

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2015/43
Karar Sayısı : 2015/101
Karar Tarihi : 12.11.2015
R.G. Tarih-Sayı : 11.12.2015 - 29559

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Batman 2. Ağır 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. maddesi ile yapılan değişiklik öncesinde yürürlükte bulunan 103. maddesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Sanık hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçuyla cezalandırılması talebiyle açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜ

5237 sayılı Kanun'un, 6545 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik öncesinde yürürlükte bulunan ve bakılmakta olan davada uygulanacak kural olma niteliği taşıyan 103. maddesi 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) Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, 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 gerçekleştirilmesi halinde, 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 başvurulmuş 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."

II- İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca, Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA'nın katılımlarıyla 22.4.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine 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.

3. Başvuru kararında, Kanun'un 103. maddesinin tamamının iptali istenilmiştir. İtiraz yoluna başvuran Mahkemede bakılmakta olan dava çocuğun nitelikli istismarına ilişkin olup, maddede bu suça ilişkin olarak uygulanacak kurallar (2) ve (6) numaralı fıkralardır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın (2) ve (6) numaralı fıkraları dışındaki fıkraların itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

4. 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin;

A- (1), (3), (4), (5) ve (7) numaralı fıkraları, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanacak kural niteliğini taşımadığından, bu fıkralara ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B- (6) numaralı fıkrasına ilişkin itiraz başvurusunun, Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrası ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince REDDİNE,

C- (2) numaralı fıkrasının ESASININ İNCELENMESİNE, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- İtirazın Gerekçesi

6. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralın, çocuk yaşıta gerçekleştirilen evliliklerin önüne geçilmesi ve çocuklara karşı cinsel istismarın önlenmesi nihai amacını taşıdığı, buna rağmen evlilik birliği devam eden ve bu birlik içinde çocuk sahibi olan ailelerde küçük yaşıta evlenilmiş olması nedeniyle babanın ceza yaptırımına tâbi tutulmasının ülkenin sosyal ve kültürel yapısıyla bağdaşmadığı, halen evli olan şahısların durumları için farklı bir yaptırım belirlenmediği için kutsal aile kurumunu koruma imkânının ortadan kalktığı, küçük yaşıta bir kıza zorla tecavüz eden bir kişi ile toplumsal alışkanlıkları gereği geleneklere göre yaşı küçük biri ile evlenen ve çocuk sahibi olan kişinin aynı yaptırıma tâbi tutulmasında kamu yararı bulunmadığı, adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözetilmediği, evlilik birliği içerisindeki kadının ve çocuğun haklarının ağır derecede zedelendiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

7. İtiraz konusu kural, çocuklarda cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağını öngörmektedir.

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

9. Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun temel ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı 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 korunmasını da dikkate almak zorundadır. Ancak, suçun sadece failin eylemlerini esas alarak ve bu eylemler 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 kıyaslamadan değil, ceza siyaseti yanında o suçun toplumda yarattığı etkinin de dikkate alınması gerekir. Cezanın belirlenmesinde suçtan zarar görenin kişiliği ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğu da etkilidir.

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

11. Anayasa'nın 10. 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, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlâli 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.

12. 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.

13. Anayasa'nın 41. maddesinde aile Türk toplumunun temeli olarak tanımlanmış, ailenin birey ve toplum hayatındaki önemine işaret edilmiş ve Devlete, ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklenmiştir. Aynı zamanda maddeye 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'la eklenen dördüncü fıkrada da Devletin, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeyle, "*Ailenin korunması*" şeklindeki madde başlığı "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" şeklinde değiştirilip maddeye çocukların korunması konusu da eklenerek çocukların temel hakları vurgulanmış ve Devletin çocukları koruma adına çeşitli tedbirler alması gerektiği belirtilmiştir. 5982 sayılı Kanun'un genel gerekçesi ile 4. maddesinin 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, tarafı olduğumuz 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 dahil edilmesinin öngörüldüğü ve her çocuğun himaye ve bakımdan yararlanma hakkı olduğu belirtilmektedir.

14. 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 sömürüsü hakkında, ülkemizin de taraf olduğu ve kabul ettiği Çocuk Hakları Sözleşmesi,

Lanzarote Sözleşmesi (Çocukların Cinsel Suistimale ve Cinsel İstismara Karşı Korunması'na Dair Sözleşme) ve Lizbon Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmeler yapılmış ve tavsiye kararları alınmıştır. Söz konusu metinlerde temenninin ötesinde üye devletlerin mevzuatında çocuğun cinsel istismarının önlenmesine ilişkin olarak etkili, ölçülü ve caydırıcı cezaların oluşturulması gereğine vurgu yapılmıştır. Uluslararası alandaki bu gelişmeler doğrultusunda kanun koyucu, çocukların etkin bir şekilde korunmasına yönelik olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda önemli değişiklikler yapmıştır.

15. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 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 aleyhine 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, mağdur veya mağdurenin 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 bağlamıştır.

