

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2001/478

Karar Sayısı : 2004/38

Karar Günü : 25.3.2004

Resmi Gazete tarih/sayı: 11.11.2004/25640

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kiraz Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 1.3.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 416. maddesinin son fıkrası ve 430. maddesinin ikinci fıkrası ile bu kurallar yönünden 434. maddesinin Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 10., 12., 17., 20. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Sanık hakkında evlenmek maksadıyla reşit olmayan mağdureyi rızasıyla kaçırmak, birden fazla ırzına geçmek, kızlığını bozmak suçlarından açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu kuralları da içeren maddeleri şöyledir:

1- “Madde 416- Onbeş yaşını bitiren bir kimsenin cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçene veyahut akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolaylı fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı bu fiili işleyen kimse yedi seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

Yine bu suretle ırz ve namusa tasaddiye tazammun eden diğer bir fiil ve harekette bulunursa üç seneden beş seneye kadar hapsolunur.

Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

2- “Madde 430- Her kim cebir ve şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla reşit olmayan bir kimseyi kaçırsın veya bir yerde alıktırarak beş seneden on seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.

“Eğer reşit olmayan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar haptir.”

3- “Madde 434- Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkumlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur.

Müruruzaman haddine kadar erkek tarafından haksız olarak vukua getirilmiş bir sebeple boşanmaya hükmedilirse, takibat yenilenir. Evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektirilir.

Bu madde hükümleri 414,415 ve 416 ncı maddeler hakkında da caridir.

Evlenen maznun veya mahkum hakkında hukuku amme davasının veya cezanın tecilini müstelzim olan haller fiilde methali olanlar hakkında dava ve cezanın düşmesini müstelzimidir.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 10., 12., 17., 20. ve 41. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İctüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Aysel PEKİNER, Rüştü SÖNMEZ, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN ve Enis TUNGA'nın katılmalarıyla 20.12.2001 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle davada uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidir. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve Mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenilen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallardır.

Başvuran Mahkeme'nin bakmakta olduğu davanın konusu, sanığın reşit olmayan mağdureyi alıkoyması, onun rızasıyla cinsi münasebette bulunması ve sanıkla mağdurenin daha sonra evlenmeleri olduğundan, Türk Ceza Kanunu'nun 434. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkraları itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin davada uygulayacağı kural değildir. Bu nedenle, bu bölüme ilişkin itiraz başvurusunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine, dosyada eksiklik bulunmadığından Türk Ceza Kanunu'nun 416. maddesinin üçüncü, 430. maddesinin ikinci ve 434. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- İtiraz Konusu Kuralların Anlam ve Kapsamları

İtiraz konusu kurallar, Türk Ceza Kanunu'nun “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” başlıklı sekizinci babında düzenlenmiştir. Bunlardan “Cebren İrza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Taarruz Edenler” başlıklı birinci fasılda yer alan 416. maddenin üçüncü fıkrasında, reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunmak; “Kız ve Kadın ve Erkek Kaçırarak” başlıklı ikinci fasılda yer alan 430. maddenin ikinci fıkrasında, reşit olmayan bir kimsenin, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılması veya bir yerde alıkonulması; yaptırma bağlanmış, aynı fasıldaki 434. maddesinde de evlenme vukuunda koca hakkındaki kamu davasının ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesinin ertelenmesi ile ilgili esaslara yer verilmiştir.

1- Türk Ceza Kanunu'nun 416. Maddesinin Üçüncü Fıkrası

Reşit olmayan bir kimse ile rızası ile cinsel ilişkide bulunmak suçu; ırza geçme, ırz ve namusa tasaddi suçlarının düzenlendiği Türk Ceza Kanunu'nun 416. maddesine, 9.7.1953 günlü, 6123 sayılı Yasa ile eklenmiştir.

Genel olarak ırza geçme suçunu düzenleyen maddelerde failin cinsiyeti açıkça belirtilmemesine ve aykırı görüşlerin varlığına rağmen gerek öğreti ve gerek Yargıtay uygulamasında bu suçun failinin herhangi bir erkek kişi olabileceği kabul edilmekte ve kadınların erkeğin bu fiiline ancak asli veya fer'i fail olarak katılmasının olanaklı olduğu belirtilmektedir.

