

ANAYASA MAHKEMESİNİN ZİNA SUÇUNA İLİŞKİN KARARININ DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

Arş. Gör. Burcu DEMREN*

Esas Sayısı : 1996/15
Karar Sayısı : 1996 /34
Karar günü : 23/9/1996

1. OLAYIN ÖZETİ

Zina suçu sanıklarının, Türk Ceza Kanununun 441. ve 442. maddeleri uyarınca ayrı ayrı cezalandırılmaları için açılan kamu davasına bakan Şabanözü Asliye Ceza Mahkemesi, savcılığın Anayasaya aykırılık savının ciddi olduğu kanısına vararak TCK. nın 441. maddesinin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi, itirazı inceleyip haklı bulmuş ve 1.3.1921 günlü 765 sayılı TCK. nın 441. maddesini Anayasaya aykırılıktan iptal etmiştir. İptal kararı verilmesiyle doğacak hukuksal boşluk, kamu yararı olumsuz yönde etkileyeceğinden dolayı, gerekli düzenlemelerin yapılması için, yasa- ma organına süre tanımak amacıyla, Anayasanın 153. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasanın 53. maddeleri gereğince, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak 1 yıl sonra yürürlüğe girmesine 23/9/1996 gününde oybirliği ile karar verilmiştir. Karar 27 Aralık 1996 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

* D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Adalet Yüksekokulu Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

2. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEM

İtirazın konusu, 1/3/1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 441. maddesinin, Anayasanın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir. Çözümü gereken hukukî mesele, TCK'nın 441. maddesinin aynı kanunun 440. maddesi karşısında gerçekten Anayasanın 10. maddesine aykırı olup olmadığıdır.

3. MERCİLERİN GÖRÜŞLERİ

a) Savcılığın Görüşü

Savcılık, zina suçu sanıkları hakkında TCK. 441.ve 442. maddeleri hakkında kamu davası açmakta iken TCK. nun 441. maddesini Anayasaya aykırı bularak bu savını mahkemede gündeme getirmiştir.

b) Şabanözü Asliye Ceza Mahkemesinin Görüşü

Şabanözü Asliye Ceza Mahkemesinin başvuru kararındaki gerekçesi, TCK. 441. maddesindeki kocanın zinası ile yiric TCK. nun 440. maddesindeki karının zinası arasındaki düzenlenme farklılıklarına dayanmaktadır. Mahkemeye göre, kadın eşin bir başka erkekle sadece bir kez cinsel ilişkide bulunması, suçun oluşmasına yeterli görülürken kocanın zinasının ayrıcalıklı koşullara bağlanması Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine tamamen aykırıdır.

Evlilik birliğinde sadakat sorumluluğu hakkında kadın ve erkek aynı ölçüde yükümlülük altındadırlar. Nitekim, Alman Ceza Kanununun 172. ve İsviçre Ceza Kanununun 214. maddelerinde karı ve kocanın zina suçunun unsurları açısından eşitlik ilkesinin benimsenmiş olması Türk Ceza Kanununun da düzenlenen zina suçlarının mevcut hali ile mukayeseli hukukta tasvip göremeyeceğinin delilidir. Mahkemeye göre bu durum ve tipik fiilin bu şekilde cezaya bağlanması, ceza normu açısından da doğru değildir. Zina, Almanya'da suç olmaktan çıkarılmıştır. Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch, München 1993 § 172)

c) Anayasa Mahkemesinin Görüşü

Anayasanın 10. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir." denilmiş, ikinci fıkrasında bu

ilkenin doğal sonucu olarak "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz." düzenlemesi açık bir dille ifade edilmiştir. Maddenin gerekçesi ise insanın insan olması nedeni ile doğuştan bir değeri ve haysiyeti olmasıdır. Bu hak sebebiyle ile insanlar arasında hiçbir ayırım yapılamaz, kanunların uygulanması açısından da fark gözetilemez. Bunu da eşitlik ilkesi sağlar. Kişinin cinsiyeti nedeniyle ayrıcalıklı konuma getirilmesi bu ilkeye ters düşer. Eşitlik, bireyler arasındaki farklılıklar gözardı edilerek herkesin her bakımdan aynı kurallara bağlı tutulması anlamında da ele alınamaz. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı nedenler varsa, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Ancak sadece cinsiyet nedeniyle farklı düzenlemelere tabi tutulmak eşitlik ilkesine açıkça aykırıdır.

