

PAPER DETAILS

TITLE: EDEP VE İFFETE TECAVÜZ VE EDEBE MUHALİF HAREKETLER SUÇLARI

AUTHORS: Sulhi DÖNMEZER

PAGES: 443-474

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97121>

EDEP VE İFFETE TECAVÜZ VE EDEBE MUHALİF HAREKETLER SUÇLARI

Doçent Dr. Sulhi Dönmezer

I

Giriş

Umumî âdaba mugayir suçları ister —bizim kanunumuzun yaptığı gibi— aile nizamına taallûk eden suçlar ile aynı bir bap içinde toplansın, ister ise umumî âdaba mugayir suçlar için ayrı bir bap tahsis eylemiş bulunsun, bugün medenî memleketler kanunlarının hemen hepsi, ırza tecavüz, ırza tasaddi ve Fransızların outrage public à la pudeur ismini verdikleri edep ve iffete tecavüz suçlarını, bu babın içine sokarak tecziye eylemektedirler. Filhakika bu fasla diğer bazı fiil ve hareketlerin de dahil olup olmayışı bakımından muhtelif kanunlar arasında farklar vardır: Meselâ bu kanunlardan bazıları, tabiata muhalif bazı tatbikatı —hayvancılık, sevicilik, erkekçilik— tecziye eylemek yolunu tuttukları halde, diğer bazıları hemen hemen yukarıda sözü geçen suçları tecziye ile iktifa eylemişlerdir. Muhtevası ne olursa olsun umumî âdaba mugayir suçlar arasında sözügeçen üç fiilin mutlaka tecziyesi bugün artık bir müşterek hukuk kaidesi halini almış bulunmaktadır.

Biz bu makalemizde, sözü geçen suçlardan üçüncüsü ile yani edep ve iffete tecavüz suçu ile meşgul olacağız. Her şeyden önce derhal şunu ifade edelim ki bu suç bakımından Ceza Kanunumuz, diğer yabancı memleketler kanunlarına benzemiyen bir takım hususiyetler arzylemektedir: Umumî olarak yabancı memleketler kanunları ve bu arada meselâ Fransız ve me hazimiz olan 1889 İtalyan kanunları muayyen bir şahsın cebir ve hile istimali suretiyle namusuna tecavüz teşkil eden ırza tecavüz ve tasaddiyi tarif eylemekte ve bunlar dışında olarak, muayyen bir şahsı değil fakat umumun edep ve if-fetini izarar eyliyen, âmmenin hayâsına vaki bir tecavüz teşkil eyli.

yen, bu suretle umumî âdaba mugayir olan hareketleri de umumî bir kelime —meselâ Fransız Ceza Kanununun 330 üncü maddesi— tarif ve tecziye eylemektedirler. Fransız doktrinde bu suça out. rage public à la pudeur ismi verilmektedir. Bu tabiri edebe, iffete alenî tecavüz suretinde Türkçeye çevirebiliriz.

Halbuki bizim Ceza Kanunumuzun 419 uncu maddesinde —hat. tâ bir cihetten 576 ncı maddemizde— bu bakımdan umumî bir hüküm sevk olunmakta, 420.422 nci maddelerde ise hususi bir takım edep ve iffete tecavüz halleri gösterilmekte ve tarif edilmektedir. Asıl şayanı dikkat olan nokta, bu 420-422 nci maddelerin yalnız bizim kanunumuza has olan ve yabancı memleketler ceza kanunlarında tesadüf olunmayan bir takım hususî sarahatler oluşlarıdır.

O halde bizim Ceza Kanunumuzun vaziyetinde de, kanaatimizce 420, 421 ve 422 nci maddelerde hususî bir takım şekilleri tesbit olunan ve 419 ve 576 ncı maddelerde ise umumî bir hükümle ifadesini bulan bu suça ırza tecavüz, ırza tasaddi cürümleri yanında, bir isim bulmak lâzımgelmektedir. Biz bu cürme makalemizin serlav. hasından da anlaşılacağı veçhile edep ve iffete tecavüz ismini veriyoruz. 576 ncı madde için ise esasen mesele yoktur: Kanun vazımız Kabahatler kitabının üçüncü babının üçüncü faslının serlavhasını «Edebe muhalif hareketler» olarak koymuş bulunmaktadır.

II

Tarihçe ve umumî mülâhazalar

Mevzuatımızda edep ve iffete tecavüz hareket ve fiillerini ilk defa umumî ve şümüllü olarak cezalandıran hüküm Ceza Kanunumuzun 419 ve 576 ncı maddeleridir. Bu kanundan önce mer'iyette bulunan 1274 tarihli Ceza Kanunumuz Fransız ceza kanununun 330 uncu maddesini almamış ve onun yerine sevkeylediği 202 nci maddesinde «mugayiri âr ve hayâ alenen fiili şeni' icrasına ictisar eden şahsın üç aydan bir seneye kadar hapis olunacağını ve bir mecdidiye altınından on mecdidiye altununa kadar tecziye olunacağını» beyan eylemişti. Yâni bu suretle edep ve iffete tecavüz teşkil eden hareketlerin tecziyesi alenen cinsî münasebet icrasına tahdit olunmuştu. Halbuki mehaz kanunun 330 uncu maddesinde umumî bir hüküm sevk edilmiş ve «alenen edebe tecavüz eden herkesin tecziye olunacağı» beyan edilmişti. Fakat derhal ilâve edelim ki Fransız kanunun.

da ifade olunduğu şekilde edebe tecavüz suçu modern bir telâkki-
dir. Esasen fuhuş ve sefahatin hemen her şeklinin ayrı ayrı teczi-
ye olunduğu devirlerde bu nevi bir suça olan ihtiyaç da hiss olun-
maz. Ve netekim hiss olunmamıştır da. Ancak 18 inci asrın sonunda.
dır ki aşağı yukarı bütün Avrupa memleketleri ceza hukukları ba-
kımından bir tekâmül husule gelmiş ve bizatihi, her nevi hususî şe-
raitten müstakil olarak gayri ahlâkî olan hareketler ceza hukuku
dışına konulmuş, buna mukabil istemiyerek şahit olanların namus
ve hayâ hislerini rencide eden veya edebilen alenen ika edilmiş if-
fet ve edebe aykırı hareketlerin tecziyesi kabul edilmiştir (1).

Fransada bu suçun menşei 18 temmuz 1791 tarihli kanunda bu-
lunur. Bu kanun «muhtelif suretlerle, alenî olarak, âdetlere tecavüz
eden kimseleri para cezası ve hapisle tecziye» ediyor. Sonradan fiil
yukarıda metnini tercüme ve nakleyeceğimiz 1810 tarihli kanunun
330 uncu maddesi ile tecziye edilmiş, ve bilâhara 1863 tarihli bir
kanun fiilden dolayı verilecek cezayı, tekerrürü mümkün kılmak
için, iki misline çıkarmıştır.

Bizim metnini yukarıda nakleyemiş bulunduğumuz 1274 tarihli
kanunumuzun 202 nci maddesine sonradan iki zeyil ilâve olundu:
26 Cemaziyelâhır 1277 tarihli olan birinci zeyil, muahharan 6 Cema-
ziyelâhır 1329 ve 22 mayıs 1327 tarihli kanun ile tadil edilerek şu
şekli aldı: «İnasa ve zükûrdan genç kimselere harfendazlık edenler
bir haftadan bir aya kadar ve elleriyle sarkıntılık eyliyenler
bir aydan üç aya kadar hapsolunurlar; nisa kıyafetiyle makarrı nis-
van olan mahallere girenleri mücerret bu fiilden dolayı üç aydan
bir seneye kadar hapsolunurlar. Ve böyle tebdili heyetle girmiş ol-
dukları yerde kanunen işbu cezadan eşed bir cezayı mucip olan bir
cinayet veyahut bir cünhaya iptidar etmiş olanlar ise ol fiilin ce-
zasıyla cezalandırılırlar».

İkinci zeyli de yine 6 cemaziyelâhır 1329, 22 mayıs 1327 tarihli
kanun ilâve etmiş ve bununla «âdabı umumiyeye muhalif olarak
icrayı fuhuş maksadiyle açık yerlerde ve halkın sühuletle muttali
olabileceği bağ bahçe gibi nim açık mahallerde kadın oynatıldığı
takdirde oynatan eşhas ile bilihtiyar oynayan kadınların bir aydan
bir seneye kadar hapis ile mücazat» olunacağı tesbît olunmuştur (2).

(1) Garraud: Traité théorique et pratique du Droit criminel Fran-
çais, tome V, s. 452.

(2) Yorgaki: Hukuku Ceza Notları, sene 1310-1312, s. 346; Reşat: Mi-
yarı Ceza Kanunu Şerhi, 1313. s. 386 ve sonrakiler.

1274 tarihli Ceza Kanunumuzdaki bu hükümlerin hepsi sonradan cüz'i tadilat ile mer'iyete giren yeni Ceza Kanunumuza geçmiş bulunmaktadır. 419 uncu maddemizin yeni şekline nazaran bu hükümlere lüzum olup olmadığı bir meseledir; bu noktaya ileride temas edeceğiz.

Ceza Kanunumuzun 419 ve 576 ncı maddeleri 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun 338 ve 490 ıncı maddelerine tekabül eylemektedir. İtalyan Ceza Kanunu sekizinci babın birinci faslında ırza tecavüz ve tasaddi cürümlerini tarif eyledikten ve bunların muhtelif ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerine temas eyledikten sonra edebe ve iffete tecavüz suçunu tarif eylediği 388 inci maddesinde şu ibareyi kullanmakta idi: «Mütekaddim maddelerde işaret olunan haller dışında, umumî bir mahalde yahut umumun girebileceği mahallerde edep ve iffet (pudeur) veya umumî âdabı (bonnes moeurs) ihlâl eyliyen şahıs cezalandırılır.». Halbuki Ceza Kanunumuzun 419 uncu maddesinde «alenen hayâsızca vazü hareketlerde bulunanlar on beş günden iki aya kadar ve o suretle cinsî münasebette bulunanlar altı aydan bir seneye kadar hapsolunur ve herhalde on beş liradan elli liraya kadar ağır para cezası alınır.» denilmekte ve müteakıp 420, 421, ve 422 nci maddelerde de edebe tecavüzü ifade eden hususî bir takım haller mevzuubahs edilmektedir. Mehaz kanundaki ibarenin ve maddenin daha iyi bir şekilde formüle edilmiş olduğunu derhal söyliyelim. Filhakika bir kere, mehaz kanunun 388 inci maddesinde edep ve iffete tecavüz suçlarının ırza tecavüz ve tasaddiden tamamiyle ayrı olduğu tebarüz ettirilmektedir. Sonra fiilin, iffet ve umumî âdaba tecavüzden ibaret bulunduğu söylenmek suretiyle bütün ihtimalatı toplayacak şekilde şamil ve geniş bir tarifi yapılmış olmaktadır. Halbuki, dikkat edileceği veçhile, kanunumuz sadece hayâsızca vazü hareketlerden bahseylemiş bulunmaktadır. Kanunumuzda «iffet» (= pudeur), «umumî âdab» (= bonnes moeurs) karşılığı olarak ne için sadece «hayâsızca vaz'ı hareket» tabirinin kullanıldığını bilmiyoruz. Bu noktalara biraz aşağıda suçun unsurlarından bahsetmeğe sıra gelince tekrar avdet edeceğiz. İstitraten şu noktaya da temas edelim ki yeni İtalyan ceza kanunu iffet ve edebe alenen tecavüz suçunun 1889 tarihli kanuna göre olan tarifini değiştirmiş bulunmaktadır. Müstehçen hareketler matlabını taşıyan 527 nci maddede fiil, halen, şu suretle tarif olmaktadır: «Umumî yahut umuma açık veya arzedilmiş mahallerde, müstehçen hareketler ika eden kimse 3 aydan 3 seneye kadar hapse

mahkûm edilir (3)». Görülüyor ki yeni kanun iffet ve umumî âdaba tecavüz kelimeleri yerine, müstehçen hareketler tâbirini ikame eylemiş bulunmaktadır. Bu suretle maddeye daha fazla bir genişlik verilmek istenildiği zannolunabilir. Esasen tetkik eylemekte bulunduğumuz suç tecrim ve tecziye eyliyen yabancı memleketler ceza kanunları, bu hususta «iffete tecavüz», «umumî âdaba taarruz», «müstehçen hareketler» tabirlerini kullanmaktadırlar. Lisanî bakımdan, bu muhtelif kelimeler arasında, cüz'î farklar, nüanslar mevcut bulunmakla beraber, kanun vazılarının, sözü geçen suç bakımından bu tabirleri kullanırken, muhteva ve tatbikat itibarıyla bu cüz'î farkları nazara almak istemiş olacakları zannolunmaz.

