

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir :

"Anayasanın 2. Maddesine Aykırılık

İptali istenen TCK.nun 237. maddesinin 4. fıkra hükmü, Türkiye Cumhuriyetinin niteliklerini düzenleyen Anayasa'nın 2. maddesindeki, Cumhuriyetin "Laik" ve "Hukuk Devleti" niteliklerine aykırıdır.

a- Cumhuriyetin laik niteliğine aykırılık

Cumhuriyetin laik niteliği (a) din hürriyeti, (b) din ve devlet işlerinin ayrılığı olmak üzere iki yönü olan bir niteliktir. Laikliğin bu yönlerinden din hürriyeti Anayasa'nın 24. maddesinde düzenlendiğinden, iptali istenen hüküm fıkrasının din hürriyetine aykırılığı Anayasa'nın 24. maddesine aykırılık bölümünde incelenecektir. Keza laikliğin din ve devlet işlerinin ayrılığını oluşturan ikinci yönünün içinde yer alan "Devletin, bütün dinlerin mensuplarına ve bir dini olmayanlara eşit davranması" ilkesi, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlendiğinden, iptali istenen hüküm fıkrasının, "Devletin, bütün dinlerin mensuplarına ve bir dini olmayanlara eşit davranması" ilkesine aykırılığı, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık bölümünde incelenecektir.

b- Cumhuriyetin hukuk devleti niteliğine aykırılık

Hukuk Devleti; Devletin tüm eylem ve işlemlerinde hukuka tabi olmasıdır. Yani devlet, hukukun çizdiği sınırlar içerisinde hareket edecektir. Devletin hareket alanını belirleyen hukuk ise üç boyutlu bir bileşkeden oluşmaktadır. Hukuku oluşturan bu boyutlar, (1) etik değer, (2) sosyal olgu ve (3) normdur.

İptali istenen hüküm fıkrası hukukun boyutlarından etik değere aykırıdır. Hukukun boyutlarından olan etik değer; adaleti gerçekleştirmektir. Ceza Hukukunda adalet; insanların, insanca yaşama hakkına vaki saldırıları önlemeye matuftur. Türk Ceza Yasası açısından kadın ve erkeğin aralarında nikah akdi olmaksızın birliktelikleri insanca yaşama hakkına bir tecavüz olarak değerlendirilmezken, aynı birliktelik, dini tören yapıldığında insanca yaşama hakkına bir tecavüz olarak telakki edilmektedir. Türk Ceza Yasasının bu telakkisinin, Ceza Hukukundaki adalet anlayışıyla ne denli çelişkiye düştüğü izahtan varestedir.

İptali istenen hüküm fıkrası, hukukun boyutlarından olan sosyal olguya da aykırıdır. Hukukun boyutlarından olan sosyal olgu; Toplum halinde yaşayan insanların aralarındaki ilişkileri düzenleyen hukukun, bu düzenlemede, toplumda yaşayan ve yeniden doğan değerleri esas almasıdır. Toplumda yaşayan ve yeniden doğan değerleri esas almayan, bu değerlerle çelişen bir düzenleme, hukukun sosyal olgu cihetinden yoksundur. Dolayısıyla, bu düzenleme (yasa), hukuka aykırı bir düzenlemedir. Kadın ve erkeğin aralarında nikah akdi olmaksızın meydana getirdikleri birliktelikler toplumumuzda gayrimeşru addedilip, bu kabil birlikteliklere değer verilmezken, aynı birliktelikler evlenmenin dini merasimi yapılarak oluşturulmuşsa, toplumumuz nezdinde meşru sayılmakta ve bu kabil birlikteliklere nikah akdi yapılmış birliktelikler kadar değer verilmektedir. Nitekim, toplumumuzda aralarında nikah akdi olmaksızın evlenmenin dini merasimi yapılarak kadın ve erkek tarafından vücuda getirilmiş

birlikteliklere atfedilen değerin büyüklüğünü nazara alan Yüksek Yargıtay Ceza Genel Kurulu 8.7.1985 gün ve 1-494/438 sayılı, 24.4.1989 gün ve 1-99/159 sayılı kararlarında, aralarında nikah akdi olmaksızın imam nikahıyla evlenen kadın ve erkekten, kadının bir başkasıyla ilişkisini öğrenen erkeğin, kadını öldürmesinde, erkek lehine TCK'nun 51. maddesinin uygulanması gerektiğini şu gerekçelerle izah etmektedir. "Toplumumuzda sürdürülen gayriresmî evliliklere de, resmî evlilikler kadar değer verildiği bilinen bir gerçektir. Gayriresmî de olsa sanığın eşi bildiği ve birlikte yaşadığı kadının bir başkasıyla cinsel ilişkiye girmesinden duyacağı sadakat sözüne ihanetin verdiği elem ve gazabın önemli boyutlara ulaştığının kabulünde zorunluluk vardır" Yargıtay Ceza Genel Kurulunun bu gerekçesinden de anlaşıldığı gibi dini merasim yapılarak kadın ve erkek tarafından nikah akdi olmaksızın meydana getirilen birliktelikler toplum nezdinde büyük bir değer taşımaktadır. Toplum nezdinde değersiz görülen kadın ve erkeğin aralarında nikah akdi olmaksızın ve evlenmenin dini merasimi yapılmaksızın meydana getirdikleri birliktelikleri, Türk Ceza Yasası suç saymazken, toplum nezdinde resmî nikah kadar değer verilen dini merasim yapılarak meydana getirilmiş birliktelikleri suç kapsamına alan Türk Ceza Yasasının 237. maddesinin 4. fıkrası, hukukun sosyal olgusuyla çelişmektedir.