Cinsiyete dayanan ayrımlar taraf olduğumuz, insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde de reddedilmektedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin Birleşmiş Milletler Antlaşmasında temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların hak eşitliğine olan inancını yeniden belirttiklerini açıklamakta, 2. maddesinde "*Herkes; ırk, renk, cinsiyet ... gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin bu bildirmede öne sürülen tüm hak ve özgürlüklere sahiptir*". denildikten sonra 7. maddesinde, Herkesin yasa tarafından eşit korunmaya hakkı vardır. "*Herkes, bu bildirmeye aykırı herhangi bir ayrımcılığa ve ayrımcılık kışkırtıcılığına karşı eşit korunma hakkına sahiptir.*" hükmü getirilmektedir. 16. madde ise yetişkin erkeklerle kadınların evlenirken, evlilik sırasında ve evliliğin bozulmasına ilişkin haklarının eşit olduğunu vurgulamaktadır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin başlangıç kısmında da İnsan Hakları Evrensel Bildirgesine gönderme yapılarak bu hakların evrensel ve etkin olarak tanınması sağlanmaktadır, ve eşitlik ilkesi yinelenmektedir.

Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ilkelere genel hatlarıyla belirlendiği ilk bölümünde, Birleşmiş Milletler Yasası ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin temel hak ve özgürlükler ile bunların cinsiyete dayalı olanlar dahil hiçbir ayırıma bağlı tutulmaksızın kullanılmasını öngören hükümlerine göndermede bulunduktan sonra, erkeklerle kadınlar arasında tam bir eşitliğin gerçekleşmesi için kadınlarla erkeklerin toplumdaki geleneksel rollerinin bir değişiklik ihtiyacı bulunduğu işaret edilerek, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Beyannamesinde yer alan ilkeleri uygulamak ve bu amaçla bu tür ayrımcılığın her şekil ve belirtisinin için gerekli önlemleri almak konusundaki kararlılık dile getirilmektedir.

Uluslararası belgelerin, cinsiyete dayanan ayrımı ya da eşitsizliği reddeden bu hükümleri ile Anayasanın 10. maddesi arasında özde bir fark bulunmamaktadır. Ulusların çağdaş gelişmelere açık olarak hukuk düzenlerini gözden geçirmeleri ve gerekli düzeltmeleri yapması gereklidir.

Kadının zinasına ilişkin 440. maddede zina suçunun oluşması için bir tek eylemi yeterli iken iptali istenen 441. maddede kocanın eyleminin karısı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmak koşulu aranmaktadır. Bu da karı karşısında kocaya yasal üstünlük ayrıcalık tanınması anlamına gelir. Bu tür bir üstünlük tanımak için haklı bir sebep yoktur. Çağdaş anlayışa uymayan bu düzenleme cinsiyet ayrımını reddeden kadın erkek eşitliğini bozar.

Açıklanan nedenlerden dolayı Anayasa Mahkemesi Türk Ceza Kanununun 441. maddesini Anayasanın 10. maddesine aykırı bulmuştur, iptaline karar vermiştir.

4. GÖRÜŞÜMÜZ

Kocanın ve kadının zina eyleminin suç sayıldığı ve yaptırma bağlandığı Türk Ceza Kanununun 440. ve 441. maddeleri arasında kadının ve erkeğin eşit haklara sahip olduğu, evlilik birliği içinde ayrı ölçüde korunmaya değer oldukları bir ülkede bu şekilde bir fark oluşu, kuşkusuz ki kabul edilemeyecek bir durumdur. Kocanın zina eyleminin oluşması için kadının eylemine göre ayrıcalıklı koşulların getirilmesi, hiç bir surette eşitlik ilkesi ile bağdaşmaz, çağdaş hukuk anlayışına da uymaz (Gbl. bkz. Hafızoğulları, Zina Cürümleri, İstanbul 1983, s.1 vd.).