Meselâ bu bakımdan yeni İsviçre ceza kanunu 203 üncü maddesinde «alenî olarak iffete aykırı bir fiil ika eyliyen kimsenin hapis yahut para cezasıyla tecziye edileceğinden» bahseylemektedir (4).

1903 tarihli Norveç kanununun 376 paragrafında da «umumî bir mahalde, şifahî veya yazılı tezahürlerle yahut teşhirlerle resimler veya hayâsız (indécant) bir şekilde giyinerek veyahut münasip olmıyan bir hattı hareketle iffeti ızzar eden yahut ızzar eylemeğe yardım eden kimse para cezasıyla yahut 3 aya kadar ağır hapisle tecziye olunur.» denilmektedir (5). Buna mukabil 1928 tarihli Çin kanununun 250 nci maddesinde «alenen edepsiz hareketler ika eyliyen kimse... cezalandılar» denilmektedir (6).

III

Tarif ve unsurlar

Ceza Kanunumuzun 419 uncu maddesinde «alenen hayâsızca

(3) Code pénal du Royaume d'Italie (traduit par Casabianca). madde 527. Bu maddenin altındaki nota da bakınız.

(4) Code pénal Suisse, édit Romande, madde 203. Bu eserde, sözü geçen maddenin altına yazılı notta aynen şöyle denilmektedir: 1) Edebe muhalefetin tahakkuk edebilmesi için fiilin yalnız hayâsız (indécant) olması kâfi değildir; fakat müstehçen yahut cinsî hisleri de tahrik edici olması, tatmin eylemesi lâzımdır. 2) Aleniyyet mahal ve şeraite göre takdir olunur. Failin fiilî alenî olarak ika eylediği şuuruna malik bulunması lâzımdır. Buna mukabil kanun, fiilin umumun nefretini husule getirmesini aramamaktadır.

(5) Nouveau code pénal norwegien, (traduit par M. du Monceau, 1903). Norveç kanununun bu suç bakımından olan özelliği ileride anlaşılabacaktır.

(6) Code pénal de la république de Chine. (Traduit par Jean Escarra).

vaz'ı hareketlerde bulunanlar on beş günden iki aya kadar ve o surete cinsî münasebette bulunanlar altı aydan bir seneye kadar hapşolunur ve her halde on beş liradan elli liraya kadar ağır para cezası alınır» denilmiştir. Buna nazaran iffet ve edebe tecavüz cürmünün üç unsuru mevcut bulunmaktadır:

1) Hayâsızca bir vazü hareketin yahut cinsî münasebetin ika edilmesi.

2) Bunların alenî olarak icra edilmiş olması.

3) Fiilde kast bulunması, lâzımdır.

1) Maddî unsur: Hayâsızca bir vazü hareketin yahut cinsî münasebetin ika edilmiş olması:

A — Hayâsızca vazü hareket:

Biraz yukarıda da temas eylemiş bulunduğumuz veçhile suçun maddî unsuru bakımından muhtelif yabancı memleketler kanunlarının kullanmış bulundukları terimler birbirine benzememektedir. Bu hususta umumî âdaba muhalif hareket edep ve iffete aykırı hareket, müstehçen hareket, tabirlerinin kullanıldığını söylemiş ve bununla beraber, kanunların, mezkûr terimleri, bir maksada müstenit olarak kullanmak istemiş olacaklarını zannettmediğimizi de ilâve etmiştik.

Dikkat buyurulacağı veçhile muhtelif kanunların ve kanunumuzun kullandığı bu tabirler şekli bir takım tabirlerdir ve dolayısıyla kanun tarafından yapılan tarif de şekli bir tarif olmaktadır. Bununla şunu demek istiyoruz ki kanun bu tabirle bir kalıp vermiş bulunmaktadır. Bu kalıbı doldurmak vazifesi hâkime aittir. Yani hangi hareketin edep ve iffete aykırı olduğunu, kanunumuza nazaran, hangi hareketin hayâsız bulunduğunu tayin eylemek hâkime ait bulunmaktadır. Edep ve âdap ve hayâ mefhumu muhtelif memleketler âdet ve ahlâkî telâkkilerine nazaran mütehalif bulunduğundan, tariflerdeki bu benzeyişe rağmen, mezkûr suçun muhtevası muhtelif memleketlere nazaran çok değişik olmaktadır.

Bu mukaddemeden sonra kanunumuzun hükümlerine avdet edelim:

Kanunumuz, mehzazden farklı olarak hayâsızca vazü hareket tabirini kullanmıştır. Mehzazde ise iffet ve umumî âdaba tecavüzden bahsedilmiştir.

Arapça olan «hayâ» kelimesinin «utanma, hicap, levm ve ta'yip. ten ihtirazen havahiştin ve münkerattan çekinme; levmden ihtirazen,

nefsin bir şeyden sıkılması ve onu terketmesi (7)» mânalarına gel. diği ve yine arapça bir kelime olan «edep» kelimesinin «melekât ve evsafı akliye ve ahlâkiyenin kemali, terbiye, nezaket, iffet, namus, arz iyi tavır ve muamele (8)» mânalarını ifade eylediği malûmdur.

Görüldüğü üzere bu iki tabir arasında pek esaslı fark yoktur. Belki bu iki kelimeyi birbiriyle tarif ederek hayâsız hareketler edep ve iffete aykırı olan hareketlerdir, diyebiliriz. Hattâ, daha açık olarak ifade eylemek lâzımgelirse, kanun vazımızın hayâsız hareket tabiriyle edep ve iffete aykırı olan hareketler mânasını ifade etmek istediğini söylemek icâbeder.

Yoksa, buradaki hayâ kelimesine alelâde konuşma dilindeki mânayı vermek ve kelimeyi bu derece şümullü olarak telâkki eylemek doğru değildir. Meselâ 12 yaşında bir küçüğün yaşı başı ilerlemiş adamlar arasında sigara içmesi, umumî olarak hayâsızca bir harekettir; fakat bu hareket edep ve iffete aykırı bulunmadığından 419 uncu maddenin anladığı mânada hayâsızca bir vazü hareket teşkil eylemez. Bu noktai nazarımızın doğruluğunu teyid bakımından iki delili ileri sürebiliriz: Bir kere Ceza Kanununun ferdî ve içtimâî ahlâkdan ayrı olduğu ve bu ikisinin birbirine karıştırılmaması icâbeylediği muhakkaktır, sonra hayâsız hareket kelimesinin iffet ve edebe aykırı hareket suretinde telâkki olunmaması takdirinde sadece terbiyesiz olan, âdabı muaşerete aykırı bulunan hareketlerin dahi cezalandırılabilmesi mümkün olacaktır; bu ise hiç bir suretle tecviz olunamaz.

Diğer taraftan kanunumuz bu suçtan «âdabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler» namındaki sekizinci babının «cebre ırza geçen ve küçükleri baştan çıkaran ve iffete taarruz edenler» serlavhalı yirminci faslında bahseylemiş bulunmaktadır. 419 uncu maddemizin dahil bulunduğu bu fasıl da hayâsızca vazü hareket kelimesine arzeylemiş bulunduğumuz tarzda bir mâna verilmesini iktiza ettiren bir esbabı mucibe telâkki olunmak icap edecektir.

Hulâsa bizce hayâsızca hareket mefhumunu edep ve iffete tecavüz mânasında almak ve o suretle tefsir ve telâkki eylemek lâzımgelir.

Kanunumuz, hayâsızca vazü hareketin dolayısıyla iffet ve edebe tecavüzün neden ibaret bulunduğunu tarif etmemiştir; ancak yukarıda da muhtelif vesilelerle tebarüz ettirmeğe çalıştığımız veç-

(7) Hüseyin Kâzım: Büyük Türk Lûgatı.

(8) Hüseyin Kâzım: Büyük Türk Lûgatı.

hile, 420 ve 422 nci maddelerinde bazı hususî vaziyetleri tarif eylemiştir. Kanunumuzun bu hususta bir tarif vermemiş olması çok yerinde telâkki olunmak lâzımgelir. Filhakika kanunun tecrim eylediği iffet ve edebe tecavüzü ifade eden hareketler o kadar değişiklik ve tahavvüller arzederler ki bunları umumî bir tarife sıkıştırabilmek imkânsızdır; bundan başka, mevzuun mahiyeti icabı, daima noksanı kalmağa mahkûm bulunacak olan böyle bir tarif dolayısıyla birçok tereddütlerin meydana çıkacağı da muhakkak sayılmak lâzımgelirdi. Demek oluyor ki hayâsızca olan fiil ve hareketlerin tayini ve takdiri keyfiyeti hâkime teveccüh eden bir vazife olmaktadır.

Fransız Ceza Kanununda vaki tadilât dolayısıyla, teşrii meclise vermiş bulunduğu raporda Monseignat şöyle demektedir: «Bu suçları tafsilâtiyle göstermek, hiç olmazsa, lüzumsuzdur. Esasen, medeniyetin mazur gördüğü teklifsizlikleri, nezaketin müsamaha eylediği sözleri, nutukları, modanın müsaade eylediği hürriyetleri tanımak ve bunları kaba ifadeler, utandırıcı vaziyetler ve umumun şeref ve iffetine vaki her nevi tecavüzlerle karıştırmamak kolay değildir (9)».

Bu umumî prensip ve esasa rağmen muhtelif müellifler hayâsızca hareketlerin tayini bakımından bazı tavsiflerde bulunmağa ve hattâ bu hareketleri tasnif dahi eylemeğe teşebbüs etmişlerdir. Meselâ bu hususta Manzini şunları yazmaktadır (10): «... İffet her kese ait bir menfaat olarak nazara alınan, ferdî iffet duygu ve fikridir. İffet bizzarure ferdî olan bir duygu ve hükümdür, çünkü tek bir ruhî haleti tazammun eder, hakikatta kolektivitenin iffeti yoktur, onun yalnız bir umumî âdabı (bonnes moeurs) ü vardır. Bu da vasat halkın ferdî iffetin zarurî kıldığı haricî hareket kaidelerinden ibarettir. Münferit ve ferdî iffetler beynindeki itilâf bu haricî hareket kaidelerini meydana getirirler. Fakat cezaî himaye istisnâî ve ancak fevkalâde terbiye görmüş olanlara mahsus bir iffeti nazara almaz. Meselâ rahibelerin iffeti gibi. Sözü geçen vasatiyi tesbit etmek için, esas hâkiminin takdiri zarurî ve fakat kâfidir.». «Edebe aykırı tecavüzü ifade eden hareketler, bir kimsede ferdî iffet vasatı duygunun galeyane gelmesine tekabül eden, manevî bir aksülâ-

(9) S. Chauveau et Faustin - Hélie: théorie du code pénal. T. III. 1887-1908. s. 227.

