**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

**Esas No:1966/30**

**Karar No:1967/9**

**Karar tarihi:2/3/1967**

**Resmi Gazete tarih/sayı:19.9.1967/12703**

İtiraz yoluna başvuran : Alaca Asliye Ceza Mahkemesi.

İtirazın konusu : Türk Ceza Kanununun 440 ve 441 maddelerinin Anayasa'nın 12 nci maddesine aykırı bulunduğu ileri sürülerek iptalleri istenmiştir.

OLAY :

Kocanın şikâyeti üzerine, karısı ile, onunla cinsî münasebette bulunduğu ileri sürülen kişi aleyhlerine Türk Ceza Kanununun 440/1 ve 60 inci maddelerine dayanılarak açılan kamu dâvasının Alaca Asliye Ceza Mahkemesinde yapılan duruşması sırasında C. Savcısı, Türk Ceza Kanununun zinaya ilişkin 440 ve 441 inci maddelerinin Anayasa'nın 12 nci maddesine aykırı olduğunu iddia etmiş, mahkeme de 9/1/1966 günlü oturumda bu iddianın ciddî olduğu kanısına vararak Türk Ceza Kanununun sözü geçen maddelerinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve dâvanın geri bırakılmasına karar verilmiştir.

İtiraz konusu hükümler :

Türk Ceza Kanunun 440 inci maddesi :

"Zina eden karı hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası tertip olunur. Karının evli olduğunu bilerek bu fiile ortak olan kimse hakkında da aynı ceza verilir."

441. maddesi de :

"Kansı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka bir yerde kan koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadın tutmakta olan koca hakkında altı aydan üç seneye kadar hapis cezası hüküm olunur.

Erkeğin evli olduğunu bilerek bu fiilde şerik olan kadın hakkında da aynı ceza verilir." hükümlerini taşımaktadır.

Mahkemenin dayandığı Anayasa hükmü :

Mahkemenin gerekçesinde dayandığı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 12 nci maddesi şöyledir :

"Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiç bir kişiye aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz."

İLK İNCELEME :

Anayasa Mahkemesi içtüzüğünün 15. maddesi uyarınca 30/11/19^6 gününde Başkan İbrahim Senil ile üyelerden Şemsettin Akçoğlu, İhsan Keçecioğlu, Feyzuüah Uslu, Fazıl Öztan, Celâlettin Kuralmen, Hakkı Keçecioğlu, Fazıl Uluocak, Sait Koçak, Muhittin Taylan, İhsan Ecemiş, Re-cai Seçkin, Ahmet Akar, Muhittin Gürün ve Lûtfi Ömerbaş'ın katıldıkları toplantıda yapılan ilk incelemede, üyelerden İhsan Keçecioğlu, olayda Türk Ceza Kanununun 441 inci maddesi uygulanamıyacağına göre, itirazda bulunan mahkemenin, dayandığı gerekçe bakımından Anayasa Mahkemesine başvurma nedeni de kalmıyacağını, esas, hakkında ayrıca bir inceleme yapılmaksızın itirazın reddine karar verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak sözü geçen Mahkeme, aynı zamanda 440 ıncı maddenin de iptalini istemekte olduğundan bu madde hakkındaki itirazın esasının incelenmesinden sonra bu konuda bir karar verilmesi gerektiği, üyelerden İhsan Keçecioğlunun yukarıda açıklanan düşüncesine dayanan muhalefetiyle ve oyçokluğu ile kararlaştırılmıştır. Bundan sonra olayda Alaca Asliye Ceza Mahkemesinin görmekte olduğu dâvada uygulayacağı hüküm, Türk Ceza Kanununun 440 ıncı maddesi olduğu halde esas dâva ile ilgisi olmayan aynı Kanunun 441 inci maddesinin de iptalini istediği anlaşıldığından, itirazın kapsamının belli edilmesi konusu üzerinde görüşme yapılmıştır. Anayasa'nın 151 inci ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri hakkındaki 44 sayılı Kanununun 27 nci maddeleri, mahkemelerin Anayasaya aykırılık kanısı ile Anayasa Mahkemesine başvurma yetkilerini, yalnız bakmakta oldukları dâvalarda uygulanacak kanun hükümleri ile sınırlandırmış olmasına göre; başvuran Mahkemenin, dayandığı hukukî fikri sonuca bağlamak için dâvada uygulanacak 440 ıncı maddeyi 441 inci madde ile karşılaştırmak zorunluğunu duymuş olması, kendisine dâvada uygulanmayacak olan 441 inci maddenin iptalini istemek yetkisini veremeyeceğinden esasın 440 inci madde ile sınırlı olarak incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir,

