

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2015/108
Karar Sayısı : 2016/46
Karar Tarihi : 26.5.2016
R.G. Tarih – Sayı : 13.7.2016 - 29769

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Bafra 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. maddesiyle değiştirilen 103. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının (b) bendi dışında kalan bölümünün,

2- (2) numaralı fıkrasının,

3- (3) numaralı fıkrasının (a) bendinin,

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

OLAY: Suça sürüklenen çocuklar ile sanıkların, çocuğun cinsel istismarı suçuyla cezalandırılmaları talebiyle açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırılık iddialarını ciddi bulan Mahkeme iptalleri için başvurmuştur.

I- İPTALİ İSTENİLEN KANUN HÜKMÜ

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

“(1) 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;

a) On beş 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, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

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

(6) *Suç sonucu mağdurun bitkisel 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, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 30.12.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle sınırlama sorunu görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular, itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

3. İtiraz yoluna başvuran Mahkemenin iptalini talep ettiği kurallardan ilki, Kanun'un 103. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, (b) bendi dışında kalan bölümüdür.

4. Bakılmakta olan davada, mağdur on beş yaşını tamamlamamış bir çocuk olup, on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuğa karşı gerçekleştirilen bir cinsel davranış bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Kanun'un 103. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "...veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş..." ibaresinin bakılmakta olan davayla ilgisi bulunmamaktadır.

5. Maddenin (1) numaralı fıkrasının, “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; ...anlaşılır.” ibaresi, maddenin (b) bendi yönünden ve (a) bendinde yer alan “On beş yaşını ... veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,” bölümü için de ortak kuraldır. Bu nedenle esas incelemenin (1) numaralı fıkranın (a) bendinde yer alan “...tamamlamamış...” ibaresiyle sınırlı olarak yapılması gerekmektedir.

6. Kanun’un 103. maddesinin iptali istenilen (2) numaralı fıkrası ise Anayasa Mahkemesinin 12.11.2015 tarihli ve E:2015/26, K.2015/100 sayılı kararıyla iptal edilmiş ve bu karar 11.12.2015 tarihli ve 29559 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bu nedenle, iptal edilen fıkra hakkında yeniden karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

7. 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;

A- (1) numaralı fıkrasının (b) bendi dışında kalan bölümünün esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin (a) bendinde yer alan “...tamamlamamış...” sözcüğü ile sınırlı olarak yapılmasına,

B- (2) numaralı fıkrası, Anayasa Mahkemesinin 12.11.2015 tarihli ve E.2015/26, K.2015/100 sayılı kararıyla iptal edildiğinden, itiraz konusu fıkra hakkında YENİDEN KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

C- (3) numaralı fıkrasının (a) bendinin esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Kanun’un, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun’un 59. Maddesiyle Değiştirilen 103. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinde Yer Alan “...tamamlamamış...” Sözcüğü Yönünden (1) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

1- İtirazın Gerekçesi

9. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kuralın, farklı yaş gruplarında olan tüm mağdurlara yönelik eylemler arasında ceza müeyyidesi bakımından herhangi bir ayırım yapmadığı, dört yaşındaki bir mağdura yönelik cinsel istismar suçu ile ondört yaşındaki mağdura yönelik cinsel istismar suçunun ceza müeyyidesinin kademeli bir ceza anlayışı içermeyerek aynı olduğu, suça sürüklenen çocuklar yönünden oniki ilâ onbeş yaş arasında olup da kendisine yönelik eylemin anlam ve mahiyetini algılama yeteneği olan mağdurun rızasına hukuki sonuç tanınmadığı, bu mağdurların rızasıyla yaşadığı cinsel eylemler hakkında cezanın

çok yüksek olduğu, suçun en nitelikli hali için en düşük yaştan onbeş şeklinde belirlenmesinin suç ve cezada korunmak istenen hukuki yarar ile müeyyide arasındaki orantıyı bozduğu belirtilerek itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a- "...tamamlamamış..." Sözcüğü Yönünden (1) Numaralı Fıkranın Birinci ve İkinci Cümlelerinin İncelenmesi

10. 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 cezası verileceği, 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 anlaşılacağı öngörülmüştür. İtiraz konusu kuralla ise onbeş yaşını tamamlamamış çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış "*cinsel istismar*" olarak öngörülmek suretiyle bu çocukları cinsel yönden istismar eden kişiler hakkında fıkra da belirtilen ceza ile soruşturma ve kovuşturma usulünün uygulanacağı öngörülmektedir.

