

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı: 1988/4

Karar Sayısı: 1989/3

Karar Günü: 12.1.1989

R.G. Tarih-Sayı :10.01.1990-20398

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 1.3.1926 günlü, 765 sayılı "Türk Ceza Kanunu"nun 438. maddesinin, Anayasa'nın 10. maddesiyle 12., 17. ve 19. maddelerinin birinci fıkralarına aykırılığı nedeniyle iptali istemidir.

I- OLAY:

Sanıklar tarafından zorla kaçırıldığı iddia olunan mağdurenin, Emniyet Müdürlüğünün yanıt yazısında "Fuhuşu meslek edinen bir kadın" olduğunun bildirilmesi üzerine Mahkeme, davada uygulanması söz konusu olan Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu görüşüyle iptali için doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ:

A. İptali istenen Yasa Kuralı:

1.3.1926 günlü, 765 sayılı "Türk Ceza Kanunu"nun Anayasa'ya aykırılığı öne sürülen 438. maddesi şöyledir:

"Madde 438.- Irza geçmek ve kaçırmak fiilleri fuhuşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikâp olunmuş ise, ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadarı indirilir."

B. Dayanılan Anayasa Kuralları:

1- "Madde 10.- 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."

2- "Madde 12/1.- Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir."

3- "Madde 17/1.- Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

4- "Madde 19/1.- Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir."

IV- İLK İNCELEME:

Anayasa Mahkemesi içtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü gereğince, Mahmut C. CUHRUK, Necdet DARICIOĞLU, Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, Muammer TURAN, Mehmet ÇINARLI, Selâhattin METİN, Servet TUZUN, Mustafa GÖNÜL, Mustafa ŞAHİN, Adnan KÜKNER ve M. Şerif ATALAY'ın katılmalarıyla 9.2.1988 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ:

İşin esasına ilişkin rapor, başvuru kararı ve ekleri, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen Yasa kuralı ile itiraza dayanak yapılan Anayasa kuralları, bunlarla ilgili gerekçeler ve dosyadaki öteki belgeler okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A. İtiraz Konusu Kuralın Getirdiği Düzenleme:

Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesi hükmüne göre "ırza geçmek ve kaçırmak fiilleri fuhuşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikâp olunmuş ise, ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadarı indirilir." Yasa, bu hükmü ile kaçırılan veya ırzına geçilen kişinin fuhşu kendine meslek edinen bir kadın olmasını yani suçtan zarar görenin kötü sıfatını cezayı azaltıcı yasal bir neden olarak kabul etmektedir.

İtiraz konusu 438. madde, Türk Ceza Kanunu'nun "Âdabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlıklı Sekizinci Babı'nın "Geçen Fasıllar Arasında Müsterek Hükümler" başlıklı Dördüncü Faslında yer almakta ise de, Sekizinci Bab'ta yer alan suçların hepsinde uygulanması söz konusu değildir. Çünkü, madde metninde açıkça ve sadece, ırza geçmek ve kaçırmak fiillerinden söz edilmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesinin karşılığı olan mehzaz İtalyan Ceza Kanunu'nun 350. maddesi, bu indirim sebebinin ırza geçmek ve kaçırmak suçları dışında Sekizinci Bab'ta yer alan diğer bazı suçlarda da uygulanmasını öngörmüş ise de bu konuda mehzazdan ayrılan Türk Ceza Kanunu 438. maddesinin uygulama alanını daraltmıştır.

İtalyan Ceza Kanunu'nun bu madde ile ilgili gerekçesinde şöyle denilmektedir: "Fahişe sürdürdüğü kötü hayata rağmen, vücudunda dilediği gibi tasarruf etmek hürriyetinden vazgeçmemiştir ve zor kullananları cezalandıran yasanın koruması herkes içindir. Fakat öte yandan, fahişenin haysiyeti, maruz kaldığı zorla kaçırma veya cinsel ilişki dolayısıyla, namuslu bir kadının bütün hayatı süresince karşı bulunacağı kadar ihlâl edilmiş olmaz. Ayrıca fuhşu meslek edinenin gösterdiği direnç, suç işleyen kişi tarafından haklı olarak ciddi sanılabılır."

Kuşkusuz bugünkü hukuk anlayışında bir kadının yaşamakta olduğu iffetsiz hayat ona karşı yapılan saldırıları hukuka uygun duruma getiremez. Türk Ceza Kanunu da bu anlayışı kabul ederek 438. maddesinde fuhşu kendisine meslek edinmiş olan kadınların zorla kaçırılması veya ırzına geçilmesi durumunda sadece cezadan indirim yapılacağını öngörerek suçtan zarar görenin durumunun yalnız cezanın miktarını etkileyen bir neden olduğunu fakat hukuka uygunluk nedeni oluşturmayağını belirtmiştir.

B. İtiraz Konusu Kuralın Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu:

1- Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden İncelenmesi:

Başvurma kararında itiraz konusu kuralın Anayasa'nın kanun önünde eşitliği belirleyen 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek "Sanıklar hakkında dava konusu edilen kaçırma suçu Türk Ceza Kanunu'nun (Âdabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler) başlıklı 8. Babında yer almış ve suçun bu niteliği inkâr edilemez olmakla birlikte; aynı suçun doğrudan doğruya şahsa karşı işlenmiş bir suç olması niteliği de reddedilemez bir gerçektir. Kaçırma suçu ile, bu suçun mağdurunun şahsî hürriyeti, şahsî güvenliği, cinsel hak ve hürriyeti ihlâl edilmiş olur. Bu hak ve hürriyetleri ihlâl edilmiş oları kadınlardan fuhşu kendine meslek edinenlerin daha az himayeye lâyık oldukları ve binnetice bu nitelikteki kadınları kaçırarak sanıkların kısmen mazur görülme düşüncesi; hem mağdurların haklarının korunması ve hem de sanıkların tecziyeleri bakımından kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Fuhşu meslek edinen kadınları kaçırarak sanıklara bu niteliği bulunmayan kadınları kaçırarak faillere göre daha az ceza verilmesi eşitsizliğe yol açmaktadır" denilmektedir.

Kanun önünde eşitlik ilkesi, Anayasa'nın 10. maddesinde şöyle belirtilmektedir: "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir."

Anayasa'nın, bu hükmü ile aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağını, değişik hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulmasının bir aykırılık oluşturmayacağı kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında vurgulandığı gibi yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılması Anayasa katında geçerli görülemez. Bu mutlak yasak, birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları -eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Özelliklere, ayrılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılar. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz.

O halde, Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre, eşitliği bozduğu iddia edilen kural haklı bir nedene dayanmakta veya kamu yaran amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez.

Olaya bu açıdan bakıldığında fuhşu kendine meslek edinen bir kadını zorla kaçırarak veya ırzına geçen bir kişiye verilecek cezanın, aynı eylemleri iffetli bir kadına karşı gerçekleştiren kişiye verilecek cezadan daha az olmasının haklı bir nedene bağlı bulunup bulunmadığının saptanması zorunludur.

Devlet, toplumsal barışı, kamu düzenini, bireylerin güven ve huzurunu sağlamakla yükümlüdür. Kimi durumlarda Devlet, bu yükümlülüğünü alacağı ceza önlemleri ile yerine

getirmeye çalışır. Yasakoyucu, bu konuda bir düzenleme yaparken kişi yararı kadar kamu yararını da gözönünde bulundurmak zorunda olduğundan, kimi suçların niteliğini, işlenme biçimini, toplum için verdiği zararı da gözeterek değişik cezalar verilmesini öngörebilir. Cezanın belirlenmesinde suçtan zarar görenin kişiliği ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğu da etkilidir. Yasakoyucu değişik eylemler için değişik cezalar yanında daha hafif bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebilir.

