**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

**Esas Sayısı : 1997/45**

**Karar Sayısı : 1998/48**

**Karar Günü : 16.7.1998**

**Resmi Gazete tarih/sayı: 22.11.2003/25297**

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN :**Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesi

**İTİRAZIN KONUSU :**1.3.1926 günlü,765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 462. maddesinin Anayasa'nın Başlangıç'ı ile, 5., 10., 12., 17. ve 19. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

**I- OLAY**

Kız kardeşini gayri meşru cinsi münasebette bulunduğunu şüphe götürmeyecek şekilde gören sanığın, müştekiyi yaralama eyleminin adam öldürmeye tam teşebbüs olduğu iddiası ve hareketine uyan TCK.nın 448. ve 62. maddeleri gereğince cezalandırılması istemiyle açılan davayı görmekte olan mahkeme, davada uygulama olasılığı bulunan TCK.nın 462. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vararak iptali istemiyle başvurmuştur.

**III- YASA METİNLERİ**

**A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı**

Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu 462. maddesi şöyledir:

**"Madde 462-**Yukarda geçen iki fasılda beyan olunan fiiller, zinayı icra halinde veya gayrimeşru cinsî münasebette bulunduğu esnada meşhuden yakalanan veya zina yapmak veya gayrimeşru cinsî münasebette bulunmak üzere yahut henüz zina yapmış veya gayrimeşru cinsî münasebette bulunmuş olduğunda zevahire göre şüphe edilmeyecek surette görünen bir koca veya karı yahut kız kardeş veya füruğdan biri yahut bunların müşterek faili veya her ikisi aleyhinde karı veya koca yahut usulden biri veya erkek veya kız kardeş tarafından işlenmiş olursa fiilin muayyen olan cezası sekizde bire indirilir ve ağır hapis cezası hapis cezasına tahvil olunur.

Müebbet ağır hapis cezası yerine dört seneden sekiz seneye ve idam cezası yerine de beş seneden on seneye kadar hapis cezası verilir."

**B- Dayanılan Anayasa Kuralları**

Başvuru kararında itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile, 5., 10., 12., 17. ve 19. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

**IV- İLK İNCELEME**

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Yekta Güngör ÖZDEN, Güven DİNÇER, Selçuk TÜZÜN, Ahmet Necdet SEZER, Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Mustafa BUMİN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Lütfi F. TUNCEL ve Fulya KANTARCIOĞLU'nun katılmalarıyla 4.6.1997 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, sınırlama sorununun esas inceleme evresinde ele alınmasına 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- Sınırlama Sorunu**

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla yapılacak başvurular, itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlıdır.

Görülmekte olan davada suç vasfı ister öldürmeye tam teşebbüs, isterse bıçakla yaralama şeklinde nitelendirilsin, eylemin erkek kardeş tarafından kız kardeşi ile meşru olmayan cinsel ilişkide bulunan kişi aleyhine gerçekleştirildiği iddia edilmektedir. Bu durumda TCK'nın 462. maddesine ilişkin esas incelemenin "erkek kardeşin, kız kardeşiyle gayri meşru cinsel ilişkide bulunan kişiye karşı işlediği fiiller yönünden" sınırlı olarak yapılmasına karar verilmiştir.

**B- Maddenin Anlam ve Kapsamı**

Türk Ceza Kanunu'nun 462. maddesiyle zina veya gayri meşru cinsi ilişki halinde yakalanan veya bu ilişkide bulunmak üzere olan, yahut henüz ilişkide bulunmuş olduğundan şüphe edilmeyecek şekilde görülen, karı, koca, kız kardeş veya fürudan biri veya bunlarla ilişkide bulunan kişiler veya bunların her ikisi aleyhine, karı, koca veya usulden biri veya erkek veya kız kardeş tarafından gerçekleştirilen öldürme veya etkili eylemlerden dolayı verilecek cezaların indirilmesi öngörülmüştür.

Madde ile failde meydana gelen durumun iradesini etkileyeceği, onda feveran ve ruhi sıkıntı meydana getireceği nedeniyle bu durum özel bir haksız tahrik hali olarak kabul edilmiştir.

Bu özel ağır tahrikin oluşması için;

- Mağdurun zina veya meşru olmayan cinsel ilişkide bulunduğu sırada veya bu ilişkide bulunmak üzere yahut bu ilişkide henüz bulunmuş olması,

- Suçun, mağdurunun koca, karı, kız kardeş veya fürudan biri veya cinsel ilişkinin ortağı olması,

- Suçun failinin ise karı, koca, usulden biri erkek veya kız kardeş olması gerekir.