(10) Manzini: Trattato di Diritto penale Italiano cilt 6, s. 574 (maalen).

mele sebebiyet veren veya âmmenin iffetine taallûk eden medenî topluluk kaidelerini açıkça ihlâl eden bir harekettir.». «Tecavüz veya muhalefetin ayırıcı karakteri bir rezalete sebebiyet vermesi, iffeti incitmesi ve bu harekete şahit olanların âr ve hayâlarını zedelemesidir (11)».

«Edebe muhalif hareketin maddî unsurları olan müstehcen veya iffetsiz hareketler, ahlâkî hissi ve vatandaşların iffetini haleldar edecek mahiyette olan bütün hareketlerdir. İffet ve edep mefhumu, içtimai muhit ve milletlerin medeniyet seviyesiyle müteharrik ve mütehalif olduğundan, hangi hareketlerin müstehcen ve iffetsiz olduğunun yani hangi fiillerin umumî namus ve ahlâkiyatı zedeliyebilecek mahiyette bulunduğunun tayini keyfiyetini hâkime bırakmak lâzımdır. Bundan başka suç teşkil eden fiilin dahili bakımdan gayri ahlâkî olması da zarurî değildir. Objektif olarak mülâhaza edilince müstehcen ve iffetsiz olması kâfidir. Hiç şüphesiz, yalnız müsaade olunmuş değil, hattâ evlenme ile mecburî tutulmuş bulunan eşler arasındaki cinsî münasebetler, alenî olarak ika olununca edebe tecavüz suçunun unsurunu teşkil ederler (12)». «Edep ve iffete tecavüz şahidi olan kimsenin iffet duygusunu müteessir edecek mahiyette maddî bir fiildir (13)».

Chauveau, ve Hélie ve Garraud bu hareketleri tasnife de çalışmak. tadırlar: «Edep ve iffete tecavüzü ifade eden hareketler iki nevidir. ler: Bunlardan bazıları küstahlık ve gayri ahlâkîlikleriyle, maddî mevcudiyetleri tek hâdisesi dolayısıyla failde bulunan iffete aykırı kasdın delilini ihtiva ederler. Diğerleri ise, bizatihi şerefi, ar ve hayâyı, nezahati rencide eylemez ve ancak fail ika eyleyişinin şekil ve ahvalü şeraiti ve bilhassa onu sevk eden kasdı dolayısıyla bunu bir rezalet mevzuu yapınca menedilirler (14)».

«... Suçun iktisab edebileceği binlerce şekilleri bir tasnife irca eylemek lâzımgelirse bunların ya bir iffete tecavüz (= outrage à la pudeur) yahut ta bir umumî âdaba taarruza (= outrage aux bonnes mœurs) e müncer olabileceği görülür.

Birinci sınıfa muayyen bir şahsa karşı, rızası ile veya rızası olmayarak, alenen teveccüh eden müstehcen yahut iffetsiz hareketler

(11) A. Chauveau et Faustin - Hélie: S. G. eser. t. III. s. 227.

(12) Garraud: S. G. eser, cilt V, s. 456.

(13) Goyet: Précis de Droit pénal spécial. 1933. s. 217.

(14) A. Chauveau et Faustin - Hélie: S. G. eser. t. III. 1887-1908. s.

girer. Meselâ umumî bir mahalde yahut herkesin nazarından kâfi de. recede saklanmamış bir mahalde husule gelebilecek olan normal yahut anormal cinsî münasebetler. İkinciye ise iffeti, âmme namus ve şerefini ihlâl edebilecek ve bu sebeple bir veya diğer cinsten bulunan kimselerin bozulmasını kolaylaştırabilecek, tahrik edebilecek fiiller dahil bulunur. Tabii bir ihtiyacı tatmin için, tesadüfen mahrem yerlerini alenen teşhir eden kimsenin fiili gibi (15).

Eserlerinden muhtelif parçalar naklolunan bu müelliflere mukabil Garçon bu hususta hiç bir tavsif ve tasnife girişmemekte, hayâsız hareketlerin tayini keyfiyetinin zarurî olarak hâkimlerin takdirine bırakıldığını beyan ile iktifa eylemektedir. Müellif bu nevi hareketler için bazı müşahhas misaller vermek şikkını tercih eylemektedir.

Biz de şu noktayı bir kere daha tekrar edelim ki mezkûr hareketler binlerce değişik şekiller alabilirler ve bunları muayyen bir tarifin hududu içine sokmak imkânı yoktur.

419 uncu maddede mevzuubahs hayâsızca hareketlerin tahakkuk edebilmesi için bu hareketlerin 420, 421 ve 422 nci maddede sayılan hareketlerden olmaması lâzımgelir. Bu suretle hayâsız hareket teşkil edecek olan hareketlerin memleketten memlekete geçeceği muhakkaktır. Bu bakımdan en güzel misali umumî bir mahalde öpüşme mevzuunun bu suçu teşkil edip etmiyeceği hakkında Fransa ve İtalyadaki farklı içtihatlar vermektedir. Fransada umumî mahallerde öpüşmek edebe tecavüz fiili teşkil eylemediği halde İtalyan Temyiz Mahkemesi tarafından suç sayılmıştır: «Aleni veya herkesin girebileceği bir mahalde vukubulan öpmek fiili, gelip geçenler tarafından âdaba muhalif bir hareket olarak tefsir ve tavsif edilebileceği için iffete tecavüz suçunu meydana getirebilir (16)».

«İster yazılı ister şifahî olsun söz veyahut şarkı ile vücuda gelen hayâsız ef'al maddi unsurun tahakkukuna sebebiyet vermez. Bu takdirde, yerine göre Ceza Kanunumuzun ve Matbuat Kanunumuzun mahsus maddelerinin tatbiki icabedecektir. Yani 419 uncu maddenin maddi unsurunu teşkil eden hayâsız vazû hareketlerin, bir fiil yahut jest suretinde olması lâzımgelir (17).

(15) Garraud: S. G. eser. cilt V, s. 456.

(16) Ugo Conti: Giurisprudenza sul codice penale no 338; Cass. Roma, 18/1/1907.

(17) Fransız kanununun metni bu nokta bakımından tereddütlere sebebiyet verecek şekilde kaleme alındığından, Belçika tarafından sözü ge-

Sayın Fahrettin Karaoğlan eserlerinde (18) hayâsızca vazû hareketlerle 576 ncı maddemizde yazılı edebe muhalif hareketleri birbirinden tefrik sadedinde hayâsızca vazû hareketlerin en az iki kişi arasında olabilecek hareketler olduğunu ve bunların bedeni ve uzvî hareket ve vaziyetleri tazammun eylediğini söylemektedirler. Sayın müellifin bu fikirlerine iştirak edemiyeceğiz: Bir kere kanunumuzun metninde hayâsızca hareketin tahakkuku için iki şahsın mevcudiyeti lüzumunu işrab edecek hiç bir işaret yoktur; sonra me haz kanunda bu hususa mütedair bir kayıt bulunmadığı gibi o kanunun tatbikatında da bu nokta hiç bir zaman nazara alınmış değildir. İstitraten şu noktayı da —ki buna ileride tafsilâtiyle temas edeceğiz— beyan edelim ki me haz kanunun tatbikında bu iki madde daha ziyade manevî unsur bakımından birbirinden tefrik olunmaktadır.

419 uncu maddemizde ifadesini bulan bu suç —hayâsızca vaz ve hareketler maddî unsuru bakımından— **şekli** bir suçtur. Yani suçun tamamlanması için neticenin husulü yani umumun edep ve iffetinin fiilen ihlâlî ve ızzar edilmiş bulunması şart değildir; hareketin sadece umumun edep ve iffetine tecavüz edici mahiyette olması kâfi dir (19). Bu hareketlerin failleri, gerek erkek ve gerekse kadın ve ya kız olabilirler.

Fikrimizce, Fransız Temyiz Mahkemesinin de tebarüz ettirdiği gibi, hayâsızca vazû hareketten dolayı mahkûmiyete mütedair olan bîdayet mahkemesi kararının hayâsızca fiil ve hareketi —Temyiz Mahkemesinin bu husustaki kontrol salâhiyetini istimal edebilmesini mümkün kılmak için— mufasssal bir surette izah ve tasvir eylemiş bulunması lâzımdır. «Bidayet ceza mahkemeleri, fiilin kanunî tavsifi üzerinde, Temyiz Mahkemesince, kendisine ait bulunan kontrol hakkını istimal edebilmesini mümkün kılacak surette, takibata mevzu olan fiili tavsif eylemelidirler. Bilhassa hâkim, müstehtecen hareketleri teşkil eden fiilleri tavsif ve izah etmekten çekinmek suretiyle edebe tecavüzden dolayı mahkûmiyete hükmede-

çen kanun iktibas olunurken maddeye fiiller (= action) tabiri ilâve olunmuştur. J. S. Nypels: Législation criminelle de la Belgique ou commentaire, et complément du code pénal Belge. Bruxelles. 1872. s. 26.

(18) Fahrettin Karaoğlan: Tadillerinden sonra Ceza Kanunumuz üzerinde bir inceleme. 1936. s. 76.

(19) Aksi fikir için bakınız: von Listz: Traité de Droit pénal allemand. Tome II. s. 125. § 109.

mez (20)*. Demek oluyor ki Temyiz Mahkemesinin, esas mahkemesinin muayyen bir fiili hayâsızca hareket olarak tavsif eden kararını, mezkûr hareketin hayâsızca bir hareket olmadığı esbabı muhibesiyle bozmak salâhiyeti vardır. Filhakika burada mevzuubahs olan keyfiyet fiilin hukukî tavsifi olduğundan, meselenin sırf esas mahkemesinin hakkı takdirine taallûk eylediği söylenemez (21).

B — Cinsî münasebet:

419 uncu maddemiz bu suçun mahsus bir tahakkuk şeklini de cinsî münasebette bulunmak suretinde tavsif eylemiş bulunmaktır. Yukarıda da bahseylemiş olduğumuz veçhile 1274 tarihli kanunumuz ilk şeklinde sadece alenen mugayiri ârû hayâ fiili şeni ikamı tecziye eylemiş bulunmakta idi. Yeni Ceza Kanunumuz sureti umumiyede hayâsızca hareketleri tecziye eylemekle beraber, alenen cinsî münasebetlerde bulunmayı, verilecek cezayı daha ziyade ağır laştırmak suretiyle, ayrıca tasrihi lüzumlu saymıştır.

Kanaatimizce, 419 uncu maddenin cinsî münasebete taallûk eden müeyyidelerinin tatbik olunabilmesi için mutlaka cinsî münasebetin tahakkuku lâzımdır. İki şahıs arasında bu dereceye varmayan cinsî tezahürlerin vukuu halinde —meselâ, alenen bir kadını badana etmek gibi— maddenin, sadece hayâsızca hareketlere taallûk eden müeyyideleri kabili tatbik olur. Ancak cinsî münasebetin tahakkuku için lüzumlu olan cima fiilinin muhakkak mütezat cinsiyetlerde bulunan kimseler arasında vukuu şart değildir. İki erkek arasında zahri cima halinde de sözü geçen müeyyide kabili tatbiktir. Hattâ bir kadınla alenen vaki zahri cima halinde de mezkûr müeyyidenin kabili tatbik olduğunu zannediyoruz. Bundan başka şu noktayı da ilâve edelim ki maddedeki hükmün tatbik olunabilmesi için vukua gelecek cinsî münasebetin bir hak olmaması meselâ eşler arasında vukubulmaması da şart değildir. Eşler arasındaki cinsî münasebetler dahi, alenen vukua gelince, maddenin müeyyideleri kabili tatbik olur.

2) Aleniyet: Suçun ikinci unsuru hayâsızca vazî hareketlerin yahut cinsî münasebetin **alenî** olarak vukua gelmesidir.

Kanunun sözü geçen suçu tecrim ve tecziye eylemesindeki asıl

(20) Cass. crim 14 nov. 1903; D. 1903. 1. 592; Cass. crim 30 janv. 1897; D. P. 97. 1. 239.

(21) Aksi kanaat için: Manzini: S. G. eser. s. 574.

maksat bizatihi gayri ahlâki olan fiilin cezalandırılması değildir; yani cezalandırılan, binefsihi fiil değildir. Fakat tecziyeyi mucip olan keyfiyet mezkûr fiil dolayısıyla âmmenin edep ve iffeti için husule gelmiş veya husule gelmesi muhtel olan rezalettir. Bu itibarla hayâsızca vazû hareketlerde bulunmak suçu, ahval ve şeraitin tecziye olunmasını icabettirdiği, ahval ve şerait dolayısıyla tecziye olunan, bir suç teşkil eder (22).

Aleniyyet bakımından, me haz kanun ile kanunumuz arasında mevcut farka yukarıda işaret etmiştik: Kanunumuz fiilin sadece alenen ika edilmiş bulunmasını kâfi telâkki eylediği halde me haz kanun suçun «umumî veya umuma açık olan bir mahalde» ikainı şart telâkki eylemiş bulunmaktadır. Kullanılan bu iki tabirin farklı oluşunu müşahede eylemek kolaydır. Bununla beraber şunu da derhal ilâve edelim ki İtalyan Temyiz Mahkemesi dahi kanundaki «umumî veya umuma açık bir mahalde» ibaresini alenen mânasında anlamakta ve o suretle tatbik etmektedir.

Hayâsızca vazû hareketlerde aleniyyet meselesi tatbikatta çeşitli ihtilâflara ve mahkeme kararlarına sebebiyet vermiş bulunmaktadır.

Fransız Temyiz Mahkemesi 1903 tarihli bir kararında edep ve iffete tecavüz suçlarında aleniyyetin ne zaman mevcut bulunacağı mevzuunda umumî bir prensip vazeylemektedir (23). Buna nazaran «edebe tecavüz hareketi, umumî bir mahalde ika olunduğu yahut hususî bir mahalde ika olunmakla beraber başkaları tarafından bu hareketin farkına varılabildiği takdirde, cezayı müstelzimdir.» Yani bu hâllerde aleniyyet vardır. Demek oluyor ki bu suçta aleniyyet keyfiyetinin tahakkuku için fiilin mutlaka umumî bir mahalde ika edilmiş bulunması şart değildir. Esasen Temyiz mahkememizin 2 nci Ceza Dairesi de 9821 esas ve 8864 karar sayılı ve 3/12/940 tarihli bu kararının esbabı mucibesinde aşağı yukarı aynı prensipleri ifade eylemektedir (24): «... Gerçi kanun, edebe muhalif sair hareketleri men ve zecreden diğer maddelerinde (umumî) veya (umuma mahsus), (umumun girebileceği yerlerde) tabirlerini kullandığı halde 419 uncu maddesinde o tabirlere bedel (alenen) kaydını istimal etmişse de bu kayıt ile takyid olunan edebe muhalif

(22) Goyet: S. G. eser, s. 217.

(23) Crim. Cass. 14 no. 1903. D. 1903. 1. 592.

(24) Kemal Bora: Muaddel ve Haşiyeli Türk Ceza Kanunu ve Meriyet kanunu, s. 234.

hareketlerin dahi mutlaka herkesin gözü önünde icrası şart olmayıp mücerret görebileceği bir hal ve mahalde vukuunun kifayeti müttefikünle olan tatbikat ile takarrür etmiş olmasına ve kanunun diğer maddelerinde umumî veya umuma mahsus veya umumun girebileceği gibi tabirlerle istihdaf etmiş olduğu ahval dahi başkaları tarafından görülebilmesi imkânı mevcut olan ahvalden ibaret bulunmasına göre her iki tabirin tatbikat noktai nazarından mülâhaza olunabilecek farkı, kanunun (alenen) kaydı ile takyid etmiş olduğu bir fiilin umumî olmıyan veya umuma açık bulunmıyan bir mahalde ve meselâ bir evin parmaklıkla çevrilmiş bahçesinde veya sokak üzerindeki açık penceresi önünde dahi icrası halinde alenen vukubulmuş addi lâzımgelmesine mukabil...».

Nakleylediğimiz iki karardan da anlaşılacağı veçhile aleniyyet unsuru fiilin gerek umumî bir mahalde ve gerekse hususî bir mahalde ika olunması halinde tahakkuk edebileceğine nazaran keyfiyeti bu iki ihtimali ayrı ayrı ele almak suretiyle tetkik ve mütalâa eylemek lâzımgelir:

a) Umumî mahaller: Hayâsız hareket umumî mahallerde ika olununca, başkaları tarafından ister görülmüş ister görülmemiş olsun, fiil gece karanlıkta veya gündüzün ika edilmiş bulunsun, aleniyyet mevcut sayılmak lâzımgelir. Yani fiilin umumî mahallerde sadece ika edilmiş bulunması aleniyetin tahakkuku için kâfidir.

Fakat umumî mahalden nereleri anlamak lâzımgelir? Bu mevzuda Chassan (25) umumî mahalleri şu suretle tarif eylemektedir: «Umumî mahaller herkese açık olan yahut herkesin gerek bedava ve gerekse bedel mukabili, yahut bazı kabul şartlarıyla içine girebileceği yerlerdir.» Müellif bu suretle tarif eylediği umumî mahalleri üçe ayırmaktadır: 1°) Mahiyetleri icabı umumî olan mahaller; 2°) Tahsisleri itibariyle umumî olan mahaller; 3°) Tesadüfen, ârizî olarak umumî olan mahaller (26).

1°) Mahiyetleri icabı umumî olan mahaller, herkesin, hiç bir kayıt ve şarta riayet eylemekle mükellef olmaksızın serbestçe ve istediği zaman içine girebileceği yerlerdir; Yollar, meydanlar, gezinti yerleri gibi. Bu gibi yerlerde ika edilmiş bulunan hayâsızca hareket.

(25) Chassan: *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*. 2e édit. 1846 (tome I. p. 47) (Garraud'dan).

(26) Garraud: *S. G. eser*, s. 460 ve sonrakiler.

ler hakkında fiil ister gece, ister gündüz ika edilmiş bulunsun (27) ve hattâ isterse hiç kimse tarafından görülmemiş olsun (28) 418 inci madde tatbik olunur. Çünkü bu gibi mahallerde ika olunan hareketler her zaman oralardan geçebilecek olanlar tarafından görülebilirdi; sadece bu keyfiyet ise, kanunun cezalandırmak için talep eylediği rezaletaver karakteri atfeylemek için kâfidir.

Fakat Garçon'un fikrinde, bu nevi yerlerin hepsinde ika olunan fiillerin mutlak olarak aleniyet karakterini haiz bulunduğu söylenemez; esasen mahkeme içtihatları da buraya kadar gitmemiştir. Meselâ ormanlarda ika olunan fiiller, bu mahallerin uzaklığı veya hususiyetleri dolayısıyla mücavir yollardan geçen kimseler tarafından hiç bir suretle farkına varılamıyacaksa aleniyet karakterini haiz değildirler. Bu gibi hallerde mezkûr hareketlerin alenî telâkki olunabilmesi için, ileride izah edilecek olan hususî mahallerde ika edilen fiillerin aleniyeti için lüzumlu şartların araştırılması lâzımdır. Fransada biçilmemiş bir tarla içinde ika edilen bu nevi bir fiil, fiilen birkaç şahıs tarafından görülmüş bulunduğu içindir ki alenî sayılmıştır.

2°) Tahsisleri itibariyle umumî olan mahaller: Bu mahaller gerek mutlak bir şekilde ve gerekse kayıtsız olarak herkesin çağırılabilceği veya bazı umumî kabul şartlarını yerine getirmek suretiyle, dahil olabilecekleri yerlerdir: Tiyatrolar, kiliseler, mektepler, hanlar gibi. Bu nevi yerler umuma açık oldukarı müddetçe orada işlenen fiillerin alenî sayılmaları icabeder; ve bu mahaller aleniyet karakterlerini umuma açık olmadıkları zamanlarda kaybederler.

Meselâ Fransız Temyiz Mahkemesi, günün muayyen saatlerinde açık bulunan mahallerde bu yerlerin açık olmadıkları saatlerde işlenen iffet ve edebe tecavüz fiillerinde aleniyetin kabul olunamayacağına karar vermiş ve bir ilköğretim ders salonunda, mektebin kapalı olduğu bir sırada, bir öğretmen tarafından talebelerinden birinin edebine tecavüz olunması halinde aleniyetin mevcut bulunmayacağına karar vermiştir, fakat fiilin ders saatleri dışında işlenmesi hiç bir şahit mevcut bulunmaksızın ve fiilin görülmesinin önünü almayı mümkün kılacak kâfi tedbirlerin alınmış bulunması kaydı ile (29).

(27) Ugo Conti: S. G. eser, No. 338.

(28) Ugo Conti: S. G. eser, No. 338.

(29) D. 64. 1. 147 Lacombe kararı. — Mezkûr karar hakkında not yazan müellif şu itirazları dermeyer ediyor: İffetine tecavüz olunan çocuğun o salonda bulunmasının sebebi sadece bu salonun umuma açık olma-

Bu sebepler dolayısıyla sinema ve tiyatro localarında ika edilen edep ve iffete aykırı fiillerde aleniyetin mevcut olduğu muhakkaktır.

3) Tesadüfen, ârizi olarak umumî olan mahaller: Bunlar, aleniyet vasıflarını, üçüncü şahısların az veya çok ârizi olan huzurları ile iktisap eden hususi mahallerdir. Mağaza ve dükkânlar, hapishane ve hastahaneler, otomobiller gibi. Garraud'nın fikrince ika olunan edep ve iffete tecavüz hareketlerinin aleniyeti bakımından, sözü geçen yerleri hususi mahallerle aynı tutmak ve fiilin alenî olarak ika edilip edilmediğini tayin için hâdisenin hususî hal ve şartlarını mütalâa eylemek lâzımdır (30). Bu şartların nelerden ibaret bulunduğunu aşağıda tetkik edeceğiz.

Fransada jürisprüdansın takip eylediği istikamet te bu şekilde görülmektedir. Bu bakımdan, araba, otomobil ve bilhassa tren vagonlarında ika edilen iffet ve edebe tecavüz hareketlerinde aleniyyetin mevcut bulunup bulunmadığı meselesi Fransada birçok müphemiyetlere ve mütenakız kararlara sebebiyet vermiştir.

Kanaatımızca tramvay, otobüs gibi umumî nakil vasıtalarını umumî mahallerden telâkki eylemek ve bunlar içinde ika edilmiş bulunan fiil hiç kimse tarafından görülmüş olmasa dahi aleniyetini kabul eylemek lâzımdır.

Otomobil ve arabalarda ika olunan fiillerin aleniyeti bakımından ise, hususî mahallerde ika edilmiş bulunan edebe muhalefetlerin aleniyeti için lüzumlu olan şartların aranması icabedeceği kanaatindeyiz.

Tren vagonlarına gelince: Fransada müellifler ve Temyiz Mahkemesi içtihatları vagonlarda işlenen edep ve iffete tecavüz hare-

sıdır. Ve salonun bir kısmını teşkil eylediği birleşmenin mevzuu devam ediyor farzolunduğundan bu talebenin içinde bulunduğu mahallin karakteri —ki hocanın müşabih vaziyetlerde bu karakteri tebdile hakkı yoktur— tarafından himaye edilmesi lâzımdı. Sonra şurası da var ki maznun kendisi ile olan münasebetlerinde topluluğun bir kısmını teşkil eden bir genç kızın iffetine tecavüz eylemiş bulunuyordu ve bu kızın ebeveyninin her zaman salona girerek onu aramaya hakları vardı. Fiilin umumî bir mahalde, ve orada bulunması sebebi bu mahallin aleniyeti ve umumiliğine inanmış olan bir kimse huzurunda işlenmesi dolayısıyla mevcut aleniyet, failin suistimal ederek kapıyı kapatmış bulunması keyfiyeti ile ortadan kalkmış olmaz.

ketlerinin, sırf buralarda işlenmiş bulunması dolayısıyla aleni sayılmıyacağını beyan etmektedirler.

Fransız Temyiz Mahkemesinin muhtelif kararlarından anlaşıldığına nazaran eğer fiil garda duran bir vagon içinde işlenmiş ise, bu takdirde yolcu ve müstahdemler içeriye serbestçe girebileceğinden aleniyet mevcut olarak kabul edilmelidir (31). Yolda giden bir tren vagonunda ise, pencereler açık olarak ve fiilin ika olunduğu herkes tarafından görülebilecek surette işlenmiş ise aleniyeti kabul eylemek lâzımdır. «Bir trenin harekette bulunduğu sırada camları indirilmiş bir kompartımanda bulunan genç bir kız üzerinde ika olunan müstehcen fiillerin, yolun bir veya müteaddit noktalarında âmm tarafından görülebileceği müşahade olununca, haklı olarak edep ve iffete tecavüz suçunu teşkil eylemesi lâzımdır (32)».

Kanaatimizce Fransız Temyiz Mahkemesinin bütün bu kararları, eski tren vagonları dolayısıyla verilmiştir. Malûm olduğu üzere eskiden vagonlar kompartıman, kompartıman yapılmakta ve kompartımanlar arasında rabıta bulunmamakta yani her kompartımanın kapısı doğrudan doğruya dışarıya açılmakta idi. Bu itibarla tren harekette iken kompartımanlara kimsenin girebilmesi mümkün değildi. Fakat bugün kompartımanlar müşterek bir koridorla birbirine bağlı olduğundan ve kompartımanlar içinde ika edilen müstehcen hareketler daima görülebileceğinden tren vagonlarını, aleniyet bakımından, umumî mahallerden telâkki eylemek lâzımdır.

b) Hususî mahaller: Yukarıda Fransız Temyiz Mahkemesinin bir kararını nakletmiş ve bu karara nazaran «... Fiil, hususî bir mahalde ika edilmekle beraber, üçüncü şahıslar tarafından farkına varılabildiği takdirde cezayı müstelzim (33)» olduğunu yani aleniyet mevcut bulunduğunu söylemiştik.

Filhakika mehaz kanundan farklı olarak, bizim kanunumuza göre, ika edilmiş bulunduğu mahallin umumî oluşu, suçun mevcudiyeti için bir şart değildir. Bu itibarla suç apartıman, ev, tarla gibi hususî bir mahalde ika edilmiş bulunmakla beraber, bu fiilin ika edilmekte olduğunun üçüncü şahıslarca farkına varılabileceği hallerde aleniyet mevcut sayılmak lâzımgelir.

Bu suretle umumî ve hususî mahaller arasında şu fark husule

(31) Garçon: S. G. eser., s. 835 No. F. 90; Garraud: S. G. eser, cilt II; s. 461.

(32) D. 70. 1. 96. Béraud kararı.

(33) Crim. cass. 14 nov. 1903; D. 1903. 1. 592.

gelmektedir: Umumî bir mahalde ika olunan gayri ahlâkî yahut müstehçen fiil kendiliğinden ipso facto tecziyeyi mucip bulunduğu, hattâ ahval ve şeraitin heyeti umumîyesine nazaran suçluların kendilerini tecrid eylemek ve bütün nazarlardan kurtulmak için, lüzumlu tedbirleri almış bulundukları isbat olunsa dahi suç teşkil eylediği halde, iffet ve edebe tecavüz hareketi, hususî bir mahalde ika olunca gerek mahallin vaziyeti ve gerekse suçlular tarafından alınmış tedbirlerin noksanı dolayısıyla, bunun alenî olabileceğinin isbatı lâzımgelir (34).

Garçon hususî mahalleri üç kısma ayırmak suretiyle aleniyet meselesini mütalâa eylemektedir:

1°) Umumî bir mahalle komşu olan ve burada bulunan kimse-lerin nazarlarının kolayca içine nüfuz edebileceği hususî mahaller: Bu nevi mahallerde ika edilen fiillerde aleniyet vardır.

Fransız Temyiz Mahkemesi 1861 tarihli bir kararında bir evin zemin katında sokağa açılan kapıyı açık bırakmak suretiyle edebe muhalif hareketlerin icrasında aleniyetin mevcudiyetini kabul eylemiştir. Yine penceresi sokağa açık olan bir mutfakta gayri ahlâkî hareketlerin icrasında aleniyet kabul olunmuştur (35). Sokak kenarındaki bahçede ika olunan iffete tecavüz hareketlerinde aleniyet vardır (36).

İtalyan mahkeme kararlarında da aynı esaslara esadüf olunmaktadır: «Cinsî münasebetin bir pencere arkasında ve tamamiyle görülebilecek bir surette ika edilmesi halinde, fiil umuma açık bir mahalde işlenmiş sayılır (37)». Yoldan az bir mesafede ve yoldan görülebilecek ve herkesin girebileceği bir arsa Ceza Kanununun 338 inci maddesinin anladığı mânada umumî veya umuma açık bir mahaldir (38)».

«Kapı açık olduğu halde hayâya muhalif hareketlerde bulunmak, bu fiilleri Ceza Kanununun 338 inci maddesinin anladığı mânada umuma açık bir mahalde ika etmek demektir (39)». «Açık ve tariki âma müteveccih bir kapının holünde ika edilen edebe muhalif hareket, umumî bir mahalde işlenmiştir (40)».

(34) Garraud: S. G. eser, cilt V; s. 462; not 22.

(35) S. 59. 5. 37.

(36) D. 64. 1. 324 Gontey kararı.

(37) Ugo Conti: S. G. eser, No. 338; Cass Roma 18 Eylül 1908.

(38) Ugo Conti: S. G. eser, No. 338.

(39) Ugo Conti: S. G. eser, No. 338; Cass, Roma 28 Temmuz 1906.

(40) Ugo Conti: S. G. eser, Cass Roma 7/3/1892.

Gayet tabii olarak bu gibi mahallerde ika edilen fiillerin gece veya gündüz işlenmiş olmasının aleniyet bakımından mühim tesiri olacaktır. Bununla beraber, umumî mahallerin ve meselâ yolların kenarlarında bulunan evler veya tarlalarda işlenen fiillerde, bu mahalleri umumî mahallerden ayıran maniler, fiilen umumî mahalden geçenlerin nazarlarının buralara dühulüne mani olacak şekilde ise, aleniyet mevcut sayılmaz. «Gündüzün kendisine ait bulunan bir tarla içinde edebe mugayir olarak ika olunan fiil, bu tarlanın umumî yoldan uzaklığı ve şivelerle kaplı bulunması itibariyle içinde olup bitenin görülmesine mâni olacak durumda olmasına rağmen üçüncü bir şahsın tesadüfen ve haksız olarak buraya girmiş ve fiili görmüş bulunması dolayısıyla, aleniyet karakterini iktisap eylemez (41)».

«Başakların gayet yüksek ve sık bulunduğu bir buğday tarlası, bir yolun yakınında bulunsa bile maznunun bulunduğu yer gerek mezruat gerekse yükseklik ve ağaçlar dolayısıyla sözü geçen yoldan görülemiyorsa Ceza Kanununun 338 inci maddesi mucibince umuma açık bir yer değildir (42)».

2") Diğer bir hususî mahalde bulunan müşahitlerin içini görebileceği hususî mahaller:

Bu vaziyet bilhassa aynı bir binanın muhtelif odalarının ayrı ayrı kiraya verilmiş ve yabancı şahıslar tarafından işgal edilmiş bulunduğu hallerde tatbik şekli bulur. Bu nevi binaların, içinde ika met edenlerce müştereken kullanılan, merdiven, teras, ve bahçe gibi kısımlarında ika edilen fiillerde aleniyet karakteri vardır, yani bu kısımlar umumî mahaller telâkki olunmak icabederler.

Diğer vaziyetlerde, yani bir hususî mahalden diğer bir hususî mahallin görülmesi halinde — meselâ bir evin penceresinden diğer evin içinin görülmesi halinde olduğu gibi — Garçon'a nazaran, hâkim ancak hususî ahval ve şeraiti ve hâdisenin hususiyetlerini tavsif suretiledir ki fiili tecziye edebilir (43). Yani kararda fiilin o mahalden görülebileceğinin açıkça tasvir edilmiş bulunması lâzımdır.

Fransız Temyiz Mahkemesi, hususî bir mahalden, diğer hususî bir mahalde ika olunan edebe tecavüz mahiyetindeki hareketin gö-

(41) D. 64. 1. 147.

(42) Ugo Conti: S. G. eser; No. 338, Brescia İstinaf mahk. 27 Nisan 1900.

(43) Garçon: S. G. eser; s. 832, No. 54.

rülmesi halinde, arada mutavassıt bir umumî mahallin bulunmasını dahi aramamaktadır.

İtalyan Temyiz Mahkemesi de eski bir kararında «edep ve iffe- te tecavüz suçunun mevcut bulunması için aranan aleniyet unsurunun, bizatihi müstehçen olan hareketlerin, sokak üstünde bulunan ve faile ait olan dükkânın içinden, oraya bakmakta olan ve bu hareketlerin müteveccih bulundukları bir kızın penceresine karşı, vu- kabulmaları halinde mevcut» olduğunu tesbit eylemiştir (44).

Buna mukabil yine aynı mahkeme «bir evin içinde ika edilen müstehçen fiiller ancak karşı evde oturanlar tarafından görülebilecek idise, aleniyet unsurunun mevcut olmayacağını» bir kararında dermeyan eylemektedir (45).

3°) Kapalı olan ve binnetice hariçte bulunan kimselerin hiç bir şey göremeyeceği mahaller:

Bu nevi mahallerde ika olunan fiillerin aleniyeti meselesi doktrin ve mahkeme içtihatlarında birçok aykırılıklara sebebiyet vermiş bulunmaktadır.

Kanaatimizce bir kere şu nokta muhakkaktır: Hususî ve kapalı bir mahalde ika edilen hayâsız hareketin faili bu hareketini üçüncü şahıslardan gizlemek hususunda kâfi tedbirler almamış bulunması dolayısıyla fiil diğer kimseler tarafından görülmüş ise aleniyet vardır. Yani alınan tedbirlerin gayri kâfi oluşu itibarıyla fiil görülmüş ise aleniyeti kabul etmek lâzımdır. Fransız Temyiz Mahkemesinin içtihat temayülü de bu merkezdedir.

Bu itibarla hususî bir mahalde ika olunan hayâsız hareketin başkaları tarafından görülmemesi için lüzumlu ve kâfi olan bütün tedbirler alınmış bulunmakla beraber, fiil üçüncü şahısların fiili dolayısıyla görülmüş bulunduğu hallerde aleniyet yoktur. Netekim bir İtalyan mahkemesi de bir kararında «içinde bulunduğu şartlar dolayısıyla dahilinde cereyan eden hâdiselerin kimse tarafından görülebilmesine imkân vermiyen bir yer Ceza Kanununun 338 inci maddesi mücibince umuma açık bir mahal değildir ve bir tesadüf neticesi olarak bir kimsenin bu hâdiseleri görmüş olması mezkûr vasfı bu mahalle izafe edemez (46)» demektedir.

Keza hususî bir mahalde ika olunan hayâsız bir harekete şahit

(44) Ugo Conti: S. G. eser; No. 338, Cass Roma 5/2/1892.

(45) Ugo Conti: S. G. eser. No. 338, Cass Roma 2 Temmuz 1897.

(46) Ugo Conti: S. G. eser; No. 338. Bologna Bidayet mahkemesi. 20/X/1898.

olan kimse, önünde ika edilen fiili anlıyabilecek kabiliyette ise aleniyet mevcut sayılmak lâzımdır. Bununla beraber şahit olan kim. senin iffetinin zedelenmiş ve fiilin gayri ahlâki olduğunu hisseyle. miş bulunması kâfidir. Bu itibarla meselâ iffet ve edebe tecavüz hareketi bir deli, akıl hastası önünde ika edilse dahi aleni olabilir. Zira akıl hastalığının müteaddit şekilleri aslâ ahlâk ve iffet hissini rencide eylemez (47).

Görülüyor ki umumî mahallerde ika edilen edebe ve iffete tecavüz hareketlerinde suçun teşekkülü için hareketin fiilen görülmüş olması şart olmadığı halde, hususî mahallerde ika olunan edep ve iffete aykırı hareketlerin tecziye olunabilmesi, yani aleniyetin ta. hakkuku için hareketin hiç olmazsa bir tek şahıs tarafından fiilen görülmüş olması lâzım ve aynı zamanda kâfidir.

Fakat Fransada mahkeme içtihatları bu kaideye iki mühim istisna getirmektedirler:

a*) Bir kimse kapalı bir mahalde ika olunan hayâsızca vaz'ı harekete istiyerek şahit olmuş ise aleniyet yoktur: b*) Gayri ahlâki hareket ve fiillere hedef olan şahıs şahit telâkki olunmaz (48). Bizce bu iki istisnadan birincisini makul telâkki eylemek lâzımdır.

Bu itibarla Fransada Temyiz Mahkemesi kapalı bir mahalde mutavassıtının getirdiği kimseler huzurunda son derecede gayri ahlâki hareketlere girişen bir fahişeyi beraet ettirmiştir. Keza birbirini müteakiben aynı bir kadınla cinsi münasebette bulunan ve bir birlerini seyreden kimseleri mahkûm eden bir karar Fransada tenkit olunmuştur.

İmdi burada şu mesele mevzuubahs olur: İrade ve rızası ile gayri ahlâki fiile şahit olmuş bulunan kimse küçük ise ne olacaktır? Daha açık ifadesi lâzımsa, küçük bir kimsenin edebe muhalif bir harekete serbest olarak iştirak edebileceği kabul olunacak mıdır? Bu faraziye kanunun fuhşa teşvik bakımından kabul eylediği yaş hadlerini nazara alarak halletmek ve tefrikler yapmanın muvafık olacağını zannederiz.

Temyiz Mahkemesinin, izah olunan aleniyete ait şartların tahakkuk edip etmediğini, kontrol edebilmesi için esas mahkemesi karar.

(47) Garçon: S. G. eser. s. 836, No. 102.

(48) Bu hususta şu kararlara bakınız: Crim. Cass 16 juin 1906, S. 1909. 1. 419; Cass. Crim. 19 août 1869, S. 1870. 1. 182; 4 août 1877, S. 1878. 1. 134, 4 Mars 1880, S. 1881. 1. 44; 7 Mai 1897 S. et. P. 1897. 1. 256.

larının bu noktayı mufassal bir surette kararlarında tesbit ve izah etmiş bulunmaları lâzımdır.

3) Manevî unsur: Fiilde kast bulunması.

Cezaî mesuliyete tesir edici objektif ve sübjektif sebeplerin bu suçlarda da mesuliyeti kaldıracığı veya tahfif edeceği tabiidir. Esasen, bilhassa bu nevi suçların işlenişinde akıl hastalıklarının bir nev'i olan teşhirciliği (= exhibitionisme) daima göz önünde bulundurmak ve en ufak bir şüphe halinde faili ehli hibreye sevk hususunda ihmal göstermemek lâzımdır (49).

Fransız Ceza Kanununun 330 uncu maddesinde ifadesini bulan bu suçun kasdî yahut taksir ile de işlenebilen bir suç olup olmadığı meselesi doktrinde münakaşaları mucip olmuş ve çeşitli mahkeme içtihatlarının meydana çıkmasına sebebiyet vermiştir. Kanunumuz, yukarıda da söylediğimiz veçhile, aynı mevzuu tecrim eylemekte bulunan iki madde —419 ve 576 ncı maddeler— mevcut bulunduğundan meselenin bizim mevzuat vaziyetimizde daha büyük ehemmiyeti vardır.

Fransız Temyiz Mahkemesi bir kararında açık olarak fiilin cezalandırılması için cürmü kasdi talep eylemişti: Loire nehrinde mayosuz olarak banyo yapan bir şahsı Bidayet Mahkemesi failde âmenin, edep ve iffetini çiğnemek ve rencide eylemek kasdi mevcut bulunmadığı esbabı mucibesıyla beraet ettirmişti; Temyiz Mahkemesi kararın bozulması hususundaki müddeiumuminin müracaatını şu suretle reddeyledi: «İstinaf mahkemesi tarafından hâkimane bir surette takdir olunan hale göre manevî unsurun mevcut olduğundan dolayı cürmün de ademi mevcudiyetine karar verilmek suretiyle 330 uncu madde doğru bir şekilde tatbik olunmuştur (50)».

Garçon'a göre kast suçu tesis eylemek hususunda zarurî değildir: Edep ve iffete tecavüz suçunun faili görüldüğünü zannetmediğini, hareketinin farkına varılacağını tahmin edemediğini isbat etmek suretiyle cezadan kurtulamaz. Fakat bununla beraber, suçun, sadece fiil ile teşekkül eylemiş bulunduğu neticesine de varılamaz. Bu suçta da bir kusur aranacaktır. Sözü geçen kusur failin içinde görülebileceğini tahmin edebileceği bir mahalde edep ve iffete aykırı bir fiil ika etmesine ve rezaletten çekinmek için zarurî olan

(49) P. Brouardel: Les attentats aux mœurs. 1909. s. 18; Ambroise Tardieu: Etude médico - légale sur les attentats aux mœurs. 1878

(50) S. 70. 1. 438; D. 99. 1. 591. Aksi karar için bakınız: S. 81. 1. 389.

tedbirlere müracaat eylemesine müncer olur. Bu prensip kabul olunca kusurun umumî mahallerde işlenen suçlarda daima mevcut bulunduğu kabul olunmak lâzımgelir (51).

Fiil hususî bir mahalde ika olunduğu takdirde ise hâkimin her halin hususî ahval ve şeraitine nazaran bu fiil failinin yakalanmak. tan sakınmak için zarurî olan tedbirleri almak hususunda ihmal gös. terip göstermediğini araştırmalıdır (52).

Garraud'ya nazaran ise tecavüz için zarurî unsur, teşkil eden manevî unsur, umumî edep ve iffete karşı yapılan tecavüzü alenî kılmak hususundaki her nevi niyet ve maksattan mücerret olarak, umumî edep ve iffeti ızzar eylemek şuuruna müncer olur. Bir keli. me ile bu şart maznunun istiyerek ve bir mecburiyette olmadan müstehçen ve gayri ahlâkî bir durumda —umumî hissiyatı ihlâl eylemek kasdi bulunmaksızın— görölmeğe kendini arzetmesine mün. cer olur (53).

Suç karakterize eden nokta edep ve iffete aykırı bir fiilin iste. nerek icrasıdır. Suçluyu sevkeden saikin ehemmiyeti azdır. Eğer bu nevi bir kasit ve saik araştırılrsa idi, edebe muhalif olan hareketleri suçlar listesinden çıkarmak lâzımgelirdi (54).

Bu mevzudaki kanaatimizi arzetmeden önce İtalyan mahkeme içtihatlarına ve doktrinine de bir nazar atalım:

Biraz yukarıda da söylediğimiz veçhile İtalyada —ve dolayısıy. le memleketimizde— kanunda mevzua müteallik iki madde, 338 ve 490 ıncı maddeler —bizde 419 ve 576 ncı maddeler— mevcut bulun. duğundan, edep ve iffete tecavüz suçlarında manevî unsur mesele. si daha da çok ehemmiyetli olmaktadır.

İtalyan mahkeme içtihatları, iffet ve edebe tecavüz cürmünün kasdi bir cürüm olduğunu ifade hususunda hemen hemen müttefik. tirler; bu kararlar bilhassa kasdin taallük edeceği mevzu, bakımın. dan şayanı dikkattirler: «İffete tecavüz suçunun mevcut olması için, failde iffete tecavüz eylemek kasdinin mevcudiyeti lâzımdır. Fakat hâkim fiili hâdiselerden bunun mevcudiyetini —kontrolü mümkün olmıyan takdir salâhiyeti ile — istidlâl edebilir (55)». «Hususî bir mahalde kendisini terketmiş olan kızın sabık nişanlısı tarafından

(51) Garçon: S. G. eser, s. 839, No. 133.

(52) Garçon: S. G. eser, s. 839, No. 138.

(53) Garraud: S. G. eser, cilt V, s. 466.

(54) Garraud: S. G. eser, cilt V, s. 468.

(55) Ugo Conti: S. G. eser, No. 338. Cass. Roma 11/3/1898.

şehvet maksadiyle değil de, haysiyetini ihlâl için öpülmesi halinde iffete tecavüz suçu teşekkül etmez (56)». Buna mukabil «... Müstehcen hareketlerin failin şehvî maksatlarına taallûk etmesi de icabetmez, iffeti ve âdabı ihlâl etmek hususundaki iradî fiil kâfidir (57). «İffete tecavüz suçunun mevcudiyeti için failin iffeti veya âdabı ihlâl etmek isemiş olması lâzım değildir, fakat bu ihlâli muhtevi olan fiili istemiş olması kâfidir (58)». «338 inci maddede derpiş olunan suçun hususî kasdının mevcudiyeti için iffeti ihlâl etmek şuuru ve fiilin isteyerek işlenmiş olması kâfidir. Failin hangi fikirden hareket etmiş olduğunu araştırmak icabetmez (59)». «İffete tecavüz kasdi alenî bir mahalde ve isteyerek bir kadınla cinsî münasebette bulunan kimsenin fiilinde meknuzdur (60)».

Yüksek mahkemenin içtihatlarında bilhassa bizim kanunumuzun 419 ve 576 ncı maddelerine tekabül eden 338 ve 490 ncı maddeleri birbirinden tefrik sadedindeki kararlarında manevî unsura da temas olunmaktadır; filhakika, yukarıda da bir vesile ile işaret eylemiş bulunduğumuz gibi kanunumuzun 419 ve 576 ve 1889 İtalyan kanununun 338 ve 490 ncı maddeleri aynı mevzuu tecrim eyler gibi gözükmektedirler. Filhakika kanunumuzun 576 ncı maddesinde «bir kimse edebe muhalif bir surette halka görünür veya bir yerini gösterir veyahut söz, şarkı vesair suretlerle halkın edep ve nezahetine tecavüz eylerse...» denilmiştir. Maddede sözü geçen fiillerden, hareketlerle ika olunanların alenen ika edilen hayâsız hareketlerden başka birşey olmadığı muhakkaktır. Hele «... vesair suretlerle halkın edep ve nezahatine tecavüz eylerse...» ibaresi 419 ve 576 ncı maddelerin açıkça aynı mevzuu tecrim eylediklerini zannettirecek bir vüs'at ve şümül arzetmektedir. İtalyada da aynı mesele mevzuubahs olduğundan mahkeme kararları iki maddenin tatbik sahasını tefrik bakımından bazı esaslar vaz'ına çalışmışlardır:

«Evin içinde olmakla beraber, karşiki evlerin pencerelerinden görülebilecek surette, çıplak mahaller teşhir edildiği takdirde Ceza Kanununun 490 ncı maddesinde derpiş olunan kabahat fiili vardır (61)». «Umumî bir meydanda yellenen kimse Ceza Kanununun

(56) Ugo Conti: S. G. eser. No. 338. Cass. Roma 1908, 17. II. kısım.

(57) Ugo Conti: S. G. eser. No. 338. Cass. Roma. 11/Haziran/1902.

(58) Ugo Conti: S. G. eser. No. 338. Cass. Roma. 12 Nisan 1910.

(59) Ugo Conti: S. G. eser. No. 338. Cass. Roma 14 Mart 1907.

(60) Ugo Conti: S. G. eser. No. 338. Cass. Roma 29/XI/1900.

(61) Eugenio janniti di guyango-În: Ugo Conti: cilt IV, s. 322-325.

490 ıncı maddesindeki kabahati işlemiş olur (62)*. «Mahrem yerler gösterilmese bile, şehir dahilinde yalnız mayo ile veya banyo kostümü ile dolaşmak, Ceza Kanununun 490 ıncı maddesi anlamında umumi nezahate mugayir bir fiil sayılabilir (63)*. «Bir lokantada basur hastalığından şikâyet edip, hasta mahallini gösteren kimse Ceza Kanununun 490 ıncı maddesinde derpiş olunan kabahati işlemiş olur (64)*. «338 ve 490 ıncı maddeler arasındaki esaslı fark, 338 ınci maddedeki faraziyenin objektivitesinin iffete ve âdaba karşı vukubulan bir tecavüzü diğerinde ise daha az önemli olan âmme nezahetine karşı vaki bir ihlâli tebarüz ettirmesidir; birincisi hususî kasdi, ikincisi basit bir iradeyi istilzam eder (65)*.

İki maddenin tatbik sahalarını ayırmak için manevî unsuru nazara alan Temyiz kararları — yukarıda söylediğimiz veçhile — çok sayıdadır: «Ceza Kanununun 490 ıncı maddesinin hedefi, iffete tecavüz etmek kasdi bulunmasa bile, âdabı umumiyeyi ve âmme nezahetini ihlâl eden her mahiyet ve nevide bütün hareket ve fiilleri cezai müeyyide altına almaktır (66)*. «Ceza Kanununun 490 ıncı maddesinde derpiş olunan faraziye iffete tecavüz kasdinin bulunmadığı hallerde mevcuttur (67)*. «Ceza Kanununun 490 ıncı maddesi ihmal ve taksirle âmme nezahetine muhalif hareketler ika eden kimseye taallûk eder (68)*.

Hulâsaten nakleylemiş bulunduğumuz bu Temyiz kararlarından da anlaşılmaktadır ki İtalyan mahkemeleri 338 ve 490 ıncı maddeleri birbirinden tefrik mevzuunda sabit, değişmez bir kriteriyum vazede bilmiş değillerdir. Bu hususta kâh ika olunan hareketlerin mahiyetine istinad olunmakta, kâh fiilin kasden ika olunması halinde 338 ınci maddenin, ihmal ve teseyyüp ile ika edilmiş bulunma halinde ise 490 ınci maddenin tatbik olunacağı beyan edilmektedir. Fakat kasdin ve ihmal ve teseyyüpün taallûk edeceği hususlar hakkında muayyen bir prensip ortaya konulmamaktadır. Kast âdaba tecavüzü mi, yoksa tecavüzün aleniyetine mi taallûk edecektir? Bu hususta bazan birinci ve bazan ise ikinci nokta nazara dayanılmaktadır.

Bu mevzuda İtalyan müellifleri arasında da ittifak yoktur. Me-

(62) Eugenio janniti di guyango: S. G. eser. cilt IV, s. 322-325.

(63) Eugenio janniti di guyango: S. G. eser. cilt IV, s. 322-325.

(64) Eugenio janniti di guyango: S. G. eser. cilt IV, s. 322-325.

(65) Eugenio jannitti di guyango: S. G. eser. cilt IV, s. 322-325.

(66) Eugenio jannitti di guyango: S. G. eser. cilt IV, s. 322-325.

(67) Eugenio jannatti di guyango: S. G. eser cilt IV, s. 322-325.

(68) Eugenio jannitti di guyango: S. G. eser. cilt IV, s. 322-325.

selâ Manzini (69) iffet ve edebe tecavüz suçlarına benziyen suçların mütalâasına geçerek 490 ıncı maddede mevzuubahis suç ele almak. ta ve şunları söylemektedir: «... Nezahet umumî, iffet ise hususî birer mefhumdurlar. Binaenaleyh bu iki suçun hakikî surette içtima eylemeleri mümkün değildir... 490 ıncı madde fiilin kasden değil de ihmal suretiyle ika edilmesi halinde tatbik edilir.». «338 inci maddede mevzuubahis suçun manevî unsuru ise kasttır. Kast mevzuubahis fiili ika etmek hususunda meş'ur ve zorlanmıyan bir iradedir ve fiillerin umumî veya umuma açık bir mahalde ika edildiğini bilmeyi veya bilmek icap ettiğini istilzam eder... Umumî veya umuma açık bir mahalde edebe muhalif hareketlerde bulunan kimse, akıl hastası değilse, bu suretle aharın iffetini veya medenî topluluk kaidesi olarak telâkki edilen âdabı umumiyeyi ihlâl ettiğini bizzarure bilmelidir. Ve iradî olarak meydana getirilen sebebin tevliid edeceği neticenin bilinmesi bizzat bu neticeyi tevliid etmek iradesini, bizzarure, ihtiva eder.» Majno'ya göre ise «... 338 inci maddenin tatbiki için fiilin iffeti umumiyeye taarruz mahiyetinde olması şarttır. 490 ıncı maddenin tatbiki için harekâtın mugayiri edep ve nezahet olması kâfidir (70).». Müellif «338 inci maddenin tatbikında fiilin iffeti umumiyeye taarruz mahiyetinde olması şarttır. Eğer failin maksadında bu tesir yoksa maddenin mahalli tatbiki yoktur (71).» dedikten sonra «... ef'alın mahiyeti tabiiyelerinin nazardan dûr tutulması lâzım (72) geleceğini ilâve eylemektedir. Müellife göre «490 ıncı madde, edebe ve 338 inci madde iffete karşı vukubulan taarruzlar hakkındadır. Ef'alın mahiyeti tabiiyelerinden maksat, şehvetperestane ef'al ile şehvanî olmıyan sair hayâsız ef'ale de şamil dir. Bunlar daima iffete taarruz teşkil ederler ve alenî yapıldıkları zaman 338 inci maddenin dairei şümülüne girerler. Zira mezkûr maddeye göre işbu ef'alın mucibi mücazat olmaları için bilihtiyar ika edilmeleri kâfidir. Halbuki bir takım ef'al vardır ki (Meselâ çıplak bir halde görünmek) bunlar failin niyetine göre ya 490 ıncı madde deki kabahati veya 338 inci maddedeki cürmü teşkil ederler. Yani bunlar âdabı umumiyeye kavaidine riayetsizlik suretiyle vukubulursa 490 ıncı ve hissiyatı şehvaniyenin itfası maksadiyle vukubulursa 338 inci maddeye göre cezalandırılır. Hulâsa alenen arsızca bir fiil

(69) Manzini: S. G. eser. cilt 6. s. 574 ve sonrakiler (maalen).

(70) Majno tercümesi, cilt 4, s. 419.

(71) Majno tercümesi, cilt 3; s. 162.

(72) Majno tercümesi, cilt 3, s. 164.

işleyen kimsenin fiili şehvanî mahiyeti haiz olmasa bile 338 inci madde ahkâmından kurtulamaz (73).».

Majno'nun eserindeki nakleylediğimiz şu oldukça karışık ibarelerden anladığımız mânaya göre 490 ve 388 inci maddelerde mevzuubahis suçlar kast ve hareketlerin mahiyeti itibariyle birbirinden ayrılır. Fakat hareketlerin mahiyeti bakımından, 490 inci maddede mevzuubahis hareketler ika edilmiş bulunsa dahi bunlar şehvanî bir maksat ile ika olunduğu takdirde 338 inci maddeyi ihlâl etmiş telâkki olunmak lâzımgelirler (74).

Fikrimizce 419 uncu madde kanunumuzun cürümlere müteallik kısmında bulunduğundan ve kanunumuzun 45 inci maddesine göre fiilin tecziyesi için kasdin aranması zarurî olduğundan, ve ancak kanunun ayrıca tasrih eylemiş bulunduğu ahvalde taksir nazara alınabileceğinden 419 uncu maddenin tecziyesi için kasdin mevcut bulunması lâzımgeliceği muhakkaktır.

Temyiz Mahkememizin 419 ve 576 ncı maddelerin tatbik mahallerini işaret eden prensip kararlarına tesadüf edemedik. Temyiz Mahkememiz yalnız bir kararında «suçlunun fiil ve hareketi edebe muhalif surette halka görünmekten ve çıplak yerlerini çeşmeye su almağa gelen kadınlara göstermekten ibaret olup bu hal 419 uncu maddede gösterilen alenen hayâsızca vazü hareket mahiyetinde değildir. Fiilin 576 ncı maddeye tevafuk ettiği yolundaki ısrar doğrudur (75)» demektedir.

IV

Edep ve iffete tecavüzün hususî şekilleri

Yukarıda 1274 tarihli Ceza Kanunumuzun, umumî ve şamil olarak alenen hayâsızca vaz ve hareketleri cezalandırmamış bulunduğunu, ve ancak 202 ncı maddesinde ve bunun zeyillerinde edep ve iffete tecavüz hareketlerini teşkil eden bazı hususî faraziyeleri tecziye ile iktifa eylediğini ilâve etmiştik. İmdi 1889 İtalyan Ceza Kanunu iktibas

(73) Majno tercümesi, cilt 3, s. 164.

(74) İtalyan Temyiz Mahkemesinin şu kararı da metinde arzolunan telâkkiyi teyid eylemektedir: «Şehvet maksadı tespit olundukta mahrem yerlerin gösterilmesi iffete tecavüz teşkil eder: bu maksat mevcut olmadığı takdirde sadece âmme nezahetine mugayir bir fiil mevcut olur.» Eugenio jannitti di guyango: S. G. eser, cilt IV; s. 322-325.

(75) Temyiz Ceza Heyeti Umumiyesinin 2/19 esas, 13 karar ve 1-5.

olunurken 388 inci madde, kanunumuzun 419 uncu maddesi olarak —tadil edilmekle beraber— alındığından, ve hayâsızca vaz ve hareket tabiri geniş ve şümüllü bütün edep ve iffete tecavüzü ifade eden hareketleri toplıyan bir hüküm teşkil eylediğinden 1274 tarihli kanunun 202 nci maddesinin ve zeyillerinin iktibasına lüzum kalmamıştı. Bununla beraber kanun vazımız 1 numaralı zeylin ikinci cümlesini ve 2 numaralı zeyli 420 ve 422 inci maddeler halinde ve yine harfendazlık etmek fiilini de 421 inci madde halinde kanunumuza ithal eylemişti. Kanun vazımızın kanunun 420, 421 ve 422 nci maddelerinde tesbit eylediği bu fiilleri, umumî surette hayâsızca vaz ve hareketleri tecziye eden 419 uncu maddesi meyanında, tasrih eylemiş bulunması sebebinin hassaten âr ve hayâyı incitici telâkki eylediği bu hareketleri daha ağır müeyyidelerle karşılamak istemiş bulunmasına atfeylemek lâzımgelir.