Irza geçmek ve kaçırmak suçlarının fuhşu kendine meslek edinen bir kadına karşı işlenmesinde, bu kişinin uğradığı zarar ile aynı eylemlerin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda onun gördüğü zarar eşit sayılamaz, iffetli bir kadının zorla kaçırılması veya ırzına geçilmesi onun onurunu, toplumdaki ve yaşadığı ortamdaki saygınlığını, giderilmesi olanaksız ölçüde kıracaktır. Oysa, aynı eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinmiş bir kadının bu ölçüde zarar gördüğünü ileri sürmek ve kabul etmek güçtür. Fahişe, fuhşu kendisine meslek edinmiş, onu ticarî bir iş kabul etmiş olduğundan bu tür kadınların kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlarinki kadar bozulmuş sayılamaz. Kaçırmak ve ırza geçmek eylemleri iffete karşı işlenen birer suç olması ve bu eylemlerle karşılaşan fuhşu meslek edinen bir kadının uğrayacağı zararın, iffetli bir kadının uğrayacağı zarara göre çok daha az olacağı gerçeğinden hareket eden Yasakoyucu bu nedenle Türk Ceza Yasası'nın 438. maddesi ile böyle bir ayırıma yer vermiştir.

Şu halde, fuhşu kendisine meslek edinen kadınlara karşı işlenen zorla kaçırmak veya ırza geçmek suçlarında böyle bir kadının uğradığı zararın aynı eylemlerle karşılaşan iffetli bir kadının uğradığı zarara göre daha az olması bu ayırımın haklı nedenini oluşturmaktadır. Bu bakımdan eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddia edilen itiraz konusu Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesi, bu eylemlerle karşılaşan kadınların değişik durumlarından kaynaklanan zorunluluklara ve dolayısıyla haklı nedenlere dayandığından Anayasa'nın 10. maddesinde açıklanan eşitlik ilkesine aykırı değildir.

2- Anayasa'nın 12. ve 19. Maddelerinin Birinci Fıkraları Yönünden incelenmesi:

Temel hak ve hürriyetlerin niteliğini belirleyen Anayasa'nın 12. maddesiyle herkese, kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetler tanındığı gibi 19. maddesinin birinci fıkrası ile de herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu belirtilmiştir.

Kişiyi dilediği gibi karar verip davranma olanağını veren kişi hürriyeti kavramı içerisinde öncelikle kişinin cinsel özgürlüğünün bulunduğu kabulü zorunludur. Bu bakımdan yasaların, herkesin cinsel özgürlüğünü koruması ve cinsel özgürlüklere yapılacak saldırıları ceza yaptırımları ile önlemesi gerekir. Bir kadının fuhşu kendine meslek edinmiş olması, onun cinsel özgürlüğünden vazgeçtiği anlamına gelmeyeceği gibi ona karşı yapılan saldırıyı da hukuka uygun duruma getirmez. Bu ilkeyi kabul eden Yasakoyucu da fuhşu kendine meslek edinen kadınların kişi ve cinsel özgürlüklerine karşı yapılacak saldırıları ceza yaptırımına bağlayarak önlemeyi amaçlamış ve bu amaca uygun olarak, bu tür kadınların kaçırılmasını veya ırzına geçilmesini suç olmaktan çıkarmamış, yalnızca, Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesi ile verilecek cezada belli bir oranda indirimi öngörmüştür. Anayasa, suç ve cezalara ilişkin esasları 38. maddesinde belirtmiş, 17. maddesi ile de eziyet, işkence ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan ceza konulmasını yasaklamıştır. Bu sınırlamalar dışında kalan alanlarda ve özellikle, hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan eylemlere ne tür ve ne miktar ceza verileceğinin belirlenmesi Yasakoyucunun takdirine bırakılmıştır. Böylece Anayasa'ya göre, bu sınırlar içinde işlenen suçun, toplum hayatındaki etkileri, kişiye ve topluma verdiği zarar da gözönünde tutularak gereken cezanın konulması yasama organının yetkisi

içinde bulunmaktadır. Bu yetkiyle hareket eden Yasakoyucu da kaçırılan veya ırzına geçilen kadının iffetli veya fuhşu meslek edinmiş bir kadın olup olmamasına göre farklı cezalar öngörmüştür. Kaçırarak ya da ırza geçmek suçlarının iffetli kadınlara karşı işlenmesi durumunda daha ağır ceza verilmesini genel ahlâk ve kamu yararının korunması açısından zorunlu saymıştır. Bu bakımdan itiraz konusu 438. maddenin Anayasa'nın 12. ve 19. maddelerinin birinci fıkralarına aykırı bir yanı bulunmamaktadır.

3- Anayasa'nın 17. Maddesinin Birinci Fıkrası Yönünden İncelenmesi:

Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesi zorla ırza geçmek ve kaçırmak suçları ile ilgili ortak hüküm olduğu için tek başına uygulanması söz konusu değildir. Bu maddenin ölümle sonuçlanan zorla ırza geçmek suçlarında, Türk Ceza Kanunu'nun 418. maddesi ve yine yaralanma veya ölümle sonuçlanan zorla kaçırmak suçlarında 439. maddesiyle birlikte uygulanması zorunludur. Bu gibi durumlarda itiraz konusu maddenin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrası yönünden incelenmesi gerekmektedir.

Herşeyden önce şu yönün açıklanması yararlı olacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 418. ve 439. maddeleri 9/7/1953 günlü, 6123 sayılı Kanun'la değiştirilmiştir. Değişiklikten önce 418. madde zorla ırza geçmek, mağdurun ölümüne neden olursa suçlunun müebbet veya onbeş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis cezası ile; 439. madde ise, zorla kaçırmak sırasında veya bu yüzden kaçırılan kimse yaralanmış olursa yarasının derecesine göre cezanın dörtte birden yarıya kadar artırılmasını ve eğer ölürse suçlunun onbeş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılmasını hüküm altına almıştı. Ancak 418. ve 439. maddelerde, 6123 sayılı Yasa'yla değişiklik yapılmasından sonra, zorla ırza geçmek ve kaçırmak suçlarının mağdurun ölümüne neden olması halinde suçluya idam cezası verilmesi kabul edilmiştir. Türk Ceza Yasası, eylemi ölüm cezası ile cezalandırdığı durumlarda kimi nedenlerle bu cezanın indirilmesini gerekli gördüğünde, ölüm cezası yerine verilecek cezayı ayrıca saptadığı halde (Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nun 51., 54., 55., 56., 59., 61. ve 65 maddelerinde olduğu gibi) 418. ve 439. maddelerde 6123 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe koşut olarak 438. maddede gerekli değişiklik yapılmamış ve böylece 418. maddenin 438. madde ile birlikte uygulanması durumunda 418. veya 439. madde hükümleri gereğince suçluya verilecek ölüm cezasının 438. maddenin uygulanması sonucu ne tür bir cezaya dönüşeceği Yasada gösterilmediğinden yasal bir boşluk doğmuştur. Fakat, yasal boşluklar veya düzenleme eksikliklerinin her zaman Anayasa'ya aykırılık oluşturmayacağını Anayasa Mahkemesi bir çok kararında açıkça vurgulamıştır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, fuhşu meslek edinen kadınları kaçıran suçlara verilecek ceza ile bu durumda olmayan kadınları kaçıran suçlulara verilecek cezayı karşılaştırarak Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesinin Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasına da aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş uygulamasına göre, Anayasa'ya uygunluk denetiminde itiraz konusu madde ile getirilen kararı, itiraz dışında kalan diğer maddeler ile getirilen kurallarla karşılaştırmaya gerek yoktur. Çünkü, her madde kuralının konuluş amacı başkadır. Bu nedenle, itiraz konusu Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesinin aynı yasanın benzer suçlar için ceza saptadığı diğer maddeleriyle karşılaştırılması sonucu öngörülen cezaların tür ve miktarlarına bakılarak söz konusu 438. maddenin Anayasa'ya aykırılığını kabule olanak yoktur. Bu bakımdan Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesinin Anayasa'ya aykırılık denetiminin, bu maddenin doğrudan doğruya Anayasa kuralları karşısındaki durumunu saptayarak yapılması zorunludur.

