

# TÜRK CEZA KANUNU TASARISININ (2000) BAZI HÜKÜMLERİ HAKKINDA DÜŞÜNCELER

*Yard. Doç. Dr. Türkan Yalçın SANCAR \**

## I. GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nun genel yapısında köklü değişikliklere ve Tasarının genel gerekçesinde yer alan ifadeyle, *yeni ve demokratik gelişmelere* yer vermeyi hedefleyen Türk Ceza Kanunu Tasarısı, kamuoyunu uzun süre meşgul ettikten sonra, bir süredir gündemden düşmüş gibi görünüyor. Ancak bu durum, bazı hükümleri zaman zaman TCK'na monte edilen Tasarı hakkında, olumlu ya da olumsuz söylenebilecek pek çok şey bulunduğu gerçeğini değiştirmedeği gibi, bunları söyleme ihtiyacını da ortadan kaldırmıyor.

Bu yazıda, Türk Ceza Kanununu'nun ikinci kitabının sekizinci babında yer alan ve "*Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler*" başlığı altında düzenlenen bazı suçların Tasarıda aldığı biçim üzerinde yoğunlaşılacaktır. Tasarı bu suçlara İkinci Kitabın "*Topluma Karşı Suçlar*" başlıklı ikinci kısmında yer vermiş ve iki bölüm halinde tasnif etmiştir. Böylece Altıncı Bölüm "*Cinsel Bütünlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar*"a ayrılmış, Yedinci Bölümde ise "*Aileye Karşı Suçlar*" düzenlenmiştir. Bu şekliyle Tasarı, cinsel bütünlük ve aile düzenini ayrı ayrı koruma altına alırken, TCK'nun değişik yerlerinde bulunan ve aile düzenini ilgilendirdiği düşünülen bazı suçlar da (birden çok evlilik, disiplin yetkisini kötüye kullanma, ailenin terki gibi) bu bölüme aktarılarak daha sistematik bir düzenleme yapılmaya çalışılmıştır. Tabii ki bu sistematikle ilgili olarak da söylenebilecek bazı şeyler vardır.

---

\* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## II. "CİNSEL BÜTÜNLÜĞE VE EDEP TÖRELERİNE KARŞI SUÇLAR" BÖLÜMÜNDE YER ALAN BAZI SUÇLAR

### A. "EDEP TÖRELERİNE KARŞI SUÇLAR"

Tasarının altıncı bölümünün başlığı "*Cinsel Bütünlüğe ve Edep Törelere Karşı Suçlar*"dır ve bu başlık altında "ırza geçme, ırza tasaddi, hayasızca hareketler, söz atma, sarkıntılık, cinsel taciz, müstehcenlik, fuşşa teşvik" gibi doğrudan kişinin cinsel bütünlüğünü ve özgürlüğünü ilgilendiren suçlara yer verilmiştir.

Bölüm başlığında yer alan "töre" sözcüğü, "*ahlak, adet, an'ane, edep, erdem, fazilet, gelenek, namus, onur, örf, teamül*" gibi pek çok eş anlama sahiptir. Ancak "edep" ve "töre" şeklinde bazen biri diğerinin yerine kullanılabilen ve son derece muğlak, içeriği belirsiz iki sözcüğü yan yana getirmek: hele de "töre" gibi, hukukla bir arada telaffuzu pek mümkün olmayan ve genellikle olumsuz bir içeriği çağrıştıran bir sözcüğü bölüm başlığı yaparak, olumlu bir anlam katmaya çalışmak bize hiç doğru gelmemektedir. Gerçekten de özellikle ülkemizde "töre" sözcüğü, "töre cinayeti, töre evliliği" gibi olumsuzluklarla birlikte dile getirilir. Kan davası nedeniyle ya da namus bahane gösterilerek işlenen cinayetlerin hemen hepsi "törelere" meşrulaştırılmaya çalışılır. Çağdaş ve demokratik bir ceza kanununda, hele de cinsellik gibi pek çok tabunun bulunduğu bir alanda belki de hiç yer almaması gereken sözcüklerin başında "töre" gelir. Ayrıca kaleme alınırken her bir kanuni tipin "açık ve belirgin" olmalarının "kanunilik ilkesi" açısından taşıdığı önem<sup>1</sup> dikkate alındığında, aynı açıklığın ceza kanununun bütünü bakımından da geçerli olması ve özellikle bölüm başlıklarının sistematik yorum açısından taşıdıkları önemin hesaba katılması gerekir. Somut olaylarda bu hususun ne gibi sorunlar çıkarabileceğini önceden kestirmek çok zor olmakla birlikte, ceza kanunu yapma tekniği açısından doğru olmadığını peşinen söylemek mümkündür.

### B. ZORLA IRZA GEÇME

Tasarı'nın 313. maddesinde "zorla ırza geçme" suçuna yer verilmiştir. Buna göre:

"Cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir nedenden veya kullandığı hileli

<sup>1</sup> "Kanunun açıklığı ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ferrando MANTOVANI, *Diritto Penale*, P.G., Padova, 1988, s. 97 vd.; Nevzat TOROSLU, *Ceza Hukuku*, Ankara 2001, s. 24 vd.

vasıtalardan dolayı fiile karşı koyamayacak bir halde bulunan bir kimsenin ırzına geçen kimseye beş yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen fiiller onbeş yaşını bitirmiş olup da, onsekiz yaşını bitirmemiş küçükler hakkında işlendiğinde yedi yıldan on yıla, onbeş yaşını bitirmemiş olanlar hakkında işlendiğinde on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir.

Bu maddede yazılı fiillerin birinci fıkrada belirtilen hal ve suretlerle kendisine karşı yapılmasını sağlayan kimseye de aynı ceza verilir.

Bu maddede yazılı suçlar reşit kişiler hakkında işlendiğinde soruşturma ve kovuşturma şikayete bağlıdır; ancak şikayetten vazgeçilemez.

Irza geçme, hangi nitelikte olursa olsun bir kişiye cinsiyet uzvunun ithalidir.”

1. Tasarının 313. maddesi, ırza geçme suçlarını düzenleyen TCK'nun 414 vd. maddelerine nazaran daha derli topludur. Irza geçmenin tanımı yapılmış, mağdurun yaşının 18'den büyük, 15-18 arası ve 15'ten küçük olmasına göre değişik oranlarda cezalar öngörülmüştür.

Tasarının diğer bazı maddelerinde de göze çarpan 15 yaş sınırı, TCK'nunda da vardır ve bu sınır küçüğü koruma amacını her zaman arzu edildiği şekilde gerçekleştirememektedir. Onbeş yaşın altında olan tüm çocukları, ırza geçme suçunun mağduru olmaları bakımından aynı konumda değerlendirmek tıbbi gerçeklerle de çelişmektedir. Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'nun değerlendirmesine göre; *“ahlaki tecavüze uğrayan çocuklar ancak 11 yaşın bitiminden ve 12 yaştan gün almalarından sonra mağduru buldukları olayın ahlaki kötülüğünü müdrük ve mukavemete muktedir olabilirler”*.<sup>2</sup> Yani 15 yaşındaki bir çocukla 12 yaşındaki bir çocuk arasında olayların önemini kavrama bakımından fark bulunduğu gibi, 10 yaşındaki bir çocukla 12 yaşındaki bir çocuk arasında da bu anlamda fark vardır.

Aslında ırza geçme suçlarının mağduru olan küçükler hakkındaki yaş kategorizasyonunun, cezai ehliyetteki yaş gruplarına uygun olması daha doğru olur. Yani, küçüklerin bir suçun faili olmaları bakımından nasıl bir sistem öngörülmüşse, belli suçların özellikle de ırza geçme suçlarının mağduru olmaları bakımından da aynı sistem geçerli olmalıdır.

<sup>2</sup> Bkz. Cengiz OTACI, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı İşlenen Suçlar, Ankara 2000, s. 22.

Bilindiği gibi “Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun” un 11 ve 12. maddelerinde bu sınıflandırma “11 yaşından küçükler” ile “11 yaşını bitirip 15 yaşını doldurmayan küçükler” şeklindedir.

Bundan başka, Tasarının “Çocuk ve Küçüklere İlişkin Hükümler” kısmında 100. maddede tanımlar yapılmış ve “ *çocuk* deyiminden, suçu işlediği sırada oniki yaşını bitirmiş olup onbeş yaşını bitirmemiş bulunanlar; *küçük* deyiminden ise, onbeş yaşını bitirmiş onsekiz yaşını bitirmemiş olanlar anlaşılır” hükmüne yer verilmiştir. Bu tanımdan, oniki yaşından küçük olanlara ne denileceği anlaşılammakla beraber, 101. madde bu grubun durumunu düzenlemiş ve haklarında ceza kovuşturması yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Böylece Tasarı, 18 yaşından küçük olanları cezai ehliyet bakımından a. 12 yaşından küçük olanlar, b. 12-15 yaş arası olanlar ve c. 15-18 yaş arası olanlar şeklinde gruplandırmıştır. Tasarıdaki bu gruplandırmanın ırza geçme suçlarına aynen yansımaları ve 12-15 yaş arasındaki küçüklerin ve 12 yaşından küçüklerin ırzına geçilmesinin ayrıca düzenlenmesi daha doğru olurdu.

