

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

Esas Sayısı : 2018/151

Karar Sayısı : 2019/36

Karar Tarihi: 15/5/2019

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Hatay 6. Asliye 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 (1) numaralı fıkrasının;

A. 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle yeniden düzenlenen ikinci cümlesinin,

B. 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle eklenen üçüncü cümlesinin,

C. Dördüncü cümlesinin,

Anayasa'nın 2., 5. 10. ve 41. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sanığın çocuğun cinsel istismarı suçundan cezalandırılması talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralların da yer aldığı 103. maddesi şöyledir:

“Çocukların cinsel istismarı

Madde 103- (Değişik: 18/6/2014-6545/59 md.)

(1) (Yeniden düzenlenen birinci ve ikinci cümle: 24/11/2016-6763/13 md.) 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 cezasına hükmolunur. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/13 md.) Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. 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 sonuçların 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) (Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/13 md.) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.

(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 başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

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

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 6/12/2018 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlar ise o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren

bir davanın bulunması ve iptali talep edilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

3. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme 5237 sayılı Kanun'un 103. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü cümlelerinin iptallerini talep etmiştir.

4. Bakılmakta olan davada mağdur on iki yaşını tamamlamış bir çocuk olduğundan mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek cezanın miktarına ilişkin (1) numaralı fıkranın üçüncü cümlesinin davada uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Ayrıca sanık, suçun işlendiği tarihte yirmi altı yaşında olduğundan sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılmasını mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlayan (1) numaralı fıkranın dördüncü cümlesi de davada uygulanacak kural değildir. Bu nedenle (1) numaralı fıkranın üçüncü ve dördüncü cümlelerinin 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

5. Öte yandan (1) numaralı fıkranın itiraz konusu ikinci cümlesinin gerek on beş yaşını tamamlamış gerekse tamamlamamış çocuklar yönünden geçerli ortak kural niteliği taşıdığı ve bakılmakta olan davanın konusunun on beş yaşını tamamlamamış çocuğun cinsel istismarı olduğu gözetildiğinde anılan cümleye ilişkin esas incelemesinin (1) numaralı fıkranın (a) bendinde yer alan "*On beş yaşını tamamlamamış...*" ibaresi yönünden yapılması gerekmektedir.

6. Açıklanan nedenlerle 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 (1) numaralı fıkrasının;

A. 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle yeniden düzenlenen ikinci cümlesinin esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin (1) numaralı fıkranın (a) bendinde yer alan "*On beş yaşını tamamlamamış...*" ibaresi yönünden yapılmasına,

B. 1. 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle eklenen üçüncü cümlesinin,

2. Dördüncü cümlesinin,

itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından bu cümlelere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

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

A. İtirazın Gerekçesi

8. Başvuru kararında özetle; 5237 sayılı Kanun'un 103. maddesinde yer alan çocukların cinsel istismarı suçunun sarkıntılık düzeyinde kalan, basit ve nitelikli cinsel istismar olarak üç şekilde öngörüldüğü ve cinsel taciz suçundan farklı olarak vücuda temas içeren fiilleri de kapsadığı, bu bağlamda çocuğa yönelik vücuda temas içeren fiillerin teşebbüs hâlleri de dikkate alındığında suçun dört aşamada değerlendirildiği, burada hangi fiilin hangi kapsamda olduğunun yargı makamında bulunan kişilere ve döneme göre farklılıklar oluşturabileceği, bu farklılıkların failler arasında eşitsizliğe ve mağduriyetlere sebep olabileceği ve kişilerin hukuki güvenliklerini zedeleyebileceği, sarkıntılık kavramının maddede yeterince açıklanmaması ve basit cinsel istismardan ayırt edici bir özelliğinin olmaması nedeniyle kuralın belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerine aykırı olduğu, sarkıntılık fiilinin hem mağdur yetişkinler hem de mağdur çocuklar yönünden düzenlendiği, halbuki çocukların cinsel nitelikteki bir suçtan yetişkinlere göre daha fazla etkilendiği, bu nedenle toplumda sarkıntılık suçunun yetişkinlere yönelik olduğunda kınanan bir davranış, çocuklara yönelik olduğunda ise cinsel istismar şeklinde kabul gördüğü, çocukların yetişkinlere göre daha savunmasız ve kendilerini ifade etmede daha yetersiz olmaları nedeniyle çocuklara karşı sarkıntılık suretiyle cinsel istismar suçunun işlenmesinin hukuksal ve toplumsal alanda kabul edilmesinin mümkün olmadığı, çocuklara yönelik vücuda temas içeren cinsel amaçlı her türlü davranışın en azından basit cinsel istismar olarak nitelendirilmesi gerektiği, sarkıntılığa ilişkin hükümlerin çocukların korunmasına yönelik anayasal hükümlerle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

9. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesi yönünden de incelenmiştir.