Anayasa'nın kişinin, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkını düzenleyen 17. maddesinin gerekçesinde: "... Bu madde ile yaşama, maddî ve manevî varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır. Bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği, birbirini tamamladığı açıktır. Kanun güvencesi altında olan yaşama hakkını korumak için Devlet, gerekli tedbirleri alacaktır. Kişinin, rızası olmadan, bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulması yahut organlarının alınması yasağı, vücut bütünlüğünün korunması hakkının bir gereği ve uzantısı niteliğindedir." denilmektedir.

Diğer yönden, Anayasa'nın Başlangıç bölümünde de, her Türk vatandaşının Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden yararlanma hakkı bulunduğu belirtilmiştir. Bu bakımdan, fuhşu meslek edinen kadınların da yaşama, maddî ve manevî varlıklarını koruma ve geliştirme hakları bulunduğu ve onların bu haklarına yönelik her türlü saldırının ceza yaptırımları ile önlenmesi gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim, Türk Ceza Yasası da bu ilkeden ayrılmayarak, fuhşu meslek edinmiş kadınların özgürlüklerine, yaşama hakları ile maddî ve manevî varlıklarına yönelik saldırıları 438. maddesi ile suç olmaktan çıkarmamış, onlara karşı gerçekleştirilebilecek eylemleri de ceza yaptırımına bağlayarak önlemeye çalışmıştır.

Yukarıda da değinildiği gibi Anayasa 38. maddesinde ceza hukuku alanında yapılacak yasal düzenlemelerde Yasakoyucunun suç ve cezalara ilişkin uyması zorunlu temel ilkeleri belirlemiştir. Bunlar, kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan yasanın suç saymadığı bir eylemden dolayı cezalandırılmayacağı, kimseye suçu işlediği zaman yasada o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak yasa ile konulacağı, suçluluğu yargıç karan ile saptanincaya kadar, kimsenin suçlu sayılmayacağı, hiç kimsenin kendisini ve yasada gösterilen yakınlarını suçlayan bir bildirimde bulunmaya veya bu yolda kanıt göstermeye zorlanamayacağı, ceza sorumluluğunun kişisel olduğu ve genel zor alım cezası verilemeyeceği gibi ilkelerdir. Anayasa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında da kimsenin insan onuru ile bağdaşmayan cezaya ya da işleme bağlı tutulamayacağı öngörülmüştür.

Anayasa'da, bu sayılan kurallar dışında ayrıca buyurucu veya yasaklayıcı bir kural bulunmadığından, suçlar ve cezalar hakkında gerekli gördüğü önlemleri almak Yasakoyucunun yetkisi içinde kalmaktadır. Anayasa, suç ve cezaya ilişkin olarak belirlediği bu ilkeler dışında kalan, özellikle, ne tür eylemlerin suç sayılacağı, suç sayılan eylemlere ne kadar ve ne tür ceza verileceği, nelerin cezayı ağırlaştıracağı veya hafifletici neden sayılacağı gibi konularda bir kural koymamış, bunların saptanmasını Yasa koyucuya bırakmıştır. Şu halde Yasakoyucu, Anayasa'ya göre kendi yetki alanına giren bu konularda takdir hakkına sahiptir. Yasakoyucunun da, bu yetkiyi kullanırken Anayasa'nın 38. ve 17. maddelerindeki ilkeleri gözeterek cezaları, suçların ağırlık derecelerini ve yeniden suç işlenmesini önleme ve suçluyu Islah amaçlarını da gözönünde tutarak koyması gerekir. Nitekim, Türk Ceza Kanunu'nda değişik suçlar için değişik cezalar öngörüldüğü gibi daha hafif suçlar için daha ağır cezalar da bulunmaktadır. Kimi kez de, aynı suç için değişik tür ve ağırlıkta cezalara yer verilmiştir.

Daha önce belirtildiği gibi zorla ırza geçme ve kaçırma eylemleri iffete yönelik suçlardandır. Bu nedenledir ki Türk Ceza Kanunu da bu tür suçlara "Eşhasa Karşı Cürümler" içerisinde değil "Âdabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" içerisinde yer vermiştir. Zorla ırza geçmek veya kaçırmak eylemlerinin ırzına geçilen veya kaçırılan kişinin ölümüne neden olması durumunda da suçun bu niteliği değişmez. Çünkü, kişinin ölümü veya yaralanması ile sonuçlanan zorla ırza geçmek veya kaçırmak suçlarında eylem, doğrudan doğruya suçtan zarar gören kişinin yasama hakkına ve beden tamlığına karşı olmayıp iffetine yöneliktir. Ölümle sonuçlansa dahi zorla kaçırma ve ırza geçme suçlarının bu değişmeyen

niteliğini gözden uzak tutmayan Yasakoyucu, suçtan zarar gören kişinin fuhşu meslek edinmiş bir kadın olması halinde suçluya, aynı eylemi iffetli bir kadına karşı işleyen diğer bir suçluya göre, daha az bir ceza verilmesini kabul etmiştir.

Kaldı ki Türk Ceza Yasası'nda, suçlunun adam öldürmek kastıyla işlediği yani doğrudan doğruya kişinin yaşamına yönelik suçlarda bile değişik tür ve miktarda ceza yaptırımları öngörülmüştür. "Adam Öldürmek Cürümleri" için 448., 449., 450. ve 453. maddelerinde de suçlunun veya suçtan zarar gören kişilerin kimliklerine veya suçun işleniş biçimine göre değişik cezalar belirlenmiştir. Yine, nesep (M. 447), adam öldürmek (M. 453, 462), şahıslara karşı müessir fiillerde (M. 462), çocuk düşürmek ve düşürtmek (M. 472) suçlarında ve mal aleyhinde işlenen suçlarda (M. 524), suçlu ile suçtan zarar görenler arasında Yasa'da gösterilen biçimde bir yakınlık olgusunu cezada bir indirim nedeni olarak kabul ettiği gibi; kimi suçlarda da suçtan zarar görenin yaşını (M. 414), aklen veya bedenlen hasta olmasını (M. 416) veya suçlu ile olan akrabalık derecesini (M. 431) ve diğer bazı ilişkileri (M. 417) suçluya daha fazla ceza verilmesinin nedeni olarak kabul etmiştir.

