

“I- ANAYASA ’NIN 2 ’İNCİ MADDESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

Anayasa ’nın 2 ’inci maddesinde belirtilen hukuk devleti, “eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlet” olarak tanımlanmaktadır.

Hukuk devleti ilkesi gereği, yasaların kamu yararına dayanması, kuralların herkes için konulması, bu kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin de göz önünde tutulması gerekmektedir.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ülkenin ceza politikasına göre belirlenecektir. Ceza politikasının belirlenmesinde ise; ceza hukukunun ana ilkeleri, Anayasa ’nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınacaktır.

Bununla birlikte, hukuk devletinde hangi eylemlerin suç sayılacağı ve bu suçları işleyenlere ne tür ve miktarda ceza verileceği, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseselerin neler olacağı konusunda yasa koyucu takdir hakkına sahiptir. Fakat, yasakoyucunun bu takdir hakkını anayasa ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olmamak koşulu ile kullanması gerekmektedir.

Görüleceği üzere, hukuk devleti olmanın olmazsa olmaz gereklerinden biri, adaletli bir hukuk düzeni kurmaktır. Yasakoyucu, adaletli bir hukuk düzeni oluştururken, ceza politikasının bir gereği olarak, ceza yaptırımı belirleyeceği sırada, ülkenin sosyal, kültürel yapısını ve etik değerlerini göz önünde bulunduracaktır. Yine, yapılan yasaların kamu yararına dayandırılması, yasa yapımı sırasında adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözetilmesi ve ceza yaptırımı belirlerken ceza hukukunun temel ilkelerinin ve Anayasa ’nın konuya ilişkin kurallarının göz önünde bulundurulması da hukuk devleti olmanın zorunluluklarındandır.

Mahkememizde yargılaması yapılan somut olay, çizilen anayasal çerçeve kapsamında incelendiğinde, uygulanacak hukuk kuralının belirlenen teorik çerçeveye uygun olmadığı kanaatine varılmıştır. Bu kanaatimize dayanak teşkil eden aykırılıklar aşağıda bentler halinde belirtilmiştir.

1- Yasa yapımı sırasında ülkenin sosyal, kültürel yapısı ve etik değerleri göz önünde bulundurulmamıştır. Öncelikle çocuk yaşta gerçekleştirilen evliliklerin önüne geçilmesinin ve çocuklara karşı cinsel istismarın önlenmesinin her hukuk düzenin nihai amacı olması gerektiği tespitinin yapılması gerekmektedir. Bu amaca ulaşılabilmesi için atılması gerekli hukuki, idari, yapısal her türlü adımın desteklenmesi gerektiği konusunda kuşku bulunmamaktadır. Mahkememizin iptal başvurusu yaparken amaçladığı netice de, bu amacın gerçekleştirilmesi çabasıyla çelişmemektedir. Zira, mahkememiz, bu yüce amacın gerçekleştirilmeye çalışılması sırasında, ezilen çimlerin dikkate alınması gerektiği kanaatinde dir.

Ülkemizin özellikle doğu bölgelerinde, kız çocuklarının henüz reşit olmadan hatta evlilik çağına gelmeden evlendirildikleri bir vakıadır. Bu durumun, öteden beri süregelen ve terkedilmesi gerektiği konusunda kuşku bulunmayan toplumsal bir hastalık olduğu da izahtan varestedir. Bir takım toplumsal yanlışların ceza politikası ile izale edilmesi bir yöntem olarak kabul edilebilir. Hatta cinsel suçlara ilişkin 765 sayılı Yasa'da bulunan bir takım hükümlerin 5237 sayılı Yasaya alınmaması bu tavrın bir gereği olarak görülmelidir. Fakat, tüm bu zorunluluklara rağmen, evlilik birliği halen devam eden ve hatta bu birlik içerisinde çocuk sahibi olan ailelerde, küçük yaşta evlenilmiş olması nedeniyle babanın ceza yaptırımına tabi tutulmuş olması halinde, söz konusu yasanın yapımı sırasında, ülkenin sosyal ve kültürel yapısının göz önünde bulundurulduğunu söyleme olanağı bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

