

TERBİYE VE İNZİBAT VASITALARINI KÖTÜYE KULLANMA VE AİLE BİREYLERİNE KARŞI FENA MUAMELEDE BULUNMA SUÇLARI

*Doç. Dr. Metin FEYZİOĞLU**

GİRİŞ

Toplumlarda, aile düzeni ile demokrasi, devlet ve hukuk düzeni arasında, birinin ötekini etkilemesi ve biçimlendirmesi anlamında esaslı ve doğrudan bir bağlantı vardır. Hal böyle iken, toplumun temelini teşkil eden ailenin ve dolayısıyla aile içi eğitimin, bir toplumsal düzenin demokratikliğini etkilememesi düşünülemez.

Anayasamız, milletlerarası hukuka¹ ve bu arada Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne² (AİHS) de uygun olarak, 41. maddesinde, aileyi Türk toplumunun temeli saymakta ve "ailenin korunmasını istemek" hakkına yer vermektedir.

Anayasanın bu düzenlemesini tamamlar şekilde, Türk Ceza Kanunu (TCK), bir yandan Genel Adap ve Aile Düzenine karşı fiilleri suç sayarken, diğer yandan Şahsa Karşı Cürümler arasında ailede, okulda ve iş yerinde terbiye etme hakkının kötüye kullanılmasını ve aile içinde şefkat ve rahim ile bağdaşmayan davranışları, bir diğer deyişle *aile içi şiddeti* suç olarak düzenlemiştir. Yakın zamanda ise, konuyla ilgili olarak, "Birleşmiş Milletler

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

¹ Konuyla ilgili milletlerarası hukuk düzenlemeleri için bkz. Bilgin TİRYAKIOĞLU, Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku, Ankara 1991, ss. 67-322.

² AİHS md. 12: "Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın istimalini tanzim eden millî kanunlar dairesinde, evlenmek ve bir aile kurmak hakkına sahiptir."

Çocuk Hakları Sözleşmesi" onaylanmış³ ve ayrıca 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun çıkarılmıştır.

Ancak üzülererek belirtmek gerekirse toplumumuzda, terbiye ve inzibat vasıtalarını, başka bir ifadeyle, tedip hakkını kötüye kullanma fiillerinin ve özellikle aile içinde şefkat ve rahim ile bağdaşmayan davranışların gerektiği kadar takip edilmediği gözlenmektedir.

Bu çalışmada, TCK'nda düzenlendiği şekliyle terbiye ve inzibat vasıtalarının kötüye kullanılması suçu ile aile bireylerine karşı fena muamelede bulunma suçu incelenecektir.

I. BU KATEGORİ SUÇLARDA, SUÇLA İHLAL EDİLEN VE CEZA İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

TCK, terbiye ve inzibat vasıtalarını kötüye kullanma ve aile bireylerine karşı fena muamelede bulunma suçlarını, İkinci Kitabının Dokuzuncu Babında, "Şahsa Karşı Cürümler" başlığı altında düzenlemiştir. Mehaz Kanun, yani 1889 tarihli Zanardelli Kanunu da, bu suçları, aynı başlık altında ele almıştır.

TCK, Mehaz Kanun gibi bu suçlara aile düzeni aleyhinde cürümler bahsinde değil, şahsa karşı cürümler bahsinde yer vermek suretiyle ve ayrıca suçları düzenleme tarzıyla, "aile içindeki çocuk kişiyi ve diğer aile bireyini" değil, tam tersine, "çocuk kişiyi ve diğer aile bireyini, aile içinde" korumaktadır. Bu düzenleme, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne (md. 19) tamamen uygundur.⁴

Kanunumuzun bu düzenlemesi bireyci ve dolayısıyla özgürlükçüdür. Gerçekten, Ceza Kanunumuz, terbiye ve inzibat vasıtalarının kötüye kullanılmasını ve aile bireylerine fena muameleyi, "kişinin varlığı" bakımından zararlı ve tehlikeli görmüş; onu, doğduğu, büyüdüğü, eğitim aldığı ve

³ Yayınlandığı Resmî Gazete'nin tarih ve sayısı: 27.1.1995 gün ve 22184.

⁴ Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 19: "1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmâl ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar. 2. Bu tür koruyucu önlemler, burada tanımlanmış olan çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli başkaca yöntemleri ve uygun gördüğü takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun bakımını üstlenen kişilere, gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir."

yaşadığı ortamlarda, kişiliğini, mutluluğunu ve esenliğini bozacak maddi ve manevi her çeşit şiddet eyleminden masun kılmak istemiştir.