Yasakoyucunun, aynı eylem için kimi nedenlerle değişik cezalar belirlediği bütün bu durumlarda, örneğin Ceza Yasası'nın 449. ve 450. maddeleri gereğince (ömür boyu ağır hapis veya idam) ile cezalandırılan suçluların öldürdükleri kişilerin yasama haklarını koruduğu, buna karşın 448. madde uyarınca (24-30 yıl arasında ağır hapis ile) cezalandırılan suçluların öldürdüğü kişilerin yaşama hakkını korumadığı gibi bir düşünceye yer verilemez. Aynı biçimde 438. maddenin de fuhşu meslek edinen kadınların yaşama, maddî ve manevî varlıklarını korumak haklarını ortadan kaldırdığından da söz edilemez. Çünkü, ölüm, bu tür kadınların zorla kaçırılmaları veya zorla ırza geçilmeleri nedeni ile değil de doğrudan doğruya yaşama haklarına yönelik bir saldırı sonucu meydana geldiğinde suçlunun, ölenin fuhşu meslek edinmiş bir kadın olması gözönünde tutulmaksızın Türk Ceza Kanunu'nun kasten adam öldürme için saptadığı 448., 449. veya 450. maddelerinden biri ile cezalandırılacağı kuşkusuzdur. Bu bakımdan itiraz konusu maddenin, Anayasa'nın 17. maddesi ile herkese ve bu arada fuhşu meslek edinmiş olan kadınlara da tanıdığı söz götürmeyecek kadar belirgin bir gerçek olan yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme haklarını ortadan kaldıran bir niteliği de bulunmamaktadır. Öldürme eyleminin, kim tarafından, kime karşı ve ne biçimde işlenirse işlensin, aynı ceza ile cezalandırılması gerektiği savunulamayacağı gibi zorla kaçırmak ve ırza geçmek eylemlerinin de kime karşı işlenirse işlensin aynı ceza ile karşılanması gerektiği de ileri sürülemez. Bu tür suçları, fuhşu meslek edinen kadınlara karşı işleyen kişilere, aynı eylemi iffetli kadınlara karşı gerçekleştiren kişilere verilecek cezadan daha az bir ceza verilmesi Yasakoyucunun böyle bir ceza indirimini uygun görmesinin bir sonucudur. Çünkü, Anayasa'ya göre işlenen suçun ağırlığı ve toplum yaşamındaki etkileri gözönünde tutularak gereken cezanın saptanması, yasama organının yetkisi ve takdir alanı içerisinde bulunmaktadır. Yasakoyucunun yetkisi içinde olan ve Anayasa'ya aykırı olmayan takdirleri Anayasa'ya uygunluk denetimi kapsamında değildir. Anayasa Mahkemesi yerindelik denetimi değil uygunluk denetimi yapar. Başka bir anlatımla, yasa kuralının Anayasa'ya aykırı olup olmadığını saptar. Yasakoyucu, ceza hukuku alanında, yasama yetkisini kullanırken, Anayasa'nın suç ve cezalar için öngördüğü temel ilkelere aykırı olmayan ve kendi takdir alanı içerisinde kalan düzenlemeler de serbesttir.

Böylece, Anayasa'ya göre, suç olarak kabul edilen eylemlere toplum yaşamındaki etkileri de gözetilerek gerekli cezaların konulması, yasama organının yetkisinde olduğundan, bu yetkiyle düzenlenen Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesinin hak ve özgürlüğü ortadan kaldıran niteliği de bulunmadığından Anayasa'da öngörülen ilkelere uymayan bir yönü yoktur. Bu nedenle itiraz yoluna başvuran mahkemenin bu hükmün Anayasa'nın 17. maddesine aykırı bulunduğuna ilişkin düşüncesi yerinde görülmemiştir.

Diğer yönden, itiraz yoluna başvuran Mahkeme, itiraz konusu Türk Ceza Yasası'nın 438. maddesindeki cezayı indirme nedeninin hukukun genel prensipleri ve adalet duygusuna da aykırı olduğunu kabul ederek bu hususu da kararında bir itiraz sebebi olarak göstermiştir.

Suç. ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını o suçun toplum yaşamında yarattığı etkiye göre takdir etmek zorunluluğu vardır. Yoksa herhangi bir suç için konulmuş olan bir ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın bu oranı belirlemede esas olamayacağı açık bir gerçektir. Kaldı ki, niteliği gözönüne alındığında, fuhşu meslek edinmiş kadınlara karşı islenen zorla ırza geçmek ve kaçırmak suçları için konulmuş olan 438. madde öbür suçlar için ceza saptayan maddelerle kıyaslanamaz.

Yasakoyucu, fuhşu kendine meslek edinen bir kadının kaçırılması ve ırzına geçilmesi ile aynı eylemin bu durumda bulunmayan kadınlara karşı yapılmasının toplum yaşamında yaratacağı farklı etkileri dikkate alarak suçtan zarar gören kişinin durumuna göre değişik cezalar verilmesini uygun görmüş ve Türk Ceza Yasası'nın itiraz konusu 438. maddesini kabul etmiştir. Bu bakımdan fuhşu meslek edinen bir kadının kaçırılması veya ırzına geçilmesinde verilecek ceza ile aynı eylemin iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda verilecek ceza kıyaslanarak bu hükümlerde eylem ile ceza arasında Anayasa'ya olduğu gibi hukukun genel ilkelerine ve adalet duygusuna aykırılık olduğu yolunda ileri sürülen görüş de yerinde bulunmamıştır.

IV- SONUÇ:

1.3.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Mahmut C. CUHRUK, Yekta Güngör ÖZDEN, Necdet DARICIOĞLU ve Servet TÜZÜN'ün karşıoyuları ve oyçokluğuyla,

12.1.1989 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Mahmut C. CUHRUK	Yekta Güngör ÖZDEN	Necdet DARICIOĞLU
Üye	Üye	Üye
Muammer TURAN	Mehmet ÇINARLI	Servet TÜZÜN
Üye	Üye	Üye
Mustafa ŞAHİN	İhsan PEKEL	Selçuk TÜZÜN

Esas Sayısı: 1988/4
Karar Sayısı: 1989/3

Üye

Ahmet N. SEZER

Üye

Erol CANSER

KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı: 1988/4

Karar Sayısı : 1989/3

"Irza geçmek" ve "kaçırmak" suçlarının "Fuhşu kendine meslek edinmiş olan bir kadın hakkında işlemiş olması halini kanuni bir indirim nedeni sayan iptali istenilen hüküm, insan hakları, insanlık onuru ve yasa önünde eşitlik ilkelerini ağır biçimde zedeleyen bir içeriğe sahip olması nedeniyle iptali gerekir. Çoğunluğun aksi doğrultuda oluşan görüşlerine bu nedenlerle karşıyım.

Başkan

Mahmut C. CUHRUK

KARŞIOY GEREKÇESİ

Esas Sayısı : 1988/4

Karar Sayısı : 1989/3

Türk Ceza Yasası'nın ikinci Kitap Sekizinci Babı'nın "Geçen Fasıllar Arasında Müsterek Hükümler" başlıklı Dördüncü Fasil'inde yer alan madde, 1889 İtalyan Ceza Yasası'nın 350. maddesinden uygulama alanını daraltacak ayrılıklarla alınmış olup, ortak kurallardan gösterilmesine karşın, içeriğinde yalnız "ırza geçmek" ve "kaçırmak" eylemlerinden söz edildiği için "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler" başlıklı Sekizinci Bab'taki tüm suçları kapsamamaktadır. Niteliği böylece açıklanan, suçlunun tutumuna, zarar görenin istek durumuna göre değişik yargı kararlarına neden olan maddenin başlıca öğeleri, fuhşu kendine meslek edinme ve bir kadına karşı işlenmiş olmasıdır. Fuhşu meslek edinmiş bir kadının ırzına geçene ya da böyle bir kadını kaçırana, ırza geçmeye ve kaçırmaya ilişkin maddelerde yazılı cezanın üçte ikisine kadarının indirilerek, başka bir anlatımla, üçte birinin verilmesini öngörmektedir. Bu eylemlerin belli kimselere karşı işlenmesinde cezanın indirilmesini bildiren genel bir kuraldır. Suçlunun nedeni-güdüğü (saik) ve amacı -ereği (kastı) ne bağlı olmaksızın salt suçtan zarar görenin durumu (özelligi, niteliği, konumu da denilebilir) gözetilerek cezanın indirilmesinin örneği sayılabilir.