Bu suç tipinde mağdurun onbeş yaşını bitirmiş olması ve reşit bulunmaması gerekir. Maddede “bir kimse” denilmiş olduğundan suçun mağduru reşit olmayan kız veya erkek çocuklardır.

Maddede “ırza geçme” yerine “cinsi münasebet” tabiri kullanılmıştır. Bu nedenle suçun oluşabilmesi için mağdurun rızasının bulunması gerekir. Mağdurun rızası yoksa ve koşulları gerçekleşmişse maddenin ilk fıkrası uygulanacaktır.

2- Türk Ceza Kanunu'nun 430. Maddesinin İkinci Fıkrası

İtiraz konusu bu kural ile reşit olmayan kişilerin rızası ile kaçırılması veya alıkonulması eylemleri yaptırma bağlanmıştır.

Maddede fail tarif edilirken “her kim”, mağdur tarif edilirken de “bir kimseyi” denilmek suretiyle genel ifadeler kullanıldığından, her iki suç bakımından da suçun faili veya mağduru kadın veya erkek olabilir. Uygulamada, genel olarak failin erkek mağdurun da kadın olduğu gözlenmekte ise de, suçu işleyen bir erkek olabileceği gibi bir kadın da olabilir.

3- Türk Ceza Kanunu'nun 434. Maddesinin Birinci ve Üçüncü Fıkraları

Türk Ceza Kanunu'nun 434. maddesi, kaçırılan kız veya kadın ile sanık veya mahkûmlardan birisi arasında evlenmenin gerçekleşmiş olması halinde kamu davası veya

hüküm verilmiş ise cezanın ertelenmesine ilişkin kurallar içermektedir. Bu madde hükümleri TCK.nun 414., 415. ve 416. maddeleri hakkında da uygulanmaktadır.

Evlenme halinde dava veya cezanın tecili, sadece maddede yazılı suçlarla sınırlıdır. Dolayısıyla inceleme konusu olan Türk Ceza Kanunu'nun 434. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında yer alan kurallar, diğer inceleme konusu kurallar olan 416. maddenin üçüncü fıkrası ve 430. maddenin ikinci fıkrası bakımından da uygulanabilecektir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuran Mahkeme, düzenleme konusu olan suçlara ilişkin olarak yapılan yargılamalar sırasında aile mahremiyeti ve kişinin onuruna aykırı soruşturmanın yapıldığını, reşit olmasalar bile sevgin küçüklerin Medeni Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrasına göre kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları rızaya ihtiyaç olmaksızın kullanabileceklerini, buna göre bu durumda olan küçüklerin kendi özgür iradeleri ile gerçekleşen eylemler nedeniyle bir başkasına ceza verilemeyeceğini, itiraza konu Yasa maddelerinde sanığın sırf erkek olması nedeniyle cezalandırılmasının öngörülmesinin eşitlik ilkesine uygun olmadığını, bu nedenlerle itiraz konusu kuralların, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 10., 12., 17., 20. ve 41. maddelerine aykırı olduğunu belirterek iptalini istemiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasa'nın 10. maddesinde *“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî 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.”* denilmektedir. Bu kural, birbiri ile aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenlemeler getirmek eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik olmayıp hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

Ceza kanunları, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin genel durumu, sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri gözönüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre düzenlenir. Bu nedenle Yasakoyucunun, ceza politikasını, öncelikle, Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri, 5. maddesinde de temel amaç ve görevi belirtilen hukuk devletine ve anılan maddelerde yer alan adalet ilkesine uygun olarak belirlemesi gerekir. Bu bağlamda, yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Nitekim, Türk Ceza Kanunu'nun 416. maddesinin ikinci fıkrasında onbeş yaşını bitiren bir kimseye karşı cebir ve şiddet veya tehdit kullanılarak ırz ve namusuna tasaddiye yönelik bir

