

YENİ TÜRK CEZA YASASI VE KADIN*

Prof.Dr.Nur Centel**

I. Giriş

Ceza hukuku alanındaki başlıca temel yasalar olan yeni Türk Ceza Yasası¹, Ceza Muhakemesi Yasası², Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasa³ ile Kabahatler Yasası⁴ 1 Haziran 2005'te yürürlüğe girdi⁵. Yeni yasalar, önemleri ve kapsamaları ile orantılı olamayacak kadar büyük bir süratle hazırlandı. Örneğin, yeni Türk Ceza Yasası, yedi ayda toplam 58 toplantı yapılarak oluşturuldu⁶. Çeşitli kuruluşlardan, bu arada Üniversitelerden Ceza Yasası hakkında görüş istendi. Ancak, bir ay olarak tanınan sürenin üç haftası yolda tükenmişti. Buna rağmen hazırladığımız eleştirilerimiz, Tasarı'nın yürürlüğe konulmamasına ilişkin taleplerimiz ise dikkate alınmadı veya Komisyonunda okunup tartışılacak vakit olmadı.

Kuşkusuz Türkiye Cumhuriyetinin yürürlüğe girmiş veya girecek tüm yasalarına saygılıyız, bunların hepimizi bağladığının bilincindeyiz. Ancak, hataları ve çelişkileri açıkyüreklilikle ortaya koymanın da yurttaş ve hukukçu olarak görevimiz olduğuna inanıyoruz.

Bu tebliğde üç başlık bulunmaktadır. Önce, yeni Türk Ceza Yasası'na kısaca değinilecek, sonra bu Yasa'da kadınlarla ilgili olarak yer verilen ve verilmeyen hükümler ele alınacaktır. Üçüncü olarak da Ceza Muhakemesi Yasası'nda kadınları ilgilendiren yeni hükümlerden söz edilecektir.

II. Yeni Türk Ceza Yasası hakkında

Konu sınırlaması dolayısıyla, burada yeni Türk Ceza Yasası'nın genel bir değerlendirmesi yapılmayacak, birkaç hususa değinilecektir.

Neden yeni yasalar yapılıyor? Yürürlükte olanları ıslah etmek mümkün değil miydi? Avrupa Birliği bizden yeni yasalar yapılmasını mı talep etti? Kanaatimce, hayır. Kopenhag

* İstanbul Barosu 127. Kuruluş Yılı ve Avukatlar Günü Kutlama Etkinlikleri çerçevesinde 6.4.2005 tarihinde yapılan "AB'ne Uyum Yasalarında Kadın Erkek Eşitliği ve Eşitlik Kurumları" konulu panelde sunulan tebliğin güncelleştirilmiş metnidir. Polis Dergisi 44 (2005)'de yayınlanmıştır.

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

¹ 26.9.2004 Gün ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (RG 10.10.2004 No.25611).

² 4.12.2004 Gün ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (RG 17.12.2004 No.25673).

³ 13.12.2004 Gün ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (RG 29.12.2004 No.25685).

⁴ 30.3.2005 Gün ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (31.3.2005 No.25772 Mükerrer).

⁵ 31.3.2005 Gün ve 5328 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun geç.m.1. RG 31.3.2005 No.25772.

⁶ Bak. 13.5.2004 Günlü Hürriyet Gazetesi.

kriterleri arasında yeni bir Ceza Yasası yapılması öngörülüyordu. Siyasi kriterler öngörülüyor, demokratikleşme isteniyordu. Bu talep kuşkusuz dolaylı olarak hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayan ceza hükümlerinin değiştirilmesi, ayıklanması anlamına geliyordu. Ancak bu, yürürlükteki Yasaların islah edilmesi, bunlara hüküm eklenmesi yoluyla da yapılabilirdi. Bunun yerine aceleye getirilmiş yeni yasalar yapılmasının tercih edilmesiyle ortaya özensiz ürünler çıktı. Bu temel yasaların 70-80 yıl uygulandığı gözönüne alınarak, hazırlanmalarında daha fazla zaman tüketilmesi, gelecek kuşakların işinin zorlaştırılmaması gerekirdi. Yasa'nın özensizliğini yasakoyucu da kabul etmiş olsa gerektir ki, yürürlük tarihi iki ay ertelendi⁷. Daha sonra, Yasa yürürlüğe girmeden önce ve yürürlüğe girdikten hemen sonra değişiklikler yapıldı⁸.

Yeni Türk Ceza Yasası'nın özgün bir yasa olduğu dile getirilmektedir. Acaba bu Yasa gerçekten özgün müdür? Türkiye'de Doksanlı yıllarda yoğun Tasarı çalışmaları yapıldı. 14.4.2003 gün ve 541/2091 sayılı yazıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan Hükümet Tasarısı da bunlardan sonuncusu idi. Adalet Bakanlığınca oluşturulan Ord.Prof.Dr.Dönmezer başkanlığındaki Komisyon'un hazırladığı bu Tasarı (kaynağı 1889 tarihli İtalyan Ceza Yasası olan) 765 sayılı Türk Ceza Yasası ile 1994 tarihli Fransız Ceza Yasası'na dayanıyordu. TBMM Komisyonlarında bu Tasarı'nın büyük kısmı değiştirilerek başta Almanya olmak üzere, İsviçre, İspanya, Polonya, Rusya Federasyonu gibi çeşitli ülkelerin Yasalarından alıntılar yapıldı. Böylece, özgün bir Yasa yapılamadığı gibi, çeşitli sistemler karıştırılarak eleştiriye daha açık bir Yasa oluşturuldu.

Avrupa Birliği'nin Tasarı'yı onayladığının belirtilmesi de, Yasa'nın kusursuz olduğu anlamına gelmez. Bu değerlendirmede hangi ölçütlerin gözönüne alındığına bakılması gerekir. Böyle bir değerlendirmede, ayrıntılara inildiğini, Yasa'nın toplumun çeşitli kesimlerinde yaratacağı tepkiye veya dilinin Türkçe dilbilgisi kurallarına uygun, tanımların açık-seçik olup olmadığına, uygulamacıların yorumda zorluk çekip çekmeyeceklerine, yerleşik uygulamanın ve içtihat birikiminin terk edilmesinin ne gibi sorunlar doğuracağına dikkat edildiğini sanmıyorum. Muhtemelen, ölüm cezasının kaldırılması, zina suçunun olmaması, töre (aslında namus olmalıydı) cinayetlerinde cezanın azaltılmaması gibi hususların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılarak yeni Yasa değerlendirilmiştir.