Anayasamızın 10. maddesi "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz*", demek suretiyle, kimsenin bir başkasına göre daha üstün ve alçak olamayacağını, herkesin kanunlar önünde eşit olacağını açık bir ifade ile dile getirmiştir. Her farklı düzenleme kuşkusuz ki eşitlik ilkesini ihlal etmez. Keza, biyolojik yani yaratılış ve işlevsel özelliklerin gerektirmesi halinde veya haklı nedenlerin varlığı halinde farklı düzenlemeler yapmak eşitlik ilkesini ihlal değil, sosyal hayat ihtiyaçlarının doğal bir sonucudur. Birinci duruma örnek olarak, erkeklerin askerlik hizmetlerini, kadın işçinin doğum iznini; ikinci duruma da örnek olarak, işçi ve işverenler hakkındaki farklı düzenlemeleri verebilirim. Aile düzeni içinde veya evlilik birliğinin

sona ermesi halinde sonuçlarında, her iki tarafın da eşit korunmaya değer menfaatleri vardır. Kadın ve erkek eşittir ve ayırım yapılamaz. Evlilik birliği iki taraflı bir akittir, iki tarafın da özen göstermesi gereklidir, hak ve yükümlülükler eşittir. Keza, sadakat yükümlülüğü de bu tür bir sorumluluktur ve farklı düzenlenmesi kabul edilemez. Yasalar da toplumun bu en küçük çekirdek birliğini korumak için düzenlemeler yapmalıdır. Bu düzenlemeler, her iki tarafın da kişisel haklarını ihlal etmemelidir ve her iki taraf için de eşit esaslar çerçevesinde düzenlenmelidir. Aksi halde insan hakları zarar görür. Bir hukuk devletinin bu tür ihlallere izin vermemesi gereklidir.

TCK. nun 441. maddesi kadının zinasına göre, ayrıcalıklı koşullar getirmek suretiyle, kadının onurunu ayaklar altına almaktadır, onu eşit haklara sahip bir suje olmaktan çıkarmaktadır. Bu durum ayrıca son derece haksız uygulamalara yol açmaktadır.

Yine, cinsiyete dayanan ayrımlar, taraf olduğumuz insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde de reddedilmektedir. Türkiye bu anlaşmaları imzalamış ve kurallarını kendi iç hukuk kuralları haline getirmiştir.

Anayasamızın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti nin bir hukuk devleti olduğu yazılıdır. Hukuk devleti ilkesine göre, yasama, yürütme ve yargı gücünü sadece hukukun genel ilkelerini, Anayasa ve kanunlar çerçevesinde insan haysiyetini korumak, insan hakları ile temel hak ve hürriyetleri gerçekleştirmek, adalet ve güvenliği sağlamak amacıyla kullanabilirler. Bu açıklamadan da anladığımız üzere, Hukuk Devleti ilkesi 3 temel kavram üzerinde bütünlüştür. Bunlar, insan haklarının korunması, adaletin sağlanması ve güvenliğin sağlanması kavramlarıdır (Öztürk, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1995, No.55 vd.).

İnsan Hakları Evrensel Beyanname, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gibi milletlerarası belgelerde hiçbir ayırım gözetilmeksizin, sadece insanın insan olması nedeniyle her insan tarafından yararlanabilen haklara insan hakları denilmektedir. Hukuk devletinin ölçüsü insan haklarına sadece mevzuatta yer vermek ile değil, bunları uygulamaya geçirmekle ölçülür. Bir devlet insan haklarını gerçekleştirdiği oranda hukuk devletidir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesinin Türk Ceza Kanununun 441. maddesinin iptali hakkındaki kararı, iç mevzuatımızda insan haklarına ilişkin uygun düzenlemelerin yapıldığına ve bu düzenlemeler ile insan haklarının uygulamaya geçirildiğine ilişkin güzel bir ilerlemedir.

Bir devlet hukuk devleti olduğunu uygulamalarında gösterdiği oranda toplumdaki consensusu sağlayabilir. Bu madde gibi, yine özünde eskimiş ve

yeniliklere cevap vermeyen diğer kanun maddelerinin de gözden geçirilmesi, hukuk devletine yakışır yeni düzenlemelerin yapılması ve bunların uygulamaya geçirilmesi zaruridir. Ancak, bu şekilde toplumda gerçek adalet sağlanabilir.

Herkese kişiliğini geliştirme imkanının verilmesi, buna mani olan engellerin ortadan kaldırılması, her türlü imtiyazın ve keyfiliğin reddedilmesi ile gerçek bir hukuk devleti olunabilir. Tabii ki, bütün bu şartların yanında Hukuki Güvenliğin de temin edilmesi gereklidir. Aksi halde, toplumda huzursuzluk ve kargaşa başlar ve bu da anarşiye yol açar. Bütün bu sakıncaların önlenmesi için Hukuk Devleti ilkesinin korunması, benimsenmesi ve uygulanması şarttır. Bütün eşitsiz uygulamalara son verilmelidir.