eylemde bulunulması yaptırma bağlanmış iken, onbeş yaşından büyük reşit olmayan kimsenin rızasıyla ona karşı yapılacak bu tür eylemler için herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir. Dolayısıyla, önemsiz görülen tasaddi eylemi bakımından küçüğün rızasına itibar edildiği halde, cinsel birleşme, kaçırma ve alıkoyma eylemlerinde itibar edilmemiştir. Bu durumda yasakoyucunun, anılan eylemleri, yalnız taraflar arasında rıza ile gerçekleşen bir olaydan ibaret görmediği, bunların toplumdaki etkilerini de dikkate alarak Anayasa'nın 41. maddesi uyarınca aileyi ve küçükleri korumak amacıyla suç olarak tanımlayıp yaptırma bağladığı, böylece bu alandaki takdir yetkisini kullanarak itiraz konusu düzenlemeleri yaptığı anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle, itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Genel olarak, suçları işleyenlerin kadın veya erkek olmasının önemi yoktur. Kural bu olmakla beraber bazı suçlar vardır ki, bunları ancak kadın işleyebilir, yine bazı suçlar bulunabilir ki, bunlar ancak bir kadına karşı işlenebilir. Demek ki kadın için fail veya mağdur olma bakımından bazı özelliklere rastlanabilmektedir. Başka bir deyişle, bazı fiillerin yaradılış veya hukuk düzeni icabı kadın tarafından işlenemeyeceği, ancak erkek tarafından işlenmesinin mümkün olduğu görülmektedir. İtiraz konusu kurallardan Türk Ceza Kanunu'nun 416. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen reşit olmayan kimsenin rızası ile cinsi münasebette bulunma suçu da bu niteliktedir. Dolayısıyla buradaki ayırım kadın ve erkek arasındaki biyolojik ve fiziksel farklılıklardan kaynaklanmaktadır.

Bu nedenle, farklı konumda bulunanlara değişik kuralların uygulanmasına ilişkin itiraz konusu kuralda Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık yoktur.

Mustafa BUMİN, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Mehmet ERTEN ve Fazıl SAĞLAM bu gerekçeye katılmamışlardır.

Kaçırma ve alıkoyma suçlarının kural olarak kadınlara, ancak reşit olmadığı takdirde erkeklere karşı işleneceği kabul edilmektedir. Zira, Türk Ceza Kanunu, 429. maddesinde “*Her kim...reşit olan veya reşit kılınan bir kadını kaçırmaya veya bir yerde alıktorsa...*” şeklinde bir ibareye yer verilirken, 430. maddede “*kadın*” deyimini yerine “*reşit olmayan kimse*” şeklinde bir ibareye yer verilmek suretiyle reşit olmayan kimsenin erkek veya kadın olması arasında fark gözetilmemiştir. Maddede fail de “her kim” olarak tanımlandığından, kaçırma ve alıkoyma suçlarında 430. maddenin uygulanması bakımından diğer koşullar da mevcutsa failin kadın olması olanaklıdır.

Bu nedenle, Türk Ceza Kanunu'nun 430. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kuralda eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun 434. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları, Türk Ceza Kanunu'nun 416. maddesinin itiraz konusu üçüncü fıkrası yönünden incelendiğinde; bu suçun niteliği itibarıyla yalnız erkekler tarafından işlenebilmesi ve dolayısıyla kadınlar hakkında uygulanma olanağı bulunmaması nedeniyle yasakoyucunun bu alandaki takdir yetkisini kullanarak evlenme halinde erkek hakkındaki kamu davasının ve hüküm verilmiş ise infazının ertelenmesine olanak sağlamasında Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık yoktur.

Mustafa BUMİN, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Mehmet ERTEN ve Fazıl SAĞLAM bu görüşe katılmamışlardır.

Türk Ceza Kanunu'nun 434. maddesinin birinci fıkrası, Türk Ceza Kanunu'nun 430. maddesinin ikinci fıkrası yönünden incelendiğinde; maddenin birinci fıkrasındaki, kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkumlardan biri arasında evlenme vukuunda **koca hakkında** kamu davasının ve hüküm verilmiş ise hükmün infazının erteleneceğine ilişkin düzenleme karşısında, failin kadın olması halinde davanın veya cezanın ertelenmesi söz konusu olamayacaktır. Oysa, kaçırma veya alıkoyma suçu erkekler tarafından olduğu gibi kadınlar tarafından da işlenebilir.

Bu durumda aynı suçu işleyen iki ayrı suç faili hakkında sırf cinsiyetlerinden dolayı ayırım yapılarak, maddede yer alan erteleme kurumundan erkek sanıkların yararlandırılmaları eşitlik ilkesine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

Konunun Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 12., 17. ve 20. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

1.3.1926 günlü, 765 sayılı “Türk Ceza Kanunu”nun:

A- 6123 sayılı Yasa ile değiştirilen 416. maddesinin üçüncü fıkrası ile 430. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 3038 sayılı Yasa ile değiştirilen 434. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının,

a) 765 sayılı Yasa'nın 416. maddesinin üçüncü fıkrası yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Mustafa BUMİN, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Mehmet ERTEN ve Fazıl SAĞLAM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b) 765 sayılı Yasa'nın 430. maddesinin ikinci fıkrası yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- Üçüncü fıkrasının, 765 sayılı Yasa'nın 416. maddesinin üçüncü fıkrası yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Mustafa BUMİN, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Mehmet ERTEN ve Fazıl SAĞLAM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

25.3.2004 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Mustafa BUMİN	Haşim KILIÇ	Sacit ADALI
Üye	Üye	Üye
Ali HÜNER	Fulya KANTARCIOĞLU	Ertuğrul ERSOY

Üye

Tülay TUĞCU

Üye

Ahmet AKYALÇIN

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

Fazıl SAĞLAM

Üye

A. Necmi ÖZLER

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, TCK'nun 416. maddesinin son fıkrası ile 430. maddesinin ikinci fıkrasının ve bu maddeler yönünden 434. maddesinin kadın,erkek eşitliğini ihlâl etmesi nedeniyle Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir” denilerek cinsiyete dayalı ayrımcılık reddedilmiş, böylece kadın, erkek eşitliğini öngören bir anlayış benimsenmiştir.

Başvuran Mahkeme, TCK'nun 416. maddesinin “Reşit olmıyan bir kimse ile rızasıyle cinsi münasebette bulunanlar fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır” biçimindeki son fıkrasının, failin erkek olmasını öngördüğünü kabul ederek eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Oysa, kural, bu tür ayırıma olanak verecek bir anlatım içermemektedir. Konuya ilişkin düzenlemenin amacı, reşit olmayan küçüklerin korunmasıdır. Bunlara sağlanmak istenen hukuksal koruma bakımından kız ya da erkek olmalarının bir önemi bulunmadığından, suçun da erkekler kadar kadınlar tarafından da işlenebileceğinin kabulü gerekir. Kural, böyle yorumlanıp uygulandığında ise, eşitlik ilkesinin ihlâl edildiğinden söz edilemez. Bu nedenle, failin ancak erkek olabileceği, dolayısıyla farklı hukuksal konumlarda bulunanlara değişik kuralların uygulanmasının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığı yolundaki çoğunluk gerekçesine katılmak olanaklı değildir.

TCK'nun 416. maddesinin son fıkrasının uygulanmasında failin kadın veya erkek olabileceğinin kabulü, bu fıkra yönünden 434. maddenin kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku amme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesinin tecil olunacağına ilişkin ilk fıkra hükmünün de eşitlik ilkesine aykırılığı sonucunu doğurmaktadır. Çünkü bu fıkra, failin erkek olmasına göre düzenlenmiş, evlenme gerçekleştiğinde kocaya tanınan haklar kadına tanınmamıştır.

Bu durumda TCK'nun 434. maddesinin, bu madde hükümlerinin 414, 415 ve 416. maddeler hakkında da cari olduğunu öngören üçüncü fıkrası aynı gerekçeyle 416. maddenin incelenen üçüncü fıkrası yönünden eşitlik ilkesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle kararın, TCK'nun 416. maddesinin son fıkrasına ilişkin gerekçesi ile 434. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının 416. maddesinin üçüncü fıkrası yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığı yolundaki görüşlere katılmıyoruz.

Başkan	Üye	Üye
Mustafa BUMİN	Fulya KANTARCIOĞLU	Tülay TUĞCU

KARŞIOY YAZISI

Türk Ceza Kanunu'nun 434. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının, aynı Kanun'un 416. maddesinin üçüncü fıkrası yönünden Anayasa'ya uygunluk denetimiyle ilgili karşıoy gerekçesi.

Türk Ceza Kanunu'nun;

434. maddesinin;

Birinci fıkrasında, “Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku âmme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur.”

Üçüncü fıkrasında ise, “Bu madde hükümleri 414, 415 ve 416 ncı maddeleri hakkında da caridir.”

416. maddesinin;

Üçüncü fıkrasında da, “Reşit olmayan bir kimse ile rızası ile cinsi münasebette bulunanlar, fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde, altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

denilmektedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 434. maddesinin üçüncü fıkrasındaki yollama uyarınca, aynı maddede yer alan ertelemeye ilişkin birinci fıkra hükmü, Türk Ceza Kanunu'nun 416. maddesinin üçüncü fıkrası yönünden de uygulanacaktır.

