

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasal eşitlik aynı veya denk sayılan hukuki durumdakilerin biri diğerine göre olumsuz yönde farklı işleme tabi tutulmalarını ifade eder. Pozitif yöndeki ilerlemeci bakış açısıyla farklı muameleye tabi tutulmak ise eşitliğe aykırı olmayacaktır. Cezalandırmaya yönelik hükümlerin tabiatı gereği, kişilerin negatif yönde ayrımcılığa tabi tutulmaları ise en açık eşitlik kuralı ihlalidir.

Tartışılması gereken kasten yaralama suçunun konusu ve koruduğu hukuki değer yönünden zincirleme suç kapsamında düşünülen sair benzer suçlarla genel geçer bir cezalandırma farklılığını gerektirecek bir nitelikte olup olmadığını açıklığa kavuşturacaktır.

Kişilik hakkı kişinin maddi ve manevi tüm olarak varlığını korumayı hedefleyen mutlak bir hakkıdır. Bu hakkın 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 23. maddesinde devredilemez ve vazgeçilemez niteliği açıkça vurgulandığı gibi, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğü ve bunun masuniyeti 1982 Anayasasının 17. maddesinde açıkça en temel hak olarak düzenlenmiştir. Vücut dokunulmazlığı, cinsel dokunulmazlık, kişi şeref ve saygınlığı gibi unsurlar kişilik hakkının parçalarıdır. Aynı bütünün değişik görünümüdür. Hepsinde korunan hukuki değer insanın kişilik hakkıdır.

Yine Anayasanın 10. maddesinde belirttiğimiz eşitlik ilkesini düzenlemektedir. Hiçbir tasavvurun yasa haline gelse dahi negatif ayrımcılığa neden olamayacağını vurgulayan bu madde farklı muamele (ayrımcılık) ve imtiyaz uygulamasını men etmiştir.

Eşitlik Anayasa Mahkemesinin kararlarıyla soyut bir kavram olmaktan ziyade somut ölçü olarak birçok kararıyla tespit edilmiştir: "...soyut bir ilke olmaktan çıkarılıp, somut bir ölçü norm olarak yaşama geçirilen eşitlik ilkesi, öğretiler ve idealde yarınlarda gözetilecek bir kavram değil, anayasal bağlamda her durumda dayanılacak hukuksal bir olgudur." (AYM; E.1996/15, K. 1996/34, K.T. 23/09/1996) Yine Mahkemenin müstakar tanımına göre: "...Anayasanın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara aynı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez." (AYM 2009/47 E., 2011/51 K. 17/03/2011) Eşitlik ilkesinin anlaşılması yönünde geliştirilen bir diğer kavram ise ayrımcılık yasağıdır. Ayrımcılık Türk Anayasa Mahkemesi nazarında hukuksal durumu aynı olan kişilerin farklı hukuksal işlem ve sonuca tabi tutulmaları anlamına geldiği anlaşılmaktadır.

Pragmatik ve eğitimsel amaçlarla veya müessesenin anlaşılması yönünde, soyutlama çalışmaları, yaptırım boyutunda bütünlenemediğinde faydacılığı kalmadığı gibi adil olmayan ceza tayinine de sebep olmaktadır. Bu kabilden insanın vücut masuniyetinin korunan değerler yönünden farklı cephelerden ele alınması bu bütüne yönelik haksızlıklara ilişkin yaptırımların

düzenlenmesinde zorunlu olarak farklılık yapılmasını gerektirmeyeceği gibi, kişi hürriyetine doğrudan müessir olan ceza gibi bir yaptırımın haklı olmayan tatbikinin karşı haksızlık meydana getireceği de muhakkaktır. Suçun niteliğinden kaynaklanan suçun ağırlığı ve nitelikli hallerine ilişkin nevine özgü düzenlemeler hariç ortak uygulama ve cezalandırma koşullarında nesnel farklılık olmadan hukuk dışı kabullerle ayrı düzenlemeye gidilmesi eşitliğe aykırıdır.

Vücut dokunulmazlığı, kısaca, kişinin vücuduna meşru rızası olmadan herhangi müessir eylemde bulunulamayacağını ifade etmektedir. Bu kabilden yaralama, işkence, eziyet gibi eylemler suç olarak düzenlenmiştir. Kişinin cinsel dokunulmazlığı da meşru rıza dışı cinsel iradeyi engelleyen değişik boyutta cinsel davranışları yasaklamaktadır. Bu haliyle, cinsel davranışın kamu ahlakı açısından önemi düşünülerek, cinsel etkili eylemler, Türk Ceza Kanunda farklı bir bölümde düzenlenmiştir. Bu farklılık hukuki değerlerin farklılığından değil fakat suç konularının farklılığından, toplumun bu suçlara ilişkin algısından, suçun mağdur - toplum ilişkisini de bozmasından kaynaklanmaktadır. Cinsel etkili eylemler ile vücut dokunulmazlığına etkili eylemler arasındaki bu organik aynılık cinsel suçlara ilişkin düzenlemelerde de açıkça görülmektedir. Nitekim Türk Ceza Kanununun 102/4 ve 103/5 maddelerinde "suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır" ve "cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır" ibareleriyle kasten yaralama suçu ile cinsel saldırının nasıl birliktelik içinde olduğu birbirlerine nasıl eklenmelerini göstermektedir. Bu düzenlemeden anlaşılmaktadır ki basit yaralama seviyesindeki bir cebir zaten cinsel saldırının tanımında yer almakta ve cezasında karşılık bulmaktadır. Cinsel saldırının bir parçası olarak tanımlanan cebir veya yaralama cinsel saldırı suçunun içinde erimiştir. Ancak bu cebir veya yaralama basit yaralama tanımının dışında ve üstünde bir neticeyi sonuçlarsa ayrıca cezalandırma nedeni olarak düzenlenmiştir.

Eşitlik ilkesinin aynı hukuki duruma ilişkin olduğu nazara alındığında Anayasaya aykırılık iddiasına esas aldığımız yasal düzenlemede iki yönden eşitliğe aykırılık söz konusudur:

1- 43. maddenin hukuki mahiyeti gereğince, hukuksal durumu ne olursa olsun, kasten işlenebilen tüm suçlara mümas olması ve bu uygulama yönünden sanıklar arasında nesnel bir ayrımcılığa gitmenin hukuken mümkün olmayacağı ve bu nedenle bir kısım suçların ayrık tutulmasının eşitliğe aykırı olması,

2- Cinsel saldırı suçu ve yaralama suçu hukuki değer olarak aynı hukuki değeri korudukları halde, -ki 5237 sayılı Yasa zımnen her iki suçun özdeş olduklarını 102/4, 103/5. maddelerinde izhar etmiştir- her iki suçun faillerinin ortak hüküm yönünden farklı işleme tabi tutulmalarının yani aynı hukuki durumdakilerin farklı işleme tabi tutulmalarının eşitliğe aykırı olması,

Zincirleme suç hükümleri sübjektif temele dayanmadığından Anayasaya aykırılık teşkil etmekle birlikte bir de bir kısım suçlarda zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması, ceza hukukunun fiil algısını daha çok bozmuş ve katmerli adaletsizlik yaratmıştır. (Bu hususta Edremit 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 2014/495 esas ve 2014/458 karar sayılı kararı ile Anayasa Mahkemesine iptal başvurusunda bulunulmuştur.) Esasında yasanın ayrık tuttuğu suçlarda zincirleme suçun oluşmasının fiili imkansızlığı yoktur. Yasa koyucu başkaca mülahazalarla cezalandırmada farklılık yaratmıştır. Ancak yasa koyucunun bunu yaparken cezalandırma gibi temel bir yargısal kamu faaliyetinde nesnel bir eşitlik algısıyla hareket etmesi gerekmektedir. Negatif statü haklarında devlet daha çok dokunmamakla yükümlüdür..

Suç ve ceza siyaseti gereği suçların tanımlanmasında ve karşılığı olan ceza tür ve miktarını belirlemede farklılık yaratılması kural olarak, nesnel bir temele dayanmak şartıyla eşitliğe aykırı bulunmamakla birlikte cezadan kurtarıcı mahiyetteki veya cezayı hafifletici genel düzenlemelerde ayrıksı uygulamalar yaratmak eşitliği zedeleyici mahiyette olacaktır.

5377 sayılı Yasa ile 5237 sayılı Yasanın 43/3. maddesinde yapılan değişiklikte, Kanun koyucu, bir hukuk devletinden beklenemeyecek bir gerekçeyle, 5377 sayılı Yasa ile getirilen değişikliğin yapıldığını ifade etmiştir. 5377 sayılı Yasanın gerekçesinde kullanılan ifade şudur: "...Ancak, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının aynı kişiye karşı müteaddit defa işlenmesi halinde gerçek içtima uygulanması gerektiği yönündeki düzenleme, başta Yargıtay olmak üzere hakim ve savcılarda ispat sorunu ve ölçüsüz ceza miktarlarının ortaya çıkması bakımından ciddi endişelere neden olmuştur. Bu endişeleri gidermek amacıyla, maddenin üçüncü fıkrasında yer alan 'cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı' ibaresi metinden çıkarılmıştır." Neresinden bakılırsa bakılsın, bu ifadeyle, hukuk ve adalet şuuruna aykırı bir gerekçeyle, işaret ettiğimiz eşitlik ilkesinin ihlal edildiği ortaya konulmuştur. İspat sorunu ceza muhakemesinde tartışılacak bir konudur. Ceza hukukuna müessir değildir. Ceza hukukunda ispatlanmış vakıaların değerlendirmesi yapılmaktadır. İspatlanamayan hususun ceza muhakemesindeki karşılığı sanığın beraatına hükmetmek veya ispatlanamamış aleyhe durumu sanığın lehine yorarak o hükme uygulama imkanı tanımamaktır. O halde bir vakada birden fazla cinsel ilişki ispatlanamıyor ve fakat cinsel ilişkinin varlığı ispatlanıyorsa şüpheli sanık lehine yorumlayıp durumu gerekçeli kararda tartışıp tek ceza verilerek bu engel aşılabilirdi. Gerekçede belirtilen ölçüsüzlüğün yasa koyucuya yönelik bir takdir kusuru atfı değil, bir yargılama endişesi olduğu çok açık görülüyor. O halde şunu sormak gerekiyor: Bu yasa değişikliği teorik olarak hakimler nazarında ispat sorununu kaldırabilmiş midir? Daha açıkçası, bu değişiklik gerekçesinde belirtilen ispat endişesini yasada gideren nedir? Yine endişe kaldırmamıştır, aksine sorun derinleştirilmiştir. Ayrı ayrı bir çok ceza terettüdü yerine bir cezadan, ispat sorunu baki kaldığı halde, bir miktar artırım yapıp geçilecektir. Yoksa cinsel saldırı suçlarında zincirleme suçta cevaz vermekle ispat sorununun çözüldüğü hiçbir mantık kaidesiyle açıklanamaz. Peki bu şekilde adalet tesis edildiğini varsayalım; istisna bırakılan diğer suçlarda ölçüsüzlük ve ispat sorunu doğmayacak mıdır? Doğacaksa bu nasıl halledilecektir? Özellikle nitelikli yaralamada zincirleme suç hükümlerine izin verilmezken cinsel saldırı suçu ile nitelikli yaralamanın birleştiği halde (TCK. 102/4) ispat sorunu ne şekilde halledilecektir? Nitelikli yaralamanın veya içinde birçok yaralama bulunan bir davranış serisinin cinsel saldırı ile birleştiği halde, cinsel saldırıda zincirleme suç uygulanırken, hangi mantıklı hukuki zeminde yaralamada zincirleme suç uygulanmayacaktır? Bu sorulara eleştirimiz ölçüsüyle bakıldığında, eşitlik ilkesini çiğnemenen verilebilecek bir cevap yoktur.

