

Esas Sayısı : 2017/135

Karar Sayısı : 2019/35

“ ...

Tüm dosya kapsamı incelendiğinde; suça sürüklenen çocuk ... hakkında 5237 sayılı TCK'nın 103/2. sevk maddesi ile “çocukların cinsel istismarı” suçundan iddianame düzenlenmiş ve bu iddianame kabul edilerek mahkememizin 2017/25 esasına kaydedilmiş ve kovuşturmaya başlanmıştır.

Cinsel istismar suçunun faili herkes olabilir. Kadın veya erkek herkes cinsel istismarda bulunabilir. Cinsel istismar suçunda mağdurun yaşı konusunda bir düzenleme bulunmakla birlikte failin yaşı bakımından kanuni bir düzenleme getirilmemiştir. Bu nedenle çocuklar arasındaki rızaya dayalı veya karşılıklı cinsel birlikteliklerde (davranışlarda) suçun mağduru ile faili birbirine karışmaktadır. Kimin fail kimin mağdur olduğunun belirlenemediği bir suç tanımı hukuki belirlilik ilkesi çerçevesinde değerlendirildiğinde hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Kimin mağdur kimin fail olduğunun belirlenemediği böyle bir suç tanımı hukuk devleti ilkesi içerisinde yer bulamaz. Cinsel davranışları karşılıklı gerçekleştiren çocuklar açısından cinsel olarak istismar edilen çocuğun aynı zamanda karşısındaki çocuğu bu şekilde mağdur etmiş olması hukuk devleti ilkesi açısından kabul edilemez bir durumdur. Reşit olanlar arasındaki cinsel ilişki suçunun rızaya dayanması durumunda bu cezalandırılmamaktadır. Kanuni düzenleme reşit olmayanlar arasında gerçekleşen rızaya dayalı veya karşılıklı cinsel ilişkiyi neden cezalandırdığı konusunda da belirlilikten uzaktır. İtalyan Ceza Kanunu gibi çağdaş Ceza Hukuku düzenlemelerinde çocuklar arasında rızaya dayalı veya karşılıklı gerçekleşen cinsel birlikteliklerde (davranışlarda) suçun mağduru ile faili arasındaki ayrımı yapmayı sağlayacak aralarındaki yaş farkını veya başka kriterleri esas alan düzenlemeler varken, iptali istenen 5237 sayılı TCK'nın 103/1. ve 103/2. maddelerinde böyle bir kriter de yer verilmemiştir.

Ayrıca 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. Yasa failin de çocuk olması gibi özelliklerin dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânım da 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 yasada belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu da söylenemez. Kural bu haliyle ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden ölçülülük ilkesi çerçevesinde de hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır.

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 da 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

Esas Sayısı : 2017/135

Karar Sayısı : 2019/35

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. 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. 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 ilkesine** de 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.

Ayrıca hem mağduru hem faili olduğu cinsel istismar fiilinden dolayı çocuğun cezalandırılması çocuk haklarına da aykırıdır. Açıklanan nedenlerle 5237 sayılı TCK'nın 103/1. ve 103/2. maddeleri, Anayasanın 2., 41. maddelerine aykırıdır. Bununla beraber 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinin iptali kararının ardından yeniden düzenlenmiş güncel hali ile yukarıda bahsi geçen kararın belirtilen bölümlerindeki ve kararın bütünündeki iptal gerekçelerine cevap vermediği açıktır. İptali gerekir.

Suçta sürüklenen çocuk ... hakkında mahkememiz **2017/25** esasında yürütülen kovuşturmayla ilişkin olarak, uygulanacak kanun hükümleri olan 5237 sayılı TCK'nın 103/1. ve 103/2. maddelerinin, Anayasa'nın 2., 41. maddelerine aykırı olduğuna kanaat getirildiğinden ve Anayasanın 152. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, bu kovuşturma şartının gerçekleşmesini beklemek üzere 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesi gereğince, kovuşturma şartının henüz gerçekleşmediğinin anlaşılması nedeniyle, kovuşturma şartının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini beklemek üzere, DURMASINA karar verilmiştir.