11. 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.

12. 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 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 korunmasını da dikkate almak zorundadır. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında o suçun toplumda yarattığı etkinin, suçtan zarar görenin kişiliğinin ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğunun da dikkate alınması gerekir.

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 olan önlemin ulaşmak istenen amaç için elverişli olmasını, "*gereklilik*" başvuru olan önlemin ulaşmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "*orantılılık*" ise başvuru olan 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. İtiraz konusu kuralla, kanun koyucu, onbeş yaşını tamamlamamış çocukları cinsel yönden istismar edenler hakkında ceza yaptırımını 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 koyucunun, küçüklerin biyolojik ve psikolojik gelişimlerine ilişkin bilimsel veriler ile toplumda geçerli genel ahlak ve kültürel koşulları gözeterek cinsel istismar suçunu; suçun unsurlarını, işleniş biçimini, çocuğa ve topluma verdiği zararı dikkate alarak bir yaptırım belirlemesi takdir yetkisi kapsamındadır.

15. Bununla birlikte suç ve suçluyla mücadele ve cezanın ıslah amacı 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.

16. 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 kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesini uygun görmüş olup, bu süre henüz dolmamıştır. Anayasa Mahkemesi 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.

17. 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 bağlanmasının 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 ölçsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

18. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

19. Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamışlardır.

20. Kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasa'nın 5., 10. ve 41. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

b- "...tamamlamamış..." Sözcüğü Yönünden (1) Numaralı Fıkranın Birinci ve İkinci Cümleleri Dışında Kalan Bölümünün İncelenmesi

21. İtiraz konusu kuralla, onbeş yaşını tamamlamamış çocuklara karşı gerçekleştirilen sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı olacağı öngörülmektedir.

22. Kanun koyucu çocuklara karşı gerçekleştirilen sarkıntılık düzeyinde kalan eylemlerde failin çocuk olması halinde, hem failin yaşını hem de eylemin hafifliğini dikkate alarak soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı kılmıştır. 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.

23. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

24. Kuralın Anayasa'nın 5., 10. ve 41. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un, 18.6.2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 59. Maddesiyle Değiştirilen 103. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin İncelenmesi

1- İtirazın Gerekçesi

25. Başvuru kararında özetle, itiraz konusu kural gereğince cinsel istismar eyleminin birden fazla kişiyle birlikte işlenmesi halinde cezanın yüksek oranda artırıldığı, bunun ise eylem ile ceza arasındaki orantıyı bozduğu belirtilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

26. İtiraz konusu kuralla, cinsel istismar suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı öngörülmektedir.

27. Kanun koyucu suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, mağdurun, çaresizliği, savunmasızlığı ve mukavemetinin kolayca kırılabilmesi nedeniyle suçun çok daha kolay işlenebileceğini de dikkate alarak bu hali, suçun daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsuru olarak tanımlamış ve verilecek cezanın yarı oranında artırılacağını öngörmüştür. 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.

28. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal talebinin reddi gerekir.

IV- İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

29. Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, *"Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez."* denilmekte, 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

30. 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) bendinde yer alan *"...tamamlamamış..."* sözcüğü yönünden (1) numaralı fıkranın birinci ve ikinci cümlelerinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu sözcüklere ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

V- 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;

A- 1- (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan *"...tamamlamamış..."* sözcüğü yönünden (1) numaralı fıkranın birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Engin YILDIRIM, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Alparslan ALTAN, Erdal TERCAN, M. Emin KUZ ile Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan *"...tamamlamamış..."* sözcüğü yönünden (1) numaralı fıkranın birinci ve ikinci cümleleri dışında kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- (3) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

26.5.2016 tarihinde karar verildi.