Yukarda açıklanan kurallar uyarınca, reşit olmayan bir kimse ile rızası ile cinsi münasebette bulunma suçunu işleyen sanığın, mağdur ile evlenmesi durumunda koca hakkındaki kamu davası ve hüküm verilmişse cezanın çektirilmesi ertelenecek, ancak aynı suçu işleyen sanığın kadın olması ve mağdur ile evlenmesi durumunda, kadın hakkındaki kamu davası ertelenmeyecek ve hüküm verilmişse cezası çektirilecektir.

Buna göre de, aynı suçu işleyen kadın ve erkek arasında kanun önünde cinsiyet farkına dayanan bir ayrımcılık yapılmaktadır.

Bu ayrımcılık ise, 434. maddenin birinci fıkrasında yer alan, “...kız veya kadın ile maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku âmme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur” şeklindeki düzenlemeden ve bu düzenlemede, kadın ve erkeğin farklı yaradılışlarının doğal sonucu olarak bu tür suçların

yalnızca erkekler tarafından işlenebileceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Oysa, 416. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen suçun maddi unsuru “Reşit olmayan bir kimse ile rızası ile cinsi münasebette bulunanlar...” şeklinde tarif edilmiştir. Bu tarifte, suç işleyen yönünden cinsiyet ayrımının yapılmamış olması, ırza yönelik kimi suçların tarifinde kullanılan “ırzına geçen”, “ırzına geçerse” gibi yalnızca erkek tarafından işlenebilen fiilleri vurguyla anlatan ibareler yerine, cinsiyet ayrımını düşündürmeyen ve karşılıklı uygun iradeyi ifade eden, “rıza ile cinsi münasebetten” söz edilmesi, anılan suçun kadınlar tarafından da işlenebileceğinin kabul edilmesini gerektirmektedir. 416. maddenin üçüncü fıkrasındaki suçun daha çok erkekler tarafından işleniyor olmasını, bir kadının, reşit olmayan bir erkeğin rızasını (cinsel ilişkiye girme yönündeki iradesini) bir şekilde elde ederek, onunla cinsi münasebette bulunmasına mani olarak görmemek ve Yargıtay uygulamalarının da zaman içinde bu paralelde değişebileceğinin imkan dahilinde olduğunu gözetmek gerekir.

Diğer yandan, bu tür suçların işlenmesiyle başlangıçta bozulan kamu düzeni sonradan yapılan evlenme ile yeniden tesis edilmiş ve yerini korunması gereken aile bütünlüğüne terk etmiştir. Erteleme müessesesi temelde aile bütünlüğünü korumak üzere tesis edildiği için, kadın ve erkek tarafından işlenebilen bu tür suçlarda cinsiyet ayrımı yapılarak farklı uygulamalara gidilmesi erteleme müessesesinin açıklanan amacına da ters düşer.

Açıklanan nedenlerle, reşit olmayan bir kimse ile rızası ile cinsi münasebette bulunma suçunda erteleme yönünden cinsiyet ayrımı yapan ve kadın-erkek arasındaki eşitliği ihlal eden Türk Ceza Kanunu'nun 434. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının 416. maddenin üçüncü fıkrası yönünden iptaline karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle reddine ilişkin çoğunluk kararına katılmadım.

Üye

Mehmet ERTEN

KARŞIOY YAZISI

Türk Ceza Kanunu'nun 416. maddesi ırza geçme ve ırz ve namusa tasaddi suçlarını düzenlemektedir. Bu maddenin 3. fıkrasında “Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunan, fiil daha ağır cezayı müstelzim bulunmadığı takdirde altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” hükmüne yer verilmek suretiyle anılan fiil de ırza geçme kapsamı içinde kabul edilmiştir.

Aynı kanunun 434. maddesinin 3. fıkrasında ise anılan maddenin 1. fıkrasında yer alan: “Kaçırılan veya alıkonulan kız veya kadın ile maznun veya mahkûmlardan biri arasında evlenme vukuunda koca hakkında hukuku âmme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çekirilmesi tecil olunur.” şeklindeki kuralın 416. madde için de geçerli olacağı belirtilmektedir.