10. Kuralın yer aldığı 5237 sayılı Kanun'un 103. maddesinin (1) numaralı fıkrasında; çocuğu cinsel yönden istismar eden kişinin sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı, mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek cezanın istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamayacağı, sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı olduğu belirtilmiştir. Fıkranın (a) bendinde ise cinsel istismar deyiminden; on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın, (b) bendinde diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların anlaşılacağı hüküm altına alınmıştır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı kuralının *"On beş yaşını tamamlamamış çocuklar..."* ibaresi yönünden incelenmesi, itiraz konusu kuralı oluşturmaktadır.

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

12. Hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini gözönüne alan suç politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, izlediği suç politikası gereği bazı fiilleri ceza hukuku alanından çıkarabileceği gibi korudukları hukuki yararları ve neden olduğu sonuçları esas alarak birtakım suçları farklı yaptırımlara da tabi kılabilir. Kanun koyucunun bu konudaki tercihi ve takdirinin yerindeliliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır.

13. 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 ulaşmak istenen amaç için elverişli olmasını, *gereklilik* başvuru önlemin ulaşmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve *orantılılık* ise başvuru önlem ve ulaşmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşmak istenen amaç arasında da *ölçülülük ilkesi* gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

14. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden bir diğeri ise belirliliktir. Belirlilik ilkesi bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri anlamını taşımaktadır. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Bir başka deyişle hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

15. Anayasa'nın 10. maddesinde "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî 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./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar*" denilmek suretiyle kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiştir.

16. Anayasa'nın anılan maddesinde belirtilen *kanun önünde eşitlik ilkesi* hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı; aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, kişilere ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

17. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz” denilerek suçun kamuniliği; üçüncü fıkrasında da “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” ifadesine yer verilerek cezanın kamuniliği ilkesi güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan suçta ve cezada kamunilik ilkesi uyarınca hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan ve belirlilik ilkesini kapsayan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

18. Anayasa'nın 41. 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” denilmiştir.

19. Anayasa'nın anılan maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan devletin her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alacağı şeklindeki hüküm, maddeye 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'la eklenmiştir. Bu düzenlemeyle “I. Ailenin korunması” şeklindeki madde başlığı “I. Ailenin korunması ve çocuk hakları” şeklinde değiştirilerek çocukların temel hakları vurgulanmış ve devletin her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruma sorumluluğu çerçevesinde tedbirler alması gerektiği belirtilmiştir. 5982 sayılı Kanun'un genel gerekçesi ile madde gerekçesinde kadın-erkek eşitliğinin sağlanması, toplumun bazı kesimlerinin sosyal devlet ilkesinin bir gereği olarak daha iyi korunması ve gözetilmesi, çocuk haklarının anayasal temele kavuşturulması, her türlü istismara karşı çocukların korunması amacıyla Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile diğer uluslararası belgelerde yer alan ve çocuk haklarıyla ilgili kabul gören evrensel ilkelerin Anayasa metnine dâhil edilmesinin öngörüldüğü, her çocuğun himaye ve bakımdan yararlanma hakkının olduğu belirtilmiştir.

20. Çocukların fiziksel ve psikolojik olarak gelişimlerini henüz tamamlamamış olmaları nedeniyle yetişkinlere göre daha özel bir koruma altında olmaları gerektiği herkes tarafından kabul edilmektedir. Bu bağlamda çocukların bir birey olarak kabulünden sonra gelişme gösteren çocuk hakları, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği gibi uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından çalışma alanına dâhil edilmiş ve çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüşü hakkında ülkemizin de taraf olduğu ve kabul ettiği Çocuk Hakları Sözleşmesi, Lanzarote Sözleşmesi (Çocukların Cinsel Suistimale ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına Dair Sözleşme) ve Lizbon Antlaşması gibi uluslararası sözleşmeler imzalanmış ve tavsiye kararları alınmıştır. Söz konusu metinlerde üye devletlerin mevzuatında çocuğun cinsel istismarının önlenmesine ilişkin etkili, ölçülü ve caydırıcı cezaların oluşturulması gereğine vurgu yapılmıştır. Kanun koyucunun da uluslararası alandaki gelişmeleri dikkate alarak çocukların etkin bir şekilde korunması amacıyla 5237 sayılı Kanun'da önemli değişiklikler yaptığı anlaşılmaktadır.