ESASIN İNCELENMESİ :

Dosyada eksiklik bulunmadığından esasın incelenmesi için belli edilen günde, hazırlanan rapor, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen maddeler Anayasa hükümleri ve ilgili gerekçeleri okunmuş ve önce bu incelemede itiraz konusu bulunan Türk Ceza Kanununun 440 ıncı maddesinin, 441 inci maddesi ile karşılaştırılmasına yer olup olmadığı yönünün oylanması gerekip gerekmediği tartışılmıştır. Bu konunun oylanması gerektiği üyelerden Celâlettin Kuralmen, Fazıl Uluocak, Ziya Önel, Lûtfi Ömerbaş'ın incelemenin sınırı belirtilmiş olduğundan böyle bir oylamanın gerekli bulunmadığı yolundaki muhalefetleriyle ve oyçokluğu ile kararlaştırıldıktan sonra yapılan oylamada, itirazın kapsamının, Türk Ceza Kanunun 440 ıncı maddesiyle sınırlandırılmış ve 441 inci maddenin inceleme konusu dışında bırakılmış bulunmasına göre aynı maddelerin Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi bakımından karşılaştırılması gerekmediği oyçokluğu ile karara bağlanmıştır. Üyelerden Muhittin Taylan, İhsan Ecemiş, Recai Seçkin ve Ziya önel bu görüşe katılmamışlardır. Yıkanda açıklanan karar Uyarınca 440 ıncı madde üzerinde inceleme yaptıktan sonra gereği görüşülüp düşünüldü :

GEREKÇE :

İtiraz konusu 440 ıncı madde, zina eden karı hakkında verilecek cezanın, karının evli bulunduğunu bilen suç ortağı erkeğede verileceği hükmünü koymuştur, itirazın dayandığı Anayasa'nın 12 nci maddesinde "Herkes, din ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." denmektedir. Bu Anayasa hükmü ile, zina eden karıyı ve suç ortağı erkeği aynı cezalarla cezalandıran itiraz konusu 440 inci madde arasında bir çelişme veya çatışma bulunmadığı herhangi bir açıklamayı gerektirmeyecek derecede meydandadır. Bu nedenle Alaca Asliye Ceza Mahkemesinin, Türk Ceza Kanununun 440 inci maddesinin Anayasa'nın 12 nci maddesine aykırı bulunduğu yolundaki iddiası yersizdir. Sözü geçen 440 ncı maddenin Anayasa'ya başka bir yönden de aykırılığı görülmemiş ve itirazın reddi gerekmiştir. Üyelerden İhsan Ecemiş bu görüşe katılmamıştır.

SONUÇ :

Yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü, Türk Ceza Kanununun 440 ıncı maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine Üyelerden İhsan Ecemiş'in muhalefetiyle ve oyçokluğu ile 2/3/1967 gününde karar verildi.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  |  |  |  |
| Başkan  İbrahim Senil | Başkanvekili  Lütfi Ömerbaş | Üye  Şemsettin Akçoğlu | Üye  İhsan Keçecioğlu |
|  |  |  |  |
| Üye  Salim Başol | Üye  A. Şeref Hocaoğlu | Üye  Fazlı Öztan | Üye  Celâlettin Kuralmen |
|  |  |  |  |
| Üye  Fazıl Uluocak | Üye  Avni Givda | Üye  Muhittin Taylan | Üye  İhsan Ecemiş |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
| Üye  Recai seçkin | Üye  Ahmet Akar | Üye  Ziya Önel |

**KARŞI OY YAZISI**

1) Olayda Alaca Asliye Ceza Mahkemesince uygulanacak ve bu bakımdan Anayasa'ya aykırılığı yönünden iptali istenebilecek hüküm, Ceza Yasasının 440 inci maddesidir. Ancak, bu madde hükmünün Anayasa'nın 12 nci maddesinde Öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmek üzere gerek Mahkeme, gerek Anayasa Mahkemesi, Ceza Yasasının veya ceza hükmü kapsayan başka bir yasanın Mahkemenin gördüğü dâvada uygulaması söz konusu olmayan herhangi bir hükmüne dayanmaları, Anayasa'nın 12 nci maddesinin uygulanmasının zorunlu kıldığı bir durumdur. Gerçekten, sözü edilen eşitlik ilkesi gereğince aynı durumda bulunan kimselerin, haklı bir neden olmaksızın, başka başka hukuk yöntemlerine (esaslarına) bağlı tutulmaları yasak edilmiştir. Bu demektir ki, bir eşitsizliğin doğması için, en az iki yasa hükmünün ortada bulunması, bu hükümlerin aynı durumda bulunan kimseler için konulmuş olması, bu iki hükmün, haklı hiç bir neden bulunmaksızın, başka başka olması koşullarının gerçekleşmesi aranacaktır. Ayrı ayrı iki yasa hükmü söz konusu edilmeden eşitsizlik durumu başka deyimle yasa karşısında eşitlik ilkesinin çiğnenmiş bulunması olayı, meydana gelemez. Burada Hâkim aynı ailede kocanın ve karının zina suçunu kendi bakımından işleye bilmesi için başka başka hükümler konulmuş olduğunu ve bu ayrımın üç yönde toplandığını ileri sürerek bunları güzelce açıklamıştır. Mahkememizce, aynı ailede karının zina suçunu işlemiş sayılması ile kocanın zina suçunu işlemiş sayılması için konulan hükümlerdeki ayırımların haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı incelenmek ve sonuca göre bir karar verilmek gerekirken böyle yapılmamış olması doğru değildir.

2) Mahkememizin benimsediği ilkeye göre bir dâvaya bakan mahkemenin kendi uygulayacağı hükmün dışında kalan bir hükümle karşılaştırma yapıp uygulayacağı hükmün eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürerek Anayasa Mahkemesine iş getirmesi, hemen hemen hiç olmayacaktır ve böylelikle Anayasa'nın 151 inci maddesinin (Bir dâvaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak kanun hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birisinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar dâvayı geri bırakır.) hükmü ile mahkemelere tanıdığı yetki, eşitlik, ilkesine dayanma bakımından kaldırılmış olmaktadır. Oysaki Anayasanın mahkemelere tanıdığı yetkinin bir takım Anayasa'ya aykırılık nedenleri bakımından sınırlandırılmış olmadığı, her şeyden önce, hükmün yazılışından anlaşılmaktadır.

Bundan başka, Anayasa'nın mahkemelere tanıdığı yetki ile güdülen gerek, Anayasa'ya aykırı bir hükmün, iptal dâvalarındaki süre geçmiş olsa bile, iptaline ve böylelikle Anayasa'nın üstünlüğünü sağlamaktır. Bu konuda mahkemenin belli bir dâvada uygulayacağı hüküm için Anayasa mahkemesine başvurulabileceği yolunda bir sınırlandırma öngörülmüş ve böylece, hem mahkemelerin her hangi bir hükmü Anayasa Mahkemesine getirerek belli dâvalar, belli konularla sınırlı olan görev ve yetkileri çevrelerini aşmaları ve hem de Anayasa Mahkemesinin altından kalkamıyacağı ölçüde ağır bir iş yükü altına girerek elindeki işleri yeterince inceleyemez duruma girmesi, önlenmek istenilmiştir. Anayasa hükmünün ne sözü ile, ne de konuluş amacı ile öngörülmüş olmayan bir sınırlandırma sonucunu doğuran daraltıcı yorum, Anayasa'nın sözüne de, özüne de uygun görülemez.

3) Bir Mahkemenin belli bir veya bir kaç hükmün iptalini isteyebilmesi başka bir durum, belirli dâvada uygulayacağı ve bu bakımdan Anayasa'nın yukarıki bentte anılan 151 inci maddesinin birinci fıkrası gereğince) iptalini isteyebileceği bir hükmün Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu açıklamak üzere belirli dâvada uygulaması söz konusu olmayan bir hükme dayanmış olması ise başka bir durumdur. Mahkemenin her iki hükmünde iptalini yanlışlıkla istemiş olması, isteminin reddi için yeter bir neden sayılamaz. Anayasa Mahkemesi, Mahkemece iptali istenilemiyecek bir hükmün Anayasa Mahkemesine getirilemiyeceği ilkesini benimsemekle bu iki olayı, birbirine karıştırmış bulunmaktadır. Bir dâvada istem daha açıkçası son istek, başka bir şey o istemi haklı göstermek üzere ileri sürülen hukuki görüşler, yapılan karşılaştırmalar kısacası ortaya atılan gerekçeler başka bir şeydir. Anayasa Mahkemesi, mahkemece uygulanacak hükmün eşitlik ilkesine uygun olup olmadığını kestirmek üzere dayanılan hükmün ışığı altında işi inceleyip eşitsizlik görürse uygulanacak hükmü iptal etmek, eşitsizlik görmezse itirazı reddetmek ile ödevlidir. Burada, 44 sayılı Yasanın 28 inci maddesi hükmünce öbür hükmün iptali dahi, yerine göre, söz konusu olabilir.

SONUÇ :

Yukarıda yazılı nedenlerden ötürü Mahkemece belirli dâvada uygulanacak bir hükmün eşitlik ilkesine uygun bulunmadığını göstermek üzere (o dâvada uygulanması söz konusu bulunmayan bir hükme dayanılamayacağı yollu ara kararına karşıyız.

|  |  |
| --- | --- |
|  |  |
| Başkanvekili  Lütfi Ömerbaş | Üye  Recai Seçkin |
|  |  |
| Üye  Muhittin Taylan | Üye  Ziya Önel |

**MUHALEFET AÇIKLAMASI**

Evli bir kadına isnat olunan zina suçu dâvasını görmekte olan mahallî mahkeme dâvada uygulayacağı Türk Ceza Kanununun 440 inci maddesinin karı için koyduğu zina suçu ile aynı kanunun 441 inci maddesinin koca hakkında kabul ettiği zina suçu arasında, suç unsuru bakımından, eşitlik olmadığı kanısı ile ve bu durumun Anayasa'nın 12 nci maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düştüğü iddiasiyle, konuyu Anayasa Mahkemesine intikal ettirmiş ve 440 inci madde ile birlikte 411 inci maddenin de iptalini istemiştir. İki madde arasındaki bu karşılaştırmayı 440 ıncı maddenin tek başına incelenmesi halinde Anayasa'ya bir aykırılık bulunmadığı yolunda bir düşünce değil 441 inci maddeye rağmen 440 inci madde de Anayasa'ya aykırılık bulunduğu ve 441 inci madde hükmü dururken yalnız 440 ıncı maddenin iptali ile bu husustaki Anayasaya aykırılığın ortadan kaldırılamayacağı düşüncesi zorunlu kılar.

Kanun önünde eşitlik konusu yani bir hükmün Anayasa'nın 12 nci maddesinde yazılı kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık olup olmadığı incelenirken konuya ilişkin hükümlerin birlikte gözönünde tutulması ve incelenmesi zorunluğu vardır. Çünkü kanun önünde eşitlik eşit durumunda bulunan ve eşit olmaları gerekenlerden yalnız birisine ilişkin bir hüküm ile bozulabileceği gibi her birisine ilişkin olarak ayrı ayrı konulan hükümler arasındaki farktan da bozulabilir. Birinci halde yalnız bir hükmün incelenmesi ile eşitlik ilkesine aykırılık bulunup bulunmadığı anlaşılırsa da ikinci halde hükümlerden yalnız biri incelenerek doğru sonuca varılamaz, hatta bazen Anayasa'ya uygun bir durum aykırı bir duruma getirilmiş olur.

Mahallî mahkemenin bakmakta bulunduğu dâvanın konusu Türk Ceza Kanununun, zina başlığı altında koyduğu maddelerden 440 inci maddesine giren karının yani evli kadının zinası suçudur. Bu maddede kocanın yani evli erkeğin zinası ile ilgili bir hüküm yoktur. Bu madde ile yalnız evli kadın için zina suçu olarak kabul edilmiş ve suçlusuna ve suç ortağına ceza tertip olunmuştur. Evli kadının zinası suç sayılıp cezalandırıldığı halde koca yani evli erkek için bir zina suçu kabul edilmez ve ceza verilmezse bu durumun Anayasa'nın 12 nci maddesindeki kanırt önünde eşitlik ilkesinin, cinsiyet ayırımı gözetilerek bozulması sayılacağından şüphe edilemez. Gerçi Türk Ceza Kanununun aynı fasıldaki 441 inci maddesinde de kocanın zinası ile ilgili ve sorunun çözümü için yani 440 inci madde ile karşılaştırılarak muhteva bakımından ne gibi farklar bulunduğu ve bu farkların Anayasa'nın 12 nci maddesine aykırılık teşkil edip etmediği yönlerinin anlaşılması için incelenmesi gereken bir hüküm varsa da, incelemenin 440 inci maddeye hasrı ve bu maddenin Anayasa'ya aykırı olup olmadığının incelenmesinde de 441 inci madde ile karşılaştırılmaması çoğunlukla kabul edilmiş bulunduğuna göre. 440 inci madde hükmünü bu konudaki kanun hükmü yalnız bundan ibaret sayarak ve 441 inci maddeyi yok farz ederek incelemek zorunluğu doğmuştur. Bu zorunluğa uyularak 440 ıncı madde tek başına incelendiğinde ise görülürki :

Evlilik biricini meydana getirenlerden kadının sadakate aykırı düsen bir fiili, herhangi bir kimse ile zinası suç sayıldığı ve cezalandırıldığı halde erkeğin aynı mahiyetteki bir fiilini de suç sayan ve cezalandıran bir hüküm bu maddede yoktur. 440 ıncı maddedeki kadının zinasına iştirak eden kimseye de aynı cezanın ( O da şarta bağlı olarak) verileceğine dair olan hükmün, konumuzu teşkil eden evli erkek ve evli kadın arasında zinanın suç sayılmasında, ceza ve unsurları bakımından, eşitlik bulunup bulunmadığı yönü ile hiçbir ilgisi olmadığından, çoğunluğun dâvayı bu madde hükümleri içinde çözümleme görüşüne katılmak mümkün değildir.

Dâvanın 440 ıncı maddeye hasren ve 441 inci madde gözönünde tutulmaksızın incelenmesi sonucu olarak ve yukarıda açıklanan sebepler karşısında, Türk Ceza Kanununun 440 ıncı maddesinin yalnız kan için zinayı suç sayan ve onu cezalandıran ve böylelikle de karı ile koca arasında ayırım yapan hükmü Anayasa'nın 12 nci maddesine aykırı bir duruma düşmektedir. Bu sebeplerle çoğunluk kararına muhalifim.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  |  | Üye  İhsan Ecemiş |