Bu durumda 416. maddenin üçüncü fıkrasındaki suçu işleyen bir kadın olması halinde, 434. maddede yalnızca “koca hakkında hukuku âmme davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi tecil olunur.” denildiği için kadın açısından tecil söz konusu olmamakta, kadının cezasını çekmesi gerekmektedir.

Burada söz konusu olan açık eşitsizlik çoğunluk kararında 416/3. maddede öngörülen suçun yalnızca erkek tarafından işlenebileceği, dolayısıyla buradaki ayırımın kadın ve erkek arasındaki fiziksel farklılıklardan kaynaklandığı gerekçesi ile karşılanmaya çalışılmıştır.

Bu yorum uygulamada yaygın olan anlayışı yansıtsa bile, maddenin lafzı ile bağdaşmamaktadır. Çünkü 416. maddenin üçüncü fıkrasında suçun maddi unsuru “Reşit olmıyan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunma” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda suçun faili olarak cinsiyet ayırımı yapılmamıştır. Oysa T.C.K.'nın 434/1. maddesinin 430/2. madde yönünden iptaline oybirliği ile karar verilirken, 430/2. maddede “**reşit olmayan bir kimse**”nin kaçırılmasından söz edildiği, bu nedenle failin hem erkek ve hem de kadın olabileceği, buna karşılık tecil kuralının yalnızca erkek faile uygulanabileceği, bunun salt cinsiyetten ötürü ayırım anlamına geleceği gerekçesine dayanılmıştır. 416. maddede de cinsiyet ayırımı yapılmaksızın “Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette **bulunan**” denildiği halde, bu madde yönünden 434/1. maddeyi eşitlik ilkesine aykırı görmemek açık bir çelişkidir.

Bu fiilin yalnızca bir erkek tarafından işlenebileceği varsayımı ise, bilimsel bir kanıta dayanmamakta, erkek-egemen bir dünya görüşünü ve toplum yaşamında yaygın olan olguyu yansıtmaktadır. Oysa anılan fiilin kadın tarafından işlenmesi çok istisnai bir durum olarak kabul edilse bile, kadının mağdurla evlenmesi halinde tecil kuralının ona uygulanmayacak olması, eşitlik ilkesinin ihlali için yeterli sayılmak gerekir.

Kaldı ki çoğunluk kararında da belirtildiği gibi burada öngörülen suç, küçüğün ve dolayısıyla onun sorumluluğunu üstlenmiş bulunan ailenin korunması amacına yöneliktir. Burada korunan temel değer, belli bir yaştan altındakileri korumak olduğuna göre, küçüğün korunma gereksinimi reşit olmayan kadın kadar reşit olmayan erkek için de geçerlidir.

İtiraza konu olan olayda fail ve mağdur sıfatını taşıyanların yaşlarının 18 yaştan altında olması ve mağdur olduğu varsayılan kadının ifadesinde, sanığı kaçırma eylemine zorlayanın aslında kendisi olduğunu, cinsel ilişkiyi de kendi isteği ile gerçekleştirdiğini açıkça belirtmesi, uygulamada yaygın görüşün yanlışlığını gösteren çarpıcı bir örnektir.

Öte yandan ırza geçme suçlarında failin mağdurla evlenmesi halinde kamu davasının ya da cezanın çektirilmesinin ertelenmesinde erkek ve kadın ayırımının kaldırılması, anılan maddenin genel kapsamı açısından anayasaya aykırılık sorununu tek başına çözmeye yeterli değildir. Ancak bu davada uygulanacak norm nedeniyle incelemenin yalnızca “Reşit olmayan bir kimse ile rızasıyla cinsi münasebette bulunma” ve “reşit olmıyan kimseyi kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırma veya alıkoyma” fiilleri ile sınırlı kalması, bu suçların maddi tanımlarında cebir ve şiddetin yer almaması, aksine “**rıza**” unsuruna ağırlık verilmiş olması, anayasal sorunun çözümü açısından 434. maddede kadın erkek eşitliğinin sağlanmasını 416/3 ve 430/2. maddeler yönünden yeterli kılmaktadır.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle Türk Ceza Kanunu'nun 434. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarının 416. maddenin üçüncü fıkrası yönünden de iptali gerekirken, çoğunluk tarafından aksi yönde verilmiş bulunan karara katılmıyorum.

Esas Sayısı : 2001/478
Karar Sayısı : 2004/38

Üye

Fazıl SAĞLAM