Yine bir başka ilke olan İnsan Haysiyetinin Korunması İlkesi açısından da Anayasa Mahkemesinin iptal kararının incelenmesi gerektiği kanaatindeyim. Anayasanın 17. maddesinin 3. fıkrasında *"Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz, kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya ve muameleye tabi tutulamaz"* denilerek, insan haysiyetine verilen önem ifade edilmeye çalışılmıştır. İnsan haysiyeti bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür (Öztürk, no.90 vd.). O halde bir kanun maddesi, aile müessesesi gibi temel bir konuda nasıl olur da bir erkeğe sadece cinsiyeti nedeniyle ayrıcalıklı konum sağlayabilir, aile birliğinin temeli olan sadakat yükümlülüğünde nasıl değişik ve adaletsiz düzenlemeler yapabilir? Bu düzenleme kadının kişiliğine karşı yapılmış büyük bir insan hakkı ihlali teşkil etmez mi? Hiç kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bu tür bir farklı muameleye layık değildir. Türk Ceza Kanununun 440. madde ve 441.maddesi arasındaki ayrılık, toplumsal hayatın çekilmez hale gelmesini önleme amacını güden Hukuk Devleti ilkesine ters düşmektedir. İnsanların düzen içinde, huzurla yaşaması için insan haysiyetinin korunması şarttır.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesinin bu iptal kararı bütün bu açıklamalar çerçevesinde, yerinde olarak gözüküyor ise de, aslında pek çok sorunu yaratmaya namzet bir karar niteliğindedir. Gerçekte, TCK.nun 441. maddesinin kısmen değil de tümüyle ortadan kaldırılmış bulunması, çok kanlığa zemin hazırlayan bir ortam yaratmıştır. Bunu kabul etmek mümkün değildir. Oysa, sadece 441. Maddedeki kan koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan ibaresi iptal edilmiş olsaydı, yine belli ölçüde eşitlik sağlanmış olurdu. Eğer, herkesçe bilinecek ifadesinin de 440. Madde yanında farklı bir düzenleme olduğunu düşünürsek ki, bu mümkündür, çünkü, kadının zinasında böyle bir koşul aranmamıştır, bu durumda bu ifadenin de çıkarılma-

sıyla eşitsizlik tamamen giderilmiş olacaktır. Bu şekilde sorun, yasama organına iş düşmeksizin çözülmüş olacaktır.

Önder'e göre de, kocanın zinasında kadın evli olduğu takdirde artık erkeğin değil, kadının zinasından söz edilecek ve şikayet hakkı evli kadının kocasına ait olacaktır. Bu halde evli olan erkeğin karısının, fiil kadının zinası olması sebebiyle şikayete hakkı yoktur. (5.CD. 20.4.1976, 1255/1161) Evli olan kadının kocası fiil sebebiyle şikayet etmediği takdirde evli olan erkeğin karısı ceza kovuşturmasını harekete geçiremeyecektir. Zina teşkil eden fiilin gerçekleşmesi ve gerek erkeğin gerekse kadının evli olduğunun da anlaşılması halinde, zinanın, kadının zinası olarak kabul edildiği hallerde üzerinde durulması gereken bazı olasılıklara değinmekte fayda vardır. Kocanın zinası sebebiyle kan şikayet hakkını kullanmış ve yapılan yargılama sırasında kadının evli olduğu anlaşılabilir. Bu durumda mahkemenin vereceği karar, şikayet hakkının kadının kocasına ait olması sebebiyle ve onun zinayı bilip bilmediği ve şikayet hakkını kullanmak isteyip istemediğini temin bakımından beraat değil, durma kararı olacaktır. (5.CD. 9.10.1985, 2804/3741, YKD.1986-4/595) Karısının zinasından haberdar olan koca duruşmada şikayetçi olmadığını belirtmiş olması halinde de, beraat değil düşme kararı verilecektir. (5.CD: 16.4.1982,1290/1332) Bu gibi durumlarda, erkeğin karısının hakkı ancak kadının kocasının şikayette bulunması halinde davaya müdahil olarak katılabilme hakkından ibaret olacaktır. (5.CD. 7.3.1985, 36/917, YKD. 1985-5/741) Bu da bize gösteriyor ki, evli olmayan bir kadınla birlikte olmak ibaresi şikayet yönünden de eşitsizliklere sebep olmaktadır (Önder, Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul 1991, s.446 vd.).

