

de 216), Finlandiya (kısım 25/4), Hollanda (madde 242) ve İspanya (madde 429) Ceza Kanunları gibi⁽¹⁾.

b) Doktrindeki Yaklaşımlar

Doktrinde ise ırza geçme suçunun faili üzerinde çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bazı yazarlara⁽²⁾ göre bu suç herhangi bir kimse tarafından işlenebilir. Failin kadın ya da erkek olmasının hiçbir önemi yoktur. Kadın mağdurun failinin bir erkek, erkek mağdurun failinin ise bir kadın olabileceği gibi; erkek mağdurun failinin bir erkek, kadın mağdurun failinin de bir kadın olabileceği ifade edilmiştir⁽³⁾.

Buna karşılık bazı yazarlara göre ırza geçme suçunda aktif suje olarak ifade ettikleri fail daima erkektir⁽⁴⁾. Çünkü cinsel istek ve arzuların tatminine yönelik dürtüler, büyük oranda erkeklerde saldırgan ve tecavüzkâr bir şekilde ortaya çıkar. Kadımlar cinsel isteklerini bir defalık değil, belli bir süre devam eden ilişkilerle tatmin yoluna giderler. Karşılıklı rıza ve duygusal bir bağın bulunmadığı cinsel ilişkilere girmedikleri gibi karşındaki erkeği de buna zorlamazlar⁽⁵⁾.

Bu yazarlara göre de bir kadının, diğer bir kadın veya bir erkeğin vücudu üzerindeki cinsel nitelikli hareketleri ırza geçmeyi oluşturmaz⁽⁶⁾. Dolayısıyla kadın, ırza geçme suçunun faili değil ancak mağduru olabilir. Kadının fail olması sözkonusu olmamakla birlikte, şartları mevcut ise erkek ya da erkekler tarafından işlenmiş olan ırza geçme suçuna iştirâkinden söz edilebilir. Örneğin, bir kadının ırza geçme suçunun asli failini azmettirmesi, ona cesaret vermesi, uygun mekân ve elverişli araç sağlaması, mağdurun direncini yok edecek fiilleri ika etmesi, mağdurun ellerini ya da ayaklarını tutması gibi.

İştirak kurallarının uygulanabilmesi bakımından asli maddi failin fiilinin kanuni tipe uygun ve hukuka aykırılığı yanında, onun kusurlu hareket edebilme

- (1) ÖNDER, Ayhan, Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul, (Filiz Kitabevi), 1994, s. 445.
- (2) EREM, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler, C. IV, 3. Baskı, Ankara, (Seçkin Kitabevi), 1985, s. 193; EREM, Faruk - Nevzat TOROSLU, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara, (Savaş Yayınları), 1987, s. 335.
- (3) SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, (Savaş Yayınevi), 1999, s. 300.
- (4) DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Bası, İstanbul, (Filiz Kitabevi), 1983, s. 57; ÖNDER, s. 444; OKAY, Rauf, Uygulamalı Açıklamalı ve İçtihatlı Ceza Hukuku (Suç-Dava-Ceza), İstanbul, (Acar Matbaacılık), 1991, s. 451; GÖZÜBÜ-YÜK, A. Pulat, "Umumi Adaba ve Aile Nizamına Karşı Cürümler", AD., 1972, Yıl 63, Sayı 3, s. 189.
- (5) ABEL, Maria Henriette, Vergewaltigung - Stereotypen in der Rechtsprechung und empirische Befunde, West - Berlin, (Inaugural-Dissertation), 1986, s. 149-151.
- (6) ÖZDEN, Cevdet, "Irza Geçme Cürmü Üzerinde Bir İnceleme", AD., 1946, Yıl 37, Sayı 11, s. 1178.

yeteneğine sahip olması şartı aranacak olursa, bir kadının cezai ehliyet ve sorumluluğu bulunmayan bir kimseyi, bir başkasının ırzına geçmeye yönelik hareketlere azmettirmesi halinde bu kadının dolayısıyla fail olarak kabul edilmesi gerekir⁽⁷⁾.

Kadının, erkek ya da erkekler tarafından işlenen suça iştirakî söz konusu değilse ve bir ya da birden fazla kadın kanunda ifade edilen biçimde, bir erkeği cinsel ilişkiye icbar ederse bu durumda ırza geçme suçundan söz edilebilecek midir? Nitekim Amerika'da meydana gelen bir olayda birkaç kadın, otomobiliyle dağda gezmekte olan bir erkeğin yolunu kesmişler ve zor kullanarak, kendileriyle cinsel ilişkiye girme mecburiyetinde bırakmışlardır⁽⁸⁾.

Sanbert'e göre⁽⁹⁾ ırza geçme ancak bir erkek tarafından bir kadına karşı işlenebilir. Bir kadın tarafından cebir ve şiddet kullanılarak bir erkeğin kendisiyle cinsel ilişkiye girme mecburiyetinde bırakılması ırza geçme olmayıp ırza tasaddi suçunu oluşturur. Çünkü ırza geçme kavramı her zaman bir erkeğin bir kadın üzerindeki fiillerini ifade eder. Durum böyle olunca da kadın ırza geçme suçunu işleyemeyeceği için, doğaldır ki bu suçun faili de olamayacaktır.

Von List'e göre ise⁽¹⁰⁾, ırza geçmek, failin cinsel organını, mağdurun rızası olmaksızın onun cinsel organına ya da ters ilişkide anüsüne sokması demektir. Halbuki yukarıda belirttiğimiz olayda, fiili işleyen kadınlar cinsel organlarını sokmak durumunda olmayıp bilâkis, kendi cinsel organlarına mağdurun cinsel organını sokturmak durumundadırlar. Bu şekildeki bir fiil, ne ırza geçme suçunu, ne de ırza tasaddi suçunu oluşturacaktır. Zira ırza tasaddi, şehvet hislerini cinsel ilişki gerçekleştirilmeksizin tatmin etmek amacıyla yapılan hareketlerdir. Olayda kadınlar şehvet hislerini cinsel ilişkiye girerek tatmin ettikleri için ika olunan bu fiili, ırza tasaddi olarak değerlendirmeye imkân yoktur. Bu nedenle buradaki fiilleri "zorla kendi ırzına geçirtme" olarak değerlendirmek gerekir.

Bu düşünce karşısında; ırza geçmeye ilişkin maddelerde "zorla kendi ırzına geçirtme"den söz edilebilmesi, Ceza Kanununda böyle bir suçun mevcut olmaması nedeniyle, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi gereğince kadının cezalandırılmayacağı; fakat failin fiilinin, şartları mevcut olduğu takdirde, tehdit, hürriyeti tahdit, müessir fiil gibi suçları teşkil edebileceği ifade edilmiştir⁽¹¹⁾.

(7) ÖNDER, s. 445.

(8) TUNA, "Irza Geçme (1)", AD., 1955, Yıl 46, Sayı 5, s. 467.

(9) SANBERT, Droit pénal spécial, 1946, s. 502; TUNA, "Irza Geçme Üzerinde Mukayeseli İnceleme", AD., 1955, Yıl 46, S. 4, s. 333.

(10) VON LIST, Traité de droit pénal allemand, C. II, s. 110; TUNA, Irza Geçme (1), s. 467; aynı görüş için bkz.: DÖNMEZER, Özel Kısım ..., s. 57.

(11) BAKICI, Sedat, Açıklamalı-İçtihatlı Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara (Adalet Yayınevi), 1994, s. 5.

Kadınların bu suçun faili olup olamayacakları bazı hallerde de tartışma konusu yapılmıştır:

Bunlardan ilki, bir kadının başka bir kadına ırza tecavüze dair fiilleri ika etmesi halidir. Bazı kadınlarda klitoris (clitoride-bızır) birkaç santimlik uzunlukta olabileceği görülmüştür. Klitoris boyu normalden daha uzun olan bir kadın, hemcinsiyle bu tarz bir ilişkide bulunduğu klitoris mağdurun cinsel organına girmesi durumu nasıl değerlendirilecektir? Hakim görüşe göre⁽¹²⁾ burada ırza tecavüz değil ırza tasaddi söz konusu olacaktır.

Bizce de böyle bir durumda ırza geçmeden söz edilemeyecektir. Kadının klitoris uzunluğu olabilecek uzunluğun en üst sınırında olsa bile, bu uzunluk cinsel birleşme şeklinde nitelendirilebileceğimiz bir ilişkiyi gerçekleştirmeye yeterli olamayacaktır. Dolayısıyla bu şekilde ika edilen fiilin ırza tasaddi düzeyinde değerlendirilmesi gerekecektir.

Bir diğeri ise, bir ya da birden fazla kadının, bir başka kadını ya da bir erkeği cebir ve şiddet kullanarak ya da direncini herhangi bir surette kırarak, parmağını veya hareketli (vibratör) ya da hareketsiz yapay bir penisi veya sair bir cismi mağdurun vajinasına ya da anüsüne ithali ile iffal etmeleri halidir.

Bu durumlarda ırza geçme suçu değil, ırza tasaddi suçu oluşacaktır⁽¹³⁾. Çünkü ırza geçme suçunda cinsel istek ve arzuların cinsel birleşim gerçekleştirilmek suretiyle tatmini esastır. Burada cinsel istek ve arzuların tatmini cinsel birleşimim dışında farklı bir takım fiillerle gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla ırza geçme suçu mevcut olmayacağı için, bu fiilleri ika eden kadın ya da kadınların da, bu tür fiilleri açısından, fail olmaları söz konusu olmayacaktır.

Fail konusunda tartışma konusu olan bir diğer husus da kocanın fail olup olmayacağıdır. Doktrindeki genel düşünce ve uygulama, evlilik bağının gereklerinden birinin de cinsel ilişki olduğu; karı ve kocanın bu konuda karşılıklı hak yükümlülüğü bulunduğu; bu nedenle evlilik birliğinde ırza geçmeden söz edilemeyeceği; kocanın bu suçun faili olmayacağı, fakat cinsel ilişkiye zorlamada şiddet uygulanması ya da cinsel ilişkinin normal olmayan yolla gerçekleştirilmesi halinde farklı suçların ortaya çıkacağı yönündedir⁽¹⁴⁾.

(12) ÖNDER, s. 445; karşı görüştekiler için bkz. DÖNMEZER, Özel Kısımlar ..., s. 57, dn. 22.

(13) HEKİMOĞLU, Ahmet, Irz ve Namusa Yönelik Cürümler Üzerinde Bir İnceleme, AD., Yıl 79, Sayı 2, s. 107; ECEVİT, Fahri, "Türk Ceza Kanunu Üzerinde İncelemeler - Sekizinci Babın Bir, İki ve Üçüncü Fasılları Hakkında", AD., 1935, Sayı 11, s. 628.

(14) Bu konu ilerki sayfalarda "evlilik birliğinde ırza geçme" konusunda ayrıntılı olarak incelenecektir.

B- Düşüncemiz

Failin tespitinde, cinsiyete dayalı bir ayrıma katılmamaktayız. Bize göre fail herhangi bir kimse olabilecektir. Kanununun ifadesinden bu suçun yalnız erkekler tarafından işlenebileceğine dair bir hüküm çıkarmak mümkün değildir.

Failin yalnız erkek olduğunun iddiası, belki örf ve adet, toplumdaki yerleşik düşünce dahilinde değerlendirildiğinde doğru görülebilir. Fakat failin kim olacağını belirlerken, ırz kavramının anlamı ve ırza geçme suçuyla korunmak istenilen yarar gözönünde tutulmalıdır. ırz kavramı ile kastedilen erkeğin cinsel organının kadının cinsel organına girmesi değil; cinsel haysiyettir. ırza geçmeye ilişkin düzenlemelerle korunmak istenilen yararlarından biri de bireyin cinsel özgürlüğüdür.

Failinin yalnız erkek olduğunun kabulü halinde; bireyin cinsel özgürlüğüne saldıran, onu sair şekillerde istemediği halde cinsel ilişkiye zorlayan taraf erkek olursa fiil ırza geçme suçu, kadın olursa daha hafif bir suç olan ırza tasaddi suçu, hatta ırza tasaddi dahi kabul edilmeyerek başkaca bir suç şeklinde değerlendirilecektir. Bu tür bir nitelendirmeyi anlamak mümkün değildir. Konunun, yalnız bir şeyin bir başka şeye girmesi ve bunlardan girme kabiliyetine sahip olan şeyin bu suçu işleyebileceği şeklinde ele alınması adalet duygusuna ve eşitlik ilkesine de uygun düşmeyecektir.

Bu nedenle fail erkek olabileceği gibi bir kadın da olabilecektir. Bir kadın ya da erkeğe karşı işlenen ırza geçme suçunun faili erkek olmasına karşılık; kadın, yalnız erkeğe karşı işlenen ırza geçme suçunun faili olarak düşünülebilir. Bir kadının bir başka kadın üzerindeki cinsel fiilleri ırza geçmeyi oluşturmayacağından, bize göre ancak böyle bir durumda kadın, ırza geçme suçunun faili olamayacaktır⁽¹⁵⁾.

ırza geçmenin kadın tarafından da gerçekleştirilebileceği, kadının bu suçta asli maddi fail, başka bir ifadeyle irtikap eden olabileceği, bunun kadın erkek eşitliği ilkesinin gereği olduğu reform hareketleri çerçevesinde, ileri sürülmüştür. Örneğin Norveç'te bütün kanunlar cinsiyete göre tarafsız bir terminolojiyi kabul etmişlerdir. 1981 yılında Danimarka'daki kanun değişikliklerinde de aynı şekilde davranılmıştır⁽¹⁶⁾.

(15) SOYASLAN, bir kadın mağdurun failinin bir kadın olabileceğini belirterek bizim düşüncemizin aksini savunmaktadır: SOYASLAN, s. 300.

(16) DÖNMEZER, Sulhi, "Cinsel Suçlarda Yeni Trendler", Yayımlanmamış Seminer Metni, İstanbul, (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 31 Mart'ta Verilen Seminer), 1997, s. 12.

2. Mağdur

A- Genel Olarak

Herşeyden önce mağdurun bir insan olması gerekir. Hayvanlara karşı irza geçme suçunun işlenmesi mümkün değildir. Bestialité olarak adlandırılan bu durum bir cinsel terslik türüdür⁽¹⁷⁾. Hayvanlara karşı yapılan bu türden fiiller irza geçme sayılamayacağı için⁽¹⁸⁾ Ceza Kanunumuzun 577. maddesine göre hayvanlara kötü muamele kabul edilecek; ayrıca bu fiiller aleni bir şekilde gerçekleştirilmiş ise 419. madde uyarınca hayasızca hareket olarak nitelendirilecektir⁽¹⁹⁾.

Mağdur olarak kabul edilen insanın ayrıca hayatta olması, bir başka ifadeyle yaşayan bir kimse olması şarttır. Ölülerle gerçekleştirilen cinsel ilişkiler (nécrophilie) irza geçme kabul edilmeyip⁽²⁰⁾ 178. madde hükmü uyarınca, ölülere karşı saldırı suçunu teşkil edecektir. Mağdurun hayatta olmasından kasıt, cinsel ilişki anında yaşıyor olmasıdır. Fail mağduru sırf bu suçu işleyebilmek için öldürmüş ve öldürdükten sonra ırzına geçmiş olsa bile irza geçme suçu oluşmaz. Fakat mağdur fiilin ikası anında ya da kısa bir süre sonra ölmüşse irza geçme suçu oluşacaktır.

Acaba bitkisel hayatta olan bir kimseyle yapılan cinsel ilişki irza geçme sayılacak mıdır? Bize göre, kendiliğinden ya da bir takım cihazlar yardımıyla solunumunu sürdüren ve kalp atışları devam eden kimse yaşıyor kabul edilecektir. Kişi tıbben ölü kabul edilmediği sürece de hukuken tanınan tüm hak ve yet-

-
- (17) Bu, kadınlarda nadiren, daha çok erkeklerde görülen bir tersliktir. Kullanılan hayvanlar çeşitli olmakla birlikte bu fiil en çok eşek, inek, keçi, köpek nadiren de kedi ya da kümes hayvanlarına karşı gerçekleştirilmektedir. Bu fiiller kadınsızlık nedeniyle işlenip kadınsızlık bir şekilde giderildiğinde sona eren bir durumdur. Sürekli bir rahatsızlık olarak embesillerde, idyolarda ve erken buna hallerinde görülmektedir; bkz.: GÖK, Şemsi, Adli Tıp, İstanbul, (Filiz Kitabevi), 1983, s. 410; ÖZEN, H. Cahit, Kısa Adli Tıp Ders Kitabı, 3. Bası, İstanbul, (İÜİTF. Rektörlük No: 2227 - Fakülte No: 111), 1983, s. 240; EREM, Faruk, Suç Bilimi Açısından Adalet Psikolojisi Suçlu Psikolojisi-Usul Psikolojisi-Mahpusun Psikolojisi, 10. Bası, Ankara, (Adil Yayınevi), 1997, s. 157.
- (18) Nitekim Yargıtay da hayvanlarla gerçekleştirilen cinsel ilişkinin irza geçme olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir; bkz.: 5. CD. 'nin, 7.9.1983 tarih ve 2598/2803 sayılı karar: ÇAĞLAYAN, M. Muhtar, En Son Değişiklikleri ile Birlikte Gerekçeli Açıklamalı ve İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, 3. Baskı, C. 3. Madde 316-455, Ankara, (Yetkin Yayınları), 1984, s. 532.
- (19) 2. CD. 12.5.1983 tarih, 3228/3388 sayılı karar: BAKICI, s. 5; Bakıcı, hayvanlarla cinsel ilişkinin TCK. madde 577'de ifade edilen hayvanlara kötü muamele olarak değil, madde 576 çerçevesinde "eğebe muhalif hareketler" şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.
- (20) 1. CD. 17.10.1951 tarih ve 2087/2153 sayılı kararında, ölü ile cinsel ilişkinin irza geçme suçunu oluşturmayacağı açık olarak ifade etmiştir.: PERİNÇEK, Sadık - Cahit ÖZDEN, Türk Ceza Kanunu ve Buna Ait Seçilmiş Temyiz Mahkemesi Kararları, 3. Baskı, İstanbul, (Güven Basım ve Yayınevi), 1959, s. 603.

kilere sahip olacaktır. Bu nedenle bitkisel hayattaki bir kimseye karşı yapılan cinsel ilişki ırza geçme olarak değerlendirilecektir.

Mağduru, yaşayan bir kimse olarak belirledikten sonra cinsiyetinin suçun oluşumu bakımından önemli olup olmadığı problemi karşımıza çıkmaktadır. Bu suçun mağdurunun kadın ve kız olacağı konusunda tereddüt bulunmayıp, asıl tartışma erkeklerin de bu suçun mağduru olup olamayacakları noktasındadır.

Mehaz İtalyan Ceza Kanununun 331. maddesinde⁽²¹⁾, mağdurun erkek, kadın ya da kız olabileceği belirtilmesine karşılık, Ceza Kanunumuzda mağdurun kimler olduğu konusunda her hangi bir açıklık yoktur. İlgili maddelerde “*bir küçüğün*” ya da “*bir kimsenin*” gibi belirsiz ifadeler kullanılmıştır.

Bazı ülkeler, ceza kanunlarında bu suçun sadece kadınlara karşı işlenebileceği hükmüne yer vermişlerdir. Örneğin İsveç Ceza Kanununun altıncı faslının 1. maddesinde ırza geçmenin, “cebir ve şiddet kullanarak veya meydana gelmesi muhtemel, önemli bir tehlike teşkil eden bir tehdit ile bir kadının cinsel ilişkiye zorlanması” halinde meydana geleceği ifade edilmiştir⁽²²⁾. Aynı şekilde Alman Ceza Kanununun 177. maddesinde “her kim bir bayanı ... cinsel ilişkide bulunma icbar ederse” hükmü yer almaktadır.

Erkeğin ırza geçme suçu açısından mağdur olarak değerlendirilemeyeceğini kabul eden kanunlar, erkeklere karşı yapılan ırza geçme fiillerini, ırza tasaddi olarak belirtmişlerdir. Hatta bazı kanunlar, erkeklere karşı ırza geçme suçuna ilişkin fiillerin işlenmesini homoseksüelliğin ağırlaştırılmış hali olarak bağımsız maddelerle düzenlemişlerdir⁽²³⁾. Örneğin Azerbaycan Ceza Kanununun homoseksüelliği düzenlediği 113. maddesinin ikinci fıkrasında ve Rusya Federasyonu Ceza Kanununun 121. maddesinde erkeğin ırzına geçilmesi bu şekilde değerlendirilmiştir.

Doktrindeki hakim görüşe göre, kanunda kullanılan, “küçük” ve “kimse” kavramlarının hem erkekleri, hem kadın ya da kızları kapsadığı yönündedir⁽²⁴⁾. Ülkemizdeki örf - adet ve genel düşünce de bu yönde olup, ırza geçmeye dair fiillerin bir kadına ya da erkeğe uygulanması arasında her hangi bir fark görülmemektedir.

Abel, pasif kişi olan mağdurun yalnız kadın olduğunu belirtir. Ona göre, kadınların cinsel ilişkiye yaklaşımları, fizyolojik ve psikolojik yapıları gereği

(21) 331. maddede “Her kim cebren ve tehdit ile erkeklerden ve kadınlardan bir kimsenin ırzına geçerse ...” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz.: MANJO, Ceza Kanunu Şerhi, C. 3. Ankara, (Baylan Matbaası), 1980 s. 135.

(22) THORNSTEDT, Hans, (Çev.: Durusoy, YAZAN), “Yeni İsveç Ceza Kanununa Göre Ahlâka Aykırı Suçlar”, AD., 1971, Yıl 62, Sayı 1, s. 45.

(23) ÖNDER, s. 446.

(24) DÖNMEZER, Özel Kısım ..., s. 58; GÖZÜBÜYÜK, s. 190; ÖZDEN, s. 1178.

duyguları ön plânda olması nedeniyle, sevgi ve şefkate dayalıdır. Kadının cinsel ihtiyacı bir gereklilik olmayıp bir cevaptır. Bu itibarla aktif kişinin ilk hareketine tabidir ve kendisi cinsel ilişkide ilk hareketi yapan değildir. Kadın, sevgi, şefkat gibi cinsel olmayan duygularla motive edildiği için cinsel ilişkileri bir kerelik olmayıp az ya da çok belli bir süre devam eden ilişkilerdir. Bu nedenlerle cinsel dürtüleri saldırgan bir şekilde karşımıza çıkmaz⁽²⁵⁾. Ecevit de, irza geçmenin yalnız ve zorunlu olarak erkeğin penisinin kadının vajinasına girmesiyle oluşacağını; diğer unsurlar mevcut olsa dahi anüs yoluyla kadına ya da erkeğe karşı gerçekleştirilen ithal eylemlerinin irza geçme olarak değerlendirilemeyeceğini; bu nedenle erkeklerin hiç bir surette irza geçme suçunun mağduru olamayacaklarını iddia etmektedir⁽²⁶⁾.

Yargıtay'ın yerleşmiş kararlarında ise gerek bir erkeğe, gerekse bir kadına karşı, normal ya da livata yoluyla yapılan cinsel saldırıların irza geçmeyi oluşturacağı kabul edilmektedir⁽²⁷⁾. Bu durum bir içtihadı birleştirme kararında da izah edilerek, 416. maddede belirtilen "kimse" kavramının kapsamına erkek ve kadının dahil olduğu belirtilmiştir⁽²⁸⁾.

Irza geçme suçu bakımından mağdurun sosyal durumu hiç bir önem taşımamaktadır. Bakire olmasının; evli ya da bekâr ya da dul olmasının; iffetli bir insan ya da fahişe ya da homoseksüel olmasının hiç bir önemi yoktur.

Bize göre de mağdur kadın, kız ya da erkek olabilir. Bu düşünce doğrultusunda mağdurun tanımını şu şekilde yapmamız mümkündür: Kanunen rızanın kabul edilmediği ya da gerçekte rızası bulunmadığı halde, ilgili maddelerde belirtilen şekillerde, kendisiyle normal ya da normal olmayan yollarla cinsel ilişkide bulunulan kadın ya da erkek bir kişidir.

B- Mağdurun Yaşı

Irza geçme suçuna ilişkin maddelerde mağdurun yaşı açık olarak belirtilmiştir. 414. maddede onbeş yaşın altında; 416. maddede ise onbeş yaşın üzerinde ve onsekiz yaşın altındaki kimselere karşı cinsel fiillerin işlenmesi hallerine yer verilmiştir.

Kanunumuzdaki düzenleme açısından irza geçme suçunun türünü, gerek unsur gerek ağırlaştırıcı nedenlerini belirlemede mağdurun yaşı son derece ö-

(25) ABEL, s. 150-151.

(26) ECEVİT, s. 625.

(27) 1. CD. 21.1.1938 tarih ve 937-2839/261 sayılı. 15.2.1938 tarih, 2999/563 sayılı kararlar; ÖZDEN, s. 1180; Erkeklerin irza geçme suçunun mağduru olduklarına ilişkin kararlardan bazıları için bkz.: CGK. 21.1.1974 tarih. 5/490-26 sayılı ve 5. CD. 15.6.1982 tarih, 2850/2446 sayılı kararlar: ÇAĞLAYAN, s. 429 ve 474-475.

(28) 25.4.1956 tarih, 1956/5 E., 1956/2 K. Sayılı İBK.: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları - Ceza 3 - 1947/1980, İkinci Bası, Ankara, (Yargıtay Yay. No: 13), 1984, s. 663.

nemlidir. Bu önem dolayısıyla ki yaşın bilinmesi ve gerçek yaşın tespit edilmesi zorunludur⁽²⁹⁾. Çünkü tespit edilen yaşa göre faile verilecek cezanın belirlenmesi ve bu cezanın yerine getirilmesi, farklı sonuçlar doğuracaktır⁽³⁰⁾. Örneğin ergin olmayanlarla cinsel ilişkide bulunulması suçunda mağdurun ergin olup olmadığı konusundaki hesaplama doğru yapılamazsa, fail ya haksız yere cezalandırılacak ya da hakettiği halde cezadan kurtulabilecektir.

C- Yaşın Belirlenmesi

Mağdurun yaşı, nüfus kütüğüne kaydedilmiş olan doğum kayıtları esas alınarak belirlenecektir⁽³¹⁾. Fakat bazen nüfus kayıtlarında mağdurun sadece doğduğu yıl belirtilmiş, günü ve ayı belirtilmemiş olabilir. Mağdurun yaşını sağlıklı bir şekilde tespiti imkân bulunmayan böyle bir durumda nasıl hareket edilecektir?

Burada çeşitli ihtimaller düşünülebilir. Doğum yılının ilk ayının ilk gününde ya da o yılın son ayının son gününde ya da yılın ortasını teşkil edecek şekilde Temmuz ayının ilk gününde doğduğu kabul edilebilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında “şüphe sanık lehine yorumlanır” ilkesi gereğince mağdurun doğum yılı olarak kaydedilen yılın ilk ayının ilk gününde doğduğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir⁽³²⁾.

1 Eylül 1974 tarihinde yürürlüğe giren 1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun, 59. maddesine göre nüfus kayıtlarında doğduğu gün ve ay belli olmayanlar, doğum yılının Temmuz ayının birinci gününde; yılı ve ayı belli, günü belli olmayanlar, belirtilen yılın o ayının birinci gününde doğmuş olarak kabul edilecektir. Kanununun bu hükmü karşısında Yargıtay önceki kararlarındaki görüşünü terkederek, ilgili kanun hükmüne paralel kararlar vermiştir⁽³³⁾.

Nüfus Kanununun bu hükmünün uygulanması, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda sanığın aleyhine durumlar doğurabilecektir. Şöyle ki, her nasılsa nü-

- (29) Yargıtay 5. CD. 17.10.1983 tarih, 2835/3327 sayılı kararında bu öneme işaret ederek, mağdurun 14 yıl 11 ay 24 günlük olduğunu; 15 yaşını bitirmesi için 7 ya da 8 gün gibi bir fark bulunduğunu; bu nedenle bir yanılma olabileceğini, bunun da faile verilecek ceza üzerinde önemli bir etkide bulunacağını; dolayısıyla mağdurun gerçek yaşının Adli Tıp Kurumundan da sorulması gerektiğini bildirmiştir: YKD., 1984, Sayı 3, s. 465; ÖNDER, s. 447.
- (30) ODYAKMAZ, A. Nevzat, “Türk Ceza Yasasında ‘Yaş’a İlişkin Yargılar” Yasa Hukuk Dergisi, Yıl III, Sayı 5, s. 653.
- (31) Yargıtay 5. CD. 21.3.1990 tarih, 625/1567 sayılı kararında, mağdurun yaşının doğum kaydı mahallinden getirilmek suretiyle belirlenmesi gerekirken, polis tarafından çıkartılan nüfus cüzdan suretine dayanılarak hüküm kurulmasını yolsuz bulmuştur: BAKICI, s. 75.
- (32) CGK.nun 20.2.1939 tarih 16/17 sayılı karar: ÖZDEN, s. 1188.
- (33) Yargıtay 6. CD.'nin 23.10.1975 tarih, 4587/4675 sayılı kararı: YKD., 1976, C.2, Sayı 7, s. 1077-1078; Aynı yönde 4. CD.'nin 9.2.1977 tarih, 475/611 sayılı kararı: YKD., 1977, C. 3, Sayı 9, s. 1314-1315.

fusa kaydedilmeyen ve gerçekte şubat ayında doğan bir kimse Temmuz ayında doğmuş kabul edilecek ve mart ayında rızaya dayalı irza tasaddiye ilişkin fiillerde bulunan faile, mağdur onbeş yaşını doldurduğu halde, onbeş yaşın altında kabul edilerek, her hangi bir cezayı gerektirmeyen bu durumda, TCK.nun 415. maddesi uyarınca ceza verilecektir.

Nüfus Kanununun 59. maddesi, nüfus ve bir çok hukuki işlemlerde ilgilinin doğum tarihinin kesin olarak bilinmemesi nedeniyle, hukuki işlemlerin gerektiği gibi yapılamaması ve muhtemel karışıklıkların önlenmesi kaygısıyla bir karine ortaya koymuştur. Bu karinenin temelinde bir şüphe vardır. Şüphe, diğer hukuk dallarında benzeri karinelerle bertaraf edilmeye çalışılırken Ceza Muhakemesi Hukukunda ancak ve zorunlu olarak sanığın lehine yorumlanır⁽³⁴⁾. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Nüfus Kanununun ilgili hükmü sanığın aleyhine durumlar getirebilmektedir. Bu nedenle bize göre, irza geçme suçlarının muhakemesinde, mağdurun Temmuz ayının birinci günü doğduğu değil, doğum yılının ilk ayının ilk gününde doğduğu kabul edilmelidir.

Mağdurun yaşının belirlenmesindeki bir diğer problem de nüfus kayıtlarındaki yaş ile mağdurun fiziki durumunun birbirine uymaması ya da kırsal kesimde sıkça rastlanıldığı üzere, nüfusta hiç bir kaydının bulunmaması halidir.

Böyle bir durumda mahkeme, mağdurun fiziki durumuna uyan gerçek yaşını belirleyecek, belirlenen bu yaşa göre hüküm verecektir. Mahkemenin yaş tashihi gitmeksizin karar vermesi doğru değildir⁽³⁵⁾. CMUK.'nun 255. maddesinin dördüncü ve son fıkrasında belirtildiği üzere, Ceza Muhakemesinde son soruşturma sırasında suçtan zarar görenler ile sanıkların yaşlarında, ceza hükümleri bakımından gerekli görülecek tashihlerin, Nüfus Kanunundaki usule göre, asıl davaya bakmakta olan ceza mahkemesi tarafından yapılacağı belirtilmiştir⁽³⁶⁾. Nüfusta herhangi bir kaydın bulunmaması halinde mahkeme mağdurun gerçek yaşını tespit edecek ve ancak tespit edilen yaşın kaydının yapılmasını sağladıktan sonra hüküm verme yoluna gidebilecektir⁽³⁷⁾.

(34) ORAL, Mehmet, Irza Geçme Suçu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, (İÜSBE. Kamu Hukuku Bölümü), 1994, s. 66.

(35) 5. CD.'si, 18.4.1973 tarih, 905/977 sayılı kararında tashih işlemi yapılmaksızın karar verilmesini yasaya aykırı bularak hükmü bozmuştur: YURTCAN, Erdener, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat, 2. Bası, C. 2, Madde 147-288, İstanbul, (Alfa Basım Yayım Dağıtım), 1995, s. 554.

(36) Nitekim Yargıtay 3. HD. 17.6.1985 tarih ve 12660/11261 sayılı kararında, bu hükme rağmen, mağdurun yaşının düzeltilmesi yönünde karar veren Sarıyer Asliye Hukuk Mahkemesinin kararını bozmuştur.: RG., 31.1.1987, Sayı 19358, s. 46; CMUK.nun 255. maddesinin son fıkrası, yaş tashihi hususunda Hukuk Mahkemelerinin yetkisini tamamen kaldırdığı şeklinde anlaşılmamalıdır. Ceza Mahkemelerinin bu konudaki yetkileri, yalnız ceza hükümleri bakımından gerekli olduğu ölçüdedir.

(37) 5. CD.'nin 16.6.1993 tarih, 1240/2455 sayılı kararı: BAKICI, s. 65.

Ceza mahkemesi re'sen ya da mağdur veya sanık veya vekillerinin ya da Cumhuriyet Savcısının talebiyle, savcı ve nüfus memurunun huzuru ile yargılama yapacaktır⁽³⁸⁾. Fakat Nurullah Kunter, bu davalarda nüfus memurunun hazır bulunmasının şart olmadığını; çünkü yaş tashihi hususundaki bu yargılamanın tıbbi verilere ve raporlara göre yapıldığını; nüfus memurunun bu konularda yapabileceği hiç bir işin bulunmadığını; bu nedenle maddedeki "Nüfus Kanunundaki usullere göre" ibaresinin madde metninden çıkarılması gerektiğini ileri sürmektedir⁽³⁹⁾. Bizce de buradaki yargılamada nüfus memurunun hazır bulunması gereksizdir. Çünkü buradaki inceleme, kayıtlar üzerinde yapılmamakta, mevcut doğru kayıtların gerçeği yansıtmaması karşısındaki teknik ve tıbbi incelemelerle elde edilen verilerinin değerlendirilmesi şeklindedir.

Yaşın belirlenmesinde zorunlu olarak bilirkişiye başvurulacaktır. Nüfus idaresinden gelen aile tabloları ve doğum belgeleri incelendikten sonra mağdurun, tam teşekküllü hastahaneye sevkiyle kemik grafikleri çektilerecek ve sağlık kurulu raporuyla, gerek görüldüğü takdirde Adli Tıp Kurumunun görüşü alınmak suretiyle yaşı bilimsel olarak belirlenecektir⁽⁴⁰⁾. Nüfus kayıtlarından farklı sonuç elde edildiği takdirde mağdurun yaşı tashih edilecek, yaş tashihiine dair kesinleşmiş karar Cumhuriyet Savcılığı tarafından ilgili nüfus dairesine gönderilerek kayıtlarda gerekli düzeltmeler yapılacaktır⁽⁴¹⁾.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, ceza mahkemesi tarafından yaş tashihiinin ancak son soruşturma aşamasında yapılabileceğidir. Daha önceki aşamalarda böyle bir yargılama yetkisi bulunmayıp mesele hukuk mahkemeleri tarafından çözümlenecektir.

Mağdur ceza yargılamasından önce hukuk mahkemesine yaş tashihi için başvurmuş ise ceza mahkemesi, hukuk mahkemesince bu konuda verilecek ve kesinleşecek kararı bekleyecektir⁽⁴²⁾. Hukuk mahkemesi mağdurun yaş tashihiine dair talebini reddetmiş ve bu karar kesinleşmişse, artık ceza mahkemesi mağdurun yaşını tashih yoluna gidemeyecektir⁽⁴³⁾. Bizim düşüncemize göre, eğer yaş düzeltme talebi reddedilmekle birlikte ceza hakimi nüfustaki yaşı ile mağdurun

³⁸ Nüfus memuru hazır bulunmadığı halde yargılama yapılması bozmayı gerektirmektedir (5. CD.'nin, 4.6.1985 tarih, 1931/2543 sayılı ve 2.5.1973 tarih, 1077/1173 sayılı kararları): YURTCAN, s. 540 ve 554.

³⁹ KUNTER, Nurullah, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Bası, İstanbul, (Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş.), 1989, s. 312, dnt. 92.

⁴⁰ CGK.'nun, 20.9.1993 tarih, 5-160/192 sayılı kararı: YKD., 1994, C. 20, Sayı 2, s. 278-280; Aynı yönde CGK.'nun, 30.3.1981 tarih, 5-2/106 sayılı kararı: YKD., 1981, C. 7, Sayı 7, s. 897-906; 5. CD.'nin, 25.3.1988 tarih, 666/2415 sayılı kararı: YKD., 1989, C. 15, Sayı 4, s. 581-582.

⁴¹ 31.1.1945 tarih ve 22/3 sayılı İBK.: BAKICI, s. 34.

⁴² 5. CD., 16.1.1953 tarih, 90/90 sayılı karar: ÖNDER, s. 447.

⁴³ CGK.'nun 28.11.1938 tarih ve 423/367 sayılı kararı: TUNA, ... Mukayeseli ..., s. 349.

görünümünde uyumsuzluk olduğu şüphesini taşıyorsa, maddi gerçeğin araştırılması mecburiyetinden hareketle mağdurun gerçek yaşını belirleme yoluna gidilmelidir.

Yaş düzeltme davası, Nüfus Kanununun 46/3. maddesine göre, bir kez a-çılabilir. Bir başka ifadeyle, daha önce yaşı düzeltilen bir kimsenin tekrar başka bir nedenle yaşının düzeltilmesi mümkün olamayacaktır. Fakat mağdurun görünümünün hissettirdiği yaş ile mahkemenin verdiği kesinleşmiş karara göre düzeltilen yaş arasında uyum bulunmadığı takdirde ceza hakimi, maddi gerçeği araştırmak zorunda olup, biçimsel gerçeklerle yetinmemeli; böylece mağdurun olay tarihindeki gerçek yaşını tesbit yoluna giderek gerekirse yaşı düzeltmelidir⁽⁴⁴⁾.

3. Evlilik Birliğinde Irza Geçme

Irza geçme suçunun oluşabilmesi için failin fiilinin haksız ve hukuka aykırı olması gerekir. Acaba fail ile mağdur arasındaki geçerli bir evlilik ilişkisinin varlığı irza geçme suçuna engel olabilir mi? Bu güncel ve önemli olması nedeniyle bütün dünyada tartışılan bir konudur.

Fransa eski Cumhurbaşkanı Charles de Gaulle, insanın kendi karısının ırzına geçmesinin sözkonusu olamayacağını, karısıyla olan ilişkilerinin sadece kendisini ve karısını ilgilendirdiğini, başka kimseyi ilgilendirmediğini söyleyerek o dönemdeki genel düşüncenin konuya yaklaşımını ortaya koyuyordu⁽⁴⁵⁾. Kanunlarda farklı düzenlemeler yer almakla birlikte yeni akım, irza geçme suçunun evlilik birliğinde de işlenebileceği yönündedir.

A- Karşılaştırmalı Hukuk

a) Evlilik Birliğinde Irza Geçmeyi Kabul Etmeyen Kanunlar

Bu gruptaki kanunlar, cinsel ilişkinin evlilik dışı olması şartını arayarak evlilik birliğindeki ilişkileri, irza geçme suçunun kapsamı dışında bırakmışlardır. Alman Ceza Kanununun 177. paragrafında irza geçmede suçunun evlilik dışı fiiller için sözkonusu olduğu açık olarak ifade edilmiştir. Aynı şekilde Hollanda Ceza Kanununun 242. maddesine göre evlilik irza geçmeye engeldir. Hollanda Temyiz Mahkemesi 1988 yılında verdiği bir kararda irza geçmenin evlilik birliği içerisinde gerçekleşmiş olması nedeniyle Ceza Hukukunun kapsamına girmediğini fakat fiilin 246. maddedeki ahlâka aykırı müessir fiil suçunu oluşturacağını çün-

(44) CGK.'nun, 30.3.1981 tarih, 5-2/106 sayılı kararı: YKD., 1981, C. 7, Sayı 7, s. 897-906; 5. CD.2nin, 2.2.1982, 244/229 sayılı kararı: YKD., 1989, C. 15, Sayı 4, s. 581-582.

(45) LÜCKE, Horst, "Vergewaltigung in der Ehe": Justiz und Recht, Schriften der Deutschen Richterakademie, Gewalt an Frauen - Gewalt in der Familie, Band 6, Heidelberg, (C.F. Müller Juristischer Verlag), 1990, s. 55

kü bu suç için kanunun evlilik dışı olması şartını aramadığını belirtmiştir⁽⁴⁶⁾. Amerika'da Alabama, Illinois, South Dakota eyaletlerinde de eşler ayrı yaşasalar bile kocanın fiilinin irza geçme suçunu oluşturmayacağı kabul edilmiştir⁽⁴⁷⁾.

b) Evlilik Birliğinde Irza Geçmeyi Kabul Eden Kanunlar

Bu guruptaki kanunlar irza geçmenin evlilik birliğinde de gerçekleşebileceğini belirterek kocanın failliğini kabul etmişlerdir. Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nde hem 1926, hem de 1960 tarihli Ceza Kanunlarında irza geçmede kocanın failliği kabul edilmiş, fiili üçüncü bir kişinin fiilinden farklı görülmemiştir. Gerek hakimlerde ve gerekse yazarlarda her türlü cinsel hürriyete karşı saldırının insan haysiyetine ve ayrıca sosyalizme karşı yapılmış olduğu; sosyalist hukuk anlayışında evliliğin kadının cinsel hürriyetini sınırlamadığı, kocaya böyle bir hak vermediği düşüncesi hakimdir⁽⁴⁸⁾.

Avustralya - New Sout Wales eyaletinde 1990 tarihli yeni Ceza Kanunuyla kocanın da bu suçu işleyebileceği kabul edilmiştir. Batı Avustralya ve Queensland eyaletlerinde de benzer düzenlemeler yapılmıştır. Kanada'da ise 1982 yılına kadar kocanın failliğini kabul etmemesine karşılık 1982 tarihli değişiklikle, 278. maddede eşlerin gerek birlikte, gerek ayrı yaşamaları halinde zorlamaya dayalı cinsel ilişkilerin irza geçme suçunu oluşturacağı kabul edilmiştir⁽⁴⁹⁾.

Amerika'da 1977 yılından itibaren yirmiiki eyalette aile birliğinde kocanın zorla karısıyla cinsel ilişkiye girmesi, herhangi bir sınırlama öngörülmezsizin, eşler birlikte yaşıyor olsalar dahi, irza geçme suçu olarak kabul edilmiştir. Bu eyaletlerden Florida, Georgia, Kansas, Maine, Massachusetts, Nebraska, New Jersey, New York, Oregon, Vermont ve Wisconsin Michigan eyaletlerinde irza geçme suçunun evlilik içi ya da dışı olması arasında herhangi bir fark görmemelerine karşın; Kalifornien, Connecticut, Delaware, Hawaii, Iowa, Minnesota, New Hampshire, Pennsylvania, Washington, West Virginia, ve Wyoming eyaletleri evlilik birliğinde irza geçmeyi ayrı bir şekilde düzenlemişlerdir⁽⁵⁰⁾. Yine Amerika'da yirmibeş eyalette⁽⁵¹⁾ evlilik birliği içinde irza geçme kabul edilmekle

46) HR. 9.2.1988, NJ 1988, 613 sayılı karar: ÖRÜCÜ, Esin, "Karşılaştırmalı Hukuk'ta Evlilik Birliği İçinde Irza Geçme", İBD., 1992, C. 66, Sayı 1-2-3, s. 97-98.

47) Bkz.: ARTUK, M. Emin, "Ceza Hukukunda Aile Düzeni Aleyhine Cürümler", MÜHF Hukuk Araştırmaları, 1995, C. 9, Sayı 1-3, s. 26.

48) PAETOW, Barbara, Vergewaltigung in der Ehe - Eine strafrechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Vereinigten von Amerika, Freiburg i. Br., (C. F. Dreyspring GmbH), 1987, s. 201.

49) ÖRÜCÜ, s. 100.

50) PAETOW, s. 201, dn. 49.

51) Bu eyaletler ve geniş bilgi için bkz: PAETOW, s. 41, dn. 122 vd.

birlikte kapsamı daraltılmış, kocanın cezalandırılabilmesi ancak evlilik birliği sona erme aşamasına gelmesi halinde mümkün olabileceğine yer verilmiştir. Evliliğin sona erme aşamasından anlaşılması gereken nedir ve ne zaman evlilik sona erme aşamasına gelmiş olacaktır? Bunu belirlemede, bazı eyaletlerde mahkemece eşlerin ayrı yaşamalarına karar verilmesi, bazılarında eşlerin fiilen ayrı yaşamaları ve evliliğin sona erdirilmesi için ya da ayrı yaşamaya karar verilmesi için yetkili makamlara başvurmuş olmaları, bazılarında da fiilen ayrı yaşama kıstası kabul edilmiştir. Örneğin Idaho, New Mexico, Oklahoma ve Texas eyaletlerinde eşlerin ayrı yaşamaları ya da eşlerden birinin ayrı yaşamak veya ayrılığa yönelik hukuki bir adım atması şartı aranırken, Alaska, Arizona, Colorado, Iowa, Maine, Mississippi ve Montana eyaletlerinde ise eşlerin fiilen ayrı yaşıyor olmaları yeterli görülmüştür⁽⁵²⁾. İsviçre Ceza Kanununun “Irza geçme” başlıklı 190. maddesinin ikinci paragrafında “fail mağdurun eşi ise ve onunla aynı çatı altında yaşıyorsa fiil talep veya şikayet üzerine kovuşturulacaktır” ifadesiyle evlilik birliğinde irza geçmeyi kabul etmiştir⁽⁵³⁾. Yeni Fransız Ceza Kanununun irza geçme suçuna ilişkin 222-23. maddenin birinci fıkrasında “her ne şekilde olursa olsun” tabiri kullanılmakla suçun sınırları son derece genişletilmiş, dolayısıyla evlilik birliğindeki zora dayalı cinsel ilişkiler irza geçme olarak kabul edilmiştir.

c) Herhangi Bir Düzenlemeye Yer Vermeyen Kanunlar

Üçüncü grup ceza kanunları, evlilik içi irza geçmeye ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamışlar, konunun hallini doktrin ve uygulamaya bırakmışlardır. Örnek olarak 1930 tarihli İtalyan (m. 519), 1810 tarihli Fransız (m. 332), Danimarka (m. 216-217), Norveç (m. 192), Meksika (m. 265) ve İspanyol (m. 429) Ceza Kanunlarını gösterebiliriz⁽⁵⁴⁾. Bizim ceza kanunumuzun irza geçmeye ilişkin maddelerinde, bu suçun evlilik birliğinde işlenip işlenemeyeceğini belirtmemiştir.

B- Doktrin ve Uygulama

Ülkemiz bakımından uygulamadaki genel düşünce ve doktrindeki bazı yazarlar, geçerli bir evlilik bağının irza geçme suçunun oluşumuna engel olacağını kabul etmişlerdir⁽⁵⁵⁾. Bu görüşe göre evlilik bağı karı koca arasındaki cinsel ilişkiye meşruluk kazandıran bir sözleşmedir. Dolayısıyla kadına bir takım yükümlülükler getirir. Cinsel ilişkiye rıza göstermek de bunlardan biridir. Kocanın, karı-

(52) PAETOW, s.42, dn. 124 ve 125.

(53) REHBERG. Jörg, Schweizerisches Strafgesetzbuch - Mit den zugehörigen Verordnungen, Zürich, (Orel Füssli Verlag), 1997 s. 190.

(54) ARTUK, s. 26.

(55) TUNA, Irza Geçme (1), s. 469-470; DÖNMEZER, Özel Kısım, s.59-60; ÖZDEN, s. 1178-1179; ECEVİT, s. 628.

sının rızasının bulunmamasına rağmen onunla cinsel ilişkide bulunması, evliliğin kocanın karısının vücudu üzerinde tasarruf hakkı sağlaması nedeniyle, suç oluşturmayacaktır. Fakat bütün haklarda olduğu gibi bu hakkın da kötüye kullanılmaması gerekir. Kocanın karısına zor kullanarak ya da normal olmayan şekilde cinsel ilişkiye girmesi ırza geçme olarak değerlendirilemeyeceğine göre, müessir fiil ya da aile fertlerine kötü davranma olarak kabul edilecektir.

Bazı yazarlar ise evlilik birliği içinde ırza geçmenin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir⁽⁵⁶⁾. Bu yazarlara göre, vücut bütünlüğü herkes açısından bir haktır, bu sebeple ırza geçme suçunda failin evli, bekâr, kadın, erkek olması gibi fark kabul edilemez. Evli kadının da cinsel açıdan vücut bütünlüğü evli olmayan kimselerinki kadar korunmalıdır. Koca, karısına karşı işlediği müessir fiil suçundan yargılanabildiğine göre, daha önemli olan şiddet uygulayarak cinsel ilişki kurmasında ırza geçmeden yargılanmaması bir çelişkidir⁽⁵⁷⁾. İster normal yolla ister normal olmayan yolla gerçekleştirilecek cinsel ilişkiye kadının razı olması için cebir ve şiddet kullanan kocanın cebren ırza geçme suçundan yargılanması ve hatta bu davranışa maruz kalan mağdura meşru müdafaa hakkının tanınması gerektiği ifade edilmiştir⁽⁵⁸⁾. Evli çiftlerin birbirlerine karşı meşru cinsel ilişki görevi her zaman emre amadelik anlamında anlaşılmalıdır. Kadına cinsel olarak kendi mukadderatını belirleyebilme imkânının sağlanması ve bu konuda yasal düzenlemelerin yapılması bir zorunluluktur⁽⁵⁹⁾.

Bu görüşlerin yanında evlilik birliği içinde ırza geçmenin bazı hallerde kabul edilmesi, kocanın failliği için üçüncü kişinin failliğine oranla bir takım sınırlamalar getirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Manzini'ye göre, eşler arasındaki cinsel ilişki kadın ya da kadınla birlikte doğacak çocukları için sağlık yönünden büyük bir tehlike oluşturacağı durumlarda rıza göstermeyen kadına şiddet kullanarak cinsel ilişkiye giren koca ırza geçme suçundan yargılanmalıdır. Örneğin kocanın frengili olması ya da kadının mutad kanamalı döneminde (hayız halinde) bulunması gibi⁽⁶⁰⁾.

Yargıtay ise eşler arasındaki cinsel ilişkinin, kadının rızası olmaksızın sair şekillerde gerçekleştirilmiş olması halini ırza geçme olarak değerlendirmemektedir. Eğer koca, kadının istememesine rağmen, cebir ve şiddet kullanarak ya da normal olmayan şekilde cinsel ilişkide bulunmuş ise fiil Ceza Kanununun 478.

(56) CENTEL, Nur, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul, (İÜHF. Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını), 1997, s. 63; ARTUK, s. 42; ÖRÜCÜ, s. 105; ERMAN, Sahir - Çetin ÖZEK, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, (Dünya Yayıncılık A.Ş.), 1994, s. 250, dn. 16.

(57) CENTEL, s. 63; ÖRÜCÜ, s. 105.

(58) ERMAN - ÖZEK, s. 250-251.

(59) LÜCKE, s. 55.

(60) Bkz.: DÖNMEZER, Özel Hükümler, s. 60, dn. 31 bis.

maddesinde yer alan aile bireylerine karşı kötü davranış olarak değerlendirilmiştir⁽⁶¹⁾. Kocanın karısını normal olmayan yolla cinsel ilişkiye zorlaması hali, karı koca arasındaki cinsel ihtiyacın karşılanması yönündeki karşılıklı görevin ihlali olduğu kabul edilmiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 19.12.1990 ve 7.7.1994 tarihli kararlarında daire başkanı Selçuk'un karşı oyuna gerekçe olarak ifade ettiği fikirler, bizce de yerleşmiş olan yanlış uygulamanın terkedilmesi yönündeki cesur adımlar olarak değerlendirilmelidir⁽⁶²⁾. Karşı oy yazısında belirtildiği üzere irza geçme suçu, bireyin cinsel özgürlüğüne ve cinsel yaşamını düzenleme iradesine karşı yapılan bir saldırıdır. Normal olmayan ilişki hem cinsel özgürlüğü hem de genel ahlaki ihlâl etmektedir. Hukukta hiç bir kural, aile içinde şiddet ve tehdit kullanılmasına izin vermeyeceği gibi, evlilik zorla irza geçmede hukuka aykırılığı kaldırmaz. Evliliğe rıza gösterme, evliliğin olağan gereklerine ve sonuçlarına rıza göstermektir. Bu nedenle herhangi bir zorlama olmaksızın ve fakat istemediği halde mağdurun ters yönden cinsel ilişkiye katlanması hali aile bireylerine kötü davranışı oluşturabilir, fakat cinsel ilişkiye razı etmede mağdura maddi ya da manevi cebir uygulanması halinde normal ya da ters ilişki irza geçme suçunu oluşturacaktır.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi 19.6.1996 tarihinde 4409/5504 sayılı kararında kocanın karısının rızasına aykırı olarak tehditle ters ilişkide bulunmasını 478. maddedeki aile bireylerine kötü davranış olarak değerlendirmiş, Selçuk yine karara karşı oy kullanmış, Yargıtay Başsavcısı karşı oy yazısındaki gerekçelerle karara itiraz etmiştir. Ceza Genel Kurulu ise 26.11.1996 tarih ve 4-191/251 sayılı kararında olayın 478. madde kapsamındaki bir suç olduğunu; bu maddenin aile bireylerine kötü davranışı çok geniş tanımladığını; maddi ve manevi nitelikteki her türlü kötü davranışın bu tanıma dahil olduğunu belirterek itirazı yerinde görmemiştir⁽⁶³⁾.

Nişanlılar arasında bu suçun işlenmesine bir engel yoktur. Nişanlılık bir kadınla bir erkeğin birbirleriyle meşru olarak birleşip yuva kurma yönündeki isteklerini karşılıklı olarak açıklamaları ve vaatte bulunmalarıdır. Dolayısıyla ni-

(61) Bkz.: 2. CD., 16.5.1946 tarih, 4623/4823 sayılı karar: TUNA, Irza Geçme (1), s. 469-470; 4. CD., 28.3.1979 tarih, 1601/1666 sayılı karar: ÖNDER, s. 445; 4. CD., 19.12.1990 tarih, 5557/7044 sayılı karar: YKD., 1991, C. 17, Sayı 2, s. 290-294; 4. CD., 7.7.1994 tarih, 2788/6217 sayılı karar: YKD., 1994, C. 20, Sayı 11, s. 1847-1854.

(62) Sami SELÇUK'un karşı oy yazıları için bkz.: YKD., 1991, C. 17, Sayı 2, s. 290-294 ve YKD., 1994, C. 20, Sayı 11, s. 1847-1854.

(63) DÖNMEZER, Cinsel ..., s.10.

şanlılık, nişanlılar arasında evlilikte olduğu gibi cinsel ilişki için hak ve yükümlülük tanımaz⁽⁶⁴⁾.

Evlilik mahkeme kararıyla sona ermiş ise, eşler daha sonra beraber yaşasalar dahi, zorla gerçekleştirilecek cinsel ilişki ırza geçme suçunu oluşturacaktır.

C- Düşüncemiz

Bize göre de evlilik birliği içinde ırza geçmenin kabul edilmesi gerekir. Evlilik taraflara cinsel ilişkide bulunma konusunda karşılıklı hak ve yükümlülükler tanır. Fakat bütün haklarda olduğu gibi bu hakkın da kötüye kullanılmasına izin verilemez. Kaldı ki kişilerin evlenmekle cinsel özgürlükleri sona ermez. Eşler ayrı ya da birlikte yaşıyor olsalar da birinin diğerini maddi veya manevi cebirle cinsel ilişkiye zorlaması cezalandırılmalıdır. Aksi düşünce yanlış ve haksız uygulamalara neden olabilecektir. Örneğin AIDS gibi ölümcül ve cinsel ilişki sonucu mutlak bulaşma özelliği olan bir hastalığa sahip kocasıyla cinsel ilişkide bulunmasının kadın için bir görev olduğu; aynı şekilde döl yollarında iltihaplanma olan ya da mutad kanama dönemindeki bir kadının cinsel ilişki ile hem acı çekmesi hem rahatsızlığının ilerlemesi pahasına, hatta hamile bir kadının hamileliğinin son dönemlerinde belki de çocuğunu kaybetme pahasına kocasının cinsel ilişki isteğini yerine getirme yükümlülüğünden sözedilebilir mi? Toplumdaki genel ahlak kuralları ve hemen hemen bütün dinler tarafından yasaklanan normal olmayan yolla cinsel ilişkiye mağdurun katlanma zorunluluğu bulunduğu ileri sürülebilir mi?

Evlilik cinsel ilişkiyi meşrulaştırır fakat cinsel ilişkiye katlanma yükümlülüğü tanımaz. Eşlerden biri diğerinin cinsel ilişki isteklerini yerine getirmemesi karşılığında yapılacak olan şey onu zorla ilişkiye razı etmek değil, evliliğin yüklediği görev ve sorumlulukları yerine getirmemesi nedeniyle boşanma talebinde bulunmak olmalıdır. Medeni Kanunumuz taraflara bu hakkı tanımıştır.

Ceza Kanunumuzda ırza geçmeye ilişkin maddelerde bu suçun evlilik birliği içinde işlenemeyeceği belirtilmemiştir. Uygulama ve doktrindeki genel eğilime göre kocanın failliği kabul edilmemişken bu konuda gerek doktrinde gerekse uygulamada aksi düşünceler yer almaya başlamıştır. Bize göre Ceza Kanununda yapılacak bir değişlikle evlilik içi ırza geçme hali düzenlenmeli, mevcut karışıklık ve belirsizlik giderilmelidir. Centel'in çok isabetli olarak belirttikleri gibi kocanın karısına karşı gerçekleştirdiği müessir fiilden yargılanmasına karşılık, daha ağır olan ırza geçme suçundan yargılanamamasını anlamak ve açıklamak bize göre de mümkün değildir.

(64) ÖZDEN, s. 1179; Yargıtay 1. CD. 25.9.1946 tarih, 1665/1434 sayılı kararında nişanlılığı her hangi bir olayda hafifletici neden oluşturmayacağı gerekçesiyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur: ALİCANOĞLU, Mahmut, Tarihçeli - İzahlı - Notlu Türk Ceza Kanunu ve Yargıtay İçtihatları ve Harçlar Kanunu, C. II, İstanbul, (Halk Basımevi), 1952 s. 22.

Evlilik birliği içinde irza geçmenin mümkün olduğu yönünde düşünceye sahip olmamız nedeniyle evliliğin resmi ya da örfi veya dini kurallara göre gerçekleşmiş olması tartışmasını gerekli görmüyoruz. Resmi şekilde gerçekleştirilmiş evlilik birliği için irza geçme sözkonusu olunca gayri resmi evliliklerde evleviyetle kabul edilmelidir

SONUÇ

Bu çalışmamızda irza geçme suçu faili ve mağduru açısından ele alınıp değerlendirilmiştir. Bize göre, bu suçun failini ve mağduru belirlerken, korunmak istenen hukuki menfaatin ne olduğu ve bunun nasıl yorumlanması gerektiği ve maddi unsur konularındaki nitelendirme son derece önemlidir. Bu suçla korunmak istenen menfaat, bireyin cinsel özgürlüğü ve cinsel onuru, bununla birlikte genel adaptir. Bir kimsenin cinsel ilişki ve cinsel tatmin, cinsel hayatını tanzim, cinsel gelişimini sağlıklı bir şekilde sağlama özgürlükleri cinsel özgürlük kavramı içinde değerlendirilmelidir. Maddi unsur ise, kanunumuzdaki ifadeyle irza geçmedir. Irza geçme tabiriyle kastedilen, maddi ya da manevi cebir ika edilerek bir kimse ile istek ve iradesine aykırı olarak cinsel ilişkide bulunmaktır. Cinsel ilişki, iki kişi arasındaki cinsel birleşmeyi, bazı yazarların tabiriyle çiftleşmeyi ifade eder. Cinsel ilişki, vajina ya da anüs yoluyla duhulün gerçekleşmesiyle oluşmaktadır.

Irza geçme suçunun mağduru yaşayan herhangi bir kimse olabilecektir. Bize göre bu suçun erkek ya da kadına karşı işlenmiş olmasının önemi yoktur. Çünkü bu suçun işlenmesiyle, bireyin cinsel özgürlüğüne ve cinsel onuruna saldırılmıştır. Cinsel özgürlük ve cinsel onur kavramı ise kadın ya da erkek bakımından aynı şeyleri ifade etmektedir. O halde mağdur açısından cinsiyete dayalı olarak, yalnızca kadınların bu suçun mağduru olabileceğine ilişkin nitelendirme bizzat doğru bir yaklaşımdır.

Bu suçun failinin kimler olacağı konusunda ise tartışma yoğunudur. Failin cinsiyeti ve evlilik birliği içinde eşlerin fail olup olamayacakları konusunda çok farklı görüşler ileri sürülmüştür. Çalışmamız içerisinde de değindiğimiz gibi, bize göre failin cinsiyetinin bir önemi yoktur. Bu suç açısından fail erkek olabileceği gibi kadın da olabilecektir. Bizim düşüncemize göre, korunmak istenen hukuki yarar ve suçun maddi unsuru dikkate alındığında bir erkeğe karşı işlenen irza geçme suçunda fail erkek ya da kadın olabileceği gibi, bir kadına karşı irza geçme suçunun işlenmesi halinde fail yalnız erkek olabilecektir. Şöyle ki; mağdurun erkek olduğu durumlarda, fail olarak, bir başka erkek anüs yoluyla cinsel ilişkiyi gerçekleştirirken; bir kadın, mağdurun cinsel organını, kendi cinsel organına (vajina) ya da anüsüne ithal ettirmek suretiyle cinsel ilişkiyi mümkün kılabilir. Bir kadının suçun mağduru olan erkeğin anüsüne sair şeyler ithal etmesi ise cinsel ilişki niteliği taşımayacağından böyle bir durumda irza geçme suçunu gerçekleştirecek, dolayısıyla da bu suç açısından kadının failiği söz konusu olamayacaktır. Mağdurun kadın olduğu durumlarda ise, fail olan erkek, kendi

cinsel organını mağdurun cinsel organına ya da anüsüne ithal ile bu suçu işleyebilecektir. Fakat bir kadının bir başka kadın üzerinde ırza geçme suçunu işlemesi bize göre mümkün olamayacaktır. Çünkü bu durumda maddi unsur olarak belirttiğimiz cinsel ilişkinin gerçekleşmiş olduğundan söz edilemeyecektir.

Bize göre, evlilik birliği içerisinde eşlerden biri de bu suçun faili olabilecek; eşlerden birinin, diğerine maddi ve/veya manevi cebir kullanarak cinsel ilişkiye girmesi ırza geçme suçuna sebebiyet verecektir. Evli olan tarafların, birbirlerinden cinsel ilişkiyi talep hakları bulunmakla birlikte, bu haklarını karşı tarafın olumsuz iradesine rağmen zorla elde etme yetkilerinin varlığı kabul edilemez. Böyle bir zorlamayı, aile bireylerine kötü muamele ya da müessir fiil olarak değerlendirmenin de imkanı yoktur. Çünkü bu durumda cinsel özgürlük ihlal edilmiş, cinsel onur zedelenmiştir. Evliliğin, eşlerin birbirleri karşısında cinsel özgürlüğünü ortadan kaldırdığı düşünülemez.