2- İptali istenilen ceza yaptırımı belirlenirken kamu yararı gözetilmemiştir. TCK'nın 103'üncü maddesinde cinsel istismar suçunun yaptırımı belirlenirken halen evli olan şahısların durumları için farklı bir yaptırım belirlenmediği için kutsal aile kurumunun korunması imkanı ortadan kaldırılmıştır. Çocuk yaşta bir kadınla evlenen babayı alt sınırı en az 8 yıl olan ceza yaptırımına çarptırırken, onun korumasına, gözetmesine, desteğine ve hatta sevgisine muhtaç olan çocukların durumu düşünülmemiştir. Yine, eşini sevdiğini söyleyen ve dosyamıza konu olan olayda olduğu gibi yargılama sırasında reşit olan bir insanın yuvasının dağılacağı ihtimali göz önünde bulundurulmaksızın yasa yapılması yoluna gidilmiştir.

Tüm suçların nihai mağduru toplumdur. Şahsa karşı işlenen suçların doğrudan mağduru ise suçun üzerinde icra edildiği kişidir. Mutlu bir evliliğin devam ettiği birlikteliklerde, suçun mağduru olan reşit kişinin iradesi uygulanması gereken yasa hükmüyle çelişmektedir. Yine, suçun nihai mağduru olan toplumun yararı ile birliktelikten meydana gelen çocukların yararları karşılaştırıldığında, çocukların yararının üstün tutulması gerektiği kanaatimizce ortak vicdan tarafından da istenilecektir. Hal böyle iken, küçük yaşta bir kıza zorla tecavüz eden adi bir suçlu ile toplumsal alışkanlıkları gereği ve halisane bir niyet ile geleneklerine göre evlenen ve hatta çocuk sahibi olan iyi bir aile babasının aynı ceza yaptırımına tabi tutulmasının doğru olmayacağı değerlendirilmiştir. Aynı zamanda böyle bir ceza yaptırımının belirlenmesi sırasında kamu yararının gözetildiğini söyleme imkanı da bulunmadığı değerlendirilmiştir. Toplumun temel taşı olan

aile kurumunu dağıtacak sonuçlara gebe olan yasa maddesinin uygulanması halinde, babanın cezaevine girmesi, annenin eşsiz ve desteksiz kalması, çocukların babasız, parasız ve sevgisiz kalması sonuçlarının doğmasına neden olunacaktır. Mahkememizce, böyle bir sonucun, kamunun ne şekilde yararına olacağı sorusunun, iptal başvurusu değerlendirilirken dikkate alınması gerektiği sonucuna varılmıştır.

3- Yasa yapımı sırasında adalet ve hakkaniyet ölçüleri gözetilmemiştir. Hukuk devletinde yapılan yasaların herkese eşit uygulanması gerekmektedir. Ancak bu eşitliği mutlak eşitlik olarak algılamamak gerekir. Kastedilen eşitlik, benzer durumda olan şahıslara aynı yasa maddesinin uygulanmasıdır. Oysa, TCK'nın 103'üncü maddesi, birbirinden farklı olarak değerlendirilmesi gereken maddi vakıalar için farklı hükümler öngörmediği için yasanın mutlak olarak her durumdaki kişilere aynı şekilde uygulanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Bu sayede, örneğin evli olan fakat buna rağmen yaşının küçük olduğunu bildiği birisine karşı cinsel istismar fiilini işleyen birisi ile geleneklerine göre yuva kurma gayesiyle ve kutsal bir amaç uğruna evlenen ve hatta çocuk sahibi olan şahısların aynı ceza yaptırımına tabi tutulması sonucu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, yasa yapımı sırasında adalet ve hakkaniyet ölçüleri gözetilmediği için adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına zemin hazırlanmış olmaktadır.

Mahkememizin bu açıklamalarından, küçük yaşta birisiyle evlenen şahısların cezalandırılmaması gerektiği kanaatinde olduğu sonucunun çıkarılmaması için açıkça vurgulamak isteriz ki; dikkat çekmek istediğimiz nokta, mevcut haliyle yasanın uygulanması halinde adaletsiz bir durumun ortaya çıkacağıdır. Belki, bu durumun ortadan kaldırılması için başka bir yaptırım veyahut daha hafif bir yaptırım ile daha adaletli bir sonuca ulaşabilmek mümkün olacaktır.