Dönmezer ise, kadın ve erkeğin zinasının ayrı şartlara tutulmasının daha muvafık olacağı fikrindedir. Çünkü, memleketimizin sosyal şartları kadın ve erkeğin tabii olduğu cinsiyet kodlarını ayrı surette tanzim etmiştir. Kocasından başkası ile münasebette bulunan kadın hem muhitçe bütün şerefini kaybetmiş olur ve hem de keca ve çocukların küçük düşürür. Ayrıca bir tek münasebette kadının gebe kalması ve nesep rabitalarını bozması tehlikesi vardır. Halbuki erkeğin eşinden başkası ile münferit bir cinsi münasebeti aynı derecede vahim telakki edilmemekte ve aynı tehlikeyi ortaya koymamaktadır (Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, İstanbul 1984, n.266 vd.).

Dönmezer'in bu görüşünü kabul etmek mümkün değildir. Kocanın ilişkide bulunduğu kadının da bir cinsel ilişki ile gebe kalma tehlikesi vardır, bu durumda da nesep rabitası bozulacaktır. Doğacak çocuk evlilik dışı

olacaktır. Böyle bir durumda nasıl olur da evlilik zarar görmez veya daha az zarar görür diyebiliriz? Hangi ölçüye göre bu tür bir kayas yapabiliriz? Erkek ve kadını bu tür bir ayırımı tabii tutmak eşitlik ilkesi ile bağdaşmaz. Ayrıca bu tür bir münasebette bulunan kadının bütün şerefini kaybetmesine bir bakıma kanundaki bu eşit olmayan düzenleme sebep olmaktadır. Keza, kanun toplumun bu hareketine destek vermektedir. Erkek kayınılırken kadın dışlanmaktadır.

Yukarıda belirttiğim şekilde maddenin kısmen iptali halinde, maddenin hemen yürürlüğe girmesi için herhangi bir engel söz konusu olmayacaktı, bu suretle bu haksız uygulamalardan hemen kurtulmuş olunacaktı. Şu anda endişeli bir bekleme dönemi yaşamaktayız. Buna ilaveten, eğer, yasama organı verilen süre içinde hukuk devleti ilkesine uygun düzenlemeyi hazırlayamaz ise uygulamada kadının durumu Cumhuriyet öncesi döneme geri gidecek. Cumhuriyet ile kazanılan pek çok hak kadınların elinden alınacaktır, bu da takdir edileceği üzere büyük bir sorunu gündeme getirecektir. Açıkça görüldüğü üzere, bu iptal kararı hedeflenen amaçtan ziyade soruna yol açmak üzeredir. Hukuki boşluğun, erkeğin toplum ihtiyaçları gerekçesi ile birden çok kadınla evlenebilmesine izin veren bir hükümlerle doldurulması gerektiği şeklinde, görüşler ve uğraşlar gündeme gelmektedir. Bu fikir çatışmalarının da topluma herhangi bir yararı olmayacaktır.

Öte yandan, bir başka bakış açısıyla zina eyleminin suç olarak düzenlenmesi topluma ne yararlar sağlıyor? Kanaatimce, zinanın Türk Ceza Kanununda düzenlenmesinin caydırıcılık fonksiyonu yoktur. Uygulamada rastladığımız zina olayları aslında bize gerçek rakamları vermez. Çoğu olay adalete çeşitli nedenlerle yansıtılmamaktadır. Bu şartlar altında zinanın suç olarak düzenlenmesinin bir gereği yoktur. Türk Medeni Kanununda boşanma nedeni olarak düzenlenmesi ihtiyaçlara zaten cevap vermektedir. Zira, evlenmenin bozulmasına ilişkin sonuçların zina nedeniyle ağırlaştırılması daha kabul edilebilir ve caydırıcı olabilir.