2. TCK'nun 414 vd. maddeleri zora dayanan “cinsel ilişki”yi değil, “ırza geçme”yi cezalandırdığı için; bu suçun mağdurunun kadın ya da erkek, failinin ise sadece erkek olabileceği, gerek doktrinde, gerekse yargı kararlarında kabul edilmiştir. Buna rağmen, kadın failin, ırza geçmesi için bir erkeği zorlaması halinde “ırza geçmek” suçundan söz edilemeyeceğini, pasif kişinin ırza geçmesi mümkün olmadığından ve maddede kendi ırzına geçirtme cezalandırılmadığından, kadınların ırza geçme suçunu işlemelerinin imkansız olduğunu ve bu gibi durumlarda şartları varsa, tehdit, özgürlüğü kısıtlama ya da müessir fiil suçlarının oluşabileceğini savunanlar da vardır.<sup>3</sup>

Tasarı ise 313. maddenin 3. fıkrasındaki düzenlemeyle, kadınların da ırza geçme suçunun faili olabilmeleri ihtimalini dikkate almıştır. Böylece bir kadın maddede yazılı olan fiillerin cebir veya tehdit kullanılarak ya da birinci fıkrada yazılı diğer biçimlerde kendisine yapılmasını sağlarsa, erkeğin cinsel bütünlüğünü ihlal etmiş sayılacaktır. Örneğin, silah zoruyla, bir erkeği kendisiyle cinsel ilişkide bulunmaya zorlayan kadın, 313. madde hükümlerine göre cezalandırılabilir. Cinsel bütünlüğü koruması ve kadın ya da erkek herhangi bir kimsenin, iradesi dışında cinsel ilişkiye zorlanmasının hukuka uygun olmadığını vurgulaması açısından bu hüküm son derece yerindedir.

<sup>3</sup> Bkz. Sedat BAKICI, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, Ankara 1994, s. 4-5.

3. Tasarının 313. maddesinin son fıkrasında ırza geçmenin tanımı yapılmıştır. TCK’nda bulunmayan bu tanım yine cinsel bütünlüğü koruyacak bir biçimde kapsayıcıdır ve cinsel bütünlüğü mağdurun sadece cinsel organıyla bağlantılandırılmaması bakımından da çağdaş bir değere sahiptir. Madde gerekçesine göre “*hangi nitelikte olursa olsun bir kişiye cinsiyet uzvunun ithali ırza geçmedir. Böylece cinsiyet uzvunun bir kadının vajinasına sokulması ırza geçme teşkil ettiği gibi, kadın veya erkeğin ağzına (oral seks) veya anüsüne (ferç-anal seks) ithal hallerinde de suçun maddi unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Cinsel salgının ne yolla olursa olsun, bedenine içine akacak kadar cinsel organın ithali halinde suç tamamlanmış olur; inzal şart değildir. Suçun mağduru kadın, kız, ya da erkek olabilir.*”<sup>4</sup>

4. 313. maddenin gerekçesinde dikkat çeken bir husus, “evlilik içinde rıza dışı gerçekleştirilen cinsel ilişki”lerle ilgilidir. Gerekçede aynen şu ifade yer almaktadır: “*Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 19. 6. 1996 tarih ve E.1996/4409, K.1996/5504 sayılı kararında kocanın, karısının rızası hilafında ters cinsel ilişkide bulunmasını ırza geçme saymayarak Türk Ceza Kanunu’nun 478. maddesini ihlal eden bir fiil saymış bulunması karşısında maddeye bu şekilde açıklık getirilmesine gerek görülmemiştir.*”

Bilindiği gibi, Yargıtay bazı kararlarında<sup>5</sup> evlilik birliği içindeki cinsel ilişkinin sadece anal yoldan zorla gerçekleştirilmesini “aile efradına kötü muamele” (m.478) saymaktadır. Bu mantıkla, zorla gerçekleştirilen normal ilişki ise ırza geçme sayılmadığı gibi, aile efradına fena muamele de sayılmayacaktır. Türk doktrininde hakim olan görüş de aşağı yukarı bu yöndedir. Genellikle evliliğin kadına, arasında cinsel ilişkiye rıza gösterme mükellefiyeti de bulunan bir takım vazifeler yüklediği, nikah devam ettikçe ırza geçme suçunun oluşamayacağı kabul edilmektedir. Bu görüş çerçevesinde, kadının rızası hilafına gerçekleşen ve evliliğin gayesine hizmet etmeyecek cinsel ilişkiler fena muamele sayılacaktır.<sup>6</sup>

Kocanın zoruna dayanan cinsel ilişkilerin de “ırza geçme” sayılması yönündeki çağdaş gelişmeler karşısında,<sup>7</sup> gerekçeye böyle bir açıklama koyarak uygulamadaki bize göre yanlış olan eğilimi yasalılaştırmak ve maddenin farklı biçimde yorumlanmasının önüne geçmeye çalışmak yargıcın da elini kolunu bağlayacaktır. Bu anlayış yorum ilkeleriyle ve yasaların

<sup>4</sup> Bkz. Tasarı, s. 320-321.

<sup>5</sup> Bkz. 4. CD. nin 7.7.1994 tarih ve 2788/6217 sayılı kararı (YKD. S. 11. s.1847-1848, 1994.) 4. CD.nin 19.12.1990 tarih ve 5557/7044 sayılı kararı (YKD. S. 2, s. 290 vd. 1991) Sami SELÇUK’un karşı görüşlerini dile getirdiği karşı oy yazıları için bkz. aynı kararlar.

<sup>6</sup> Bu yazarlar ve görüşleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. . M. Emin ARTUK-Ahmet GÖKCEN-Caner YENİDÜNYA, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2000, s. 749 vd.

<sup>7</sup> Evlilik içinde ırza geçme konusunda mukayeseli hukuk incelemesi için bkz. ARTUK-GÖKCEN- YENİDÜNYA, s. 746 vd.

değişen koşullara göre biçim alabilecek dinamik bir yapıya sahip olmaları gereğiyle de bağdaşmaz. Böylece “evlilik” her türlü cinsel suç bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiş olur. Yasa koyucunun bu anlayışta olması, yasaları “objektif yorum” ilkelerine göre yorumlayacak olanların da aynı görüşte olmalarını elbette gerektirmez. Bu nedenle eğer Tasarıda ve gerekçede “evlilik içinde zorla girilen cinsel ilişkiler” ayrıca suç olarak belirlenmiyorsa aksi de yapılmamalı ve gerekçeye konan bu kayıt mutlaka çıkarılarak yargıca yorum imkanı tanınmalıdır. Çünkü ırza geçme suçu tanımlanırken cinsel ilişkinin evlilik içi ya da evlilik dışı olmasına göre bir ayırım yapılmamıştır. Suçun tanımında böyle bir unsur yer almadığı halde, yargı kararlarıyla uygulamaya yerleştirilen bu anlayış, Tasarıda devam ettirilmektedir.

### ***C. KÜÇÜKLERİN VE ÇOCUKLARIN RIZASI İLE IRZINA GEÇİLMESİ***

Tasarının 314. maddesinde şu hüküm yer almaktadır:

“Onbeş yaşını bitirmiş olup da, herüz onsekiz yaşını bitirmemiş olan bir küçüğün rızası ile ırzına geçen kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Onbeş yaşını bitirmemiş olan bir çocuğun rızası ile ırzına geçen kimseye dört yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.

Hükmen veya evlenme suretiyle reşit olan veya reşit kılınanlara karşı işlenen fiiller hakkında bu madde hükmü uygulanmaz.”

1. Mağdurun yaş gruplandırmasıyla ilgili olarak daha önce yaptığımız eleştiriler bu madde için fazlasıyla geçerlidir. Onbeş yaşından küçük bütün çocukları “rıza göstermeleri” konusunda aynı durumda kabul etmek son derece hatalıdır. Bu eleştiriye karşı Tasarının 313. maddesinin 1. fıkrası gösterilerek, (fiile karşı koyamayacak halde bulunma)<sup>8</sup> bu hükmün önemli bir koruma sağladığı ileri sürülebilir. Ancak yine de Ondört yaşındaki bir çocukla, altı yaşındaki bir çocuğu bu suçun mağduru olmaları bakımından eşleştirmek ve faile aynı cezayı vermek bize doğru görünmemektedir.

<sup>8</sup> “Fiile mukavemet edemeyecek hal” kavramının doktrinde ve uygulamada nasıl anlaşıldığı hakkında bkz. Faruk EREM-Nevzat TOROSLU, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, B. 8, Ankara 2000, s. 297.

2. Maddenin son fıkrası, Ceza Muhakemesi Hukuku kural ve ilkeleri açısından çok önemlidir. Mahkeme kararıyla ya da evlenme ile reşit kılınanlara karşı işlenen fiiller hakkında bu madde hükmü uygulanmayacaktır. Yani 16 yaşındaki bir çocuk mahkeme kararıyla reşit kılınmışsa, rızasıyla cinsel ilişki kurduğunda, bu ilişki ırza geçme sayılmayacak, reşit kimsenin rızasına dayanan bir cinsel ilişki nasıl cezalandırılmıyorsa, 16 yaşındaki hükmen reşit kimseyle cinsel ilişkide bulunan kimse de cezalandırılmayacaktır.

Bu hüküm ceza muhakemesinin “maddi gerçeği bulmak” şeklindeki amacıyla çalışmaktadır. “Maddi gerçek”,<sup>9</sup> eldeki verilere, tüm çabalara göre, en doğrunun ifadesidir. Sadece tarafların söylediğine ve mahkemeye sundukları delillere göre değil de, gerçekte olayın doğada nasıl meydana geldiğini öğrenmeye çalışmaktır. Ceza muhakemesinde söz konusu olan bireyin özgürlüğü, hayatı, namusu olduğuna göre, tahmini hakikatle sonuca ulaşmamak, tam ve en doğruyu bulmak gerekir. Ceza muhakemesinde yargıç re’sen araştırma yapar ve delil serbestisi ilkesi geçerlidir. Bu anlamda ceza muhakemesi ile medeni muhakeme arasında çok önemli farklar vardır.<sup>10</sup> Ceza muhakemesi hukukunda kararın hedefi maddi hakikat ve adalettir.<sup>11</sup>

Aralarında bağlantı olan uyuşmazlıklar ceza muhakemesinde değişik biçimlerde çözüme kavuşturulur.<sup>12</sup> Bu yollardan birisi de “bekletici sorun” saymadır. Asıl davayı görmekte olan mahkeme, kendi elindeki uyuşmazlığın çözümünün, başka bir uyuşmazlığın çözümüne bağlı olduğunu görürse asıl meselenin çözümünü diğer tali meselenin çözümüne kadar bekletir. Bazı durumlarda bizzat yasa, bekletici sorun sayma konusunda bir yasak getirir ve mahkeme sorunu kendisi çözmek zorunda kalır.<sup>13</sup> CMUK’nun 255. maddesine göre, yaş sorununu mahkeme kendisi çözmek zorundadır. Bu konu özellikle ceza ehliyeti açısından ve ırza geçme suçlarında mağdurun rızasının geçerli olup olmaması bakımından çok önemlidir. Ceza mahkemesi yaş konusundaki uyuşmazlığı kendisi nisbi muhakeme<sup>14</sup> yaparak

<sup>9</sup> Ceza muhakemesinin amacı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eralp ÖZGEN, Ceza ve Ceza Muhakemesi Bilgisi, Eskişehir 1988, s. 109 vd.; Bahri ÖZTÜRK-V.Özer ÖZBEK-M.Ruhan ERDEM, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 6, Ankara 2001, s. 31.

<sup>10</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZGEN, s. 122 vd.; Bu iki muhakeme dalı arasındaki farklar konusunda değişik bir yaklaşım için bkz. Metin FEYZİOĞLU, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s. 88 vd.; Erdener YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, B. 5, İstanbul 1994, s. 3.

<sup>11</sup> Erol CİHAN-Feridun YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 2, İstanbul 1997, s. 11. Ceza muhakemesinin amacı hakkında düşünceler için bkz. s. 3 vd.

<sup>12</sup> Bkz.Nurullah KUNTER-Feridun YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuku, B. 10, İstanbul 1988, s. 276 vd.; Nevzat TOROSLU, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 1998, s. 79 vd.; ÖZGEN, s. 143 vd.

<sup>13</sup> Bekletici sorun sayma yasağı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YURTCAN, s. 219 vd.

<sup>14</sup> KUNTER-YENİSEY, s. 282 vd.; ÖZTÜRK-ÖZBEK-ERDEM, s. 226.

çözümleyecektir. Bekletici sorun sayma yasağı, kanunda nisbi muhakemenin zorunlu sayıldığı hallerde söz konusu olur.<sup>15</sup>

Ceza muhakemesinde failin ve kanunun önemseydiği durumlarda mağdurun gerçek yaşı önemlidir. Bu husus CMUK'nun 255/son maddesinde şu şekilde dile getirilmiştir: "*Ceza mahkemelerinde son tahkikat esnasında suçtan zarar görenlerle sanıkların yaşlarında ceza hükümleri bakımından lüzum görülecek tashihlerin Nüfus Kanunundaki usule göre icrası ceza mahkemesine aittir*".<sup>16</sup>

Mağdurun veya failin mahkeme kararıyla ya da evlenmeyle reşit kılınması ve bu duruma medeni muhakemede bazı sonuçların tanınması, ceza muhakemesinde de aynı sonuçların tanınmasını gerektirmez, aksi durum, ceza muhakemesinin maddi gerçeği bulma amacıyla çelişir.

Mağdur ya da sanık olmada yaş konusu önemliyse, ceza muhakemesinin maddi gerçeğe göre cereyan etmesi gerekir. 16 yaşındaki bir çocuk, mahkeme kararıyla 18 yaşında sayılmışsa, ırza geçme suçunun faili olmak bakımından nasıl 18 yaşında sayılamayacaksa, mağduru olmak bakımından da sayılamamalıdır. Bu suçlar bakımından mağdurun yaşı, suçun unsurlarındandır ve mağdurun gerçek yaşının tespit edilmesi gerekir.

#### **D. ZORLA IRZA TASADDİ**

Tasarının 315. maddesinde "zorla ırza tasaddi" suçuna yer verilmiştir. Buna göre;

"Cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir nedenden veya kullandığı hişeli vasitalardan dolayı fiile karşı koyamayacak bir halde bulunan bir kimsenin ırzına tasaddi eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen fiiller onbeş yaşını bitirmiş olup da, onsekiz yaşını bitirmemiş küçükler hakkında işlendiğinde iki yıldan dört yıla, onbeş yaşını bitirmemiş olanlar hakkında işlendiğinde üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

<sup>15</sup> bkz. YURTCAN, s. 219.

<sup>16</sup> Bu hükmün uygulamada nasıl değerlendirilip yorumlandığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAKICI, s. 6-7; aynı görüş için bkz. Doğan SOYASLAN, Ceza Hukuku, Özel Hükümler, B. 2. Ankara 1997, s. 302.



Bu maddede yazılı suçlar reşit kişiler hakkında işlendiğinde soruşturma ve kovuşturma şikayete bağlıdır; ancak şikayetten vazgeçilemez.”

TCK'nun 415. maddesinde olduğu gibi 315. maddede de “tasaddi”nin tanımı yapılmamıştır. Zaman zaman sarkıntılık ve cinsel taciz kavramlarıyla karıştırıldığı için<sup>17</sup>, ırza tasaddinin de açık bir tanımının yapılması uygun olabilirdi. 315. maddenin gerekçesinde yapılan tanım (ırza tasaddi hareketleri, bir kimse üzerinde doğrudan doğruya işlenen ve cinsel ilişkiye varmayacak şehvi nitelikte ve şehveti tatmin edecek doğada eylemlerdir) aynen madde metnine aktarılsaydı zannediyoruz ki bir sorun kalmayacaktı. Buna rağmen Tasarıdaki düzenleme TCK'ndakine nazaran daha derli topludur. Tıpkı ırza geçmede olduğu gibi, rızaya dayanmayan ırza tasaddi suçunda da, mağdurun yaşı bakımından üç kademeli bir ayırım yapılarak 313 ve 314. maddelerle uyum sağlanmıştır.

### ***E. ÇOCUKLARIN RIZASI İLE IRZINA TASADDİ***

Tasarının 316. maddesi şu hükmü öngörmektedir.

“ Onbeş yaşını bitirmemiş olan bir çocuğun rızası ile ırzına tasaddi eden kimseye iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası verilir.”

Böylece TCK'nun 415. maddesinde olduğu gibi Tasarı da onbeş yaşından büyüklerin rızası ile yapılan tasaddi fiillerini cezalandırmamıştır. Mağdurun rızası ile ırza geçmede Tasarı onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını bitirmemiş olanlar ve onbeş yaşını bitirmemiş olanlar şeklinde ikili bir kademelendirme yaparken; ırza tasaddinin rızaya dayanması halinde sadece onbeş yaşından küçük olanların rızasını geçersiz sayıp, onbeş yaşından büyük olanların rızalarını hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirmiştir. TCK Öntasarısı (1997) de 15-18 yaş arasındaki çocukların rızalarıyla ırzlarına tasaddi edilmesi hali de cezalandırılıyordu.

Elbette ki ırza tasaddi suçu ırza geçme suçu kadar vahim değildir ve muhtemelen de bu nedenle belli bir yaşın üzerindeki çocukların rızalarına önem verilmiştir. Ancak madde gerekçesine bakıldığında Tasarının 313. maddesine atıf yapılarak bu maddeyle dengeli bir düzenleme yapıldığı söylenmektedir. Oysa 313. maddede zorla ırza geçme düzenlenmektedir ve mağdurun yaşı bakımından üç kademeli bir ayırım yapılmıştır. Bu nedenle bu atıf isabetli değildir. Ayrıca eğer ırza geçme suçlarıyla paralel bir düzenleme yapıldığı iddia edilmek isteniyorsa, o zaman da onbeş yaşını

<sup>17</sup> ırza tasaddinin diğer bazı suçlarla karşılaştırılması için bkz. ARTUK- GÖKCEN-YENİDÜNYA, s. 760.

bitirmiş fakat onsekiz yaşını bitirmemiş olan çocuklar bakımından da rıza geçersiz sayılmalıydı. Bu sorun madde metninin değiştirilmiş olmasına karşın, gerekçenin Tasarımın önceki biçimlerindeki gibi bırakılmasından kaynaklanmaktadır.

Bu düzenleme uygulamada ispat konusunda çekilen güçlükler nedeniyle zaman zaman “ırza geçmeye teşebbüs”ün “ırza tasaddi” olarak değerlendirildiği durumlarda faillere cezadan kurtulma olanağı sağlayabilecek olmakla birlikte, olumlu değerlendirilebilir. Gerçekten de 15 yaşından büyük 18 yaşından küçük bir çocuğun rızasıyla ırzına geçmeye teşebbüs eden bir kimse, ispat sorunu nedeniyle eylemin ırza tasaddi olarak değerlendirilmesi, ya da isteyerek vazgeçme nedeniyle ırza tasaddiden cezalandırılabilir olması rağmen,<sup>18</sup> eylemin tasaddi olarak değerlendirilmesi ve mağdurun rızasına dayanması nedeniyle cezalandırılmayacaktır. Bu türlü sonuçlar doğurabilecek olmasına karşın, bu sorunların sadece uygulamayı ilgilendirmesi nedeniyle hüküm olumludur, çünkü cinsel özgürlüğün bu denli kısıtlanması, yani bu yaş grubunun rızalarına dayalı yakınlaşmaların kanun yoluyla önüne geçilmeye çalışılması, pek çok suistimali de beraberinde getirebilecektir.

#### **F. HAYASIZCA HAREKETLER**

TCK'nun 419. maddesinde düzenlenen “alenen hayasızca vaz'u harekette bulunma” suçu Tasarımın 318. maddesinde şu biçimi almıştır:

“ Alenen hayasızca durum takınanlar veya harekette bulunanlar veya başkaca edep duygularını incitecek davranışlara girişenler veya her ne suretle olursa olsun halkın edep ve ahlak temizliğine saldıranlar altı aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.

Alenen cinsel ilişkide bulunanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”

Maddede çok fazla tekrar vardır. Suçun maddi unsurunu oluşturacak olan hareketler şu şekilde ifade edilmiştir:

- a. Hayasızca durum takınmak,
- b. Hayasızca harekette bulunmak,

---

<sup>18</sup> Bkz. EREM-TOROSLU, s. 301.

- c. Edep duygularını incitecek davranışlara girişmek,
- d. Halkın edep ve ahlak temizliğine saldırmak.

Bu şekilde aynı anlama gelebilecek bir çok sözcüğü yanyana sıralamak kanun yapma tekniği ve kanunilik ilkesi açısından doğru görünmemektedir. “Halkın edep ve ahlak temizliği” ne demektir? Hayasızca durum takınmakla hayasızca harekette bulunmak arasında ne fark vardır? Kimin edep duyguları hangi davranışlarla incinir? Bu maddenin kaleme alınışından, yasak olanla olmayanı ayırabilmek son derece güçtür.

### *G. SÖZ ATMA, SARKINTILIK, CİNSEL TACİZ*

TCK'nun 421. maddesindeki hüküm, Tasarı'nın 319. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Kadınlara veya erkeklere söz atanlara üç aydan altı aya kadar hapis veya yüz milyon liradan yüzelli milyon liraya kadar ağır para cezası verilir.

Kadınlara ve erkeklere sarkıntılık edenlere altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

Bu fiiller, mağdurun hüküm ve nüfuzu altında bulunduğu kimsenin cinsel tacizi şeklini alırsa faile verilecek ceza bir yıldan az olamaz.

Bu maddede yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.”

TCK'nun 421. maddesi, “kadınlara ve genç erkeklere söz atanları ve sarkıntılık edenleri”

cezalandırmaktadır. Bu hükümde kadınlar ve erkekler arasında yaratılan ayırımı anlamak mümkün değildir. Kadınlar bakımından yaş ayırımı yapılmaksızın, her yaştaki kadına söz atma ve sarkıntılık cezalandırılırken, erkeklerin genç olmayanlarına bu davranışların yapılması halinde ceza verilmemektedir. Bu hüküm Tasarı'nın ilk biçimlerinde<sup>19</sup> aynen muhafaza ediliyordu.<sup>20</sup> Ancak 2000 Tasarısı'nda bu aksaklık giderilerek “genç erkekler” yerine “erkekler” sözcüğüne yer verilmiştir.

<sup>19</sup> Bkz. Öntasarı, m. 312, Ankara 1989

<sup>20</sup> Eleştiriler için bkz. Nevzat **TOROSLU**, Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987, s. 93.

Ancak Tasarı'nın 319. maddesinin 3. fıkrasında, bizce aksayan bir başka husus vardır. İlk iki fıkrada sayılan fiiller yani söz atmak ve sarkıntılık fiilleri, mağdurun hüküm ve nüfuzu altında bulunduğu kimsenin cinsel tacizi şeklini alacak olursa ceza artırılmaktadır. Yani madde başlığında yer alan "cinsel taciz" kavramı, söz atma ve sarkıntılık fiillerinin mağdurun hüküm ve nüfuzu altında bulunduğu kişiler tarafından yapılması olarak tanımlanmaktadır. Oysa "cinsel taciz" kavramının bu şekilde daraltılarak tanımlanmaya çalışılması doğru değildir. *Taciz* "rahatsızlık verme, rahatsız etme, tedirgin etme"<sup>21</sup> anlamını taşır. İçinde cinsel dürtülerin bulunduğu bu rahatsızlığı kim, hangi biçimde verirse versin cinsel taciz sayılmalıdır. Yani cinsel taciz kavramının kapsamına söz atmaktan ırza tecavüze kadar birey veya bireyleri cinsel bütünlük ve özgürlüğü ile ilgili olarak rahatsız eden her türlü davranış girer<sup>22</sup> ve maddede kullanılan biçimi oldukça dardır.

### H. MÜSTEHCENLİK

TCK'nun 426, 427 ve 428. maddelerinde düzenlenen "müstehcenlik", Tasarıda bir tek maddede (m.320) şu biçimi almıştır:

" 1. 15 yaşını bitirmemiş olan bir çocuğa müstehcen yazıları, kayda alınmış veya basılmış görsel, işitsel verileri, resimleri veya diğer gereçleri veya eşyaları sergileyen, bunlara ulaşılabilmesini veya tasarruf edilebilmesini sağlayan veya müstehcen temsilleri gösteren veya bu gibi şeyleri radyo ve televizyonda yayımlayan kişi ...cezalandırılır.

2. (1) numaralı bentte açıklanan şeyleri veya temsilleri halka arzeden veya gösteren yahut bunları istemeyen kimselere veren kişi ...cezalandırılır.

Kapalı yerlerde sergileme veya temsil sırasında gösterilen şeylere ait olmak üzere önceden bunların müstehcen karakteri hususunda seyircinin dikkatini çekmiş olan kişi cezalandırılmaz.

3. (1) numaralı bentte gösterilen ve çocuklarla, hayvanlarla, insan naaşlarıyla işlenen cinsel nitelikteki fiilleri, şeyleri veya temsilleri imal, ithal eden veya bunları depolayan, ilan suretiyle bunları tedavüle koyan, sergileyen, veren, gösteren, bunlara ulaşılmasını olanaklı kılan veya kişilerin tasarrufuna koyan kişi ... cezalandırılır, eşya müsadere edilir. Şiddet fiillerini içeren şeyler hakkında da aynı ceza uygulanır.

4. Fail para kazanmak amacıyla hareket etmişse ... cezalandırılır.

<sup>21</sup> Bkz. Esat ŞENER, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s. 742.

<sup>22</sup> Kavram ve değişik tanım denemeleri için bkz. ARTUK- GÖKCEN- YENİDÜNYA, s. 756.

5. (1) ila (3) numaralı bentlerde öngörülen eşya veya temsiller kültürel veya himayeye değer bilimsel bir değer taşıdıklarında müstehcen sayılmazlar.”

1. Dikkat edilirse 320. maddede müstehcenin tanımı yapılmamıştır. TCK'nun 426. maddesinde ise “müstehcen” şu şekilde tanımlanmıştır: *“Halkın ar ve haya duygularını inciten veya cinsi arzuları tahrik ve istismar eder nitelikte genel ahlaka aykırı davranışlar.”* Bu tanımın içeriği ve yeterliliğiyle ilgili olarak söylenebilecek, eleştirilebilecek şeyler olmakla birlikte, Tasarıda hiçbir tanım yapılmamış olması da büyük bir eksikliklerdir. Pek çok kavramda olduğu gibi müstehcen kavramı da farklı toplumlarda farklı anlamlar alabileceği gibi, aynı toplumun değişik kesimlerinde de farklı anlamlarda kullanılabilir. Toplumların değer yargılarına, sosyal ve kültürel şartlarına göre biçim alabilecek olan bu kavramın içeriğinin doldurulmasını tamamen yargıcın takdirine bırakmak “biçimsel kanunilik ilkesi”nin kabul edildiği bir sistemde önemli bir eksiklik olarak görülmelidir. Herkesin olduğu gibi her yargıcın kafasında bir müstehcen kavramı vardır ve bu durum çok farklı uygulamalara yol açabilecektir. Yapılan herhangi bir tanım da tüm sorunları ortadan kaldırmayacaktır, ancak mutlaka sınırları az çok belli olan, belirli ölçütleri esas alan bir tanım yapılmaya çalışılmalıydı.

2. Tasarının 320. maddesinin birinci fıkrasında mağdurun 15 yaşını bitirmemiş olması halinde faile verilecek ceza düzenlenmektedir. Ancak maddenin bu şekilde kaleme alınması ve “onbeş yaşını bitirmemiş çocuk”tan söz edilerek başlanması, kanun yapma tekniğine ters düşmektedir. Önce suçun basit şekli tanımlanmalı ve cezası öngörülmesi daha sonra suça etki eden nedenlere yer verilmelidir. Sanki mağdurun 15 yaşın altında olması suçun basit şeklinin bir unsuruymuş gibi buna birinci fıkrada yer verilmesi doğru görünmemektedir.

3. Maddenin 2. bendinin ikinci cümlesinde yer alan cezasızlık nedenini de anlamak mümkün değildir. İki durum için cezasızlık öngörülmektedir:

a. Kapalı yerlerde sergileme ,

b. Temsil sırasında gösterilen şeylere ait olmak üzere önceden bunların müstehcen karakteri hususunda seyircilerin dikkatini çekme.

Örneğin, müstehcen özellikler taşıyan bir yayının bir parkta satılması cezalandırılırken, metro istasyonunda satılması cezalandırılmayabilecektir. Böylece kişilere ulaşma olanağından ziyade, mekanın durumu dikkate alınarak faile ceza verilecek ya da verilmeyecektir. Bu cezasızlık nedeni maddenin uygulanmasını ve amacına ulaşmasını engelleyici niteliktedir.

4. Maddeye bu kısa yazının sınırlarını aşabilecek daha pek çok eleştiri yöneltilebilir. ancak dili başlı başına sıkıntı yaratmaktadır. 3. bentte yer alan ifadeler, kesilmeyen cümleler, yasalaştığı takdirde pek çok karışıklığı da beraberinde getirebilecek niteliktedir. Örneğin, "... şeyleri veya temsilleri imal, ithal eden veya bunları depolayan, ilan suretiyle tedavüle koyan ..." şeklindeki ifade son derece bozuktur. Örneğin kültürel ve bilimsel özellikler taşımayan bir tiyatro oyununu imal etmek, depolamak ya da tedavüle koymak nasıl olacaktır? Bu hükme yönelik daha pek çok soru akla gelmekle birlikte anlamakta güçlük çektiğimiz bir başka husus 3. bendin sonuna eklenen "*şiddet fiillerini içeren şeyler hakkında da aynı ceza uygulanır*" şeklindeki düzenlemedir.

Burada şiddetin hangi anlamda kullanıldığı, müstehcenin içinde yer alan şiddetten mi yoksa tek başına şiddetten mi söz edildiği anlaşılammamaktadır. Madde gerekçesinde "*çocuklarla, hayvanlarla, insan naaşlarıyla işlenen cinsel nitelikli fiillerle, şiddet fiillerini içeren şeyleri...*" denmekte, yani şiddet müstehcenin içindeki şiddet olarak değil başlı başına ele alınmaktadır. Müstehcen ve şiddet farklı kavramlardır ve bir arada bulunabilecekleri gibi ayrı ayrı da bulunabilirler. Her yaşta insanı etkileyen ve gelişen iletişim araçlarıyla birlikte yaşamın bir parçası haline getirilerek giderek olağanlaştırılan şiddet ve buna ilişkin görüntü, resim ve diğer veriler ayrıca bir suçun konusu olabilir ve örneğin "kamu düzenine karşı suçlar" arasında düzenlenebilirdi. Müstehceni düzenleyen bir maddede yer verilmesi ve içeriği anlaşılmasız bir biçimde geçirilmesi bize doğru gelmemektedir.

### ***I. DAVA VEYA CEZANIN ERTELENMESİNİ GEREKTİREN ETKİN PİŞMANLIK***

Bu başlık altında 326. maddede şu hükme yer verilmiştir:

" Kaçırılan veya alıkonulan ile sanık veya hükümlülerden biri evlendiğinde, mahkemece fail hakkındaki kamu davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi ertelenir.

Evlenme tarihinden itibaren beş yıl içinde, fail tarafından haksız olarak meydana getirilmiş bir nedenle boşanmaya hükmedilirse, kovuşturma yenilenir: evvelce hüküm verilmiş ise ceza çektirilir.

Bu madde hükmü 313 ila 316ncı maddelerde yazılı suçlar hakkında da uygulanır.

Evlenen sanık veya hükümlü hakkında kamu davasının veya cezanın ertelenmesini sonuçlandıran haller, failin suç ortaj,kları hakkında kamu davasının ve cezanın düşmesini gerektirir."

1. TCK'nun 434. maddesinde yer alan hükmün bir benzeri olan Tasarının 326. maddesinde, 434. maddenin uygulanması sırasında özellikle

zamanaşımı konusunda yaşanan bazı sorunlar da dikkate alınarak bir düzenleme yapılmıştır. Tasarının “ırza geçme” ve “insan kaçırma” suçlarıyla ilgili hükümlerine paralel olarak dava ve cezanın ertelenmesinden yararlanacak kişiler konusunda da bir genişleme olduğu görülmektedir. TCK. ırza geçme suçlarının faili olarak sadece erkekleri kabul ettiği için, “evlenen koca”dan ve “erkek tarafından haksız olarak vukua getirilen boşanma”dan söz ettiği halde, Tasarı böyle bir ayırım yapmayarak sadece “fail” sözcüğünü kullanmıştır. Bu düzenleme yerinde olmakla beraber, madde başlığında kullanılan “etkin pişmanlık” deyimini yerinde değildir.<sup>23</sup> Çünkü etkin pişmanlık<sup>24</sup> (faal nedamet), failin icra hareketlerini tamamladıktan sonra, sonucun gerçekleşmesini önlemeye çalışmasını ifade eder ve tam teşebbüs aşamasında söz konusu olur. Oysa 326. maddede yer alan ve dava ya da cezanın ertelenmesini sonuçlayan durumlar, teşebbüs aşamasında kalan suçlarla olduğu kadar, tamamlanmış suçlarla da ilgilidir; yani suç sonrası pişmanlığı da içerir. Ayrıca doktrindeki ve son zamanlarda uygulamadaki genel kabule göre, kaçırma ve ırza geçme suçlarına sadece eksik teşebbüs mümkündür ve o nedenle de tam teşebbüsü ilgilendiren bir kavram olarak “etkin pişmanlığın” madde başlığında yer alması doğru olmamıştır.

2. TCK'nun 434. maddesinin kabul edilme gerekçesinin, “*kaçırma, alıkoyma, ırza geçme ve ırza tasaddi suçlarında, mağdure ile sanığın veya sanıklardan birisinin evlenmesini teşvik ve bu suretle mağdurenin elem ve üzüntüsünü gidermek, ilerde karşılaşacağı olumsuzluktan korumak, yuva sahibi olmasını sağlamak düşüncesi olduğu*”<sup>25</sup> ileri sürülmektedir. Böylece aile menfaatinin üstünlüğü korunmakta ve suçtan meydana gelen zararlı sonuçları hafifletmek amaçlanmaktadır.<sup>26</sup>

434. maddenin kabul ediliş gerekçesi olarak yukarıda belirtilen ve savunulan düşünceler kadar, madde aleyhinde ileri sürülen düşünceler de dikkat çekicidir. Bu düşüncelerden çarpıcı bulduğum bir tanesini aktarmak isterim: “Bu maddeye göre birden çok kişi bir kızı kaçıtır, ırzına geçer ve birisi evlenirse diğerleri için de cezanın ertelenmesi söz konusu olacaktır. Böyle bir erkek herhalde zor bulunur, bulunsa da bu evlilik nasıl yürütecektir? Kadın kendisine tecavüz eden birisi ile evlenir mi? Aile baskısı ile evlenirse devamlı olarak bu tecavüzü yaşamayacak mıdır? Sanık

<sup>23</sup> 434. maddedeki düzenlemenin bir tür faal nedamet olduğu konusundaki görüşleri için bkz. Sulhi DÖNMEZER, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, B. 4. İstanbul 1975, s. 121.

<sup>24</sup> Tasarı 39. maddesine etkin pişmanlığı şu şekilde tanımlamıştır: “ Bir kimse, kastettiği cürmün icra hareketlerini bitirmiş olmakla birlikte çabalarıyla neticenin meydana gelmesini sağlamış veya meydana gelmiş olan neticeyi tamamen ortadan kaldırmış ise...”

<sup>25</sup> Bkz. BAKICI, s. 491; SOYASLAN, s. 311.

<sup>26</sup> Bkz. DÖNMEZER; Genel Adap, s. 121.

cezalandırılacağına evlendirilmek yoluyla ödüllendirilmiş olmuyor mu? Yoksa tam tersine mağdure mi cezalandırılmaktadır? Burada temelde kurtarılmak istenen namus kavramı olmaktadır. Örneğin güçlü ve varsil birisi arkadaşı ile bir kızı kaçırap sadece kendisi ırzına geçerse ve arkadaşı gözcülük yaparsa, bilahare de gözcülük yapan bu kızla evlendirilirse, asıl ırza geçenin davası ve cezası ertelenmekte ve hiçbir zaman cezalandırılmamaktadır. Ama evlenen kişiye zamanaşımı süresi kadar boşanma davası açamazsın, açarsan seni cezalandırırım denmektedir. Bu kez sanık kadını dövmekte, sövmekte, baskı yapmakta, boşanmaya zorlamakta ve boşanma davası açtırmak için elinden geleni yapmakta, bu hayattan bıkan kadın da boşanıyordum demekte ve böylece evlenip boşanan sanık da cezasız kalmaktadır. Böylece hiç kusuru olmadığı halde dışlanan kadın ne yapacaktır? Evlendirmekle koruma yerine onu cezalandırıyoruz. Bir de yuva kurmayı sağladık diye öğünüyoruz”<sup>27</sup>

TCK'nun 434. maddesinin özellikle kadın açısından doğabilecek ağır sonuçları önleyici nitelikte olduğu söylenmekle beraber, maddenin uygulandığı durumlarda da kadın açısından doğabilecek sonuçlar çok ağır olabilir. Tecavüze uğrayan bir kadının ailesinin ve çevrenin baskısı dolayısıyla tecavüz eden kişiyle ya da şeriklerden birisiyle evlenmek zorunda kalması sonucu oluşan bir ailenin sağlıklı olması kuşku götürür. Bu durumda evlilik kadın için çekilmez bir kurum haline gelebilir ve bu nedenle de kendi isteğiyle boşanmayı talep edebilir. Erkeğin boşanmada bu bağlamda kusurunun olmaması da cezai sorumluluktan kurtulmasını sağlayacaktır. Tüm bu nedenlerle, yeni bir ceza kanunu hazırlanırken ve fırsat varken bu maddeyle ilgili değerlendirmelerin tekrar gözden geçirilmesi önemli bir gerekliliktir.

### III. “AİLEYE KARŞI SUÇLAR” BÖLÜMÜNDE YER ALAN BAZI SUÇLAR

#### A. BİRDEN ÇOK EVLİLİK VE HİLELİ EVLENME, DİNSEL TÖREN

Tasarının 329. maddesinde “birden çok evlilik ve hileli evlenme, dinsel tören” suçu düzenlenmektedir. Buna göre:

“Evli olduğu halde, yeniden evlenen veya evli olmamakla beraber, başkasıyla evli olduğunu bildiği bir kimse ile evlenen kişiye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

<sup>27</sup> Bkz. Memduh TEKELİOĞLU, Hukukumuzda Kadın, (Hukukta Kadın Sempozyumu), Ankara 2000, s. 183-184



Hile yaparak veya aldatarak gerçek kimliğini saklamak suretiyle evlenen kişiye, eşin şikayeti üzerine üç aydan dokuz aya kadar hapis cezası verilir.

Birinci fıkrada yer alan fiil, ikinci fıkrada belirtilen şekilde işlenecek olursa ceza üçte biri oranında artırılır.

Bu maddenin birinci fıkrasında yazılı suçtan dolayı zamanaşımı, evlenmenin iptali kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptırılan hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikah yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.”

TCK'nun “Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler” başlıklı üçüncü babının dördüncü faslında “Memuriyet mevki nüfuzunu suiistimal edenler ve memuriyet vazifelerini yapmayanlara ait cezalar” yer almakta ve bu faslında bulunan 237. maddede, “evlenmeleri yasak olanların evlenmeleri ve evlendirilmeleri” cezalandırılmaktadır.

Bu iki hüküm arasında dikkati çeken farklar şunlardır:

**1. Hükümlerin kapsamı bakımından söz konusu olan önemli farklılıklardan önce, her iki hükmün kanunun sistematigi içinde aldıkları yer bakımından ortaya çıkan farka dikkat çekmek gerekir. TCK'nun 237. maddesinde, kanunen evlenmeleri yasak olanları evlendiren memur ön plana çıkarılarak ve memurun görevini kötüye kullandığı kabul edilerek suç “devlet idaresi aleyhine işlenen cürümler” arasında düzenlenmiştir. Oysa maddede sadece memur cezalandırmakla kalmamakta, aynı zamanda evlenmelerinin yasak olmasına rağmen evlenenler, bu gibi kimseleri evlenmeye sevkedenler ve evlenmelerine rıza gösteren veli ve vasiler de cezalandırılmaktadır. Bu nedenle de korunan hukuksal menfaatin, aile yapısının sağlıklı bir şekilde kurulması, çok eşlilik ve fücür fiillerinin işlenmesinin önlenmesi olduğunu söylemek mümkündür. Maddenin bu gibi kimselerin fiillerini de cezalandıran kısmının devlet idaresine karşı bir suç olarak düzenlenmesi yerine, aile düzeni aleyhinde suçlar arasında yer alması daha uygun olur.<sup>28</sup> Tasarının, 237. maddede yer alan suçun kapsamını bazı bakımlardan daraltmakla birlikte, bu düzenlemeye “aileye karşı suçlar” arasında yer vermesi olumludur.**

<sup>28</sup> Bkz. Sahir **ERMAN-Çetin ÖZEK**, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1992, s. 195 vd.

2. Tasarıda sadece birden çok evlilik yapanlar ve aralarında evlenme olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptırımlar cezalandırılmakta; TCK'nda ise "Kanunun evlenmelerini men ettiği kimseler"den söz edilmektedir.

237/1. maddedeki suçun önşartı, evlendirilen veya evlenen kişilerin "evlenmelerinin yasak" olmasıdır. Bu yasak, taraflardan birinin veya her ikisinin yaşları veya temyiz kudretleri bağlamında, gereken ehliyete sahip olmamalarından, yakın akrabalık bağından ya da taraflardan birinin ya da ikisinin bir başkasıyla geçerli bir evlilik bağının bulunmasından (kesin evlenme engelleri) kaynaklanabilir. Bu maddede düzenlenen suç, yapılan evliliğin kesin olarak geçersiz olması halinde gerçekleşir. Yapılan evlenmenin ortadan kaldırılmasına gerek olmayan durumlarda (kesin olmayan evlenme engelleri)<sup>29</sup> 237. maddenin birinci fıkrası uygulanamaz.<sup>30</sup>

Görüldüğü gibi cezalandırma kapsamında olan evlenmeler TCK'nun 237. maddesinde oldukça genişken ve kanunun evlenmelerini yasakladığı kişilerin evlenmeleri cezalandırılırken; Tasarı bu kapsamı çok daraltmış<sup>31</sup> ve evlenme yasaklarından, sadece "birden çok evliliğin yapılması"nı (bigami)<sup>32</sup> cezalandırmıştır. Tasarının madde gerekçesinde bu daraltmanın sebepleri açıklanmamıştır.

<sup>29</sup> Evlenme engelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın **ZEVKLİLER**-Beşir **ACARBEY**-Emre **GÖKYAYLA**; Medeni Hukuk, Ankara, 1999, s. 793. vd.; 22.11.2001 tarihinde TBMM'nde kabul edilen ve 8.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren, 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nun 145. maddesinde mutlak butlanla batıl olan evlenmeler sayılmıştır. Buna göre;

Aşağıdaki hallerde evlenme mutlak butlanla batıldır.

1. Eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması.
2. Eşlerden birinin evlenme sırasında sürrekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması.
3. Eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması.
4. Eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hisımlığın bulunması. ( Evlenme engeli oluşturan hisımlık ise MK'un 129. maddesinde yer almaktadır ve şöyle sıralanmaktadır:
  - a. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca , dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında.
  - b. Kayın hisımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoy veya altsoy arasında,
  - c. Evlat edince ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoy ve eşi arasında.

<sup>30</sup> Bkz. **ERMAN-ÖZEK**, Kamu İdaresi, s. 197.

<sup>31</sup> Hükümler arasındaki karşılaştırma için bkz. Durmuş **TEZCAN**-M.Ruhan **ERDEM**, Ceza Özel Hukuku, İzmir 2000, s. 229 vd.

<sup>32</sup> İCK'nun 556. maddesinde düzenlenen ve çok failli bir suç olan bigami hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. G. Domenjco **PISAPIA**, Bigamia, Novissimo Digesto Italiano, Vol. II, 1958, s. 397 vd.; Zeki **HAFIZOĞULLARI**, Zina Cürümleri, İstanbul 1983, s. 10 vd.; Türkan Yalçın **SANCAR**, Çok Failli Suçlar, Ankara 1998, s. 131 vd.

TCK'nun 237/4. maddesinde yer alan "erkek evli olduğu takdirde" ibaresinin Tasarıda değiştirilerek "evli olduğu halde ... evlenen kişi" şeklinde düzenlenmesi olumlu olmuştur. Böylece ikinci bir evlilik yapmanın sadece koca bakımından ağırlatıcı sebep olmasının önüne geçilmiştir. Gerçekten de evlilik birliğinin korunması açısından erkek kadar, kadın da ikinci bir evlilik yapmamakla yükümlüdür.

3. TCK'nda evlenmenin yasak olduğunu bilmelerine rağmen evlenme akdini yapan evlendirme memurları, bunları evlenmeye sevkedenler veya evlenmelerine rıza gösteren veli ve vasiler de cezalandırılmaktadır. Ayrıca aralarında evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dini merasimini yapanlar ve bundan haberdar oldukları halde durumu yetkili makama bildirmeyen muhtarlar da 237. maddeye göre cezalandırıldıkları halde, Tasarıda böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Yani Tasarı bir yandan suç sayılan evlenmeler konusunda daraltma yaparken, diğer yandan cezai sorumluluğu olanlar konusunda bir daraltma görülmektedir. Bu durumda sadece birden çok evlilik yapanlara ve aralarında evlenme olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptıranlara iştirak edenler, genel iştirak hükümlerine göre cezalandırılabilirlerdir.

Yasak evliliklerin ceza müeyyidesiyle karşılanması bakımından böylesi bir daraltmaya gitmek doğru olmamıştır. Kanunumuz evlenmeleri yasak olan hısımlar arasındaki cinsel ilişkiyi yani fücür suçunu cezalandırmamaktadır, ancak, bu birleşmenin evlenme şeklini alması hali 237. maddede cezalandırılmıştır. Dolayısıyla Tasarıda evlenme noktasına kadar ulaşabilecek fücür bakımından hiçbir cezai hüküm yer almamaktadır ve Medeni Kanun'da kesin olarak yasaklanan evliliklerden sadece birisi cezai müeyyide altına alınmakta ve diğer üç tanesi bunun dışında bırakılmaktadır. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve yakın akrabalık nedeniyle evlenemeyecek olanlar, bunları evlendirenler ve evlenme akitlerini yapan memurlar cezasız kalabileceklerdir. Cezai himayeye konu olmaları bakımından evlenme engelleri arasında yapılan bu ayırımın ikna edici bir nedeninin bulunduğunu sanmıyoruz. TCK'nun 237. maddesinde düzenlenen suçun maddi unsuruyla ilgili böyle bir daraltma yapmadan, Tasarıyla getirilen yeni düzenlemeleri de (hile yaparak veya aldatarak gerçek kimliğini saklamak suretiyle evlenmenin cezalandırılması gibi) ilave ederek bir hüküm tesis edilebilirdi.

### **B. AİLE DURUMUNU BOZMA**

TCK'nun 445 ve 446. maddeleri arasında ve "nesep cürümleri" başlığı altında yer alan suçlar, Tasarının 331. maddesinde "*Aile durumunu bozma*" başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir:

“ Yetkili mercilere gerekli bilgileri vermeyerek veya yanlış bilgiler vererek bir çocuğu saklamak veya başka bir çocukla değiştirmek suretiyle onu, hukuken sahip olduğu aile durumundan yoksun kılan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.”

Burada “aile durumu”ndan kastedilen, çocuğun doğumla meydana gelen aile ilişkisi, yani nesebidir. Ancak “aile durumu” kavramı hısımlıkla ilgili bir kavram olan “nesep” durumunu tam karşılamamakta, anlatılmak isteneni yeterince ifade edememektedir. İlk bakışta “aile durumu” kavramı pek çok şeyi, örneğin ailenin sosyal, siyasal, ekonomik, kültürel vb. durumunu da akla getirir. Bu nedenle “nesep” yerine bir başka kavram kullanılmak isteniyorsa, yeni Türk Medeni Kanunu’nda olduğu gibi “soybağı” kavramından yararlanılabilir. (TMK. m. 282 vd.)