⁷ Ertelenmenin gerçek nedeni, yeni Yasa dolayısıyla Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Yasa ile Kaçakçılıkla Mücadele Yasası açısından ortaya çıkan sorunlar olarak açıklanmıştır Bak. 1.4.2005 günlü Hürriyet, Cumhuriyet Gazeteleri.

⁸ Bak.31.3.2005 gün ve 5328 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m.3. RG 31.3.2005 No.25772; 29.6.2005 Gün ve 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. RG 8.7.2005 No.25869.

Bu yasa, bir çok eleştiriye muhatap oldu. Bunun nedeni, Yasa'nın, sahip olduğu söylenen nitelikleri aslında taşımaması, hatalar içermesi ve ilan edilen hedefleri yakalayamamış olmasıdır.

Yeni Yasa hazırlanırken eskisi için şunlar söyleniyordu: Eski yasanın dili çok eski, toplum anlamıyor, devlete öncelik tanınmıyor, birey geri planda kalıyor, mala karşı suçlarda insana karşı suçlara oranla daha çok ceza veriliyor, sübjektif sorumluluğun, yani kusur sorumluluğunun dikkate alınmadığı hükümler var, bu çağdışı oluyor.

O zaman, yeni Yasa'nın tüm bu eleştirileri karşılayacak bir Yasa olması gerekirdi.. Ancak, yeni Yasa'nın tüm eleştirileri ortadan kaldıramadığını görüyoruz.

Kuşkusuz, bir yasanın dilini yenilemek, yeni yasa yapmanın gerekçesi olamaz⁹. Kaldı ki, Yasa'nın dili tamamen yenilenmiş ve anlaşılır hale getirilmiş de değildir. Birkaç örnek gösterelim: Yeni Yasa'da, eski sözcüklerin aynen korunduğu 219.madde gibi bir madde bulunmaktadır¹⁰. Öte yandan, yeni sözcüklerin kullanıldığı bazı maddeler çeviri kokmakta, anlaşılmamaktadır¹¹. Türkçe dilbilgisi kurallarına uymayan, düşük cümleler içeren, yeni Yasa'da bulunmayan *memur* (TCK m.219/2), *cürüm* (TCK m.219/4) gibi kavramların kullanıldığı, birbirini izleyen maddelerde *rağmen-karşın* kelimelerinin yer aldığı (TCK m.21/2, m.22/3), *kavram* yerine *deyim* (TCK m.6) denildiği, tanımı verilmeden *düşünce suçuna* (TCK m.18/1-b) yer verildiği görülen hükümler vardır.

Yeni Yasa'da kamu hizmetlerinden yasaklanma sadece süreli olduğu, ömürboyu yasaklanma ve dolayısıyla yasak hakların geri verilmesi kurumu kaldırıldığı halde, *müebbeden görevden yasaklanmanın* öngörülmesi gibi çelişkiler bulunmaktadır (m.119/2)..

Yeni Yasa'da bireyin önplana alınması da, ancak madde numaralarının değişikliği olarak gerçekleşmiştir. Yeni Yasa'da insanlara karşı suçlar öne alınmış, devlete karşı suçlara son maddelerde yer verilmiştir. Kuşkusuz, sadece bu düzenleme bireyin ön plana alındığını

⁹ T.Ansay, "Kanunlarımız II", Güncel Hukuk, 16 (Nisan 2005), 12 vd.

¹⁰ 5237 Sayılı Yasa m.219: (1)İmam, hatip, vaiz, rahip, haham gibi dini reislerden biri vazifesini ifa sırasında alenen hükümet idaresini ve Devlet kanunlarını ve hükümet icraatını *takbih ve tezyif* ederse bir aydan bir seneye kadar hapis ve adli para cezası ile cezalandırılır veya bunlardan birine hükmolunabilir. (2)Yukarıdaki fıkrada gösterilen kimselerden biri işbu sıfattan *bilistifade* hükümetin idaresini ve kanun ve nizam ve emirleri ve dairelerden birine ait olan *vazife ve salahiyeti takbih ve tezyife veya halkı kanunlara yahut hükümet emirlerini icraya veya memuru memuriyetinin vazifesi icabına* karşı itaatsizliğe tahrik ve teşvik edecek olursa üç aydan iki seneye kadar hapse ve adli para cezası ve *müebbeden veya muvakkaten bilfiil o vazifeyi icradan ve onun menfaat ve aidatını almaktan memnuniyetine* hükmolunur. (3)Kendi sıfatlarından istifade ederek kanuna göre kazanılmış olan haklara muhalif iş ve sözlerde bulunmaya, bir kimseyi *icbar ve ikna* eden din reis ve memurları hakkında dahi *baladaki fıkrada* yazılı ceza *tertip olunur*. (4)Bunlardan biri dini sıfatından istifade ederek, birinci fıkrada yazılı fiillerden başka bir cürüm işlerse altıda bir miktarı çoğaltılmak şartıyla o cürüm için kanunda yazılı olan ceza ile mahkum olur. (5) Şu kadar ki kanun işbu sıfatı esasen *nazari itibara almış* ise cezayı çoğaltmaya *mahal* yoktur.

¹¹ Örneğin, 5237 sayılı Yasa m.83/1: Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

göstermez. Hükümler incelenip karşılaştırıldığında durumun böyle olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Yeni Yasa'da devlete karşı suçlar büyük ölçüde aynen korunmuştur. Bir felsefe değişikliği yoktur. Ceza öngörülmesinin nedeni yine, suçun doğrudan veya dolaylı olarak kişilik tanınan devlete özgü yararları ihlal etmesidir. Bireylerin demokratik düzende yaşama hakkının engellenmemesi önplana alınmamıştır. Bireylerin iyi işleyen, eşit ve hukuka uygun davranan bir yönetim düzeninde yaşama hakkının sağlanması açısından yeni Yasa'da bir yenilik bulunmamaktadır. Zimmet, irtikap, rüşvet gibi devlet yönetimi aleyhine suçların cezalandırılmasında, eskisi gibi siyasal gücün otoritesinin ve devleti temsil ettiği kabul edilen memura karşı duyulan güven duygusunun güçlenmesinin hedeflendiği görülmektedir¹².

Öte yandan, yeni Yasa'da olası kastla suç işlenmesi halinde cezanın hafifletilmesi öngörülmektedir (m.21/2). Üstelik, olası kast ile bilinçli taksirin birbirinden nasıl ayırt edileceği, verilen tanımlardan anlaşılammaktadır (m.21/2, m.22/3).

