

## ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2017/135  
Karar Sayısı : 2019/35  
Karar Tarihi : 15/5/2019  
R.G.Tarih-Sayısı : 26/7/2019-30843

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN:** Kırklareli 1. 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;

A. (1) numaralı fıkrasının;

1. 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle yeniden düzenlenen birinci ve ikinci cümlelerinin,

2. 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle eklenen üçüncü cümlesinin,

3. Dördüncü ve beşinci cümlelerinin,

B. 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle yeniden düzenlenen (2) numaralı fıkrasının,

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

**OLAY:** Suça sürüklenen çocuk hakkında, çocuğun cinsel istismarı suçundan cezalandırılması talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

### I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

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

*“Çocukların cinsel istismarı*

*Madde 103- (Değişik: 18/6/2014-6545/59 md.)*

*(1) (Yeniden düzenlenen birinci ve ikinci cümle: 24/11/2016-6763/13 md.) 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 cezasına hükmolunur. (Ek cümle: 24/11/2016-6763/13 md.)Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza, istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamaz. 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) (Yeniden düzenleme: 24/11/2016-6763/13 md.) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz.*

*(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 başvuru alan 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, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL ve Yusuf Şevki HAKYEMEZ'in katılımlarıyla 14/6/2017 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural ve sınırlama sorunları görüşülmüştür.

2. Anayasa'nın 152. ve 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddelerine göre mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlar ise o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak anılan maddeler uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali talep edilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

3. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme 5237 sayılı Kanun'un 103. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci cümleleri ile (2) numaralı fıkrasının iptallerini talep etmiştir.

4. Bakılmakta olan dava on beş yaşını tamamlamamış çocuğun nitelikli cinsel istismarına ilişkindir. Bu bağlamda bakılmakta olan davada, çocuğun cinsel istismarının basit hâli ile cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması söz konusu olmadığından (1) numaralı fıkranın birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri ile mağdurun on iki yaşını tamamlamış olması nedeniyle (2) numaralı fıkranın ikinci cümlesinin davada uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

5. Öte yandan itiraz konusu (2) numaralı fıkranın birinci cümlesinin gerek on beş yaşını tamamlamış gerekse tamamlamamış çocuklar yönünden geçerli ortak kural niteliği taşıdığı ve bakılmakta olan davanın konusunun on beş yaşını tamamlamamış çocuğun nitelikli cinsel istismarı olduğu gözetildiğinde anılan cümleye ilişkin esas incelemesinin (1) numaralı fıkranın (a) bendinde yer alan "*On beş yaşını tamamlamamış...*" ibaresi yönünden yapılması gerekmektedir.

6. Diğer yandan 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, bir davaya bakmakta olan mahkemenin bu davada uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesihükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde ya da taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda iptali talep edilen kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğunun açıklanması gerektiği belirtilmiş ve anılan maddenin (4) numaralı fıkrasında ise açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvurularının Anayasa Mahkemesi tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedileceği hükme bağlanmıştır.

7. İçtüzük'ün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde de itiraz yoluna başvuran Mahkemenin gerekçeli kararında, Anayasa'ya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasa'nın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Yine İçtüzük'ün 49. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde Anayasa Mahkemesince yapılan ilk incelemede, başvuruda eksikliklerin bulunduğu tespit edilmesi hâlinde itiraz yoluna ilişkin işlerde esas incelemeye geçilmeksizin başvurunun reddine karar verileceği, (2) numaralı fıkrasında ise anılan (b) bendi uyarınca verilen kararın itiraz yoluna başvuran mahkemenin eksiklikleri tamamlayarak yeniden başvurmasına engel olmadığı belirtilmiştir.

8. Yapılan incelemede itiraz yoluna başvuran Mahkeme tarafından Kanun'un 103. maddesinin (1) numaralı fıkrasının beşinci cümlesinin hangi nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 41. maddelerine aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmediği anlaşılmıştır.

9. Buna göre 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi ile İktüzük'ün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasına aykırı olduğu anlaşılan, Kanun'un 103. maddesinin (1) numaralı fıkrasının beşinci cümlesine yönelik itiraz başvurusunun 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından esas incelemeye geçilmeksizin reddi gerekir.

