

**Esas Sayısı : 2015/108**

**Karar Sayısı : 2016/46**

“5237 sayılı TCK’nun 6545 sayılı Yasanın 59. maddesi ile değişik 103/1, 103/1-a Maddesi: “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; On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışlar, anlaşılır”, 103/2. maddesi “Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur ve 103/3-a “Suçun; Birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.” hükmünü içermektedir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 2. maddesinde “Türkiye Cumhuriyeti’nin toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu açıkça belirtilmiştir.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Şöyle ki: “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, 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 çalışmaktır. Ayrıca Anayasamızın 10. maddesinde, herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, devletinde kadın ve erkekler eşitliğinin yaşama geçmesini sağlamakla hükümlü olduğunun belirtildiği anlaşılmıştır. Ayrıca herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu da açıkça belirtilmiştir.

Yine 2907 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Anayasasının “Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 10. maddesine göre “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. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Keza, 2907 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’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.” şeklinde düzenlemeler mevcuttur.

Yukarıda belirtilen Anayasal hükümler ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6545 Sayılı Yasanın 59. maddesi ile değişik 103/1, 103/1-a, 103/2-3-a maddesindeki hükümler birlikte değerlendirildiğinde; cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın 15 yaşını doldurmamış çocuklara yönelik organ sokmak suretiyle cinsel istismar ve basit cinsel istismarda bulunmak suçlarından sanıklar hakkında tayin edilecek cezalar yönünden kanun koyucunun, suç tarihindeki yaşı 15'ten küçük olup ancak yaşı ne olursa olsun yaşları farklı mağdurlara yönelik eylemler arasında öngörülen cezai müeyyide bakımından her hangi bir ayırım yapmadığı, örneğin 14 yaşındaki mağdur ile yaşı daha küçük mağdurlara yönelik emsal cinsel istismar olayları arasında her hangi bir AYRIM GÖZETMEDİĞİ VE FARKLI BİR DÜZENLEME YAPMADIĞI,

Oysa cebir ve tehdit olmaksızın örneğin, 4-5 yaşındaki bir mağdura yönelik basit veya nitelikli cinsel istismar eylemi ile 14 yıl 6 aylık yaşı olan bir mağdura yönelik aynı mahiyetteki eylemin FARKLI CEZALARA MÜSTELZİM OLMASI GEREKTİĞİ, yasa koyucunun 15 yaşından küçük mağdurlar açısından, herhangi bir ayırım ve fark gözetilmeksizin hepsi için aynı cezayı öngördüğü, bir başka deyişle 15 yaşını tamamlamayan tüm çocukların, ister rızası ile ister rıza dışı maruz kaldıkları tüm cinsel istismar eylemlerinde, herhangi bir ayırım ve fark gözetilmeksizin aynı cezaya tabi tutulduğu, 4-5 yaşında, 9-10 yaşında, 13-14 yaşında olan çocukların her birinin bulunduğu yaş itibarıyla fiziksel ve zihinsel gelişimlerinin farklı olduğu, dolayısıyla yaş skala aralığının farklı ve uzak olduğu mağdurlar yönünden, farklı ve kademeli cezai müeyyide getirmemenin Anayasamızın 2. maddesinde sayılan adalet anlayışı içinde olan hukuk devleti ilkesine açıkça aykırılık teşkil ettiği,

5237 sayılı TCK'nun 103/1 ve 103/2-3-a maddesindeki düzenlemenin "kanun önünde eşitlik" başlıklı Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu, zira eşitlik kavramının herkese eşit davranmaktan ziyade, eşit durum ve statülerdeki şahıslara eşit muamele yapılmasını gerektirdiği, farklı statü ve durumlarda olanlara farklı düzenleme yapmanın eşitlik ve adalet duygularının gereği olduğu, şu halde 7-8 yaşındaki bir mağdura yönelik cinsel istismar eylemine tayin edilecek ceza ile 14 yıl 6 ay 10 günlük yaşı olan mağdureye yönelik aynı cinsel istismar eylemine aynı cezai yaptırım öngörmenin Anayasamızın 2. maddesindeki adalet anlayışı içinde olan hukuk devleti ilkesine ve kanun önünde eşitlik başlıklı 10. maddesine aykırı olduğu,