21. 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 5237 sayılı Kanun, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bakımından 765 sayılı Kanun'dan farklı

düzenlemeler içermektedir. 765 sayılı Kanun'un "Cürümler" başlıklı İkinci Kitabının "Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler" başlıklı Sekizinci Babında yer alan cinsel suçlar, 5237 sayılı Kanun'un "Özel Hükümler" başlıklı İkinci Kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısımının "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığını taşıyan Altıncı Bölümünde düzenlenmiştir. Kanun koyucu 5237 sayılı Kanun kapsamında bu suçları düzenlerken 765 sayılı Kanun'da geçen *ırza geçme*, *ırza tasaddi*, *söz atma* ve *sarkıntılık* kavramları yerine mağdurun yaşını esas almak suretiyle ergin kişiler için *cinsel saldırı*, çocuklar için *cinsel istismar* tanımlarını getirmiş; 102. maddeyle *cinsel saldırı* suçunu, 103. maddeyle de *çocukların cinsel istismarı* suçunu yaptırıma bağlayarak bu suç *sarkıntılık düzeyinde kalan, basit ve nitelikli cinsel istismar* şeklinde düzenlemiştir.

22. Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır. Kanun'da çocukların cinsel istismarı suçu yönünden yapılan düzenlemelerde mağdur çocuklar bakımından; on beş ile on sekiz yaş arası, on beş yaşını tamamlamamış ve on iki yaşını tamamlamamış olanlar şeklinde yaşları dikkate alınmak suretiyle üç farklı hukuki konum öngörülmüştür.

23. Kanun koyucu suçun mağdur üzerinde yaratacağı etkileri dikkate alarak yaptığı ayrımda on beş yaşın altındaki çocukların yeterli psikolojik ve fiziki olgunluğa ulaşmamış olmaları nedeniyle kendilerine yönelik cinsel davranışların anlamını ve ağırlığını idrak etmelerinin mümkün olmadığını ve bunların cinsel davranışlara ilişkin rızalarının geçersiz olduğunu kabul etmiştir. Bu suretle kanun koyucu on beş yaşın altındaki çocukları mutlak bir koruma altına almıştır.

24. Kuralla, kanun koyucu takdir yetkisi kapsamında çocukların cinsel istismarının sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. Kuralın cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin tüm çocukların cinsel dokunulmazlığı ile beden ve ruh bütünlüğünün etkin bir şekilde korunmasını sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve failerin cinsel suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmeleri cinsel istismarın yetişkinlere nazaran daha kolay gerçekleşmesine neden olmakta ve bu suçlar çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakmaktadır. Bu itibarla söz konusu suçların işlenmesini önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınması devletin en önemli pozitif yükümlülüklerinden biridir. Bu bağlamda kanun koyucu itiraz konusu kuralla suçun niteliğini, mağdurun yaşını ve mağdurda oluşan zararı gözetererek çocukların cinsel dokunulmazlığı ile beden ve ruh bütünlüğünün etkin bir şekilde korunmasını sağlamak amacıyla cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması suçunu basit cinsel istismar suçundan ayrı bir suç olarak düzenlemiştir.

25. Kuralda öngörülen suçun koruduğu hukuki değer, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocukların cinsel dokunulmazlığı ile beden ve ruh sağlığıdır.

26. Kanun'un 103. maddesinin ilk hâlinde bulunmayan cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması durumu, maddeye 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle eklenmiş; bu suç için üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüş ve sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı olacağı düzenlenmiştir. 5237 sayılı Kanun'un 102. maddesinde

6545 sayılı Kanun'un 58. maddesiyle yapılan değişiklik sonucunda da yetişkinlere karşı işlenen cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması suçu hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası öngörölmüştür. Kanun'un 103. maddesinde değişiklik öngören 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle söz konusu düzenlemeler muhafaza edilmiş ve mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek cezanın istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamayacağı hüküm altına alınmıştır.

