 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Onsekiz yaşından küçük sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜ

5237 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 103. maddesi şöyledir:

"(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış 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 davranışlar,

anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(3) Suçun;

a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,

d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca, Zühtü ARSLAN, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA'nın katılımlarıyla 5.3.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Berrak YILMAZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

A- İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralla cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası şeklinde belirlenen yaptırımın alt sınırının 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce sekiz yıl olduğu, yaptırımın alt sınırının sekiz yıldan onaltı yıla çıkarılmasının hukuk devletinde olması gereken 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, düzenlemenin önceki halinde mağdurun ruh sağlığının bozulmaması halinde faile sekiz yıldan başlayan ceza verilirken düzenlemenin yeni halinde mağdurun ruh sağlığının bozulup bozulmadığına bakılmaksızın adeta bozulmuş gibi faile onaltı yıldan az olmamak üzere hapis cezası verildiği, ayrıca yakın yaşta olan mağdurlara karşı yapılan

eylemlere çok farklı cezai müeyyideler bağlanmasının dolaylı olarak eşitsizliğe yol açtığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. İtiraz konusu kuralla, çocuklarda cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı öngörülmektedir.

5. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

6. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun temel ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında o suçun toplumda yarattığı etkinin, suçtan zarar görenin kişiliğinin ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğunun da dikkate alınması gerekir.

7. Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "*Elverişlilik*", başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç için elverişli olmasını, "*gereklilik*" başvuru önlemin ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "*orantılılık*" ise başvuru önlem ve ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılacak istenen amaç arasında da "*ölçülülük ilkesi*" gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

8. 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önce 5237 sayılı Kanun'un 103. maddesinde, çocuklara cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı öngörülmüştür. Maddenin (6) numaralı fıkrasında ise suç sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş ve bu halde onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir. 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle vücuda zorla bir organ veya cisim sokulan çocukların her durumda beden ve ruh sağlığının bozulduğu kabul edilmek suretiyle çocukların cinsel istismarı suçunun cezası, onaltı yıldan az olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmiştir.

9. İtiraz konusu kuralda, kanun koyucu çocuklara cinsel istismar suçunun vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda verilecek ceza yaptırımını öngörmektedir. Kuralın, cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin tüm çocukların cinsel dokunulmazlığı ile beden ve ruh bütünlüğünün korunmasını sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve faillerin bu suçları büyük engellerle karşılaşmadan

işleyebilmelerindeki kolaylık, cinsel istismarın yetişkinlere nazaran daha kolay işlenmesine neden olmakta ve bu suçlar çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakabilmektedir. Bu bağlamda söz konusu suçların işlenmesini önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınması Devletin pozitif yükümlülüklerinden biridir. Zira Anayasa'da olduğu gibi çocukların korunmasına yönelik tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile konuya ilişkin tüm uluslararası metinlerde de çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsü hakkında etkili ve caydırıcı cezalar düzenlenmesi de dâhil olmak üzere devletlerin bu konuda gerekli tedbirleri almalarına özellikle vurgu yapılmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucunun, küçüklerin biyolojik ve psikolojik gelişimlerine ilişkin bilimsel veriler ile toplumda geçerli genel ahlak ve kültürel koşullar gözeterek cinsel istismar suçunun nitelikli halini, suçun unsurlarını, işleniş biçimini ve topluma verdiği zararı dikkate alarak bir yaptırım belirlemesi takdir yetkisi kapsamındadır.

10. Bununla birlikte suç ve suçluyla mücadele ve cezanın ıslah amacı ve ceza hukukunun temel ilkeleri gözetildiğinde, suç tipine göre fiil ile öngörülen yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir denge bulunmalı ve kanun koyucunun belirlediği yaptırım, cezalandırmada güdülen amaçla ölçülü olmalıdır. Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur. Ancak, mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının onaltı 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.

11. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

12. Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu sonuca farklı gerekçeyle katılmıştır.

13. Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamışlardır.

14. Kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

IV- İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

15. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu*

tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez." denilmekte, 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

16. 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle değiştirilen 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu maddelere ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

V- HÜKÜM

26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle değiştirilen 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Zühtü ARSLAN, Engin YILDIRIM, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE, 12.11.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Başkanvekili
Zühtü ARSLAN	Burhan ÜSTÜN	Engin YILDIRIM
Üye	Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye	Üye	Üye
Recep KÖMÜRCÜ	Alparslan ALTAN	Nuri NECİPOĞLU
Üye	Üye	Üye
Hicabi DURSUN	Celal Mümtaz AKINCI	Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle değiştirilen 103. maddesinin "*Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.*" şeklindeki (2) numaralı fıkrasının iptaline karar verilmiştir.

2. İptal gerekçesi şu şekilde ifade edilmiştir: "*Ancak, mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının onaltı 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 sahiptir*" (par.10). Buna göre kural, (a) onaltı yıldan başlayan ağır bir yaptırım içerdiği ve (b) somut olayın özelliklerini dikkate alarak cezalandırmaya imkan vermediği için ölçülü bulunmayarak iptal edilmiştir.

3. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Mahkememiz çoğunluğu aynı gün verdiği E.2015/43, K. 2015/101 sayılı kararla, 5237 sayılı Kanun'un 103. maddesinin 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesinde yürürlükte bulunan (2) numaralı fıkrasının iptali talebini reddetmiştir. İptal talebi reddedilen kural "*Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*" şeklindedir. Red kararının gerekçeleri, 103. maddenin değişik (2) numaralı fıkrası için de aynen geçerlidir.

4. İptal edilen kuralın, iptal talebi reddedilen kuraldan en önemli farkı, cezanın alt sınırının sekiz yıldan onaltı yıla çıkarılmasıdır. 6545 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde belirtildiği üzere, Kanun'un dokuz yıllık uygulaması dikkate alınmak suretiyle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar yeniden düzenlenmiş ve bu suçlar için öngörülen cezalar önemli ölçüde artırılmıştır.

5. Diğer yandan, değişiklik öncesinde 103. maddenin (6) numaralı fıkrasında "*Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.*" denilmekteydi. Değişiklik sonrasında (6) numaralı fıkra yürürlükten kaldırılmış, suçun nitelikli halinin alt sınırı onaltı yıl olarak düzenlenmiştir. Önceki ve yeni düzenlemede cezanın üst sınırı belirtilmemekle birlikte, 5237 sayılı Kanun'un 49. maddesi gereğince üst sınırın yirmi yıl olduğu açıktır. Kanun koyucu, "*bu suç mağdurlarının defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olmaktadır*" gerekçesiyle ve "*bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu*" kabulünden hareketle, (6) numaralı fıkrayı kaldırarak, (2) numaralı fıkra düzenlenen cezanın artırılması yoluna gitmiştir. 103. maddedeki bu değişiklikle, kanun koyucuya göre, "*şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması ve çocukların cinsel istismarı suçuyla daha etkin mücadele edilebilmesi amaçlanmaktadır.*"

6. Ayrıca belirtmek gerekir ki, söz konusu (6) numaralı fıkranın iptali yönündeki talebi Mahkememiz, ceza siyasetinde kanun koyucunun takdir yetkisine vurgu yapmak suretiyle reddetmiştir. Mahkemeye göre "*yasakoyucunun cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığında meydana gelebilecek neticeyi dikkate alarak tercihini bu yönde kullandığı ve buna göre bir cezalandırma sistemini benimsediği anlaşılmaktadır. Yasakoyucunun cinsel istismar suçunda korunan hukuksal menfaatin öncelikle mağdurun cinsel özgürlüğü ve doğal olarak cinsel istismar sonucunda etkilenecek olan fiziksel ve ruhsal bütünlüğü olduğunu kabul ederek bu suça "Kişilere karşı suçlar" bölümünde yer verdiği görülmektedir... Yasakoyucunun takdir yetkisine dayanarak ve mağdurda meydana gelen neticeyi dikkate alarak yaptığı itiraz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü yoktur.*" (E. 2007/96, K.2009/34, K.T: 26.2.2009, RG: 05.06.2009-27249).

7. Ceza hukukunda fiil ile yaptırım arasındaki orantı değerlendirilirken yaptırımın amacı göz ardı edilemez. Çoğunluk kararında da belirtildiği üzere, "*Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanmasının çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğunda şüphe yoktur.*" Bu amacın hangi ağırlıkta bir cezayla gerçekleştirileceğinin, ceza siyasetini tayin yetkisi ve sorumluluğuna sahip olan kanun koyucunun takdirinde olduğu bilinmektedir. Anayasa Mahkemesinin, açıkça Anayasa'ya aykırılık teşkil etmedikçe, kanun koyucunun geniş takdir yetkisi içerisinde belirlediği söz konusu yaptırımın "ağırlığına" müdahale etmesi, anayasa yargısının gerektirdiği denetim anlayışıyla bağdaşmaz. Zira, bu durumda anayasallık, dolayısıyla hukukilik denetiminin ötesine geçerek yerindelik denetimine yönelme tehlikesi ortaya çıkabilecektir. Kaldı ki, mağdur çocuğun beden ve ruh sağlığını bozan cinsel istismar suçunun alt sınırının onbeş yıldan, söz konusu fiillerin her halükarda mağdurun beden ve ruh sağlığını bozacağı kabulünden hareketle onaltı yıla çıkarılması sebebiyle, Anayasa'ya uygun bulunan önceki kuralla iptal edilen kuralın öngördüğü cezalar arasında fazla bir farkın olduğu söylenemez. Bu itibarla, kuralda ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayan, dolayısıyla Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

