

IRZA GEÇME SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

Yrd. Doç. Dr. İbrahim DÜLGER*

1- Genel Olarak

İnsanlar toplum halinde yaşama şeklini benimsemeleriyle birlikte, oluşturdukları toplumun huzur, güven ve devamını sağlamaya yönelik bir takım düzenlemelere ihtiyaç duymuşlardır. Bu ihtiyaç dolayısıyla ki bazı davranışları, bu birlikteliği tehdit eder mahiyette kabul edip suç olarak belirleme ve cezalandırma yoluna gitmişlerdir.

İnceleme konumuzu oluşturan cinsel haklar aleyhine cürümlerden olan ırza geçme, insan topluluklarının biraz önce ifade ettiğimiz nedenlerle suç olarak belirledikleri ilk fiillerdendir. Her toplumda, her devirde, düzenleme ve yaptırım şekilleri farklı olsa da cinsel bütünlüğe karşı işlenen cürümler daima suç kategorisi içerisinde yer almıştır.

Eski çağlarda ırza geçme suçu, yalnız hür ya da efendi olarak nitelendirilen kimselere karşı işlenebilmekteydi. Kölelere karşı bu tür fiillerin işlenmesi suç oluşturmamakta; kadın ya da erkek kölelerin, efendilerinin cinsel isteklerini karşılama görev ve yükümlüğü bulunduğu kabul edilmekteydi⁽¹⁾. Kölelere karşı haksızlık yapılması gibi bir düşünce oluşmadığı için kölelerin ırzına geçilmesi de doğal bir olay olarak görülmekteydi. Fakat köle sahibi, kendi kölesinin ırzına geçtiği durumlarda cezalandırılmamasına karşılık, bir başkasına ait kölesinin ırzına geçecek olursa cezalandırılmaktaydı⁽²⁾. Burada fiilin cezalandırılma

(*) Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilimdalı Öğretim Üyesi.

(1) FINKEY, Moses I., Die Sklaverei in der Antike: Geschichte und Probleme, München, (C. H. Beck), 1981, s. 114.

(2) DOBLHOFER, Georg, Vergewaltigung in der Antike, Stuttgart und Leipzig, (B. G. Teubner), 1994, s. 18-19.

sebebi, kölenin cinsel hakkı ya da benzeri bir hakkının ihlal edilmesi değil, başkasının mülkiyet hakkına karşı bir saldırı teşkil etmesidir. Hele köle bakire ise ırzına geçilen kölenin değeri düşürülmüş, bu durumda kişinin mülkiyet hakkı ihlâl edildiği gibi ayrıca maddi zarara da sebebiyet verilmiştir⁽³⁾. Eski çağlarda köle bir eşya gibi değerlendirildiğinden, onlara karşı işlenen ırza geçme suçu da mala karşı işlenen suçlardan kabul edilip cezalandırılmıştır.

Tarihi gelişim içerisinde farklı devir ve toplumlarda ırza geçme suçu için para cezasından, kısırlaştırma ve ölüm cezasına varana kadar çok çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür. ırza geçme suçunun failine uygulanacak yaptırımlardan olan ölüm cezasının infaz şekli de çeşitlik ve değişiklik arzemiş; fail bazen yakılarak, bazen asılarak, bazen kafası kesilerek, bazen toprağa gömülerek, bazen de taşlanarak verilen ceza yerine getirilmiştir.

2- Roma Hukukunda

Matriyarkal (anaya bağlı aile) rejiminin geçerli olduğu ilkel kavimlerde ırza geçme bir suç olarak görülmemiştir. Patriyarkal (babaya bağlı aile) rejimin yerleşip, kadının tek kişiye ait olduğu fikrinin kabul edilmesiyle birlikte ırza geçme bir suç kimliği kazanmıştır⁽⁴⁾.

Roma hukukunda VIII. Yüzyıla kadar ırza geçme suçuna ve cinsel özgürlüğe karşı işlenen diğer suçlara dair cezalandırma hakkı aile reisi olan babaya ve “censeur”lere bırakılmıştır. Fakat bu uygulamayla sonradan evlenmelerin azaldığının, dolayısıyla toplumdaki ahlâk ve adabın bozulduğunun görülmesi üzerine; bu kötü gidişin aynı zamanda devletin geleceğini sarsacağı kaygısıyla ahlâka karşı fiilleri cezalandıran “Lex Julia de adulteriis” adlı bir kanun yayınlanmıştır⁽⁵⁾.

⁽³⁾ DOBLHOFER, s.19.

⁽⁴⁾ TAHİROĞLU, Bülent, Roma Hukukunda Iniuria, İstanbul, (Kutulmuş Matbaası, İÜ. Yay. No: 1490, HF. Yay. No: 325), 1969, s. 104.

⁽⁵⁾ DÖNMEZER, Sulhi, “Ahlâk ve Adâba Aykırı Olan ve Aile Nizamına Taallük Eden Fiillerin Tecziyesinde Eski ve Yeni Temayüller”, Hukuk Dünyası, 1944, Yıl I, Sayı: 3, s.95-96; KIYAK, Fahrettin, “Adâb-ı Umumiye Aleyhinde Cürümler”: Türk Hukuk Ansiklopedisi, C. I, Ankara, (Balkanoğlu Matbaacılık Ltd. Şti.), 1962, s.113; YARSUVAT, Duygun, “Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri”, İÜHF.M., 1964, C. XXX, Sayı: 1-2, s.114-115.

Roma hukukunda ırza geçme suçu, cebren kadın ya da erkek kaçırma suçuyla tamamen karışmış bulunuyordu. Bir başka ifadeyle kadın ya da erkek kaçırma suçu, ırza geçme suçunu da kapsamaktaydı. Kaçırma suçu olmaksızın cebren ırza geçme fiili (stuprum violentum) ancak zımnî olarak belirtilmekteydi⁽⁶⁾.

Irza geçme suçunu, XII Levha Kanunun'da "iniuria" çerçevesinde cezalandırılmıştır⁽⁷⁾. Iniuria, hafif maddi tecavüzlerin, müessir fiillerin kanundaki ismidir. Aynı zamanda klâsik devirde hukuka aykırılığı, şahısların maddi ve manevi kişiliklerine yapılan tecavüzleri ifade etmektedir⁽⁸⁾.

XII Levha Kanunu'ndaki düzenlemeye göre ırza geçme suçunun yaptırımını para cezası olarak belirtilmiş ve bu ceza 25 as olarak tespit edilmiştir. Oldukça az olan bu ceza karşısında ırza geçme, M.Ö. ikinci yüzyıldan itibaren bir kamu hukuku suçu olarak kabul edilmiştir⁽⁹⁾.

Cumhuriyet döneminde, bir kadının rızası olmaksızın, cebren cinsel ilişkide bulunulması olarak belirtilen ırza geçme, suç olarak kabul edilmiştir. Aynı şekilde erkek kaçırma ve ırza geçmenin bir şekli olan livata da suç sayılmış, bunlar hakkında ağır para cezaları öngörülmüştür⁽¹⁰⁾.

İmparatorluk döneminde de, ırza geçme suç olarak tespit edilmiş, niteliği itibariyle hürriyete karşı yapılan bir saldırı olarak değerlendirilmiştir. Bu suçun faillerine uygulanacak ceza, ölüm cezası olarak belirtilmiş, ayrıca ırza geçme suçunu işleyen kimsenin malvarlığının 1/3'ünün müsaderesi yoluna gidilmiştir. Bu suçun bir köleye karşı işlenmiş olması haliyle, diğer kimselere karşı işlenmesi

⁽⁶⁾ Chauveau et Faustin-Hélie; Théorie du Code pénal, C. IV, s.311-312; TUNA, Yalçın, "Irza Geçme Üzerinde Mukayeseli İnceleme", AD., 1955, Yıl 46, Sayı: 4, s. 334-335.

⁽⁷⁾ Bir çok yazarın aksine Pugliese, metinlerde ırza geçme fiilinin iniuria suçu olduğuna dair kesin bir bilgi bulunmadığını, Iniuria'nın ırza geçme anlamına gelebileceğini ifade etmiştir: TAHİROĞLU, s.106-107.

⁽⁸⁾ TAHİROĞLU, s. 4.

⁽⁹⁾ TAHİROĞLU, s. 103-104; İPEK, Nurcan, "XII Levha Kanunu", Argumentum, 1993, Yıl 3, Sayı: 34, s. 614.

⁽¹⁰⁾ OKANDAN, G. Recai, Umumî Hukuk Tarihi Dersleri, İstanbul, (Fakülteler Matbaası, İÜ. Yay. No: 465, HF. Yay. No: 104), 1952, s. 476.

arasında bir ayırım yapılmamıştır. Yine livata ve erkek kaçırmalar suç sayılarak Cumhuriyet döneminde olduğu gibi ağır para cezasıyla cezalandırılmıştır⁽¹¹⁾.

Roma hukukunun son dönemlerinde, kendi vesayeti altına bırakılmış olan kimseleri iğfal eden vasileri cezalandıran hükümlere de yer verilmiştir⁽¹²⁾.

3- Fransız Eski Hukukunda

Eski Fransız hukuku ırza geçmeye ilişkin düzenlemeleri Roma hukukundan iktibas etmekle beraber, Roma hukukundan farklı olarak ırza geçme suçu ile iğfal etmek amacıyla cebir kullanarak ve rızası bulunmayan kız, kadın ve dulların kaçırılması suçunu birbirinden ayırmıştır. Bu durumu Fransız hukukçularından Muyart de Vouglans, “ırza geçmek için mağdurun bir yerden kaldırılarak başka bir yere götürülmesi zaruri değildir, halbuki cebren kaçırmada bu esaslı bir şarttır”, ifadeleriyle izah etmiştir⁽¹³⁾.

Burada Jüriskonsültler, tecavüze uğrayanın yaşını temel alarak bir derecelendirmeye gitmişlerdir. Mağdurun yedi yaşından küçük olması halinde fiilin cebirle işlenmiş olduğu kabul edilmekte, yedi yaşından on iki yaşına kadar ise fiilin cebirle işlenmiş olduğu karine teşkil etmektedir. Ancak bu karine, aksi delillerle ortadan kaldırılabilir. Bu ortak bir uygulama olmasına karşın, Jüriskonsültler, fiile uygulanacak ceza bakımından ayrılmışlar, bazıları cebrin mefruz olduğu hallerde failin ölüm cezasına çarptırılması gereğini ifade etmişler, bazıları da bu cezaya karşı çıkmışlardır⁽¹⁴⁾.

22 Mart 1557 tarihli II. Henri'nin askeri disipline ilişkin kanunnamesinin 33. maddesi ırza geçmeyi cezalandırmaktadır. Söz konusu maddeye göre, bir kadın veya kızın ırzına geçen kimse asılmak ya da boğulmak suretiyle cezalandırılacaktır. 22 Teşrin 1730

(11) OKANDAN, s. 478; YARSUVAT, Mukayeseli ..., s.116.

(12) YARSUVAT, s.116.

(13) Chauveau et Faustin-Hélie, Théorie du Code pénal, C. IV, s.312: TUNA, Irza Geçme ..., s. 334-335.

(14) A. Chauveau et Faustin-Hélie, Théorie du Code Pénal, C. III, s.286: DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 5. Bası, İstanbul, (Filiz Kitapevi), 1983, s.47.

tarıhli beyannamenin 3. maddesinde cebir ve şiddet ile ırza geçmenin karşılığı ölüm cezası olarak belirtilmiş; ölüm cezasına bağılı olarak failin mallarının da müsadere edileceğı hükmüne yer verilmiştir. 1791 tarihli kanun, hem ırza geçmeyi hem de cebren kaçırmayı cezalandırmıştır. Irza geçme suçunu işleyen failin altı yıl hapis cezasıyla cezalandırılacağı hükmü getirilmiş, mağdurun 14 yaşından küçük olması halinde ise bu cezanın iki katının uygulanacağı belirtilmiştir⁽¹⁵⁾.

1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu ırza geçme ve cebren kaçıırma fiillerini tamamen birbirinden ayrı olarak düzenlemiştir. Buna göre örneğın, bir küçüğün cebren kaçıırılmasının ardından ırzına geçilmesi halinde, ırza geçme fiili, kaçıırma fiilinden tamamen bağımsız kabul edilmiştir. Böyle bir durumda iki fiilin cezası ayrı ayrı belirlenerek failin bu iki cezanın toplamıyla cezalandırılması yoluna gidilmiştir⁽¹⁶⁾.

4- Germen Hukukunda

Germen Hukukunda ırza geçme suçunun cezalandırılmasındaki esas düşünce evlilik kurumu olmuş, yapılan düzenlemelerde bu kurumun korunması hedef alınmıştır⁽¹⁷⁾.

Irza geçmenin suç olarak değerlendirilebilmesi ve cezalandırılabilmesi için bu fiillerin namuslu kadınlara karşı işlenmesi gerekmektedir. Irza geçme suçunun mağduru⁽¹⁸⁾ fuhuşu kendine meslek edinen bir kimse olması halinde, fail bu fiilinden dolayı cezalandırılmamaktaydı. Germen hukukunda fahişeler kendilerine karşı işlenen ırza geçme suçuna katlanmak mecburiyetindeydiler ve şikâyete hakları bulunmamaktaydı⁽¹⁹⁾.

Charles - Quint'in 1532 yılında yaptırdığı Carolina'da, evli, dul ya da bir kızla cebren cinsel ilişkide bulunulması haline faile ölüm cezası

⁽¹⁵⁾ Chauveau et Faustin-Hélie; Théorie du code pénal, C. IV, s.312: TUNA, Irza Geçme ..., s. 336.

⁽¹⁶⁾ TUNA, Irza Geçme ..., s. 336.

⁽¹⁷⁾ YARSUVAT, Mukayeseli..., s.118.

⁽¹⁸⁾ Bütün çalışmamız içerisinde ırzına geçilen kimse belirtilirken bazı yazarların* kullandığı şekilde mağdur - mağdure ayrımı yapılmamış tecavüze uğrayan hangi cinsiyetten olursa olsun, mağdur olarak ifade edilmiştir.

⁽¹⁹⁾ TUNA, Irza Geçme ..., s. 335.

verilmektedir. Bu ölüm cezası, suçlunun canlı olarak toprağa gömülmesi suretiyle icra edilirdi⁽²⁰⁾.

5- Diğer Bazı Orta Çağ Hukukları

A- Eski Hint Hukukunda

Eski Hint'te ırza geçme suçu önemli suçlardan kabul edilip, bu suç için, failin ve mağdurunun mensup buldukları kasta göre mahiyetleri farklı cezalar verilmekteydi. Irza geçme ve sair suçlar için öngörülen cezalar; ölüm, uzun kesilmesi, hapis, sürgün, malların müsadere, para cezası, bağlı bulunulan kasttan çıkarılması gibi sıralanabilir. Fakat ırza geçme ve zina gibi gayri meşru cinsel ilişki faileri genellikle yakılmak suretiyle cezalandırılırdı⁽²¹⁾.

B- Asur Hukukunda

Asur Hukukunda da ırza geçme fiili suç olarak belirlenmiş, fakat herkes için aynı ceza öngörülmemiş, suçluların hür olup olmamaları dikkate alınarak farklı cezalar getirilmiştir. Aynı zamanda fail ve mağdurun evli ya da bekâr olması halleri de ayrı ayrı değerlendirilmiştir⁽²²⁾.

Hür bir adamın karısının, cebren ve rızası bulunmaksızın ırzına geçilmesi halinde, kadına herhangi bir ceza verilmezken fail olan erkek öldürülürdü. Evli bir kadının kandırılarak gizli bir eve götürülmesi ve orada yabancı bir erkekle cinsel ilişkiye girmesinin sağlanması halinde, bunu itiraf eden kadın cezalandırılmazken, itiraf etmemesi ve olayın ortaya çıkması halinde kadına verilecek cezayı kocası belirlemekteydi. Fakat kadın itiraf etsin, veya etmesin, onunla cinsel ilişkiye giren erkek ve bu ilişkiyi mümkün kılan kimse ya da kimseler ölüm cezasıyla cezalandırılırdı⁽²³⁾.

Evli bir erkeğin, genç bir kızın ırzına geçmesi halinde, kızın babası tecavüz suçunu işleyen kimsenin karısını alır, onu yanında tutarak aynı fiili ona uygulardı. Eğer genç kızın ırzına geçen kimse evli değilse, bu

⁽²⁰⁾ DÖNMEZER, Özel Kısım ..., s. 46; YARSUVAT, Mukayeseli ..., s.117.

⁽²¹⁾ OKANDAN, s. 67-68.

⁽²²⁾ Bkz.: OKANDAN, s.162-165.

⁽²³⁾ OKANDAN, s.164.

durumda kızlara ödenen fiyatın üç mislini ödemeye mahkum edilir ve kızın babasının muvafakati ile ırzına geçtiği kızla evlendirilirdi⁽²⁴⁾.

İbrani Hukukunda

İbrani hukukundaki bir çok suç ve bunlara uygulanacak cezalar Tevrat'da belirtilmiştir. Buna göre bir kimse, nişanlı bir kızın, şehir dışında cebren ırzına geçecek olursa, fiilin şehir dışında işlenmiş olması kızın direnmesini ve karşı koymasını sonuçsuz bırakacağı için yalnız fail olan erkek öldürülür, kıza bir ceza verilmezdi. Eğer nişanlı bir kızın şehirde ırzına geçilmiş ve kız bu fiile bağırarak karşı koymamışsa, fiili engellemek için gereken çabayı göstermediği için; tecavüz eden erkek ise kızın namus ve iffetine zarar verdiği için taşlanarak öldürülürlerdi⁽²⁵⁾.

6- İslâm Hukukunda

İslâm hukukunda ırza geçme suçu ayrı bir suç olarak değerlendirilmemiştir. Rızaya dayalı olan ya da olmayan her türlü gayrî meşru cinsel ilişki zina suçuyla birlikte ele alınıp düzenlenmiştir.

İslâm hukukundaki zina suçu ile günümüz hukuklarındaki zina suçu birbirinden farklıdır. Günümüz kanunları, yasak olan her cinsel ilişkiyi zina olarak kabul etmezken, İslâm hukukunda bütün yasak cinsel ilişki failleri zina suçuna ilişkin hükümlerle cezalandırılmaktadır⁽²⁶⁾.

İslâm hukuku zinanın her çeşidini toplumun menfaatine zarar verici bir fiil, toplumun temeli olan ailenin kutsiyetine tecavüz ve bu nedenle de suç olarak kabul etmiştir. Zinanın cezalandırılma sebebi, İslâm camiasında nesep doğruluğunu sağlamaktır. Bu ve benzeri suçların işlenmesiyle insanların huzur içerisinde yaşamaları için kurulmuş olan düzen bozulmuş, böylece Allah'a karşı gelinmiş olur. Bu nedenle bu suçu işleyenlerin cezalandırılması hakkı Allah'ın hakkıdır⁽²⁷⁾.

⁽²⁴⁾ OKANDAN, s. 165.

⁽²⁵⁾ Tesniye, Fasıl XII, Fıkra 23-27; OKANDAN, s. 189-190.

⁽²⁶⁾ UDEH, Abdülkadir, (çev.: Ali ŞAFAK), Mukayeseli İslâm Hukuku ve Beşeri Hukuk, C. 4, Ankara, (Rehber Yayıncılık), 1991, s.17.

⁽²⁷⁾ ÜÇOK, Coşkun, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Hukukuna Aykırı Hükümler", AÜHFD., 1946, C.III, Sayı: 1, s. 128-129 ve 132; ZEYDAN, Abdülkerim, (çev.: Ali ŞAFAK), İslâm Hukukuna Giriş, İstanbul, (Sırdas Yayınları), Tarihsiz, s. 593-594.

İslâm hukukunda zina olarak kabul edilen fiil, aralarında geçerli bir evlilik olmayan, evlilik şüphesi veya mülkiyet bağı bulunmayan bir erkek ile bir kadının cinsel ilişkisi olarak tanımlanmıştır⁽²⁸⁾.

Zinanın var sayılabilmesi için duhul şarttır. Duhule herhangi bir engel bulunmadığı halde, duhul gerçekleştirilmeden farklı şekillerde cinsel tatmin gerçekleştirilmişse zinadan dolayı ceza verilemeyecektir⁽²⁹⁾. Duhulün gerçekleşmesi için, erkeklik organının en az uç kısmının, veya uç kısmın kesik olması halinde, uç kısım kadarlık bir kısmının kadının cinsel organına girmesi şart ve yeterlidir. İnzalin yani boşalmanın gerçekleşip gerçekleşmemesinin suçun oluşumu açısından herhangi bir önemi yoktur⁽³⁰⁾.

Yetişkin bir erkeğin küçük bir kız ya da deli bir kadınla cinsel ilişkide bulunması hali, bu kimselerin fiilin kötülük derecesini idraktan mahrum olmaları sebebiyle ırza geçme olarak değerlendirilip faili cezalandırılmıştır⁽³¹⁾.

Bir kadının herhangi bir surette zinaya zorlanması halinde, kadın bu fiilin faili olarak kabul edilmemiş, yalnızca kadınla zorla cinsel ilişkiye giren erkek cezalandırılmıştır⁽³²⁾.

Zina, dolayısıyla ırza geçme suçu, Allah'a karşı işlenmiş bir suç olması sebebiyle herhangi bir şikâyet olmaksızın kovuşturulur. Başka bir ifadeyle, Allah'ın haklarına karşı işlenen suçlar aynı zamanda İslâm toplumunun da menfaatlerine zarar veren suçlar olduklarından, bu suçları işleyenlerin cezalandırılabilmesi için mağdurun şikâyetine gerek yoktur. Kovuşturma görevi devlet başkanına ya da muhakeme makamlarına aittir.

⁽²⁸⁾ Bkz.: KARAMAN, Hayrettin, Mukayeseli İslâm Hukuku, İstanbul, (Nesil Yayınları), 1991, s. 127; BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuki İslâmiye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, C. 3, İstanbul, (Bilmen Basım ve Yayınevi), Tarihsiz, s.197; CİN, Halil - Ahmet AKGÜNDÜZ, Türk İslâm Hukuk Tarihi, C. 1, İstanbul, (Timaş Yayınları), 1990, s. 317-318; UDEH, s. 22.

⁽²⁹⁾ BELGESAY, Mustafa Reşit, Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk, İstanbul, (Fakülteler Matbaası, İÜ. Yay. No.: 1015, HF. Yay. No.: 211), 1963, s. 97.

⁽³⁰⁾ UDEH, s. 22.

⁽³¹⁾ UDEH, s.28-29. Burada kullanmış olduğumuz ırza geçme kavramı zina fiili içinde değerlendirilmelidir.

⁽³²⁾ UDEH, s.34.

Ayrıca her iyi Müslümanın da bu tür suçları öğrendikleri takdirde haber verme görevleri vardır⁽³³⁾.

Zina suçunun ispatı üç şekilde olmaktadır. Birincisi, tam ehliyetli, Müslüman, erkek ve doğruluğu hakkında şüphe bulunmayan dört şahidin zina fiilini bizzat gördüklerini beyan etmeleri; ikincisi zina fiilini işleyenin ayrı ayrı oturumlarda dört kez suçlarını itiraf etmesi; üçüncüsü ise zina suçunun işlendiğine dair karinenin varlığıdır⁽³⁴⁾.

Zina fiilini işleyenlerin cezalandırılabilmesi için, failerin bunu bilerek ve isteyerek, hiçbir baskı ve zorlamaya maruz kalmaksızın işlemeleri ve işledikleri eylemin suç olduğunu bilmeleri, suç olup olmadığı hususunda herhangi bir şüpheye düşmemiş olmaları gerekir⁽³⁵⁾.

Zina suçu had cezasıyla cezalandırılır. Zina suçu için uygulanan had cezaları ise: Sopa cezası, sürgün cezası ve recm yani taşlanarak öldürülmedir.

Zina yapanlara verilecek olan ceza belirlenirken, suçluların “muhsan” olup olmamalarına göre ayırım yapılmıştır. Akli başında, ergin, evli, hür ve Müslüman olan her kadın ya da erkek muhsandır. Bir defa evlenmiş olup, sonradan herhangi bir nedenle evliliği sona ermiş olan kimseler de muhsan kabul edilirler. Bekârlar, Müslüman olmayanlar, hür olmayanlar, ergin olmayanlar ve aklî melekeleri (yetileri) yerinde olmayanlar muhsan sayılmazlar⁽³⁶⁾. Fail ya da failer muhsan değilse 100 değnek vurulur ve bir yıl sürgüne gönderilirler. Muhsan kimseler zina yapacak olurlarsa recm cezası uygulanır.

Recm cezasının infazı sırasında zina suçuna şahitlik yapanların hazır bulunmaları ve taşlamada ilk taşların onlar tarafından atılması

⁽³³⁾ ARTUK, Emin, Ceza Hukukuna Giriş (Ders Notları), İstanbul, (Üçdal Neşriyat), 1983, s. 54.

⁽³⁴⁾ Örneğin evli olmayan bir kızın hamile olması zina ettiğine dair karinedir. CİN - AKGÜNDÜZ, s.318; ÜÇOK, Coşkun - Ahmet MUMCU, Türk Hukuk Tarihi, Ankara, (Savaş Yayınları), 1985, s.72.

⁽³⁵⁾ ÜÇOK, Osmanlı ..., s. 133.

⁽³⁶⁾ ÜÇOK, s.133.

şarttır. Hazır bulunmaz ve ilk taş onlar tarafından atılmazsa bu ceza infaz edilmez⁽³⁷⁾.

Fakat bizce burada tartışılması gereken bir husus vardır, o da ırza geçme fiilleri zina suçu içerisinde değerlendirildiğinde, bu suçun ispatında zina suçuna dair ispat kurallarının geçerli olup olmayacağıdır. Irza geçmenin, zina suçu için öngörülen şekilde ispatlanması şartı aranacak olursa bir çok fail cezadan kurtulabilecek, fiil suç teşkil ettiği halde cezalandırılmayacaktır. Çünkü zina suçunun ispatı, biraz önce ifade ettiğimiz üzere, ağır şartlara bağlanmıştır.

Bizim düşüncemize göre, ırza geçme suçunun ispatında zina suçuna dair ispat kuralları aranmayarak, yargılamayı yapan makamda suçun işlenmiş olduğu inancını oluşturabilecek her türlü delilin sunulmasıyla ispat imkanı sağlanmalıdır. Bu şekilde ispat edilen ırza geçme suçuna had cezası uygulanamayacağı için taziren cezalandırma yoluna gidilecektir.

7- Türk Hukukunda

A- İslâmiyetin Kabulüne Kadar

İslâmiyetin kabulünden önceki dönemde ırza geçmeye ilişkin düzenlemeler hakkında pek fazla ve ayrıntılı bilgi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bütün Türk toplumlarında ırza geçme ve tüm gayrî meşrû cinsel ilişkiler, toplum düzenini temelden sarsan önemli suçlardan kabul edilip ağır ceza ile cezalandırılmıştır.

Çin kaynaklarında belirtildiği üzere Göktürk'lerde evli kadının ırzına geçmek önemli suçlardan olup, fail ölüm cezasıyla cezalandırılmıştır. Genç kızları iğfal edenler ise hem cezalandırılmışlar hem de o kızla evlenmek mecburiyetinde bırakılmışlardır⁽³⁸⁾.

Kazak ve Kırgızlarda bir kız veya bir kadının zorla ırzına geçilmesi adam öldürme suçuyla eşit kabul edilmiş, ırza geçme suçunun faili adam öldürme suçuna karşılık ceza ile cezalandırılmıştır. Irzına geçilmiş kimse

⁽³⁷⁾ SCHACHT, Joseph, (çev.: Mehmet DAĞ - Abdülkadir ŞENER), İslâm Hukukuna Giriş, Ankara, (Ankara Üniversitesi Basımevi), 1977, s.182.

⁽³⁸⁾ ÜÇÖK, Coşkun, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Ankara, (Sevinç Matbaası - AÜHF Yay. No.: 297), 1972, s. 22; ÜÇÖK - MUMCU, s. 23.

kadınsa tecavüz edene verilecek ceza idam ya da kundur⁽³⁹⁾. İrzina geçilmiş olan bir kız ise, tecavüz eden ancak "kalın"⁽⁴⁰⁾ vererek o kızla evlenmek suretiyle idam cezasından ya da kun cezasından kurtulabilecektir⁽⁴¹⁾.

İrza geçmeye dair diğer bir düzenleme ise Cengiz Han Yasasında karşımıza çıkmaktadır⁽⁴²⁾. Bu yasaya göre kızlara ve gebe kadınlara karşı yapılan cinsel saldırılar farklı bir şekilde cezalandırılmıştır.

Bir kızın rızası bulunmaksızın ırzına geçen kimse, bu nedenle dava açılmış ise, 2x9 hayvan ödemekle cezalandırılır. Kız bu fiile rıza göstermişse ve akrabaları tarafından dava edilmişse fail 9 hayvan ödemekle cezalandırılır. Gebe bir kadının ırzına geçerek erken doğuma sebebiyet veren kimse, cenin kaç aylık ise o kadar kere 9 hayvan ödemek mecburiyetindedir⁽⁴³⁾.

Burada görüldüğü üzere, Cengi Han Yasasında ırza geçme suçuna karşılık verilecek cezalar, ekonomik nitelik taşımakta ve tazminat şeklinde belirmektedir. Yargılama ise, dava açılma şartına bağlanmıştır.

B- İslâmiyetin Kabulünden Sonra

a) Genel Olarak

İslâmiyetin kabulüyle birlikte Türk devletlerinde ırza geçme suçuna ilişkin uygulama ve cezalandırma, diğer suçlarda olduğu gibi

⁽³⁹⁾ Kun, faile verilecek cezanın maddî karşılığıdır. Kun'un miktarı erkek için 1000 koyun, kadın için 500 koyundur. Bkz.: ARSAL, Sadri Maksudi, Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul, (İsmail Akgün Matbaası - İÜHF Yayını), 1947, s. 161.

⁽⁴⁰⁾ Kalın, evlenen erkeğin kızın akrabasına vermek mecburiyetinde olduğu mal, mehirdir.

⁽⁴¹⁾ ARSAL, s. 162.

⁽⁴²⁾ Cengiz Han'ın kurduğu devlet Moğol İmparatorluğudur, ancak aslında bu, başında Moğol sülâlesinin bulunduğu bir Türk Devletidir. Bkz.: ARSAL, s. 357.

⁽⁴³⁾ ALINGE, Curt, (çev.: Coşkun ÜÇÖK), Moğol Kanunları, Ankara, (Sevinç Matbaası - AÜHF Yay. No: 227), 1967, s.98 ve 156. Burada sözü geçen 9 hayvandan kastedilen, dört adet büyük boynuzlu hayvan ve beş adet üç yaşında koyundur. Bkz.: ALINGE, s. 128.

İslâm hukuku kurallarına göre yapılmaktadır⁽⁴⁴⁾. Fakat İslâm devleti, İslâm dininin ortaya çıkışından itibaren süratle genişlemeye başlamış; Kur'an ve Sünnet'in belirlemiş olduğu hukuk kuralları, bu büyük devletin ve onu oluşturan büyük insan topluluklarının bütün ihtiyaçlarına cevap veremez duruma gelmiştir. Bunun üzerine Kıyas ve İcma yoluyla İslâm hukukundaki boşluklar doldurulmaya çalışılmış, diğer yandan da ister istemez yerli gelenek ve görenek hukukuna yer verilmiştir⁽⁴⁵⁾.

İşte İslâmiyetin kabulünden sonraki Türk Devletlerinde gerek gelenek ve görenek hukuku gerek devlet başkanları tarafından çıkarılan kanunnameler İslâm hukuku kurallarının yanısıra toplum hayatını düzenlemeyen kurallar arasında yer almıştır.

b) Tanzimata Kadar

Bu dönemdeki düzenlemelerde ırza geçme, zina fiiliyle birlikte değerlendirilmiştir, ancak kanunnamelerdeki düzenlemelerde İslâm Hukuku hükümlerinden farklı hükümlere de yer verilmiştir. Örnek olarak Selçuklular döneminde çıkarılan Alâ Üd-Devle Bey Kanunu, Osmanlılar döneminde çıkarılan Fatih Sultan Mehmet ve Kanunî Sultan Süleyman Kanunnamelerini gösterebiliriz.

Alâ Üd-Devle Bey Kanununun 10,11 ve 12. maddelerine göre, yasak cinsel ilişkiyi gerçekleştirenlere had ve recm cezasının yanısıra bu cezaların uygulanmadığı hallerde para (altın) cezasının tatbik edileceği öngörülmüştür⁽⁴⁶⁾.

Yasak cinsel ilişkiler, Fatih Sultan Mehmet Kanunnamesinin "El-fasl ül-evvel fi'l-zina ve devaiyye" başlıklı birinci bölümünde, Kanunî Sultan Süleyman Kanunnamesinde⁽⁴⁷⁾ ise "Beray-i Zina" başlıklı ilk bölümde oniki madde halinde düzenlenmiş, muhtelif çeşitleri hakkında hükümler getirilmiştir. Evliler ile bekarların, hürler ile kulların cezalandırılmaları farklı olup, uygulanacak yaptırımlar genel olarak para cezası şeklinde öngörülmüştür.

⁽⁴⁴⁾ İslâm hukukuna ilişkin açıklamalar daha önce yapıldığından, bu konular için ilgili bölümlere atıf yapılmakla yetinilmiştir: Bkz.: s. 10 vd.

⁽⁴⁵⁾ ÜÇÖK, Osmanlı ..., s. 125.

⁽⁴⁶⁾ Kanun metni için bkz.: ÜÇÖK, Coşkun, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Hukukuna Aykırı Hükümler III", AÜHFD., 1947, C.IV, Sayı: 1-4, s.69-72.

⁽⁴⁷⁾ Kanunname metinleri için bkz.: ÜÇÖK, s. 52-59.

c) Tanzimat Dönemi

Tanzimat dönemindeki ilk ceza kanunu 1256 (1840) tarihli “Kanun-i Ceza”dır. Bu kanundan sonra 1267 (1851) tarihli “ Kanun-i Cedid” ve 1274 (1858) tarihli “Ceza Kanunname-i Humâyunu”⁽⁴⁸⁾ çıkarılmıştır.

1256 tarihli Kanunun mukaddimesinde ve üçüncü faslında, herkesin ırz ve namusunun, camı gibi aziz ve muhterem kabul edilip korunduğu ifade edilmiş, başkaca ayrıntıya yer verilmemiştir.

1267 tarihli kanununun mukaddimesinde de herkesin ırz ve namusunun dokunulmazlığından söz edilmiş, Fasl-ı Sâninin 2. maddesinde ırz ve namusa yapılacak saldırılara şer-i hükümlere göre had cezası uygulanacağı; bu suçların cezalarının taziri gerektirdiği durumlarda ise, failin sosyal statüsüne göre ceza belirleneceği ifade edilmiştir.

Irza geçme suçu Cumhuriyet öncesi dönemde ilk kez bu isimle ve ayrıntılı olarak 1810 tarihli Fransız Ceza Kanununun tercümesi olan 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Humâyûnunun ırza saldırılara verilecek cezalar⁽⁴⁹⁾ başlıklı üçüncü faslında 197. ilâ 200. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

197. maddede onbir yaşın altındaki küçüğün ırzına geçilmesini düzenlenmiştir. Bu madde hicri 1341 yılında⁽⁵⁰⁾ değiştirilerek madde metnine, irza geçme suçunun akıl hastalarına ve şuuru geçici olarak yerinde olmayanlara karşı işlenmesi hali eklenmiştir. Fakat mağdurun akıl hastası olduğu yada şuur serbestisinin bulunmadığı fail tarafından bilinmesi şarttır.

⁽⁴⁸⁾ Söz konusu kanun metinleri için bkz.: LÜTFİ, Ahmet, (Sadeleştiren: Erdiç BEYLEM), Osmanlı Adalet Düzeni, İstanbul, (Fatih Yayınevi), 1979, s. 121-160; AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, (DÜHF Yay. No.:6), 1986, s.809-876; GÖKCEN, Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, (Yayınevi belirtilmemiş), 1989, s. 93-164.

⁽⁴⁹⁾ Başlığın sadeleştirilmemiş hali: “Hetk-i Irz Edenlerin Mücâzâtı Beyanındadır”.

⁽⁵⁰⁾ Hicri 1341 tarihli değişik madde metinleri için bkz.: DÖNMEZER, Özel Kısım ..., s. 48-49.

198. maddede ırza geçme suçunun, onbir yaşın üzerindekiilere karşı işlenmesi düzenlenmiştir. Maddeye 1341 tarihli değişiklik ile bu suçun, failin fiiline mukavemet edemeyecek halde olanlara ve herhangi bir vasıta ile mukavemeti kırılanlara karşı işlenmesi hali eklenmiştir.

199. maddede ağırlaştırıcı hal olarak, ırza geçme fiilinin mağdur üzerinde terbiye denetim ve gözetim yetkisine sahip veli, vasi, mürebbi veya hizmetkârlar tarafından işlenmesi hali düzenlenmiştir. Bu madde de 1341 yılında değiştirilmiş, maddeye, fiilin işlenmesi ile mağdurun ölümüne, bir hastalığın bulaşmasına ve mağdurun sağlığının ağır zarar görmesine neden olunması, fiilin birden fazla kimseler tarafından işlenmesi halleri eklenmiştir.

200. maddede ise cebren ırza geçme suçunun bakirelere karşı işlenmesi halinde, failin ayrıca tazminata da mahkûm edileceği ifade edilmiştir.

d) Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyet döneminde ırza geçme suçu, 1.3.1926 tarihinde kabul edilen 765 Sayılı Türk Ceza Kanununun, cürüm ve kabahatlerin belirttiği ikinci kitabının, "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlıklı sekizinci babın, "Cebren Irza Geçen, Küçükleri Baştan Çıkaran ve İffete Taarruz Edenler" başlıklı birinci faslında, 414, 416, 417 ve 418. maddelerde ve ortak hükümlerden olarak 424, 437 ve 438. maddelerde düzenlenmiştir.

414. maddenin birinci fıkrasında, mefruz cebirle onbeş yaşın altındaki küçüklerin, ikinci fıkrasında cebir ve şiddet veya tehdit kullanarak veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir nedenle veya failin kullandığı hileli araçlarla fiile direnemeyecek durumdaki küçüklerin ırzına geçilmesi düzenlenmiştir.

416. maddenin birinci fıkrasında, 15 yaşını bitirmiş kimselerin cebir ve şiddet veya tehdit kullanarak veya akıl veya beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir nedenle veya failin kullandığı hileli araçlarla fiile direnemeyecek haldeki kimselerin ırzına geçilmesi düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada reşit olmayanlarla rızasıyla cinsel ilişkinin cezalandırılacağı belirtilmiştir.

414. ve 416. maddeler 8.6.1933 tarih ve 2275 sayılı; 11.6.1936 tarih ve 3038 sayılı; 9.7.1953 tarih ve 6123 sayılı Kanunlarla üç kez

değiştirilmiştir⁽⁵¹⁾. 3038 sayılı kanun değişikliği ile 414. ve 416. maddelere “akıl ve beden hastalığından veya failin fiilinden başka bir nedenle veya failin kullandığı hileli vasıtalar...” ifadeleri eklenmiştir. Yukarıda belirttiğimiz bu kanunlarla çok önemli bir tadilat yapılmamış, maddelerde kullanılan dilde ve uygulanacak ceza miktarlarında değişikliğe gidilmiştir.

417. maddede, failin şahsından kaynaklanan cezayı ağırlaştırıcı haller belirtilmiştir. Buna göre, suçun birden fazla kimse tarafından işlenmesi halinde ya da failin mağdurun usulünden biri veya veli ve vasisi veya mürebbi ve öğretmenleri veya hizmetçileri veya terbiye ve gözetin veya korumaları altına bırakılanlardan biri veya mağdur üzerinde hüküm ve nüfuzu bulunan kimselerden olması halinde verilecek ceza yarıya kadar arttırılacaktır.

418. maddede ise cezayı arttıran fiile bağlı haller belirtilmiştir. Birinci fıkraya göre ırza geçme suçu mağdurun ölümüne neden olursa faille müebbet ağır hapis cezası verilecektir. İkinci fıkrada ise kanunda belirtilen fiil ile bir hastalığın geçmesi veya mağdurun sağlığına büyük bir zarar gelmesi veya mağdurda bir eksikliğe sebebiyet verilmesi halinde cezanın yarıya kadar arttırılacağı ifade edilmiştir.

Bu madde 9.7.1953 tarih, 6123 sayılı⁽⁵²⁾ ve 21.11.1990 tarih, 3679 sayılı kanunlarla değiştirilmiştir. Fakat sözkonusu değişiklik sadece

⁽⁵¹⁾ 414. maddenin ilk şekli şöyledir: “ Her kim on beş yaşını bitirmeyen bir çocuğun veya mecnun veya irade ve temyizi selbenden malûliyetle malûl olduğunu yahut şuuru marazî inhisaf halinde bulunduğunu bildiği bir kimsenin ırzına geçerse muvakkaten ağır hapse mahkûm olur.

İşbu fiil cebir ve şiddet veya tehdit icrasile yahut mukavemeti selbenden diğer bir vasıta ile veya mukavemet iktidarı olmayan kimseye karşı yapılırsa ağır hapis cezası yedi seneden aşağı olamaz.”

416. Maddenin ilk şekli ise: “ Her kim cebir ve şiddet veya mukavemeti selbenden diğer bir vasıta ile onbeş yaşını dolduran bir kimsenin veya cebir ve şiddet ve sair vasıtaya müracaat etmeksizin mukavemete gayri muktedir bir halde bulunan şahsın ırzına geçerse muvakkaten ağır hapse konulur ...”

⁽⁵²⁾ 418. maddenin değişiklikten önceki ve ilk şekli şöyledir: “Yukarıdaki maddelerde yazılı fiil ve hareketler mağdurun ölümünü mucip olursa müebbet veya on beş seneden aşağı olmamak üzere muvakkat ağır hapis cezası verilir.

cezanın tespiti noktasında olmuştur. 1990 tarihli değişiklikte ise birinci fıkradaki fiille mağdurun ölümüne sebep olunması halinde daha önce fail verilen ölüm cezası, müebbet ağır hapis cezasıyla değiştirilmiştir.

424. maddede ise bu suçtan mağdur olanların, sosyal statü ve durumlarına göre ve yapılan tecavüzün kapsam ve niteliğine göre verilecek cezadan ayrı olarak mahkemece manevî tazminat takdir edileceği belirtilmiştir.

Dördüncü fasılda, 437. maddede ortak hükümlerden olarak, geçen fasıllarda belirtilen suçların, dolayısıyla ırza geçme suçunun faili olan veli ve vasilerin, kanunun kendilerine tanıdığı velâyet ve vasilik haklarının kaldırılacağı hükmüne yer verilmiştir.

438. maddede ise bu fasıla kadar belirtilen suçların fuhuşu meslek edinen kimselere karşı işlenmesi halinde cezanın üçte iki oranında indirileceği düzenlenmiştir. Fakat sürekli tartışmalara neden olan bu madde 21.11.1990 tarih ve 3679 sayılı Kanunun 28. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

e) Reform Çalışmaları

765 Sayılı Ceza Kanunumuz, kabulünden bu yana birçok değişiklik geçirmiştir. Bu değişiklikler gerekli ve faydalı olmakla birlikte istemeyerek kanunun genel ahengi ve sistematik yapısında bozukluklara neden olmuştur. Bu gerekçeyle Ceza Kanununu köklü bir değişikliğe tâbi tutmak amacıyla reform çalışmaları yapılmıştır. Bunlar: 1958 tarihli Türk Ceza Kanunu Lâyihası ve ilk metni 1987, ikinci metni 1989 yılında yayınlanan, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve nihayet 1997 tarihli Ceza Kanunu Tasarısı'dır.

aa- 1958 Tarihli Türk Ceza Kanunu Lâyihası

1958 tarihli Türk Ceza Kanunu Lâyihası⁽⁵³⁾ olarak bilinen tasarıda ırza geçme suçu, ikinci kitabın "Umumî âdap ve aile nizamı aleyhinde cürümler" başlıklı sekizinci babın, "Cebren ırza geçmek, küçükleri baştan çıkarmak, iffete taarruz etmek cürümleri" başlıklı birinci faslının

İş bu fiil cebir ve şiddet veya tehdit ıcrtasile yahut mukavemeti selbeden diğer bir vasita ile veya mukavemet iktidarı olmayan kimseye karşı yapılırsa ağır hapis cezası yedi seneden aşağı olamaz.

⁽⁵³⁾ Bkz.: Türk Ceza Kanunu (Lâyiha), Ankara, (Yeni Cezaevi Matbaası), 1958, s. 189-194 ve 196.

403.,405., 406. ve 407. maddelerinde düzenlenmiş; “Geçen fasıllar arası müşterek hükümler” başlıklı dördüncü faslın 427. ve 428. maddelerinde de ortak hükümlere yer verilmiştir.

Onbeş yaşını bitirmeyen küçüklerin ırzına geçilmesini düzenleyen yürürlükteki 414. Madde, 403. madde olarak yer almış, mevcut düzenleme hemen hemen aynı şekliyle muhafaza edilmiştir. Sadece 414. maddenin birinci fıkrasında bu suç için öngörülen cezanın üst sınırı belirtilmemişken, tasarıda üst sınır 10 yıl ağır hapis cezası olarak zikredilmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesinde⁽⁵⁴⁾; yürürlükteki 414. maddede yer alan cezanın yukarı sınırının gösterilmemesi sebebiyle uygulamada bazı karışıklık ve tereddütlerin meydana geldiği, tasarıdaki düzenlemeyle, uygulamada ortaya çıkan bu olumsuzluklara son verileceği belirtilmiştir.

Onbeş yaşın üzerindekiilere karşı cebir ve şiddet kullanılarak gerçekleştirilen ırza geçme ve reşit olmayanlarla cinsel ilişkide bulunma suçları 405. maddede yer almıştır. 405. maddenin birinci ve ikinci fıkraları mevcut düzenleme ile tamamen aynı olmakla birlikte, son fıkra farklı bir biçimde kaleme alınmıştır⁽⁵⁵⁾.

Tasarının son fıkrasındaki düzenlemede, “reşit olmayan kimsenin rızasıyla ırzına geçenler” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade bize göre teknik bakımdan yanlış bir ifadedir, çünkü “ırza geçme” deyimini, genel kanaata göre, rızanın mevcut olmadığı cinsel bir saldırıyı ifade etmektedir. Oysa mevcut düzenlemede, son derece yerinde bir ifadeyle, reşit olmayan kimselerle rızası ile cinsel ilişkide bulunmaktan bahsedilmiştir. Böylece reşit olmayanlarla gerçekleştirilen cinsel ilişkide rıza var olmakla birlikte, kanun bu rızayı geçerli kabul etmeyip fiili cezalandırmıştır.

Tasarıda yer alan reşit olmayan kimselerle cinsel ilişkide bulunanlara uygulanacak cezanın alt sınırı artırılarak mevcut düzenlemede altı ay hapis cezası olarak öngörülen alt sınır, tasarıda bir yıl hapis cezası olarak belirtilmiştir.

⁽⁵⁴⁾ Gerekçe metinleri için bkz.: Türk Ceza Kanunu (Lâyiha), s.48-51.

⁽⁵⁵⁾ Söz konusu fıkra metni: “Reşit olmayan kimsenin rızasıyla ırzına geçenler bir seneden üç seneye ve aynı surette ırz ve namusuna tasaddiyi tazammun eden bir fiil ve harekette bulunanlar altı aydan bir seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır”.

Tasarının 406. maddesinde ırza geçme suçuna ilişkin şahsa bağlı ağırlaştırıcı nedenlere yer verilmiştir. Bu maddede 403, 404 ve 405. maddelerde belirtilen suçun aralarında iştirak olmasa bile birden fazla kimse tarafından işlenmesi halinde o maddelerdeki cezaların arttırılarak verileceği ifade edilmiştir. Bu düzenlemeye, aralarında iştirak olmasa dahi, birden fazla kimsenin hazır bulunmasının mağdur üzerinde meydana getireceği korku ve endişenin, onun cesaret ve direnme kararlılığını zayıflatması ya da ortadan kaldırması, böylece fiilin işlenmesini kolaylaştırması sebebiyle yer verilmiştir. Mevcut düzenlemeden farklı olarak bu şiddet sebebinin uygulanabilmesi için failer arasında iştirakin varlığı şart olmayıp, iki ya da daha fazla kimsenin fiili birarada işlediklerinin ispatı yeterlidir.

Tasarının 407. maddesinde fiile bağlı ağırlaştırıcı haller belirtilmiş, ikinci fıkrada cezanın üçte birden yarıya kadar arttırılacağı hükmüne yer verilmiştir.

Tasarının sekizinci babının dördüncü faslında, geçen fasıllar arasındaki ortak hükümlere yer verilmiş; 427. maddede ırza geçme suçunu işleyen veli veya vasinin mahkumiyetle birlikte velâyet ve vesayet haklarının da sona ereceği belirtilmiştir. 428. maddede ise mülga 438. maddede olduğu gibi ırza geçme ve kaçırarak fiillerinin fuhşu kendisine meslek edinmiş kimselere karşı işlenmesi hali düzenlenmiş ve faile verilecek cezanın bu nedenle üçte ikisine kadarının indirilebileceği belirtilmiştir.

bb- Türk Ceza Kanunu Öntasarısı

Irza geçme suçu, ilk hali 1987'de yayınlanan, halihazır çalışmaları devam etmekte olan Türk Ceza Kanunu Öntasarısında⁽⁵⁶⁾ "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabın "Genel Ahlâk ve Adâba Karşı Suçlar" başlıklı altıncı bölümünde 269, 270, 273, 285 ve 286. maddelerde düzenlenmiştir.

Öntasarının gerekçesinde⁽⁵⁷⁾, sözkonusu maddelerde düzenlenen ırza geçme suçunun, toplumda yerleşmiş olan genel adabı ihlâl edici

⁽⁵⁶⁾ Türk Ceza Kanunu Öntasarısı - Komisyonca Hazırlanan Metin, Ankara, (Öztek Matbaacılık), 1987, s. 130-132.

⁽⁵⁷⁾ Bkz.: Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Gerekçesi, Ankara, (Öztek Matbaacılık), 1987, s. 172-182.

niteliğinin yanında, aslında kişilerin cinsel özgürlüklerine karşı yapılan bir saldırı olduğu; tasarıda bu suçun, teknik yönden ve atıf bakımından sağlayacağı yarar düşünülerek, genel adabı ihlâl eden diğer suçlarla birlikte bu bölüm içerisinde düzenlendiği belirtilmiştir.

“Irza Geçme” başlıklı 269. maddenin birinci fıkrasında, cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle veya akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir nedenle veya kullandığı hileli vasitalardan dolayı fiile karşı koyamayacak bir halde bulunan ve onsekiz yaşını doldurmuş kişilerle, rızaları olmaksızın cinsel ilişki sağlanması hali düzenlenmiştir. Mağdurun akıl veya beden hastalığı sebebiyle faile karşı koyamayacağı bir durumun varlığı halinde, fail tarafından gerçekleştirilen cinsel ilişki irza geçme kabul edilmiştir. Aynı şekilde mağdurun başka bir nedenle fiile karşı koyamayacak durumda bulunması sebebiyle direnme imkân ve kabiliyetine sahip olamaması ve mağdurun kendisine karşı kullanılan hileli vasıtalar sebebiyle fiile karşı koyamaması halinde, gerçekleştirilen cinsi münasebet de irza geçme olarak değerlendirilmiştir.

Bu fiili işleyenlere verilecek olan ceza ise, beş yıldan sekiz yıla kadar hapis olarak tespit edilmiştir. Oysa yürürlükteki Ceza Kanunumuzun 414. maddenin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemede faile verilecek bu cezanın alt sınırı yedi yıl ağır hapis olarak ifade edilirken, üst sınırı belirtilmemiştir.

Öntasarının 269. maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkradaki fiilin onbeş yaşını doldurmamış küçüklerle, onbeş yaşını bitirmiş olup onsekiz yaşını doldurmamış küçükler hakkında işlenmesi hallerine yer vermiştir. Onbeş yaşını doldurmayanlara bu fiil tatbik edilirse faile on yıldan onbeş yıla kadar, eğer mağdur onbeş yaşını doldurmuş ve fakat onsekiz yaşını doldurmamış ise faile yedi yıldan on yıla kadar hapis cezası verilecektir.

Üçüncü fıkrada ise birinci fıkrada belirtilen fiilin onsekiz yaşını doldurmuş kimselere karşı işlenmesi halinde takibatın şikâyete bağlı olduğu hükmü getirilmiştir. Gerekçede takibat için şikâyet şartının getirilmesi, suç ve ceza siyaseti ilkelerinden birisi olan mağdurun korunması ilkesiyle açıklanmıştır. Gerçekten de ırzına geçilmiş kişiler yargılama sürecinde uygulanan zorunlu kural ve ilkeler ve sanık ya da vekillerinin savunmadaki tutum ve beyanları gibi nedenlerle daha fazla mağdur edilmekte, ayrıca sosyal çevrelerinde ağır itibar kayıplarına uğramaktadırlar. Bize göre de yargılamanın yapılıp yapılmaması

konusundaki tercihin bizzat mağdura tanınmış olması yerinde bir düzenlemedir.

“Küçüklerin ırzına geçilmesi” başlıklı 270. maddenin birinci fıkrasında, onbeş yaşını bitirmiş olup da, henüz onsekiz yaşını doldurmamış olan küçüklerin ırzına geçilmesi hali düzenlenmiştir. Buna göre cinsel ilişki, 269. maddenin birinci fıkrasında ifade edilen hallerden herhangi birisi mevcut olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş ve fakat onsekiz yaşını doldurmamış bir küçüğün rızasıyla gerçekleştirilmiş olsa dahi, fiil suç teşkil edecek ve fail hakkında altı aydan üç yıla kadar hapis cezası tatbik edilecektir. Ancak, sözkonusu küçük 269. maddenin birinci fıkrasında yazılı suretlerle cinsel ilişkiye zorlandığı takdirde ceza ağırlaşacaktır. Böylece onsekiz yaşını doldurmuş olanlar bakımından suçta unsur teşkil eden hâller küçükler bakımından nitelikli hâl kabul edilmiştir.

Aynı şekilde onbeş yaşını doldurmamış çocuklarla rızaları bulunmakla birlikte gerçekleştirilen cinsel ilişki, 270. maddenin ikinci fıkrası gereğince cezalandırılmaktadır. Ancak bu yaş sınırı içinde bulunan çocuklar bakımından 269. maddenin birinci fıkrasında belirtilen hallerde cinsel ilişki gerçekleştirildiğinde verilecek ceza arttırılacaktır⁽⁵⁸⁾.

270. maddenin üçüncü fıkrasında, birinci ve ikinci fıkralardaki düzenlemelerin istisnası gösterilerek, hükmen veya evlenme suretiyle reşit olan veya kılınanlar hakkında birinci ve ikinci fıkra hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Bir başka ifadeyle, bu durumda olan onsekiz yaşını doldurmamış küçüklerle rıza ile cinsel ilişkide bulunulması halinde fiil suç teşkil etmeyecektir.

“Ortak ağırlaştırıcı nedenler” başlıklı 273. maddede söz konusu ağırlaştırıcı nedenler üç ayrı bent halinde toplanmış bulunmaktadır.

⁽⁵⁸⁾ 270. maddedeki fiillerin mağdurun rızası olduğu halde ika edildiği anlamı, madde metninden açık bir şekilde anlaşılamamaktadır. Burada yer alan fiillerin mağdurun rızasına rağmen suç olarak belirlendiği, tasarrufların 269. maddesinin gerekçesinde izah edilmiştir (Bkz.: Gerekeçe, s. 172-174). Kanaatimizce 270. madde metninde “ırza geçme” deyimini yerine “cinsel ilişki” deyimini kullanılması, maksadın açık olarak ifadesini temin bakımından daha yerinde olurdu. Çünkü daha önce de ifade ettiğimiz gibi ırza geçme deyimini, genel kanaate göre, rızanın mevcut olmadığı cinsel bir saldırıyı ifade etmektedir.

Birinci bentte ırza geçme suçunun en az iki kişi tarafından gerçekleştirilmesi; ikinci bentte fiilin usulden biri veya veli veya vasi veya mürebbi veya öğretmenleri veya hizmetkârları veya terbiye ve gözetim veya muhafazaları altına bırakılan veya buna duçar olanlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenmesi hali yer almıştır. Bu durumda faile verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır. Üçüncü bende göre, ırza geçme fiili ile bir hastalığın geçmesine veya mağdurun sağlığında diğer büyük bir noksanın meydana gelmesine veya malûllük veya mâyûbiyetine neden olursa, ceza bir katı oranında arttırılacaktır.

Fiil, mağdurun ölümüne neden olursa, faile verilecek ceza ömür boyu haptir.

285. maddede cezanın ertelenmesini gerektiren pişmanlık hali düzenlenmiştir. Bu maddenin ırza geçme suçlarına da uygulanacağı üçüncü fıkrada açık olarak belirtilmiştir. Birinci fıkra hükmüne göre, ırzına geçilen kız veya kadın ile sanık ya da hükümlülerden biri evlendiği takdirde, koca hakkında kamu davası ve hüküm verilmiş ise cezanın çektirilmesi ertelenecektir.

İkinci fıkrada, fail tarafından zamanaşımı süresi sonuna kadar, haksız olarak boşanmaya sebebiyet verilmesi halinde yargılamanın yenileneceği ve daha önce hüküm verilmiş ise cezanın çektirileceği belirtilmiştir. İkinci fıkradaki bu durumun gerçekleşmesi halinde, cezayı tümüyle ortadan kaldıran ve birinci fıkrada belirtilen faal pişmanlık hali artık söz konusu olmayacaktır.