Anayasamız, 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin değişmez niteliğinin "demokratik düzen" olduğuna işaret etmiştir. Cebir, şiddet ve korkunun egemen olduğu toplumlarda, özellikle toplumun temeli olarak nitelendirilen ailelerde, bugünün uygarlık aşamasında vazgeçilmez bir "hayat tarzı" olarak algılanan "demokratik yaşama biçimleri"ne rastlanamaz. Çünkü demokrasi, cebir, şiddet ve korkuyla bağdaşamaz. Tam aksine, demokrasinin varlık nedeni, kişinin korkudan kurtulması, hür yaşamasıdır.

Kişi, en başta, en küçük toplum olan aile içindeki şiddetten arındırılmalı, korkudan kurtarılmalıdır. Zira korkudan kurtarılmamış, şiddetten arındırılmamış kişiler, demokrasiyi kuramaz, yaşatamaz ve gelişmesine katkıda bulunamazlar. Nitekim, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin bütünü incelendiğinde çocuğun her türlü cebir şiddetten, istismardan, fena muameleden ve ihmalden masun kılınmış bir ortamda yetişmesi ile demokratik düzen arasında doğrudan ilişki kurulduğu görülür⁵ (bkz. özellikle önsöz, md. 13, md. 15, md. 16, md. 19, md. 28, md. 29, md. 40).

O halde terbiye ve inzibat vasıtalarının kötüye kullanılması ve aile bireylerine karşı fena muamele suçlarında, suçla ihlal edilen ve ceza ile korunan hukuki değer veya menfaat, kişinin içinde yetiştiği ortamın cebir, şiddet ve tehditten, kısacası korkudan arındırılmasına ilişkin kamusal yarardır.⁶

⁵ Sözleşmenin temel ilkeleri hakkında bkz. Ermine AKYÜZ, Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara 2000, ss. 22-24.

⁶ Erman'a göre, bu suçlarda ceza ile korunan hukuki menfaat, "başkasının idaresi altında bulunan veya başkasının terbiye ve itaat yetkisine tevdi edilmiş olan kişilerle ailesiyle birlikte yaşayan kimselerin hayatını, beden tamlığını veya sağlığını herhangi bir zarar ya da tehlikeden korumaktır" (Sahir ERMAN, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Erman/Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1994, s. 238). Kuşkusuz bu suçlarda, ceza ile, kişilerin hayatı, beden tamlığı, sağlığı ve şerefi vs. korunmaktadır. Ancak adam öldürme, müessir fiil, hakaret ve sövme gibi suçlarda da bu koruma vardır. Kanun, TCK md. 477 ve md. 478'de düzenlediği suçlarda, bireyi aile içinde korumak suretiyle, öyle sanıyoruz ki demokratik toplumun oluşumunu ve gelişmesini korumayı öncelikle istemiştir. Bazı suçların birden fazla hukuki varlığa zarar verebileceği veya tehlikeye sokabileceği konusunda bkz. Nevzat TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, ss. 288-290.

II. TERBİYE VE İNZİBAT VASITALARINI KÖTÜYE KULLANMA SUÇU

1. GENEL OLARAK

Hukuk düzenimizin temelini "kişi" oluşturmaktadır (Medeni Kanun md. 8). Hukuk düzenimiz, kişiyi, sadece üçüncü kişilere karşı değil, aynı zamanda kendisine karşı da korumaktadır (Anayasa md. 12, md. 17, Medeni Kanun md. 23, md. 24).

Çocuk, sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren medeni haklardan yararlanır (Medeni Kanun md.27). Ancak, medeni hakları kullanma ehliyeti, kişinin, doğumunu izleyen zaman içinde, toplumda oluşması, biçimlenmesi sürecine bağlanmıştır (Medeni Kanun md.10). Buna, "reşit olma" denmektedir (Medeni Kanun md. 10 ve md. 11). Reşit olmakla birlikte, kişi, "erginlik" kazanmakta, yani "medeni hakları kullanmaya" yetkili kılınmış olmaktadır.

Bu çağ, çocuğun, toplumun bir ferdi olarak geliştiği, yani insanlık mirasını kazandığı çağdır. Çocuk, bu çağda bakılır, büyütülür ve yetiştirilir. Bakma, büyütme ve yetiştirme, kişiyi terbiye etmektedir.

Terbiye etmek, ana baba yönünden, hem bir haktır, hem de bir yükümlülüktür (Medeni Kanun md. 261, md. 264, md. 265, md. 266). Bundan ötürü, Medeni Kanun (MK), 267. maddesinde, "ana, baba, çocuklarını tedip hakkına maliktir" diyerek, aile içinde bir uslandırma, yola getirme, terbiye etme, açıkçası bir cezalandırma hukuki düzenine yer vermiştir.