10. 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;

**1. a.** 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle yeniden düzenlenen birinci ve ikinci cümlelerinin,

**b.** 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle eklenen üçüncü cümlesinin,

**c.** Dördüncü cümlesinin

itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından bu cümlelere ilişkin başvurunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

**2.** Beşinci cümlesine yönelik başvurunun 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından esas incelemeye geçilmeksizin REDDİNE,

**B.** 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle yeniden düzenlenen (2) numaralı fıkrasının;

**1.** İkinci cümlesinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma imkânı bulunmadığından bu cümleye ilişkin başvurunun mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

**2.** Birinci cümlesinin esasının incelenmesine, esasa ilişkin incelemenin (1) numaralı fıkranın (a) bendinde yer alan "*On beş yaşını tamamlamamış...*" ibaresi yönünden yapılmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

### **III. ESASIN İNCELENMESİ**

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

## A. Anlam ve Kapsam

12. 5237 sayılı Kanun'un çocukların cinsel istismarını düzenleyen 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 cezasına hükmolunacağı, mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek cezanın istismar durumunda on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamayacağı, 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, (b) bendinde diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların anlaşılacağı hüküm altına alınmıştır.

13. Kanun'un 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan itiraz konusu birinci cümlede ise cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı öngörülmüş olup kural, (1) numaralı fıkranın (a) bendinde yer alan "*On beş yaşını tamamlamamış...*" ibaresi yönünden incelenmiştir. Fıkranın ikinci cümlesinde de mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek cezanın on sekiz yıldan az olamayacağı hüküm altına alınmıştır.

14. Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde çocuk, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır. Kanun'da çocukların cinsel istismarı suçu yönünden yapılan düzenlemelerde mağdur çocuklar bakımından; on beş ile on sekiz yaş arası, on beş yaşını tamamlamamış ve on iki yaşını tamamlamamış olanlar şeklinde yaşları dikkate alınmak suretiyle üç farklı hukuki konum öngörülmüştür.

15. Kanun koyucu suçun mağdur üzerinde yaratacağı etkileri dikkate alarak yaptığı ayırımı on beş yaşın altındaki çocukların yeterli psikolojik ve fiziki olgunluğa ulaşmamış olmaları nedeniyle kendilerine yönelik cinsel davranışların anlamını ve ağırlığını idrak etmelerinin mümkün olmadığını ve bunların cinsel davranışlara ilişkin rızalarının geçersiz olduğunu kabul etmiştir. Bu suretle kanun koyucu on beş yaşın altındaki çocukları mutlak bir koruma altına almıştır.

16. On beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış çocuklara yönelik cinsel istismar suçu yönünden ise mağdurun fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olması ya da bu yeteneği gelişmiş olsa da mağdura karşı 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 şikâyete bağlı *reşit olmayanla cinsel ilişki* suçu olarak düzenlenerek iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası yaptırımına bağlanmıştır.

## B. İtirazın Gerekçesi

17. Başvuru kararında özetle; cinsel istismar suçunda mağdurun yaşını esas alan farklı düzenlemeler bulunmakla birlikte failin yaşı bakımından farklı düzenlemelerin bulunmadığı,

çocuklar arasında rızaya dayalı cinsel birlikteliklerde suçun mağduru ve failinin birbirine karıştığı, kimin fail kimin mağdur olduğunun belirlenemediği, suç tanımının belirsiz olduğu, fiil ile yaptırım arasında makul ve hakkaniyete uygun bir dengenin bulunmadığı, failin de çocuk olması gibi özelliklerin dikkate alınarak ceza tayin edilmesi ve onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkânının bulunmadığı, bunun bazı durumlarda ağır cezaların verilmesine neden olduğu, suç için öngörülen cezanın ölçülü olmadığı, fail bakımından cinsel istismar suçunda diğer suçlarla aynı ceza indirimlerinin öngörülmesinin ölçülü ve hakkaniyete uygun olmadığı, temel amacı yetişkinlerin çocukların cinsel yönden istismar edilmesini önlemek olan yaptırımın suça sürüklenen çocuğun biyolojik ve psikolojik özellikleri ile fiilin kendine özgü niteliği gözetilmeksizin her yaştaki failer yönünden aynı düzenlendiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

### C. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

18. 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesi yönünden de incelenmiştir.

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

20. Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar Anayasa'ya aykırı olmamak üzere ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimlerini gözönüne alan suç politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, izlediği suç politikası gereği bazı fiilleri ceza hukuku alanından çıkarabileceği gibi korudukları hukuki yararları ve neden olduğu sonuçları esas alarak birtakım suçları farklı yaptırımlara da tabi kılabilir. Kanun koyucunun bu konudaki tercih ve takdirinin yerindeliğinin incelenmesi, anayasal denetimin kapsamı dışında kalmaktadır.

21. 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 önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, *gereklilik* başvuru önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve *orantılılık* ise başvuru 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.

22. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden bir diğeri ise belirliliktir. Belirlilik ilkesi bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, tutum ve davranışlarını bu kurallara göre güvenle belirleyebilmeleri anlamını taşımaktadır. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Bir başka deyişle hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Yasal düzenlemeye dayanarak erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla mahkeme içtihatları ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Hukuki belirlilik ilkesinde asıl olan, bir hukuk normunun uygulanmasıyla ortaya çıkacak sonuçların o hukuk düzeninde öngörülebilir olmasıdır.

23. Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*” denilerek suçun kanuniliği; üçüncü fıkrasında da “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” ifadesine yer verilerek *cezanın kanuniliği* ilkesi güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan *suçta ve cezada kanunilik* ilkesi uyarınca hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan ve belirlilik ilkesini kapsayan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

24. 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.

25. Anayasa'nın anılan maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan devletin her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alacağı şeklindeki hüküm, maddeye 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'la eklenmiştir. Bu düzenlemeyle “*I. Ailenin korunması*” şeklindeki madde başlığı “*I. Ailenin korunması ve çocuk hakları*” şeklinde değiştirilerek çocukların temel hakları vurgulanmış ve devletin her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruma sorumluluğu çerçevesinde tedbirler alması gerektiği belirtilmiştir. 5982 sayılı Kanun'un genel gerekçesi ile madde 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 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 dâhil edilmesinin öngörüldüğü, her çocuğun himaye ve bakımdan yararlanma hakkı olduğu belirtilmiştir.

26. 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 Korunmasına Dair Sözleşme) ve Lizbon Antlaşması gibi uluslararası sözleşmeler yapılmış ve tavsiye kararları alınmıştır. Söz konusu metinlerde üye devletlerin mevzuatında çocuğun cinsel istismarının önlenmesine ilişkin etkili, ölçülü ve caydırıcı cezaların oluşturulması gereğine vurgu yapılmıştır. Kanun koyucunun da uluslararası alandaki gelişmeleri dikkate alarak çocukların etkin bir şekilde korunması amacıyla 5237 sayılı Kanun'da önemli değişiklikler yaptığı anlaşılmaktadır.

27. 1/3/1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 5237 sayılı Kanun, 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 aleyhinde cürümler*” başlıklı Sekizinci Babında yer alan cinsel suçlar, 5237 sayılı Kanun'un “*Özel Hükümler*” başlıklı İkinci Kitabının “*Kişilere Karşı*

*Suçlar*” başlıklı İkinci Kısımın “*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, mağdurun 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.

28. Çocukların kendilerini korumalarındaki zorluk ve faillerin cinsel suçları büyük engellerle karşılaşmadan işleyebilmeleri, cinsel istismarın yetişkinlere nispeten çocuklar üzerinde daha kolay gerçekleşmesine neden olmakta ve bu suçlar çocukların psikolojileri ile fizyolojilerinde yetişkinlere göre daha ağır etkiler bırakmaktadır. Bu itibarla çocuklara yönelik söz konusu suçların işlenmesini önleyici ve caydırıcı nitelikte tedbirlerin alınması devletin en önemli pozitif yükümlülüklerinden biridir. Bu bağlamda kanun koyucu takdir yetkisi kapsamında on beş yaşını doldurmamış çocuklarda cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması şeklinde nitelikli hâli hakkında suçun niteliğini, mağdurun yaşını ve mağdurda oluşan zararı gözeterek on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası öngörmüştür.

29. Kuralda suçun koruduğu hukuki değer, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocukların cinsel dokunulmazlığı ile beden ve ruh sağlığıdır. Kuralın cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin on beş yaşını doldurmamış tüm çocukların cinsel dokunulmazlığı ile beden ve ruh bütünlüğünün etkin bir şekilde korunmasını sağlamayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında, fiilin muhtemel zararlarını da gözönünde bulundurarak düzenlediği kuralın, amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki gözetmediği, amaca ulaşmaya elverişli ve orantılı olmadığı söylenemez.

30. Ceza hukuku bağlamında cinsel istismar suçunun tüm unsurları kuralın yer aldığı madde kapsamında açıkça düzenlendiğinden kuralın belirsiz, suç ve cezanın kanuniliği ilkesine aykırı olduğundan da söz edilemez.

31. Öte yandan hiç kuşkusuz her kuralda olduğu gibi itiraz konusu kuralın da uygulanması ile ilgili bazı uygulama sorunları çıkabilir. Kanun yapma tekniğinin doğası gereği kanun kuralları genel ve soyut nitelikte olup kanun koyucu tarafından somut olayın özelliğine göre değişebilecek tüm çözümlerin önceden kuralda sayılarak gösterilmesi mümkün değildir. Bu bağlamda mevcut uyuşmazlıklara ilişkin sorunların her somut olayın özellikleri dikkate alınarak kuralın amacına uygun şekilde yorumlanması suretiyle mahkeme içtihatlarıyla çözümlenmesi gerekmektedir. Kuralın lafzı ile amacı birlikte yorumlanarak ve ceza hukukunun genel kabul görmüş ilkeleri gözönünde bulundurularak çözülebilecek sorunların uygulamaya ilişkin olduğu açıktır. Bu nedenle de kuraldan ziyade kuralın yorumlanması ile ilgili olarak çıkabilecek sorunlar anayasallık denetiminin konusu dışında kalmaktadır.

32. Ayrıca suça sürüklenen çocuğun yaşı ile biyolojik ve psikolojik özellikleri kanun koyucu tarafından cinsel istismar suçu kapsamında özel bir ceza indirim nedeni olarak kabul edilmemiştir. Bununla birlikte 5237 sayılı Kanun’un 31. maddesinde suça sürüklenen çocuğun suçu işlediği sıradaki yaşı ile işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişme düzeyine göre ceza sorumluluğu ortadan kaldırılmakta veya cezalarda indirim öngörülmektedir. Cinsel istismar suçunun suça sürüklenen çocuk tarafından işlenmesi hâlinde söz konusu hükümlerin uygulanacağı da açıktır. Bu bağlamda kanun koyucunun devletin her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alma yükümlülüğü kapsamında gerek mağdur çocukları gerekse suça sürüklenen çocukları korumaya yönelik düzenlemeler yaptığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun



benimsediği suç politikasına göre cinsel istismar suçlarında suça sürüklenen çocuk bakımından genel hükümler dışında ayrıca yaş, biyolojik ve psikolojik özelliklerine göre bir indirim nedeni öngörmesi takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucunun tercihini bu yönde kullanmayarak cinsel istismar suçunda suça sürüklenen çocuk bakımından genel hükümlerden farklı bir indirim nedeni öngörmemesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

33. Diğer taraftan 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 bireysel de önem taşımaktadır. Çocuğun gelişimine uygun aile ortamlarının sağlıklı bireylerin yetişmesini sağlayacağı ve sağlıklı ailelerin de sağlıklı toplumları oluşturacağı kuşkusuzdur. Çocuğun nitelikli 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 da açıktır. Cinsel istismara uğrayan çocuklar açısından bu fiilin yaşam boyu sürecek etkileri gözetildiğinde bu kişilerin fiil tarihi itibarıyla aile hayatları olumsuz etkileneceği gibi mağdur çocukların ergin olduklarında kuracakları aile hayatları yönünden de bu olumsuz etkilerin devam etmesi söz konusudur. 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 fiilin niteliği ile ceza yaptırımlarının taşınması gereken ödetici, önleyici ve caydırıcı niteliklerin gözetilerek bu suçu işleyenlerin on altı yıldan aşağı olmamak üzere 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. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.

34. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 38. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Celal Mümtaz AKINCI ile 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. maddesiyle değiştirilen 103. maddesinin 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle yeniden düzenlenen (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, (1) numaralı fıkranın (a) bendinde yer alan "*On beş yaşını tamamlamamış...*" ibaresi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Hasan Tahsin GÖKCAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Burhan ÜSTÜN, Celal Mümtaz AKINCI ile Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA 15/5/2019 tarihinde karar verildi.

Başkan  
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili  
Engin YILDIRIM

Başkanvekili  
Hasan Tahsin GÖKCAN

Üye  
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye  
Recep KÖMÜRCÜ

Üye  
Burhan ÜSTÜN

Üye  
Hicabi DURSUN

Üye  
Celal Mümtaz AKINCI

Üye  
Muammer TOPAL

Üye  
M. Emin KUZ

Üye  
Kadir ÖZKAYA

Üye  
Recai AKYEL

Üye  
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye  
Yıldız SEFERİNOĞLU

### KARŞI OY

Çoğunluk görüşüne dayalı kararlar, 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 24/11/2016 tarihli ve 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesiyle yeniden düzenlenen (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptali istemi, (1) numaralı fıkranın (a) bendinde yer alan “*On beş yaşını tamamlamamış...*” ibaresi yönünden reddedilmiş bulunmaktadır.

5237 sayılı Kanun'un 103. maddesinde çocukların cinsel istismarı konusu düzenlenmektedir. Maddenin (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 cezasına hükmolunacağı, mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek cezanın istismar durumunda

on yıldan, sarkıntılık durumunda beş yıldan az olamayacağı, 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, (b) bendinde diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların anlaşılacağı hüküm altına alınmıştır.

Maddenin davada uygulanacak kural olarak görülerek esasının incelenmesine karar verilen (2) numaralı fıkrasında yer alan itiraz konusu birinci cümlede ise cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı; uygulanacak kural niteliği bulunmayan ikinci cümlesinde de mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması hâlinde verilecek cezanın on sekiz yıldan az olamayacağı öngörülmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (2) numaralı fıkrası, Anayasa Mahkemesinin 12/11/2015 tarih ve E.2015/26, K.2015/100 sayılı kararı ile iptal edilmesinin ardından yeniden düzenlenmiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı ile iptal edilen "Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur." şeklindeki fıkra hükmü yeniden aynen kabul edilmiş, ancak fıkraya "mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz." şeklinde bir cümle eklenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesinin 12/11/2015 tarih ve E.2015/26, K.2015/100 sayılı kararının gerekçesinde "... Mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi, fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failinde 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 kaldırmakta ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu haliyle ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir..." denilmektedir.

İptali istenilen kural, Anayasa Mahkemesinin 12/11/2015 tarih ve E:2015/26, K:2015/100 sayılı iptal kararına konu eski kuralla bire bir aynı olup; ilk incelemede davada uygulanacak kural olarak görülmeyen ikinci cümle ise iptal edilen hükümlerle doğrudan ilgili olmayan "mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz" şeklinde olup ilk (iptal edilen) kuralın yeniden yasalaştırılmasında bir farklılık getirmemektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin anılan kararında belirtilen Anayasaya aykırılıklar aynen varlığını sürdürmektedir.

Hal böyle olunca, itiraz istemine konu kural, Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararında belirtilen gerekçelerle Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gibi, özellikle çocuk faillerin konumu bakımından ayrı bir düzenleme öngörmemesi nedeniyle Anayasa'nın 41. maddesiyle de uyarlı değildir.

Belirtilen nedenle itiraz konusu kuralın iptali gerektiği görüşüyle aksi yönde oluşan çoğunluk görüşüne dayalı karara katılmıyoruz.

Başkanvekili	Üye	Üye
Hasan Tahsin GÖKCAN	Celal Mümtaz AKINCI	Kadir ÖZKAYA

### **KARŞIOY GEREKÇESİ**

1. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 18/6/2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle değiştirilen 103. maddesinin (2) numaralı fıkrası Anayasa Mahkemesinin 12/11/2015 tarih ve E.2015/26, K.2015/100 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. (RG.1/12/2015, Sayı: 29559). Bu iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra, 24/11/2016 tarih ve 6763 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile anılan fıkra yeniden düzenlenmiş; iptal edilen "Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur." şeklindeki fıkra hükmü yeniden aynen kabul edilmiş, ancak fıkra "mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz." şeklinde bir cümle eklenmiştir. İtiraz Mahkemesi, bu yeni düzenlemenin tamamının iptali istemiyle Mahkememize başvurmuş; ilk inceleme aşamasında ise fıkranın birinci cümlesinin (yani evvelce iptaline karar verilen aynı hükmün) esasının incelenmesine karar verilmiştir.

2. Bu durumda kanaatimizce ilk olarak ele alınması gereken husus; Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gereğinin yerine getirilip getirilmediği. Anayasa'nın 153. maddesinin açık hükmüne karşın aynı kuralın yeniden yasalaştırılmasının, keza Anayasa Mahkemesinin anılan iptal kararındaki "gerekçe"nin yasama tarafından hiç dikkate alınmamasının mümkün olup olmadığının saptanması ve Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin geçmiş içtihatlarının ne yönde olduğunun ortaya konulmasıdır.

Konuya ilişkin öğretilerde leh ve aleyhte pek çok görüş serdedilmekle birlikte; derli toplu iki çalışma için şu kaynakları referans göstermek mümkündür: "Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu, Yusuf Şevki HAKYEMEZ", Prof.Dr. Ergun ÖZBUDUN'a Armağan, Cilt II-Anayasa Hukuku, Ankara 2008, s. 365-398; Anayasa Mahkemesi Karar Gerekçelerinin Bağlayıcılığı Sorunu, Semir Batur KAYA, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2017.