Dördüncü ve son fıkrada, evlenen sanık veya hükümlü hakkında kamu davasının veya cezanın ertelenmesini gerektiren hallerin, fiilde ortak olanlar hakkındaki kamu davası veya cezanın düşmesini gerektireceği hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla sonradan boşanma olsa dahi ortaklar hakkındaki yargılama yenilenmeyecek, cezanın infazına girişilmeyecektir.

“Velâyet veya vesayetın kaybı” başlıklı 286. maddede, bu bölümde yer alan cürümlerden dolayı mahkûmiyet halinde uygulanacak güvenlik tedbirleri tespit edilmiş bulunmaktadır. Buna göre ırza geçme suçundan dolayı mahkûm olan usul, bütün fûruunun şahısları ve malları üzerindeki velâyet hakkını kaybedecek ve bu cürümden dolayı mahkûm olan vasiler de vasilikten çıkarılıp bir daha vasi olarak tayin edilemeyeceklerdir.

Buraya kadar ifade etmiş olduğumuz Cumhuriyet döneminin en önemli reform çalışması olan öntasarı, 1987 yılında yayımıyla birlikte kamu oyuna arzedilmiş, üniversiteler, barolar, basın kuruluşları, meslek kuruluşları vs. kurum ve kuruluşların tartışmasına sunulmuştur. İlgili kurum ve kuruluşların tasarının yayımını takip eden değerlendirmeleri, eleştiri ve teklifleri, oluşturulan ikinci komisyon tarafından incelenmiş, değerlendirilmiş, buna göre öntasarıda gerekli değişiklikler yapılarak ikinci bir metin hazırlanmıştır⁽⁵⁹⁾. 1989 yılında yayımlanan bu metinde, ırza geçmeye dair düzenlemeler, önceki metindeki haliyle hemen hemen aynı biçimde kaleme alınmıştır. Sadece madde numaraları değişmiş ve 270. maddenin “Küçüklerin ırzına geçilmesi” başlığı, “Küçüklerin veya çocukların ırzına geçilmesi” olarak değiştirilmiştir. Ayrıca ikinci komisyon tarafından yayınlanan metinde 269. madde, 305. madde; 270. madde, 306. madde; 273. madde, 309. madde; 285. madde, 321. madde ve 286. madde, 322. madde olarak yer almıştır.

Bu öntasarı çok önemli bir çalışma olmakla birlikte, kanunlaşma aşamasına gelememiştir. Fakat 1989 yılından sonraki Türk Ceza Kanunu değişikliklerinde ve 1997 yılında çalışmaları tamamlanan Ceza Kanunu Tasarısında önemli bir kaynak olarak değerlendirilmiştir.

cc- 1997 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı

1989 tarihli Ceza Kanunu Öntasarısı ve bir çok ülke ceza kanunu incelenerek hazırlanan bu tasarı henüz TBMM genel kuruluna intikâl etmemekle birlikte ihtisas komisyonlarında görüşmeleri devam etmektedir.

Tasarıda ırza geçme suçu, özel hükümlerin yer aldığı ikinci kitabın, “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı ikinci kısmının altıncı bölümünde, 310 ve 311. maddelerde ve müşterek hükümler olarak 326, 327 ve 328 maddelerde düzenlenmiştir. Bu bölümün başlığı ise gayet yerinde olarak “Cinsel Özgürlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar Olarak” belirtilmiştir⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ Türk Ceza Kanunu Öntasarısı - İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara, (Yarı Açık Cezaevi Matbaası), 1989, s. 112-118; Gerekçeler için bkz.: s. 372-382.

⁽⁶⁰⁾ Bkz: T.C. Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997), Ankara, (Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Daire Başkanlığı Özel Seri: 3), 1997, s. 96 vd.; DÖNMEZER, Sulhi - Feridun YENİSEY, Karşılaştırmalı Türk Ceza

310. maddenin birinci fıkrasında, cebir ve şiddet veya tehdit kullanarak ya da akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolaylı fiile karşı koyamayacak durumda bulunan bir kimsenin ırzına geçilmesi hali düzenlenmiş ve faile verilecek cezanın beş yıldan sekiz yıla kadar hapis olduğu ifade edilmiştir.

İkinci fıkrada, bu suçun onbeş yaşını doldurmamış çocuklarla, onbeş yaşını doldurup henüz onsekiz yaşını bitirmeyen küçüklere karşı işlenmesi halinde verilecek cezalar belirtilmiştir. Buna göre mağdur onbeş yaşının altında ise faile verilecek hapis cezası on yıldan onbeş yıla kadar; onbeş ile onsekiz yaşları arasında ise yedi yıldan on yıla kadardır.

Üçüncü fıkrada, ırza geçme suçunun reşit bir kimseye karşı işlenmesi halinde kovuşturmanın şikâyete bağlı olduğu ve fakat yapılan şikâyetin daha sonra geri alınamayacağı hükmüne yer verilmiştir. Buraya kadar olan düzenleme 1989 öntasarısı ile aynıdır. Fakat 1989 öntasarısında şikâyetin geri alınamayacağı hükmü bulunmamaktadır.

Dördüncü fıkrada ise daha önceki tasarılarından ve yürürlükteki Ceza Kanunumuzdan farklı olarak ırza geçmenin tanımı yapılmıştır. Maddedeki tanıma göre ırza geçme, “hangi nitelikte olursa olsun bir kişiye cinsiyet uzvunun ithalidir”. Madde gerekçesinde de cinsel organın (uzvun) ithalinden kastedilenin, erkek cinsel organının kadının cinsel organına, kadın veya erkeğin anüsüne veya ağızına sokulması olduğu ifade edilmiştir⁽⁶¹⁾. Burada ırza geçme suçunun sınırının bir hayli genişletildiğini görmekteyiz.

“Küçüklerin ve çocukların ırzına geçilmesi başlıklı 311. maddenin birinci fıkrasında onbeş ile onsekiz yaş arasındaki küçüklerin rızasıyla ırzına geçenlerin altı aydan üç yıla kadar; ikinci fıkrada da onbeş yaşını doldurmamış çocukların rızasıyla ırzına geçenlerin ise dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı hükmüne yer verilmiştir. Üçüncü fıkrada bu düzenlemenin hükmen ya da evlenme suretiyle reşit olan ya da kılınanlar hakkında uygulanmayacağı belirtilmiştir. Madde gerekçesinde, cinsel ilişkiye rıza yaşının onsekiz olduğu, onsekiz yaşını

Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, İstanbul, (Alkım Yayınları), 1998, s.305 vd.

⁽⁶¹⁾ Gerekçe için bkz: 1997 Öntasarısı, s.286 vd.; DÖNMEZER-YENİSEY, s. 627 vd.

doldurmadığı halde hükmen ya da evlenmekle reşit olan kimselerin cinsel ilişkiye gösterecekleri rızanın geçerli olacağı belirtilmiştir.

“Dava veya cezanın ertelenmesini gerektiren pişmanlık hali” başlıklı 326. maddenin birinci fıkrasında mağdur ile fail ya da faillerden birinin evlenmesi halinde koca hakkında açılmış olan kamu davasının, hüküm verilmiş ise cezanın infazının erteleneceği; ikinci fıkrada ise evlenme tarihinden itibaren beş yıl içinde erkek tarafından haksız olarak meydana getirilmiş bir sebeple boşanma gerçekleşecek olursa ertelenen kamu davasının yenileneceği ya da cezanın infaz edileceği belirtilmiştir. Dördüncü fıkrada da böyle bir evliliğin suça iştirak eden diğer failer hakkındaki kamu davasını ya da verilen cezayı düşüreceği hükmü yer almıştır.

327. maddede ırza geçme suçunun veli ya da vasi tarafından işlenmesi halinde velâyet ve vesayet haklarının sona ereceği ve bu kimselerin bir daha vasi olarak tayin edilemeyecekleri belirtilmiştir.

328. maddede ise ağırlaştırıcı hal düzenlenmiştir. Buna göre, ırza geçme fiili ile mağdurun yaralanmasına sebep olunması halinde verilecek cezanın yaralanmanın derecesine göre içte birden bir katına kadar artırılacak; mağdurun ölümüne sebep olunması halinde ise fail hakkında müebbet hapis cezasına hükmedilecektir.