*"...*

*ANAYASAYA AYKIRILIK NEDENLERİ VE İLGİLİ ANAYASA MADDELERİ:*

*ANAYASANIN 2. MADDESİ YÖNÜNDEN:*

*Anayasa’nın 2. maddesinde* “Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir” *hükmüne yer verilmektedir. Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri ile eşitlik ve hakkaniyeti gözeten devlettir. Bu bağlamda, yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparken takdiri sınırsız ve keyfi olmayıp hukuk devleti ilkeleriyle sınırlıdır.*

*Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde kanun koyucu takdir yetkisine sahiptir. Ancak kanun koyucu kendisine tanınan takdir yetkisinin Anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.*

*Anayasa Mahkemesinin 17/02/2004 tarih ve E.2001/119, K.2004/37 sayılı kararında “Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlevleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kuralları ile kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Yasa koyucu, yalnız yasaların Anayasa’ya değil, Anayasa’nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamak ile yükümlüdür. Bu bağlamda hukuk devletinde ceza hukuku alanında olduğu gibi idari para cezalarına ilişkin düzenlemelerde de kuralların, ... önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir.” denilmiş ve yine Yüksek Mahkemenin 17/02/2004 tarih ve E.2001/406, K.2004/20 sayılı kararında da “Kimseye hak ettiğinden fazla ceza verilemez. Cezaların ağırlık derecesi kanun koyucunun takdirinde ise de, takdir korunan hukuksal değeri ihlal derecesine göre olmalıdır. Aynı konudaki düzenleme, ihlal derecelerine göre yaptırım ve ceza yönünden adaletli, mantıklı, hakkaniyete uygun olmalıdır.” görüşüne yer verilmiştir.*