Öte yandan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 12-15 yaş aralığında bulunan çocukların suç işlemleri halinde, işledikleri suçun hukuki anlam ve önemini algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmiş olması halinde, suça sürüklenen çocuğun BU İRADESİNE (RIZASINA) HUKUKİ SONUÇ tanınarak cezasında önemli oranda yaş indirimi yapıldığı halde, 12-15 yaş gurubunda olan ve kendisine yönelik eylemin mahiyetini ve anlamını algılama yeteneği olduğuna dair hekim raporu olan mağdurelerin İRADESİNE(rızasına), SSC'lerde olduğu gibi bir hukuki sonuç tanınmadığı, oysa bu tür durumlarda, kendisine yönelik cinsel istismar eyleminin mahiyetini anlayacak durumda olan mağdurların maruz kaldığı eylemlere, yaşı daha küçük mağdurların maruz kaldığı cinsel istismar eylemlerine göre daha az ceza öngörmenin ceza adaleti ve hukuk devletinin gereği olduğu, aksi takdirde 14 yaşında bir mağdurenin rızasıyla yaşadığı bir cinsel eylem nedeniyle sanıklara ve SSC'lere kamu vicdanını ÖNEMLİ ÖLÇÜDE sızlatan yüksek cezalar tayin edilmek durumunda kalındığı, örneğin 14 yaşında olan mağdurun cebir tehdit olmaksızın rızasıyla öpüşmesi eyleminde basit cinsel saldırı suçunda 5237 sayılı TCK'nun 103/1-a maddesi delaletiyle 103/1.1.cümle gereğince 8 YIL HAPİS, yine rızası olan veya karşı koymayan 14 yaşındaki mağdura, sarkıntılık düzeyinde ani ve kesik hareketle işlenmişse ceza 3 YIL HAPİS, yine 14 yaşındaki mağdurun rızasıyla cinsel ilişkiye girmesi halinde sanığa 16

**Esas Sayısı : 2015/108**

**Karar Sayısı : 2016/46**

YIL HAPİS, eylem birden fazla kişiyle birlikte olursa TCK 103/3-a maddesi uyarınca yine yüksek oranda bir artışla 24 YIL HAPİS cezası öngörülmektedir. Bu cezalar ORANTILI DEĞİLDİR. Bu nedenle Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırılık sözkonusudur.

Anayasamızın 41/2. maddesine göre, devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alır. Ancak 4 yaşındaki çocuğu koruyucu tedbir ile 14 yaşındaki çocuğu koruyucu tedbir aynı ağırlıkta, nitelikte ve ölçüde olmamalıdır. Çocukların fiziksel ve zihinsel gelişimine uygun düşmeyen tedbirler ve ceza içeren yasa maddelerinin, çocuklar ve aile için telafisi imkansız zararlara yol açacağı açıktır. 13-14 yaşındaki mağdurlara yönelik cinsel istismar suçlarının failleri de çoğu zaman suça sürüklenen çocuktur. Aynı yaş grubunda ve aynı okulda öğrenim gören çocuklar arasında da bu suçların işlendiği açıktır. Cinsel istismar olaylarında rızası olan mağdur çocukları korurken, onlardan 1-2 yaş büyük olan 15-16 yaşlarında olan suça sürüklenen çocuklara yüksek cezalar tayin etmek, çocukların korunmasındaki dengeyi önemli ölçüde bozacak, ailede ve toplumda onarılamayacak yaralar açacaktır. Bu yönüyle de TCK 103/1, 103/1-a, 103/2-3-a maddeleri Anayasanın 41. maddesine de açıkça aykırıdır. Bu nedenle kanun koyucunun, 15 yaşından küçüklerde, en azından 12-15 yaş grubunda kendisine cebir tehdit yönelmeyen mağdurun cinsel davranışına, rızasının varlığına veya iradesinin geçerli olduğuna dair bir düzenleme ile kademeli bir ceza anlayışını içeren bir hüküm ihdas etmesi gerektiği açıktır. Nitekim 01/07/1926 tarihinde yürürlüğe giren ve uzun süre yürürlükte kaldıktan sonra 01/06/2005 tarihinde mülga olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 414 ve devamı maddelerindeki düzenlemeler, bu hususları nazara alan hükümler içermektedir. Kanun koyucunun, suç tipini tayin ile cezanın alt ve üst sınırını belirlemede bir takdir yetkisi elbette mevcuttur. Ancak bu takdir yetkisi kullanılırken, farklı durumda, konumda, ve statüde olanlar için farklı cezai müeyyide içeren düzenlemeler yapılması lüzumu adalet anlayışı içinde olan hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