Failin cezasından TCK'nın 462. maddesinde öngörülen indirimin yapılabilmesi için eylemin maddede belirtilen zamanlarda ve kişiler tarafından, belirli kişilere karşı işlenmiş olması şarttır. Koşulların oluşması halinde varlığı kabul edilen özel ağır tahrikin nedeni, fiili işlediği sırada failin kişisel saygınlığıyla, aile haysiyeti yönünden uğradığı derin ve ağır saldırının iradesi üzerinde yarattığı büyük sarsıntıdır.

Maddedeki indirim, öngörülen zaman geçtikten sonra işlenen fiillerde uygulanamayacağı gibi, bu indirimden yararlananlar ayrıca ağır ve haksız tahrik nedeniyle TCK'nın 51. maddesinde öngörülen ceza indiriminden yararlanamazlar.

Meşru olmayan cinsel ilişki öğreti ve uygulamada, evlilik dışı ilişki olarak anlaşılmaktadır.

**C- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu**

Başvuran mahkeme, itiraz konusu kuralın sanık ve mağdurların belirlenmesinde aynı derecede yakınlardan bazılarının ayrılıp seçilmiş olmalarını Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğu savında bulunmuştur.

Anayasa'nın eşitlik ilkesini içeren 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.

Yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep aykırılığı gözetilemez ve bu nedenlerle eşitsizlik yaratılamaz. Bu ilke, birbirleriyle 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.

Sınırlama kararı uyarınca incelenen kuralda gayri meşru ilişki halinde yakalanan veya bu ilişkide bulunmak üzere olan ya da henüz bu ilişkide bulunmuş olduğundan şüphe edilmeyecek şekilde görülen kız kardeşle cinsel ilişkide bulunan kişilere karşı erkek veya kız kardeşin işlediği öldürme veya etkili eylem suçlarından dolayı hükmedilecek cezaların indirilmesi öngörülmektedir.

Maddede kız kardeş ile belirtilen hallerde yakalanan veya görülen cinsel ilişki ortağına karşı gerçekleştirilen öldürme veya yaralama suçlarında failin cezasından indirim yapılması öngörülürken failin erkek veya kadın olması gibi bir durum dikkate alınmamıştır. Faile verilecek ceza indirilirken cinsiyet ayrımı yapılmadığından eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Aynı suçu işleyen kız kardeşin de aynı kurallara göre cezasından indirim yapılacak olması karşısında Anayasa'nın 10. maddesine aykırılık savı yerinde değildir.

Kaldı ki, yasakoyucu cezalandırma yetkisini kullanırken Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayılacaksa hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılanacağı, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği, konusunda ceza siyaseti, ülkenin sosyal, kültürel yapısı ve etik değerlerini de gözönünde bulundurarak takdir yetkisine sahiptir.

Açıklanan nedenlerle, iptal isteminin reddi gerekir.

Başvuran mahkeme itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 5., 12., 17. ve 19. maddelerine de aykırı olduğu savında bulunmaktadır.

Mahkemece dayanılan bu maddeler hak ve özgürlüklerle ilgili olup, itiraz konusu kurallarla, Anayasa'nın anılan maddeleri arasında doğrudan bir ilişki görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, iptal isteminin reddi gerekir.

Mustafa YAKUPOĞLU, Fulya KANTARCIOĞLU, Mahir Can ILICAK ve Rüştü SÖNMEZ bu görüş ve düşüncelere katılmamıştır.

**VI- SONUÇ**

1.3.1926 günlü, 765 sayılı "Türk Ceza Kanunu"nun 462. maddesinin "Erkek kardeşin, kız kardeşiyle gayrimeşru cinsel ilişkide bulunan kişiye karşı işlediği fiiller" yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Mustafa YAKUPOĞLU, Fulya KANTARCIOĞLU, Mahir Can ILICAK ile Rüştü SÖNMEZ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 16.7.1998 gününde karar verildi.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|   |   |   |
| BaşkanAhmet Necdet SEZER | ÜyeSamia AKBULUT | ÜyeHaşim KILIÇ |
|   |   |   |
| ÜyeYalçın ACARGÜN | ÜyeSacit ADALI | ÜyeAli HÜNER |
|   |   |   |
| ÜyeLütfi F. TUNCEL | ÜyeMustafa YAKUPOĞLU | ÜyeFulya KANTARCIOĞLU |
|   |   |
| ÜyeMahir Can ILICAK | ÜyeRüştü SÖNMEZ |
|   |   |
|   |   |