16. İtiraz konusu kuralda, kanun koyucu takdir yetkisi kapsamında çocuklarda cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması şeklinde nitelikli hali hakkında ceza yaptırımı 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 bu suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmeleri, cinsel istismarın yetişkinlere nazaran daha kolay işlenmesine neden olmakta ve bu suçlar çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakmaktadır. Bu bağlamda, söz konusu suçların işlenmesini önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınması Devletin en önemli pozitif yükümlülüklerinden biridir. Zira Anayasa'da olduğu gibi çocukların korunmasına yönelik tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ile tüm uluslararası metinlerde de çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsü hakkında etkili ve caydırıcı cezalar düzenlenmesi de dâhil olmak üzere devletlerin bu konuda gerekli tedbirleri almalarına özellikle vurgu yapılmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucu itiraz konusu kuralla, suçun niteliğini, mağdurun yaşını ve mağdurda oluşan zararı gözeterek cinsel istismar suçunun nitelikli halini cinsel saldırı suçunun basit halinden ayrı bir suç olarak düzenleyerek söz konusu fiiller hakkında sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası öngörmüştür.

17. 5237 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (b) fıkrasında çocuk, henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmaktadır. İtiraz konusu kuralın da yer aldığı 103. maddede düzenlenmiş olan çocukların cinsel istismarı suçunda mağdur olabilme yaşı bakımından çocukları iki gruba ayırmak mümkündür. Bunlardan ilkinin onbeş yaşını tamamlamamış çocuklar, ikincisini ise onbeş ile onsekiz yaş arasındaki çocuklar oluşturmaktadır.

18. Kanun koyucu suçun mağdur üzerinde yaratacağı etkileri dikkate alarak yaptığı ayırmada birinci grup olan onbeş yaşın altındaki çocukların, yeterli psikolojik ve fiziki olgunluğa ulaşmamış olmaları nedeniyle kendilerine yönelik olarak yapılan cinsel davranışların anlamını ve ağırlığını idrak etmelerinin mümkün olmadığını ve bunların cinsel davranışlara ilişkin rızalarının geçersiz olduğunu kabul etmiştir. Bu suretle kanun koyucu onbeş yaşın altındaki çocukları mutlak bir koruma altına almaktadır.

19. Onbeş ilâ onsekiz yaşlarındaki çocuklar bakımından ise kuralla öngörülen suçun oluşabilmesi için mağdurun, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olması ya da bu yeteneği gelişmiş olsa da mağdura yönelik olarak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyecek başka bir nedene dayalı olarak fiilin gerçekleştirilmiş olması şartı aranmaktadır. Bu yaş aralığında bulunan ve suçun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklarla, cebir, tehdit ve hile olmaksızın gerçekleştirilen cinsel ilişki ise 5237 sayılı Kanun'un 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasında soruşturması ve kovuşturması şikâyetle bağlı "*reşit olmayanla cinsel ilişki*" suçu olarak düzenlenerek yaptırımını altı aydan iki yıla kadar hapis cezası şeklinde öngörülmektedir. Kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında, fiilin yol açması muhtemel zararları da göz önünde bulundurarak düzenlediği itiraz konusu kuralın, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli ve orantılı olduğu anlaşıldığından kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

20. Ayrıca itiraz konusu kuralda öngörülen suçun koruduğu hukuki değer, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar ile bu yeteneği gelişmiş olmakla birlikte cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyecek başka bir nedene dayalı olarak kendilerine karşı gerçekleştirilen cinsel istismar nedeniyle mağdur olan çocukların cinsel dokunulmazlığı ile beden ve ruh sağlığıdır.

21. Çocukların cinsel istismarına ilişkin olarak Türk Ceza Kanunu'nda yer alan bu düzenlemenin temelinde çocukları her türlü cinsel istismara karşı korumak amacı bulunmaktadır. Failin kimliği ve konumu, verilecek cezanın artırılması bakımından gözetilecek bir husus olarak kabul edilmiş ve cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, 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 gerçekleştirilmesi halinde verilecek cezanın yarı oranında artırılması öngörülmüştür. Bir başka deyişle, mağdura yakınlığı veya mağduru koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişilerin bu konumlarını kullanarak söz konusu suç işlemeleri cezanın artırılma nedeni olarak öngörülmüştür.

22. İtiraz başvurusunda ifade edildiği üzere failin mağdur ile evli olması ya da daha sonra evlenmesi halleri, kanun koyucu tarafından bu suç nedeniyle verilecek cezanın azaltılması sebebi olarak kabul edilmemiştir.