27. 6545 sayılı Kanun'la cinsel istismar suçunda yapılan değişikliğin gerekçesi ile cinsel saldırı suçuna ilişkin maddenin gerekçesi gözetildiğinde cinsel istismar suçunun temel şeklerinden dolayı verilecek cezaların artırılması nedeniyle ani hareketlerle yapılan sarkıntılık düzeyinde kalan cinsel saldırılar bakımından ceza miktarının suçun temel şeklerinden daha az olarak öngörölmesi ihtiyacının ortaya çıktığı anlaşılmaktadır. Nitekim 103. maddede 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle çocukların cinsel istismarı suçunda basit ve nitelikli cinsel istismar şeklindeki ikili ayırmadan vazgeçilerek cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması, basit ve nitelikli cinsel istismar şeklinde üçlü ayırım kabul edilmiş ve buna bağlı olarak söz konusu cinsel istismarın bu üç hâli için kademeli cezalar düzenlenmiştir. Bu bağlamda, yapılan değişiklikle nitelikli cinsel istismar suçu için on altı yıldan aşığı olmamak üzere hapis cezası, basit cinsel istismar suçu için sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ve cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörölmüştür. Bu itibarla kanun koyucunun itiraz konusu kuralla suçun niteliğini, işlenme şeklini ve mağdurda oluşan zararı gözeterek cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması suçunu cinsel istismarın basit ve nitelikli hâlden ayrı bir suç olarak düzenlediği ve söz konusu suçlar için birbiriyle orantılı ve kademeli cezalar belirlemeyi amaçladığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında uygulamada ortaya çıkan sorunları çözmek için fiilin muhtemel zararlarını da gözönünde bulundurarak düzenlediği kuralın, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki gözetmediği, amaca ulaşmaya elverişli ve orantılı olmadığı söylenemez.

28. Ceza hukuku bağlamında cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması suçunun tüm unsurları kuralın yer aldığı madde kapsamında açıkça düzenlendiğinden kuralın belirsiz ve suç ve cezanın kanuniliği ilkesine aykırı olduğundan da söz edilemez. Ayrıca madde gerekçeleriyle birlikte değerlendirildiğinde cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması suçunun cinsel taciz suçundan farkının fiziksel temas ve ani hareket olduğü, bu bağlamda söz konusu suçun cinsel tacizden farklı olarak cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olarak mağdurun vücuduna ani hareketlerle fiziksel temasta bulunulması hâlinde oluşacağı anlaşılmaktadır. Uygulamada söz konusu suçun her somut olayın özellikleri dikkate alınarak yargı içtihatlarıyla da şekilleneceği açıktır. Dolayısıyla kuralın *belirtilik* ve *kanunilik* ilkelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

29. Ayrıca cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması suçunu işleyen failler ile basit cinsel istismar suçunu işleyen failler aynı hukuki konumda bulunmadıklarından söz konusu fiillere farklı yaptırımlar öngörölmesinin eşitlik ilkesine aykırı bir yönü de yoktur.

30. Öte yandan toplum ile birey arasında yer alan ve toplumsal değerleri kuşaktan kuşağa aktarma işlevi bulunan aileler, toplumun temelini oluşturmaları nedeniyle sosyal açıdan önemli oldukları gibi aileyi oluşturan fertler bakımından da bireysel açıdan önem taşımaktadır. Çocuğun gelişimine uygun aile ortamlarının sağlıklı bireylerin yetişmesini sağlayacağı ve sağlıklı ailelerin de sağlıklı toplumları oluşturacağı kuşkusuzdur. Çocuğun

cinsel istismarı suçunun öngörülmesi suretiyle öncelikle çocukların beden ve ruh sağlıklarının korunması amaçlanmakla birlikte çocukların aile içindeki önemi ve konumları gözetildiğinde bu korumanın aynı zamanda ailenin korunması anlamını taşıdığı da açıktır. Cinsel istismara uğrayan çocuklar açısından bu fiilin yaşam boyu sürecek etkileri gözetildiğinde bu kişilerin fiil tarihi itibarıyla aile hayatları olumsuz etkileneceği gibi mağdur çocukların ergin olduklarında kuracakları aile hayatları yönünden de bu olumsuz etkilerin devam etmesi söz konusudur. Bu çerçevede failin ve mağdurun cinsiyetinin bir öneminin bulunmadığı söz konusu suçta, kanun koyucu tarafından yalnızca mağdurun çocuk olmasının esas alınması suretiyle ve çocuğun korunması amacıyla fiilin niteliği ile ceza yaptırımlarının taşınması gereken ödetic, önleyici ve caydırıcı niteliklerin gözetilerek bu suçu işleyenlerin üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasının öngörülmesinde ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve devletin her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri almakla yükümlü kılındığının belirtildiği Anayasa'nın 41. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.

31. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Celal Mümtaz AKINCI ile Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 5. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

IV. 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 (1) numaralı fıkrasının 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle yeniden düzenlenen ikinci cümlesinin, (1) numaralı fıkranın (a) bendinde yer alan "*On beş yaşını tamamlamamış...*" ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Celal Mümtaz AKINCI ile Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 15/5/2019 tarihinde karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Engin YILDIRIM

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Üye
Burhan ÜSTÜN

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Kadir ÖZKAYA

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

KARŞI OY

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 (1) numaralı fıkrasının 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle yeniden düzenlenen ikinci cümlesinin iptali istemi, çoğunluk görüşüne dayalı kararlar, (1) numaralı fıkranın (a) bendinde yer alan *"On beş yaşını tamamlamamış..."* ibaresi yönünden reddedilmiş bulunmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"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. ..."* hükmünü içeren 103. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa Mahkemesinin 13/07/2016 tarih ve E.2015/108, K.2016/46 sayılı kararı ile iptal edilmesinin ardından, söz konusu fıkra yeniden düzenlenmiş bulunmaktadır.

Yapılan yeni düzenlemede Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı ile iptal edilen *"Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* şeklindeki birinci cümle aynen muhafaza edilirken, *"Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir."* biçimindeki ikinci cümle ise diğer kısımları aynen muhafaza edilerek, sadece *"cezası verilir"* biçimindeki ibaresi *"cezasına hükmolunur."* şeklinde değiştirilerek yeniden yasalaştırılmıştır. Ayrıca fıkraya ikinci cümleden sonra gelmek üzere *"Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz."* biçiminde yeni bir cümle eklenmiştir. Fıkranın önceki halinde de bulunan *"Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır."* biçimindeki cümle ise dördüncü cümle olarak varlığını aynen muhafaza etmiştir.

Eldeki başvuruda, (1) numaralı fıkranın 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle yeniden düzenlenen *"Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."* biçimindeki ikinci cümlesi ile yine aynı maddeyle eklenen *"Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz."* biçimindeki üçüncü cümlesinin ve daha önceden de fıkroda yer almakla birlikte yeniden yapılan düzenleme ile dördüncü cümle haline gelmiş bulunan *"Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır."* biçimindeki dördüncü cümlesinin iptali istenilmiştir. Anayasa Mahkemesince sadece ikinci cümlelerin incelenmesine karar verilerek bu cümle yönünden hüküm kurulmuş, diğer kurallar ise davada uygulanacak kural olarak nitelendirilmeyerek bunlar yönünden esas incelemeye geçilmemiştir.

Yukarıda da kısmen değinildiği üzere 5237 sayılı Kanun'un çocukların cinsel istismarı konusunu düzenleyen 103. maddesinin (1) numaralı fıkrasında; çocuğu cinsel yönden istismar eden kişinin sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis

cezasına hükmolunacağı, mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek cezanın istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamayacağı, sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı olduğu hükmle bağlanmaktadır.

Fıkranın (a) bendinde ise cinsel istismar deyiminden on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın, (b) bendinde diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların anlaşılabileceği öngörülmektedir.

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 (1) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesinin 13/07/2016 tarih ve E.2015/108, K.2016/46 sayılı kararının gerekçesinde "... Anayasa Mahkemesi, 12.11.2015 tarihli ve E.2015/26, K.2015/100 sayılı kararıyla, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi suçunun yer aldığı maddenin (2) numaralı fıkrasını iptal etmiş ve ... kararında, söz konusu suçlarda mahkemelere olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının onaltı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesini; 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 kaldırdığı 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 bulunduğu gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bularak kuralı iptal etmiştir. ... İtiraz konusu kuralla onbeş yaşını tamamlamamış çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi için sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ve cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Çocuğun cinsel yönden istismar edilmesinin ağır bir yaptırıma bağlanması çocuğun etkin bir şekilde korunması amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğuna şüphe yoktur. Ancak cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi eylemi hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından verilen iptal kararı gerekçelerinin itiraz konusu kural bakımından da geçerli bulunması ve Anayasa'nın 41. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca mağdur ya da fail sıfatıyla çocuğun korunmasının hedef alınması gerekliliği dikkate alındığında, itiraz konusu kuralın da aynı şekilde 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. Bu nedenle kural ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırıdır. ... Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir." denilmektedir.