8. Öte yandan Mahkeme çoğunluğu, "*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*" imkânını ortadan kaldırdığı, bunun sonucu olarak da öngörülen cezanın "*ulaşılacak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde*" olmadığı görüşündedir. Öncelikle, ceza hükümlerinin uygulamada ortaya çıkabilecek her somut olayın özelliğini dikkate alarak her bir somut olay için farklı cezalar öngörmesi mümkün değildir. Bunun yerine her somut olayda dikkate alınacak hususlara genel hükümler olarak yer verilmektedir. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 61. maddesine göre hâkim, her somut olayda suçun işleniş şeklini, kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve saiki dikkate alarak, cezanın kanunda öngörülen alt ve üst sınırları arasında temel cezayı belirler. Ayrıca, 62. madde takdiri indirim nedenlerine yer vermek suretiyle, bu nedenlerin varlığı halinde cezalarda belli oranlarda indirimin yapılabileceğini öngörmektedir.

9. Çoğunluk, mağdurun yaşı, failin yaşı ve fiilden sonra evlilik olmak üzere kuralın dikkate alması gerekirken almadığı üç somut olayı saymış, bununla yetinmeyerek "gibi" kelimesiyle bu somut olayların örnekleme yöntemiyle belirlendiğini ifade etmiş ve başka ihtimallerin de göz önünde bulundurulması suretiyle bunlar için farklı cezalar öngörülmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Belirtmek gerekir ki, kanun koyucu tüm bu somut olayların farkında olarak ve bunlar bakımından farklı bir ceza öngörmeyerek düzenleme yapmıştır. Kuralda bu somut olayları dikkate alarak hâkimin cezayı alt sınır (onaltı yıl) ile üst sınır (yirmi yıl) arasında bir tercihte bulunarak kişiselleştirmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır.

10. Kanun koyucunun mağdurun yaşı konusundaki tercihi onbeş yaş altıdır. Burada kademelendirmeye gidilmeyerek onbeş yaşını doldurmamış çocukların mağduru oldukları fiillerin cezasının en az onaltı yıl hapis olarak öngörülmesinde Anayasa'ya aykırılık yoktur.

11. Diğer yandan, failin küçük olması durumunda Türk Ceza Kanunu'nun "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" başlıklı bölümünde yer alan 31. maddesi, failin yaş küçüklüğünü düzenlemekte ve onsekiz yaş altı küçüklerin işledikleri suçların cezalarında önemli oranlarda indirim öngörmektedir. Buna göre, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış çocukların cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması halinde de ceza sorumluluğu yoktur. İşlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı halinde, bu kişiler (12-15 yaş grubu) hakkında verilen hapis cezaları yarısı oranında indirilir ve her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz. Fiilin işlendiği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında verilen hapis cezaları üçte bir oranında indirilir ve her fiil için verilecek ceza oniki yılı geçemez.

12. Yaşı küçük failler bakımından bu genel indirim hükümleri dışında, cinsel istismar suçu için mutlaka özel bir ceza indirimi uygulanmasını gerektiren bir anayasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu husus, tamamen kanun koyucunun takdir yetkisi dahilindedir. Kaldı ki, Anayasa Mahkemesi, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan failin mağdurdan beş yaştan daha büyük olması halinde şikayet şartı aranmaksızın cezanın iki kat artacağı yönündeki 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (2) numaralı fıkrasını iptal etmiştir. Mahkeme iptal kararını şu şekilde

gerekçelendirmiştir: "Mağdurun veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanması sonucunu doğurabilir. Ancak, suçun takip şekli veya failin cezalandırılmasında esas alınan özellikler, kuralla korunmak istenen hukuki yarar bakımından sonuca etkili değilse, bu durumda faillerin farklı durumda oldukları kabul edilerek aralarında ayırım yapılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur...Aynı yaşta olup, aynı eylemin tarafı olan mağdurlar arasında yapılan bu ayırım ile aynı yaştaki kişilere karşı aynı eylemi gerçekleştiren failer 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" (E. 2005/103, K. 2005/89, K.T: 23.11.2005, RG: 25.02.2006 - 26091).

13. İptal kararının gerekçesinde yer alan ve "fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmi evliliğe dönüşmesi" şeklinde ifade edilen durumun daha düşük ceza veya cezasızlık nedeni olması gerektiğine dair de bir anayasal zorunluluk bulunmamaktadır. Kuralda bu durumun ceza indirimi veya cezasızlık sebebi olarak görülmemesi, bir unutkanlığın değil bilinçli bir tercihin sonucudur. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 423. maddesinde "Her kim onbeş yaşını dolduran bir kızı alacağım diye kandırıp kızlığını bozarsa altı aydan iki seneye kadar hapsolunur." şeklinde bir hüküm mevcuttu. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise şöyleydi: "Evlenme vukuu halinde dava ve ceza tecil olunur. Şu kadarki beş sene içinde koca aleyhine boşanmaya hükmolunursa hukuku amme davası avdet eder ve evvelce ceza hükmolunmuşsa çektirilir."

Kanun koyucu, yeni ceza kanununu yaparken bu suç yönünden evlenmeye bağlı ceza tecilini öngörmemiştir. Bunda mağdurun "tecavüzcüsüyle evlenmeye zorlanması" şeklinde ifade edilen yaygın eleştirinin etkili olduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun bu bilinçli tercihinin dikkate almadan, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı, vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismarı cezalandırmaya yönelik kuralın failin daha sonra mağdurla evlenmesini dikkate almamasını Anayasa'ya aykırılık sebebi olarak gören çoğunluk görüşü, yukarıda ifade edildiği gibi, yerindelik bakımından bir tercihi yansıtmakta olup, anayasallık denetimi bakımından isabetli değildir.

14. Kuralın amaçlarından birinin de önemli bir toplumsal sorun olan çocuk yaşta evliliklerin önlenmesi olduğu bilinmektedir. Fiili birlikteliğin evliliğe dönüşmesi durumunda cezanın azaltılması veya ertelenmesinin bu amaçla bağdaştırılması kolay değildir. Kanun koyucu, fiilden sonraki gelişmeleri dikkate almadan fiilin işlendiği sırada çocuk mağdurları cinsel istismara karşı korumak istemiş, bu nedenle de cezanın alt sınırını onaltı yıl olarak belirlemiştir. Bunun da gözetilen amaç karşısında ölçsüz olmadığı anlaşılmaktadır.

15. Sonuç olarak, Anayasa'nın 41. maddesi çocukların her türlü istismara ve şiddete karşı etkili bir şekilde korunması bakımından Devlete çok önemli yükümlülükler yüklemektedir. Kanun koyucu bu yükümlülüğün gereği olarak, yaşanan tecrübeleri de dikkate almak suretiyle iptal edilen kuralı getirmiştir. Kuralla öngörülen asgari onaltı yıllık cezanın ölçsüz olduğunu söylemek, söz konusu suçla mücadelede hangi miktarda cezanın ölçülü olacağı konusuna müdahale etmek anlamına gelir. Bu konuda karar verme yetkisi, Anayasa'ya aykırı davranmamak kaydıyla, ceza siyaseti dahil izlenen tüm politikalardan dolayı halka hesap verme konumunda olan kanun koyucuya aittir. İptal edilen kuralda, kanun koyucuya ait takdir yetkisinin aşıldığı ve izlenen amaçla orantılı olmayan bir cezanın öngörüldüğü söylenemez.

Açıklanan gerekçelerle, çoğunluğun iptal yönündeki kararına katılmıyoruz.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Zühtü ARSLAN	Engin YILDIRIM	Recep KÖMÜRCÜ
Üye	Üye	Üye
Alparslan ALTAN	Hicabi DURSUN	Erdal TERCAN
Üye	Üye	
M. Emin KUZ	Rıdvan GÜLEÇ	

FARKLI GEREKÇE

Genel Açıklamalar:

1. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle değiştirilen 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, "*Çocukların cinsel istismarı*" suçunun nitelikli hali düzenlenmiş ve "*Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur*" kuralı getirilmiştir. Kuralın iptaline aşağıdaki gerekçelerle sınırlı olarak katılmaktayım:

2. Maddenin (1) numaralı fıkrasında çocuklara yönelik cinsel istismar suçunun basit hali ve temel cezası sekiz yıl hapis olarak tespit edilmiş; ayrıca, fıkranın (a) ve (b) bentlerinde suçun mağduru olan çocuğun yaşına ve fiilde iradeyi etkileyen bir durum bulunup bulunmadığına göre ayrıma gidilmiştir.

Buna göre, cinsel istismar deyiminden,

-onbeş yaşını tamamlamamış,

-onbeş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını

algılama yeteneği gelişmemiş

olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış anlaşılabacaktır.

Diğer (onbeş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği mevcut olan) çocuklara karşı ise sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar anlaşılabacaktır.

3. Kanundaki bu düzenlemelere göre TCK'nun 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki suç bir çocuk tarafından işlendiğinde, iki farklı durum ortaya çıkabilmektedir:

Birinci ihtimal, mağdur kız çocuk ile sanık erkek çocuğun her ikisinin de onbeş yaşından küçük olmaları ve cinsel ilişkinin rızaen gerçekleşmesi (cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir halin bulunmaması) halidir. Bu halde, erkek çocuk da suçun hem faili hem de aynı zamanda mağdurdur. Çünkü suç, ancak iki kişinin birlikte cinsellik yaşamaları halinde gerçekleşebilen bir suçtur. TCK'daki diğer suçlardan farklı olarak, iki taraf da suçun hem faili hem de mağdurdurlar. Çünkü bu durumda erkek çocuk da cinsel olarak istismar edilmiştir.

Aile baskısıyla bu yaşlardaki çocukların evlendirme adı altında cinsel birlikteliğe zorlanmalarında manevi cebir halinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu durumda, erkek çocuğun da kız çocuğu kadar suçun mağduru olduğu söylenebilir. Ne var ki, suçun maddi unsurunu oluşturan tam bir cinsel birleşme gerçekleşmişse, (2) numaralı fıkranın uygulanmasıyla, erkek çocuğun suçu, iki kat ağırlaştırılmaktadır.

İkinci olasılıkta, kız çocuğun onbeş yaşından küçük, erkek çocuğun ise onbeş yaşını doldurmuş olması düşünülebilir. Bu durumda iki tarafın rızası ile gerçekleşecek cinsel ilişkide kız çocuğun da suçun faili olduğundan söz edilemeyecek, ancak erkek çocuğun alacağı ceza, (2) numaralı fıkranın uygulanmasıyla, onaltı yıldan aşağı olmamak kaydıyla hapis olacaktır.

İtiraz yoluyla kuralın iptalini isteyen Mahkemenin elindeki olay:

4. İtiraz yoluyla (somut norm denetimi) Anayasa Mahkemesine başvuran Sivas 2. Ağır Ceza Mahkemesinin bakmakta olduğu davada, suç tarihinde 18 yaşını bitirmemiş olan sanık (Suça Sürüklenen Çocuk-SSÇ) ile 15 yaşını bitirmemiş olan mağdur arasında arkadaşlık ilişkisi bulunduğu, FACEBOOK üzerinden ve telefonla görüştükleri, sanığın mağduru cinsel ilişkiye zorlamadığı, cebir ve hile bulunmadığı, dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Suçun sübutu üzerine verilecek olan ve alt sınırı 16 yıldan başlayan cezadan ancak TCK'nun genel hükümlerine göre, yaş küçüklüğü indirimi yapılabilecek ve sanık çocuğa verilecek ceza TCK Madde 31 (3) numaralı fıkra gereğince üçte bir oranında indirilerek, neticede 10 yıldan az olmayacaktır.

Öngörülen Cezanın Anayasa'ya Aykırılığı:

5. Suç tarihinde 18 yaşının altında olması nedeniyle kanunen çocuk sayılan failin, hükmün muhtemel kesinleşme tarihine göre, tüm kanuni indirimler yapılsa bile çekmesi gerekecek yaklaşık 10 yıllık hapis cezası, kişinin ergenlikten gençliğe ve hatta gençlikten yetişkinliğe geçtiği tüm yıllarını kapsayacaktır. O yaştaki bir çocuğun alacağı bu miktarda bir ceza, çocuğun bir daha topluma uyum sağlama imkânını ortadan kaldıracak niteliktedir. Çocuk, yüksek tahsil yapmak imkânından mahrum kalacak, meslek sahibi olamayacak, ileride iyi bir iş bulamayacak ve belki iyi bir aile de kuramayacaktır.

6. Türkiye'nin taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre 18 yaşından küçüklerin çocuk sayılacağı tartışmasızdır. Anayasa'nın 41. maddesinde Devlete, çocukların korunması pozitif bir yükümlülük olarak öngörülmüştür. Diğer yandan, suç olgusuyla mücadele etmekle de görevli olan Devletin, çocukların işlediği suçlarda ne oranda indirim öngörülebileceği, hangi tedbirlere hükmolunacağı konusunda takdir yetkisi bulunduğu da açıktır.

7. Burada önemli olan, suça sürüklenen çocuğun cinsel bir suç işlemesi halinde sadece genel yaş küçüklüğü indirimlerinden mi yararlanacağı, yoksa bulunduğu yaştan özelliği dolayısıyla cinsel suçlarda, bunlar için farklı kurallar öngörülüp öngörülemeyeceğidir.

8. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre suç ve cezanın belirlenmesinde yasa koyucu, eylemin ağırlığını, toplumda yarattığı infial derecesini ve eylemin toplumsal barış üzerindeki etkilerini gözeterek, benimsediği ceza siyasetinin gereği olan suç ve cezaları serbestçe takdir ederek yasa kuralları koyma yetkisine sahiptir.

9. Cinsel suçlara karşı ve özellikle çocuklara karşı işlenen cinsel suçların toplumda yol açtığı infiali göz önünde bulunduran yasa koyucu, 103. maddenin (2) fıkrasındaki cezayı benimsemiştir. Bunun Anayasaya aykırılığını öne sürmek dayanaksızdır. Aynı şekilde, çeşitli suçlarda çocukların kullanılması, suça sürüklenen çocuklar tarafından işlenen adam öldürme, yaralama, yağma, hırsızlık, uyuşturucu ticareti hatta terör eylemleri gibi suçlarda çocuklar lehine yapılacak çok büyük ceza indirimlerinin de suçla mücadeleye ve toplumsal barışa zarar vereceği gibi, cezanın etkinliğinin ortadan kalkması nedeniyle, amaçlananın tam aksine, çocuk suçlu adedinin çoğalmasına da yol açılabilecektir. Bu nedenle, yasa koyucunun takdirine Anayasa yargısı tarafından ilke olarak müdahale edilmemelidir.

10. Not edilmesi gereken bir diğer husus da, Anayasa Mahkemesinin eşitlik tanımıdır. Buna göre, konum ve durumlarındaki farklılıklar nedeniyle kişilerin farklı kurallara tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Aksine, konum ve durumlarındaki özellikler gözetilmeden herkesin aynı kurallara tabi tutulması, eşitliği zedeleyebilir.

11. Bu esaslar çerçevesinde cinsel bir suç olan iptali istenen kurala, *"suça sürüklenen çocuklar"* yani onbeş yaşını doldurmuş, onsekiz yaşını doldurmamış çocuk yönünden bakıldığında şu tespitler yapılabilir:

Hayatın olağan deneyimlerinin ve her türlü bilimsel verinin ortaya koyduğu gibi, ergenlikten yetişkinliğe geçiş yaşlarında çocuklarda cinsellik aşırı derecede önem kazanmakta, bu alanda deneyimler yaşamak için yoğun bir biyolojik ve psikolojik ortam, çocuğa egemen olmaktadır. Buna karşılık, çocuğun iradesi, cinsellik söz konusu olduğunda, özellikle cebir, şiddet söz konusu olmaksızın ve mağdurun birlikteliği ile gerçekleşen suçta, eylemden kaçınmak için yeterince gelişmemiştir. Bu nedenle bu yaşlardaki çocuklar, toplumsal hayatın etik ve kültürel değerlerine veya suç ve ceza kavramlarına karşı, diğer alanlardakine oranla cinsellik alanında daha zayıf bir durumdadırlar. Bu yaşlardaki gençler karşılıklı rıza ile cinsel bir deneyim yaşamak isteyebilirler. Kaldı ki iptal istemine konu suç, çocuk fail yönünden ancak mağdur ile birlikte işlenebilecek olduğundan, aynı yaştaki bir çocuğun iradi olarak tek başına işleyebileceği öldürme, yaralama, yağma, uyuşturucu satma gibi suçlardan farklıdır. **Farklı özellikleri olan bir suça tüm diğer suçlarla aynı ceza indiriminin öngörülmesi, bir farklılaşmaya gidilmemesi, ölçülülüğün unutulması, her şeyden önce hakkaniyetle bağdaşmaz. Bu suç yönünden, yasa koyucu, sadece çocuklar için genel bir ceza indirimini ceza kanununa koymak suretiyle adaleti sağlamış sayılamaz. Rıza ile iki çocuk arasında**

gerçekleşen cinsel deneyimin, yaralama sonucu ölüme sebebiyetten, nitelikli hırsızlık ve yağmadan, uyuşturucu ticaretinden hatta terör eylemlerine katılmaktan daha ağır bir şekilde cezalandırılmasının çağdaş bir toplumda mantığa ve vicdana sığdırılması güçtür. Bu nedenle kural, yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında değerlendirilemez.

12. Bu nedenle yasa koyucunun, failin yaşını, biyolojik ve psikolojik gerçeklikleri gözetmeksizin, fail-mağdur arasındaki yaş farkının azlığını öngören bir yasal düzenleme yapmaması, olayda olduğu gibi aşırı ve ölçüsüz sonuçlara yol açabilmektedir. Kaldı ki sonucun, yasa koyucunun asıl amacı olduğu anlaşılan küçük yaştaki evlilikleri önlemek amacıyla da bir ilişkisi yoktur. Temel amacı yetişkinlerin çocukları cinsel yönden istismar etmesini önlemek olan ağır bir ceza yaptırımını, suça sürüklenen çocuğun biyolojik, psikolojik özelliklerini ve fiilin kendine özgü niteliğini gözetmeden, her yaştaki failer yönünden aynı düzenlemelere tabi tutan kural, bu nedenlerle Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine ve hukuk devletinin gereği olan ölçülülük gereklerine aykırıdır. Bu konuda yasa koyucunun takdir alanına ilişkin genel kuraldan ayrılarak, **suça sürüklenen çocuk yönünden** Anayasanın hukuk devleti ilkesine aykırı olan, cezaların ıslah edici olması gereğine dair evrensel ilkelere de ters düşen **kuralın iptaline** karar verilmesi gerekmektedir.

13. Failin yaşının, Genel Hükümler (TCK Madde 31) dışında, eyleme öngörülen cezada göz önünde bulundurulması esasen çağdaş ceza hukukunun bir gereğidir. Bu konuda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptaline ilişkin olan ve Resmi Gazete'nin 25.02.2006 tarihli, 26091 sayılı nüshasında yayımlanan **Esas:2005/103, Karar: 2005/89** sayılı Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin karşıoy gerekçemizde yer alan görüşlerin bugün de aynen geçerli olduğu kanaatindeyim.