Gelişmiş ve demokratik tüm ülkelerde, çocuğun cinsel istismarı suçu bulunmakla beraber suçun, kanunun normatifleştirilmesi sırasında, taraf haklarını koruyucu bir şekilde düzenlendikleri ve suç ile ceza arasında bir orantı gözetildiği gibi, mağdurun özel durumuna göre de, daha adil bir yaklaşım gösterildiği açıktır. Oysa Türk Ceza Kanununda, gelişmiş ve demokratik tüm ülkelerde bulunmasına rağmen, çocuğun cinsel istismarındaki asgari yaş sınırı fevkalade yüksek tutulduğu gibi, mağdur küçüklerin yaşı ile ilgili hakkaniyete uygun ve kademeli bir ceza arttırımı bulunmaktayken, 5237 Sayılı TCK'da 15 yaşını ikmal etmemiş tüm mağdur kişilere karşı tek bir ceza öngörülmesi, adalet anlayışı içinde olan hukuk devleti ilkesine açıkça aykırıdır. Sözgelimi, 3 yaşındaki bir erkek çocuğunun ırzına geçen ile 15 yaşını doldurmasına 1 ay kala bir bayan ile rızası dahilinde cinsel ilişkiye giren kişilerin aynı suç kalıbı ile yargılanması eşitlik ve cezaların adaleti ilkelerine aykırıdır. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun anılan hükümlerinin, eylemle orantısızlık içeren ceza sistematığı yönü ile bir çok mağduriyete yol açar nitelikte olduğu ortadadır.

Türk Hukuk sisteminde, suçun en nitelikli hali için en düşük yaş olarak "15 yaşını tamamlamamış" olarak belirlenmiş olmasına rağmen, bu asgari yaş, Amerika'da 12 yaştan küçükler, İngiltere'de 13 yaştan küçükler, Avusturya'da 14 yaştan küçükler, Almanya'da 14 yaştan küçükler olarak belirlenmiştir. 5237 Türk Ceza Kanunu ile 15 yaşını tamamlamamış kişiyle yaşanan ilişkiye, suçun en ağır halinin ceza olarak uygulanması, ceza adaleti ve suç ile ceza arasındaki orantıyı fahiş derecede bozmaktadır.

**Esas Sayısı : 2015/108**

**Karar Sayısı : 2016/46**

Mevcut düzenleme ile korunmak istenen hukuki yarar ile düzenlenen müeyyide arasında bir orantısızlık söz konusudur. Eski 765 sayılı Türk Ceza Kanununda cinsel istismar mağduru olan çocuklar bakımından buldukları yaş aralığına göre farklı müeyyideler düzenlenmiştir. Eski düzenlemeler ile hakime her bir somut olaydaki vehamete ve ağırlığa göre geniş bir takdir hakkı bırakılmıştır. Mevcut düzenlemede ise, birbirinden tamamen bağımsız olan, vehamet ve kamu vicdanlarını sızlatmada farklı ağırlıkta olan tüm olaylarda, aynı kanun maddesinin uygulanır olması kamu vicdanını rahatlatmada ve adaleti tesis etmede eksik kalmaktadır. Zira hukuk devleti ilkesinin amaçlarından biri de şüphesiz kamu vicdanının rahatlatılmasıdır. Yasa koyucu cinsel istismar suçunda korunan hukuksal menfaatin mağduru cinsel özgürlüğü olduğunu düşünerek bu suçu “kişilere karşı suçlar” bölümünde düzenlemiştir. Bu haliyle kişilerin cinsel özgürlüklerine yönelik saldırıların cezalandırılması amaçlanmıştır. Ancak kendini koruyamayacak durumda bulunan mağdurlara yönelik eylemler ile cinsel haz alma çağına gelmiş ve kendi iradesiyle cinsel ilişki yaşamayı tercih etmiş mevcut düzenleme gereği mağdur sıfatına sahip olan çocuklara karşı gerçekleştirilen eylemlerin cezalarının aynı şekilde düzenlenmiş olması suç ve ceza arasında adil denge bulunmadığı noktasında, toplumdaki adalet duygusunun karşılığı olan kamu vicdanında derin yaralar açılmasına neden olmaktadır.

**S O N U Ç** : Yukarıda arz edilen gerekçeler ve inceleme sırasında res’en nazara alınacak diğer nedenler nazara alınarak, Mahkememizin 2015/128 esas sayılı dava dosyasında uygulanma ihtimali bulunan ancak 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası hükümlerine açıkça aykırı hükümler içeren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 6545 sayılı Yasanın 59. maddesi ile değişik 103/1,103/1-a, 103/2, ve 103/3-a maddelerinin İPTALİNE KARAR VERİLMESİ,

Saygılarımızla arz ve talep olunur.”