İptali istenilen ve "**Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.**" biçiminde olan kural, Anayasa Mahkemesinin 13/07/2016 tarih ve E.2015/108, K.2016/46 sayılı iptal edilen ve "**Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.**" biçiminde olan eski kuralla neredeyse bire bir aynı durumdadır. Sadece "**cezası verilir**"

biçimindeki ibare **“cezasına hükmolunur.”** şeklinde değiştirilmiştir. Öte yandan fıkraya yeni bir cümle eklenmiş ise de, **“Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz.”** biçiminde eklenen yeni cümlelerin, bir önceki cümleye ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin daha önce verdiği iptal kararında belirtilen Anayasaya aykırılıkları tamamen ortadan kaldırdığı söylenemeyeceğinden, Anayasa Mahkemesinin anılan kararında belirtilen Anayasaya aykırılıkların ağırlıklı olarak varlığını sürdürdüğünü belirtmek gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi üyeleri sayın Serdar Özgüldür ile sayın Burhan Üstün’ün karşı oylarında da belirtildiği üzere, Yasakoyucu sahip olduğu suç ve ceza siyaseti konusundaki takdir hakkının doğal gereği olarak, toplumsal barışı bozan suçları ve bunlara verilecek cezaları serbestçe tayin edebilirse de; bunu yaparken Anayasa’nın ilgili hükümlerini dikkate almak, hukuk devleti ilkesine uygun davranmak ve ölçülü bir düzenleme yapmak durumundadır.

İtiraz isteminde bulunan Mahkemece yapılan ceza yargılamasında, 15 yaşından küçük mağdureye karşı **“Çocuğu basit cinsel istismarı (sarkıntılık)”** suçunun varlığı iddiasına karşın, 18 yaşından küçük fail (sanık) yönünden de bu suçtan bir isnat söz konusudur.

İptali istenen kuralda fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlenmesi halleri kademelendirilip düzenlenmediği gibi; başvurunun somutunda olduğu gibi failin de 18 yaşından küçük olması halinde aynı şekilde ceza yönünden bir kademelendirme yapılmadığı görülmektedir. Dolayısıyla, mevcut haliyle kural her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesini ve onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırmakta, bu suretle suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ceza tayin edilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır.

Hal böyle olunca kuralın, ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu haliyle ölçüsüz bir yaptırımı öngördüğünden, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Diğer bir deyişle, faillerin de “çocuk” olması halinde cezayı azaltıcı hiçbir tedbir öngörmeyen, çocuk mağdurlar yönünden de yaş gruplarına göre ceza bakımından bir kademelendirme yapmayan kuralın bu mahiyeti itibarıyla kamu yararına aykırı sonuçlara yol açması karşısında, adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle, keza “ölçülülük” ilkesiyle örtüştüğü kabul edilemez.

Belirtilen nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa’nın 2., 13. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği görüşüyle aksi yönde oluşan çoğunluk görüşüne dayalı karara katılmıyoruz.

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Kadir ÖZKAYA

KARŞIOY GEREKÇESİ

Yasakoyucu sahip olduğu suç ve ceza siyaseti konusundaki takdir hakkının doğal gereği olarak, toplumsal barışı bozan suçları ve bunlara verilecek cezaları serbestçe tayin edebilir de; bunu yaparken Anayasa'nın ilgili hükümlerini dikkate almak, hukuk devleti ilkesine uygun davranmak ve ölçülü bir düzenleme yapmak durumundadır.

İtiraz isteminde bulunan Mahkemece yapılan ceza yargılamasında, 15 yaşından küçük mağdureye karşı "Çocuğu basit cinsel istismarı (sarkıntılık)" suçunun varlığı iddiasına karşın, 18 yaşından küçük fail (sanık) yönünden de bu suçtan bir isnat sözkonusudur.

İptali istenen kurulda fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlenmesi halleri kademelendirilip düzenlenmediği gibi; başvurunun somutunda olduğu gibi failin de 18 yaşından küçük olması halinde aynı şekilde ceza yönünden bir kademelendirme yapılmadığı görülmektedir. Dolayısıyla, mevut haliyle kural her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesini ve onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânını ortadan kaldırmakta, bu suretle suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ceza tayin edilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle kuralın, ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu haliyle ölçüsüz bir yaptırımı öngördüğünden, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Diğer bir deyişle, faillerin de "çocuk" olması halinde cezayı azaltıcı hiçbir tedbir öngörmeyen, çocuk mağdurlar yönünden de yaş gruplarına göre ceza bakımından bir kademelendirme yapmayan kuralın bu mahiyeti itibarıyla kamu yararına aykırı sonuçlara yol açması karşısında, adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle, keza "ölçülülük" ilkesiyle örtüştüğü kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle; kuralın Anayasanın 2., 13. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN