



T.C.  
ANAYASA  
1. Bölüm

Esas No: 2016/2470  
Karar No: 2020/  
Karar Tarihi: 15.01.2020

ANAYASA MAHKEMES N N 15/1/2020 TAR HL VE 2016/2470 SAYILI  
KARARI (B REYSEL BA VURU)

B R NC BÖLÜM

KARAR

G.O. BA VURUSU

Ba vuru Numarası: 2016/2470

Karar Tarihi: 15/1/2020

Ba kan: Hasan Tahsin GÖKCAN

Üyeler: Serdar ÖZGÜLDÜR

Hicabi DURSUN

Kadir ÖZKAYA

Yusuf evki HAKYEMEZ

Raportör: Sinan ARMA AN

Ba vurucu: G.O.

I. BA VURUNUN KONUSU

1. Ba vuru, cinsel istismar isnadıyla ilgili soru turmanın etkin bir ekilde yürütülmemesi ve sonuçta hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi nedeniyle kötü muamele yasa ının ihlal edildi i iddiasına ili kindir.

II. BA VURU SÜREC

2. Ba vuru 5/2/2016 tarihinde yapılmı tır.

3. Ba vuru, ba vuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmu tur.

4. Komisyonca ba vurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmi tir.

5. Bölüm Ba kanı tarafından ba vurunun kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte

yapılmasına karar verilmi tir.

6. Ba vuru belgelerinin bir örne i bilgi için Adalet Bakanlığı na (Bakanlık) gönderilmi tir. Bakanlık, görü bildirmemi tir.

### III. OLAY VE OLGULAR

7. Ba vuru formu ve ekleri ile Ulusal Yargı A ı Bili im Sistemi (UYAP) aracılı ıyla eri ilen bilgi ve belgelere göre olaylar özetle öyledir:

8. Ba vurucu G.O., 1996 do umlu bir kız çocu udur.

9. Ba vurucu 2/8/2014 tarihinde babası ile birlikte Kır ehir'de bulunan Ahi Polis Merkezi Amirli ine ba vurarak cinsel istismar, tehdit, hakaret ve kasten yaralama suçları nedeniyle 1993 do umlu K.A.dan ikayetçi olmu tur.

10. Ba vurucu avukat olmaksızın verdi i ifadesinde özetle K.A. ile daha önce gönül ili kisi oldu unu, evlenmeyi planladıklarını, 2013 yılı Kurban Bayramı'nda Kır ehir'de bulundu u sırada K.A.nın daveti üzerine gitti i bir evde aralarında yakınlı ma oldu unu, sonrasında ise istememesine ra men K.A.nın zorla elbiselerini çıkardı nı ve kendisini cinsel ili kiye zorladı nı, kanaması olunca ili kinin sonlandı nı belirtmi tir. Bu olaydan yakla ık yedi ay sonra K.A.nın ya ananları ailesine söyleyece i tehdidiyle kendisini Kayseri'nin merkezindeki eski bir eve götürdü ünü, burada tokat atarak elbiselerini çıkardı nı ve yeniden cinsel ili kiye zorladı nı, ili ki sırasında tokat attı nı, güçlü oldu u için kendisine kar ı koyamadı nı ifade etmi tir. Ba vurucu ifadesinin devamında bu olaydan yakla ık bir ay sonra K.A.nın araba sürmeyi ö retece ini söyleyerek bir araçla kendisini aldı nı, ıssız bir yere gittiklerinde K.A.nın cinsel ili kiye girmek istedi ini, kendisinin kabul etmedi ini, bunun üzerine kolundan çekerek zorla aracın arka koltu una götürdü ünü, burada zorla yine cinsel ili ki ya adıklarını beyan etmi tir. Toplamda üç kez zorla cinsel ili ki ya adı ndan yakınan ba vurucu ayrıca K.A.nın ailesine söyleyece i tehdidi üzerine çıplak foto raflarını e-posta aracılı ıyla kendisine gönderdi ini, tehdit etti i için foto raflarda gülümsedi ini, ifade vermesinden bir gün önce bir kafede bulu tuklarını, K.A.nın kendisine ait telefon hattını alarak ayrılmak istedi ini, resimleri de gece yarısı erkek karde ine gönderece ini söyledi ini, ak am eve gitti inde K.A.nın erkek karde ini telefonla aradı nı ö rendi ini, genital muayene yaptırmak istemedi ini belirtmi tir.

11. Soru turma kapsamında ba vurucunun babası A.O. mü teki sıfatıyla, K.A. ise üpheli sıfatıyla dinlenmi tir. Ayrıca ba vurucunun erkek karde i ile üphelinin arkada ı H.H.D. tanık olarak ifade vermi tir. Bunun dı nda üphelinin rızası ile teslim etti i telefonu üzerinde kolluk tarafından yapılan inceleme neticesinde ba vurucuya ait üç video kaydı ile altı resim oldu u anla ılmı tır. K.A. kollu a verdi i ifadesinde özetle ma dur G.O. ile gönül ili kisi oldu unu ve arkadaş lık yaptı nı fakat hiçbir zaman cinsel birliktelik ya amadıklarını, Kır ehir veya Kayseri'de bir evde bulunmadıklarını, çar ıda ve ehir merkezlerinde bulu tuklarını, arabayla kendisini aldı ı olayda yanlarında arkada ı H.H.D.nin de bulundu unu ve hiç yanlarından ayrılmadı nı söylemi tir. K.A. ayrıca askerlik yaptı ı sırada G.O.nun kendi iste iyle kendisine ait video ve resimleri gönderdi ini, bu konuda bir tehdidi olmadı nı, ili kilerini bitirdikten sonra G.O.ya, erkek karde ine söz konusu resimleri gönderece ine dair bir beyanı olmadı nı, sadece G.O.nun erkek karde ini aradı nı ve kız karde ine sahip çıkmasını söyledi ini belirtmi tir.

12. Ba vurucunun ikayeti kapsamında soru turma yürüten Kır ehir Cumhuriyet Ba savcılı ı cinsel istismar suçu hakkında 21/8/2014 tarihinde yetkisizlik kararı vererek dosyayı Kayseri Cumhuriyet Ba savcılı ına göndermi tir. Kayseri Cumhuriyet Ba savcılı ı (Ba savcılık) 4/9/2014 tarihinde üpheli hakkında -delil yoklu u nedeniyle- kovu turmaya yer olmadı na karar vermi tir. Ba vurucu vekilinin itirazı üzerine Kayseri 2. Sulh Ceza Hakimli inin (Hakimlik) 6/11/2014 tarihli kararıyla kovu turmasızlık kararı kaldırılmı tır. Bunun üzerine Ba savcılık tarafından soru turma geni letilerek birtakım

yeni deliller elde edilmeye çalışılmıdır. Savcı kollu olarak talimatları vermiştir:

- Mağdurun [bağvurucunun] kuzeni G.K. ile temasa geçilerek tanık olarak beyanı ile cep telefonunda suçla ilgili mesajların tespiti
- Mağdur vekilinin dilekçesinde geçen tanıkların beyanlarının tespiti
- Mağdur ile temasa geçilerek rızası dahilinde genital muayenesinin yaptırılması, muayeneyi kabul etmez ise bu durumun yazılı ile tarafımıza derhal bildirilerek mahkeme kararı talep edilmesinin sağlanması
- Mağdur vekilinin dilekçesinde belirttiği krokinin dikkate alınarak olay yerini ve güzergahı gösteren kamera ve MOBESE kayıtlarının temini, çözümünün yapılması ve evraka eklenmesi
- Mağdurun cep telefonunda suçla ilgili olayla ilgili var ise mesaj ve diğer belgelerin (resim, ses kaydı vb.) tespiti
- Mağdurun olay sonrası psikolojisinin bozulduğunu, intihar girişiminde bulunduğunu ve halen Kayseri Etilim Araştırma Hastanesinde tedavi gördüğünü belirtilmekle buna ilişkin tüm hastane evraklarının eklenmesi
- Mağdur ve müvekkili ile temasa geçilerek avukatları eliyle Cumhuriyet Başsavcılığına haftanın pazartesi ve çarşamba günleri bağvurmaları gerektiğinin bildirilmesi

13. Anılan talimatlar doğrultusunda G.O.nun genital muayenesi yaptırılmış, mağdurun beyanına göre 2014 yılı Mayıs ayındaki olayın gerçekleştiği güzergahta bulunan, tüm kamuya ve özel kişilere ait binalardaki kamera görüntülerine ve yine MOBESE kayıtlarına bakılmış fakat üzerinden uzun süre geçtiğinden görüntülere ulaşılamamıştır, mağdurun dinlenilmesini istediği tanıkların ifadelerinin alınmasına çalışılmış fakat sadece G.K.nın bilgisine bağvurulmuştur, diğerlerinin ise olayla ilgili bilgileri olmadığından veya başka bir yerde bulduklarından beyanları alınmamıştır, mağdurun olay nedeniyle tedavi gördüğünü hastane kayıtları temin edilmiştir ve mağdura ait telefon üzerinde inceleme yapılmıştır. Ayrıca 8/12/2014 tarihinde Cumhuriyet savcısının ve avukatının huzurunda bağvurucunun ifadesi yeniden alınmıştır. Bağvurucu buradaki ifadesinde ilkinden farklı ve özet olarak yaşanan birinci ve ikinci cinsel ilişki sonrasında K.A.nın cep telefonu ile çıplak görüntülerini çektiğini, ayrıca kendisinin de ifresini bildiği bir sosyal medya hesabına tehdit yoluyla çıplak fotoğraflarını yüklemek zorunda kaldığını belirtmiş ve de karışıklık konularının ve fotoğrafların bulunduğu söz konusu sosyal medya hesabına ilişkin bir CD'yi dosyaya sunmuştur.

14. Bağvurucunun genital muayenesine ilişkin Kayseri Etilim ve Araştırma Hastanesi tarafından düzenlenen 19/11/2014 tarihli raporda, vulva vajinal gözlem muayenesinde hymen saat 6 yönünde eski yırtık alanı tespit edildiği belirtilmiştir. Bağvurucuya ait telefon üzerinde yapılan incelemede olayla ilgili herhangi bir mesaj, fotoğraf, ses veya görüntü kaydına ulaşılamamıştır. Mağdurun psikolojik tedavi gördüğünü hastane kayıtlarının, ikayetin yapılması sonrasında ilişkin olduğu anlaşılmıştır. Ayrıca Başsavcılık tarafından 12/1/2015 tarihinde soruşturma dosyası hakkında kısıtlama kararı alınmıştır. Tüm bunların sonucunda K.A. hakkında çocuğun nitelikli cinsel istismarı ve kişinin hürriyetini yoksun kılma suçlarından 16/6/2015 tarihli iddianame düzenlenerek Kayseri 2. Asliye Ceza Mahkemesinde (Mahkeme) kamu davası açılmıştır.

15. Ayrıca Kırşehir 3. Asliye Ceza Mahkemesinde K.A. hakkında hakaret ve tehdit suçlarından açılan kamu davasında 14/5/2015 tarihinde beraat kararı verilmiştir. Dosya bağvurucular tarafından temyiz edilmiş olup inceleme tarihi itibarıyla henüz kesinleşmemiştir.

16. Mahkemede yapılan yargılamada bağvurucu ve babası ile K.A.nın ifadeleri yeniden

alınımı ayrıca tensip kararıyla ilk önce tanıklar G.K. ve H.H.D. dinlenilmi , ba vurucular vekilinin talebi üzerine kolluk tarafından dinlenilemeyen M.B.K., C. . ve K.A. da tanık olarak ifade vermi lerdir. Ba vurucuların talebi üzerine S.A. ve Y.D.nin tanık olarak dinlenilmesi kararla tırılmı sa da Mahkemece bir sonraki duru mada bu karardan dönülmü tür. Dinlenen tanıkların, zorla ya andı ı iddia edilen cinsel ili kisi konusunda görgüye dayalı bir beyanları olmamı tır. Bazı tanıklar ba vurucu G.O.dan, K.A. ile aralarında zorla cinsel ya andı ını duyduklarını beyan etmi lerdir.

17. Bunun dı nda yapılan yargılamada ba vurucu G.O. ile K.A.nın kullandı ı telefon hatlarıyla ilgili ileti imin tespiti istenmi ve bu konuda bilirki i raporu alınımı tır. Bilirki i raporuna göre 10/6/2014 ila 22/7/2014 tarihleri arasında taraflar arasında dokuz kez arama sekiz kez kısa mesaj yoluyla ileti im sa lanımı tır.

18. Mahkemece yapılan yargılama sonucunda Cumhuriyet Savcısının mütalaası do rultusunda K.A., çocu un nitelikli cinsel istismarı suçu yerine re it olmayanla cinsel ili ki ve yine ki iyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yerine kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dı nda evi terk eden çocu u, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutma suçlarından cezalandırılmı tır. Mahkemenin 18/12/2015 tarihli kararına göre ilk suçtan 6 ay 7 gün, di er suçtan 3 ay 3 gün hapis cezası cezalandırılan K.A. hakkında hükmün açıklanması geri (HAGB) bırakılmı tır. Karar gerekçesinin ilgili kısmı öyledir:

“ ...

katılan [G.O.]nın suç tarihlerinde 15-18 ya aralı nda oldu u, her ne kadar sanık [K.A.nın] birden fazla kez cebir ve tehdit kullanmak suretiyle G.ye kar ı birden fazla kez nitelikli cinsel istismar ve ki iyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarından cezalandırılması, istemi ile kamu davası açılmı ise de G. ve K.nin 2012 yılında tanı tıkları, 2013 yılında Kır ehir'de iken G.nin K. ile birlikte K.nin arkada ının evine gittikleri ve burada rıza dahilinde cinsel ili kiye girdikleri, daha sonra aradan 5-6 ay geçtikten sonra G.nin Kayseri'de dershanede oldukları sırada bulu tukları ve birlikte harabe bir yere gittikleri, burada da rıza dahilinde cinsel ili kiye girdikleri, ardından katılan G.nin K.ya çıplak foto raflarını rızası dahilinde gönderdi i, ikinci olaydan yakla ık 2-3 ay sonra 2014 yılı Temmuz ayında yine Kayseri'de bulu tukları, birlikte dola tıktan sonra yine cinsel ili kiye girdikleri, bu hususlar dosya arasında bulunan E itim Ara tırma Hastanesi Kadın Do um Poliklini inin 19/11/2014 tarih ve 427 sayılı raporu ile sabit oldu u, daha sonra katılan G.nin Kır ehir'e gittikten sonra sanı ın yine G.yi yanına ça ırdı ı, ancak G.nin yanına gitmeyerek ikayetçi oldu u, dosya kapsamına göre sanı ın bu eylemlerini katılana kar ı cebir tehdit uygulayarak gerçekle tirdi i yolunda hiçbir delil bulunmadı ı, ilk olayın gerçekle ti i yer olan Kır ehir ilindeki K.nin arkada ının evinde birlikte olmalarından sonra G.nin hiçbir ey yokmu çasına evden ayrılıp K. ile görü meye ba ladı ı, hatta çıplak foto raflarını gönderdi i, ardından yine Kayseri'de harabe bir yerde ili kiye girdikleri, yine de bu husustan kimseye dahi bahsetmedi i, karar duru masında dinlenen tanıkların bu olaylara ili kin görgüye dayalı bilgilerinin olmadı ı, sadece telefon konu malarına ahit olduklarını beyan ettikleri, telefon konu malarının içeri ini bilmelerinin de hayatın ola an akı na aykırı oldu undan mahkememizce aksi yöndeki beyanlarına itibar edilmemi , katılan G.nin sanıkla hem Kır ehir'de hem de Kayseri'de cinsel ili kiye girme eylemlerinin rıza dahilinde oldu u, zira dosya arasında sanıkla katılan G.nin samimi foto raflarının da oldu u anla ılmakla olayın rızaya dayalı olu tu u yönünde mahkememizce vicdani kanı hasıl oldu undan suçun re it olmayan ma dure ile birden fazla kez cinsel ili ki kapsamında kalaca ı, ma durenin de ikayetçi oldu u hususu gözönüne alınarak TCK 104/1 ve 43 maddeleri uyarınca hüküm kurulmu , yine ki iyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile ilgili olarak, ma durenin 15-18 ya aralı nda olması, hürriyeti noktasında Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 30/09/2014 tarih ve 2014/14-389 esas 2014/413 karar sayılı ilamında da vurgulandı ı üzere bu hakkında tasarruf edebilece i ve rızasının geçerli olaca ndan eylemin ba lı ba ına TCK 234/3 kapsamında yani kanuni temsilcisinin bilgisi dı nda evi terkeden çocu u rızasıyla da olsa

ailesi veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutma suçunu oluşturan ve bunun birden fazla kez olması hususu da gözönüne alındığında sanık hakkında TCK'nun 43/1 maddesinin uygulanması gerekeceğinden sanık hakkında neticeten TCK 104/1, 43, 234/3, 43 maddeleri uyarınca ayrı ayrı ceza verilmesine, sanığın aldığı cezaların miktarı, somut bir zararın bulunmaması, engel adli sicil kaydının olmayışı, yeniden suç işlemeyeceği hususunda mahkememizde olumlu kanaat hasıl olduğundan hakkında ayrı ayrı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karar vermek gerekmi ...

..."

19. Söz konusu karar gerekçesinden de anlaşılacağı üzere Mahkeme, başvurucu ile K.A. arasında birden fazla kez cinsel birliktelik yaşadığını fakat bunların zorla değil rızaya dayalı olarak gerçekleştiğini kabul etmiş ve buna göre ceza tayin etme yoluna gitmiştir.

20. Başvurucu söz konusu kararı temyiz etmiş fakat söz konusu kararın itiraza tabi olduğu belirtilip Mahkemece talep reddedilmiştir. Başvurucu bu kez temyiz talebinin reddine ilişkin kararı temyiz etmiştir. Temyiz talebi konusunda inceleme tarihi itibarıyla henüz bir karar verilmiş değildir. Başvurucu ayrıca Mahkemenin HAGB kararına itiraz etmiştir. Başvurucunun itirazı Kayseri 3. A.ır Ceza Mahkemesinin 7/1/2016 tarihli kararıyla reddedilmiş ve verilen karar başvurucu vekiline 16/1/2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

21. Başvurucu 5/2/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

#### IV. LG L HUKUK

##### A. Ulusal Hukuk

22. 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Tanımlar" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"(1) Ceza kanunlarının uygulanmasında;

...

b) Çocuk deyiminden; henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi,

...

Anlaşılır."

23. 5237 sayılı Kanun'un "Zincirleme suç" kenar başlıklı 43. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) (8.7.2005 - 5377 sk de ) Bir suç işlemeye kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel ekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli ekleri, aynı suç sayılır. Madduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır."

24. 5237 sayılı Kanun'un başvuru konusu olayların gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan haliyle 103. ve 104. maddelerinin ilgili kısımları şöyledir:

"Çocukların cinsel istismarı

Madde 103 - (1) Çocu u cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis

cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

- a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışlar,
- b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşırlar.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.

...

Reşit olmayanla cinsel ilişki

Madde 104 - (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmemiş olan çocukla cinsel ilişki içinde bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”  
25. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160. maddesi ile 172. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

“Bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi

Madde 160 - (1) Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiğini izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.