Yeni Yasa, yürürlüğe girdikten otuzsekiz gün sonra değiştirilerek, küçüklere verilecek cezalardaki indirim oranları değiştirilmiş, cezalar ağırlaştırılmıştır (m.31)¹³. Bu durum, çocukların cezalandırılmasındaki çağdaş gelişmelere ters düşmektedir.

Ölüm cezası daha önceden kaldırıldığı için yeni Yasa'da cezalar yönünden hafifleme sözkonusudur, ancak süreli cezaların birçoğu aynı ağırlıktadır. Öte yandan, ortada bir yeni TCK 305.madde örneği bulunmaktadır. Sözkonusu suç 765 sayılı Yasa'da da yer almaktaydı.. Ancak, yeni Yasa'da bireyin ön plana alınması hedeflediyse, bunu kanıtlamak için bu suçun tanımı belirginleştirilmeli, oluşması zorlaştırılmıyadı. Bu maddede basın yayın yoluyla suç işlenirse verilecek ceza eski yasadakinden daha ağır olarak belirlenmiştir¹⁴.

Yeni Yasa'da, cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlali gibi cezası on yıla kadar çıkabilen şikayete bağlı suç bulunmaktadır (TCK m.102/3). Alt-üst sınırlı cezalarda yelpazenin çok genişletildiği hükümler vardır. Örneğin, taksirle ölüme sebebiyet suçunda ceza 3-15 (TCK m.85), kasten yaralama suçunda ceza 1-6 yıl hapis olarak gösterilmiştir (TCK m.87).. Bu gibi suçlarda cezanın belirlenmesinde takdir hakkının kullanılmasının çok zor olacağı ve eşitsizliklere sebebiyet vereceği kuşkusuzdur.

¹² Ç.Özek, "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler", İHFM (Prof.Dr.Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan Sayısı) LVI, 1-4 (1998), 43 vd.

¹³ 29.6.2005 Gün ve 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.5.. RG.8.7.2005 No.25869.

¹⁴ 29.6.2005 Gün ve 5377 sayılı Yasa'yla hükmün başlığı değiştirilerek "temel milli yararlar karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama" yapılmıştır. Suç tanımında, temel milli yararlar karşı fiillerde bulunmak maksadıyla veya bu nedenle yabancı kişi veya kuruluşlardan doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kendisi veya başkası için maddi yarar sağlayan vatandaş ya da Türkiye'de bulunan yabancıların cezalandırılması öngörülmüştür. Suçun, basın-yayın yoluyla işlenmesinin ağırlatıcı sebep sayılmasından vazgeçilmiştir. Bak.RG 8.7.2005 No.25869.

Mala karşı suçların bireye karşı suçlardan daha az cezalandırılması hedefine ulaşamamıştır. Yeni Yasa'da, örneğin ani kastla insan öldürme ile ırza geçme suçunun cezası ağırlaştırılmıştır. Ancak, mala karşı suçlarda da cezalar genellikle ağırlaştırılmıştır. Hırsızlığın cezası eski Yasa'da altı ay haptisten başlarken (765 s.TCK m.491/1) yeni Yasa'da bir yıldan başlamaktadır (TCK m.141/1). Nitelikli güveni kötüye kullanma suçu, eskisinde 1-5 yıl (765 s.TCK m.510), yenisinde 1-7 yıl hapis cezasını gerektirmektedir (TCK m.155/2).

Kasten yaralamanın cezası 1-3 yıl haptistir (TCK m.86) . Rüşvetin cezası ise 4-12 yıl hapis olacaktır (TCK m.252). Yasa yürürlüğe girmeden değiştirilerek, taksirle ölüme sebebiyetin cezası 3 yıldan 2 yıl hapse indirilmiştir¹⁵. Böylece, ceza erteleme sınırları içerisine çekilmiştir.

Örgütlü olarak sıvı veya gaz enerji çalınması, bunların nakil, işleme depolanma tesislerinde işlenmesi suçunda, 3-7 yıl olan temel cezanın üst sınırı onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası olacaktır (TCK m.142/3). Buna karşılık, yağma suçunda ceza 6-10 yıl arasında haptistir (TCK m.148). Eski Yasa'da ise yağma suçunda ceza 10-20 yıl ağır hapis cezası idi (765 s.TCK m.495). Çünkü, bu suçta ihlal edilen sadece mülkiyet hakkı değildir. Aynı zamanda yaşama hakkı veya vücut bütünlüğü açısından da tehlike veya ihlal sözkonusudur.

Öte yandan, para cezası ertelenemeyecek ve getirilen gün para cezası sistemi dolayısıyla (TCK m.52), ülkemizde gerçek gelir kayıtdışı olduğundan, adaletsiz cezalara hükmedilecektir.

Ceza alan yabancının yurtdışına atılmasını öngören (TCK m.59) bir yasanın, vatandaş ile yabancıya eşit davrandığından (TCK m.3/2) ve insancıl olduğundan söz edilemeye gerektir¹⁶. Yabancı ülkesine gidemiyorsa, yaşamı açısından tehlike sözkonusu ise ne olacaktır? Bu durumda haymatlos (vatansız) olmak avantaj sağlayacaktır¹⁷.

Aslında yurttaşlık görevi olan suçu ihbar yükümlülüğü yeni Yasa'da genişletilerek, işlenmekte olan suçları herkesin ihbar etmesi istenmektedir (TCK m.278). Bu arada, haklarında tanıklık yapmaktan çekinebileceğimiz yakınlarımız bile muaf tutulmamıştır.

Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin suç sayılmasıyla (TCK m.233 ve 97) yetinilmesi yerine, ahlak kuralları herkes için genel bir yardım yükümlülüğüne dönüştürülmüştür (TCK m.98). Yeni Yasa'ya göre, yaşı, hastalığı veya

¹⁵ Bak.31.3.2005 gün ve 5328 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m.3. RG 31.3.2005 No.25772.

¹⁶ S.Levi, Yabancılar Sınırdışı Edilecek mi?, Güncel Hukuk, 16 (Nisan 2005), 46.

¹⁷ 32.3.2005 Gün ve 5328 sayılı Yasa'yla bu hüküm değiştirilerek işlediği suç nedeniyle hapis cezasına mahkum edilen yabancının koşullu salıvermeden yararlandıktan ve her halde cezasının infazı tamamlandıktan sonra durumunun, sınırdışı edilmesi işlemleriyle ilgili olarak değerlendirilmek üzere, derhal İçişleri Bakanlığına bildirileceği öngörülmüştür. RG.31.3.2005 No.25772.

yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım yükümlülüğü bulunmaktadır. Yardım edilmediği için ölüm sonucu meydana gelirse, daha ağır ceza verilmesi öngörülmektedir.

