

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2006/154

Karar Sayısı : 2009/35

Karar Günü : 26.2.2009

R.G. Tarih-Sayı :05.06.2009-27249

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

- 1- Manisa Ağır Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2006/154)
- 2- Tunceli Ağır Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2007/30)
- 3- Şebinkarahisar Ağır Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2008/43)
- 4- Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2008/97)
- 5- Kütahya 1. Ağır Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2009/3)

İTİRAZLARIN KONUSU : 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Onsekiz yaşından büyüklere cinsel saldırıda bulunmak suçundan sanıklar hakkında açılan kamu davalarında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptalleri için başvurmuşlardır.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu (5) numaralı fıkrayı da içeren "Cinsel saldırı" başlıklı 102. maddesi şöyledir:

"(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır.

(3) Suçun;

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

- b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,
- c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlılığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı,
- d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.

(5) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

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

2- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu (6) numaralı fıkrayı da içeren "Çocukların cinsel istismarı" başlıklı 103. maddesi ise şöyledir:

"(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

a) Onbeş 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, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) **(Değişik: 29/6/2005 - 5377/12 md.)** Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısımlı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

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

(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

A- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, E. 2008/97 ve E. 2009/3 sayılı dosyalarda 13.11.2008 ve 29.1.2009 günlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İtiraz yoluna başvuran Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi ile Kütahya 1. Ağır Ceza Mahkemesince Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının iptali istenmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, onsekiz yaşından büyüklere yönelik cinsel saldırı suçu düzenlenirken, aynı Yasa'nın 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasında onsekiz yaşından küçüklere yönelik cinsel istismar suçu düzenlenmiştir. Başvuran Mahkemelerin bakmakta olduğu her iki davada, suç tarihi itibarıyla, mağdureler onsekiz yaşından büyüktür. Dolayısıyla, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (6) numaralı fıkrası, davada uygulanacak kural niteliğinde değildir Bu nedenle, 13.11.2008 ve 29.1.2009 günlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasına ilişkin başvuruların Mahkemelerin yetkisizliği nedeniyle reddine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, E. 2006/154 sayılı dosyada 4.12.2006 gününde, E. 2007/30 sayılı dosyada 28.3.2007 gününde, E. 2008/43 sayılı dosyada 15.5.2008 gününde, E. 2008/97 sayılı dosyada 13.11.2008 gününde, E. 2009/3 sayılı dosyada ise 29.1.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

E. 2007/30, E. 2008/43, E. 2008/97 ve E. 2009/3 sayılı davaların aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E. 2006/154 sayılı dava ile birleştirilmelerine, birleştirilen davaların esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E. 2006/154 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kural, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararlarında, itiraz konusu kuralda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının tanımlanmadığı, özellikle mağdurun ruh sağlığının hangi aşamada ve ne şekilde bozulduğunun saptanmasının tıbben mümkün olmadığı, ruh sağlığının bozulmasına ilişkin olaydan hemen sonra veya bir müddet geçtikten sonra alınacak doktor raporları arasında çelişkili durumların ortaya çıkabileceği, cinsel saldırı suçunun temel veya nitelikli halinin işlenmesi sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda faile aynı cezanın verilecek olmasının suç ve ceza arasında bulunması gereken oranlılık ilkesinin ihlali anlamına geldiği, suçun temel ve nitelikli hallerini işleyen sanıkların durumlarının farklı olmasına karşın bunlara aynı cezanın verilmesi ile ruh sağlığı farklı süreler için bozulan mağdurlar nedeniyle faillerin aynı ceza sınırları içinde cezalandırılmalarının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu belirtilerek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralı da içeren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde, cinsel saldırı suçu düzenlenmiştir. Yasa'da erişkin kişilere karşı işlenen eylemler yönünden "cinsel saldırı" terimi, çocuklara yönelik cinsel içerikli eylemler için ise "cinsel istismar" ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu suç, Türk Ceza Kanunu'nun "İkinci Kitap"ının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısım'ının "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altındaki "Altıncı Bölüm"ünde düzenlenmiştir. Bu suçla korunan hukuksal yarar, kişinin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığıdır. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, suçun temel şeklinin yaptırımı belirlenmiş ve cinsel saldırı suçunun temel şekli tanımlanmıştır. Maddede cinsel saldırı olarak kabul edilen "cinsel davranışların" neler olduğu belirtilmemiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, cinsel davranış, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik, ancak cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlardır. Maddenin (2) numaralı fıkrasında, bu suçun işleniş tarzı itibarıyla nitelikli hâli tanımlanmıştır. Buna göre, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. İtiraz konusu (5) numaralı fıkra ise söz konusu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli düzenlenmiştir. Cinsel saldırı suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığı bozulmuş ise faile 10 ilâ 20 yıl arasında bir hapis cezası verilecektir. Ancak, bu durumda, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi şarttır.

Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu 102. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, aynı maddenin (1) ve (2) numaralı fıkralarında belirtilen eylemler sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda failin on yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacağı hükmüne yer verilmiştir. Anılan fıkradaki hapis cezasının üst sınırı, Türk Ceza Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca yirmi yıl olduğundan, fıkra da öngörülen ceza 10 ilâ 20 yıl arasında hapis cezasıdır. Bir başka ifadeyle, cinsel saldırı suçunun gerek basit (m. 102/1)

gerekse nitelikli (m. 102/2) halinin işlenmesi sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda, Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca faile 10 ilâ 20 yıl arasında hapis cezası verilmesi gerekecektir. Söz konusu düzenlemeden, yasakoyucunun cinsel saldırı eylemi nedeniyle mağdurun beden veya ruh sağlığında ortaya çıkan bozulmayı dikkate aldığı, bunu meydana getiren hareketin basit ya da nitelikli olması arasında bir ayırım yapmadığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti, 5. maddesinde de devletin temel amaç ve görevleri belirtilmektedir. 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, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırım 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 korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır.

Sadece failin hareketini esas alarak ve hareket için öngörülen ceza miktarlarını kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında herhangi bir suç için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o suçun toplum yaşamında yarattığı

etkinin de dikkate alınması gerekir. Cezanın belirlenmesinde suçtan zarar görenin kişiliği ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğu da etkilidir. Yasakoyucu, değişik eylemler için değişik cezalar yanında, daha hafif bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebilir. Nitekim, yasakoyucunun cinsel saldırı 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 saldırı suçunda korunan hukuksal menfaatin öncelikle mağdurun cinsel özgürlüğü ve doğal olarak cinsel saldırı sonucunda etkilenecek olan fiziksel ve ruhsal bütünlüğü olduğunu kabul ederek bu suçta "Kişilere karşı suçlar" bölümünde yer verdiği görülmektedir.

Cinsel saldırı suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasının suçun netice sebebiyle ağırlaştırmış hali olduğu ve netice sebebiyle ağırlaştırmış suçlarda ise failin gerçekleşen ağır neticeden sorumlu olabilmesi için Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca en az taksirle hareket etmesinin yeterli olduğu dikkate alındığında, "*en az taksir düzeyi*"nde kabul edilebilen bir hareketin hafif veya ağır olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Yasakoyucunun takdir yetkisine dayanarak ve mağdurda meydana gelen neticeyi dikkate alarak yaptığı itiraz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü yoktur.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38., Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesini, kuralın "açık", "anlaşılır" ve "sınırlarının belli olması"nı zorunlu kılar. Bu ilke, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanmakta, böylece temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlamaktadır.

İtiraz konusu kuralda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının tanımına yer verilmemiştir. Yasakoyucu burada, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halini cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak öngörmüş ve bu kavramın her somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanmasını ise uygulamaya bırakmıştır. Beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı konusu, mağdurların yaşı, bedensel gelişim derecesi, ruhsal, sosyal ve kültürel yapılarına göre göreceli bir nitelik taşıdığından, söz konusu durumun her somut olayda ilgili uzmanların raporlarıyla ortaya konması gerekmektedir. Bu nedenle, yasakoyucunun beden veya ruh sağlığının bozulmasının tanımını yapmamasının suçta yasallık ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 5. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır. Anayasa'nın 10. maddesi yönünden yapılan değerlendirmeye Fulya KANTARCIOĞLU ve Ahmet AKYALÇIN ek gerekçeyle katılmışlardır.

VII- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 26.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI

Üye	Üye	Üye
-----	-----	-----

Fulya KANTARCIOĞLU

Ahmet AKYALÇIN

Mehmet ERTEN

Üye

A. Necmi ÖZLER

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Şevket APALAK

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

EK GEREKÇE

Başvuran Mahkeme itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmesine karşın karar gerekçesinde bu yönden inceleme yapılmasına gerek görülmemeyerek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ceza düzenlemeleri yapmanın yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesiyle herkese hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalar önünde eşit davranılması güvence altına alınmakta, böylece bireylerin yasalardan eşit yararlanma konusundaki temel haklarına da işaret edilmektedir. Eşitliğin hukuk devletinin de önde gelen temel ilkelerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Yasa koyucunun ceza hukuku alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisi, sınırsız olmayıp Anayasa ve hukukun genel ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Başvuran mahkeme tarafından yasa koyucunun düzenleme yapma konusundaki takdirini eşitlik ilkesine aykırı olarak kullandığı ileri sürülerek, yalnız Anayasa'nın değil, evrensel hukukun da temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılıktan kaynaklanan bir temel hak ihlâlinden söz edilmektedir. Ceza hukuku alanında, suç sayılan eylemlerin belirlenmesi ve korunan hukuki yarar, suçu işleyenler ile suçun nitelikleri gözetilerek bunlara verilecek cezanın türü ve miktarının saptanması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi içinde ise de bu durum, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık gibi temel hak ihlâli savları karşısında Anayasal denetim yapılmasına engel oluşturmaz. Esasen Anayasa yargısının amacı ve işlevi de bu denetimi zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle konunun, başvuran Mahkeme'nin ileri sürdüğü eşitlik ilkesi

Esas Sayısı : 2006/154

Karar Sayısı : 2009/35

yönünden de incelenerek itiraz konusu kuralın hangi gerekçe ile bu ilkeye aykırı olmadığına belirtilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun karardaki redde ilişkin görüşüne katılıyoruz.

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

Üye

Ahmet AKYALÇIN