(2) Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar

Madde 172 - (1) Cumhuriyet savcısı, soruşturma evresi sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verir...”

26. 5271 sayılı Kanunu'nun "Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" kenar başlıklı 231. maddesinin (5), (6), (8), (10), (11) ve (12) numaralı fıkraları şöyledir:

"(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükümlenilen ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaştırmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişisel özellikleri ile durumu madaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurların veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan

önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir. Sanı ın kabul etmemesi halinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

(8) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, be yıl süreyle denetim süresine tabi tutulur...

...

Denetim süresi içinde dava zamana ımı durur.

(10) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç i lenmedi i ve denetimli serbestlik tedbirine ili kin yükümlülöklere uygun davranıldı ı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın dü mesi kararı verilir.

(11) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç i lemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ili kin yükümlülöklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar...

(12) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir."

## B. Uluslararası Hukuk

### 1. Uluslararası Mevzuat

27. Avrupa nsan Hakları Sözle mesi'nin (Sözle me) " kence yasa ı" kenar ba lıklı 3. maddesi öyledir:

"Hiç kimse i kenceye veya insanlık dı ı ya da a a ılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz."

28. 18/6/2003 tarihli ve 25142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlü e giren 16/12/1966 tarihli Birle mi Milletler (BM) Medeni ve Siyasi Haklar Sözle mesi'nin 7. maddesi öyledir:

"Hiç kimse i kenceye ya da zalimane, insanlık dı ı ya da küçük dü ürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz. Özellikle, hiç kimse kendi özgür rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz."

29. 1/2/2001 tarihli ve 24305 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 25/1/1996 tarihli Çocuk Haklarının Kullanılmasına İli kin Avrupa Sözle mesi'nin "Kendi inisiyatifiyle harekete geçme" kenar ba lıklı 8. maddesi öyledir:

"Bir çocu u ilgilendiren davalarda, çocu un esenli inin a ır bir tehlike altında oldu unun iç hukuk tarafından belirlendi i durumlarda, adli merciin resen harekete geçme yetkisi vardır."

30. 10/9/2011 tarihli ve 28050 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlü e giren 25/10/2007 tarihli Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Kar ı Korunması Sözle mesi'nin (Lanzarote Sözle mesi) 1., 3., 4., 18. ve 32. maddeleri öyledir:

" Madde 1 - Amaçlar

1. Bu Sözle menin amaçları:

a. çocukların cinsel sömürüsü ve istismarını engellemek ve bunlarla mücadele etmek;

b. cinsel sömürü ve istismara maruz çocuk mağdurların haklarını korumak;

c. çocukların cinsel sömürü ve istismarına karşı ulusal ve uluslararası işbirliği geliştirmektir.

2. Bu Sözleşme Taraflarca hükümlerinin etkin uygulamasını temin etmek için özel bir gözetim mekanizması kurar.

### Madde 3 - Tanımlar

Bu Sözleşme amacı için:

a. 'Çocuk' 18 yaşın altındaki herhangi bir kişiyi anlamına gelir;

b. 'Çocuğun cinsel sömürsü ve istismarı' bu Sözleşmenin 18 ila 23 üncü maddelerde belirtilen davranışları içerir;

c. 'Mağdur' cinsel sömürü veya istismara maruz kalan herhangi bir kişiyi anlamına gelir.

### Madde 4 - İlkeler

Taraflardan her biri, çocukların cinsel sömürü ve istismarının her türünü engellemek ve çocukları korumak için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır.

### Madde 18 - Cinsel istismar

1. Taraflardan her biri aşağıdaki kasti fiilin suç kapsamına girmesini sağlamak için gereken yasal ve diğer tedbirleri alır:

a. ulusal hukukun ilgili hükümlerine göre yasal olarak cinsel erginlik yaşına gelmemiş olan bir çocukla cinsel faaliyetlerde bulunmak;

b. bir çocukla aşağıdaki yollarla cinsel faaliyette bulunulması halinde:

- zor, güç veya tehdit kullanma; veya

- aile içi dahil, çocuk üzerinde güven, yetki veya etki gerektiren mevkii kullanarak istismar; veya

- özellikle bir zihinsel veya fiziksel özrürlülük veya bağımlılığı sebebiyle, çocuğun özellikle savunmasız bir durumundan yararlanarak istismar.

2. Yukarıdaki 1. fıkra amacına uygun olarak, Taraflardan her biri bir çocukla cinsel faaliyette bulunmanın yasak olduğu ya da alt sınırına karar verir.

3. Madde 1.a. hükümleri, küçükler arasında rızaya dayalı cinsel faaliyetleri düzenlemeye yönelik değildir.

### Madde 32- İlemlerin Başılatılması

Taraflardan her biri işbu Sözleşmedeki suçların soruşturulması ve kovuşturulmasının mağdur tarafından yapılan bir açıklama ya da suçlamaya dayandırılmamasını ve mağdur ifadelerini geri alsaydı işlemlerin devam etmesini sağlamak için gerekli yasal ve diğer tedbirleri alır. "

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çetihadı



31. Bir muamele veya cezanın kötü muamele oldu unu söyleyebilmek için eylemin minimum a ırlık e i ini a ması beklenir (Raninen/Finlandiya, B. No: 20972/92, 16/12/1997, § 55; Erdoğan Ya ız/Türkiye, B. No: 27473/02, 6/3/2007, §§ 35-37; Gafgen/Almanya [BD], B. No: 22978/05, 1/6/2010, §§ 88-90; Costello-Roberts/Birle ik Krallık, B. No: 13134/87, 25/3/1993, § 30).

32. Avrupa nsan Hakları Mahkemesi (A HM) devletin pozitif yükümlülüklerinin özel ki ilerinin eylemlerini de içerdi ini belirtmi tir. Devlet, kamu görevlilerinde oldu u gibi özel ki iler tarafından gerçekleştirilecek kötü muamelelere kar ı da yeterli korumayı ve yasal çerçeveyi sa lamakla yükümlüdür (Denis Vasilyev/Rusya, B. No: 32704/04, 17/12/2009, § 98; Yehovanın ahitleri Gldani Cemaatinin 97 üyesi ve di er 4 ki i/Gürcistan, B. No: 71156/01, 3/5/2007, § 96; Costello-Roberts/Birle ik Krallık, §§ 26-28; A/Birle ik Krallık, B. No: B. No: 25599/94, 23/9/1998, §§ 22-24).

