

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:****Esas Sayısı : 2020/82****Karar Sayısı : 2021/20****Karar Tarihi: 18/3/2021****İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN:** Ankara 47. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 10., 14., 17., 36. ve 41. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talebidir.

OLAY: Samk hakkında reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda açılan davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

I. İPTALİ İSTENEN KANUN HÜKMÜ

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı 104. maddesi şöyledir:

“Reşit olmayanla cinsel ilişki

Madde 104- (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (İptal: Ana. Mah.nin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile; Yeniden düzenleme: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) (Ek: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.”

II. İLK İNCELEME

1. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü uyarınca Zühtü ARSLAN, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Rıdvan GÜLEÇ, Recai AKYEL, Yusuf Şevki HAKYEMEZ, Yıldız SEFERİNOĞLU, Selahaddin MENTEŞ ve Basri BAĞCI'nın katılmalarıyla 22/10/2020 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

III. ESASIN İNCELENMESİ

2. Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Uğur İRİCİ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmü, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşüldü:

A. İtirazın Gerekçesi

3. Başvuru kararında özetle; itiraz konusu kuralın düzenlediği suçun oluşumunda mağdurun da rızasının gerekli olduğu, bu bağlamda suçun oluşumuna mağdurun da katıldığı ancak suçun şikâyete tabi olması nedeniyle mağdurun şikâyet hakkını kötüye kullanabileceği, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun Kanun'da yer alan ve takibi şikâyete bağlı olan diğer suçlardan farklı bir nitelikte olduğu, 15-18 yaş aralığındaki çocukların cebir, tehdit ve hile olmaksızın gerçekleştirdikleri cinsel ilişkinin suça vücut vermesinin uluslararası sözleşmelerle çeliştiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 10., 14., 17., 36. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

4. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13., 20. ve 38. maddeleri yönünden incelenmiştir.

5. İtiraz konusu kuralla cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin şikâyet üzerine iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür.

6. Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiştir. Anılan maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı bir yönüyle özel hayatın gizliliğinin korunmasını, başkalarının gözleri önüne serilmemesini, bir başka ifadeyle kişinin özel hayatında yaşananların yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkını korurken diğer yönüyle resmî makamların özel hayata müdahale edememesi yani kişinin ferdi ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi hakkını güvence altına almaktadır.

7. Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavramdır. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlıktır. Özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkının kapsamının belirlenmesinde bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi temel alınmaktadır. Anılan hak herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak, kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret etmekle birlikte kişiliğin serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuki menfaati de içermektedir (*Serap Tortuk*, B. No: 2013/9660, 21/1/2015, §§ 31-35; *Tevfik Türkmen* [GK], B. No: 2013/9704, 3/3/2016, § 50; *Ayşegül Çengel Kömür ve diğerleri*, B. No: 2016/56228, 23/6/2020, § 43).

8. Özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Özellikle mahremiyet alanında cereyan eden cinsel içerikli eylem ve davranışların özel hayata saygı hakkının kapsamında olduğunda kuşku yoktur. Bu yönüyle özel hayat, öncelikle bireylerin kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri ve diğer kişilerle en mahrem ilişkilere girebilecekleri özel bir alana işaret etmektedir (*Serap Tortuk*, §§ 32-36; *Ata Türkeri*, B. No: 2013/6057, 16/12/2015, §§ 30, 32).

9. İtiraz konusu kural reşit olmayanla cinsel ilişki fiilini suç olarak düzenleyip bunu cezalandırmak suretiyle özel hayata saygı hakkına sınırlama getirmektedir.

10. Anayasa'nın 13. maddesinde "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre özel hayata saygı hakkına getirilen sınırlamanın kanunla yapılması, Anayasa'da öngörülen sınırlama sebebine, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir.

11. Anayasa'nın anılan maddesinde öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanması ölçütüne göre bir düzenlemenin yalnızca şekli anlamda değil maddi anlamda da kanun şartlarını taşıması gerekir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların kanunla düzenlenmesi bu haklara ve özgürlüklere keyfi müdahaleyi engelleyen ve hukuk güvenliğini sağlayan demokratik hukuk devletinin en önemli unsurlarından biridir.

12. Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi Anayasa'nın 13. maddesinde ifade edilen temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğine ilişkin kuralın suç ve cezalar yönünden özel düzenlemesi niteliğindedir (AYM, E.2019/9, K.2019/27, 11/4/2019, § 15). Bu bağlamda Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında "*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*" denilerek suçun kanuniliği, üçüncü fıkrasında da "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" denilerek cezanın kanuniliği ilkesi güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın anılan maddesinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda suç ihdas eden düzenlemelerin belirliliklerinin tespitinde anılan ilkelerin gözönünde tutulması zorunludur.

13. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenleyen kural bu ilkeler kapsamında değerlendirildiğinde suç teşkil eden eylemin, failin, suçta konu yaptırımın ve takip usulünün kuralla açık ve net olarak belirlendiği görülmektedir. Suçun ağırlaştırıcı hâlleri de kuralın devamındaki fıkralarda düzenlenmiştir. Bu itibarla reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun tüm unsurları kuralın yer aldığı madde kapsamında açıkça belirlendiğinden kuralın belirsizliğinden ve öngörülmezliğinden söz edilemez. Bu yönüyle kuralın gerek Anayasa'nın 13. maddesi gerekse 38. maddesi kapsamında kanunilik şartını karşıladığı anlaşılmaktadır (benzer yöndeki karar için bkz. AYM, E.2006/17, K.2009/33, 26/02/2009).

14. 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 uyumsuzluklara ilişkin sorunların her somut olayın özellikleri dikkate alınarak kuralın amacına uygun şekilde yorumlanması suretiyle mahkeme

içtihatlarıyla çözülmesi 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 (AYM, E.2017/135, K.2019/35, 15/5/2019, § 31).

15. Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında anılan hakka çeşitli sebeplere bağlı kalınarak sınırlamalar getirilebileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir. Maddede bu sınırlama sebepleri arasında millî güvenliğin ve kamu düzeninin korunması ile suç işlenmesinin önlenmesi sebepleri de sayılmış, böylece bunlara dayalı olarak söz konusu hakkın sınırlandırılabilmesine izin verilmiştir. Ancak anılan fıkrada söz konusu sınırlamanın arama ve elkoyma tedbirlerine özgü olarak yapılabileceği belirtildiğinden bu sebepler 20. madde bağlamında itiraz konusu kural yönünden meşru bir sınırlama nedeni olarak kabul edilemez. Bununla birlikte özel hayatın düzenlendiği maddede kural yönünden özel sınırlama sebeplerine yer verilmediğinin kabulü hâlinde dahi bu hakkın Anayasa'da güvence altına alınan diğer temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa'nın diğer maddelerinde devlete bir görev olarak yüklenen ödevler nedeniyle sınırlandırılması mümkündür (AYM, E.2013/95, K.2014/176, 13/11/2014; E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015).

16. 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. İtiraz konusu kuralın belirli bir yaş aralığında bulunan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel fiillerin cezalandırılması suretiyle anılan madde kapsamında çocukların korunması amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu yönüyle kuralın anayasal anlamda meşru bir amacının bulunduğu açıktır.

17. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayata saygı gösterilmesi hakkına getirilen sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması bir başka ifadeyle demokratik toplumda zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması gerekir. Çocukların fiziksel ve psikolojik olarak gelişimlerini henüz tamamlamamış olmaları nedeniyle yetişkinlere göre daha özel bir koruma altında olmaları gerektiği genel kabul gören bir anlayıştır. Bu kapsamda 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; çocukların cinsel istismarı ve cinsel sömürüsü konusunda ülkemizin de taraf olduğu ve kabul ettiği BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi (Lanzarote Sözleşmesi) gibi uluslararası sözleşmeler yapılmış, tavsiye kararları alınmıştır (AYM, E.2017/135, K.2019/35, 15/05/2019, § 26).

18. On beş yaşını doldurmuş çocuklar cinsel farkındalık dönemine girmekle birlikte henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması nedeniyle cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını tam manasıyla kavrayacak sorumluluk duygusuna sahip olamayabileceklerdir. Bu bağlamda çocukların etkin bir şekilde korunması amacıyla getirilen itiraz konusu kuralın

demokratik toplumda zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamaya yönelik olmadığı söylenemez.

19. Diğer yandan Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca sınırlamanın ölçülü olup olmadığına da değerlendirilmesi gerekir. Anayasa'nın anılan maddesinde güvence altına alınan ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen sınırlamanın ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlamanın zorunlu olmasını, diğer bir ifadeyle aynı amaca daha hafif bir sınırlama ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise hakka getirilen sınırlama ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir.

20. Bu bağlamda reşit olmayanlarla cinsel ilişkiye girilmesinin şikâyet halinde ceza yaptırımına tabi tutulmasının, çocukların cinsel dokunulmazlıklarının korunması ve gelişimlerinin olumsuz etkilerden muhafaza edilmesi amacına ulaşma bakımından elverişsiz ve gereksiz olduğu söylenemez.

21. Kurala göre suç sayılan fiilin "*Cebir, şiddet ve hile olmaksızın,...*" işlenmesi gerekmektedir. Bundan, belirli bir yaş grubuna dâhil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile on beş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte kural söz konusu fiilin soruşturulmasını şikâyete bağlamıştır. Suçun temel şekli için öngörülen yaptırım ise kural uyarınca iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Suçun takibinin şikâyete bağlı olduğu, suç için öngörülen yaptırımın niteliği ve ağırlığı, verilen hüküm aleyhine kanun yollarına başvurulmasının mümkün olduğu gözetildiğinde kuralın öngördüğü sınırlamanın orantılılık ilkesiyle çelişmediği, bu çerçevede kuralın ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayan bir yönünün de bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

22. Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13., 20. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 41. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de bu bağlamda belirtilen hususların Anayasa'nın 13., 20. ve 38. maddeleri yönünden yapılan değerlendirmeler kapsamında ele alınmış olması nedeniyle Anayasa'nın 41. maddesi yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

Kuralın Anayasa'nın 10., 14., 17. ve 36. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

IV. HÜKÜM

26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE 18/3/2021 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Zühtü ARSLAN

Başkanvekili
Hasan Tahsin GÖKCAN

Başkanvekili
Kadir ÖZKAYA

Üye
Engin YILDIRIM

Üye
Hicabi DURSUN

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M. Emin KUZ

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Üye
Recai AKYEL

Üye
Yusuf Şevki HAKYEMEZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU

Üye
Selahaddin MENTEŞ

Üye
Basri BAĞCI

Üye
İrfan FİDAN