Esas Sayısı : 2015/108
Karar Sayısı : 2016/46

Başkanvekili	Başkanvekili	Üye
Burhan ÜSTÜN	Engin YILDIRIM	Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye	Üye	Üye
Serruh KALELİ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Alparslan ALTAN

Üye	Üye	Üye
Celal Mümtaz AKINCI	Erdal TERCAN	Muammer TOPAL

Üye	Üye
M. Emin KUZ	Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye	Üye
Kadir ÖZKAYA	Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun, 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle değiştirilen 103. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "...tamamlamamış..." sözcüğü yönünden fıkranın birinci ve ikinci cümlelerinin iptaline karar verilmiştir.

İptal kararında, Anayasa Mahkemesinin 5237 sayılı Kanunun 103. maddesinin ikinci fıkrasının iptaline ilişkin 12/11/2015 tarihli ve E.2015/26, K.2015/100 sayılı Kararındaki gerekçelere atıf yapılarak ve anılan iptal gerekçelerinin itiraz konusu bu kural bakımından da geçerli olduğu belirtilerek, kuralın ölçüsüz bir yaptırım öngördüğü gerekçesiyle hukuk devleti ilkesine aykırı olduğuna hükmedilmiştir.

Yukarıda belirtilen iptal kararına ilişkin karşıoy gerekçemizde açıklanan sebeplerle, çoğunluğun iptal yönündeki bu kararına da katılmıyoruz.

Başkanvekili	Üye	Üye
Engin YILDIRIM	M.Emin KUZ	Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6545 sayılı Kanunla değiştirilen 103. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, aynı fıkranın (a) bendinde yer alan "...*tamamlamamış*..." sözcüğü yönünden Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık gerekçesiyle iptaline katılmamaktayım.

2. Çocuğun cinsel yönden istismarını düzenleyen (1) numaralı fıkra suçun temel cezası sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis olarak belirlenmiş; cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde ise üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilmesi, sarkıntılık suçunun failinin çocuk olması halinde de soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlı olması öngörülmüştür.

3. Fıkradaki düzenleme, gerek cezası sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis olan temel suçu işleyen, gerek ikinci cümlede düzenlenen sarkıntılık suçunu işleyen failin kendisinin de çocuk olması halinde ayrı bir ceza indirimi söz konusu olup olmayacağını kapsamamaktadır. İkinci cümlede yer alan ve failin çocuk olması halinde suçun soruşturma ve kovuşturmasının şikayete bağlı olacağını öngören düzenleme ise esasen failin lehine olup, Anayasaya aykırılık itirazlarının ve iptal gerekçelerinin dışında kalmaktadır. Buna göre, fıkradaki düzenlemenin faillerle değil mağdurlarla ilgili olduğu açıktır.

4. Yasa koyucu, şüphesiz, faillerle ilgili olarak da yaş esasına göre farklı düzenlemeler yapabilir ve yapmalıdır. Bu vesileyle, Anayasa Mahkemesinin 11.12.2015 tarihli ve 29559 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan E:2015/26, K:2015/100 sayılı kararına ilişkin farklı gerekçemizde yer alan, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasının öngördüğü on altı yıldan aşağı olmayan hapis cezasının, kendisi de çocuk olan failer yönünden ölçüsüz ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki görüş ve düşüncelerimi aynen muhafaza ettiğimi belirtmek isterim.

5. Fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlenişi, failin de küçük olması, mağdurun ve failin yaşça yakın olması, fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile cinsel istismar halinin resmi evlilikle sonuçlanması gibi farklı durumların ölçülülük, hakkaniyet ve onarıcı adalet ilkeleri çerçevesinde düzenlenmesine ihtiyaç bulunduğu açıktır. Öte yandan, bu düzenlemelerin yasa koyucunun benimsediği yasa yapma tekniği kapsamında, aynı yasanın farklı madde, fıkra ve bentlerinde, hatta ayrı yasalarda yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Bu yüzden, iptal edilen 103. madde (1) numaralı fıkra hükmü, Anayasa'ya aykırı değil, sadece eksik bir düzenlemedir.

6. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi çoğunluğunca "...tamamlamamış..." sözcüğü yönünden iptal edilen (1) numaralı fıkroda bazı özel durumların düzenlenmemiş olmasının bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek olması hukuk devleti ilkesine aykırı görülmüş ise de; bu tür sonuçların soyut kuralı Anayasa'ya aykırı hale getirmeyeceği ve bu eksik düzenlemelerin, kural iptal edilmeksizin de giderilebileceği açıktır.