1-Alıkoyma, zorla kaçırma ve ırza geçme sonucu ölüme neden olmada ayrı uygulamalara gidilebilmesinden, zarar görenin durumunu suçlu için haklı neden saydırmaya kadar uzanan özelliği ve daha hafif nitelikteki ırz ve namusu tasaddi ya da sarkıntılık suçlarında indirimle gidilmemesiyle dengesizlik kaynağı olarak tartışılan dava konusu madde, 439. maddenin uygulama alanının darlığı yüzünden önem kazanmaktadır.

Suçun topluma ve kişilere verdiği zararın ağırlığıyla belirlenen cezanın artırılması ya da indirilmesi, özel ya da genel kurallarla yapılır. Bu uygulamada, zarar görenlerin görev ve yetkilerine dayanan sıfatları, suçluya yakınlıkları, kimi ilişkileri de gözetilir. Ancak, kaçırma ya da ırza geçme eylemlerinin fuhşu meslek edinen kadınlara karşı işlenmesinde, bu kadınların iffetli kadınlara göre daha az zarar gördüklerinin varsayılması günümüz ortamında benimsenebilecek bir görüş değildir. Bu varsayıma dayanılarak cezada indirim yapılması kadının insanlık yönünden derecelendirilmesi, varlığının yadsınması, değerinin ve saygınlığının özel durumu nedeniyle küçümsenerek yasa önünde olumsuz bir ayrıcalığa bağlı tutulmasıdır. Ahlâk yönünden, iyi tanınmayan bir kadına karşı suç işleyene verilen cezanın indirilmemesinin, iyi ahlâklı kadınlara zarar vereceğini, bunları üzeceğini ya da iyi ve kötü ahlâklı kadınları eşdeğer kılacağını düşünmek uygun bir tutum değildir. Kaldıkı, ırza geçmek ya da zorla kaçırma eylemleri yaralanma ya da ölümle sonuçlandığı olaylarda, saldırıya uğrayan iffetsiz kadınların daha az zarar gördükleri gerekçesi, geçersiz kalmaktadır. Suç, öldürmek amacıyla değil ırza geçmek ve zorla kaçırma amacıyla da işlenmiş olsa, sonuç yaralanma ya da ölüm olunca, artık fuhşu meslek edinen kadının daha az zarar gördüğünü savunmak olanaksızdır. Ölümle sonuçlanan ırza geçmek ya da zorla kaçırma eylemlerinde 438. maddenin uygulanmayacağı görüşü Türk Ceza Yasası'nın 418. ve 439. maddelerinin öngördüğü ölüm cezasının, 438. madde uyarınca üçte birine kadar indirilmesinin olanaksız bulunduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Madde, belirtilen suçların belli kimselere karşı işlenmesi durumunda ceza indirimini gerektirmektedir. Uygulanmasının nasıl olacağının belirtilmemesi yüzünden yasal bir hafifletici nedenden sanığınyararlandırılmasını engelleyen bir yorum Anayasa'nın 38. maddesiyle güvenceye alınmış "Kanunsuz ceza olmaz" ilkesiyle bağdaşmaz. Belli eylemleri işleyenlerin, yasal hafifletici nedenlerden yararlanmamaları isteniyorsa bunun açıkça belirtilmesi, değinilen anayasal ilkenin gereğidir. 418. ve 439. maddeler kapsamına giren ve tek suç oluşturduğu Yargıtay'ca da kabul edilen ırza geçmek ve zorla kaçırma eylemlerine 438. maddenin öngördüğü indirimin uygulanmayacağına ilişkin bir kural da bulunmamaktadır.

Ölüm cezasının çevrileceği cezanın iptali istenilen kuralda belirtilmemesi, 9.7.1953 günlü, 6123 sayılı Yasa ile, 418. ve 439. maddelerin öngördüğü 15 yıldan az olmamak üzere ağır hapis cezasının, ölüm cezasına dönüştürülmesinin bir sonucudur. Benzer durum, 439.ve 433. maddelerin birlikte uygulanmasını gerektiren olaylar için de söz konusudur. Öte yandan, fuhşu meslek edinen bir kadına zorla saldırıya kalkışarak toplum için oluşturduğu tehlikeyi ortaya koyan bir kimseyi ceza indiriminden yararlandırmakla, benimsenen ahlaksal değer yargılarını zedeleyen bir kurala, Federal Almanya Ceza Yasası'nın 177 / 2. maddesinin öngördüğü dolaylı uygulama ayırık tutulursa, Avrupa ülkeleri ceza yasalarında rastlanmamaktadır.

Anayasa'nın 17. maddesindeki yaşama hakkına, hiçbir ayırım yapılmaksızın, herkes sahiptir. Kişinin temel hak ve özgürlüklerini adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmak, Anayasa'nın 5. maddesi gereğince devletin temel amaç ve görevlerindendir. Temel hak ve özgürlüklerin en önemlisi, en kutsal olan yaşama hakkını tüm yurttaşlar için korumak, bu konuda her ayırmadan kaçınmak devletin başta gelen yükümlülüğüdür. Yaşama hakkını korumanın en uygun aracı, bu hakka yönelik saldırıların etkili ceza yaptırımlarına bağlanmasıdır. Ceza indirimi için haklı bir neden bulunmadığına göre, fuhşu meslek edinmiş olanların yaşama haklarına yönelik saldırılar da her yurttaşinkine olduğu ölçüde cezalandırılmalıydı. Üstelik, durumları gereği bu kadınların böyle tehlikelerle karşılaşmaları olasılığı daha büyüktür. Yaralanma ya da ölümle sonuçlansın-sonuçlanmasın fuhşu meslek edinenlerin kaçırılmalarında uygulanan 438. madde yanında 439. maddenin uygulanması için fuhşun meslek edinilip edinilmemesi koşulu aranmamaktadır. Uygulama özellikleri üzerinde durularak varılacak sonuç, karşıoyumuzu doğrulayacaktır.

Ceza hukukunda, suç ile ceza arasında eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacak ölçüdeki adaletsizlikler Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Yasakoyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine uymak koşuluyla suç ve cezayı belirleyebilir. Bu belirlemeler Anayasa'nın ilgili, özel kuralına olduğu gibi öbür kurallarına da uygun olmak zorunluğundadır. Özel kurala uygun olup bir başka kurala aykırı olmak, kaçınılması gereken bir sakıncadır. Zarar görenle birlikte hükümlünün de durumunu gözetmek, ceza yaptırımının insan onuruna uygunluğuna özen göstermek gerekir. Temel hak ve özgürlüklerden yasalarla belirlenen sınırlamalarla hükümlüler de yararlanır, özgürlüğü bağlayıcı cezaları temel hak ve özgürlüklerden soyutlayarak Anayasa'nın özel hükümlerine uyması koşuluyla genel hükümlerine, öbür maddelerine aykırı olabileceği görüşü Anayasa'nın üstünlüğü ilkesiyle bağdaşamaz. Bu durumda Anayasa'nın 17. maddesine aykırılık, başlıca iptal nedenidir.