23. Türk Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin hükümleri incelendiğinde, Türk Ceza Kanunu'nda benimsenen ve henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişilerin çocuk olarak tanımlanması yolundaki yaklaşımın bir benzerinin kabul edildiği ve onsekiz yaşını dolduran her kişinin ergin sayıldığı ve evlenmenin kişiyi ergin kılacağına hükme bağlandığı görülmektedir. Yine Türk Medeni Kanunu'nda, erkek veya kadının onyediyi yaşını doldurmadıkça evlenemeyeceği, ancak olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine hâkimin izin verebileceği belirtilmiştir. Bu anlamda, kişinin onsekiz yaşını doldurmadan önce evlenebilmesinin koşullarının Türk Medeni Kanunu'nda düzenlendiği ve buna uygun olarak gerçekleşen evlilikler yönünden itiraz konusu kuralda öngörülen suçun işlenebilmesinin mümkün olmadığı açıktır. Kaldı ki evli kişilerin cinsel davranışlarla eşlerinin vücut dokunulmazlığını ihlâl etmesi, Türk Ceza Kanununun 102. maddesinde, takibi şikâyetle bağlı olan ayrı bir suç olarak öngörülmüştür.

24. Öte yandan, çocukların cezai sorumluluğu da Türk Ceza Kanununda özel olarak düzenlenmiş ve cezai sorumluluklarının kapsamı ile verilecek cezaların türleri ve süreleri

bakımından bu kişiler lehine özel hükümler getirilmiştir. Cinsel istismar suçunu işleyen failin çocuk olması halinde, bu kişilere söz konusu hükümlerin uygulanacağı da açıktır.

25. Çocukların cinsel istismara uğramalarını önlemeyi amaçlayan kanun koyucu tarafından, söz konusu suçun işlenmesini kolaylaştıran bir konuma sahip olan failerin farklı konumlarının gözetilerek bu kişilerin farklı kurallara tabi kılınması ve cezalarının artırılması dışında, bu suçu işleyen failer arasında bir ayırım gözetilmeksizin bu kişilerin cezai sorumlulukları bakımından aynı kurallara tabi tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

26. Cinsel istismar suçu failinin, mağdur çocuk ile evlenmesi halinde cezasının azaltılması, tecavüzcüsü ile evlenmesi hususunda mağdur çocuğa ve ailesine yapılabilecek baskılara sebep olabilecek nitelikte olup, kanun koyucu tarafından benimsenmeyen bu durumun ailenin korunması kapsamında değerlendirilerek kuralın Anayasa'ya aykırılığından söz edilebilmesi olanaklı değildir. Kanun koyucunun bu yaklaşımının, çocuğun cinsel istismarı suçu ile sınırlı olmadığı; 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 423. maddesinde yer alan kızlık bozma suçunda yer alan "*Evlenme vukuu halinde ceza sakit olur. Şu kadar ki beş sene zarfında makbul bir sebep olmaksızın boşanma vakı olursa hukuku umumiye davası avdet eder.*" hükmüne ve 434. maddesinde yer alan ırza geçme suçunda "*Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkumlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur. Müruru zaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektirilir.*" hükmüne 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer verilmediği de bu bağlamda belirtilmelidir. 5237 sayılı Kanun'daki düzenlemelerde, cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında, daha sonra evlilik birliğinin kurulması ceza sorumluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan bir neden ya da ceza indirim nedeni olarak kabul edilmemiştir.

27. 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.

28. 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 açıktır. Cinsel istismara uğrayan çocuklar açısından bu eylemin yaşam boyu sürececek etkileri gözetildiğinde, bu kişilerin eylem tarihi itibarıyla aile hayatları olumsuz etkileneceği gibi mağdur çocukların ergin olduklarında kuracakları aile hayatları yönünden de bu olumsuz etkilerin devam etmesi söz konusudur.

29. 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, ceza yaptırımlarının taşınması gereken ödetici, önleyici ve caydırıcı niteliklerin gözetilerek bu suçu işleyenlerin sekiz yıldan onbeş 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. maddesi hükmüne aykırılık bulunmamaktadır.

Esas Sayısı : 2015/43
Karar Sayısı : 2015/101

30. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

31. Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamışlardır.

IV- HÜKÜM

26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesi ile yapılan değişiklik öncesinde yürürlükte bulunan 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, Hasan Tahsin GÖKCAN ile Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 12.11.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Başkanvekili
Zühtü ARSLAN	Burhan ÜSTÜN	Engin YILDIRIM
Üye	Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye	Üye	Üye
Recep KÖMÜRCÜ	Alparslan ALTAN	Nuri NECİPOĞLU
Üye	Üye	Üye
Hicabi DURSUN	Celal Mümtaz AKINCI	Erdal TERCAN

Üye

Muammer TOPAL

Üye

M. Emin KUZ

Üye

Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye

Kadir ÖZKAYA

Üye

Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

Mahalli mahkeme tarafından itiraz yoluyla iptali istenen kural, 5237 sayılı TCK'nın "Çocukların cinsel istismarı" başlığını taşıyan 103. maddesinin ikinci fıkrasıdır. Anılan kural daha sonra 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle değiştirilmiştir. Ancak, iptali istenen ve suç tarihinde (26.10.2008) yürürlükte bulunan kural şöyledir;

"Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

TCK'nın 103. maddesinin ilk fıkrasında suçun basit cinsel istismarı tanımlayan temel şekline üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası öngörülmekte, nitelikli halini düzenleyen 6. fıkrasında ise, fiil sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde hapis cezasının onbeş yıldan az olamayacağı hükme bağlanmaktadır. Bu nedenle, ikinci fıkra kapsamındaki bir fiil sonucunda altıncı fıkranın uygulanması da gerekmişse ceza miktarı onbeş yıldan az olamayacaktır. İncelemeye konu ikinci fıkra, cebir veya tehdit olmaksızın gerçekleşen cinsel istismar fiillerini düzenlemektedir. Cinsel istismarın 15 yaşını tamamlamayan küçüklere karşı cebir veya tehdit kullanılmak suretiyle işlenmesi durumunda 4. fıkra uyarınca ceza yarı oranında arttırılmaktadır. Ancak burada yapılan değerlendirme, cebir tehdit olmaksızın işlenen fiillerle ilgilidir.

İtiraz yoluna başvuran ceza mahkemesinde yargılanan reşit sanık hakkında, 14 yaşındaki mağdure ile cebir, tehdit veya hile olmaksızın rızasıyla cinsel ilişkiye girip birlikte yaşaması nedeniyle TCK'nın 103/2. maddesi uyarınca yargılanarak cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış, yargılama sırasında mahkemece uygulanması istenilen kuralın Anayasaya aykırı olduğu iddiasında bulunulmuştur.

Çocukların cinsel yönden istismar edilmelerinin önlenmesi ve bu konuda gerekli fiili ve hukuki tedbirlerin alınması, bütün demokratik toplumlar ve hukuk düzenleri bakımından zorunluluk olarak kabul edilmelidir. Nitekim bu konuda çeşitli uluslararası sözleşmeler bulunmaktadır. Türkiye'nin 14.9.1990 tarihinde imzalayıp, 9.12.1994 tarihli ve 4058 sayılı Kanunla uygun bularak kabul ettiği BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 19 ve 39. maddelerinde çocukların cinsel istismarı, 34. maddesinde ise cinsel yönden sömürülmesine karşı önlemlerin alınması, ilgili devletlere yükümlülük olarak yüklenmiştir. Sözleşmeye ek "Çocukların Satışı,

Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi İle ilgili İhtiyari Protokol" ile "Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (CEDAW)" ve Avrupa Konseyince 25.10.2007 tarihinde imzaya açılan ve Türkiye'nin 10.9.2011'de kabul ettiği "Çocukların Cinsel Suiistimale ve Cinsel İstismara Karşı Korunmasına Dair Sözleşme" ile devletlere benzer yükümlülükler öngörülmüştür. Bu kapsamda TCK'nın 103. maddesi ile gerek demokratik hukuk düzeni olmanın ve gerekse Sözleşmelerde kabul edilen pozitif yükümlülüğün gereğinin yerine getirilmesi amaçlanmaktadır. Ancak belirtilmelidir ki suçla mücadele ve çocukların istismardan korunması için ceza yaptırımını öngörülmesi veya yaptırımın çok yüksek tutulması tek başına yeterli değildir. Bu konuda sosyal ve kültürel her türlü tedbirin de alınması gerekmektedir. Nitekim dosya içerisinde yer alan, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nün yazısına göre çocukların cinsel istismarıyla ilgili olarak 2009 yılında açılan ceza davalarındaki suç sayısı 12.635 iken, bu rakam 2014 yılında 18.104 olmuştur.

Kural olarak bir fiilin ceza yaptırımına tabi tutulması ve hangi miktar ceza öngörüleceği hususları suç politikası kapsamında ve kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde. Ancak iptal veya itiraz yolunda Anayasa Mahkemesine Anayasa ile verilen görev, kanundaki düzenlemenin suç tanımı veya ceza yaptırımını yönünden Anayasal ilke ve normlara uygunluğunu denetlemektir.

Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesi; insan hak ve hürriyetlerinin tanınması ve korunmasını, kişilerin hukuki güvenlik içerisinde bulunmalarını, devletin eylem ve işlemlerinde hukuka uygun davranmasını, devlet organlarının hukuka bağlı olmasını ve yargı bağımsızlığı esasına dayalı olarak hukuka uygunluğu denetleyecek adaletli bir hukuk düzeni kurularak bunun sürdürülmesini gerektirmektedir.

