**"...**

**II- İTİRAZIN GEREKÇESİ**

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'Yargılama sırasında müşteki, sanıktan şikayetçi olduğunu ve davaya katılmak istediğini beyan etmiş, usulüne uygun olarak davaya katılmış, önceki şikayetlerini tekrarlayarak sanığın cezalandırılmasını istemiştir.

Sanık savunmasında, üzerine atılı suçlamayı kabul etmediğini, sadece katılanla tanışmak amacıyla mesaj çektiğini, kesinlikle katılana hakaret dolu ve cinsel taciz içerir bir şey söylemediğini, sadece katılanla tanışmak istediğini savunmuştur.

Mahkememizde yargılama devam ederken 11.06.2008 tarihli celsede mahkememizce 5237 Sayılı TCK.nun 105/1. maddesinin 2709 Sayılı T.C Anayasasının 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, Anayasanın 148. ve 152. maddeleri gereğince itiraz yoluyla anılan maddenin iptalinin istenmesi gerektiği yönünde aşağıdaki gerekçelerle hüküm kurulmuştur.

Şöyle ki;

Cinsel taciz suçu, 5237 Sayılı TCK.nun ikinci kitabının 'Kişilere karşı suçlar' başlıklı ikinci kısmının, 'Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar' başlıklı altıncı bölümünde 105. maddede düzenlenmiştir.

Bu maddede düzenlenen suç, mülga 765 Sayılı TCK.nun 421. maddesinde düzenlenen söz atma ve sarkıntılık suçlarının karşılığını oluşturduğu öğreti ve uygulamada kabul edilmektedir.

5237 Sayılı TCK.nun 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunun maddi unsuru, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etmektir. 'Cinsel taciz' sözünün ne anlama geldiği belirsizlik taşımakta ve birbirinden farklı muhtelif tanımlar yapılmaktadır. Bu cümleden olarak bir tanıma göre cinsel taciz, bir kimsenin canını sıkma, rahatını kaçırma, ona sıkıntı verme, onu tedirgin etme anlamındadır. Diğer bir tanıma göre cinsel taciz, bireyin diğer bir bireyi rızası olmadan elle, sözle, gözleri ve bedeni ile cinselliğini hedefleyerek rahatsız etmesidir. Başka bir tanıma göre cinsel taciz, kadınların kendi rızaları dışında ve kendilerine rağmen, bedenlerine ve cinselliklerine yönelik her türlü davranış şeklinde tanımlanmıştır. Başka bir tanıma göre cinsel taciz, birey veya bireylerin cinselliklerine yönelen sözlü veya yazılı ancak bedeni temas içermeyen ve kişiyi rahatsız edici nitelikte hareketlerdir.

5237 Sayılı TCK.nun 105/1. maddesinin madde gerekçesinde cinsel tacizin, kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirebileceği ve kişinin cinsel yönden ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesi olduğu belirtilmiş, ancak hangi tür hareket veya sözlerin bu madde kapsamında olduğu açık ve net bir biçimde açıklanmamıştır.

Anayasa Mahkemesinin 19.04.2007 tarih ve 2007/39 Esas-2007/53 Karar sayılı kararında, Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin, tüm işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine açık, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı ve sürdürmeyi amaç edinmiş, Anayasa ve hukukun üstün kurallarına bağlılığa özen gösteren devlet olduğu ifade edilmiştir.

Hukuk devleti ilkesi gereği yasaların kamu yararına dayanması, kuralların herkes için konulması, bu kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin de göz önünde tutulması gereklidir.

Yine Anayasa Mahkemesinin 28.02.2008 tarih ve 2006/71 Esas 2008/69 Karar sayılı kararında hukuk devletinin, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlet olduğu ifade edilmiştir.

Yine aynı kararda, hukuk devletinde hangi eylemlerin suç sayılacağı ve bu suçları işleyenlere ne tür ve miktarda ceza verileceği yasa koyucunun belirleyeceği bir alan olduğu, ancak yasa koyucunun bunu yaparken Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olmamak koşulu ile takdir hakkını kullanabileceği belirtilmiştir.

Kişilerin içinde yaşadıkları toplumda namus, şeref ve haysiyetlerinin korunmasını istemeleri temel haklarındandır. Bu nedenle kişilerin bu hakları geçmişten beri ceza yaptırımı taşıyan kurallarla korunmaktadır. Yasa koyucu, Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde kalmak koşulu ile hangi eylemlerin suç oluşturacağını ve bu eylemlere ne miktar ceza verileceğini takdir ve saptama yetkisine sahiptir.

Anayasanın ikinci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin; suçta ve cezada kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, geçmişe uygulama yasağı ilkelerini de içerdiği Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir.