2- Anayasa'dan yıllarca önce yürürlüğe konulmuş bir kuralın Anayasa'ya uygunluğunun tartışılabilirliği doğaldır. Anayasa Mahkemesi, sınırlı iptal başvurularını incelerken, antidemokratik kuralları ayıklamak için yorum yöntemlerini kullanmayı, çağdaş ölçütleri gözetmeyi olanak saymalıdır. Bir mahkemenin değindiği konu, ülkenin gündeminde önemli bir sorun olduğunun kanıtıdır. Kendi durumundan dolayı değil, başkasının durumundan dolayı indirimden yararlandırmak ters bir uygulamadır. Devletin tüm yurttaşlarını hukuksal koruma görevinde azaltma, derecelendirme anlamındaki yaptırım ayrılığı ölçü bozukluğu niteliğindedir. Zarar görenin ahlaksal durumuna göre ceza oram suçun bir insana, bir kişiye yönelik olduğunun önemsenmemesidir. Yaş, görev durumu gibi suçlu ve zarar gören için yasal haklı nedenlerin dışındaki bu ölçü, iffetli-iffetsiz kadın ayırımı "cinsiyet" esasına dayanıldığını açıklamaktadır. Bu durum, yurttaşların varlığına ve esenliğine, herkes için eşit biçimde değer verilmediğini, fuhşu meslek edinenlerin ikinci sınıf yurttaş yerine konulduğunu gösterdiği gibi bunlara karşı suç işleyene hak verdiren bir düşünceyi de yansıtmaktadır. Önemli olan suçları

azaltmaktır. Bu tür uygulama ise suçu artırıcıdır. Fuhşu meslek edinmeyen bir kadına saldırı yerine, fuhşu meslek edinen üç kadına saldırıyı yeğleyen eski kural, Ceza Yasası'nın günümüze yakışmayan maddelerinden biridir. Fuhşu meslek edinsin edinmesin, hepsi bir kadındır, bir insandır, devlet için hepsi birer yurttaşdır. Değişen düşünceler, koşullar ve çağdaş gerekler nedeniyle artık böyle bir kural, tarihimizde, ulusal ve özel yaşamımızda büyük bir yeri ve değeri olan, toplumumuzu tümleyip güçlendiren, yurttaş ve insan olarak asla erkeklerimizden ayrı tutulmaması gereken saygın kadınlarımızı aşağılayıcı içeriktedir. Bu anlayış sürdürülürse, başka başka nedenlerle yurttaşlar, kadınlar ve erkekler arasında ayrımlar yapılır, iyi durumda sayılmayanlara karşı işlenen suçlar hoşgörüyü karşılanırsa toplumsal denge bozulur. Kişisel görüşümün bu açıklanışı, fuhşu, onu meslek edinmeyi, geçim aracı yapmayı uygun bulmak değildir. Toplumun ve devletin üzerine düşenleri yapması, aralarında ruhsal rahatsızlıklarla bu yola düşenlerin de bulunduğunu kabul ederek, hepsinin özel olarak korunması beklenirken, suça özendirici, kışkırtıcı neden niteliğindeki kuralı korumak, düşündürücü olmalıdır. Devletin yapısı, çağdaş tanımı, işlevleri gözetilince alışkanlıkları, eski yargıları anımsatan kuralları kaldırmakta duraksamamak gerekir.

Ceza hukukunda önemli olan, eylemin niteliği, suçlunun durumu ve bunlara uygun cezanın belirlenmesidir. Zarar görenin suçluya karşı olmayan, onunla ilgili bulunmayan durumunun suçlu için haklı neden niteliğinde gözetilmesi cezaların kişiselliği ilkesinin değişik biçimde çiğnenmesi de sayılabilir. Eylemin yönelik olduğu kişinin durumuyla suçlunun durumunu karıştıran, başkasının eyleminden dolayı cezalandırılmak nasıl aykırı ise, başkasının durumundan dolayı cezalandırmamak ya da az cezalandırmak da öylesine aykırıdır. Kaldığı, eylemin yönelik olduğu kişinin yaşlı-genç, güzel-çirkin, erkek-kadın ayrımı nasıl doğru değilse kadınlar arasında ayırım da doğru değildir. Suç olan eylemin yönelik olduğu kişinin farklı olması farklı uygulamayı gerektirmez. Özel durumlarda ağırlaştırma, indirimde her zaman geçerli sayılmaz.

Yasal güvenceler genel ve süreklidir. Bir insana karşı işlenen suçu, onun insanlığını bir yana bırakıp cinsel güdülerine, yatkınlıklarına, dayanıksızlıklarına, güçsüzlüklerine, zayıflıklarına, zorunluk ve hastalıklarına göre değerlendirmek, suçlu dışındaki nedenle suçluyu yargılamaktır. Bu uygulama namuslu kadını korumak, ona karşı haksızlığı gidermek olmaz, indirimsiz uygulama da, fuhşu meslek edinene karşı suç işleyene az ceza verilmekle doğrulanmaz ve yücelmez. O zaten saygın ve yücedir. Dolaylı biçimde doğrulanmaya gereksinimi yoktur. İndirimsiz uygulama kadınlar arasında eşitsizlik yaratmaz. İnsan ögesi, kadın cinsi ve eylem türü birdir. Seçkin, üstün, kalıcı, çağdaş ve hukuksal ölçü "insanlık"tır. Fuhşu için, fuhşu sırasında işlendiği suç için kadına ceza verilmesinde bir aykırılık yoktur. Kaldığı, kimi Avrupa ülkelerinde küçüklere fuhşu yaptıran, zorla fuhşa sürükleyen, kadınları pazarlayıp çalıştırarak onları geçim aracı olarak kullananlar dışında isteğiyle ilişkide bulunanlar hakkında yaptırım uygulanmamaktadır. Fuhşu nedeniyle saldırganın cezasını indirmek bu yoldaki kadınları yasayla da yıkmak anlamındadır. Onların kendi sakıncalı eylemlerinin yaptırımlarını gözden geçirmek yerine onlara karşı işlenen suçların cezasını indirmek tersine gidiştir. İndirme nedeni, suçlunun kişisel durumu ve suçunun niteliği yönünden gözetilmelidir. Günümüzde eşlerin cinsel ilişkiye zorlaması bile uygun karşılanmazken kimi kadınlara (fuhşu meslek edinenlere) karşı saldırıda indirim uygulaması ilkel kaçan bir görünüm vermektedir. Bu, kimi kadınlara yönelik kimi suçların yasayla yerinde görülmesi anlamında bir çelişkinin somutlaşmasıdır. Mahkememizin, Medenî Yasa'nın 310/2. ve 443 / 1. maddelerinin iptal kararlarındaki gerekçelerle de uyuşmamaktadır.

Cumhuriyetle birlikte süregelen, kadın hak ve özgürlükleri konularında yapılan düzenlemeler, Birleşmiş Milletler'in "Dünya Kadınlar Günü" kararı ve yasalarımız genelindeki

Esas Sayısı: 1988/4
Karar Sayısı: 1989/3

uygar kurallar karşısında dava konusu kural kötü bir ayrılık olarak kalacaktır. Kadınlarımız buna lâıyk değildir. Kadın-erkek eşitliği her alanda gerçekleştirilirken bu ayrık kural içtenlik-sizlik belirtisi gösterilecektir. Kadınları kendi aralarında böyle bir ayrıma bağılı kılan, kadın gerçeğini gözardı eden, çağdışı değerlendiren kural, hukukumuz için gönendirici değildir. Aynı durumu Anayasa'nın 10. maddesinin cinsiyet nedeniyle ayırım gözetilmeyeceğı ilkesine de aykırıdır, istem kabul edilerek madde iptal olunmalıydı.