Anayasa Mahkemesi anayasal denetimde çoğu kez hukuk devletinin ilke ve gereklerine vurgu yapmış ve ceza normlarının denetlenmesinde ayrıca, suçla yaptırım arasında adil bir dengenin bulunmamasını 'ölçüsüz' ve hukuk devleti ilkesine aykırı görmüştür. (Örnek kararlar için bkz; Utkan Araslı, Anayasal Temel İlke ve Kavramlar, TBB Yay. Ankara 2005, s. 48 vd.) Ölçüsüzlüğün tespitinde ise, kuralın elverişlilik, gereklilik ve orantılılık şeklindeki alt ilkelere uygunluğu yönünden test edilmesi yoluna gidilmektedir. Örneğin casusluk ve kamu sağlığına karşı suçlardan mahkum olanların belirli meslekleri icra edemeyeceklerine ilişkin düzenleme AYM tarafından, "meslek ve görevlerin özellikleri, suçların niteliği, bu suçlara verilen cezalar ve cezaların süresi, kasıt veya taksirle işlenip işlenmediğine bakılmaması, bir kademelendirme yapılmaması ve bu suçlardan mahkum olanların belirli meslek ve görevleri sürekli olarak icra edememeleri, işledikleri suçlara göre adaletli ve eylemle orantılı olmayan ölçüsüz bir hak yoksunluğuna yol açması nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı" görülerek iptal edilmiştir (AYM 25.2.2010, 2008/17 - 2010/44).

TCK'nın aynı bölümünde yer alan 102 ila 105. maddelerdeki cinsel suçların öğeleri birlikte değerlendirildiğinde cinsel istismar teriminin, "mağdurun vücut bütünlüğünü ihlal eder nitelikteki her türlü cinsel davranış" olduğu hususu doktrin ve uygulamada genel kabul görmektedir. Kanun koyucu TCK'nın 103. maddesi ile 15 yaşını tamamlamayan veya tamamlasa dahi fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan yeteneği gelişmemiş küçüklerin cinsel davranışta bulunma konusunda iradelerinin hukuken geçerli olmadığını kabul etmiştir. Diğer bir ifadeyle, maddi ve manevi varlıklarının korunması amacıyla bu kategorideki küçüklerin cinsel deneyim yaşamaları hukuka aykırı görülmüş ve rızalarıyla bile olsa bu küçüklerle karşı işlenen cinsel fiillerin cezalandırılması istenilmiştir.

15 - 18 yaş arasındaki çocuklara karşı ise, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar olarak kabul edilmiştir. 15 yaşını tamamlayan küçükle rızası ile cinsel ilişki kurulması ise şikayete tabi suç olarak düzenlenerek, bu gruptaki küçüklerin iradeleri hukuken geçerli kabul edilmiştir (TCK m. 104/1). Dolayısıyla 15 yaşını tamamlayan küçüğün cinsel birleşme dışındaki cinsel fiillere rızası kabul edilmiş, cinsel birleşme fiili bakımından ise şikayet olmadığı takdirde rızanın hukuken geçerli olduğu benimsenmiştir. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi yaparken, demokratik toplumun gereklerine aykırı olmamak ve ölçsüzlüğe yol açmamak kaydıyla hangi yaş grubunun bu kategori içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini belirleme konusunda da takdir yetkisi bulunmaktadır. Kanun koyucu bu takdirini belirlerken elbette küçüklerin biyolojik ve psikolojik gelişimlerine ilişkin bilimsel verileri, toplumda geçerli genel ahlak ve kültürel şartları vb. unsurları dikkate almaktadır.

Nitekim çeşitli hukuk sistemlerinde gerek mağdur ve failin yaş sınırı ve gerekse yaptırımlar konusunda farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Örneğin Alman hukukunda (Alm. CK m. 176) 14 yaşını tamamlamış küçüğün cinsel davranış konusundaki iradesi geçerli kabul edilmiş, bu yaşı ikmal etmeyenlere karşı rızasıyla dahi olsa işlenen cinsel fiillerin (6 aydan 10 yıla kadar hapisle) cezalandırılması öngörülmüştür. Sözü edilen düzenlemede suça konu cinsel davranışın cinsel birleşme ve benzeri şekilde olması nitelikli hal kabul edilmiş ve cezanın alt sınırının iki yıldan az olamayacağı belirtilmiştir. Fransız Ceza Kanununda da 15 yaşını tamamlamayan küçüğün iradesi hukuken geçerli kabul edilmemiş ve 15 yaşını tamamlamayan küçüğe karşı rıza ile işlenen cinsel fiilin 5 yıl hapis ve 75000? para cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür.

İtalyan Ceza Kanununda cebir veya tehditle cinsel saldırı suçunun 14 yaştan küçüğe karşı işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmüş iken, cebir-tehdit olmaksızın işlenen cinsel fiiller bakımından küçükler 16, 14 ve 10 yaşa kadar olanlar şeklinde yaş gruplarına ayrılarak, cezalandırmada giderek ağırlaşan bir kademelendirme yapılmıştır. Ayrıca, 13 yaşını bitirmiş bir küçükle cinsel davranışta bulunan ve mağdurla aralarındaki yaş farkı üç yaşı aşmayan küçüğün cezalandırılmayacağı kabul edilmiştir (İt. CK 609bis). İngiliz hukukunda ise 13 yaşın altındaki küçüğe karşı işlenen ve penetresyon içeren cinsel fiiller müebbetle varan hapisle cezalandırılmaktadır. Danimarka hukukunda cinsel suçlar bakımından cezalandırmada mağdurların yaşları; 0 - 12 yaş; 12 - 15 yaş ve 15 - 18 yaş şeklinde kademelendirilmiş ve 15 yaşından küçüğe karşı işlendiğinde failin 6 yıldan başlayan hapisle cezalandırılacağı kabul edilmiştir. (Karşılaştırmalı hukukta cinsel suçlar hakkında bkz; Pınar Memiş Kartal, Türk Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı, İst. 2014; Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, Ank. 2013)

Karşılaştırmalı hukukta görüldüğü üzere cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerde mağdur yönünden tek veya daha fazla yaş grubu esas alınmakta ya da failin yaş küçüklüğü de ayrıca gözetilmektedir.