4- Yasa yapımı sırasında Anayasanın konuya ilişkin hükümleri gözetilmemiştir. Anayasamızın 41'inci maddesinde "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, teşkilâtı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır." hükümleri bulunmaktadır. Dolayısıyla, Anayasamız ailenin toplumun temeli olduğu saptamasında bulunduktan sonra, devletin ailenin korunması bakımından gerekli tedbirleri alacağı ve her çocuğun ana-babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu hüküm altına almıştır.

Anayasamızın, ailenin ve çocukların korunmasına ilişkin yukarıda açıklanan ve başka türlü açıklanması mümkün olmayan amir hükümlerine rağmen, küçük yaşta evlendiği eşinden çocuk sahibi olan ve mutlu bir evlilik sürdüren şahısların, diğer adi suçlularla aynı yasa maddesine tabi olacak şekilde yargılanmalarını öngören TCK'nın 103'üncü

maddesinin, anayasa ile uyarlılığının bulunduğunu söyleme imkanı olmadığı kanaatine varılmıştır.

Bu bölümde izaha çalışılan hususlar birlikte değerlendirildiğinde; kanunlaştığı sırada ülkedeki sosyal ve kültürel yapı ile bağı göz önünde bulundurulmadan, kamu yararı gözetilmeden, hakkaniyet ölçüleri nazarı dikkate alınmadan ve Anayasanın ilgili hükümlerine dikkat edilmeden hazırlanan TCK'nın 103'üncü maddesinin Anayasanın 2'inci maddesine aykırı olduğu değerlendirilmiştir.

II- ANAYASA'NIN 10'UNCU MADDESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

Anayasamızın 10'uncu maddesinde, “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” hükmü bulunmaktadır. Bu hükme göre, devlet, eşitliğin sağlanması için gerekli önlemleri alacaktır. Çocuklar ve kadınlar bakımından bu eşitliğin sağlanması için atılacak adımların eşitlik ilkesine aykırılık olarak yorumlanamayacağına ilişkin hüküm, devletin eşitliğin sağlanması için pasif görevinin dışında aktif bir işlevinin de bulunduğu anlamına gelmektedir. Zaten ailenin korunmasına ilişkin haklar pozitif statü hakları olduğundan, devletin bu hakların tam olarak temini için gerekli adımları atmasını zorunlu kılmaktadır. Devletin pozitif statü haklarının temini için atacağı adımlar, elbette yalnızca ekonomik bir takım girişimlerden ibaret olmayacaktır. Bu haklara ilişkin uluslararası bir yasal çerçeve çizilmesi de bu çalışmaların olmazsa olmazıdır. İptale konu edilen yasa maddesi evlilik birliği içerisindeki kadının ve çocuğun haklarını ağır derecede zedelemektedir. Yasakoyucunun, farklı durumları göz önünde bulundurmayarak oluşturduğu yasa maddesi, eşitlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle söz konusu yasa maddesinin, Anayasanın 10'uncu maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

III- ANAYASA'NIN 41'İNCİ MADDESİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRME

İptali istenilen TCK'nın 103'üncü maddesinin, dosyamızda yargılamaya konu olan olay özelinde değerlendirildiğinde, Anayasamızın 41'inci maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır. Anayasanın söz konusu “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, teşkilâtı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” hükmünün, başka şekilde tevili imkanı bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Belki, TCK'nun 103'üncü maddesinin, dosyamıza yansıyan hali dışında herhangi bir aykırılığının bulunmadığı ileri sürülebilecek olsa da, yasakoyucunun her türlü ihtimali düşünerek adil ve hakkaniyetli kural va'z etme zorunluluğu nedeniyle, farklı durumlara uygulanması durumunda adil olmayan sonuçlar doğuracağı muhakkak olan yasa hükmünün iptali gerektiği kanaatine ulaşılmıştır.

SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçeye dayanılarak;

Mahkememizce 5237 sayılı TCK.nun 103. maddesinin 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2'nci, 10'uncu ve 41'inci maddelerine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, Anayasanın 148. ve 152. maddeleri gereğince dosyanın içinde bulunan bütün evrakların onaylı suretleri çekildikten sonra ve Anayasaya aykırılık hususundaki gerekçeli kararımız ile birlikte dosyanın onaylı suretinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, bu nedenle Anayasanın 152/1. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi'nin vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına oy çokluğuyla karar verilmiştir."