

" ...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Mahkeme'nin başvuru kararındaki gerekçesi şöyledir :

"Mahkememiz yaptığı incelemede TCK'nun 441. maddesinde kocanın zinasını düzenleyen suç, bu suça iştirak eden kadın ile sadece cinsel ilişkide bulunmayı yeterli görmeyip karısı ile birlikte ikamet ettiği veya herkesçe bilinecek başka bir yerde karı koca gibi geçinmek için birlikte yani bir arada bulunmayı şart koştuğu halde yine TCK'nun 8. babı'nın 5. faslında bulunan ve kadının zinasını düzenleyen TCK'nun 440. maddesinde aynı konuda bulunan ve zina suçu işleyen kadın eş hakkında ise başka bir erkekle bir kez cinsel ilişkide bulunmayı yeterli görüp bu suç için kadın sanıklar mahkum edilmektedirler.

TCK'nun 8. babı adabı umumiye ve aile nizamı aleyhindeki cürümlerden müteşekkildir. Aile nizamı Türk Medeni Kanununda, ceza uygulamasında ve sosyal hayatımızda kadın ve erkek açısından aynı ölçüde korumaya değer kavramlardır. Evlilik birliğinde sadakatte kadın ve erkek aynı ölçüde yükümlüdürler. Evlenmek ile karı ve koca sıfatını alan eşleri bu müessese içinde sadakat açısından farklı konumlarda görmek mümkün değildir.

TCK'nun uygulamasında, Anayasamızda herkes dil, din, ırk, mezhep ve özellikle cinsiyet yönünden kanunlar önünde eşittir, buna rağmen zina suçu açısından sanık konumunda olan erkek'in suçun unsurlarının oluşmasında sanıklara göre daha ayrıcalıklı ve daha korunulan konumda bulunması Anayasamızın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu durum ve tipik fiilin bu şekilde cezaya bağlanması, ceza normu açısından da doğru değildir. Alman Ceza Kanununun 172. ve İsviçre Ceza Kanununun 214. maddelerinde karı ve kocanın zina suçunun unsurları açısından eşitlik ilkesini benimsemiş olması TCK'nun da düzenlenen zina suçlarının mevcut hali ile mukayeseli hukukta tasvip göremeyeceğinin açıkça delilidir.

TCK'nun 438. maddesinin değiştirilmesi gerekçelerini iptali istenen TCK'nun 441. maddesi açısından da geçerli buluyoruz.

Kocanın, karısına göre cinsel arzusuna kapılmış olsa dahi hayat arkadaşına karşı saygı ve sevgisini devam ettirebileceğini, kadının ise böyle bir zina halinde kocasına olan bağlılığını kolayca koparabileceğini düşünmek bizce mümkün değildir. Aksini gerekçe yapan Yüksek Mahkeme kararlarına da katılmıyoruz, ayrıca bu durumu eşitlik ilkesi ile bağdaştırmak kolay değildir.

Kadının evlilik birliğine girip karı vasfını alması ile erkeğin evlilik birliği içinde koca vasfını almasını Ceza Kanunu açısından farklı konularda değerlendirmek doğru değildir ve eşitlik ilkesine aykırıdır.

Bu gerekçelerle iddia makamının talebi ciddi bulunmuş ve eyleme göre olmayıp suç işleyen sanıkların cinsiyetine göre suçun unsurları düzenlenmiş olmasını da kanun tekniği ceza normu özellikleri ve eşitlik ilkesine aykırı bulduğumuzdan TCK'nun 441. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verildi."