**KARŞIOY GEREKÇESİ**

Türk Ceza Kanunu'nun 462. maddesinde, "adam öldürme" ve "müessir fiil", "zinayı icra halinde veya gayrimeşru cinsi münasebette bulunduğu esnada meşhuden yakalanan veya zina yapmak veya gayrimeşru cinsi münasebette bulunmak üzere yahut henüz zina yapmış veya gayrimeşru cinsi münasebette bulunmuş olduğunda zevahire göre şüphe edilmeyecek surette görünen bir koca veya karı yahut kızkardeş veya füruğdan biri yahut bunların müşterek faili veya her ikisi aleyhinde karı veya koca yahut usulden biri veya erkek veya kızkardeş tarafından işlenmiş olursa" cezanın indirileceği öngörülmektedir. Burada, suçtan zarar görenin sıfatına göre indirim yapılması söz konusudur. Maddede belirtilen durumların, fail için ağır bir tahrik oluşturduğu düşüncesiyle bu düzenlemenin yapıldığı anlaşılmaktadır.

TCK'nın 51. maddesinde "Haksız Tahrik"e yer verilerek adi ve ağır tahrik düzenlenmiş ve buna bağlı olarak kimi indirimler kabul edilmiştir. Her iki maddede de faillerin tahrik oluşturan fiilin etkisiyle suç işlemeleri indirim nedeni kabul edilmekte, ancak itiraz konusu 462. maddede sayılan durumlarda, daha fazla indirim öngörülerek fail için bir çeşit imtiyaz oluşturulmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinin ilk fıkrasında kanun önünde eşitlik ilkesine yer verildikten sonra ikinci fıkrasında "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz" denilmektedir. Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi aynı durumda olanlar arasında farklı uygulamaya engel ise de kimilerinin ayrı kurallara bağlı tutulması, konumlarından ve özelliklerinden kaynaklanıyorsa eşitlik ilkesinin zedelendiğinden söz edilemez. Ancak aynı durumda olanlardan bazılarının itiraz konusu kuralda olduğu gibi, diğerlerinden daha fazla koruma görmesi onları suç işlemede imtiyazlı hale getireceğinden eşitlik ilkesi ile bağdaşmaz.

Suçtan zarar görenin sıfatı ise, ancak Türk Ceza Yasası'nın haksız tahriki düzenleyen 51. maddesi uygulanırken cezanın kişiselleştirilmesi sırasında yargıç tarafından gözetilecek bir husus olup, kimilerine ayrıcalık tanımanın gerekçesi olamaz.

Öte yandan, maddenin kendi içindeki kız kardeş-erkek kardeş ve usul-furuğ ayrımı da, ikinci bir eşitsizliğe neden olmaktadır. Maddenin sınırlama kararı uyarınca incelenen bölümünde, erkek kardeş için öngörülen indirimin kız kardeş için kabul edilmemesi de bu eşitsizliği bütün açıklığı ile ortaya koymaktadır.

Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan ve diğer hak ve özgürlükler arasında öncelikli bir yere sahip olan yaşam hakkına yapılan saldırının, şeref ve haysiyeti koruma veya kurtarma gibi bir gerekçeyle de olsa büyük ceza indirimi ile adeta onaylanır hale gelmesi kabul edilemez.

Anayasa'nın Başlangıç'ında ve 174. maddesinde belirtilen çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmış çoğulcu özgürlükçü ve katılımcı demokrasilerde insana tanınan öncelik ve ceza hukukundaki gelişmeler de gözetildiğinde itiraz konusu kuralın, Anayasa'ya aykırılığı daha belirgin biçimde ortaya çıkmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Türk Ceza Yasası'nın itiraz konusu 462. maddesinin sınırlama kararı uyarınca incelen bölümünün, Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

|  |  |
| --- | --- |
|   |   |
| ÜyeMustafa YAKUPOĞLU | ÜyeFulya KANTARCIOĞLU |
|   |   |
| ÜyeMahir Can ILICAK | ÜyeRüştü SÖNMEZ |