Anayasa Mahkemesinin ise konuya ilişkin birçok karar verdiği ve görüşünü açıkça ortaya koyduğu görülmektedir. Saptayabildiğimiz kadariyle bu kararlara ve gerekçelerinin ilgili bölümlerine temas edilmesinde yarar görülmektedir:

- "...Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığını öngörürken, kuşkusuz Mahkemenin Anayasa'ya aykırılık konusunda verdiği yargıya uyulması zorunluluğunu vurgulamaktadır... Anayasa'nın bu kuralına göre, Anayasa Mahkemesince iptal edilerek Anayasa'ya aykırılığı belirlenen bir hükümlerle aynı ya da özdeş nitelikte olan bir başka kuralın yasalaştırılarak Anayasa Mahkemesi kararının etkisiz duruma düşürülmesi, kuşkusuz, Anayasa'nın 153. maddesinin ağır ihlali anlamına gelir..." (9/4/1991 tarih ve E. 1990/36, K. 1991/8 sayılı karar.)

- "...Anayasa, başta yasama organı olmak üzere, Anayasa'da sayılan organ, kuruluş ve kişiler yönünden Anayasa Mahkemesi kararlarına uyma ve bu kararlara aykırı davranmama yükümünü getirmiştir. Bu bağlılık, Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya aykırı bularak iptal ettiği bir konuda aynı içerik ve nitelikte yeni bir yasa çıkarılmamasını da gerekli kılar. Anayasa'nın bu hükmü gereğince, yasama organı Anayasa Mahkemesinin Anayasa'ya aykırı görerek iptal ettiği bir **kuralın aynını ya da değişik ifadelerle benzerini** yasalaştırmaması gerekir. **Yasama organı, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra aynı konuda yeni bir yasa yaparken, Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde gösterilen iptal nedenlerini dikkate almalıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarıyla bağlılık, özellikle yasama organı yönünden, Anayasa Mahkemesinin kararlarındaki iptal gerekçesiyle de bağlılığı içerir...**" (24/5/1988 tarih ve E.1988/11, K.1988/11 sayılı karar.)

- "... Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, Yasama Organı, yapacağı yeni düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yeni yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları aynen yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. **Üstelik Yasama Organı, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır.** Çünkü kararlar; gerekçeleriyle, genel olarak yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve Yasama Organının etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. **Bu yüzden Yasama Organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmamak zorundadır.**153. madde uyarınca, iptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarmaması gerekir... Bir yasanın tümü yönünden 'Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı' ilkesine de aykırılığında söz edilebilmesi için maddelerde yer alan tüm kuralların aynı ya da benzer nitelikte olması gerekir... Teknik içerik ve kapsam bakımından benzerlik, iptal edilen yasa ile yeniden çıkarılan yasanın sözcüğü sözcüğüne tıpkı olması anlamına gelmez. Çünkü, böyle bir anlayış 153. maddenin son fıkrasındaki kuralı anlamsız ve uygulanmaz kılar. **Konu ve kapsam bakımından sözcüklerde farklılıklar olsa bile ikinci yasanın aynı amaç doğrultusunda, Anayasa Mahkemesi kararına karşın ve onu etkisiz kılıcı biçimde çıkarıldığının saptanması, aranan koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir...**" (16/9/1993 tarih ve E.1993/26, K.1993/28 sayılı karar; 5/7/1994 tarih ve E.1994/50, K.1994/44-2 sayılı kararda da aynı gerekçe yer almaktadır.)

- "...Hukuk devletinde, yasama organını da kapsayacak biçimde devletin bütün organları üzerinde, hukukun ve Anayasa'nın mutlak egemenliği vardır. Yasakoyucu her zaman hukukun ve Anayasa'nın üstün kuralları ile bağlıdır. Anayasal denetim bu amacı gerçekleştirmektedir. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesine yer verilmiştir. Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralın yeniden yasalaşmasına Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasındaki bağlayıcılık ilkesi engeldir. Yasama organının, iptal edilen kuralın aynısını veya benzerini yasalaştırması durumunda, Anayasa Mahkemesinin etkinliği ortadan

kaldırılarak yasaların yargısal denetimi anlamını yitirir...” (13/5/1998 tarih ve E.1996/51, K.1998/17 sayılı karar.)

- “...Yasakoyucu, yasa düzenlemelerinde hukuk ve Anayasa'nın üstün kurallarına bağlıdır. Buna göre Anayasa'ya aykırı bulunan kuralların yeniden yasalaştırılmaması gerekir. Anayasa'ya aykırılığı Anayasa Mahkemesince saptanmış kuralların aynı amaç doğrultusunda yeniden yasalaştırılması, kararı etkisiz duruma düşürmek anlamına gelir. **Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarında da belirtildiği gibi bağlayıcılık, kararların sonucu kadar gerekçeleri yönünden de geçerlidir. Bu nedenle yasakoyucunun aynı konuda çıkaracağı yeni yasada Anayasa Mahkemesi kararının sonucu ile birlikte gerekçesini de gözönünde bulundurması gerekmektedir...**” (12/12/1991 tarih ve E.1991/27, K.1991/50 sayılı karar.)