İncelenen kuralın değerlendirilmesine gelince; ilk olarak, yetişkinlerle birlikte aynı kurala tabi kılınan küçük faillerin durumunun ayrıca düzenlenmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Çocukların cinsel istismarı suçunun (TCK m. 103) mağduru kız veya erkek çocuk olabilir. Suçun faili ise yetişkin bir kimse (erkek veya kadın) olabileceği gibi bir çocuk da olabilmektedir. Failin çocuk olması durumunda yaşı mağdurla aynı (örneğin 13 veya 14) olabileceği gibi, mağdurdan birkaç yaş büyük de (15-18 yaş arası) olabilir. Bilimsel olarak 18 yaşını tamamlamayan küçüklerin davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin tam manasıyla

gelişmediği kabul edildiğinden, ceza kanunlarında küçüklerin işledikleri suçlar bakımından; bulunulan yaş kategorisine göre ceza sorumluluğunun bulunmadığı veya ceza indirimi yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin TCK'nın 31. maddesinde 12 yaşını tamamlamayan küçüklerin fiillerinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin yeterince gelişmediği normatif olarak kabul edilmiş ve bunların işleyecekleri suçlar nedeniyle ceza sorumlulukları olmadığı belirtilmiştir. Buna karşın 12 - 15 yaş grubundakiler ise işlenen fiile göre incelenecek, algılama ve yönlendirme yeteneklerinin bulunduğu anlaşılırsa cezalarında yarı oranında indirim yapılacaktır. Yine 15 - 18 yaş arasındaki küçüklerin ise kural olarak algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin ve ceza sorumluluklarının bulunduğu kabul edilmekte ise de, yetişkinler kadar yeterince gelişmediği kabul edildiğinden cezalarında üçte bir oranında indirim yapılması öngörülmektedir. Bu husus TCK'nın 31. maddesinin gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir:

"Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmuş ve fakat henüz onsekiz yaşını tamamlamamış gençler, normal koşullarda, gerçekleştirdikleri davranışların hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğine sahip olmakla birlikte; bu kişilerin, davranışlarını yönlendirme yetenekleri yeterince gelişmemiş olabilmektedir. Bu nedenle, suç yoluna girmiş olan gençlerin işledikleri suçlar bağlamında irade yeteneğinin zayıf olduğu normatif olarak kabul edilmiştir. Azalmış kusur yeteneğine sahip bulunan gençler hakkında kural olarak indirilmiş cezaya hükmedilir."

Görüldüğü üzere 18 yaşını tamamlamayan küçükler de esasında uluslararası sözleşmeler ve kanun tarafından korunması gereken bireyler durumundadır. Nitekim küçük suç failleri Çocuk Koruma Kanununda "suça sürüklenen çocuk" olarak adlandırılmaktadır. 13 ila 18 yaş grubundaki küçük ve gençler biyolojik olarak cinsel dürtülerini en yoğun yaşadıkları dönem içerisindeyler. Cinsel istismar suçu küçükler yönünden diğer suç tiplerinden farklı bir özellik taşımaktadır. Yaşları yakın küçük ve gençlerin birbirlerinin cinsel arzularını uyandıran davranışlarda bulunmaları fail bakımından geçerli olduğu gibi mağdur yönünden de geçerlidir. Nitekim kimi olaylarda her iki küçük taraf da suçun faili olabilmekte ve her ikisi de yüksek hapis cezaları ile cezalandırılabilir. Bu takdirde küçüğü korumanın salt ceza vermekle gerçekleşeceğinin ileri sürülmesi, küçüklerin biyolojik ve psikolojik yapılarını gözardı eden ve bilimsel gerçeklere uymayan bir yaklaşım olacaktır. Örneğin bu düzenleme ve uygulamaya göre, TCK'nın 103. maddesindeki fiili birlikte işleyen ve ikisi de 14 yaşında olup cinsel istismar suçunun her ikisi de faili ve mağduru olan olayda erkek fail TCK'nın 103/2. , 31. maddeleri gereği 7 yıl, kız fail ise 103/1, 31. maddeleri gereği 4 yıl hapis cezası ile cezalandırılabilir. Yine, 14 yaşındaki mağdurla ilişki kuran 16 yaşındaki erkek faile ise 10 yıl hapis cezası uygulanmaktadır. Görüldüğü üzere, aslında amacı çocukları cinsel yönden istismar eden yetişkinlere ağır cezalar öngörerek küçükleri korumak olan 103. maddenin küçük failleri de kapsar biçimde düzenlenmesi ile amaçla çelişen ve küçüklerin gelişimlerine ve kişiliklerine zarar veren bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Başka bir deyişle, 14 veya 16, 17 yaşlarındaki bir küçük failin 15 yaşını tamamlamayan mağdura karşı cebir tehdit veya hile olmaksızın işleyeceği cinsel fiil nedeniyle cezai sorumluluğunun düzenlenmesi konusunda Ceza Kanununun yaş küçüklüğüyle ilgili 31. maddesinden ayrı ve özel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Doktrinde de küçük faillerin durumunun özel olarak düzenlenmeden konunun salt ceza hukuku yaptırımıyla çözümlenmiş olmasının, onların gelişimlerini olumsuz olarak etkileyeceği ifade edilerek eleştiri konusu yapılmıştır (Bkz; Prof. Dr. Mahmut Koca-Prof.Dr. İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2.B. Ankara 2015, s. 311; Murat Aydın, Çocukların Cinsel İstismarı Ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 2.B. Ankara 2014, s. 22). Küçük faillere özgü düzenleme, hukuk

