

“...

Anayasanın Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı 2. maddesi “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.”, yine Anayasanın Devletin temel amaç ve görevleri başlıklı 5. maddesi “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” şeklinde düzenlemelerin bulunduğu, hukuki belirlilik ve güvenlik ilkesinin hukuk devleti ilkesinin zorunlu unsuru olduğu, bu kapsamda sarkıntılık eylemine ilişkin yasal düzenlemeleri ihtiva eden ve dosyada doğrudan uygulanma imkanı bulunan 5237 sayılı TCK’nın 103. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi hükmü ile bu hükümlerle doğrudan bağlantılı olan TCK’nın 103. maddesinin 1. fıkrasının 3 ve 4. cümlelerinin hukuk devleti ilkesi yönünden Anayasanın 2 ve 5. maddelerine aykırı olduğu anlaşılmıştır.

Sarkıntılık Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlükte “genellikle kadınlara sataşma, laf atma, rahatsız etme, huzur bozma, tasallut” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlama genel itibariyle cinsel taciz eylemine yakın bir tanım olarak görülmektedir. Ancak sarkıntılık fiiline ilişkin Yargıtay uygulamasının vücuda temas içeren nitelikteki eylemleri sarkıntılık kapsamına aldığı tereddütsüzdür. Nitekim yasal düzenleme de vücuda temas içeren suçlara ilişkin kanun maddesinde yer almıştır. Sarkıntılık fiili hem 5237 sayılı TCK’nın 102. maddesinde hem de 5237 sayılı TCK’nın 103. maddesinde düzenlenmiştir. Yani sarkıntılık fiili hem mağdur yetişkinler hem de mağdur çocuklar yönünden uygulanmasına dair düzenleme yapılmıştır. Yalnızca ceza miktarı yönünden bir farklılık oluşturulmuştur.

Anayasanın kanun önünde eşitlik başlıklı 10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (ek cümle: 7/5/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz. (ek fıkra: 7/5/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürllüleri, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz” şeklinde düzenlemenin bulunduğu, anayasa koyucunun çocukların korunması hususunda yetişkinlere nazaran bir takım tedbirlerin alınmasına cevaz verdiği ortadadır. Yine Anayasanın Ailenin korunması ve çocuk hakları başlıklı 41. maddesinin 2. fıkrasının “Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.” ve 4. fıkrasının “Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” şeklinde düzenlemelere yer vermiş ve bu şekilde çocukları koruma yöntemini belirlemiştir.

Şunu belirtmek gerekir ki çocukların cinsel nitelikte bir suçla karşılaştığı durumda bir yetişkine oranla daha fazla etkileneceği tereddütsüzdür. Hukuk alanı dışında sarkıntılık eyleminin yetişkinlere yönelik kınanan bir davranış olduğu genel kabul niteliğindedir. Buna karşın toplumsal genel kabûl yönünden çocuklara yönelik bu tür eylemler sarkıntılık olarak nitelenmemekte cinsel istismar olarak kabul görmektedir. Çocuklar yetişkinlere nazaran daha savunmasız ve kendilerini ifade hususunda dezavantajlıdır. TCK’nın 103. maddesinin 1.

fikrasının 2 ve 3. cümlesindeki mevcut yasal düzenleme ile yaşını doldurmamış çocuklara dahi sarkıntılık suretiyle cinsel istismar suçunun işlenmesi mümkün görülmüş olup bu durumun kabul edilmesi hem hukuk alanında hem de toplumsal anlamda mümkün değildir. Bu durum çocukların korunması yönündeki Anayasanın 10 ve 41. maddelerine açıkça aykırıdır. Çocuklara yönelik sadece cinsel istismarın söz konusu olabileceği sarkıntılık hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı ve sarkıntılığa ilişkin hükümlerin Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirilmektedir. Yani çocuklara yönelik vücuda temas içeren cinsel amaçlı her türlü davranışın asgari olarak basit cinsel istismar olarak cezalandırılması Anayasa'nın 10 ve 41. maddelerinin bir gereğidir. Bu kapsamda 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi hükmü ile bu hükümle doğrudan bağlantılı olan TCK'nın 103. maddesinin 1. fıkrasının 3 ve 4. cümlelerinin çocukların korunmasını amaçlayan Anayasa'nın 10 ve 41. maddelerine aykırı olduğu anlaşılmıştır.

SONUÇ : Yukarıda arz edilen gerekçeler ve inceleme sırasında res'en nazara alınacak diğer nedenler nazara alınarak, Mahkememizin 2015/193 esas sayılı dava dosyasında uygulanma ihtimali bulunan ancak 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası hükümlerine açıkça aykırı hükümler içeren 5237 sayılı TCK'nın 103. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi hükmü ile bu hükümle doğrudan bağlantılı olan TCK'nın 103. maddesinin 1. fıkrasının 3 ve 4. cümlelerinin İPTALİNE KARAR VERİLMESİ arz ve talep olunur.”