Açıklanan nedenlerle karara karşıoy kullanıyorum.

Başkanvekili

Yekta Güngör ÖZDEN

KARŞIOY YAZISI

Esas Sayısı: 1988/4

Karar Sayısı: 1989/3

1- Anayasa'ya aykırı olduğı savıyla iptali istenen Türk Ceza Kanunu'nün 438. maddesi; "ırza geçmek" ve "kaçırmak" suçlarının "fuhşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında" işlenmesi durumunda, yasada öngörülen cezaların üçte ikisine kadarının indirileceğini hükme bağlamaktadır.

Cezayı azaltıcı özel bir nedeni içeren itiraz konusu düzenleme, suçtan zarar gören kişinin sıfatına ve doğrudan şahsına bağılı etkenler nedeniyle cezanın indirilmesinin ender örneklerinden birini oluşturmaktadır.

Batı mevzuatında oldukça eski bir geçmişı bulunan bu hüküm, ırza geçmek suçunun ancak namuslu kadınlar aleyhinde işlenebileceğı; fuhşu kendilerine meslek edinen kadınların bu eylemi ticarî bir iş saymış olmalarından dolayı, bunların cinsel özgürlüklerinin namuslu kadınların cinsel özgürlükleri ölçüsünde ihlal edilmiş sayılamayacağı, failin, ücret karşılığında elde edilebileceğı bir şeye zorla sahip çıkmasında sadece sınırlı bir vahamet görülebileceğı doğrultusundaki görüşlerden kaynaklanmaktadır.

Cinsel özgürlükten yararlanma ve bu özgürlüğün korunması bakımından bireyler arasında fark yaratılamayacağı, bunu özellikle yasaların yapamayacağı, tersine düzenleme ve

uygulamaların bu nedenle hukuki esas ve dayanaktan yoksun kalacağı da aynı dönemlerde söylenmiş, savunulmuştur.

Zaman içinde temel hak ve özgürlükler konusunda gözlenen olumlu gelişmeler, insan haklarının hukuksal güvence altına alınması zorunluluğu, tüm insanların özgür, onurlu ve haklar yönünden eşit ve ayrıcalıksız konumları; fahişelere yöneltilen söz konusu tecavüzlerin hoşgörü ile karşılanmasını kesinlikle engellemekte, bu yoldaki düzenlemeleri, anayasal ilke ve kurallar ve modern ceza hukukunun bu günkü doğrultusuyla bağdaştırmayı olanaksızlaştırmaktadır.

Her kadın gibi, fuhşu kendilerine meslek edinen kadınların da, yasalar önünde eşit korunma hakkına sahip kılınmaları ve temel haklar güvencesinde eşit olarak yararlandırılmaları kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu halde, salt bu sıfatları gözönünde tutulmak suretiyle, uygar düşünce ve değerlendirmelerin ürünü mesabesindeki bu hak ve güvenceden kısmen yoksun bırakılmaları; öte yandan, bunlara karşı ırza geçmek ya da kaçırmak suçlarını pervasızca işleyenlerin korunmaları "toplumun huzuru", "adalet anlayışı", "insan, haklarına saygı" ve "yasa önünde eşitlik" kavramlarının içerik ve özüne bütünüyle ters düşmektedir.

"Adabı Umumiye" aleyhindeki ırza geçmek ve kaçırmak suçlarını işleyenleri, failin kişiliği ve işlenen suçun maddi ögesini oluşturan eylem dışında kalan bir sebebe dayanarak açıkça koruyan bir düzenlemeye; mütecavize karşı direnmiş, tutum ve davranışlarıyla suçun işlenmesini kolaylaştırmamış, hatta olabildiğince zorlaştırmış mağdurelerin sıfat ve kötü şöhretleri dayanak yapılamaz. Bu nitelikteki bir hükmün kamu yararıyla, yukarıda değinilen temel kavramlar ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşacağı da söylenemez. Kaldı ki, Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesinin uygulanması, failin, ırzına geçilen ya da kaçırılan kimsenin fuhşu kendine meslek edinen bir kadın olduğunu bilmesine de bağlı değildir. Bakire yahut iffetli sanılan mağdurenin fuhuş yaptığıının anlaşılması durumunda, mütecavizin yasal indirimden yararlandırılması gerekecektir.

Cezanın ferdileştirilmesi ilkesini oluşturan öğelerle de uyum içinde bulunmayan bu kural, insan hak ve özgürlüklerinden, eşit korunma ve hukuksal güvenceden mutlak surette yararlandırılmaları gereken fahişelerin, kendi toplumlarından dışlanmalarını sergileyen anlamsız ve acımasız bir örnektir.

Geçirdiği iffetsiz yaşamın, böyle bir kadına karşı yapılacak tecavüzleri meşru kılmayacağına kuşku bulunmamaktadır. Öte yandan, fuhşu kendine meslek edinen bir kadının salt bu sıfatı, onun kendi vücuduna tasarruf yetkisini de ortadan kaldırmayacak, azaltmayacaktır. Bu bakımdan, sıfatlarına ve kötü şöhretlerine bakılmaksızın, fahişelerin de insan oldukları, insanlık ailesinin tüm üyelerine doğuştan tanınan kişi haysiyet ve onuruyla donatıldıkları gerçeğinden hareket edilmesi ve konuya salt bu açıdan bilinçle yaklaşılması zorunludur.

Toplumsal ve ekonomik koşulların ağır baskısı ve dayanılmaz zorlaması sonucunda genç kızlığını, hatta çocukluğunu yasayamadan kaderin ağına düşmüş, kaçınılması olanaksız kimi nedenlerle fahişelik batağına saplanmış nice bahtsızların alınlarına istenç ve istekleri dışında yazılan kara yazıyı silmek ve onları topluma kazandırmak ancak bu boyutlardaki bir yaklaşımla sağlanabilir. Fuhşu kendilerine meslek edinenlerin toplumsal koruma alanı dışında bırakılmaları, tersine, onların bu durumlarından, çaresizliklerinden yararlanmaya kalkışanların önemli ölçüde korunmaları, ırza geçmek ve kaçırmak suçlarını işleyerek cinsel arzularını bu yoldan tatmin etmek isteyenlere cesaret ve cüret kazandıracaktır. Devletin önde gelen görevi,

bu tür saldırıları adeta özendirecek ve kolaylaştıracak nitelikteki düzenlemenin uygulama alanından sür'atle kaldırılması olmalıdır.

Birleşmiş Milletler Örgütü bünyesindeki "Kadının Statüsü Komisyonu" tarafından hazırlanarak Örgüt Genel Kurulunca kabul edilen "Kadınlara Karşı Yapılan Ayrımların Giderilmesi Hakkında Bildirge" metni, fahişeliğin sömürülmesini ve kadının ticaret konusu yapılmasını engelleyecek önlemleri de içermekte; "Fahişeliğin Sömürülmesinin Önlenmesi Sözleşmesi"yle de aynı amaca yönelik ilke ve standartlar tek metin halinde bir araya getirilmiş bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler'in kadın konusuyla ilgili çalışmalarında önemli bir merhale teşkil eden bu olgu ve Adalet Bakanlığınca oluşturulan Komisyon tarafından hazırlanan Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısı'nda, inceleme konusu 438. madde paralelinde bir hükme yer verilmemesi, yukarıda açıklanan görüş ve düşüncelerin geçerliliğini pekiştiren olumlu gelişmeler arasında sayılabilir.