Tasarıda, TCK’nun 447. maddesinde yer alan ve “nesep cürümleri” bakımından hafifletici bir sebep sayılan “namus kurtarma saiki”nin dikkate alınmaması son derece olumludur. Bu durum belki yargıç tarafından temel ceza tayin edilirken değerlendirilebilir, fakat kanuni bir hafifletici sebep olarak öngörülmesi doğru değildir.

### ***C. ÇOCUğUN KAÇIRILMASI VE ALIKONULMASI***

Tasarının 335. maddesinde “çocuğun kaçırılması ve alikonulması” başlığı altında şu hüküm yer almaktadır:

“Şehvet hissi veya evlenmek niyeti olmaksızın, onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuğu kendi rızasıyla ana, baba veya vasisi veya geçici olarak kendisine bakmakta veya muhafaza etmekte olan kimseler yanından kaçırarak veya rızasıyla alıkoyan kimseye üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.

Fiil, kaçırılan veya alikonulan çocuğun rızası olmaksızın işlenmiş veya çocuk henüz oniki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında artırılır.”

TCK’nun “Şahsın Hürriyeti Aleyhinde Cürümler” faslında 182. maddede hemen hemen aynı biçimde “küçükleri kaçırma ve alıkoyma” suçuna yer verilmiştir. Tasarıda bu bağlamda dikkati çeken en önemli değişiklik, suçun hukuki konusuyla ilgili farklı bir değerlendirme yapılması ve “aileye karşı suç” olarak kabul edilmesidir. Onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuğun kendi rızasıyla ya da rızası hilafına 335. maddede sayılan kişiler yanından kaçırılmasının, neden aileye karşı işlenen bir suç sayıldığını anlamak mümkün değildir. Madde gerekçesinde “velayet, vesayet haklarının dolayısıyla aile kurumunun korunduğundan” söz edilmektedir. Oysa bu maddede “hürriyeti tahdit” suçunun mağduruyla ilgili bir özellik vardır ve bu

husus TCK'nun 182. maddesinde olduğu gibi basit hürriyeti tahdit suçunun (TCK. m. 179) cezasını artıran bir neden olarak dikkate alınabilir. Çünkü burada suçun hukuki konusu, yani suçla ihlal edilen değer, tamamen kişiye ait bir değer olan şahıs hürriyetidir.<sup>33</sup> Yani kişinin iradesine uygun olarak hareket etme özgürlüğü korunmaktadır.<sup>34</sup> Burada ailevi hayata veya aileye ait bir varlığın korunması söz konusu olmadığından,<sup>35</sup> aile kurumu olarak bir etkilenme yoktur, olsa da dolayısıyladır. Madem ki, madde gerekçesinde ifade edildiği gibi, velayet ya da vesayet hakkı korunmaktadır; o zaman velayet ve vesayet altında bulunan her yaştaki kişiye karşı bu suçun işlenmesi halinin madde kapsamına alınması gerekirdi, oysa onbeş yaş sınır olarak belirlenmiştir. Burada mantıki bir tutarsızlığın olduğunu düşünüyoruz. Önemli olan suçun hukuki konusunun ne olduğunun saptanması ve buna uygun olarak ceza kanununda alması gerektiği yerin belirlenmesidir.

Hükmün ait olması gereken yerden çıkarılması bir başka çelişkinin ya da karışıklığın ortaya çıkmasına da neden olmuştur. Bu çelişkiyi açıklayabilmek için Tasarının 157. maddesinde yer alan “hürriyeti tahdit suçu”nun “nitelikli hali”ni düzenleyen 158. maddenin buraya aktarılmasında fayda vardır. Buna göre;

“ 157. maddede yazılı cürüm, failin usul ve furuundan veya eşlerden biri tarafından diğerine veya görevlerinden dolayı Devlet memurlarına veya **onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuğa** .....karşı işlenirse... beş yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir”

Tasarının 335/2. maddesi onbeş yaşını bitirmemiş çocuğun rızası olmaksızın kaçırılmasını düzenlemekte ve bunun için altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörmekte; oysa 158. madde yine onbeş yaşından küçük çocuğun rızası olmaksızın kaçırılmasını beş yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırmaktadır. Bu çelişkili ve çifte düzenleme, unutkanlık ya da dikkatsizlikten kaynaklanmış olabilir. Aksi halde Tasarı bu biçimiyle yasalaşacak olursa büyük bir sıkıntı yaşanabilecek ve onbeş yaşından küçük çocukların rızaları olmaksızın kaçırılmaları halinde, 158. maddenin mi yoksa 335/2. maddenin mi uygulanacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Çocuk 335. maddede yazılı kişiler yanından kaçırılırsa 335. madde, bu kişilerin yanından kaçırılmazsa 158. madde mi uygulanacaktır? Ayrıca bu kişilerin *yanından kaçırılmak* ne anlama gelmektedir? Kelimenin gerçek anlamıyla bu kişilerin bulunduğu yerde *mi* çocuğun kaçırılması aranmaktadır, yoksa çocuğun

<sup>33</sup> Ferde ait hukuki varlıklardan biri olarak “şahıs hürriyeti” hakkında bkz. Nevzat TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 323; Osman YAŞAR, Hürriyet Aleyhinde İşlenen Suçlar, Ankara 2001, s. 71.

<sup>34</sup> ARTUK- GÖKCEN- YENİDÜNYA, s. 147.

<sup>35</sup> Aileye ait hukuki varlıklar hakkında bkz. TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi, s. 330.

hukuken böyle bir durumda, yani velayet ya da vesayet altında bulunması yeterli midir? Örneğin velayet altında bulunan 14 yaşındaki bir çocuk okula giderken ve yalnızken kaçırılacak olursa ne yapılacaktır? Ya da hiç kimsesi olmayan 14 yaşındaki bir çocuk kaçırılırsa nasıl bir uygulama olacaktır? Görüldüğü gibi, hukuki konusu ve pasif süjesi aynı olan bu iki hükmün Tasarıda birlikte yer almalarının hiçbir makul sebebi yoktur. Cezalar arasındaki büyük farklılık da dikkate alındığında, bu hatanın mutlaka düzeltilmesi gereği ortadadır. TCK'nun , hürriyeti tahdit suçunun ağırlatılmış biçimlerine topluca bir maddede (m. 158 ) yer vermesi daha makuldür ve cezalar oranlı bir biçimde ağırlaştırılmıştır. Bu maddeden bazı hükümlerin çıkarılarak başka bir hukuki konuyu korumak amacıyla yerinin değiştirilmesi hem doğru olmamıştır, hem de tekrarların yapılması nedeniyle karışıklıklar ortaya çıkmıştır.

#### IV. TCK'NDA BULUNAN ANCAK TASARIDA YER ALMAYAN BAZI SUÇLAR

1. TCK'nun 423. maddesinde yer alan "*evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu*" Tasarı'nın önceki biçimlerinde yer aldığı halde, doğru bir tercihle son şeklinde bulunmamaktadır. 423. maddedeki "kızlık bozma" ifadesi uygulamada da önemli tartışmalara konu olmuş ve yorum farklılıkları olayların farklı değerlendirilmesini sonuçlamıştır. "Kızlık bozma" ifadesi bu düzenlemenin getirmek istediği hukuksal korumanın bakire olanlar için geçerli olduğu şeklinde bir anlayışın ortaya çıkmasına neden olmuş ve cinsel ilişki sırasında kızlık zarının mutlaka bozulmuş olması aranmıştır. Dolayısıyla evlenmek vaadiyle bir kimsenin kandırılarak cinsel ilişki kurulması sırasında kızlık zarı çeşitli fiziksel nedenlerle bozulmamışsa suç işlenmemiş sayılmaktadır.<sup>36</sup> Bu suç bakımından önemli olan, kişinin evlenme vaadiyle kandırılarak cinsel ilişkiye zorlanmış olmasıdır. Eğer ayrı bir suç tipi olarak değerlendirilmek isteniyorsa, kızlığın bozulmuş olması aranmadan, ilk kez cinsel ilişki kurulmuş olmasına önem verilmelidir. Tabii bu da uygulamada ciddi ispat sorunlarıyla karşılaşılmasına neden olacak ve yine bu ispat kızlık zarı muayenesiyle yapılmaya çalışılacaktır. Bu sıkıntıların da önüne geçilerek, Tasarı'dan bu suç tipinin çıkartılması son derece isabetli olmuştur.

2. Tasarıda yer almayan bir başka suç TCK'nun 462. maddesindeki "*adam öldürme ve müessir fiil suçlarının zina ya da gayri meşru cinsel ilişki halinde yakalanan bazı yakınlar aleyhine işlenmiş olması*"nı hafifletici neden sayan düzenlemedir. Bu suçla ilgili olarak söylenebilecek pek çok şey vardır.

<sup>36</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Sami SELÇUK, *Kızlık Bozma Suçu*, Ankara 1996.

Öncelikle, kız kardeşini zina ya da gayri meşru cinsel ilişki sırasında yakalayıp öldüren ya da bu kişiye karşı müessir fiilde bulunan erkek kardeşin cezası azaltılırken, erkek kardeşini bu halde yakalayıp öldüren ya da müessir fiilde bulunan kız kardeşin bu hafifletici nedenden yararlanamaması bu düzenlemeye yöneltilebilecek ilk eleştiridir. Bu gibi durumlarda cezanın azaltılmasının nedeni ister belli yakınına zina ya da gayri meşru cinsel ilişki halinde yakalamanın doğurduğu ağır tahrik olsun, ister aile şerefini koruma amacı olsun, kız kardeş ile erkek kardeş arasında böyle bir ayırım yapmayı haklı gösteremez.<sup>37</sup>

Ayrıca maddede sayılan biçimde bir davranışla karşılaşan kişi, eğer gerçekten de haksız tahrik altında kalarak suç işlemişse hakkında TCK'nun 51. maddesi uygulanabilir. 51. maddenin uygulanabilmesi için ön şart eylemin "haksız" olması ve kişinin bu haksız eylemin yarattığı buhran halinde suç işlemiş olmasıdır. Oysa 462. maddede eylemin haksız olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bir yana, "gazap ya da elem" altında işlenmesine de bir vurgu yapılmamaktadır. Somut olaya göre kız ya da erkek kardeşin, ya da fürun zinası haksız tahrikin şartlarını taşıyabilir. Bu nedenlerle Tasarı'da 462. maddenin yer almaması ve somut olayın koşullarına göre, sorunun "haksız tahrik" hükümlerine göre çözümlenmesinin yeterli görülmesi olumlu bir girişimdir.

## V. HAYATA KARŞI SUÇLARDAN BİR ÖRNEK: YENİ DOĞAN EVLİLİK DIŞI ÇOCUĞU ÖLDÜRME SUÇU

Bu suç tasarının 137. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

"Öldürme fiili anası tarafından evlilik dışında yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş ise faile dört yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir."

TCK'nun 453. maddesinde ise şu hüküm yer almaktadır:

"Öldürme fiili anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş ise faile dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir."

Görüldüğü gibi TCK'nda yeni doğmuş çocuğun *şeref kurtarma saikiyle* anası tarafından öldürülmesi aranırken ve bu düzenleme pek çok yönden eleştirilirken,<sup>38</sup> Tasarıda şeref kurtarma saikine özel bir vurgu yapılmamakta

<sup>37</sup> Bkz. Nevzat **TOROSLU**, *Ceza Hukukunda Kadın*, Hukukta Kadın Sempozyumu, Ankara 2000, s. 171.

<sup>38</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sahir **ERMAN-Çetin ÖZEK**, *Ceza Hukuku, Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul 1994, s. 70 ; Timur **DEMİRBAŞ**, *Yeni*

ve sadece çocuğun *evlilik dışında* yeni doğmuş olması yeterli görülmektedir.<sup>39</sup>

Yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi fiili pek çok yönüyle her zaman tartışılmış<sup>40</sup> ve mağdurun kendisini korumaktan aciz oluşu, fiilin kolaylıkla işlenebilmesi bu fiilin daha ağır cezalandırılması önerilerinin ortaya atılmasına neden olmuştur.

Yeni doğmuş çocuğu öldürme suçu, farklı hukuk düzenlerinde değişik nedenlerle ceza indirimine konu olabilmektedir. Ya "namus kurtarma" gibi, faildeki saikler bu indirimin nedeni olmakta ya da doğum sırasında ve doğumdan hemen sonra annenin içerisinde bulunduğu heyecan hali, bedensel ve ruhsal durumunun ceza indirimini gerektirdiği düşünülmektedir.<sup>41</sup>

Gerçekten de evlilik içi-evlilik dışı çocuk ayırımı yapmadan, pek çok hukuk düzeni annenin doğum sonrası içinde bulunduğu durumu önemsemiş; hormonlardaki değişimin, panik halinin vs. annenin ruh halini etkilediğini, hezeyanlar yaratabileceğini kabul etmiş, şeref kurtarma saiki ya da evlilik dışı olmayı önemsememiştir. Bu anlayışta önemli olan annenin ruh halidir ve çocuğun evlilik dışı olmasının bu ruh halini bozacağı peşinen kabul edilmemelidir.<sup>42</sup>

Tasarımın 137. maddesinin lafzı ise suistimallere çok müsaittir. Sadece, çocuğun evlilik dışında ve yeni doğmuş olması yetmekte ve başka herhangi bir şey (özel kast ya da annenin doğum sonrası hezeyanları gibi) aranmamaktadır. Bu hüküm bu şekliyle TCK'nun 453. maddesinin de gerisindedir ve çok tehlikelidir. Sadece şeref kurtarma saikinin varlığı tek başına annenin buhran halinde olduğunu göstermeyeceği gibi,<sup>43</sup> cinsel ilişkinin evlilik dışı olması da (Tasarı evlilik dışı cinsel ilişkinin rızaya dayanıp dayanmaması konusunda bir ayırım da yapmamaktadır) tek başına bu duruma işaret etmez. Normal ruh halindeki bir anne hatta şerefini kurtarmayı da düşünmeden çocuğunu öldürüyorsa, çocuğun sadece evlilik dışı olması cezayı azaltmanın haklı bir sebebi olarak görülemez. Eğer son derece dar yorumlanmaya müsait olan bu hükümle yargıca annenin buhran halini araştırma görevi de yüklenmek istenmişse bu hususun açıkça ifade

---

Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu, Ankara 1992 : Emin ARTUK, *Yeni Doğan Çocuğun Öldürülmesi Cürmü*, Bir Hukuk Tarihi Araştırması, Hukuk Araştırmaları, C. I, S. 2, 1986. 16-33 ; R. Yılmaz YAZICIOĞLU, *Yeni Doğmuş Çocuğun Öldürülmesi Suçu Üzerine Bir Araştırma*, İBD., 1993/ 1-3, s. 65-89.

<sup>39</sup> TCK Öntasarısı'nın 1989 yılındaki düzenlemesi bugünkü 453. maddeye esas teşkil etmiştir. 3756 Sayılı Kanunla değiştirilmeden önce maddenin uygulanma alanı son derece geniştir. 1997 Tasarısında maddeden "şeref kurtarma saiki" çıkarıldı.

<sup>40</sup> Tarihsel süreç için bkz. DEMİRBAŞ, s. 11 vd.

<sup>41</sup> Bkz. DEMİRBAŞ, s. 39 vd.

<sup>42</sup> Bu anlayıştaki kanunlar için bkz. DEMİRBAŞ, s. 47 vd.

<sup>43</sup> "Şeref kurtarma saiki"nin ayrı bir suç tipi yaratmada taşıdığı önem konusundaki görüşleri için bkz. Sulhi DÖNMEZER, Şahsa ve Mala Karşı Cürümler, B. 15, İstanbul 1998, s. 83.



edilmiş olması gerekirdi. Maddenin gerekçesinde bu husus şöyle açıklanmıştır: “... *Tasarı ülkemizdeki yaygın değerleri de göz önüne alarak bu fiili sadece ana bakımından ve kadının içinde bulunduğu ruhi bunalım ya da gerilimler nedeniyle kabul etmiştir.*”<sup>44</sup> Ancak bu gerekçe kendi içinde çelişkileri de barındırmaktadır. Bir yandan “ülkemizdeki yaygın değerler” den söz edilerek madde metninde yer almasa da “şeref kurtarma saiki” nin önemsendiği teyit edilmekte, diğer yandan da bu anlayışın 19. yüzyıldan kaldığı söylenmektedir.

Sonuç olarak, çocuğun evlilik dışında doğmuş olmasını, cinsel ilişkinin rızaya dayanıp dayanmamasını da önemsemeden, ayrı bir suç tipi yaratmak için yeterli görmek ve cezada böylesine bir farklılaştırma yapmak bize doğru görünmemektedir. Bu husus temel cezayı tayin ederken yargıç tarafından değerlendirilebilir. Eğer önemsenen husus sadece “*annenin doğum sonrası içinde bulunduğu ruh hali*” ise, o zaman da çocuğun evlilik içinde ya da evlilik dışında olması bir önem taşımamalıdır. Kaldı ki ruhsal bunalımların isnat yeteneğini etkilemeleri halinde de yargıcın başvurabileceği hükümler Ceza Kanununda zaten vardır.

Hukukumuzda bu konuda tartışmalar sürerken, Alman Ceza Kanununun özel kısmında 1998 yılında yapılan değişiklikler sırasında “yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi”ni düzenleyen 217. madde kaldırılmıştır. Bu değişikliğin gerekçesi olarak, istenmeyen hamilelikleri önleyici yöntemlerin gelişmesi, kürtaja ilişkin hükümlerin liberalleştirilmesi, toplumsal gelişmenin bu hükmü gereksiz kılması ve hükmün çağdaş bir nitelik arzetmemesi gösterilmiştir.<sup>45</sup> Benzer biçimde Fransız Ceza Kanunu’nda da bu suç kaldırılmıştır.<sup>46</sup> İtalyan Ceza Kanununun 1981 yılında değiştirilen 578. maddesinde ise, annenin doğumla bağlantılı maddi ve manevi terkedilmişlik nedeniyle, doğum esnasında veya doğumdan hemen sonra çocuğunu öldürmüş olması aranmaktadır.

Eğer “yeni doğmuş çocuğu öldürme suçu” şeklindeki düzenleme muhafaza edilmek isteniyorsa, madde metninde açıkça “doğumun neden olduğu heyecan hali”ne vurgu yapılmalı ve bu heyecan hali bakımından da evlilik içinde çocuk dünyaya getiren anneye, evlilik dışı çocuk dünyaya getiren anne arasında ayırım yapılmamalıdır.

<sup>44</sup> Hükmün tarihsel süreç içinde aldığı biçim konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER, Şahsa ve Mala, s. 82 vd.

<sup>45</sup> Bkz. Hakan HAKERİ, *Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Alman Hukukunda Artık Bir Hafifletici Sebep Değildir*, İBD., C. 73, S. 7-8-9, 1999, s. 670. değişiklik hakkındaki olumlu ve olumsuz düşünceler için bkz. s. 671 vd.

<sup>46</sup> Gerekçeler için bkz. DÖNMEZER, Şahsa ve Mala, s. 84.