Anayasa'nın 10. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 10. maddesi, kanun önünde dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin herkesin eşit olduğunu kabul etmektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinin bu kabulü, devletin, bütün dinlerin mensuplarına ve bir dini olmayanlara eşit davranmasını gerektirmektedir. Türk Ceza Yasası, bir dine mensup olmayan kadın ve erkeğin aralarında nikah akdi olmaksızın birlikteliklerini suç saymazken, bir dine mensup olupta, dini inancı gereği birlikteliklerini dini merasim yaparak oluşturan kadın ve erkeğin eylemini 237/4. maddesiyle suç sayarak eşitlik ilkesine aykırı bir tutum sergilemektedir. Türk Ceza Yasasının 237/4. madde hükmü, bir dine inanan insanlarla, her hangi bir dine inanmayan insanlar arasında ayırım doğuracak, eşitsizlik yaratacak niteliktedir.

Anayasa'nın 12. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 12. maddesi temel hak ve hürriyetlerin niteliğini düzenlemektedir. Buna göre, herkes bir dine inanmak, kanaat edinmek, inandığı dine göre ibadet etmek hakkına sahiptir. Bu haklar ancak Anayasa'nın 13. maddesindeki sebeplerle sınırlandırılabilir. Evlenmenin dini merasimini yapmak, maddenin, bir dine inanmak, inandığı dine göre yaşamak hakkı kapsamında kaldığı açıktır. Acaba bu hak 13. maddedeki sınırlamaya girermi? Bu hakkın 13. maddedeki sınırlamaya girmeyeceği çok açıktır. Zira, kadın ve erkek aralarında nikah akdi olmaksızın birliktelik oluşturmuşlarsa, bu davranışları suç teşkil etmemekte, dolayısıyla bu birliktelik Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlandırma kapsamında kalmamaktadır. Bu durumda, kadın ve erkeğin aralarında nikah akdi olmaksızın oluşturdukları birliktelik Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlama şartlarını taşımıyorsa, aynı birlikteliği oluşturmada önce dini tören yaparak aynı nitelikte bir birliktelik oluşturan kadın ve erkeğin davranışı da Anayasa'nın 13. maddesindeki temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için tahdidi olarak tatad edilen şartları taşınamaması gerekmektedir. Aksi yöndeki yorum hukukla bağdaşmaz ve hukuka uygun bir yorum niteliği kazanmaz.

Anayasa'nın 24. Maddesine Aykırılık

Anayasa'nın 24. maddesi, "14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir." hükmüyle, laikliğin teminat altına aldığı din hürriyetlerinden, ibadet hürriyeti düzenlenmektedir. 14. madde ise temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını yasaklamaktadır. İptali istenen TCK'nun 237/4. maddesinin suç kapsamına aldığı "aralarında nikah akdi olmaksızın evlenmenin dini merasimini yapan kadın ve erkek" davranışı, Anayasa'nın 24. maddesindeki "...dini ayin ve törenler serbesttir." hükmü altındaki teminattan yararlanmaktadır. TCK'nun 237/4. maddesinin suç kapsamına aldığı kadın ve erkeğin Anayasa'nın 24. maddesindeki teminatı kazanmış davranışları acaba Anayasa'nın 14. maddesindeki, temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılması yasaktır, sınırlamasına girermi' Bizce, TCK'nun 237/4. maddesinin suç saydığı, Anayasa'nın 24. maddesinin ise teminat altına aldığı kadın ve erkeğin nikah akdi olmaksızın dini tören yapma eylemleri Anayasa'nın 14. maddesindeki sınırlamadan muaftır. Zira, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmasını yasaklayan 14. maddesindeki yasaklama sebepleri tahdididir. Ve bu tahdidi sebeplerin hiç biri iptali istenen TCK'nun 237/4. maddesinin suç kapsamına aldığı eyleme tekabül etmemektedir. Bu durumda, iptale konu TCK'nun 237/4. maddesi, Anayasa'nın 24. maddesine açıkça aykırıdır.""