III. Yeni Türk Ceza Yasa'sında kadınlarla ilgili hükümler

Yeni Türk Ceza Yasası'nın 3/2.maddesinde, eşitlik ilkesi ile cinsiyet ayrımı yapılmayacağı belirtilmesinin bir kazanım olarak nitelendirilmesine rastlanmaktadır. Kanaatimce, bu nitelendirme yanlıştır. Bu ilkelerin yeri Anayasadır ve Anayasa'mızda bu ilkeler öteden beri vardır. Bunların yeni olarak lanse edilmesi, Anayasa'ya haksızlık olmaktadır. Sözkonusu hükme benzer bir düzenleme 1996 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Yasası'nın 4.maddesinde yer almaktadır. Ancak, orada rejim değiştiği için, bu tür anayasal ilkelerin yasalarda vurgulanması gerekli olabilir. Türk hukukunda ise buna ihtiyaç yoktur.

Yeni Yasa'ya alınmayan hükümler

Yeni Yasa'da, ırza geçme suçunda evlenmenin erteleme ve düşme nedeni olmasına ilişkin hüküm ile evli-bekar kadın ayrımı, bakire olan-olmayan kadın ayrımı ifade eden¹⁸, karı-koca arasında kötü muameleyi şikayete bağlı suç sayan ve gayrimeşru çocuğa ayrımcılık yapan hükümler yer almamıştır.

a. Irza geçme suçunda evlenme

765 Sayılı Yasa'da, kaçırma-alıkoyma, ırza geçme, ırza tasaddi suçlarında birden fazla fail bulunması ve bunlardan birinin mağdure ile evlenmesi halinde koca hakkındaki dava ve cezanın çektirilmesinin ertelenmesi, suça katılanlar hakkında ise dava ve cezanın düşmesi öngörülmekteydi (765 s.TCK m.434). Bu maddenin amacı, mağduru korumaktı. Çünkü, toplumda bakire olma ve evlenme çok önemsenmektedir. Ancak, bu hüküm mağdurun iradesinin baskı altına alınmasına sebebiyet vermekte ve onur kırıcı olmaktadır. Faillerden hangisi evlenirse evlensin sanıkların tümüne ceza verilmiyordu. Bu maddenin kaldırılması önerilerimiz dikkate alınmış¹⁹ ve yeni Yasa'da bu hükme yer verilmemiştir.

b. Evli-bekar kadın ayrımı

Eski Yasa'da şehvet hissi veya evlenme maksadiyle kız-kadın kaçırma suçu hürriyeti tahdit suçundan ayrı düzenlenmekte (765 s.TCK m.429) ve kaçırılan kadın evli ise cezanın ağırlaşması (7 yıl ağır hapis) öngörülmekteydi. Bu düzenleme, korunan hukuki değeri kadının cinsel özgürlüğü değil, ailenin ve kocanın şerefi olarak kabul etme gibi bir yanlış

¹⁸ Bu hükümlerin Yasa'dan çıkartılması önerisi için bak.N.Centel, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, 59 vd.; N.Centel, "Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım", İnsan Hakları Hukuku ve Kadın (yay. B.Dinçkol), İstanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul 2003, 84.

¹⁹ Centel, Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım, 84.

anlayışın ürünüydü. Ayrıca, evli olan ve olmayan kadınlar arasında ayrımcılık ifade ediyordu. Yeni Yasa'da bu hüküm yer almıyor.

Yeni Yasa'da bu suç, genel hürriyeti tahdit suçuna ilişkin hükümde düzenlenmiştir (TCK m.109). Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma cinsel amaçla işlenirse cezalar artırılabılır. Evlenme maksadının bulunmasının cezaı nasıl etkileyeceği gösterilmemiştir. Evlenme, iki taraflı irade beyanııla oluşacağına göre, tek taraflı bir evlenme maksadının varlığı, cezanın hafifletilmesi sonucunu doğurmamalıdır.

c. Evlenme vaadiyle kıızlık bozma

Evlenme vaadiyle kıızlık bozma suçu, kadınların evlenme vaadiyle cinsel yönden istismarını önlemeye değil, bekareti korumaya yönelik bir suç idi. Mađdur kadınlar arasında bakire olan-olmayan ayrımı yapılarak, sadece bakire olanlar korunmaya layık görölüyordu (765 s.TCK m.423). Türkiye 1985'te *Kadınlara Karşı Her Türliü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*'ne katılmıştır. Bu Sözleşmede üye ülkeler, kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden tüm ulusal ceza hükümlerini ilga etmeyi taahhüt etmişlerdir. Bu açıdan, kadınlar için onur kırıcı ve bir baskı aracı olan ırza geçme suçunda faille evlenmenin dava ve cezanın çektirilmesini erteleme nedeni olması, kaçırılan kadın evliyse failin cezasının ağırlaştırılması gibi, evlenme vaadiyle kıızlık bozmaya ilişkin hükmün de yeni Yasa'ya alınmaması yerinde olmuştur.

d. Karı-kocada arasında kötü muameleinin şikayete bağlı suç olması

Eski Yasa'da karı kocadan biri öbürü aleyhine kötü muamelede bulunursa takibat şikayete bağlı idi. Cezası otuz aya kadar hapis cezasıydı, yani yedi günden başılyordu (765 s.TCK m. 478/3).

Yeni Yasa'da, aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimsenin iki ay-bir yıl hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmektedir (TCK m.232). Takibat şikayete bağlı değildir.

e. Gayrimeşru çocuđu terk

Eski Yasa'ya göre, doğumundan henüz beş gün geçmemiş gayrimeşru bir çocuğu terk etme eylemini kendisinin veya karısının veya anasının veya evlat ve torununun veya kıız kardeşinin namusunu kurtarmak için işleyen failin cezası indirilmekteydi (765 s.TCK m.475).

Yeni Yasa'da terkedilen çocuğun gayrimeşru olması cezanın indirilmesini gerektiren bir neden olarak gösterilmemiştir. Bu düzenleme, yerindedir.

1. Yeni getirilen bir suç: Evlilik içi ırza geçme

Yeni Yasa'da evlilik içi ırza geçme suç olarak düzenlenmiştir (TCK m.102/2). Bu çağdaş gelişmelere uygundur. Geleneksel anlayış, karının kocanın adeta malı olduğu yolundadır. Kadın evlenmekle kocasıyla her koşulda cinsel ilişkiyi kabul konusunda geri

alınmaz bir irade beyanında bulunmuş sayılır. Sanki evli kadının vücut bütünlüğü yoktur. Başka ülkelerde çoktan değişmiş olan bu anlayışın bizde de değişmesi için evlilik içi ırza geçmenin suç olması gerekiyordu. Evlilik içi ırza geçmenin suç olması önerisi 2002 yılında sivil toplum örgütlerince Adalet Bakanlığına da yapılmış ve kadını şiddete karşı korumayı amaçlayan suçları gözden geçiren ve bizim de üyesi olduğumuz Komisyonca evlilik içi ırza geçme suçu 26.9.2002 günlü toplantıda Tasarı'ya alınmıştır²⁰. Kuşkusuz, bu suç çoğunlukla gizli kalacak, şikayet konusu olmayacaktır. Ancak, yasada bu suça yer verilmesi en azından bu tür davranışların toplumca onaylanmadığının sembolik de olsa bir ifadesini teşkil edecek ve potansiyel suçlular açısından caydırıcı olabilecektir²¹.

2. Cinsel suçların düzenlenişi

a. Genel olarak

Yeni Yasada cinsel özgürlüğe karşı suçlar, “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu suçlara, İsviçre Ceza Yasası'nda cinsel bütünlüğe karşı suçlar, Alman Ceza Yasası'nda cinsel özgürlüğe karşı suçlar, Fransız Ceza Yasası'nda cinsel saldırılar, vücut bütünlüğüne ve psikolojik bütünlüğe karşı suçlar, Polonya Ceza Yasası'nda ise cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar denilmektedir.

Cinsel özgürlüğe karşı suçlar Yeni Ceza Yasası'nın özel hükümlere ilişkin “ikinci kitabının” “kişilere karşı suçları” cezalandıran “ikinci kısmının” “altıncı bölümünde” yaptırım altına alınmıştır. Yasa'da bu konuda dört temel suç öngörülmüştür: 1)Cinsel saldırı, 2)çocukların cinsel istismarı, 3)reşit olmayanla cinsel ilişki ve 4)cinsel taciz. Yeni Yasa'da, ırza tasaddi, ırza geçme, söz atma ve sarkıntılık kavramları yer almamaktadır.

Yasa'da bu suçlara ilişkin tanımlar mükemmel değildir. Kullanılan *cinsel davranış, vücuda organ veya sair bir cisim sokma* gibi kavramlar kanunilik ilkesiyle bağdaşmadığı gibi; uygulamada sorunlar çıkmasına sebebiyet verecek niteliktedir. Tedbirli bir yasakoyucu, yeni hükümler getirirken alışılmış uygulamayı ve Yargıtay içtihatlarını gözardı etmemelidir. Nitekim, bu bölümde yer alan suçların uygulamayla bütünlük arz etmediği, çünkü kendi içinde bir bütünlüğe sahip olan İspanyol mevzuatından alınıp eklendiği eleştirisi yapılmaktadır²². Ülkemizde bu suçlar *ırza geçme, ırza tasaddi, sarkıntılık ve söz atma* olarak uygulanmış ve içtihatlar oluşmuştur. Şimdi uygulaması Türk hakimleri tarafından bilinmeyen yeni kavramlar kabul edilmiştir. Cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı ve cinsel taciz ayrımı yapılması büyük zorluklara sebebiyet verecektir.

²⁰ Bak. Centel, Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım, 76 vd., dn.12.

²¹ Bak.Centel, Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması, 59 vd.; Centel, Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım, 79 vd.

²² D.Tezcan/M.R.Erdem, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Dokuz Eylül Üniversitesi'nin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı (Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı 10 Temmuz 2004), Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar, İstanbul 2004, 173.

b. Cinsel saldırı suçu

Cinsel saldırı suçu, 765 sayılı Yasa'da 418, 421 ve 414.maddelerde yer verilmiş olan ırza tasaddi, sarkıntılık ve ırza geçme suçlarını kapsamaktadır. Cinsel saldırı suçu iki şekilde işlenebilir: 1)Vücuda organ veya sair bir cisim sokmadan vücut dokunulmazlığının ihlali (*basit cinsel saldırı*) (TCK m. 102/1), 2)vücuda organ veya sair cisim sokarak vücut dokunulmazlığının ihlali (*nitelikli cinsel saldırı*) (TCK m. 102/2). Basit cinsel saldırı suçu, şikayete bağlıdır. Nitelikli cinsel saldırı suçu şikayete bağlı değildir. Ancak, eşe karşı işlendiğinde şikayete bağlı olacaktır.

Bölüm başlığı "cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar" olmakla birlikte, yeni TCK m.102/2'de, cinsel saldırı suçunun, vücuda organ veya sair cisim sokarak işlenmesi halinde cinsel arzuları tatmin amacı aranmamıştır. Böylece, vücudun herhangi bir kısmına organ veya sair cisim sokulmasının başka amaçla olması halinde de bu maddeye göre ceza verilmesine olanak tanınmaktadır. Örneğin, bir kimsenin ağzına cop, cetvel veya şişe sokulması, nitelikli cinsel saldırı sayılabilecektir.

Cinsel saldırı suçunun düzenlenmesinde cebir, tehdit, hile veya mağdurun iradesine etki edecek haller unsur olarak gösterilmemiştir. Ancak Gerekeçe'de, cinsel saldırı suçunun özelliğinin, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesi olduğu belirtilerek, mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi; mağdurun bilincini yitirmesine neden olma veya uyku hali dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanma suretiyle de suçun işlenebileceği gösterilmiştir.

Cinsel saldırı suçunun her iki şeklinin işlenmesinde şu hallerin varlığı, cezanın ağırlaşmasını gerektirecektir: 1) Mağdurun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olması, 2)kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzun kötüye kullanılması, 3)üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisinin bulunması, 4)silah kullanılması veya faillerin birden fazla olması (TCK 102/3).

Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılmış olursa, fail ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı da cezalandırılacaktır (TCK m.102/4).