TCK, MK'nun ana babaya tanıdığı söz konusu bu hakkın kötüye kullanılmasını suç saymıştır.⁷ Buna göre, TCK'nun 477. maddesi uyarınca "Her kim idaresi altında bulunan veya büyütme, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veyahut bir meslek ve sanatı öğretmek için kendisine tevdi olunan şahsın üzerinde haiz olduğu terbiye hakkını veya itaat ettirmek sâlahiyetini suiistimal ile o şahsın sıhhatinin muhtel veya bir tehlikeye maruz olmasına sebep olursa onsekiz aya kadar hapsolünür."

⁷ "...Medeni Kanununun 267. maddesine göre ana-baba, çocuklarını tedip-uslandırma hakkına sahiptir. Fakat hakkın kullanılmasında, aşırılık, fiili haksız kılmakta ve tedip maksadını aşan bir zarar veya tehlike yaratmaktadır" (Abdullah Pulat GÖZÜBÜYÜK, "Terbiye ve İnzibat Vasıtalarının Kötüye Kullanılması ve Aile Fertlerine Karşı Kötü Muamele", Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 357).

TCK md. 477'nin hükmü, Mevaz Kanun'dan dilimize farklı çevrilmiştir. Mevaz Kanun'un 390. maddesine göre "Her kim, idaresi altında bulunan veya terbiye, tahsil, muhafaza veyahut bir meslek ve sanatı öğretmek maksadı ile kendisine tevdi olunan şahsın üzerinde haiz olduğu terbiye ve itaat vasıtalarını suiistimal ile o şahsın sıhhatinin muhtel veya tehlikeye maruz olmasına sebep olursa onsekiz aya kadar hapsolunur."⁸

Görüldüğü üzere, Mevaz Kanun, "terbiye ve itaat vasıtaları"nı kötüye kullanarak şahsın sağlığına zarar vermeyi veya sağlığını tehlikeye sokmayı suç sayarken, Kanunumuz, terbiye etme hakkını veya itaat ettirmek yetkisini kötüye kullanarak şahsın sağlığına zarar vermeyi veya sağlığını tehlikeye sokmayı suç saymıştır. Anlamı etkilemeyen bu farklılığa rağmen, her iki düzenleme bakımından ortak olan husus, netice itibarıyla, disiplin veya terbiye vasıtalarının kötüye kullanılmasının suç sayılmasıdır.⁹

2. SUÇUN FAİLİ

Kanun'daki "her kim" ifadesine rağmen, suçu "herkes" değil sadece belli kimseler işleyebilir. Bu itibarla suç, "mahsus suç"¹⁰ tur. İster özel hukuktan isterse kamu hukukundan doğmuş olsun¹¹, mağdurla arasında idaresi altında bulunma, büyütme, okutma, bakma, muhafaza etme veya bir meslek ve sanat öğretme ilişkisi bulunan kimseler, suçun faili olabilirler. Bu durumda, bu suçu örneğin, anne ve babalar, okullarda öğretmenler, atölyelerde ustalar vs. işleyebilirler.¹²

Kardeşler ve diğer yakın akrabaların tedip hakları bulunmamaktadır; dolayısıyla bu kimseler söz konusu suçu işleyemezler. Bunların disiplin altına almak veya terbiye etmek amacıyla bir küçüğe müdahale etmeleri, kuşkusuz sözü geçen suçu değil, ama şartlarına göre başka bir suçu oluşturur.¹³ Hiç kuşku yok ki kocanın da karısı üzerinde tedip hakkı yoktur ve aynı açıklamalarımız, bu halde de geçerlidir.¹⁴ Velayet veya vesayet ilişkisinden

⁸ MAJNO, Ceza Kanunu Şerhi, cilt 3, Ankara 1980, s. 320.

⁹ Bkz. aşığıda dn. 16.

¹⁰ Nevzat TOROSLU, Ceza Hukuku, Ankara 1998, s. 41.

¹¹ Sulhi DÖNMEZER, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, İstanbul 1990, s. 217.

¹² TCK md. 477'de, mağdurun, failin "idaresi altında bulunma"sından veya belirli amaçlarla ona "tevdi edilmiş" olmasından söz edilmektedir. Mağdurun, failin idaresi altında bulunmasından maksat, esas itibarıyla, failin, mağdurun velisi ya da vasisi olması halleridir. Tevdide ise fail, mağdurun velisi ya da vasisi değildir; mağdur ona büyütmesi, okutması, bakması, muhafaza etmesi veya bir meslek ya da sanatı öğretmesi için tevdi edilmiştir. Böyle bir halde suçun oluşması için, tevdiin, faile, tedip hakkını da vermesi gereklidir (Erman, s. 240).