devleti ve ailenin korunmasıyla ilgili anayasal hükümlerin gereği olduğu gibi, yukarıda sayılan uluslararası sözleşmelerin de bir gereğidir. Bu açıdan, kuralda küçük faillerin hukuki durumları yönünden bir fark gözetilmeksizin tüm failler için 8 ila 15 yıl (6. fıkra ile birlikte 15 yıldan az olmamak üzere) hapis cezası öngörülmesi hakkaniyetli ve ölçülü bulunmadığından, düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

İkinci husus, aileleri tarafından küçük yaşta toplum önünde alenen ve fiilen evlendirilen fail ve mağdurlar örneğidir. Fiil boyutunda cinsel istismar niteliği değişmemekle birlikte, mağdurun yaşının ikmali ile resmi evliliğin gerçekleştiği ve çocukların doğmasıyla bir ailenin meydana geldiği bir çok olayda failin cezaevine gönderilmesi, aile birliğini bozan ve adaletsizlik içeren bir uygulama olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda bu durumdaki evli fail-mağdur çiftin Anayasanın 41. maddesi kapsamına girmeyeceği söylenemez. Kaldı ki, ailenin bir parçası olan mağdur küçüğün 41. madde açısından korunması ne derece haklı ve yerindeyse, bir adım sonrasında artık bir aile haline dönüşen mağdur-fail çiftinin korunamayacağının söylenmesi derin bir çelişki oluşturur. Ayrıca, ceza hukukunda ceza sorumluluğu için varlığı öngörülen 'haksızlık bilinci' açısından da bu tür olaylar dikkat çekicidir. İncelenen kuralda bu tür vakalara yönelik onarıcı hukuk kurumlarının öngörülmemiş olması hukuk doktrininde de eleştiri konusu yapılmaktadır (Bkz; Prof.Dr. Durmuş Tezcan - Prof.Dr. M. Ruhan Erdem-Doç.Dr. Murat Önok, Ceza Özel Hukuku, 10.B. Ankara 2013, s. 357; Prof. Dr. Mahmut Koca-Prof.Dr. İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2.B. Ankara 2015, s. 318).

Üçüncü olarak, suç tanımında 0 - 15 yaş arası tüm mağdur gruplarına yönelik fiiller için hakime 15 yıla kadar (6. fıkra ile birlikte 15 yıldan az olmamak üzere) hapis cezasına hükmetme yetkisinin verilmesi de düzenlemeyi ölçüsüz kılmaktadır.

Bilimsel olarak karşılaştırmalı hukukta, 12 yaşını tamamlamayan küçüklerin günlük yaşamlarında karşılaştıkları çeşitli durumlarla ilgili olarak davranışlarının anlam ve sonucunu algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin bulunmadığı, diğer bir anlatımla, 12 yaşını tamamlayan küçüklerin ise belirtilen yeteneklerinin bulunduğu ancak yeterince gelişmemiş olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda TCK'nın 31. maddesi gerekçesine göz atılabilir. Kanun koyucu, bu maddede bilimsel verileri de esas alarak 12 yaşını tamamlayan küçüklerin, bu yaşı tamamlamayanlara oranla davranışlarının anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneklerinin bulunabildiğini normatif olarak kabul etmekte ve bu grubu cezai yönden de (ceza indirimiyle de olsa) sorumlu tutmaktadır. Dolayısıyla, görüleceği gibi farklı yaş kategorilerindeki küçüklerin cinsel fiillere karşı algı ve (tepki koyma veya ikna edilme gibi) davranışları da değişebilmektedir. Karşılaştırmalı hukukta da belirli bir yaştan aşağı küçüklere karşı cinsel fiillerin cezalandırılmasında, mağdurların mental gelişimine göre farklı yaptırımların belirlendiği görülmektedir. Bu bağlamda, çocuğun psikik gelişim dönemlerine göre birden fazla yaş kategorilerinin benimsenmesi de adalet ilkesi yönünden hakkaniyetli bir yaklaşım niteliğindedir. İncelenen kuralın bu tür farklılıkları gözetmeksizin, örneğin suç tarihinde yaşı 14 yıl 11 ay olan bir mağdurla, 10 yaşındaki diğer bir mağdurun bulunduğu tüm fiillerin aynı kategoride ve aynı ağır ceza ile karşılanmış olunması fiille orantılı ve adil ceza verilmesi ilkesine aykırı düşmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, çocukların cinsel istismarını önlemeyi amaçlayan kuralın salt ceza miktarları bakımından ölçüsüz olduğu veya eşitlik ilkesine aykırı bulunduğu söylenemez ise de; kapsadığı farklı olaylar içerisinde hiçbir ayırım yapılmaksızın, tüm fail ve fiillere yönelik aynı ceza kategorisinin öngörülmesi, kuralın hukuk devleti ilkesi bakımından

Esas Sayısı : 2015/43
Karar Sayısı : 2015/101

ölçüsüz olması sonucuna yol açmaktadır. Bu nedenle çoğunluğun ret yönündeki görüşüne katılamıyoruz.

Başkanvekili	Üye	Üye
Burhan ÜSTÜN	Nuri NECİPOĞLU	Celal Mümtaz AKINCI

Üye	Üye	Üye
Muammer TOPAL	Hasan Tahsin ÖZCAN	Kadir ÖZKAYA

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz isteminde bulunan Mahkemece yapılan ceza yargılamasında, mağdurenin 13 yaşında iken sanıkla dini nikâhlı olarak evlendiği, bu birliktelikten iki çocuklarının olduğu, çiftin aralarında cereyan eden ve adli mercilere intikal eden darp olayını takiben sanık hakkında "çocuğun nitelikli cinsel istismarı" suçundan dolayı, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca ceza davası açıldığı ve itiraz Mahkemesince anılan kuralın iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır.

Anılan kurala göre, 15 yaşını tamamlamamış olan çocuk mağdurlar yönünden "rıza" kabul edilmemiş, bilahare sanıkla evlenme halinin gerçekleşmesi hali dahi cezayı azaltıcı/ortadan kaldırıcı bir neden olarak kabul edilmemiş; keza bu suç yönünden "şikâyet" şartının varlığına gerek görülmemiştir. Diğer bir deyişle, 15 yaşını doldurmamış çocuğa karşı anılan fıkra da öngörülen fiilin "cebren" işlenmesi hali ile "rıza" ile işlenmesi aynı kapsamda değerlendirilmiş; belli bölgelerde yaygın bir uygulama olan dini nikahı takiben gerçekleşen cinsel birleşme hali (sonradan resmi evlilik gerçekleşse, çocukları dünyaya gelse de) keza hiç dikkate alınmamış ve tüm bu hallerde failer için sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmedilmesi öngörülmüştür. Üstelik suç tarihinde yürürlükte olan aynı maddenin (7) numaralı fıkrası uyarınca, suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, verilecek cezasın 15 yıldan az olmamak üzere hapis cezası olacağı hüküm altına alınmıştır. Yine davanın somutundan hareketle, dini nikâhlı eşi hakkında bu yönde Adli Tıp raporunun düzenlenmesi halinde, sanık hakkında verilecek cezanın asgari haddi 15 yıl hapis

Esas Sayısı : 2015/43
Karar Sayısı : 2015/101

olacaktır. Aynı yaştaki bir mağdurun cebren ırzına geçen bir sanık hakkında verilecek ceza da aynı olacak ve o da en az 15 yıl hapis cezası ile tecziye edilecektir.

Yasakoyucu sahip olduğu suç ve ceza siyaseti konusundaki takdir hakkının doğal gereği olarak, toplumsal barışı bozan suçları ve cezaları serbestçe tayin edebilirse de; bunu yaparken Anayasa'nın ilgili hükümlerini dikkate almak, hukuk devleti ilkesine uygun davranmak ve ölçülü bir düzenleme yapmak durumundadır. Suç failleri yönünden bir ayırım gözetmeyen, cebren fiili işleyenler ile toplumun genelinde tasvip edilmese dahi örfe uyarak evlenmek suretiyle dini nikâhlı olmanın sonucu cinsel birleşme yapan failleri aynı derecede mütalâa eden, bu haller yönünden cezayı azaltıcı hiçbir tedbir öngörmeyen, sanığın cezaevine girmesinden sonra geride kalan dini nikâhlı eş ile çocukların akıbeti ve uğrayacakları mağduriyete bigane kalan, bu mahiyeti itibariyle de kamu yararına aykırı sonuçlara yol açan kuralın adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaştığından söz edilemeyeceği gibi; ölçülü olduğu da kabul edilemez.

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

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Serruh KALELİ