1933 tarihli kanun ile 421 inci maddeye ilâve olunan sarkıntılığa gelince: Sarkıntılık tabirinin, 1933 tarihli kanun ile, 1274 tarihli mülge kanunundan bir kelime noksanı ile alınarak kanunumuza ithalinin sebebi tatbikatta zuhur eden ihtilâflar olmuştur (76). Filhakika yeni kanunumuzun kabulünden sonra sarkıntılığı, ırz ve namusa tasaddiyi mutazammın mahiyette hareketler telâkki edenler olduğu gibi hayâsızca vazü hareket olarak mülâhaza edenler de bulunuyordu. Bu ihtilâflara nihayet vermiş olmak içindir ki kanun vazımız sarkıntılık fiilini tasrih ederek 421 inci maddeye sokmuş bulunmaktadır.

Bu mukaddemeden sonra 420.422 nci maddelerin muhtevalarına birer göz gezdirelim:

1) Kanunumuzun 420 nci maddesinde «âdabı umumiyeye mugayir olarak açık yerlerde veya halkın sühulette muttali olabileceği yer: açık mahallerde fuhuş maksadiyle kadın oynatanların ve bil ihtiyar oynıyan kadınların.. cezalandırılacağı» beyan edilmiştir. Burada dikkat edilecek nokta oynamanın veya oynatmanın aynı zamanda hem fuhuş maksadiyle olması ve hem de âdabı umumiyeye mugayir bulunması lüzumudur. Âdabı umumiyeye mugayeret keyfiyetinin tayini hâkimin takdirine mevdudur (bu husus için yukarıda hayâsızca vaz ve hareketlerden bahsederken vermiş bulunduğumuz tafsilat hatırlanmalıdır). Oyunun âdabı umumiyeye mugayeretini tesbit hususunda raksedenin durumu (meselâ çıplak oluşu, yahut mahrem olan yerlerinin açık bulunuşu gibi) yahut seyircile-

(76) Fahrettin Karaoğlu: S. G. eser. s. 75.

rin vaziyetleri, işaretleri, haykırıışları, söyledikleri sözler nazara alınmak lâzımgelir.

420 nci madde, kadın oynatmaktan bahseylemektedir. Bu itibarla şehvet maksadiyle kadınların erkek yahut erkeklerin erkek ve kadınların kadın oynatmaları halinde 420 nci madde tatbik olunmaz. Bu takdirde şartları varsa 419 uncu maddemiz hükmünün tatbiki mümkündür.

Maddedeki açık ve yarı açık mahallerde oynatma halinde suçun teessür edeceği beyan edilmiştir. Bu itibarla fiil ancak umumî olan yerlerde veya umumun muayyen şartları yerine getirmek suretiyle dahil olabileceği mahallerde ika olduğu takdirde cezayı müstelzimdir. Yoksa hususi mahallerde ika edilen bu nevi fiiller cezayı müstelzim değildirler.

Bu maddedeki fiilin 419 uncu madde dışında ayrıca tecrim olunmasında memleketimizin bazı yerlerindeki itiyadların tesiri olduğu muhakkaktır.

a) Sarkıntılık: 421 inci maddeye 1933 tarihli tadilat ile ilâve olunan bu tabirin 1274 tarihli kanundan geldiğini söylemiştik. Ancak 1274 tarihli kanun (el ile sarkıntılık) tabirini kullandığı halde kanunumuza el ile tabiri alınmamıştır. Sarkıntılığı şu suretle tarif edebileceğimizi zannediyoruz: Sarkıntılık bir şahsa karşı, onun rızası hilâfına olarak şehvet maksadiyle, söz, fiil ve hareketle, edep ve iffete tecavüz teşkil edecek surette ve fakat ırza tecavüz ve tasaddi cürûnlerine veya bunların teşebbüsüne varmayacak şekilde teveccüh eden tecavüzlerdir.

Bir kimseye şehvet maksadiyle çimdik atmak, yolda giderken öte berisini eliyle okşamak meselâ kalabalık yerlerde sıkıştırmak, bir kadını az çok devamlı olarak takip ile kendisine mütemadiyen müstehcen sözler söylemek, müstehcen mektuplar yazmak (77) gibi. Kanaatimizce yapılan hareketlerin mutlaka tecavüz edilen şahsın edep ve iffetine taarruz teşkil eylemesi icabeylemez, sureti umumiyede edep ve iffete aykırı olması kâfidir. Bu itibarla meselâ bir fahişeye karşı yapılan bu nevi hareketler de, fahişenin rızası olmadığı takdirde sarkıntılık suçunu teşkil eder.

b) Yine 421 inci maddede mevzuubahs söz atmak ise sarkıntılık derecesine varmayan ve sadece sözle tahakkuk eden ve âni olan ve

(77) Temyiz Ceza Umumi heyetinin 110 esas, 51 karar ve 25/2/943 tarihî kararında «bir kadına karşı gül koklamak sarkıntılık» sayılmıştır. Bu karara iştirak etmediğimizi geçerken kaydedelim.

devamlı bulunmayan tecavüzlerdir. Yolda giden bir kadına müstehcen bir lâkırdı söylemek, güzelliğinden bahseylemek, beraberce gezmeyi teklif etmek gibi. Bütün bu sözler bir defa söylenmekle kalır, maz da devamlı olur ve tekerrür ederse fiil sarkıntılık mahiyetini iktisalı eder.

Bizim edep ve iffete tecavüz suçlarında aleniyet mevzuundaki telakkimize göre hayâsız harekete bir tek şahsın şahit olması— hatâ bu şahıs fiile hedef olan bulunsa da— kifayet edeceğinden gerek sarkıntılık ve gerekse söz atmada aleniyet fiilin mahiyeti icabı daima vardır.

3) Kanunumuzun 422 inci maddesinde «kadın kıyafetiyle kadınların bulunduğu mahallere girenlerin mücerret bu fiilden dolayı... cezalandırılacağı» tesbit olunmuştur. Eğer bu «girmiş oldukları yerlerde kanunen bu cezadan daha şedit bir cezayı mucip olan bir cürüm işlemişlerse o fiilin cezasiyle dahi cezalandırılırlar (78)».

Bu maddede ifadesini bulan cürmün tahakkuku için failin bir şehvet kasdi ile hareket eylemiş bulunup bulunmamasının ehemmiyeti yoktur. Her ne maksatla olursa olsun bu nevi mahallere girmek müstelzimi cezadır. Fakat her halde failin girdiği yerin kadınlara mahsus olduğunu bilerek girmiş bulunması lâzımdır.

Kanunumuzun bu maddesi, müteaddit kereler bahseylemiş bulduğumuz veçhile 1274 tarihli kanunumuzdan aynen intikal eylemiştir. Meselâ bir kadınlar hamamına, yahut kadınların bulunduğu güzellik enstitülerine, sırf kadınlara mahsus spor hareketlerinin yapıldığı salonlara kadın kıyafetiyle girmenin ifade eylediği gayri ahlâkiliği anlamakta güçlük çekilmez. Fakat meselâ sırf kadınların bulunduğu bir konferans salonuna kadın kıyafetiyle girmeyi kanunun cezalandırmakta bulunması — hem de üç aydan bir seneye kadar hapis cezasıyla— sebebini, 1274 tarihli kanuna bu hükmün girmesini mucip olan o zamanki sosyal hayatın şartlarıyla izah eylemek lâzımdır. Filhakika alenen hayâsızca vaz ve hareketleri on beş günden iki aya kadar hapis cezasıyla tecziye eden kanunumuzun, sureti umumiyede kadınların bulunduğu bir mahalle kadın kıyafetinde girmeyi üç aydan bir seneye kadar, daha ağır bir ceza ile müeyyidelemesinin başka bir sebebi olamaz.

(78) Manzini sözü geçen eserinde iffete tecavüz cürümlerinden bahsederken «sırf pasif bir hareketin ne kadar edebe muhalif olursa olsun, bu suç meydana getiremeyeceğini, meselâ kadınlara mahsus bir hamama gayri meşru surette girmenin böyle olduğunu» kaydediyor. Cilt 6, s. 574.

Kanunumuzun 425 inci maddesi, 421 ve 422 nci maddelerde ifadesini bulan söz atmak, sarkıntılık ve kadınların bulunduğu yerlere kadın kıyafetiyle girmek cürümlerinin takibini «şahsi dâvaya» tâbi tutmuştur. Buradaki şahsi dâvadan maksat suça hedef olanın şikâyetidir. Yoksa fiil, ceza usulünün 344 üncü maddesinde yazılı olan ve şahsi dâva yoluyla takip edilebilecek suçlara ilâve edilmiş değildir. Yani Ceza Kanunu meriyete girdiği sırada Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu henüz yapılmış olmadığından, burada şahsi dâva tâbiri istilahî mânada kullanılmamıştır.

Buna nazaran söz atmağa ve sarkıntılığa hedef olanların veya bunların kanunî mümessillerinin şikâyet etmeleri lâzımgelmektedir. Kadın kıyafetiyle kadınların bulunduğu yerlere girilmesi halinde ise, o mahalde bulunan her kadının veya kanunî mümessilinin dâva ikamesine salâhiyeti vardır. Bu 421 ve 422 nci maddede mevzu bahis hareketleri daha ziyade, hedef olan kimsenin edep ve iffetine tecavüz edici mahiyette telâkki eden kanun vazı mezkûr hareketlerin tecziyesini talep eylemek salâhiyetini de onlara vermeyi muvafık telâkk eylemiştir. Bu hareketlerin ve meselâ sarkıntılığın yalnız mağdur ile fail arasında cereyan eylediği ve bunlar dışında hiç bir kimsenin mezkûr hareketlerden haberdar olmadığı hallerde mesele yoktur. Fakat sarkıntılık bir tramvayda herkesin gözü önünde cereyan eylemiş ve bilnetice fiil aynı zamanda 419 uncu maddeyi ihlâl eyliyen hayâsızca bir vazü hareket teşkil eylemişse ne olacaktır? Mağdurun şikâyet eylememesi halinde, 419 uncu maddeye göre müddei umumî resen âmme dâvası açabilecek midir? 425 inci maddenin vazıdaki esbabı mucibe —fiilin şüyu bulmaması ve binnetice mağdur için daha fena bir vaziyetin tahakkukunun önünü almak— nazara alınacak olursa bu suale menfi cevap vermek lâzımdır. Fakat bu sureti hallin ise tatminkâr olmadığı açıktır. Bizce, bütün mesele, 419 uncu madde umumî olarak hayâsızca vazü hareketlerin tecziyesi kabul olunduktan sonra, 420, 421, ve 422 nci maddelerde hususî faraziyeler içinde bazı hayâsız hareketlerin tasrih edilmeleri ve tecziyeleri bakımından ayrı esaslara tâbi tutulmalarından ileri gelmektedir. Yani 419 uncu maddedeki umumî ve şamil hüküm yanın da 420, 421 ve 422 nci maddelere lüzum yoktur. Esasen bunların bir birinden tefriki, birçok hallerde, tatbikatta güçlükler çıkarmaktan başka bir şeye yaramaz. 420, 421 ve 422 nci maddelerdeki faraziyelerin hassaten daha ağır olan müeyyidelerle tecziyesi arzu olunuyorsa, bunun için 419 uncu maddedeki cezanın yukarı haddini yük.

sek tutmak suretile, icabeden faraziyelerde hâkimin cezanın azami haddine doğru gidebilmesini temin etmek, kifayet edecektir. Bu mevzuda hâkimlere verilecek takdir hakkından hiç bir suretle korkmamak lâzımdır. Zira yazımızın başındanberi tebarüz ettirmeğe çalıştığımız veçhile, esasen edep ve iffete tecavüz suçlarının bütün unsurlarının takdiri hususunda hâkimlerin çok geniş bir takdir salâhiyetleri mevcut bulunmaktadır. Kaldı ki 420, 421 ve 422 nci maddeler müvacehesinde 419 uncu maddenin tatbik sahası, kalkmıyor. sa bile, pek çok daralmaktadır.

Doçent Dr. Sulhi Dönmezer