Özetlemek gerekirse, itiraz yoluna başvuran Mahkemece de ifade edildiği üzere, "herkes" için geçerli yasa önünde eşitlik ilkesi bir hak ve güvence olarak, fuhşu kendine meslek edinen kadınlardan elbette esirgenemez. Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesinde yer alan suçlardan zarar görenlerin, iffetli ya da iffetsiz, namuslu yahut fahişe ayrımının ötesinde, kişisel özgürlüklerinin, cinsel hak ve hukuksal güvenliklerinin ihlâl edildiğinde kuşku yoktur. Fuhşu kendine meslek edinen kadınların ötekilerden daha az himayeye lâyık görülmeleri ve bunlara karşı belirli suçları işleyenlerin büyük oranda mazur sayılmaları, hem mağdurların hak ve özgürlüklerinin korunması, hem de sanıkların cezalandırılması bakımından yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı düşecek, böylece "toplumun huzuru", "adalet anlayışı" ve "insan haklarına saygı" kavramları da zedelenmiş olacaktır.

2- Cebren ırza geçme suçuyla ilgili kimi kuralları içeren. Türk Ceza Kanunu'nun 414. ve 416. maddelerinde cinsiyet ayrımı yapılmaksızın "bir küçük", "bir kimse" ibareleri kullanıldığına; ikinci Kitabın Sekizinci Babı'nın "Kız ve Kadın ve Erkek Kaçırma" başlıklı ikinci Faslı'nın 429. maddesinde kadın kaçırmaktan söz edilirken 430. maddesinde "reşit olmayan bir kimseyi" ibaresi kullanılmak suretiyle genel olarak kız, kadın ve erkek kaçırmaları kurala bağlandığına, 434. maddesinde de "kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın" denilerek "kız", "kadın" ve "erkek" sözcüklerinin özel anlamlarla kullanıldığı vurgulandığına; 438. maddesinde ise "kadın" denilmekle yetinildiğine göre, suçun, örneğin bünyesel nedenlerle bakire kalan bir fahişe ya da fuhuş alanında kadınmış gibi faaliyet gösteren transoseksüel yahut eşcinsel bir erkeğe karşı işlenmesi durumunda, fuhşu kendine meslek edinen "kadın"dan söz edilememesi, dolayısıyla itiraz konusu kuralın sanık hakkında uygulanmaması gerekecek, bu da anayasal ilke ve kurallar, özellikle toplumun huzuru ve adalet anlayışı bakımından bir takım olumsuz sonuçların doğmasına neden olacaktır.

Aynı doğrultudaki olumsuz sonuçların "alıkoyma", "sarkıntılık", "ırz ve namusa tasaddi" suçları yönünden de gerçekleşmesi mümkündür. Keza, ölümle ya da yaralanmayla sonuçlanan ırza geçme ve kaçırma eylemlerinde Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesinin 418. yahut 439. maddiyle birlikte uygulanmasının da sorunlu sonuçlar doğuracağı düşünülmelidir.

Irza geçme ve kaçırma suçlarıyla sıkı bağlantıları gözönünde tutularak, zorla alıkoyma ve ırza tasaddi eylemlerinin mağdurenin ölümüne ya da yaralanmasına neden olduğu durumlarda, yorum ve uygulama açısından karşılaşılabilecek güçlüklerin de, örneğin, ırza geçme eyleminin ölümüne neden olması halinde 418. ve 438. maddelerin birlikte uygulanması sonucu failin idamdan kurtulacağına, öte yandan, daha hafif bir suç olmasına karşın ırza tasaddi nedeniyle mağdurun ölümüne neden olan suç failinin 438. maddeden

yararlanamayacağını da gözden uzak tutulmaması gerekir. Keza, 15 yaşını bitiren fuhşu kendine meslek edinmiş bir kadının cebir ve şiddet ya da tehdit kullanarak ırzına geçen kimseye 438. maddenin uygulanmasıyla ırz ve namusa tasaddi suçunun failine nazaran daha az ceza verilebilecektir. Benzer nitelikteki örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bu durumda, 438. maddenin yalnız ya da ilgili öteki maddelerle birlikte uygulanmasının yarattığı dengesiz sonuçların anayasal ilke ve kurallar açısından önem taşımadığı iddia edilemez.

Yine, ırza geçme ya da kaçırma eylemlerinin fuhşu kendine meslek edinen kadınlara karşı işlenmesi durumunda hükmedilecek cezanın 438. madde uyarınca indirilmesinin, bu kimselerin iffetli kadınlara oranla eylemden daha az zarar gördükleri varsayımına dayandırılması, ırza geçme yahut zorla kaçırma eylemlerinin ölümle sonuçlandığı olaylarda bu gerekçeyi geçersiz kılmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin en önemlisi olan yaşama hakkının, hiç bir ayırım gözetilmeksizin herkes için eşit olarak korunması Anayasal bir zorunluluktur. Bu zorunluluk, ölümle sonuçlanan olaylarda, fahişe aleyhine maalesef ağır ve giderilemeyecek biçimde ihmal edilmiş olmaktadır.

Bir hakkı korumanın en etkili aracı, kuşkusuz, bu hakka yönelik saldırıların, failin kişiliği ve suçun ağırlığı ile orantılı ceza yaptırımlarına bağlanmasıdır. Devlet yönünden eşit koruma görevini, birey yönünden eşit korunma hakkını ihlâl eden bir düzenleme niteliğindeki Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesi, belirtilen ilkeleri yaşama aktaran bir içerik taşımadığı gibi; cezalar arasında ya da suç ile ceza arasında eşitlik ve adalet ilkeleriyle bağdaştırılması olanaksız sonuçlara, farklı ve dengesiz uygulamalara neden olması bakımından da ceza hukuku alanındaki Ana-yasa'ya aykırı düzenlemelerin tipik örneklerinden birini oluşturmaktadır.

Kişi özgürlüğünün, kişiye dilediği gibi karar verip hareket edebilme olanağı sağlayan kurumlaşmış özgürlükler alanını kapsadığında kuşku bulunmadığına, kişinin cinse] özgürlüğü de, kişi özgürlüğü kavramının kapsamı dışında düşünölemeyeceğine göre; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın öngördüğü "temel hak ve özgürlüklerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince" yararlanma hakkından, Türk vatandaşı olarak, fahişelerin de kemâliyle yararlandırılmaları zorunluluğu tartışmasız kabul edilmelidir. Türk Ceza Kanunu'nun iptali istenen 438. maddesinin bu yönden de Anayasa'ya uygun bir düzenlemeyi sergilediği kolaylıkla savunulamaz.

Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu 438. maddesinin, Anayasa'nın, hukuk devleti ilkesine ilişkin 2., temel hak ve özgürlükleri sınırlayan engellerin kaldırılması yolunda Devlete yüklediği temel görevlerle ilgili 5., yasa önünde eşitliği ve yaşama hakkını düzenleyen 10. ve 17. maddeleriyle temel hak ve özgürlüklerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanma ilkesini vurgulayan Başlangıç hükümlerine aykırı olduğu kanısını taşıdığımızdan, yukarıda iki bölümde ayrıntılı olarak açıklanan nedenlerle, 12.1.1989 günlü çoğunluk kararına katılmamaktayız.

Üye

Necdet DARICIOĞLU

Üye

Servet TÜZÜN