33. A HM, Sözle me'nin 3. maddesinin tartı ılabilir ve makul üphe uyandıran kötü muamele iddialarının etkin biçimde soru turma yükümlülü ü getirdi ine dikkat çekmektedir (Labita/ talya [BD], B. No: 26772/95, 6/4/2000, § 131). A HM'in içtihadında tanımlanan etkinlik için minimum standartlar soru turmanın ba ımsız, tarafsız, kamu denetimine açık olmasını, yetkili makamların titizlikle ve çabuklukla çalı masını gerektirmektedir (Mammadov(Jalaloglu)/Azerbaycan, B. No: 34445/04, 11/1/2007, § 73; Çelik ve mret/Türkiye, B. No: 44093/98, 26/10/2004, § 55).

34. A HM, hukuka aykırı öldürme eylemlerine ili kin olarak Türkiye'de yürürlükte bulunan ulusal hukukun mahkemelere kararı vermelerine olanak sa ladı ını ancak mahkemelerin takdir yetkilerini ilgili eylemlere hiçbir ekilde müsamaha edilmeyece ini göstermek için kullanmaktan ziyade, ciddi bir suç te kil eden eylemin sonuçlarını hafifletmek ya da ortadan kaldırmak için kullandıklarını belirtmektedir (Okkalı/Türkiye, B. No: 52067/99, 17/10/2006, § 75; Kasap ve di erleri, B. No: 8656/10, 14/1/2014, § 60). A HM, 5271 sayılı Kanun ile düzenlenen HAGB kararının failerin cezadan muaf tutulması ile sonuçlandı ını çünkü belirtilen müessesenin uygulanması sonucunda -failin denetimli serbestlik tedbirlerine uyması ko uluyla- verilen kararın içerdi i ceza ile birlikte tüm hukuki sonuçlarıyla ortadan kalktı ını ifade etmektedir (Kasap ve di erleri/Türkiye, § 60).

35. Aynı ekilde A HM, negatif yükümlülükler kapsamında kamu görevlilerinin güç kullanması sonucu ortaya çıkan kötü muamele iddialarını içeren bazı ba vurularda (Eski/Türkiye, B. No: 8354/04, 5/6/2012, § 36; Taylan/Türkiye, B. No: 32051/09, 3/7/2012, § 46; Böber/Türkiye, B. No: 62590/09, 9/4/2013, § 35; Ate o lu/Türkiye, B. No: 53645/10, 20/1/2015, § 28) yapılan yargılama sonucunda verilen mahkûmiyete ili kin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını Sözle me'nin 3. maddesini usul yönünden ihlal etti i gerekçesiyle kabul edilemez bir önlem olarak belirtmi tir.

36. Ancak A HM, devletin pozitif yükümlülüklerinin kapsamının Sözle me'nin 3. maddesine aykırı muamelelerde bulunanların devlet memuru olması veya iddetin özel ki iler tarafından uygulanmı olmasına göre farklılık gösterdi ini de Beganovic/Hırvatistan (B. No: 46423/06, 25/6/2009, § 69) kararında kabul etmektedir.

37. Bu do rultuda A HM, üçüncü ki iler arasında gerçekleştirilen kasten yaralama olayına ili kin mevcut davaya özgü ko ulları dikkate alarak ceza davası sonucunda verilen mahkûmiyet hükmünün yeterli caydırıcı etkiye sahip oldu unu ve HAGB kararının Sözle me'nin 3. maddesine aykırı muamelelere kar ı bireylerin korunmasının amaçlandı ı caydırıcı yasal önlemleri etkisiz kılmadı ını belirterek devletin Sözle me'nin 3. maddesi gere ince üstüne dü en pozitif yükümlülükleri yerine getirdi ini dile getirmi tir (Çalı kan/Türkiye (k.k.), B. No: 47936/11, 1/12/2015, §§ 46-52).

## V. NCELEME VE GEREKÇE

38. Mahkemenin 15/1/2020 tarihinde yapmış olduğu toplantıda bahsi geçen olayın incelenip gereği görüldü:

#### A. Bahsi geçen olayın detayları

39. Bahsi geçen olay; iddianamede belirtilen suçlar yerine daha hafif suçlardan cezalandırılarak neticede fail hakkında HAGB kararı verildiğini, verilen kararın kamu vicdanını yaraladığını belirtmektedir. İtiraz üzerine dosyaya bakan mahkemenin işin esasları üzerinde kanun gereği etkili bir inceleme yapmadığını dile getiren bahsi geçen olay; itirazının gerekçesiz şekilde reddedildiğini, somut delillerin görmezden gelindiğini, delillerin gereği gibi toplanmadığını ve tanıklarının dinlenmediğini, bu nedenle cinsel birlikteliğin rızaya dayalı olduğunu kabul edildiğini iddia etmektedir. Bahsi geçen olay; itirazı üzerine kovuşturulmaya yer olmadığını kararı kaldırılan soruşturmanın etkin yürütülmediğini, kolluk beyanı sırasında avukat imkanından faydalandırılmadığını, baskı ve cebir kullanılmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar suçları nedeniyle özel ve aile hayatının zarar gördüğünü ve mahremiyetinin zedelendiğini ifade etmektedir. Bahsi geçen olay belirttiği bu hususlar nedeniyle Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

#### B. Değerlendirme

##### 1. Uygulanabilirlik Yönünden

40. Anayasa'nın 17. maddesinin ilgili kısımları ile 5. maddesi şöyledir:

"Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı"

Madde 17 - Herkes, yaşamı, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

...

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle baş başa olmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

..."

"Devletin temel amaç ve görevleri

Madde 5- Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişilerin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle baş başa olmayan surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

41. Anayasa Mahkemesi, olayların bahsi geçen olay tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile baş başa olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (Tahir Canan, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Bahsi geçen olayın iddialarının özünde cinsel dokunulmazlığına karşı işlenen bir suç ve bu suça dair yargılama süreci ile ilgilidir. Söz konusu suçla ilgili olarak Anayasa'nın 17. maddesi adil yargılanma hakkına göre daha özel bir inceleme imkanı sunduğundan bahsi geçen olay bu madde kapsamında ele alınmıştır.

42. Anayasa'nın 17. maddesiyle insan onurunun korunması amaçlanmıştır. Özel hayat alanına dahil olan tüm hukuksal çıkarılara Anayasa'nın farklı maddelerinde yer verilmiştir. Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşamı saygı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunması hakkına karşılık

gelmektedir (Halime Sare Aysal [GK], B. No: 2013/1789, 11/11/2015, § 47). Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise kötü muamele yasa ı düzenlenmi tir.

43. Do ası gere i menfi hareket ve eylemlerle olumsuz hayat deneyimlerinin ki inin fiziki ve ruhsal de erlerini etkilemesi, ki ide stres, üzüntü ve sair menfi tezahürlere yol açması ve bu etkileri açısından özellikle küçük dü ürücü muamele kavramını ça rı tırması mümkündür. Bununla beraber belirtilen eylemlerin i kence, eziyet veya insan haysiyetle ba da mayan muamele veya ceza olarak nitelendirilebilmesi için fiziksel ve ruhsal etkileri açısından asgari bir e i i geçmesi gerekmektedir (I ıl Yaykır, B. No: 2013/2284, 15/4/2014, § 35). Bu asgari e ik göreceli olup somut olayın özellikleri dikkate alınarak de erlendirilmelidir. Bu ba lamda muamelenin süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri, önceden tasarlanıp tasarlanmadı ı, ki iyi küçük dü ürecek ekilde korku, elem ve a a ılanma duygusu olu turup olu turmadı ı, aleni olarak yapılip yapılmadı ı, kamuoyunun bilgi sahibi olup olmadı ı, ma durun cinsiyeti, ya ı ve sa lık durumu gibi faktörler önem ta ımaktadır (Cezmi Demir ve di erleri, B. No: 2013/293, 17/7/2014, §§ 83-90).

44. Kötü muamele olu turan her eylemin aynı zamanda bireylerin fiziksel ve/veya psikolojik bütünlü e zarar vererek özel hayatına da menfi yansımaları olması beklenebilir. kence ve kötü muamele yasa ı ile özel hayata saygı hakkının bir parçası olarak fiziksel ve ruhsal bütünlü ün korunması hakkının Anayasa'nın aynı maddesinde yer verilmesi de bunu göstermektedir (Tuna Ayçiçek, B. No: 2014/6526, 24/1/2018, § 51). Üstelik cinsel istismar eylemlerinde -fiilin do ası gere i- korumasız ve zayıf durumdaki çocukların maddi ve manevi bütünlü ü eri kinlere göre daha fazla tahrip olabilir (A.D., B. No: 2014/7967, 23/5/2018, § 84).

45. Ba vurucuya kar ı gerçeikle tirilen ve yargı makamlarınca re it olmayanla cinsel ili ki nitelemesi ile yargılaması yapılarak ilgili hakkında HAGB kararı verilen eylemlerin kötü muamele yasa ı kapsamında yapılacak inceleme için gerekli olan asgari e i i geçti i kabul edilmelidir. Bu nedenle inceleme Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen kötü muamele yasa ı çerçevesinde yapılacaktır.

## 2. ncelemenin Kapsamı Yönünden

46. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan hak ba lamında devletin negatif ve pozitif olmak üzere iki çe it yükümlülü ü bulunmaktadır. Ba vuru konusu olayda üçüncü ki iler arasında meydana geldi i ileri sürülen bir cinsel suç eylemi bulundu undan i kence ve kötü muamele yasa ı kapsamında devletin negatif yükümlülü ünün ihlalinden de il pozitif yükümlülü ünün ihlalinden bahsedebilecektir. Anayasa'nın 17. maddesi altında güvence altına alınan insan haysiyetiyle ba da mayan muamele yasa ı kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerinin koruma yükümlülü ü ve etkili soru turma yapma yükümlülü ü eklinde iki boyutu bulunmaktadır.

47. Anayasa'nın 17. maddesi ayrıca devlete, ki ilerinin i kence ve eziyete ya da insan haysiyetiyle ba da mayan bir ceza veya muameleye -bu muameleler üçüncü ki iler tarafından yapılmı olsa bile- maruz bırakılmalarını engelleyecek tedbirler alma ödevini yükletmektedir. Dolayısıyla yetkililerin bildikleri ya da bilmeleri gerekti i bir kötü muamele tehlikesinin gerçeikle mesini engellemek için makul tedbirleri almamaları durumunda Devletin 17. maddenin üçüncü fıkrası anlamında sorumlulu u ortaya çıkabilir. (Cezmi Demir ve di erleri, § 82).

48. Somut olayda ba vurucu, koruma yükümlülü üne ili kin olarak ba vuru formu ve eklerinde herhangi bir ikayette bulunmadı ı gibi Anayasa Mahkemesinin önünde koruma yükümlülü ünün ihlal edildi ine ili kin kesin bir bilgi veya bulgu da bulunmamaktadır. Bu nedenle inceleme etkili soru turma yapma yükümlülü ü kapsamı ile sınırlı olarak yapılmı tir.

## 3. Kabul Edilebilirlik Yönünden

49. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğu una karar verilmesi gerekir.

#### 4. Esas Yönünden

##### a. Genel İlkeler

50. Anayasa'nın 17. maddesinde herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı güvence altına alınmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle başda mayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Anılan fıkra ile özel olarak insan onurunun korunması amaçlanmıştır (Cezmi Demir ve diğ. erleri, § 80).

51. Devletin kötü muamele yasağı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin ayrıca usule ilişkin yönü bulunmaktadır. Bu usul yükümlülüğü, her kötü muamele olayının sorumlularının belirlenmesini ve cezalandırılmasını sağlayabilecek etkili bir soruşturma yürütmeyi gerektirir. Bu soruşturmanın temel amacı, insan onurunu koruyan hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını ve kamu görevlilerinin veya diğer bireylerin kötü muamele niteliğindeki fiilleri nedeniyle hesap vermelerini sağlamaktır (Cezmi Demir ve diğ. erleri, § 110).

52. Ceza soruşturmasının amacı insan onurunu koruyan hukukun etkili bir şekilde uygulanmasını ve sorumluların hesap vermelerini sağlamak olmakla birlikte bu yükümlülük, kesin olarak bir sonuç elde etmeyi de il uygun araçları kullanmayı gerektirir. Diğer yandan Anayasa'nın 17. maddesi baş vuruculara üçüncü kişileri bir suç isnadı dolayısıyla her durumda yargılatma ya da cezalandırma hakkı vermediği gibi, devlete de tüm yargılamaları mahkûmiyetle ya da belirli bir ceza kararıyla sonuçlandırma ödevi yüklemeyi (Cezmi Demir ve diğ. erleri, § 113).

53. Ancak usul yükümlülüğünün bir unsuru olarak tespit edilen sorumlulara fiilleriyle orantılı cezalar verilmeli ve mahkûm duruşması açısından uygun giderim sağlanmalıdır (Gönenç, B. No: 2013/2438, 9/9/2015, § 105; Mustafa Rollas, B. No: 2013/7703, 2/2/2017, § 74; Yunus Kalkan, B. No: 2013/4383, 18/2/2016, § 85). Tüm adli kovuşturmaların mahkûmiyet veya belirli bir hüküm alma ile sonuçlanmasına yönelik kesin bir zorunluluk bulunmamakla birlikte mahkemeler hiçbir koşul altında ya da tehdit eden suçların, fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne yapılan saldırıların cezasız kalmasına, affa ya da zamana bağlanması izin vermemelidir. Adli makamların yetki alanları kapsamındaki kişilerin yaşamları ile fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini korumak üzere çıkarılan kanunların koruyucuları olarak sorumlu olanlara yaptırım uygulamakta kararlı olması ve suçun ağırlık derecesi ile verilen ceza arasında açık bir orantısızlığa izin vermemesi gerekir. Aksi halde devletin kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüklerini idari ve yasal mevzuat aracılığıyla koruma hususundaki pozitif yükümlülüğü yerine getirilmemiş olacaktır (Cezmi Demir ve diğ. erleri, § 77).

54. Kötü muameleyle ilişkin şikâyetler hakkında yapılan soruşturma söz konusu olduğunda yetkililerin hızlı davranması önemlidir. Bununla birlikte belirli bir durumda bir soruşturmanın ilerlemesini engelleyen sebeplerin ya da zorlukların olabileceği de kabul edilmelidir. Ancak kötü muameleyle yönelik soruşturmalarda hukuk devletine bağlılığın sağlanması, hukuka aykırı eylemlere hoşgörü ve tevik gösterildiği görünümü verilmesinin engellenmesi, herhangi bir hile ya da kanunsuz eyleme izin verilmemesi ve kamuoyunun güveninin sürdürülmesi için yetkililer tarafından soruşturmanın azami bir hız ve özenle yürütülmesi gerekir (Cezmi Demir ve diğ. erleri, § 119).

##### b. İlkelerin Olaya Uygulanması

55. Cinsel erginlik ya ı olarak belirlenen on sekizini tamamlamı eri kinlerin rızaları do rultusunda gerçekte en cinsel birlikteliklerde -özel hayatın korunması kapsamında kaldı ndan- kriminal bir yön bulunmamaktadır. 5237 sayılı Kanun'un 103. maddesinde yer alan çocu un cinsel istismarı suçunda on be ya ını doldurmamayan çocukların rızasının bulunup bulunmaması önem ta imadı ı gibi suçun maddi unsurunun gerçekte mesi için cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen ba ka bir neden aranmamaktadır. Ba ka bir ifadeyle bu ya grubundaki çocuklara kar ı gerçekte tirilen her türlü cinsel davranı açısından çocu un rıza açıklamasında bulunması, fiili suç olmaktan çıkarmamaktadır. Ancak on be ya ını tamamlamı , maruz kaldı ı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yetene i geli mi olan çocuklara kar ı i lenen fiillerin cinsel istismar suçunu olu turabilmesi için bunların cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen ba ka bir nedene dayalı olarak gerçekte tirilmesi gerekti i kabul edilmi tir. Bu grupta kalan çocuklarla cebir, tehdit ve hile olmaksızın -rızayla- gerçekte tirilen cinsel birliktelikler ise 5237 sayılı Kanun'un 104. maddesindeki re it olmayanla cinsel ili ki suçunu olu turmaktadır. Sırası gelmi ken ifade edilmelidir ki bu ya grubundaki çocuklara kar ı rızalarının bulunması ko uluyla cinsel ili ki boyutuna varmayan davranı lar suç olarak düzenlenmemi tir. Re it olmayanla cinsel ili ki suçunun unsurlarının olu ması için on be ya ından büyük ma durun cinsel ili kiye rıza göstermesi gerekmektedir. Ayrıca suçun i lenmesinden sonra ma durun failden ikayetçi olması soru turma artıdır (Z.C.; R.K., B. No: 2013/6950, 20/4/2016, §§ 74-79). Görüldü ü üzere on be ya ını tamamlamı çocuklara ve eri kinlere kar ı iradeleri dı nda i lenen cinsel suçlarda rızanın var olup olmadığı anahtar rol oynadı ndan soru turma bu meseleye odaklanmalıdır. Cinsel istismar olaylarında rızanın varlı ını veya yoklu u, olaya tesir eden bütün etmenler hesaba katılarak saptanmalıdır.

56. Somut olayda ba vurucu ve babasının ikayeti üzerine derhal ba layan adli soru turma sürecinde ikayetçiler ile ikayet olunan K.A.nın ifadelerine ba vurulmu ve olayın tanı ı olabilecek ki ilerin beyanları alınmı tir. Ayrıca ba vurucunun ifadesi do rultusunda K.A.nın telefonu üzerinde inceleme yapılmı ve bir takım görüntülere ula ılmı tır (bkz. §§ 9-11). Bu a amada isnat edilen suçlar hakkında yer yönünden yetkisizlik verilerek dosya yetkili Ba savcılı a gönderilmi tir. Dosya hakkında 4/9/2014 tarihinde kovu turmaya yer olmadığı kararı verilmi ise de sulh ceza hakimli i tarafından bu karar kaldırılmı tir. Bundan sonra yine olayın taraflarının ve tanıklarının ifadelerine ba vurulmu , olayla ilgili kamera kayıtlarına ula ılmaya çalı ılmı , ba vurucunun beden muayenesine ili kin rapor alınmı , yine ba vurucunun olay nedeniyle tedavi gördü ü hastane kayıtları soru turma dosyasına getirilmi ve de telefonu üzerinde inceleme yapılmı tir.

57. Soru turmanın ilk a amasında fail hakkında kovu turmaya yer olmadığı kararı verilerek bir takım delillerin toplanmasında gecikildi i görülmekte ise de bu durumun soru turmanın sıhhatini ve yönünü ne ekilde de i tirdi i tartı lmalıdır. Bu ba lamda ba vurucunun sundu u -kronolojik sıraya göre ikinci olayla ilgili- olay yerine ili kin krokiden yararlanarak kamera kayıtlarına ula mak isteyen kolluk birimleri, görüntülerin silinmesi nedeniyle bu delilleri elde edememi tir. Fakat bu duruma ili kin olarak düzenlenen on altı ayrı tutanakta (güvenlik kamerası bulunan binalarla ilgili) sadece bir i yerinde iki üç aya kadar kamera kayıtlarının saklandı ı, sonrasında silindi i tespiti yapılmı tır. Di er kamera kayıtlarının daha kısa süreli tutuldu u anla ılmı tır. Dolayısıyla ba vurucunun 4/5/2014 tarihinde gerçekte ti ini belirtti i olay için 2/8/2014 tarihinde ikayetçi oldu u gözönünde bulunduruldu unda her halükarda bu kayıtlara ula ılabilece i sonucuna ula mak mümkün de ildir. Kaldı ki ba vurucu ilk ifadesinde bu olayın 2014 yılı Mayıs ba nda gerçekte ti ini belirtmi ve olay yerini Kayseri'nin merkezinde bulunan, bilmedi i bir ev olarak tarif etmi tir. Bununla birlikte kovu turmaya yer olmadığı na ili kin karara itiraz etti i dilekçesiyle birlikte olay yerini gösteren krokiyi kamu makamlarına ibraz etmi tir. Dolayısıyla ba vurucu ile failin birlikte görüntülendi i ihtimali olan tek kamera kaydına gecikme sebebiyle ula ılamamı olmasında ba vurucunun da kusuru etkili olmu tur. Bu durumun kamu makamlarından kaynaklandı ı kabul edilse dahi söz konusu eksikli in ne ifade etti inin belirlenebilmesi ancak soru turmanın tümünün ortaya

koydu u sonuç kapsamında de erlendirme yapılmasıyla mümkün hale gelebilir.

58. Mahkeme yapımı oldu u yargılamada ba kaca deliller de (bkz. §§ 16, 17) toplayarak olayda cinsel istismar suçu olu madı ını, ikayetçinin rızasının var oldu unu kabul ederek eylemlerin re it olmayanla cinsel ili ki suçu kapsamında kaldı ına kanaat getirmi tir. Bu nedenle asgari haddenden ayrılmayarak 6 ay hapis cezasına hükmetmi tir. Suçun farklı tarihlerde, aynı suç i leme kararı kapsamında, birden fazla kez i lendi i kabul edilerek 1/4 oranında cezada artırım yapılmı tir. Ayrıca sanık hakkında 1/6 oranında takdiri indirim nedeni de uygulanmı , sonuç olarak 6 ay 7 gün hapis cezasına hükmedilmi tir (bkz. § 18).

59. Maddi gerçe in aydınlatılması amacıyla toplanan delilleri de erlendirme ve hukuk kurallarını yorumlama sonucu ceza miktarını belirleme, kural olarak mahkemelerin takdir yetkisindedir. Ancak yapılan yargılama sonucunda verilen ceza miktarının kötü muamele eyleminin iddeti ile uyumlu olmasını ve caydırıcı bir etkiye sahip olmasını Anayasa Mahkemesi devletin pozitif yükümlülü ü olan etkili yargısal sistem kurma yükümlülü ü kapsamında yapaca ı incelemede gözetecektir. Ba vuru dosyasında bu türden bir iddia bulunmamaktadır (bkz. §§ 39, 48). Somut olayda Mahkeme ba vurucuya kar ı gerçeikle tirilen eylemlerin rızaya dayandı ını kabul etmi tir. Mahkemenin gerekçesine göre olayın kabulü; cebir veya tehdit ile cinsel birlikteli in gerçeikle ti i yönünde delil bulunmaması, ma durun olaylar sonrasındaki davranı tarzı, tanıkların görgüye dayalı bilgilerinin olmaması, ma dur ile failin duygusal birlikteli ini ortaya koyan foto rafların varlı ına dayanmaktadır. İkinci cinsel birliktelik iddiası konusunda kamera kayıtlarına ula ma ihtimali var iken bu delil toplanamamı ise de birden fazla kez ba vurucu ile fail arasında cinsel birliktelik ya andı ı gözönünde bulunduruldu unda soru turmanın bütününde olayların aydınlanmasına ve karar verilmesine yeter derecede delil toplandı ı ve toplanan delillere göre de ula ilan sonucun Mahkemenin takdir yetkisi dı ında kalmadı ı görülmektedir. u halde Mahkemenin ula tı ı sonuca göre tayin edilen cezanın caydırıcı bir etki yaratmadı ı söylenemeyece i gibi zaten ba vurucunun da olayın kabulüne göre verilen cezanın yetersiz oldu u yönünde bir ikayeti bulunmamaktadır. Bu kapsamda Mahkemenin tayin etti i ceza miktarı caydırıcı bir etkiye sahip oldu undan Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasındaki kötü muamele yasa ını ihlal etmedi i sonucuna varılmı tır.

60. HAGB kararının verilen cezayı etkisiz hale getirdi i ve bu nedenle kötü muamele yasa ının ihlal edildi i iddiası da ba vurucu tarafından ileri sürülmü tür. A HM içtihatlarında (bkz. §§ 31-34) da belirtildi i üzere kural olarak HAGB kararının ba lı ba ına cezayı etkisiz hale getiren bir müessese oldu u söylenemez. Ancak eyleme devlet görevlilerinin bir dahlinin olup olmaması, ma durun ve failin ya ı ile cinsiyetleri, eylemin süresi ve iddeti gibi her somut olayın ko ullarına göre incelenmesi gereken bazı kriterlerden bahsedilebilecektir. Somut olayda ba vurucu temyiz kudretine sahip olsa da çocuk olması sebebiyle yeti kin bir insana göre daha dezavantajlı konumdadır. Di er taraftan ilk cinsel birliktelik sırasında ba vurucu on sekiz ya ından küçük ise de on yedi ya ını birkaç ay fazlayla doldurmu , son ili ki sırasında ise on sekiz ya ını doldurmak üzeredir. Suçun failinin ise geçmi te bu türden bir cezaya mahkum oldu una dair bir bilgi bulunmamaktadır. Bu duruma göre rızaya dayalı cinsel birliktelik nedeniyle fail hakkında bir ceza yargılaması yapıldı ı ve yargılama sonucu hapis cezasına hükmedildi i gözetildi inde failin hayatında olumsuz etkiler yarataca ı de erlendirmesi yapan Mahkemece HAGB kararı verilmesinin cezayı etkisiz kıldı ı ve Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasa ını ihlal etti i söylenemeyecektir.

61. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kötü muamele yasa ının usul bakımından ihlal edilmedi ine karar verilmesi gerekir.

## VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Kamuya açık belgelerde başvuru kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE,

B. Kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLMEDİĞİNE,

C. Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kötü muamele yasağının ihlal edildiğine,

D. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA,

E. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 15/1/2020 tarihinde OYBRLERLE karar verildi.