Öztürk'e göre Ceza Hukukunun müdahalesi ancak, diğer hukuk dallarında öngörülenlerden daha ağır bazı yaptırımlara başvurulmazsa, sosyal düzen bazı insanlar tarafından bozulabilir, toplumsal hayat çekilmez bir hal alabilir ve bu yüzden de bazı temel hak ve hürriyetlerin idraki artık mümkün olmayabilir denilebiliyor ise mümkün olabilir. Ancak böyle bir zorunluluk Ceza Hukukunun müdahalesini meşru kılar. Aile gibi sosyal kurumları, sadece Aile Hukuku ile değil Ceza Hukuku ile de, örneğin zinayı boşanma sebebi saymakla yetinmeyip ayrıca suç haline getirerek aileyi koruyabileceğini sanmak son derece yanlıştır. Eşlerden birisi söz konusu suçtan mah-

kum olup cezaevine konulunca, yani devletin demir yumruğu ailenin üstüne inince, aile bütünü dağılacaktır. Bu yanlış fikri savunanlar sonucu acı bir şekilde göreceklendir (Öztürk, Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara 1994, s.3 vd.).

Önder'e göre, zinanın suç olup olmaması kültür meselesidir. Ülkemiz açısından zina fiilinin bugün için suç olma niteliğini kaybedip kaybetmediğini tespit halinde bu mesele çözülecektir.

Zina fiilinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hakkındaki tartışmalar uzun yıllardır yapılmaktadır.

Zina cezalandırılırsa, mağdur eşin şahsi ödüne itibar edilmiş, bu duygu tatmin edilmiş olur. Gerçekte ise, devletin ve toplumun zina fiilini cezalandırmakta bir yararı yoktur. Zina fiili, bu fiilden zarar gören eşe ilgilendirir ve bu eşe karşı gösterilmesi gereken sadakat görevinin ihlalidir. Gerçekleşen bu ihlal ise devleti ilgilendirmez. Evlilik birliği devletin temeli ise, bu temeli sarsan daha pek çok fiil vardır fakat devlet bu fiilleri cezalandırmamaktadır. Bunlar arasından zinanın seçilip cezalandırılmasının haklı bir nedeni olmaz. Kaldı ki, evlilik müessesesinin sarsılmamasında devletin yararı varsa, bu halde eşlerden birisinin evi terk etmesi ve aileyi geçim zorunda bırakması ve böylece perişan etmesi, eşlerden birisinin hayasız ve kötü bir hayat sürmesi, alkol veya uyuşturucu maddeye olan düşkünlüğü sebebiyle de evlilik birliğinin zinaya oranla çok daha etkili bir şekilde sarsılmaktadır. Devlet yarar görse dahi, evlilik birliği içinde yaşayan eşler arasında yakın bir ahlaki ve duygusal ilişkiyi ceza müeyyidesi ile hiçbir zaman kuramaz. Kovuşturma için eşin şikayetinin aranması da eşler arasında çirkin pazarlıkların yapılmasına sebep olmuş, şikayet ile mağdur eş bu yoldan kişisel intikam duygusunu tatmin edebilmiştir. Yine, devlet zinayı cezalandırmak suretiyle bu fiilin işlenmesine hiçbir zaman engel olamamış veya azalmasını temin edememiştir. Bu gün bir çok devletin ceza kanunlarında böyle bir suç tipine yer verilmediği görülmektedir. Örnek, Norveç, İsveç, Almanya, vs. Şikayetin kovuşturma için şart olarak aranması, bu suçta korunan hukuki yararın eşler arasında birbirlerine göstermeleri gereken sadakatin himaye edildiğini gösterir. Bu durumda ise aldatılan eş Medeni Kanuna göre zina sebebiyle boşanma davası açmakla sadakatsizliğe karşı gerektiği şekilde korunmaktadır. Bunun yanında ayrıca eşin cezalandırılması gereksizdir.

Bütün bu belirttiğim sebeplerle, zinanın suç olarak düzenlenmesine karşıyım. Zina fiilinin suç olmaktan çıkarılması halinde, artık eşitliği ihlal edecek bir düzenleme de söz konusu olmayacağından, bu sorun kökten hal-

ledilmiş olacaktır. Zaten, 28 Aralık 1997 tarihinde yasama organınca hazırlanmış yeni bir düzenlemenin bulunmaması halinde, uygulamada erkeğin zinası diye bir suç söz konusu olmayacak, buna mukabil 440. madde baki kalacak ve bu da Anayasayı ihlal edecektir. Sonuçta Anayasaya aykırı olan bu maddenin de iptali istenecek, iptal edilmesi halinde de zina suç olmaktan zorunlu olarak çıkarılmış olacaktır.