Bahse konu karar, 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 Mahkemelerin başvuruları üzerine verilmiştir. Başvuran Mahkemeler gerekçelerinde, itiraz konusu madde ile failin mağdurdan beş yaştan daha büyük olmasının cezayı artırım nedeni kabul edilerek şikayet koşulu aranmayacağıının öngörülmesinin, aynı suçu işleyen kişiler arasında farklı ceza uygulanmasına yol açtığını, yasa önünde eşitlik ilkesinin amacının, hukuksal durumları aynı olanların yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını önlemek olduğunu, suçun mağdurunun irade serbestisine sahip olup olmadığının tespiti için yaş unsurunun büyük önem taşıdığını, özellikle çocuğun her türlü cinsel sömürüye ve cinsel suiistimale karşı korunmasına yönelik düşüncenin hayata geçirilmesi için mağdurun yaşının esas alınmasının toplumsal, bilimsel, ahlaki ve hukuki bir gereksinimden kaynaklandığını, onsekiz yaşından büyük sanığın yaşının, suçun cezasının miktarını ve kovuşturulma şartlarını belirlemede hangi haklı gerekçeye dayandırıldığının anlaşılamadığını, aynı suçu işleyen failerin mağdur ile aralarındaki yaş farkından ötürü farklı cezalar almalarını düzenleyen kuralın eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığını, Anayasa'nın 41. maddesinde, aile toplumun temeli kabul edilerek aile bireylerinden ana ve çocuğun korunması ve ailenin huzurunun sağlanması ile devletin yükümlü tutulduğunu, Medeni Kanun'un 124. maddesine göre, onyediyi yaşını dolduran erkek ve kadının yasal temsilcilerinin izni ile onaltı yaşını dolduran kişilerin ise hakim kararıyla evlenmelerinin olanaklı kılındığını, onbeş yaşını tamamlamış olan bir kadınla aralarında beş yaştan fazla fark olan bir erkeğin rızayla ilişkide bulunmaları, hatta çocuklarının olması halinde, sanığın mağdur taraf şikayet etmese de itiraz konusu hüküm nedeniyle cezalandırılacağını, böylece, Medeni Kanun yönünden sakıncası olmayan bir birlikteliğin, Ceza Yasası ile soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olmayan bir suç kabul edilmesinin, eşin cezaevine girmesine, anne ve çocuğun

korunmadan yoksun kalmasına ve belki de ailenin parçalanmasına yol açacağını belirterek kuralın, Anayasa'nın 41. maddesine de aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

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

"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, şikâyet koşulu aranmaksızın, cezası iki kat artırılır."

Konunun bütünlük içinde anlaşılabilmesi bakımından Anayasa Mahkemesi kararının ilgili bölümleri aşağıda aynen nakledilmiştir:

" .

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 Kısımın 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 bulunmaktadır.

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.

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 failler 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 ilgisi 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 gözетerek 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, 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 özellikler, 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.

."

Karara ilişkin Karşıoy Gerekçemiz ise şu şekilde olmuştur:

."

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, Anayasanın 10. ve 41. maddelerine aykırılığı saviyla 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 ayırımına 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.'nın 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 eşi karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır" kuralı konularak, kısmen aile mahremiyetinin yani özel hayatın gizliliğinin korunması, kısmen de zorla girilen 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.'nın 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 doğurdıkları 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.'nın 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 ölçüstüz 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 teknikle 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, vatandaşı 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 aldirtması 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 ölçüsüzlük 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 **daeşitliğin, 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 yılla (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 "yaşitlik" 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 "gençlerialkol 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 -yirmiki 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 yaşit 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 karinesigeçerliğini 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, sözelimi 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 diğeri bir faille arasında eşitlikten bahsedilemez.**

Bu noktada, gençlere tanınan bu hoşgörünün neden diğeri cinsel suçların (102. maddedeki cinsel saldırı, 105. maddedeki cinsel taciz) faillerine de gösterilmediği sorusu akla gelebilirse de, bunun yanıtı gayet açıktır. Diğeri 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 ağırlaşaacağını 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 bilinemeyeceği 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 (madde42), 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. Öte yandan, 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 kadar 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

açılabilceğı, kocanın hapslere atılabıleceğı" gıbi abartılı ve dramatik beyanlar her türlü hukuki temelden yoksundur. Kaldı ki, acaba bu evlilik, gerçekten mağdurun yararına olmuştur 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 gerçekleştirebileceğı bir başarının yolunun kapatmamış mıdır; tartışılabilir. Dolayısıyla, gerçekleşdiği 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 gizliliğı ve özgürlüklerinin korunması açısından:

T.C.K.'nın 104. maddesinin getirdiğı "beş yaş" ölçütü nedeniyle suçun takip şeklinin değişmesi, yani beş yaştan büyük sanığın eyleminin, mağdurun şikayetine bakılmaksızın takip edilmesinin, mağdurun özel hayatının gizliliğı 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 sınırlandırılmasının koşullarını belirleyen 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu madde ışığında, suç işlenmesi ve genel ahlakın korunması sebepleriyle, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine istisnalar getirilebileceğı 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 gizliliğı 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 **vemağdurun, maruz kalacağı suçun failini seçme hakkı gibi bir garabettenbahsedilemez.** 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.'nın 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 duygusalılık 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.'nın 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 ölçüsüzlük 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.'nın 104. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre verilebilecek cezalar aynı şekilde telenebileceği gibi, suçun ikinci fıkraya göre verilecek cezası, yerine göre, birinci fıkraya göre verilen cezadan daha az olabilmektedir. Bu durumda ikinci fıkradaki cezanın ölçsüzlğünden bahsetmek mümkün olabilir mi'

Ölçölülük 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 sınırda bir kat artırım 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."

14. Yukarıda aktarılan görüşümüz çerçevesinde, çocukların cinsel istismarını önlemek amacıyla yasa koyucu tarafından öngörülen cezalarda failin mağdur çocukla arasındaki yaş farkının öngörülecek düzenlemelerde gözetilmesi, bu yaş farkı ne kadar büyükse istismar da o kadar ağır olacağından, mağdura göre çok daha yaşlı olan kişilere daha ağır cezalar verilmesinin hem yerinde hem de Anayasaya uygun olacağı, buna karşılık failin hem mağdurla arasındaki yaş farkının az olmasının hem de kendisinin de çocuk olmasının daha az cezayı gerektiren bir hal olarak düzenlenmesi gerektiği; bu gereklere özen gösterilmeden yapılacak yasal düzenlemelerin gayrı adil ve hakkaniyete aykırı olacağı yolundaki görüşümüz o günkü karşı oyumuza da bugünkü karara katılışımıza da hâkim olan temel düşüncedir.

Sınırlama Sorununa İlişkin Karşı Görüşüm:

15. Özetle, sonuç karara 18 yaşın altındaki failer yani Suça Sürüklenen Çocuklar yönünden katılmaktayım. Kanaatimce, iptali istenen kuralın Anayasa'ya uygunluk denetimi, başvuran Mahkemenin elindeki olayla sınırlı olarak suça sürüklenen çocuk yönünden yapılmalı ve buna göre, sınırlı bir iptal kararı verilmeliydi.

16. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında, itiraz yoluyla bir mahkeme tarafından Anayasa Mahkemesi önüne getirilen bir kuralın Anayasa'ya aykırılık incelemesinin sadece Anayasaya aykırılığa neden olay durum veya kişi yönünden incelenerek karara bağlandığına ilişkin çeşitli emsaller bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak, aşağıdaki kararlar zikredilebilir:

Esas: 2013/88, Karar:2014/101 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi, Ankara 7. İdare Mahkemesi tarafından itiraz yoluyla iptali istenen 2802 sayılı Kanun'un 5336 sayılı Kanun'un

1. maddesi ile değişik 102 maddesinin (a) bendinde geçen "*Kıstas aylık: En yüksek Devlet memuruna mali haklar kapsamında fiilen yapılmakta olan her türlü ödemeler toplamının brüt tutarını*" ibaresini "Başbakanlık Müsteşarı" yönünden incelemiş ve Anayasa'ya aykırı bularak, "*Başbakanlık Müsteşarı yönünden*" iptal etmiştir.

Esas:1997/51, Karar:1998/8 sayılı kararında da Anayasa Mahkemesi, Antalya Vergi Mahkemesince iptali istenen 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na 4108 sayılı Yasa ile eklenen Mükerrer 111. maddenin üçüncü fıkrasındaki "*mahsup edilemeyen vergiler ise red ve iade edilemez*" kuralını şu gerekçeyle sınırlamıştır:

"Bakılmakta olan davada davacı, kurumlar vergisi yükümlüsüdür. Bu nedenle Mükerrer Madde 111'in üçüncü fıkrasının son tümcesindeki ". mahsup edilemeyen vergiler ise red ve iade edilmez" kuralına ilişkin esas incelemenin "kurumlar vergisi mükellefleri" yönünden yapılmasına . karar verilmiştir"

17. Bu emsallerden de görüleceği gibi, iptali istenen kuralın kapsamı içerisinde kalan kişiler ve durumlar, Anayasa'ya aykırılığa neden olan somut olayla sınırlanarak incelenebilir ve bu şekilde bazı kişi veya haller **yönünden** iptal kararı verilebilir.

18. Eldeki iptal başvurusunda da Anayasa Mahkemesince, kuralın Anayasa'ya aykırılığı 18 yaş altındaki sanık (Suça Sürüklenen Çocuk) yönünden yapılmalı idi. Ne var ki muhterem çoğunlukça bu yoldaki görüşümüz benimsenmediği ve kurala ve iptal ya da ret oyu kullanmak dışında seçeneğimiz bulunmadığı için, yukarıdaki gerekçelerle iptal yönünde oluşan görüşe katılmak gerekmiştir.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT