

IX. MİLLETLERARASI CEZA HUKUKU KONGRESİ
ve
CİNSİYET AHLÂKINA KARŞI SUÇLAR

Ord. Prof. Dr. Sulhî DÖNMEZER

G İ R İ Ş

1. — Geçen yıl, La Haye'de, 24/29 ağustos tarihleri arasında toplanan IX. Milletler Arası Ceza Hukuku Kongresinde incelenen dört konudan birisini, (Aileye karşı suçlar ve cinsiyet ahlâkı) teşkil etti. Konu, son yıllarda artık yerleşen bir usul gereğince, önce İtalyada Bellagio toplantısında daha dar bir cezacılar grubu tarafından tartışılmış ve Holandadaki toplantıya, cezacılar, hemen de noktai nazarlarını önceden tesis ederek gelmişlerdi. Bu sebeple, bizim de, çalışmalarına başından sonuna kadar katıldığımız ikinci seksiyonda çok çetin tartışmalar olmuş ve bazı kere ideolojik davranışlardan menşeyini alan kanaatler çarpışmıştır.

Bu yazımızda yapılan çalışmalara ve Genel Kurul tarafından ittihaz olunan temennilere ve bunlar bakımından mülâhazalarımıza işaret etmek istiyoruz.

Aile nizamı aleyhinde işlenen suçlara birinci büyük harbe kadar, cezacıların fazla önem vermedikleri bilinmektedir. Aile, Hususî hukuk müesseselerinden biri olarak, hemen de Ceza Hukukunun alanı dışında kalması gerekli bir müessese sayılmıştır. Gerçekten ilkel bir sosyal grup, bir sosyalleştirme ajanı, sosyolojik bir gerçek teşkil eden aile grubunun, sosyal bir sistem olarak işliyebilmesi için, ceza müeyyidesine ihtiyacı olmadığı uzun zamanlar kabul edilmişti.

XIX. yüzyılın ikinci yarısı ve hattâ yirminci yüzyıl başlangıcının bazı kanunlarında, ailenin himayesiyle ilgili olmak üzere yer alan suçlar zina, fücür, çok karıllık, bazan homoseksüellik ve mahdut bazı nesep suçlarından ibaret bulunmuş ve böylece geleneksel yasama cereyanı, ailenin himayesi ile ilgili olarak cinsiyet ahlâkına aykırı bazı fiilleri suç haline getirmekle yetinmiştir. Hemen hemen bütün ceza kanunlarının tutumu, diyebiliriz ki, böyle olmuştur. Cinsiyet

ahlâkını bu tarzda ceza müeyyidesi altına almanın umumî âdaba karşı olan bazı eylemleri önlemek, böylece toplumun «ademî tasvibini» belirterek ahlâkı korumak amacıyla mı yoksa cinsiyet ahlâkını müeyyidelemek yoluyla aile grubunu korumak amacıyla mı gerçekleştirildiği tartışma konusu olmuştur.

Biz şahsen cinsiyet ahlâkiyle ailenin korunması arasında sıkı bir ilgi bulunduğunu kanısındayız. Gerçekten aile müessesesinin bakası ile eşlerin cinsî ilişkileri arasında çok esaslı bir münasebetin var olduğu hususunda şüphe yoktur. Hattâ bir bakıma aile müessesesinin, toplum içinde talî bir grup olarak teşekkül edebilmesi ve sosyalleştirme fonksiyonunu yerine getirebilmesi, insan nevinde, cinsî münasebetin, diğer hayvan nevelerinden ayrı olarak bütün hayat boyunca ve bütün yıl süresince cereyan edebilmesine bağlanmıştır. Yani bazı sosyologlar insan nev'inin sözü edilen biyolojik özelliği ile aile müessesesi arasında kat'î bir münasebet kurmuşlardır. Durum böyle olunca aile mensuplarının cinsî faaliyetlerini düzenleyen cinsiyet ahlâkiyle ailenin himayesi arasında çok yakın bir münasebetin mevcut bulunduğunun kabulü tabii ve zarurî olur.

Bütün mesele, ailenin himayesi bakımından fonksiyonel değer taşıdığı muhakkak olan mezkûr Ahlâkın Ceza Hukuku prensipleri bakımından, ceza müeyyideleri ile de karşılanmasına ihtiyaç olup olmadığıdır.

Biz kanaatimizi peşinen belirtelim: Soru, belirli kültür şartları dışında, âlemşümül bir prensiple çözümlenmesi mümkün bir konu niteliğini taşımamaktadır. «*Moralité*» nin ceza müeyyideleri ile karşılanması hiç şüphesiz faydacı mülâhazalara dayanmalıdır. Yoksa sadece toplumun derin nefret ve istikrah duygularını ifade etmek için ahlâk kaideleri ve ahlâk müeyyideleri yeterlidir. Bununla beraber cinsî ahlâkın ihlâli dolayısıyla bazı toplumlarda o mertebe nefret ve istikrah duyguları husule gelebilir ki, ceza müeyyideleri ile cinsî ahlâkın da karşılanması zorunlu olur.

Yeni Akım :

2. — XIX. yüzyılda gelişen ve günümüzde de sürüp giden sanayi ihtilâli ve bunun getirdiği yeni ideolojiler, meseleler, bir kelime ile sosyal değişmeler aile sosyal sisteminde derin değişiklikleri sonuçladı; bu değişmeler bazan geleneksel ailenin erimesi, çözülmesi şeklinde telâkki edilmiş ve olayların etkisi altında kalan kanun koyucular aile düzeni ile ilgili suçları yeniden gözden geçirmek, bun-

ların adedini çoğaltarak Aile Hukukundan çıkan yükümlerin yerine getirilmemesini cezalandırmak ve aile düzenini koruma amacını güden suçlar için kanunlarda ayrı bölümler açmak yoluna girmişlerdir. Bu eğilimi bilhassa Alman, Danimarka, Yunan, Norveç, İtalyan kanunlarında açıkça görüyor ve böylece Âme Hukukunun git-tikçe hususî hukuk ilişkilerine yayıldığını müşahade etmek imkânını buluyoruz. Bu eğilim çerçevesinde aile, artık, kanun koyucularca, sosyal düzenin temeli olarak telâkki edilmekte ve Aile Hukukundan çıkan mükellefiyetlerin, aile içinde üyelerin işgal ettiği rollerin zorunlu kıldığı görevlerin, ceza müeyyideleri ile yerine getirilmesi teminat altına alınmağa çalışılmaktadır. Böylece Medenî Hukukun bazı kaidelerinin ihlâl edilmesi kollektif menfaatlere karşı işlenmiş suçlar gibi sayılmaktadır. Bu suçları Devlete ve Devletin müesseselerine karşı işlenmiş suçlar gibi sayan müellifler de vardır. Bu akım, gine geleneksel olarak, suç telâkki edilmesi düşünülmeyen hattâ zararlı sayılmış olan bazı hükümlerin de suç haline getirilmesini gerektirmektedir.

Yeni Akım ve La Haye Kongresi :

3. — Böylece ortaya çok dikkati çeken bir gelişme çıkmıştır: Bir taraftan geleneksel olarak suç sayılması gerekli görülmeyen alanlara kanun koyucunun müdahale ederek mutad olmayan suç neveleri ihdas etmesine karşılık diğer yandan geleneksel olarak suç sayılmış cinsiyet ahlâkıyla ilgili bazı fiillerin artık suç teşkil etmemesi lâzım geldiği şiddetle öne sürülmektedir. Bir yandan geleneksel anlayıştan uzaklaşarak yeni suçlar ihdas ediliyor ve Hususî Hukuk sahasının istilâsı manzarası meydana çıkıyor diğer yandan geleneksel olarak suç sayılan bazı fiillerin suçluktan çıkarılması akımı kendisini kuvvetle gösteriyor.

Bu fikir cereyanı bilhassa 9. Milletler Arası Ceza Hukuku Kongresinde kendisini kuvvetle göstermiştir. Gerçekten, bahis konusu kongrede, ikinci seksiyonda gelişen tartışmalarda Ceza Hukukunun cinsî davranışlara ne ölçüde müdahale etmesi lâzım geldiği sorusundan hareket edilmiş ve genel raportör meseleyi şöylece ortaya koymuştur: Cinsî davranışlara Ceza Hukuku hangi ölçüde ve nereye kadar müdahale etmelidir? Bu nevi davranışlarda bilhassa müşkül olan cihet, toplumda husule getirilmiş olan zararın, tarafların rızasıyla meydana çıkan ve insan için gıda maddeleri kadar zarurî bulunan hareketlerin men edilmesini haklı kılıp kılmadığını teşhis ederek or-

taya koymaktır. Bu nevi hareketler genellikle gizli olarak cereyan ettiğinden takipleri de çok güç olmakta ve binnetice kanun hükümleri ölü maddeler halini almaktadır. Kanunun tatbiki hususundaki imkânsızlık mantıken bu suçları kanunlardan silmek lüzumunu telkin eder. Fakat böyle bir telkin karşısında derhal kanunun bu suçları ilga etmesinin mezkûr davranışların tasvibi mânasını ifade edeceği belirtilerek itirazda bulunulmaktadır. Her halde genel düşünüş bu tip suçların adedinin asgarîye indirilmesi yönündedir. Böylece ortaya, kanunla ahlâk arasında çok daha açık bir ayırma yapma lüzumu çıkmaktadır.

Kongrenin Kararlaştırdığı Temenniler :

4. — Genel raportörün bu açıklaması, inceleme konumuz bakımından, kongreye katılanların çoğunluğunca benimsenen görüşü teşkil etmiş ve Genel Kurul özetle aşağıdaki temennileri izhar etmiştir:

1° Zina suç teşkil etmemelidir.

2° Fücurun suç sayıldığı memleketlerde, bu suç usul ve furuğ ve erkek ve kız kardeşler arasındaki münasebetlere hasredilmelidir. Bilhassa fücür suçlarında usul kaideleri suçlunun şahsının ve sosyal ve ailevî muhitinin gözlemine zorunlu kılar.

3° Doğumların ve gebeliği önleyici vasıtaların tanzimi hususundaki bilgilerin yayılması ve propagandası, ancak müstehcenliği meneden Ceza kanunu hükümlerine ve gençliğin korunmasına ait kanunlara aykırı olduğu hallerde suç teşkil etmelidir.

4° Çocuk düşürmeyi suç haline getiren memleketlerde, hukuka uygun çocuk düşürme hallerini ve imkânlarını arttırmak zarureti vardır. Kanun koyucunun kadına çocuk düşürmeye imkân verdiği bütün hallerde bu imkân kanun tarafından büyük bir itina ile düzenlenmelidir.

5° Ceza kanunu sun'î ilkah tatbikatını ancak karı ve kocanın rızaları dışında uygulandığı hallerde menetmelidir.

6° Ceza kanunu homoseksüel tavır ve hareketi ancak aşağıdaki hallerde menetmelidir:

a) Münasebet cebir veya şiddetle gerçekleştirilmişse;

b) Bir küçük, reşit bir kimse tarafından homoseksüel münasebete sevk edilmişse,

c) Bir nezaret veya itimat münasebeti icabı mevki işgal eden kişi bunu suiistimal ederek idaresi altında bulunan küçüğü veya ihtimamına tevdi edilen kişiyi homoseksüel fiil icrasına sevkederse,

d) Homoseksüel davranış açık bir şekilde veyahut diğer kişileri kötülüğe tahrik edecek surette husule gelirse,

e) Homoseksüellik bakımından mutavassıtlığa tahrik veya teşvik bahis konusu ise,

Kadın veya erkekler tarafından yapılan ve yukarda sayılan unsurlardan hiç birini ihlâl etmeyip rızasıyla reşitler arasında cereyan eden homoseksüel fiil ve hareketler kanun tarafından cezalandırılmamalıdır.

7° Çocuklara ve kadınlara yardım ve müzaheret vazifelerinin ihmali ve bu husustaki noksanlar, muasır toplumun arzettiği büyük seyyaliyet dolayısıyla ciddî bir sosyal problem teşkil etmekte ve önemi de devamlı bir şekilde artmaktadır. Milletler Arası Ceza Hukuku Derneğince bir komisyonun, Aile Hukuku, Ceza Hukuku ve Devletler Hukuku mütehassıslarından mürekkep olarak teşkil edilmesi ve bu konu üzerinde sosyolojik - hukukî bir araştırma icra etmesi tavsiye edilmektedir.

İlerde geliştirilecek gayretler çerçevesinde olarak kadın ve çocuklara müzaheret vazifesinin ihlâli hususunda dünya ölçüsünde kabul edilebilecek müessir çareleri bu komisyonun tespit eylemesi uygun mütalâa edilmiştir.

Dikkat edilmelidir ki kongrenin konu ile ilgili olarak dermeyeran ettiği temennilerin bir kısmı cinsiyet ahlâkının ihlâli konusu ile doğrudan doğruya ilgili bulunmakta buna mukabil diğer bazı temenniler ile konu arasında ancak belki de dolayısıyla bir ilgi tespit edilebilmektedir. Biz aşağıdaki bahislerde kongrenin belirttiği temennileri birer birer ele alarak konu ile ilgili görüş ve düşüncelerimizi aksettirmeyi uygun buluyoruz.

Zina :

5. — Yukarda da belirttiğimiz gibi kongrenin dikkati çekici temennilerinin başında zinanın suç olmaktan çıkarılması hakkındaki kararı geliyor. Bu konu ötedenberi cezacıları işgal etmiş ve zinanın suç olmaktan çıkarılması lehinde görüşler belirtilmiştir; bu görüşleri şöylece özetleyebiliriz:

Zina tarihen, kocanın karısı üzerindeki mülkiyet haklarının bir nevi ihlâli gibi kabul edilmiş ve bu görüş modern hukuk sistemlerinde de izler bırakmıştır. Bugün evrensel haklar beyannamesi hukuk önünde bütün insanların ve cinsiyetlerin eşitliğini ilân etmiş bulunduğuna göre kocanın mülkiyet hakları bir nevi bâtil fikir gibi telâkki edilmeli ve ilga edilmelidir. Nitekim zina bazı memleketlerde yıllardan beri suç olmaktan çıkarılmıştır ve halen hiç kimse bu fiilin yeniden suç haline getirilmesini temenni etmemektedir. Japonyada zina on yıl önce suç olmaktan çıkarılmış ve geçen devre elde olunan neticeler dolayısıyla, bidayette ilgaya en şiddetli şekilde muarız olanlar dahi bu gün artık bu noktai nazarlarını terk etmişlerdir. Günümüzde Bulgaristan, İngiltere, Rusya, Polonya, Çekoslovakya, Yugoslavya ve Norveç kanunları zinayı suç telâkki etmemektedirler. Çünkü artık Ceza Hukuku aile hayatında sadakati ve namuskârlığı sağlamak için uygun bir vasıta sayılmamaktadır. Kaldı ki zinayı suç olarak muhafaza eden memleketlerde dahi kanun hükümleri tatbik edilememekte ve ölü maddeler halini almaktadır. İsviçre Federal Ceza Kanunu müzakere edilirken, beliren görüş, esas itibariyle zinanın suç teşkil etmemesinden ibaret bulunmuş ise de, kantonlar öteden beri zinayı suç saydıklarından, federal kanun bunu suç saymayacak olursa kanunun referandumda bütünüyle reddolunabileceğinden korkulduğu için fiilin kanunda muhafazası uygun sayılmış ve ancak, cezaî takibat, zinanın boşanmayı mucip olması halinde mümkün hale getirilmiştir.

Böylece özetlenen ve 9. Ceza Hukuku Kongresinde de beliren fikirlerin günümüzde gittikçe kuvvet kazandığını ve dünyamızın son elli yıl içinde geçirdiği sanayi ihtilâlinin ve ikinci dünya harbinin, örf ve âdetlerde, yaşama tarzlarında husule getirdiği değişikliklerin ne derece esaslı olduğunu belirtebilmek üzere 19. asrın iki büyük Fransız Ceza Hukuku üstadının eserinden zina suçu konusu ile ilgili bir kaç cümleyi nakletmek isteriz¹: «Eğer bir suçun ağırlığı sadece neticelerinin vahameti yönünden ölçülse idi, zina en meş'um suçlar arasında yer alırdı: Zira bu suç yalnız nikâhın mukaddesliğini ihlâl etmekle ve toplumun, temelini yıkmakla kalmaz ve fakat aile içindeki şefkat ve muhabbet duygularını tahrib eder, bizatihi aileyi kırar, örf ve âdetleri bozar ve çürütür, kinleri tutuşturur, intikam duygularını ayağa kaldırır ve böylece en meş'um cürümlerin en aktif sebeplerinden birisi halini alır».

1) *Chaveau - Hélie*, Théorie du Code Penal, c. IV, s. 343.

Bu cümlelerde ifadesini bulan fikirlerle olan benzerliği belirtmek ve bu konuda islâmî telâkkilerle hıristiyanlık telâkkilerinin nasıl bir benzerlik gösterdiğini açıklamak için günümüzün büyük islâm hukukçularından birisinin eserinden de² bir iki cümle nakledelim: «Şari i hâkim, zinanın cezalarıyla beşeriyetin nezahatini, şerefi insanisini, behimiyet haline düşmekten siyanetini temin edecek en kuvvetli bir müeyyide-i adalet vücuda getirmiştir. Zina pek fena bir cinayettir.... Evet, zina fazihası, nesillerin ziyasına aileler arasında hıyanet ve denaatin zuhuruna, cemiyet hayatında iffet ve nezahatin zevaline ve çok kere muhasemat ve mukatelâtın tekevvününe sebebiyet verir. Zina fazihası nice aileleri mahveder, nice namuslu kimseleri ebediyen bir mahcubiyet altında bırakır, nice şahsiyetlerin nesepelerini şüpheli gösterir. Bu cihetle bir zina hâdisesi, her hangi bir tehevür ve adavet neticesi olarak meydana gelen bir katil hâdisesinden pek meş'um, hicabaver bir cinayettir...».

6. — Meselenin La Haye Kongresinde müzakeresi sırasında da zinanın suç teşkil etmemesi hususunda yukarda özetlediğimiz fikirler büyük bir şiddetle öne sürüldü. İsrail, Bulgaristan delegeleri zinanın suç halinden çıkarılmasını kuvvetle savundular ve zinayı suç saymayan memleketlerde ve kendi memleketlerinde bundan dolayı tahrib edici neticelerin husule gelmemiş bulunduğunu belirttiler. Esas noktai nazar şu oluyordu: Zina esasında elbette ki tasvibi mümkün olmayan kötü bir harekettir. Fakat zina fiillerini suç haline getiren bir kanunun aileyi himaye bakımından bir tesiri olmaz; zira zinayı icra edecek olanlar kanundaki müeyyide dolayısıyla bundan çekinecek değillerdir.

✕ Bizim kongrede belirttiğimiz noktainazar şu oldu: Zinanın bir suç teşkil edip etmemesi konusunu muhtelif kültürler arasındaki farkları göz önünde tutmadan bir çözüme tâbi kılmak hem mümkün ve hem de uygun değildir. Konu, mahallî kültürün şartlarına, menşelerine, kültürün, karının kocasına ve kocanın karısına karşı yükümlü bulunduğu sadakat vecibesinin ihlâline verdiği değere ve öneme bağlıdır. Binnetice bir kültür taassubu (ethnocentrism) içine düşerek ve içtimaî problemleri sadece kendi kültür şartlarına göre değerlendirme suretiyle mütalâalar serdetmek hatadır. Bir fiilin suç teşkil edip etmemesi sırf rasyonel bir görüşle çözümlenecek bir konu teşkil etmez.

2) *Nasuhî Bilmen*, Hukukî İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, 1953, c. III, s. 213.

Gerçekten kanunumuzda mevcut zina ile ilgili hükümlerin tarihesi gözden geçirildiğinde Türk kanun koyucusunun zinayı suç olmaktan çıkarmak şöyle dursun bilâkis bunun cezasını arttırmak eğiliminde olduğu görülüyor. Elimizde mevcut mahkûmiyet istatistikleri gözden geçirildiğinde zinadan dolayı mahkûmiyet rakkamlarının umumî suçluluğa nazaran olağanüstü bir fazlalık arzettiğini görmüyoruz; ancak hakikî suç miktarının bu rakkamların çok üstünde olduğunu da söylemek lâzımdır. Fakat gine şu ciheti tespit etmek lâzım gelir ki Türkiyede işlenen zina fiilleri elbette ki garp memleketlerine nazaran daha az adette olmak icab eder. Gerçekten Türkiyede aile içindeki kadın erkek münasebetleri, örf ve âdetler, diğer sosyal kontrol vasıtalarının işleyişi nazara alınacak olursa elbette ki memleketimizde garba nazaran daha az miktarda zina suçunun işlendiğinin kabulü gerekir. Ancak aradaki fark şundan ibarettir ki garp memleketlerinin çoğunda zinadan dolayı ceza takibatı yoluna artık gidilmediği, meselâ Hollanda da zinadan dolayı hemen de hiç bir mahkûmiyete tesadüf olunmadığı halde Türkiyede karısının zinasından haberdar olan erkekler bilhassa şehirlerde ve orta sınıflarda ceza takibatı yoluna gitmektedirler. Köy muhitlerinde ise kadının zinası koca tarafından adam öldürmeye kadar giden ağır kan suçlarının başta gelen saiklerinden birisini teşkil ediyor. Gerçekten İstanbul Üniversitesi Kriminoloji Enstitüsünün 1944 yılında cezaevlerinde bulunan 6386 adam öldürme mahkûmu üzerinde yaptığı kriminolojik araştırma sonunda namus veya aile şerefini koruma kaygusu ile işlenen adam öldürme suçlarına ait mahkûm adedinin 355 olduğu tespit edilmiştir. Şahsî müşahadelerimiz zinadan dolayı ceza takibatının bu nevi adam öldürmeler yönünden bir nevi emniyet süpâpı teşkil ettiğini ortaya koymaktadır. Hakikat şudur ki bugün artık köyler dışındaki şehirlerde kadının zinası ağır bir takım cürümleri değil, genellikle, ceza takibatını icab ettiriyor. Yine zina bakımından toplumun bazı sınıflarında örf ve âdetlerde bir yumuşama husule geldiğini söylemek lâzım gelir.

1953 yılında, Ceza kanununda mevcut zina ile ilgili cezaların bir miktar arttırılması yoluna gidilirken millet vekillerinden birisi zina suçu bakımından eşler arasındaki müsavatsızlığın izalesini mümkün kılacak bir tâdil teklifinde bulunmuş ve eşitsizliği belirten yürürlükteki hükümleri harem zihniyetinin son bir kalıntısı olarak tavsif ile, tâdil teklifi kabul olunduğunda evli erkeklerin yuvalarına daha ziyade sadık hale geleceklerini belirtmiş ve erkek imtiyazlarını kaldırmak zaruretine işaret etmiştir. Meclisin çoğunluğu ise hakikatları

nazara almanın zorunluğuna işaret ile zina eden bir kadının toplum nazarında bir fahişe sayıldığını, buna karşılık erkeğe sadece çapkın denildiğini belirtmiş ve iffet ve namus alanında da kadınla erkek arasında tam bir eşitlik sağlamanın bahis konusu olmayacağına işaret edilmiştir; teklif reddedilmiştir.

Bu olay da göstermektedir ki nüfusun pek geniş kısmını teşkil eden köylülerin itiyat ve inanışları göz önünde tutulacak olursa zinanın bir suç olmaktan çıkarılmasını savunan temenninin bugün için Türk mevzuatı bakımından kabul edilebilmesine imkân yoktur.

Fücur (incestus) :

7. — Fücur konusunda La Haye kongresinin belirttiği temenninin neden ibaret bulunduğunu yukarıda 4. no.lu paragrafta açıklamıştık. Kongrede esas temayül mümkün olduğu kadar fücur suçunun hududunu daraltmak şeklinde kendisini göstermiştir. Gerçekten bazı memleketlerde aralarındaki cinsî münasebetlerin fücur olarak cezalandırıldığı aile fertlerinin çok geniş olarak taayyün ettiğine ve meselâ Habeşistanda bu memnuiyetin yedi dereceye kadar gittiğine işaret edilmiş, özet olarak bazı dinî ve ırkî mülâhazalarla suçun muhafazası uygun telâkki edilebilirse de bu memnuiyetin mümkün olduğu kadar dar bir sınır içinde tutulması noktainazarı üstünlük kazandığından suçun sadece usul füruğ ve erkek ve kız kardeşler arasında gerçekleşecek cinsî münasebetleri karşılaması lâzım geldiği noktainazarı üstünlük kazanmıştır.

Bahiskonusu noktainazarı biz de uygun telâkki etmişizdir. Ancak belirtelim ki aslında fücurun suç teşkil etmemesinin çok daha yerinde olacağı mutalâasındaız.

Tarihen bütün toplumlarda ve bütün kültürlerde en eski devirlerden beri bir fücur tabusunun mevcut bulunduğu malûmdur. Bu tabunun istisnaları nadir olarak mevcut bulunabilmiştir. Meselâ eski Mısırdaki Firavun aileleri mensuplarının birbirleriyle evlenmeleri mecburiyeti böyle bir misal teşkil etmektedir.

Fücur tabusunu biyolojik, psikolojik, kültürel cephelerden izah eden görüşler vardır. Günümüzde fücur fiillerini cezalandıran kanunlardan bazıları umumî âdabı korumak (Avusturya, İspanya, İngiltere, Birleşik Amerika); bazıları ailenin saf ve temiz kalmasını sağlamak (Belçika); ırkın hıfzısihhasını teminat altında bulundurmak (İsveç); insan şahsiyetini korumak (Çekoslovakya) amacını gütmektedirler.

Fücur tabusu tarihî menşei itibariyle ve hukuken ne şekilde izah olunursa olunsun bu gün içinde fücur fiilleri zuhur eden bir ailenin iç münasebetleri yönünden derin bir inhilâl ve psikopatolojik şartlar içinde bulunacağı muhakkaktır ve fücur bu şartların mahsulüdür. Gerçekten *Weinberg* araştırmaları sonunda bu konuyu şöyle açıklıyor: Zina, üyelerinin aile dışında uygun ve iyi sosyal münasebetler yürütmek hususunda çok güçlük çektikleri veya bunun esasen mümkün bulunmadığı ailelerde bilhassa tesadüf olunan bir olaydır. Keza içindeki fertlerin, aile içinde cinsî faaliyetlerde bulunulamıyacağı hususunda yerleşmiş duyguları kâfi derecede benimsememiş üyelerden mürekkep ailelerde de fazla adette fücur fiillerine tesadüf olunmaktadır.

Bu satırların da ifade ettiği gibi bazı memleketler ceza kanunlarında mevcut fücurla ilgili ceza hükümleri faydacı bir zemin üzerinden değil ve fakat sadece toplum içindeki nefret duygularını belirtmek yönünden kabili müdafaa olabilir; yoksa bu hükümlerin faydacı ve önleyici bir tesirinden bahsetmek uygun görülmez. Bu gibi fiilleri ika etmek durumunda olan genellikle anormal kişiler cezalandırıldıktan sonra gine aynı aile muhitine dönerek mevzubahis fiilleri ikada devam etmektedirler. Fücur tabusu, aile bakımından fonksiyonel bir değer taşıdığından yukarda belirttiğimiz ârizalar mevcut bulunmayan ailelerde fücur genellikle tahakkuk etmez; tahakkuk ettiği takdirde ise bu patolojik sebeplere dayanacağından cezalandırmanın hemen de faydası olmaz.

Türk toplumunda geleneksel aile her türlü sosyal değişikliğe rağmen mevcudiyetini kuvvetle muhafaza eylediğinden, fücur fiillerine, münferit patolojik haller dışında hemen de tesadüf edilmemektedir.

Gazetelerde büyütülerek nakledilen bazı münferit olayların tesiri altında 1953 yılında bir millet vekili fücuru suç haline getiren bir maddenin Ceza kanununa ithali için teklifte bulunmuş, mucip sebep olarak Türkiyede çok ender dahi olsa fücur fiillerine tesadüf edilebildiğini, nesebi ve ahlâkiyatı korumak için bu nevi bir hükmün kanuna sokulması istenildiğini belirtmişti. Teklifi reddeden Büyük Millet Meclisinde, mucip sebep olmak üzere Türkiyede böyle bir tedbir almayı icab ettiren bir vaziyetin mevcut bulunmadığı, aksine böyle bir hükmün iftiraları tahrik edeceği, aile içine lüzumsuz ve gereksiz olarak âmme müdahalesini sokacağı, ihbarcılık ve jurnalcilik itiyatlarını uyandıracığı, fayda değil ve fakat sadece zarar husule getireceği belirtilmiştir; doğrudur.

Gebeliği önleyici vasıtaların düzenlenmesi hususundaki bilgilerin yayılması ve propagandası :

8. — Kongre, gebeliği önleyici vasıtaların düzenlenmesi hususundaki bilgilerin yayılması ve propagandasının, esas itibariyle, suç teşkil etmemesi ve ancak müstehcenlik veya gençliğin korunmasına ait kanunları ihlâl niteliği arzettiği hallerde cezalandırılması noktainazarını benimsemiştir. Bu temenniye aile plânlaması noktainazarının artık kabul edilen bir müessese halini almış bulunmasına bağlamalıdır. Belirtelim ki konu üzerindeki fikirler çok değişiktir. Bazı memleketler gebeliği önleyici vasıtaları izah eden, bu konuda bilgiler ihtiva eden yazıların neşrini suç saymakta devam ettikleri halde diğer bazı memleketler doğumların kontrolünü sağlayacak bilgilerin yayılmasını aksine cesaretlendirmekte ve bunun kanuna aykırı çocuk düşürmeleri önleyeceğini savunmaktadırlar. Meselâ katoliklik ahlâkî felsefesi doğum kontroluna taallûk eden her türlü vasıtaya muhalif bulunduğu halde bilhassa fazla doğumların dünyayı tehdit eden bir nispet aldığını öne sürenler menedici hükümlerin Ceza kanunlarından çıkarılmasını tavsiye etmektedirler.

Günümüzde aile plânlaması, iktisadî kalkınmayı sağlayabilecek vasıtalarından birisi olarak kendisini gösteriyor. Memleketimizde de aile plânlamasını derpiş eden bir kanun intişar etmek üzeredir. Hal böyle iken bizim Ceza kanunumuzun 471. maddesinin 2. fıkrasında yer alan hükmü muhafazada devam etmenin elbette mânası kalmamıştır. Ancak kongrenin de haklı olarak temenni eylediği gibi aile plânlamasını sağlayabilecek propagandanın müstehcenlik hüviyetini almayacak surette yapılmasını ön görecektir hükümlere ihtiyaç vardır.

Çocuk düşürme, çocuk aldırma :

9. — Kongre, yukarda 4 no.lu paragrafta da belirtildiği üzere çocuk düşürme konusunda geleneksel davranışlardan ayrılan bir noktainazarı açıkça belirtmiştir. Bu noktainazar çocuk aldırmayı artık eskiden olduğu gibi vahim bir fiil gibi telâkki etmemek, meşru çocuk aldirmaları kolaylaştırmak ve suç teşkil eden hükümlerin istisnalarını çoğaltmak şeklinde kendisini göstermiştir.

Gerçekten genel raportörün kongreye sunduğu teklif projesinde, Genel Asamble tarafından kabul olunan temenniden farklı olarak, çocuk aldırmanın meşru sayılacağı hallerin bir nevi «tâdadı» yoluna gidilmiş ve «*gebe kadının hayatını, fizik yahut aklî, ruhî sağlığını veya muvazenesini korumak için*» ve «*çocuğun, irza tecavüz*

veya fücur mahsulü olduğu hallerde ve esaslı şekilde deforme ve anormal bir çocuğun doğmasının muhtemel bulunduğu vaziyetlerde» çocuk düşürmeye müsaade edilmesi teklif edilmişti. Ayrıca raportör bütün bu hallerde çocuk aldırma için özel bir izin alma usulünü de teklif ediyordu; böylece formüle edilen teklifin İsveç, Japonya, Bulgaristan ve diğer bazı memleketler tarafından kabul edilmiş liberal noktainazarla Belçika, İngiltere ve İtalya gibi memleketlerce kabul edilmiş noktainazarlar arasında bir nevi «uzlaşma» hüviyeti taşıdığını belirtmekte idi.

Gerçekten toplantıda Rus delegesi çocuk düşürme ve aldırmanın sosyal bakımdan zararlı bir hareket sayıldığını belirtmekle beraber men'olunmadığını, zira ceza müeyyideleri ile çalışan kadınların çocuk düşürmelerine mani olunmaya çalışıldığı hallerde kadınların sağlığı bakımından daha zararlı neticelerin husule geleceğini belirterek 1955 te Stalinin ölümünden sonra çocuk düşürmenin artık suç halinden çıkarıldığını ve hastahaneler dışında çocuk düşürmeye teşebbüs etmenin suç teşkil eylediğini beyan etti. Bulgar delegesi dahi mevzuatın Rusyadakinin aynı olduğunu ve bu hükümlerle kadının iradesine saygı göstermek ve gizli çocuk düşürme ve aldırmanın tehlikesine karşı kadının sağlığını koruma maksadının güdüldüğünü açıkladı.

İsrael delegesi ise çocuk düşürmeyi meneden hükümlerin müspet neticesinin zenginlere, çocuklarını aldırabilmek, fakirlere ise bunu yaptıramamaktan ibaret bulunduğunu belirtti: Modern mevzuat, zenginlerle fakirler arasında böyle bir tefrike gitmemelidir.

Bütün müzakerelerden ortaya çıkan ve taayyün eden noktainazar şu olmuştur ki bugün artık çocuk düşürmenin men edilmesi ırkı korumak, nüfusu arttırmak gibi mülâhazalara değil ve fakat kadınların sağlığını korumak düşüncesine dayanmalıdır. Böyle olunca da bizzat kendi çocuğunu düşürmeye teşebbüs eden kadının cezalandırılmasının ise mânası yoktur.

Biz, müdahalemizde öne sürülen teklifin esas prensiplerini uygun saydığımızı belirtmekle beraber bu konuda iki davranıştan birisinin ihtiyar edilebileceğini, ya Rusyada ve diğer bazı memleketlerde olduğu gibi prensip olarak çocuk düşürmeye ve aldırma mesâğ verilebileceğini veyahut esasta çocuk düşürmeyi men etmekle beraber bunun istisnalarının kanunda gösterileceğini açıkladıktan sonra bir kere ikinci noktainazar kabul edilince istisnaların dikkatle tespiti iktiza edeceğini, bu dikkat gösterilmediği takdirde tatbikatta, hükümlerin çocuk düşürme ve aldırmanın mutlak serbestisi şekline

sokulabileceğini, suiistimallere yol açılacağını genel raportör tarafından teklif edilen metnin bu nevi suiistimallere açık kapı bıraktığını ve binnetice metnin ıslâh edilmesi lâzım geldiğini belirttik.

Bu noktainazar esas itibariyle itibar görmüş bulunmalıdır ki neticede genel raportörün teklif ettiği metnin ıslâhı uygun görüldü ve teferruatı ihtiva eden bir temenni metni yerine umumî esasları ihtiva eden bir metnin kabul edilmesi uygun görülmeyle beraber istisnalar dolayısıyla tatbikatta suiistimleri önlemek üzere «kanun vazının kadına gebeliği sona erdirmek hususunda yetki verdiği bütün hallerde çocuk düşürme ve aldırmanın kanun tarafından ihtimamla düzenlenmesi» lâzım geleceği ayrıca tasrih edildi.

Sun'î ilkah :

10. — Yukarda 4. no.lu paragrafta işaret ettiğimiz veçhile kongrenin sun'î ilkah konusundaki noktainazarı bir tek istisnaî hal dışında sun'î ilkahın suç teşkil etmemesi yolunda olmuştur. Gerçekten, insanlar arasında, sun'î ilkah konusu son yıllarda o mertebe bir teknik gelişmeye ulaşmış bulunuyor ki artık hukukun bu meseleye karşı bir tutum ittihaz etmesi zarureti meydana çıkıyor. Genel raportörün de belirttiği gibi bu konuda, ahlâkî ve dinî itirazlar mahfuz kalmak kaydıyla erkeğin kısır, kudretsiz fakat çocuk yapabilecek durumda bulunduğu halleri birbirinden tefrik etmek icab eder. Kocanın sun'î ilkaha rıza gösterdiği hallerde fiil suç teşkil etmemeli aksi halde suç teşkil etmelidir.

Müzakerelerden Almanyada vücuda getirilen Ceza kanunu projesinin bu konuyu ele aldığı ve kadın veya erkekten birisinin sun'î ilkaha muhalefetine rağmen bu muameleye müracaat olunduğu hallerde suçun kabul edildiği anlaşıldı. Buna mukabil Avusturyada uzun tartışmalar sonunda sun'î ilkahın ceza kanununa ithalinden vazgeçildiği ve bu görüşün Avusturyada zinanın suç teşkil etmemesine dayandığı belirtildi.

Bu arada sun'î ilkah halinde kendisinden tohum alınan erkeğin hüviyetinin gizli tutulmasının çocuğun temel haklarının bir nevi ihlâli mahiyetini arzedip etmiyeceği konusu münakaşa edildi ve bu sırrı açıklamanın çocuğun hakikî durumu hakkında ciddî müşkül-leri ortaya çıkaracağı belirtildi.

Noktainazarımız şudur ki sun'î ilkah konusu tekniğinde tahakkuk ettirilen gelişmeler dolayısıyla gittikçe önem kazanmaktadır. Bir müddet sonra memleketimizdeki tatbikatın da yayılacağı tahmin

olunabilir. Binnetice Aile Hukukunun bu konuyu tanzim etmesi lâzımdır. Her halükârda kocanın veya karının rızası hilâfına yapılacak sun'î ilkah tatbikatının oldukça ciddî ferdî ızdırapları ve nesep karışmalarını mucib olacağı göz önünde tutularak karı kocanın rızası hilâfına yürütülecek uygulamaların suç haline getirilmesinde fayda vardır.

Homoseksüellik tatbikatı :

11. — Kongre, homoseksüellik tatbikatının, reşit kişiler arasında ve rıza ile tahakkuk eylediği hallerde suç teşkil etmemesi nokta-nazarını ittifakla belirtmiş ve böylece herhangi bir tahdide müracaat etmeden kadınlar ve erkekler arasındaki bu nevi tatbikatı cezalandıran Danimarka, Avusturya ve Bulgaristan mevzuatından ayrılmıştır.

Malûm olduğu üzere Ceza kanunumuz erkekler arasındaki homoseksüelliği reşit kişiler arasında ve rıza ile işlendiği takdirde cezalandırmamaktadır. Buna mukabil cebir ve şiddetle ve küçüklere karşı işlenen suçlar, yerine göre ırza tecavüz ve ırza tasaddi olarak cezalandırılmaktadır. 1960 yılında yapılan bir tâdil ile Rus kanunu da, bizim kanunumuza benzer hükümleri kabul etmiştir.

Kanunumuzun hükümlerinin yerinde olduğu kanaatındayız. Kaldı ki kongre dahi yukarda 4 no.lu paragrafta belirtildiği üzere, hemen de kanunumuzca cezalandırılan homoseksüellik tatbikatının tecziye edilmesini teklif ile yetinmiştir. Böyle bir tutum muvacehesinde bazıları geleneksel telâkki tarzlarının bertaraf edileceğini ve kanun koyucunun, bilhassa homoseksüelliği mutlak olarak cezalandıran memleketlerde, fiilleri suç halinden çıkarmasının homoseksüellik tatbikatını arttırabileceğini ileri sürmekte iseler de bu fikirlerde tam bir isabet bulunduğu kanaatinde değiliz.

Çocuklara ve kadınlara yardım ve müzaheret vazifesinin yerine getirilmemesi :

12. — Modern toplumlar arasındaki çok geniş seyyaliyet dolaşısıyla, ailede çocuklara ve kadınlara karşı olan yardım ve müzaheret vazifelerinin yerine getirilmemesi, gittikçe yaygın bir tatbikat halini alıyor. Avrupa memleketlerindeki işçi hareketleri, büyük işçi kitlelerinin başka memleketlere giderek oralarda çalışmaları, ailelerinden uzak olan genç adamların çalıştıkları memleketlerde başka kadınlarla münasebetler tesis etmelerine sebebiyet veriyor ve za-

manla memleketteki eş ve çocuklar unutuluyor. Bu olayın işçi aileleri bakımından çok tahrib edici tesirler husule getirmekte bulunduğu müşahede ediliyor. Bu sebeple kongre konunun sosyolojik - hukukî bir araştırma çerçevesi içinde ele alınmasını ve kadın ve çocuklara karşı müzaheret vazifesinin milletler arası müessir müeyyideler bulunması suretiyle yürütülmesi temennisini arzetmiştir.

Kongre tarafından belirtilen bu temenni dahi, günümüz şartları içinde geleneksel hukukî telâkkilerin ne kadar hızla ve temelli şekilde değişmekte bulunduğunu göstermektedir. Aileye ceza müeyyideleriyle müdahaleden kaçınan ve Aile Hukukundan münbais hükümlere ceza müeyyidelerinin uygulanmasını zararlı sayan geleneksel telâkkiler karşısında bunların tam aksine olarak bahis konusu fiil ve hareketlerin umumîlik prensibi çerçevesinde cezalandırılmasını teklif eden görüşler ittifakla tasvip görmektedir. Hukukun sosyalleşmesi akımı hızla yeni hatvelere ulaşmaktadır.

Ord. Prof. Dr. Sulhi DÖNMEZER