7. Bu kez verilen iptal kararı, on beş yaşını *tamamlamamış* çocuklara karşı işlenebilecek cinsel istismar suçlarının sekiz yıldan on beş yıla kadar hapisle cezalandırılmasını öngören kuralın failin yaşı yönünden değil, mağdurun yaşı yönünden (*on beş yaşını tamamlamamış*) iptaline ilişkindir. Ancak iptal gerekçelerinde bazı çelişkiler bulunduğu da işaret etmek kaçınılmazdır. Nitekim muhterem çoğunluğun gerekçesinde cinsel istismar suçuna verilecek cezaların gerek failerin gerek mağdurların yaşı yönünden bir farklılaştırmaya tabi tutulması görüşü benimsenmiş ise de salt iptal kararı, yaşı küçük olan faillere yönelik genel ve hakkaniyete uygun bir çözüm getirilmesini sağlamadığı gibi, örneğin 12-13 yaşındaki çocuğa yönelik olarak 40-50 yaşlarındaki failin işleyebileceği bir cinsel istismar suçuna da sekiz yıl hapsi çok görmek suretiyle, toplumda infial yaratacak sonuçların önünü açmaktadır. Anayasa Mahkemesinin iptalden muradının bu olmadığına şüphe duymamaktayım. Ancak yasa koyucu yeni bir düzenleme yapmadığı takdirde ortaya çıkacak sonuç budur. Nitekim bu tür sakıncaların önlenmesi düşüncesiyle, iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından altı ay sonra yürürlüğe girmesi öngörülmüştür.

8. Hukuk sistemimizde cinsel suç ve cezalardaki adaletsizliklerin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki madde, fıkra ve bentler üzerinde münferit değişikliklerle, tepkisel yasalarla düzeltilemeyeceği, konunun çözümü için tüm toplum kesimlerinin desteğini sağlayacak, kapsamlı, dengeli ve ölçülü bir yasama faaliyetinin gerekli olduğu, iptale konu kuralın salt suçun temel haline ilişkin olması nedeniyle soyut kural vasfıyla Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık içermediği, dolayısıyla iptali gerekmediği, yasa koyucunun suçun temel halini düzenleme yetkisi içerisinde kaldığı, somut ve özel durumlara ilişkin yeni kurallar konulması gerekmele birlikte bu hususun iptal hükmü ile sağlanamayacağı düşüncesiyle, muhterem çoğunluğa katılmamaktayım.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY YAZISI

1. 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 (b) bendi dışında kalan bölümünün iptali istemiyle yapılan başvuruda, çoğunluk görüşü doğrultusunda (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "...tamamlamamış..." sözcüğü yönünden maddenin (1) numaralı fıkrası Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunarak iptaline karar verilmiştir.

2. 5237 sayılı Kanun'un 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle değiştirilen 103. maddesinin birinci fıkrasının itiraz konusu sözcüğün yer aldığı (1) numaralı fıkrası şöyledir;

"(1) 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;

a) On beş 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."

3. 6545 sayılı Kanun'un genel gerekçesinin itiraz konusu kuralla ilgili bölümleri şöyledir;

"...Öte yandan, çocukların ve kadınların toplum içinde maruz kaldıkları cinsel şiddet, bu kişileri ve toplumu olumsuz yönde etkilemektedir. Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların mağdurlarının, özellikle çocukların ikincil örselenmesini asgariye indirmek ve maruz kaldıkları fiille ilgili soruşturma ve kovuşturma makamları önünde tekrar tekrar ifade vermelerini engellemek gerekmektedir. Hukuk devletinin temel amaçlarından olan bireyin korunması ilkesi, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilmektedir. Türk Ceza Kanununun "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" Bölümünde yer alan 102, 103, 104 ve 105 inci maddelerinde, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz suçlarına yer verilmiştir. Bununla birlikte, söz konusu Kanunun yaklaşık dokuz yıllık uygulamasında, belirtilen suçlarla ilgili bir takım sorunların ortaya çıktığı tespit edilmiştir. Bu sorunların çözümü amacıyla cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar yeniden düzenlenmekte ve bu suçlar için öngörülen cezalar önemli ölçüde artırılmaktadır..."

4. Açıkça belirtildiği gibi itiraz konusu sözcüğün de içerisinde yer aldığı madde geçmiş dokuz yıllık uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümü amacıyla cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kanun koyucu tarafından yeniden düzenlenmiş bulunmaktadır.

5. 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.

6. Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği üzere, hukuk devletinde, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gerekleri dikkate alınarak ceza siyasetinin belirlenmesi yetkisi kanun koyucuya aittir. Yasama organı, bu yetkisini kullanırken ceza hukuku alanında yapacağı düzenlemelerde hangi fiillerin cezalandırılacağı ve bu cezaların türleri ile ölçüleri konusunda takdir yetkisine sahiptir.

7. Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü gibi konularda kanun koyucu takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucu bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Ancak, suçları sadece somut olayların özelliklerini veya faillerin 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.

8. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında herhangi bir suç için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın 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.

9. İtiraz konusu başvuruya ilişkin çoğunluğun iptal gerekçesi bu ilkeler ışığında değerlendirildiğinde, öncelikle çoğunluk tarafından Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilen "...tamamlamamış..." ibaresinin içerisinde bulunduğu kural doğrudan ceza öngörmemekte, "cinsel istismar" deyiminden ne anlaşılması gerektiğini tanımlamaktadır.

10. Çoğunluk gerekçesinde, "...itiraz konusu kuralın.... 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....", "...Bu nedenle kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde olduğu(nun söylenemeyeceği)..." belirtilerek kuralın iptaline karar verilmiştir. Oysa, kanun koyucu Kanunun yaklaşık dokuz yıllık uygulamasında belirtilen suçlarla ilgili ortaya çıkan sorunları çözmek amacıyla kuralın yeniden düzenlendiğini ve aynı nedenle bilinçli olarak bu suçlar için öngörülen cezaların önemli ölçüde artırıldığını gerekçede açıkça ifade etmiş bulunmaktadır. Bu durum karşısında Çoğunluk gerekçesi kanun koyucunun takdir alanına müdahale ederek, onu ortaya çıkan sorunların çözümü için "bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde" yeni bir düzenleme yapmaya zorlamaktadır.

11. Bilindiği üzere kanunlar geneldir; yani kanun, yalnızca belli bir kişiyi veya belli bir olayı değil, aynı durumda olan bütün kişileri ve aynı nitelikleri taşıyan bütün olayları içine alır. Kanunun suç saydığı bir eylemin çeşitli kimselerce işlenmesinin etki ve sonuçları arasında türlü ağırlık dereceleri bulunabilir. Bu nedenle kanun koyucu tarafından mahkemeye cezayı eylemin ağırlık derecesine göre ayarlama imkânının tanınması gereklidir. Bunun başlıca yolu cezanın aşağı ve yukarı hadlerini kanunda göstermek ve bu iki had arasında mahkemeye takdir yetkisi tanımaktır. Ancak eylemi, ağırlık bakımından derecelendirme imkânı varsa böyle bir durumda eylemin ağırlık dereceleriyle cezalar arasında kanunda doğrudan doğruya ilişki kurmak gibi bir ikinci bir yola da başvurulabilir.

12. İtiraz konusu kurallarla, kanun koyucu takdir yetkisi kapsamında on beş yaşını tamamlamamış çocukları cinsel yönden istismar edenler hakkında ceza yaptırımı öngörmektedir. Cinsel istismar suçu için mağdur çocuklar bakımından onbeş onsekiz yaş arası ile onbeş yaşın altı şeklinde ikili bir ayırım yapılarak onbeş yaşın altındaki tüm çocukların, yeterli psikolojik ve fiziki olgunluğa ulaşmamış olmaları nedeniyle kendilerine yönelik olarak yapılan cinsel davranışların anlamını ve ağırlığını idrak etmelerinin mümkün olmadığı kabul edilmiş, on beş yaşın altındaki her yaştaki çocuğun kendilerine karşı yapılacak cinsel davranışlara ilişkin rızaları geçersiz sayılmıştır. Bu suretle kanun koyucu onbeş yaşın altındaki çocukları mutlak bir koruma altına almaktadır. Kuralların, cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin tüm çocukların cinsel dokunulmazlığı ile beden ve ruh bütünlüğünün etkin bir şekilde korunmasını sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

13. Kanun koyucu itiraz konusu kurallarla, suçun niteliğini, mağdurun yaşını ve mağdurda oluşan zararı gözeterek cinsel istismar suçunu cinsel saldırı suçundan ayrı bir suç olarak belirledikten sonra söz konusu fiiller hakkında sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verileceğini öngörmek suretiyle hem bir derecelendirme yapmış hem de cezanın aşağı ve yukarı hadlerini göstermek suretiyle hakime somut olayda uygulanmak üzere gerekli değerlendirme ve somutlaştırma imkanlarını sağlamıştır.

14. Anayasa'nın38. maddesinin ilk fıkrasında, "*Kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*" denilerek "*suçun kanuniliği*", üçüncü fıkrasında da "*ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" denilerek, "*cezanın kanuniliği*" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik 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*" nızorunlu kılar. Bu ilke, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanmakta, böylece temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlamaktadır.

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 ve söz atma*" 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*” ve “*sarkıntılık*” suçunu yaptırma bağlamıştır.

16. 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 kurallarla, suçun niteliğini, mağdurun yaşını ve mağdurda oluşan zararı gözeterek cinsel istismar suçunu cinsel saldırı suçundan ayrı bir suç olarak belirledikten sonra söz konusu fiiller hakkında sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verileceğini, sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde ise soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı olacağını düzenlemiştir.

17. Kanun koyucu ayrıca suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde, mağdurun, çaresizliği, savunmasızlığı ve mukavemetinin kolayca kırılabilmesi nedeniyle suçun çok daha kolay işlenebileceğini de dikkate alarak bu hali, suçun daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsuru olarak tanımlamış ve verilecek cezanın yarı oranında artırılacağını öngörmüştür.

18. Bununla birlikte kanun koyucu on beş yaşını doldurmuş çocukların kendilerine yönelik gerçekleştirilen cinsel davranışlarda rızalarını geçerli saymış ve on beş yaşını doldurmuş ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışın suç teşkil edebilmesi, eylemin rıza dışında cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilmesine bağlamıştır. Çocukların cinsel istismarına ilişkin olarak Türk Ceza Kanunu’nda yer alan bu düzenlemenin temelinde çocukları her türlü cinsel istismara karşı korumak amacı bulunmaktadır.

19. Çocukların cinsel istismara uğramalarını önlemeyi amaçlayan kanun koyucu, on beş yaşın altındaki tüm çocukların, yapılan cinsel davranışların anlamını ve ağırlığını idrak etmelerinin mümkün olmadığını kabul ederek ayrı bir yaş belirlememiş, on beş yaşın altındaki her yaştaki çocuğa karşı işlenen cinsel istismar suçu bakımından ceza miktarını aynı şekilde belirlemiştir.

20. 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.

21. Çoğunluk gerekçesinde ifade edilen “*ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ve ölçüde*” bir düzenlemenin nasıl yapılabileceği de ayrı bir tartışma konusudur. Şüphesiz başlı başına ceza kurallarının her somut olayda cezalandırma ile ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirecek, hakkaniyetli ve ölçülü sonuçlar doğuracak bir yapı içermesi istenen birşeydir. Ancak, kanun koyucudan uygulamada ve somut olaylarda ortaya çıkması muhtemel tüm olasılıklar için en ince ayrıntısına kadar düzenleme yapmasının istenmesi kanun kavramına aykırı olacağı gibi insan davranışlarının öngörülemezliği dikkate alındığında pek mümkün de değildir.

22. Öte yandan, olması gereken açısından bir düzenlemenin öngörülen amaçları daha etkili olarak gerçekleştirmesi için farklı biçimde düzenlenmesi gerektiği söylenebilir. Ancak bir kuralın Anayasa'ya aykırılığı değerlendirilirken kamu yararı ölçütü bakımından Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca düzenlemenin kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Getirilen düzenleme ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı, bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır. Buna göre kanun koyucunun takdir yetkisine dayanarak ve mağdurun yaşı ve meydana gelen neticeyi dikkate alarak yaptığı itiraz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü yoktur.

23. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu ibarenin içerisinde bulunduğu kuralın kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup Anayasa'ya aykırı bulunmadığı ve başvurunun reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle iptale yönelik çoğunluk kararına katılmadık.

Üye

Alparslan ALTAN

Üye

Erdal TERCAN