Gerçekten 'Suçta ve cezada kanunilik' ilkesi teorik bir ilke olmayıp Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen ve artık bir iç hukuk kuralı haline gelen ve Anayasanın 90/son maddesi uyarınca Anayasaya aykırılığı dahi ileri sürülemeyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. maddesinde düzenlenen pozitif bir ilkedir. Bu ilke mülga 765 Sayılı TCK.nun 2. ve 5237 Sayılı TCK.nun 7. maddelerinde de aynı şekilde düzenlenmiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca eylemden önce o eylemin cezalandırılabilir olduğunun, herkesçe bilinip anlaşılabilecek şekilde ve kanunla düzenlenmesi zorunludur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; Sunday Times/Birleşik Krallık (26.04.1979) davasında suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, vatandaşların öncelikle ceza yaptırımı taşıyan hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmeleri ve ayrıca vatandaşların davranışlarını yönlendirebilmelerine olanak vermek için, ceza yaptırımı taşıyan kuralların herkesçe anlaşılacak bir biçimde açık ve net olarak düzenlenmiş olması gerektiğini içtihat etmiştir.

Her ne kadar 5237 Sayılı TCK.nun 105/1. maddesinin gerekçesinde cinsel taciz kavramının ne anlama geldiği yönünde bir tanımlama yapılmış ise de, bu tanımlamanın 'yasama yorumu' niteliğinde olduğu ve yerel mahkemeler ile Yüksek Mahkemeleri bağlayıcı olmadığı, öğreti ve uygulamada büyük bir ekseriyetle kabul edilmektedir. Kaldı ki; madde gerekçeleri Resmi Gazete dahil hiçbir basılı yayında yayımlanmadığı için, madde gerekçesinde geçen cinsel taciz kavramı tanımının vatandaşlar tarafından bilinebilir olacağı ileri sürülemez. Bir başka anlatımla, vatandaşlar ve toplum, hangi eylemleri işlediklerinde bu eylemlerinin 'cinsel taciz' sayılacağını ve ceza yaptırımı ile karşılaşacaklarını bilebilecek durumda değillerdir. Yasa koyucu, ceza yaptırımı içeren eylemi suç olarak düzenlerken bu eylemi açık ve net şekilde belirlemeli, hiç olmazsa eylemin sınırlarının belirlenebilir olması gerekmektedir. Halbuki 765 Sayılı mülga TCK.nun 421. maddesinin yürürlükte olduğu dönemde dahi, gerek yerel mahkemeler uygulamasında ve gerekse Yargıtay 5. Ceza Dairesinin temyiz incelemeleri sonucu verdiği emsal kararlarda, bugünkü cinsel taciz kavramının o zamandaki karşılığı olan 'sarkıntılık' kavramını netleştiremediği, bazı eylemler sarkıntılık olarak değerlendirilirken, diğer bazı benzer eylemlerde ırza tasaddi olarak değerlendirilebilmiştir. Bununla ilgili olarak Yüksek Mahkemenin geçmişte birbirleri ile çelişkili çok sayıda kararı olduğu, ceza hukuku uygulamacıları tarafından bilinmektedir.

5237 Sayılı TCK.nun 105/1. maddesinde düzenlenen 'cinsel taciz' suçunun maddi unsurunun yukarıda ifade edildiği gibi hangi eylemleri içerdiği, kişiden kişiye değişir nitelikte tartışmalı bir mahiyet arz etmektedir. Bir örnek verilecek olursa, kimi ceza hukukçularına göre bir kadına sürekli ve ısrarlı bakışların dahi cinsel taciz suçunu oluşturacağı ileri sürülmekte, kimi ceza hukukçuları da bu maddedeki suçun oluşabilmesi için mutlaka icrai nitelikte bir eylemin varlığının şart olduğunu savunmaktadırlar.  
  
Tüm bu açıklamalardan anlaşılabileceği gibi, 5237 Sayılı TCK.nun 105/1. maddesinde düzenlenen 'Cinsel taciz' suçunun hangi eylemleri suç olarak öngördüğü, hangi eylemlerin bu madde kapsamında değerlendirilerek faillerine ceza verileceği hususunda, gerek öğretide ve gerekse de mahkemeler ile Yargıtay uygulamalarında farklılıklar bulunmaktadır.

Şu halde 5237 Sayılı TCK.nun 105/1. maddesindeki cinsel taciz suçu düzenlemesinin 2709 Sayılı T.C Anayasasının 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, Anayasanın 148 ve 152. maddeleri ile 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28. maddesi gereğince, itiraz yoluyla sözü edilen 5237 Sayılı TCK.105/1. maddesindeki kuralın iptal edilmesi için Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiği kanaatine varılmıştır. (Ancak Anayasa Mahkemesince re'sen dikkate alınacağından sonuç kısmında 2949 Sayılı Yasanın 28. maddesinde ayrıca söz edilmeye gerek duyulmamıştır.)

SONUÇ

Yukarıda açıklanan gerekçeye dayanılarak;

Mahkememizce 5237 Sayılı TCK.nun 105/1. maddesinin 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. ve 38. maddesine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, Anayasanın 148. ve 152. maddeleri gereğince dosyanın içinde bulunan bütün evrakların onaylı suretleri çekildikten sonra ve Anayasaya aykırılık hususundaki gerekçeli kararımız ile birlikte dosyanın onaylı suretinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, bu nedenle Anayasanın 152/1. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesinin vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına,

Dosya Anayasa Mahkemesine gönderileceğinden duruşma günü tayinine yer olmadığına, dosya dönüşünde re'sen ele alınmak üzere esas defterine şerh verilmesine karar verildi.'"