Aykırılık iddiasına konu zincirleme suç hükümlerine uygulama sınırı getiren düzenleme Yargıtay uygulamasında 'olanaksızlık' değerlendirmesine kapı açmıştır. Yasa koyucu bu madde uygulamasında, bir tercih gereğince bir kısım suçları hariç tutmuştur. Buradaki hariç bırakma bir imkansızlığı ifade etmez. Nitekim sonradan cinsel suçlarda uygulama yolu açılmıştır. Evrensel mantık gereğince elbette imkansız olan bir şey bir anda imkana kavuşmamıştır. Bir fiil olumsuzuyla birlikte bir olanağı ortaya koyar, olanaksız belirlenebilir bir yüklemeye sahip değildir. Hegel Büyük Mantık'ta şöyle ifade ediyor: 'Edimsel olan olanaklıdır...Olanak karşıt olanın da olanaklı olduğunu imler.' (Mantık Bilimi, G.W.F Hegel s.415,416; Aziz Yardımlı; 2008; İdea Yayınevi) Yasada belirtilen 'uygulanmaz' (TCK 43/3) yüklemi anlam derinliğinde uygulanabilirliği dışlayan ve fakat uygulanabilir olanı gerektirir. Yasa fizik alemde imkansız olandan bahsetmemektedir; sadece imkan dahilindeki bir uygulamaya 'izin' vermemektedir. Aksi düşüncedeki kişiler bu kapsamdaki suçlar için değişik mülahazalar geliştirmişlerdir. Örneğin bir kişi birden fazla öldürülemeyeceğine göre yasadaki anlatım bir imkansızlığı ifade

etmektedir demektedirler. Oysa yasa koyucu elbette bir kişinin birden fazla öldürülemeyeceğini bilmektedir. Ancak bir kişi çeşitli nedenlerle aynı suç kararı kapsamında birkaç defa öldürmeye teşebbüs edebilecektir. Yargıtay'da hakim olan 'Adam öldürme suçlarında bir kişinin her ayrı teşebbüsü ayrı suç işleme kararıdır' gibi bir karine İnsan Haklarının teminatı fonksiyonunu üstlenmiş çağdaş Ceza Hukukunda yaratılamaz. Nitekim bir yazar şöyle demektedir: 'Bir kişinin öldürülmek istenip suçun kalkışma aşamasında kalmasından sonra yeniden öldürülmek istenmesi veya öldürülmesinde zaten zincirleme suçun oluşması olanaksızdır. Çünkü aynı suç işleme kararından söz edilemez.'(5237 sayılı Yasa kapsamında ceza hukuku genel hükümleri, s.958 Sedat Bakıcı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008) Adam öldürme gibi bir suçtaki kast yoğunluğu düşünülürse, çok yakın zaman sürecinde gelişen insan ilişkilerinde insanın her defasında bir başka sebepten suç işleme kararına ulaştığı varsayılamaz. Aynı gün içinde iki defa karşılaştığı hasmını ikisinde de öldürememiş bir kişiye iki defa öldürmeye teşebbüsten iki ayrı ceza terettüp edilip zincirleme suç hükümleri uygulanmazken, bir eve kapattığı mağdura her arzusu kabardıkça birkaç defa cinsel saldırı gerçekleştiren ve kendini tatmin eden sanığa zincirleme suç hükmü uygulanması çelişkidir. Tam aksine cinsel arzu gibi her defasında kaynaklanması gereken somut bir sebebin olmadığı, çok çabuk yenilenen ve çok çabuk tükenen temel bir güdünün zeminine oturan bir suçta her defasında yeni bir suç işleme kararının oluştuğu tereddütsüz söylenebilir zira her arzu atağı cinsel eylemle hemen tükenir. Ama en sosyal uyumsuz kişilerde dahi hemen her sebep ve saikle adam öldürme kararına her defasında ulaşılamaz. Hal böyleyken tabiatı icabı her an suç kararı yenilenebilir cinsel saldırı suçunda fail lehine yorumla tek suç işleme kararına varılabiliyorken adam öldürme suçunda her defasında ayrı suç kararı vardır demek herhangi bir mantık temeline dayanamaz, keyfiliktir. Ceza hukukunda fail aleyhine karineler yaratılamaz. İlle de bir karine yaratılacaksa, bu karine bir mantık ve olabilirlik temeline oturtulmalıdır. İçtihatındaki bu algılama, mantığa ve insan tabiatına uymamaktadır. Buna rağmen olanaksızlık yargısı o kadar keskinleşmiştir ki: "Bu itibarla maddenin 3 üncü fıkrası bir yenilik getirmemektedir. Yürürlükten kaldırılması veya yürürlükte olması uygulamayı etkilemeyecektir." denebilmiştir. (5237 sayılı Yasa kapsamında ceza hukuku genel hükümleri, s.959 Sedat Bakıcı, Adalet Yayınevi, Ankara 2008)

Zincirleme suç hükümlerinin kasten yaralama suçunda uygulanmaması açıkça çelişkidir. Bir kişinin anlık gelişen bir sebepten dolayı dövüldükten sonra kaçması, izini kaybettirmesinden sonra hasımlarının arayıp bir veya birkaç saat sonra onu bularak birkaç defa daha darp etmeleri varsayımında hangi somut nedene dayanılarak farklı suç işleme kararından bahsedilecektir' Faile rağmen fiil oluşturma gayretinin sonucu olarak, fail kastetmediği halde fiil sayısını arttırmak cezada şahsılık ilkesini ihlal etmek demektir. Cezalandırma bu şekilde kusur zemininden kayacaktır. Ki bu hal de kusursuz ceza olmaz prensibinin ihlali anlamına gelecektir.

Tüm bu açıklamalar nazara alındığında; tüm suçlara şamil olması gereken ceza sorumluluğunu teminat altına alan zincirleme suç gibi ortak bir düzenlemede nesnel olmayan ayrımcılık uygulanması hukuk devleti güvencesine, ceza adaletinde eşit muamele görme hakkına da aykırıdır. Anılan nedenlerle 5237 sayılı Yasanın 43. maddesinin 3. fıkrasındaki "kasten yaralama" ibaresinin Anayasaya aykırılığını ileri sürmek ve iptali için itiraz yasa yoluna başvurmak gerekmiştir.

HÜKÜM/Gerekçesi yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- 5237 sayılı Yasanın 43. maddesinin 3. fıkrasındaki "kasten yaralama" ibaresinin bir kısım suçları ayırık tutmak suretiyle ceza sorumluluğunda eşit muamele görme hakkı yönünden nesnel olmayan cezalandırılma siyaseti uygulandığı için hukuki güvence sağlama yükümü

Esas Sayısı : 2014/167

Karar Sayısı : 2015/27

altındaki Hukuk Devleti ilkesine aykırı olduğundan Anayasa'nın 2. maddesine ve Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı kanaatine ulaşılmakla, 6216 sayılı Yasanın 40. maddesi gereğince itiraz yolu ile Anayasa'ya aykırılığının tespiti ve iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına,

2- 6216 sayılı Yasanın 40/5. maddesi gereğince keyfiyetin bekletici mesele yapılmasına, 5271 sayılı Yasanın 223/8. maddesi gereğince kamu davasının DURMASINA,

Dair durma kararına karşı tefhiminden itibaren 7 gün içerisinde itiraz yasa yolu açık olmak üzere, verilen karar suç müdafî Av. ..., katılan sanık müdafî Av. ... ve katılan sanık ... müdafî Av. ...'ın yüzüne karşı, Cumhuriyet Savcısının huzurunda açıkça okunup, anlatıldı. Yasaya ve usule uygun tefhim olundu.'"