H Ü K Ü M : Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere ;

... üzerine atılı "Çocuğun Nitelikli Cinsel İstismarı" suçuna ilişkin; ... beyanları, tanık beyanları, mağdur ve müşteki beyanları, Kırklareli Devlet Hastanesinin mağdur hakkındaki 06/01/2017 tarihli 73912978/15-3/53, 73912978/15-3/52 ve 73912978/15-3/54 sayılı kati doktor raporları, dosya kapsamındaki bilgi ve belgeler, nedeniyle belirtilen ... üzerine atılı suçu işlediğine ilişkin kuvvetli suç şüphesinin bulunması, belirtilen ... üzerine atılı suçların 5271 sayılı CMK'nın 100/3. maddesinde belirtilen tutuklama nedeni varsayılan suçlardan da olması da göz önünde bulundurularak tutuklama nedeninin var olmakla birlikte, belirtilen yönünden tutuklamadan umulan muhakemeye ilişkin faydanın sağlanması, delillerin büyük ölçüde toplanmış olması, özgürlüğün esas hürriyeti kısıtlamanın istisna olması, hususları gözönünde bulundurularak, **TAHLİYESİNE**, ... bir başka suçtan tutuklu ya da hükümlü değilse salıverilmesi için tahliyeleri konusunda Cumhuriyet Başsavcılığına yazı yazılmasına, belirtilen nedenlerle 5271 sayılı CMK'nın 109. maddesi gereğince **ADLİ KONTROL'e** tabi kılınmalarına, Adli kontrol tedbiri olarak, umulan faydanın sağlanacağı takdiri ile, ... **5271 sayılı CMK'nın 109/3-a maddesinde yer bulan yurt dışına çıkmama adli kontrol tedbiri** ile ... 5271 sayılı **CMK'nın 109/3-b maddesinde yer bulan yerleşim yerine en yakın**

Esas Sayısı : 2017/135

Karar Sayısı : 2019/35

kolluğuna her hafta Cuma günleri mesai saatleri içinde düzenli olarak başvurması adli kontrol tedbirinin seçilmesine,

Suça sürüklenen ocuk ... hakkında mahkememiz 2017/25 esasında yürütülen kovuşturmaya ilişkin olarak, uygulanacak kanun hükümleri olan 5237 sayılı TCK'nın 103/1. ve 103/2. maddelerinin, Anayasa'nın 2., 41. maddelerine aykırı olduğuna kanaat getirildiğinden ve Anayasanın 152. maddesi gereğince, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, bu kovuşturma şartının gerçekleşmesini beklemek üzere 5271 sayılı CMK'nın 223. maddesi gereğince, kovuşturma şartının henüz gerçekleşmediğinin anlaşılması nedeniyle, kovuşturma şartının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini beklemek üzere, **DURMASINA,**

Anayasa Mahkemesinin kararından sonra dosyanın yeniden ele alınmasına,

Yargılama giderleri konusunun nihai hükümle birlikte karara bağlanmasına, esasın bu şekilde kapatılmasına,

İşbu kararın mahkememizce tutulacak karar kartonuna konulmasına,

Her iki tarafça belirtilen diğer hususların durma kararının niteliği de göz önünde bulundurularak Anayasa Mahkemesi kararından sonra değerlendirilmesine,

Dair, suça sürüklenen ocuk ..., mdafı, katılanlar ... ve katılanlar vekilinin yüzünde tefhim tarihinden itibaren,, iddia makamı Cumhuriyet Savcısı ... katılımı ile isteme uygun olarak yedi gün içerisinde, mahkememize veya bulunulan yer mahkemesine verilecek dilekçe veya zabıt katibine yapılacak sözlü beyanın tutanağa geçirilmesi ve bu tutanağın hakime onaylatılması sureti ile durma karar ve tahliye kararma karşı Kırklareli 2. Ağır Ceza Mahkemesine itiraz kanun yolu açık olmak üzere, kanun yoluna gidilmediği taktirde kararın kesinleşeceğine dair ihtararla, 5271 sayılı CMK'nın 35/1, 231/1 maddesi uyarınca ve 232/6. maddesine ve mütalaaya uygun olarak oybirliği ile karar verildi."