Cinsel saldırı sonucunda mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması veya bitkisel hayata girmesi ya da ölmesi durumunda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç ortaya çıkacak ve fail ve bu neticeden ancak taksiri varsa sorumlu tutulacaktır (TCK m.102/5, 6, m.23).

c. Çocukların cinsel istismarı

Çocukların cinsel yönden istismar edilmesi suçu, 765 sayılı Yasa'nın 414-418 ve 421.maddelerde yer alan suçları kapsamaktadır. Yeni Yasa'ya göre, bu suç iki şekilde işlenebilir: 1)çocuğun cinsel yönden istismar edilmesi (*basit istismar*) (TCK m.103/1),

2)vücuda organ veya sair bir cisim sokulması (*nitelikli cinsel istismar*) (TCK m.103/2). Onbeş yaşından küçüklerin rızası, suçun oluşmasını engellemeyecektir. Buna karşılık, onbeş yaşını tamamlamış ve eylemin anlamı ile sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olan çocuklara karşı bu suç ancak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilebilecektir.

Cinsel istismar kavramı, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışı kapsamaktadır. Onbeş yaşını tamamlamış ve fiili algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar cinsel istismar sayılacaktır (TCK m.103/1). Burada fiilin *hukuki anlam ve sonuçlarını* değil, sadece *anlam ve sonuçlarını* algılama yeteneğinden söz edilmeliydi.

Cinsel istismar suçunun her iki şeklinin işlenmesinde şu hallerin varlığı, cezanın ağırlaşmasını gerektirecektir: 1) a) failin üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısımları, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler olması ya da b) suçun hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya c) birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi²³, 2) suçun onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuğa karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi, 3) suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması, 4) suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olmasına sebebiyet vermesi (TCK m.103/3, 4, 6 7). Son iki halde netice sebebiyle ağırlaşma sözkonusu olduğundan, yeni Türk Ceza Yasası'nın 23.maddesi gözönünde tutulacaktır.

Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır (TCK m.103/5).

d. Reşit olmayanla cinsel ilişki

Reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunma suçu, 765 sayılı Yasa'nın 416/3. maddesindeki suçun karşılığıdır. Yeni Yasa'ya göre, cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi cezalandırılacaktır. Suç şikayete bağlıdır (TCK m.104/1).

Onbeş yaşından büyüklerin rızayla cinsel ilişkide bulunmalarının cezalandırılması yanlıştır. Bir önceki maddenin gerekçesinde, cinsel istismar suçunun onbeş yaşını

²³ Bu son ağırlatıcı sebep, 29.6.2005 gün ve 5377 sayılı Yasa m.12 ile getirilmiştir. RG 8.7.2005 No.25869.

tamamlamış ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı ancak cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak işlenirse cezalandırılabilceği belirtilmişken, bir sonraki maddede cebir, tehdit ve hile olmaksızın onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin şikayet üzerine cezalandırılmasının öngörülmesi bir çelişkidir.

Bu suçun faili ile mağduru belli değildir. Şikayet hakkı kimin olacaktır? Kız ve erkek, ikisi de cezalandırılacak mıdır? Yeni Yasa'ya göre, fail mağdurdan beş yaştan büyük ise şikayet koşulu aranmayacak ve ceza iki kat artırılabilecektir (TCK m.104/2). Burada amacın ne olduğu ve neden beş yaş büyük olmanın esas alındığı anlaşılamamaktadır.

e. Cinsel taciz

Yeni Yasa'nın 105.maddesinde bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz etme cezalandırılmaktadır. Bu suç, 765 sayılı Yasa'nın 421.maddesinde gösterilen söz atma ve sarkıntılık suçlarını kapsamaktadır. Bu suç, Amerikan hukukunda ve 1994 tarihli Fransız Ceza Yasası'nda yer verilen cinsel taciz suçuna karşılık gelmektedir²⁴.

Bu suç Yasa'da tanımlanmamıştır²⁵. Gerekçede cinsel tacizin, cinsel yönden, ahlak temizliğine aykırı olarak mağdurun rahatsız edilmesinden ibaret olduğu belirtilmektedir. Ahlak temizliği ne demektir? Ahlak göreceli bir kavramdır. Böylece, suçun maddi unsurunun belirlenmesi zorlaşmıştır.

Suçun işlenmesinde şu hallerin bulunması cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuracaktır: 1)hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanılması, 2)aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılması. Bu fiil dolayısıyla mağdurun işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalması, cezanın daha da ağırlaşmasını gerektirecektir (TCK m.105/2)²⁶.

4. Namus cinayetlerine bakış açısı

Türk hukukunda, zina halinde yakalanma, gayrimeşru cinsi münasebette bulunurken yakalanma halinde işlenen öldürme suçlarında cezanın indirilmesini öngören 765 sayılı TCK 462.madde 2003 yılında kaldırılmıştır²⁷. Bu madde ile hem zina halinde yakalananların öldürülme hak ettikleri gibi bir anlayış sergileniyor ve hem de failer arasında kadınlar açısından ayrımcılık yapılıyordu. Şöyle ki, kızkardeşini zina halinde yakalayıp öldüren erkek kardeş ise cezası azaltılıyor, ancak kızkardeş ise azaltılmıyordu. Şimdi önemli olan, bu gibi olaylarda genel tahrik hükmünün de uygulanmasını sınırlandırmaktır²⁸. Çünkü, Yeni Yasa'da

²⁴ Bak.12.5.2003 tarihinde Hükümetçe Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan TCK Tasarısı m.321 gerekçesi.

²⁵ Fransız Ceza Yasası'nın 222-33.maddesinde, *görevinin verdiği yetkiyi kullanarak emir, tehdit veya maddi cebir ile cinsel çıkar sağlamak amacıyla başkasını rahatsız eden kişi ..cezasına mahkum olur*, denilmektedir.

²⁶ Hüküm, 29.6.2005 gün ve 5377 sayılı Yasa m.13 ile değiştirilmiştir. RG 8.7.2005 No.25869.

²⁷ 15.7.2003 Gün ve 4928 sayılı Yasa m.19.

²⁸ Nitekim, Türk Ceza Kanunu 2001 Tasarısında bu hükme yer verilmemiştir. Öte yandan, aynı uygulamanın devamına olanak sağlayacak olan ve *haksız tahrike* ilişkin madde gerekçesinde daha önce yer almış olan şu

namus değil, töre saikiyle insan öldürme ağırlaştırıcı sebep olarak gösterilmiştir (TCK m.82/j). “*Töre saiki ile namus saiki*”nin farklı kavramlar olduğunun farkedilmesi gerekirdi.

Belirtelim ki, uygulamada 765 sayılı TCK 462.maddeye başvurulamayan hallerde, namus uğruna (!) işlenen suçlarda genel haksız tahrik hükmü uygulanarak ceza indirilmiştir. Örneğin, Yargıtay, bir başka amcasıyla cinsel ilişkiye giren amcasının eşini, yani kayınbiraderi ile ilişkisi bulunan yengesini öldüren fail açısından haksız tahrikin varlığını kabul etmiştir²⁹. Adeta meşruluk kazandırılmak istenircesine medyada namus cinayeti, aile meclisinin kararı diye yansıtılan bu gibi olaylarda haksız tahrik hükmünün uygulanması, kanımca yerinde değildir. Gerekçesi namus olan hiçbir suçta ceza indirilmemelidir. Yargıtayın “*bu tür ilişkilerin, toplumumuzun ahlak anlayışına, inancına ve töresine aykırı olduğundan, ülkemizde hiç bir şekilde hoş görülmediği*” yaklaşımıyla gayrimeşru ilişkinin eş dışındaki kişiler açısından da ağır tahrik nedeni sayılması gerektiğini belirtmesi, haksız tahrik kurumunun niteliğiyle bağdaşmaz ve potansiyel suçluları da caydırıcı olmaz. Sadakat yükümlülüğü sadece eşler arasında vardır ve bu yükümlülüğü ihlalin yaptırımını da boşanmadır.

Haziran 2000’de New York’da *Kadının İnsan Hakları Projesi* çerçevesinde yapılan özel oturumda kararlaştırılan *Birleşmiş Milletler Pekin+5 Sonuç Belgesinde*, Türkiye’nin girişimleriyle namus suçlarının kadına karşı şiddet kapsamı içine alınması, devletlerin bu konularda koruyucu ve önleyici yasal adımları atmaları kararlaştırılmıştır³⁰. Bu taahhütler yerine getirilmelidir.

IV. Ceza Muhakemesi Yasası ve kadın

Burada Ceza Muhakemesi Yasası’nın genel değerlendirmesi yapılmayacak, kadınları da ilgilendirmesi nedeniyle, sadece, vücudun muayenesi, mağdura avukat atanması ve müdafî mecburiyetinin genişletilmesi hükümlerine değinilecektir.

1. Vücudun muayenesi

Vücudun muayenesi, ceza muhakemesi açısından önemi bulunan olguları saptayabilmek amacıyla yaşayan insan vücudunun incelenmesi veya vücuda müdahale edilmesi demektir. Vücudun muayenesi, vücudun aranmasından farklı bir kavramdır³¹.

cümle de, Türkiye Büyük Millet Meclisi’ne sunulan Tasarı’dan, isabetli olarak çıkarılmıştır: “*Örneğin, başkasıyla cinsel ilişkide bulunan veya cinsel ilişkide bulunmak üzere olan veya cinsel ilişkide bulunmuş olduğundan şüphe edilmeyecek surette görülen bir karı veya koca tarafından birbirine karşı veya adı geçenlerce bunların suç ortaklarına veya her ikisine karşı suç işlenmesi halinde bu hal tahrik nedeni olarak kabul edilecektir*” (m.31).

²⁹ YCGK, 10.2.1998-361/26, S.Bakıcı, Olaydan Kesin Hükme Kadar Ceza Yargılaması ve Ceza Kanunu Genel Hükümler, Ankara 2000, 1240.

³⁰ Pekin+5 Sonuç Belgesi konusunda bak. Kadının İnsan Hakları Projesi-New Ways, Pekin+5: Birleşmiş Milletler’de Kadının İnsan Hakları ve Türkiye’nin Taahhütleri, Aralık 2001 (ISBN 975-7014-10-9).

³¹ Bak. K.Peters, Strafprozess, Heidelberg 1985, 329.

Özellikle ırza tecavüz ve küçüklerle cinsel ilişkide bulunma suçlarında delil elde etmek için muayene yapılmakta ve bu koruma tedbirine en çok kadınlar muhatap olmaktadır.

1412 Sayılı Yasa'da bu konuda sadece, hazırlık soruşturmasında muayeneleri gereken kişilerin muayenelerinin savcının talebiyle yapılacağı belirtilmekteydi (CMUK m.66/5). Bu hüküm ile hazırlık soruşturmasında muayeneye karar verilmesinde yetki sorunu çözümlenmiş, ancak muayenenin kapsamı ve koşulları ise belirlenmemiştir. Şimdi yeni Ceza Muhakemesi Yasasında bu tedbir düzenlenmiştir³². Vücudun muayenesi, *muayene* ve *vücuda müdahale* olarak ikiye ayrılır.

Muayene, yaşayan insan vücudunun veya vücut kısımlarının niteliklerinin, özellikle vücut içindeki yabancı maddelerin varlığının saptanmasıdır. Muayenenin bir hekim tarafından yapılması şart değildir. Vücuda müdahale edilmeksizin psikolojik durumun veya beynin çalışma biçiminin denetlenmesi, saç sakal kesilmesi veya stilinin değiştirilmesi muayene sayılır³³.

Vücuda müdahale ise yaşayan insan vücudundan kan, idrar, sperm, sıvı alınması veya vücuda bir madde verilmesi ya da vücudun deri veya kaslarla örtülü iç kısmına müdahale edilmesi demektir³⁴. Başvurulması sağlık açısından zarar doğurabilecek olan tedbirler, vücuda müdahaledir ve hekim tarafından uygulanması gerekir. Alman Yasası'na göre, vücuda müdahale sadece hekim tarafından yapılabilir (Alman CMK m.81a/1).

Hukukumuzdaki yeni düzenlemeye göre, üst sınırı iki yıldan çok hapis cezasını gerektiren suçlarda sanık veya şüpheli muayene edilebilir. Amaç, bir suça ilişkin delil elde etme olmalıdır. Muayene, iç beden muayenesi olabileceği gibi; vücuttan örnek alınması şeklinde de olabilir. Alınacak örnekler, kan veya benzeri biyolojik örnekler ile saç, tükürük, tırnak gibi örneklerdir. Buna, savcı veya mağdurun istemi üzerine veya re'sen hakim veya mahkeme karar verir. Yasada *muayene* ve *vücuda müdahale* ayrımı yapılmamış, müdahalelerin ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği belirtilmiştir³⁵. Bu müdahalelerin yapılabilmesi için, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir (CMK m.75).

³² Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısındaki düzenleme için bak. N.Centel, "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım", Prof.Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir 2001, 505 vd.

³³ N.Centel/H.Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, 289 vd.

³⁴ Bak.Löwe/Rosenberg-Dahs, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar, Berlin NewYork 1988, m.81a k.no.22.

³⁵ Hüküm 25.5.2005 gün ve 5353 sayılı Yasa'yla değiştirilerek *iç beden muayenesi* kavramı getirilmeden önce, bedeninin tıbbi muayenesi ile vücuttan kan veya cinsel salgı gibi örnekler alınmasından söz edilmekteydi. Bu müdahalelerin ancak hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği belirtilmekteydi (CMK m.75).

Özel yasalardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler bu Yasa kapsamında değildir (CMK m.75/7).

Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla mağdurun vücudu üzerinde de dış veya iç beden muayenesi yapılabilir veya vücudundan örnek alınabilir. Bunun için, muayene veya örnek alma işleminin mağdurun sağlığını tehlikeye düşürmemesi ve cerrahi bir müdahalede bulunulmaması gerekir. Karar mercii, hakim veya mahkemedir. Bu konuda savcı talepte bulunabileceği gibi; hakim veya mahkemenin re'sen karar alması da mümkündür. Mağdurun rızası varsa, karar alınması gerekmez (CMK m.76). Tanıklıktan çekinme sebepleriyle muayene veya bedenden örnek alınmasından kaçınılabılır³⁶.

Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderme veya muayeneyi yapma, yeni Türk Ceza Yasası'na göre üç ay-bir yıl arasında hapis cezasını gerektiren bir suç olmaktadır (TCK m.287).

Gecikmede sakınca bulunan hallerde, iç beden muayenesi yapılmasına veya vücuttan örnek alınmasına savcı tarafından da karar verilebilir³⁷. Savcının kararı, yirmidört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz (CMK m.75/1, 76/1)³⁸.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusunda kolluğun yetkisi yoktur. CMK m.75'de, hakim ve mahkeme dışında bu yetki sadece savcıya tanınmıştır. Bu durum amaca uygun değildir. *Gecikmede tehlike* bulunması, ceza muhakemesinde kuralların istisnalarını yaratma zorunluluğunu doğuran bir kavramdır. Çağdaş hukuk sistemleri bunu gözardı edemezler. Kolluğun yetkilerini amaca uygun olmayan biçimde sınırlandırma, hazırlık soruşturmasının gerektiği gibi yapılamamasına ve delil kaybına sebebiyet verir. Örneğin, kaynak Alman Ceza Muhakemesi Yasası'nda vücudun muayenesinde *gecikmede tehlike bulunan hallerde* savcı dışında, onun yardımcısı sıfatıyla kolluk amiri konumundaki memurlara da karar alma yetkisi tanınmaktadır (Alman CMK m.81a/2). Belirtelim ki, temel

³⁶ Tanıklıktan çekinme nedenlerinin varlığı halinde, muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Yasal temsilcinin kendisi de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz (CMK m.76/4).

³⁷ İlk metinde, savcının, muayeneyi yaptırma yetkisi yoktu, şüpheli veya sanığın vücudundan sadece saç, tükürük ve tırnak gibi örnekler alınabilmesine karar verme yetkisi vardı (CMK m.75).

³⁸ Alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir (CMK m.80).

haklara gereksiz müdahaleleri önleme kolluğun yetkilerini azaltmakla değil, kolluğu, takdir yetkisini yerinde kullanacak biçimde eğitmekle sağlanabilir.

Yeni Ceza Muhakemesi Yasası'nda hekimler uzmanlıklarına göre değil, cinsiyetlerine göre sınıflandırılarak, kadının muayenesinin, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılacağı öngörülmüştür (CMK m.77). Hükmün alındığı Alman hukukunda ise, bir kadının vücudunun muayenesinin, ancak bir kadına veya hekime yaptırılabilceği gösterilerek, hekimin cinsiyeti açısından bir sınırlandırma getirilmemiştir (Alman CMUK m.81d)³⁹.

2. Mağdura avukat atanması

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda sadece sanık için müdafî mecburiyeti öngörülen haller bulunmaktaydı. Yeni Yasa'ya göre, vekili bulunmayan mağdurun da baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteme yetkisi vardır (CMK m.234/1-a-3, b-5).

Şu hallerde ise vekili bulunmayan mağdura, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilecektir (CMK m.234/2): Mağdurun, 1) onsekiz yaşını doldurmamış olması, 2) sağır veya dilsiz olması, 3)meramını ifade edemeyecek derecede malul olması.

3. Müdafî mecburiyetinin genişletilmesi

Yeni Yasa'da müdafî mecburiyeti öngörülen haller genişletilmiştir. Şüpheli veya sanığın onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz, ya da kendisini savunamayacak derecede malul olması halleri dışında, artık üst sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda da müdafîsiz yargılanması söz konusu olmayacaktır (CMK m.150/3).

V. Sonuç

Yeni Türk Ceza Yasası ile Ceza Muhakemesi Yasası, 1 Haziran 2005'de yürürlüğe girmiştir. Bu yasalar, yeterli süre tüketilmeden hazırlanmış ve tartışmaya açılmamışlardır. Bu kadar kısa sürede hazırlanan yeni yasaların hatalı hükümler içermesi ve uygulamada zorluklara sebebiyet vermesi kaçınılmazdır. Bu bağlamda, yukarıda bazı eleştirilerimize yer vermiş olduk.

Avrupa Birliği'ne girme süreci ülkeye demokratikleşme yükümlülüğünü getirmiştir. Ancak, demokratikleşmenin mutlaka eski yasaların tamamen yürürlükten kaldırılıp yerlerine yeni yasalar yapılması yoluyla gerçekleştirilmesi gerekmezdi. Yürürlükteki yasaların hükümlerinin değiştirilmesi veya yeni hükümler eklenmesi yoluyla da aynı hedefe ulaşılması mümkündür. Özensiz yeni yasalar yapmak yerine, mevcut yasaları islah etme yöntemi tercih

³⁹ Bak.N.Centel, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi", Facultatis Decima Anniversaria Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 10.Yılı Armağanı, İstanbul 1993, 75 vd.

edilebilirdi. 1920'li yıllarda her alanda yeni yasalar hazırlanmış olması günümüzdeki yeni yasalar için emsal oluşturmaz. Çünkü, o dönemde yeni bir devlet kurulmuş ve eski hukuk sisteminin yerini batı hukuk sisteminin almasına karar verilmişti. Günümüzde ise yapılan bu anlamda bir sistem değişikliği değil, sadece gereksinme duyulan yeni suç tiplerinin ve bazı kurumların öngörülmesi ile mevcut hükümlerin ıslahı olmuştur.