- “...Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında açıkça ‘Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazete’de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar’ denilmektedir. Bu kural, kararları hemen yayımlama zorunluluğunu, tüm devlet organlarının, yönetim yerlerinin, gerçek ve tüzel kişilerin Anayasa Mahkemesi kararlarına uygun davranma ve karar gereklerini yerine getirme yükümlülüğünü duraksamaya yer vermeyecek biçimde ortaya koymaktadır. **Bu organlar, gerekçesi ve sonuç bölümleriyle ayrı ayrı ya da tümüyle içeriğine katılmasalar, bilimsel yöntemlerle eleştirseler de kararın gereğini savsaklamadan yerine getirmek, karara uygun düzenlemeleri gerçekleştirmek ve tersine işlem ve eylemlerden kaçınmak zorundadırlar.** Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasıyla öngörülen bu durum, hukuk devleti olmanın, güçler ayrılığı ilkesinin, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünün, hukukun üstünlüğü ilkesinin doğal gereğidir. Anayasa'nın Başlangıç Bölümünün üçüncü ve dördüncü paragraflarıyla, 2., 6., 9., 11., 81., 103. ve 138. maddelerinin içerdiği kavram ve ilkeler bu sonucu tartışmasız biçimde doğrulamaktadır... Yeni kuralın Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırı düşmesi için, iptal edilen önceki kuralla yapısal benzerlik taşıması, aynı sözcükleri ve anlatımı içermesi koşul değildir. **Amaç, erk ve sağlanmak istenen sonuçla, teknik içerik ve kapsam yönünden koşutluk yeterlidir. Kural yapısı, sözcük sayısı ve kimi eklemeler ve çıkarmalarla yinelenme izlenimi verecek biçimsel bir görünüm, özü etkilemez ve değiştirmez...** Özel bir özen göstererek hukuk devleti konusunda öncülük yapması gereken **yasama organının**, bir anımsatmaya ve uyarıya gerek kalmadan. Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurması, **hangi nedenle ve amaçla olursa olsun kararlarla çelişen ve çatışan düzenlemelerden kaçınması gerekir.** Kapsam ve anlatım farklılıkları olsa bile yeni kuralın, iptal edilen kuralla aynı doğrultuda olması ve Anayasa Mahkemesi kararına karşı, onu geçersiz ve sonuçsuz kılmak amacıyla çıkarıldığının saptanması, aynılık koşulunun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir. **Sözcük ve anlatım yönünden tam bir benzerlik aramak, Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasını anlamsız kılar ve uygulanmaz duruma düşürür.** Yasama organı yetkilerini ancak anayasal sınırlar içinde kullanabilir ve Anayasa'nın 153. maddesi de bu sınır kapsamındadır. **Yasa çıkarma yetkisi Anayasa Mahkemesi kararlarını etkisiz kılmak için kullanılamaz...**” (1/12/1995 tarih ve E.1995/56, K.1995/60 sayılı karar.)

- “... Yasama organı yapacağı düzenlemelerle daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmalı, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamalı, Anayasa'ya aykırı bulunarak, iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir... Başta yasama organı olmak üzere **yasama ve yürütme, kararların yalnız sonuçlarıyla değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır.**Gerekçeleriyle birlikte kararlar, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini

yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, **yasama organı düzenlemelerde bulunurken, iptal edilen yasaya ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmaya zorundadır. İptal edilen yasalarla, sözcükleri ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılması, Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık oluşturur...** Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasa'nın üstünlüğü karşısında, iptal edilen bir kurala yeni bir yasayla geçerlilik sağlanamaz..." (27/5/1999 tarih ve E.1998/50, K.1999/19 sayılı karar.)

- "... Anayasa Mahkemesinin bir çok kararında vurgulandığı gibi yasama organı yapacağı yeni düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmaya, bu kararları etkisiz bırakacak biçimde yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Yasama organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasaya ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmaya ve sözcükleri ayrı olsa bile, iptal edilen yasalarla, içerik ve nitelik yönünden aynı veya benzer olan yasaları çıkarmamak zorundadır..." (13/9/2000 tarih ve E.2000/14, K.2000/21 sayılı karar.)