*İptali istenen yasa metni uyarınca, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, 16 yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacaktır. Ceza adaleti yönünden cezanın alt sınırının 16 yıl olması hukuk devletinde olması gereken adalet ve hakkaniyet ilkeleri ve suç ve cezaların orantılılığı ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Her ne kadar yasa koyucu cezaların miktarlarını belirlemekte serbest ise de, 6545 sayılı Yasa değişikliğinden önce aynı eylemin yaptırımının alt sınırı 8 yıl iken, 6545 sayılı Yasa ile alt sınırın 16 yıla çıkarılmasının izah edilebilir bir gerekçesi bulunmamaktadır. Kaldı ki, ülkemizde özellikle doğuda kırsal kesimlerde küçük yaşta evlendirmelerin yaygın olmasının yanı sıra ülke genelinde ve şehirlerde yaşı küçük ve yaşı birbirine yakın çocukların cinsel ilişkiye girmeleri de yaygındır. İletişim teknolojilerinin gelişmesi, gerek görsel basında gerekse herkesin özgür olarak kullandığı internet sitelerinin, sosyal paylaşım ağlarında cinselliğin ön plana çıkarılmasına rağmen yaşı küçük çocuklarla rızaları dahilinde cinsel ilişkide bulunulmasının ağır yaptırımlarının bulunduğu, özellikle yine çocuk sanıklar tarafından bilinmemekte, bu hususta gerek okullarda gerekse görsel ve yazılı basında bilinçlendirmeye yönelik çalışmalar (kamu spotu, okullarda cinsellik dersi vb...) idari merciler tarafından yapılmamaktadır. Her ne kadar kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ise de, çocuklarımızı bu şekilde katı bir ceza hukuku ilkesi gereği yüksek cezalarla karşı karşıya bırakmak da vicdanları zedelemektedir. 6545 sayılı Yasa değişikliğinden önce 5237 sayılı Yasanın önceki halinde mağdurun ruh sağlığının bozulması durumunda 15 yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmekte, maddenin bu fıkrasının tamamen yürürlükten kaldırılması ile sırf lehe aleyhe değerlendirilmesi halinde yasanın eski halinin lehe olacağı düşüncesi ile 6545 sayılı Yasa ile eklenen TCK 103/2. Maddesinin uygulanacağı failler yönünden orantısızlık yaratacağı açıktır. Zira yasanın önceki hali ile ruh sağlığının bozulmaması durumunda faile 8 yıldan başlayan ceza verilecek iken, yasanın yeni hali ile ruh sağlığının bozulup bozulmadığına bakılmaksızın, adeta ruh hâli bozulmuş kabul edilerek, faile 16 yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası verilecektir. Bu da göstermektedir ki, cezanın alt sınırının 16 yıldan aşağı olmamasının gizli gerekçesi, sırf Yargıtay’daki dosyaların lehe aleyhe değerlendirmesi yapılmak üzere yerel mahkemelere gönderilmesinin önüne geçmektir. Oysa hukuk devletinin adalet ve hakkaniyet ilkesi uyarınca yasa koyucunun uygulayıcıya takdir hakkı tanıması, buna göre yasanın lehe aleyhe değerlendirmesi yapılması olması gerekendir. Kaldı ki; Yargıtay içtihatlarında da görüleceği gibi aralarında ciddi bir yaş farkı bulunmayan sanık ile mağdurun rızayla girdiği cinsel ilişki neticesinde mağdurun ruh sağlığının bozulmasının sanıkların aleyhine yorumlanamayacağını belirtmiş ve sanık hakkında bu sebeple 15 yıldan az olmamak üzere ceza tayinini bozma sebebi yapmıştır. (Yargıtay 14.CD, 20/02/2014 tarihli, 2013/6906 E, 2014/2008 K sayılı kararı: “...* Öte yandan cebir, tehdit veya hile gibi ir edeyi etkileyen herhangi bir hâl olmaksızın, aralarında ciddi bir yaş farkı bulunmayan sanıkların, mağdure ile cinsel ilişkiye girdikleri olaylarda sanıkların kastettiklerinden daha farklı ve ağır olan ruh sağlığının bozulması neticesinin meydana geldiği, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile, 765 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan objektif sorumluluğunun kaldırılarak sübjektif sorumluluğun kabul edildiği, TCK. nın 23. maddesi uyarınca failin gerçekleşen, fakat kastetmediği bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirle hareket etmiş olması gerektiği, somut olayda sanıkların dosyaya yansıyan sosyal ve kültürel durumları, kişisel halleri, mağdure ile olan ilişkileri, eylemlerin cebir ve tehdit olmadan gerçekleştirilmeleri şeklindeki suçların işleniş özellikleri karşısında, ağır netice olarak ortaya çıkan mağdurenin ruh sağlığındaki bozulmanın sanıklar tarafından öngörülemeyeceği ve taksirle dahi hareket etmelerinin söz konusu olmadığı, meydana gelen bu zararın ise TCK’nın 61. maddesi kapsamında cezanın bireyselleştirilmesinde alt sınırdan uzaklaşmada uzaklaşmada dikkate alınabileceği gözetilmeksizin sanıklar hakkında TCK.nın 103/6. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini...” *görüldüğü üzere Yargıtay dahi uygulamalarında rıza ile yaşı yakın olan mağdur ve sanıkların girdiği cinsel ilişki sonrasında mağdurun ruh sağlığının bozulması durumlarında onbeş yıl ceza verilmesini adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçüleri ile bağdaştıramadığından uygulama ile 6545 sayılı Yasa öncesi dönemde bu madde hükmünün uygulamasını, aynı Mahkememiz dosyasındaki somut olaydaki durumlarda, adete uygulama dışı bırakmıştır. Sonuç olarak, suça sürüklenen çocuğun eylemi, 655 sayılı Yasa yürürlüğe giremese idi, Yargıtay uygulamaları gereği, ruh sağlı bozulmuş olsa dahi, 103/6. madde uygulanmayacak, cezanın alt sınırı 15 yıl değil, 103/2. maddesi uyarınca 8 yıl olarak uygulanacaktı.*

*ANAYASANIN 10. MADDESİ YÖNÜNDEN:*

Anayasa’nın 10. maddesinde *“Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar “* hükmüne yer verilmiştir.

*Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, Anayasa’nın 10. maddesine göre yasaların uygulanmasında ayrım gözetilmeyecek ve eşitsizliğe yol açılmayacaktır. Maddede düzenlenen “Eşitlik” ilkesiyle, birbirinin aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması engellenmektedir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.*

*Yine Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yasalarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda, hizmetlerde eşitliği sağlanmasını gerektiren eşit davranma ve ayrım yapmama ilkesi olarak yorumlanmıştır.*

*Bu açıklamalar ışığında söz konusu Yasa maddesinin doğrudan eşitsizlik yaratan bir düzenlemesi görülmemekte ise de, yakın yaşta olan mağdurlara karşı yapılan eylemlere çok farklı cezai müeyyideler bağlaması bakımından dolaylı olarak eşitsizliğe sebebiyet vermektedir. Şöyle ki, 14 yaşını bitirmiş, 15 yaşını bitirmesine çok az kalmış mağdure ile rızası ile cinsel ilişkide bulunan aynı yaştaki faile iptali istenen yasa maddesi uyarınca 16 yıldan az olmamak üzere ceza hükmetmek gerekecek iken, 15 yaşını henüz bitirmiş mağdure ile rızası ile cinsel ilişkide bulunan aynı yaştaki faile, mağdurenin şikayetçi olmaması halinde, TCK 104/1 maddesi uyarınca hakkında şikayet yokluğu nedeniyle düşme karan verilecektir. Örnekte de görüldüğü üzere, mağdurenin henüz 15 yaşını geçmiş olduğu halde ve 15 yaşını bitirmesine çok az bir süre kalması halinde aynı yaştaki mağdure ile birlikte olan faile verilecek ceza arasında aşırı orantısızlık mevcuttur. Fail bir durumda, hiç ceza almayacak iken, diğer halde cezası 16 yıldan başlayacaktır. Anayasa’nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesi uyarınca eşit suça eşit ceza verilmesi ilkesi bulunduğundan iptali istenen yasa maddesi Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu kanaati hasıl olmuştur.*

*SONUÇ VE TALEP :*

*Mahkememizce yukarıda yer verilen açıklamaların birlikte
değerlendirilmesinden, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 6545 sayılı Yasa ile eklenen
TCK’nın 103/2. maddesinin, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu sonuç ve
kanaatine varılmıştır.*

*Açıklanan nedenlerle, Anayasanın 152/1. maddesi uyarınca 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 6545 sayılı Yasa ile eklenen TCK’nın 103/2. maddesinin iptali istemiyle re’sen Anayasa Mahkemesine gidilmesine ve bu maddenin iptalinin istenilmesine, dava dosyasının tüm belgeleriyle onaylı suretinin dosya oluşturularak karar aslı ile dosya suretinin yüksek mahkemeye tebliğinden itibaren beş ay beklenilmesine, beş ay içinde netice gelmez ise mevcut mevzuata göre davanın neticelendirilmesine dair aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.*

*KARAR: Yukarıda açıklanan nedenlerle ;*

*Suça sürüklenen çocuk hakkında, çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan açılan kamu davasında; iddianamede suça sürüklenen çocuğun cezalandırılmasına yönelik sevk maddesi olarak gösterilen TCK’nın 103/2. maddesinin “cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, 16 yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.” hükmünün Türkiye Cumhuriyet Anayasası’nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu görülmekle,*

*6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 40/1. maddesi gereğince;*

*iddianame ile dosyadaki belgelerin onaylı birer örneği çıkartılarak, 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının 6545 sayılı Yasa ile eklenen TCK’nın 103/2. maddesinin “cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, 16 yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.” hükmünün Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle iptal davası başvurusu olarak, Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği’ne GÖNDERİLMESİNE,*

*6216 sayılı Kanunun 40/5. maddesi gereğince dosyaya bu aşamada karar numarasına verilmesine yer olmadığına, dosya esası üzerinden iptali istenilen yasa maddesinin Anayasa’nın 2. ve 10. maddelerine aykırılık gerekçesinin yazılmasına,*

*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 152. maddesi ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 40/5. maddesi uyarınca başvurunun sonuçlanmasının bekletici mesele yapılmasına,*

*Dosya esas numarası üzerinden gerekçeli kararın yazımına müteakip dosya ve eklerinin Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliği’ne gönderilmesine,*

*6216 sayılı Yasanın 40/5. maddesi gereğince 5 aylık azami süre gözetilerek, Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda bir karar vermesinin beklenilmesine, bu süre içerisinde ve sonunda Anayasa Mahkemesi’nce bir karar verilmez ise Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 153. ve 6216 sayılı Yasanın 40/5. maddesi gereğince yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre değerlendirme yapılmasına,*

*Bu nedenlerle duruşmanın 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 40/5. maddesindeki 5 aylık süre gözönüne alınarak 30/06/2015 günü saat 09:00’a bırakılmasına oy birliği ile karar verildi.”*