- "... **Yasama organı, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır...** Bu nedenle **yasama organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmaya zorundadır.** İptal edilen yasalarla sözcükler ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılmaması gerekir. Bir yasanın Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığında söz edilebilmesi, iptal edilen önceki yasayla 'aynı' ya da 'benzer nitelikte' olmasına bağlıdır. İki yasanın 'aynı' ya da 'benzer nitelikte' olup olmadığının saptanabilmesi için öncelikle, aralarında 'özdeşlik', bu bağlamda 'anlam ve nitelik' ile 'teknik, içerik ve kapsam' yönlerinden benzerlik olup olmadığı araştırılmalıdır..." (7/2/2007 tarih ve E.2007/5, K.2007/18 sayılı karar.)

3. Yukarıda işaret edilen ve yaklaşık 20 yıllık bir dönemi kapsayan istikrarlı kararlarında Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 153. maddesi konusunda açık ve net bir profil çizmiş ve verdiği iptal kararının gerekçesinin de yasama organı yönünden bağlayıcı olduğunu ve bu gerekçeler doğrultusunda yeni bir yasa çıkarılması zorunluluğunun, Anayasa'nın açık emri ve hükmü olduğunu ortaya koymuştur. Bu yerleşik ve kökleşmiş içtihattan dönülmesini gerektiren haklı bir neden olmadığı ortadadır.

4. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 103. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesinin 12/11/2015 tarih ve E.2015/26, K.2015/100 sayılı kararının gerekçesinde "... Mahkemeye olaya özgü takdir marjı tanımayan ve onarıcı hukuk kurumları öngörmeyen kuralda düzenlenen ceza yaptırımının alt sınırının on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmesi, fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failinde 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 imkanını ortadan kaldırmakta ve bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek bir niteliğe sahip bulunmaktadır. Bu nedenle kuralda belirlenen ceza miktarının, bu ceza ile ulaşılmak istenen amacı her somut olayda gerçekleştirebilecek orantıda ölçüde olduğu söylenemez. Kural bu haliyle ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırılık taşımaktadır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir..." denilmektedir.

İtiraz istemine ilişkin kural, eski kuralla bire bir “aynı olup; ilk incelemede uygulanma olanağı bulunmadığından yetkisizlik nedeniyle red kararı verilen ve kurala eklenen 2. cümle ise iptal edilen hükümlerle doğrudan ilgili olmayan “mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek ceza on sekiz yıldan az olamaz, şeklinde olup; ilk (iptal edilen) kuralın yeniden yasalaştırılmasında, ilk kuralla “aynı” ya da “benzer olma koşulu yönünden bir farklılık getirmemektedir. Keza, yasakoyucunun yeni kuralda Anayasa Mahkemesi iptal kararının gerekçesindeki hiç bir unsurun karşılanmadığı, dolayısıyla hem ilk kuralla aynı mahiyette yeni bir kuralın getirilmesi hem de iptal kararı gerekçesinin hiç kaale alınmaması nedeniyle Anayasa’nın 153. maddesinin açıkça ihlâl edildiği anlaşılmaktadır.

5. Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuruya ilişkin yeni bir kararında da (Genel Kurul, Şahin Alpay kararı, Başvuru Numarası: 2018/3007, Karar Tarihi 15/3/2018) “...Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararı verip bu ihlâlin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına hükmettiği durumlarda ilgili merciiler, ihlâl kararının niteliğini dikkate alarak ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde hareket etmek zorundadır. Buna göre somut olayda derece mahkemelerinin görevi. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin kapsamını değerlendirmek değil, mahkemece tespit edilen ihlâli ve sonuçlarını ortadan kaldırmaktır... Nitekim Anayasa’nın 153. maddesinin altıncı fıkrasında, 138. maddeden farklı olarak, Anayasa Mahkemesi kararlarının yargı organları yönünden de bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir... Somut olayda Anayasa Mahkemesinin ihlâl kararı sonrasında derece mahkemelerince başvurucunun tutukluluk durumu sonlandırılmamış, yukarıda belirtilen istisnai halin varlığı da ortaya konulmamıştır. **Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin başvurucu hakkındaki kararda tespit yaptığı ihlâlin ve sonuçlarının derece mahkemelerince ortadan kaldırılmadığı anlaşılmaktadır...**” benzer bir sonuca (bu kez yasama organı değil, yargı yerleri açısından) ulaşıldığı görülmektedir.

6. Anayasa Mahkemesinin iptal kararının gerekçesinde belirtildiği üzere, itiraz istemine konu kural aynı gerekçelerle Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gibi, özellikle çocuk faillerin konumu bakımından ayrı bir düzenleme öngörmemesi nedeniyle Anayasa’nın 41. maddesiyle de uyarlı değildir.

7. Açıklanan nedenlerle; kuralın Anayasa’nın 2., 41. ve 153. maddelerine aykırı düştüğü ve iptali gerektiği kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye  
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye  
Burhan ÜSTÜN