¹³ Dönmezer, ss. 217, 221.

¹⁴ Erman, s. 239.

kaynaklanan bir tedip hakkının söz konusu olduğu hallerde, velayet ya da vesayet sona ermişse, artık terbiye ve inzibat vasıtalarının kötüye kullanılmasından söz edilemez.

3. SUÇUN MADDİ UNSURU

Suçun maddi unsuru, terbiye ve inzibat (disiplin) vasıtalarını kötüye kullanmak suretiyle, mağdurun beden ve/veya ruh sağlığını¹⁵ bozmak ya da tehlikeye sokmaktır.¹⁶

Gerek Kanunumuzda gerekse Mevaz Kanun'da terbiye ve inzibat vasıtalarının nelerden ibaret olduğuna ismen işaret edilmemiş, bu husus her halde toplumun kendi etik değerlerine ve eğitim anlayışına bırakılmıştır.

Terbiye etmek veya disiplin altına almak amacıyla toplumun kabul ettiği bir terbiye veya inzibat vasıtasına başvurmak, disiplin altına alınacak kişinin sağlığına zarar vermediği veya onu bir tehlikeyle karşı karşıya bırakmadığı sürece, söz konusu vasıta kötüye kullanılmış olmaz; dolayısıyla suçtan da söz edilemez. Buna karşın toplumun kabul ettiği bir terbiye veya inzibat vasıtası kullanılsa dahi, mağdurun sağlığının tehlikeye atılmasının ya da ona zarar verilmesinin ötesine geçilmişse, artık hareketin örneğin müessir fiil gibi başka bir suçta vücut verdiği sonucuna ulaşılmalıdır.¹⁷

Bu noktada, terbiye ve inzibat vasıtalarının kötüye kullanılması suçu ile müessir fiil suçunun birbirinden nasıl ayırt edileceği sorunu çözümlenmelidir. Kanaatimizce, müessir fiilin en hafif şeklini oluşturan ve TCK md. 456/4'te tanımlanmış fiil, tedip hakkına sahip kişi tarafından terbiye ve inzibat vasıtaları kötüye kullanılarak işlenmişse, terbiye ve inzibat vasıtalarının kötüye kullanılması suçu oluşur. Bu itibarla, Kanunumuzun, 456/4. maddede düzenlenen suçun takibini şikayete tabi kılmış iken, 477. maddedeki bu suçun takibini, mağdurun şikayet hakkını kullanmasının fiilen mümkün olamayacağı düşüncesiyle şikayete bağlamaması, son derece yerinde olmuştur. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) ise, buna uygun şekilde, TCK md.

¹⁵ Erman, s. 238.

¹⁶ Kanun'da her ne kadar "terbiye hakkı"nın ve "itaat ettirmek sâlahiyeti"nin kötüye kullanılmasından bahsedilse de bu "hak" veya "yetki"nin kötüye kullanılması, hiç kuşkusuz "tedip vasıtaları"nın kötüye kullanılması şeklinde somutlaşacaktır. Nitekim yukarıda da açıklandığı üzere (bkz. II, 1), Mevaz Kanun'un ifadesi, "vasıta"ların kötüye kullanılması şeklindedir.

¹⁷ "...kötüye kullanma terbiye ve disiplin için zorunlu olandan daha fazla bir sertliğe başvurulması halinde söz konusu olursa da, bu sertlik mağdurun sağlığını tehlikeye atmaktan veya yine sağlığına zarar vermeden öteye giden bir hareket olmamalıdır, aksi halde bu hareketin oluşturduğu suçun işlendiği kabul edilir" (Erman, s. 242).

477'deki suçun kamu davası yoluyla kovuşturulacağını, buna karşın basit müessir fiilin, savcının kamu yararı görmemesi halinde şahsi dava yoluna tabi olduğunu hükme bağlamıştır (CMUK md. 344). Müessir fiillerin bu en hafif şekli dışında kalanları söz konusu olduğunda, fail, mağdur üzerinde tedip hakkına sahip bir kişi olsa bile, fiilin vücut verdiği müessir fiil suçundan sorumlu olur. Böyle bir durumda, geçitli suç hipotezi uygulama alanı bulacaktır.¹⁸

Bugün, bu konuda belki de evrensel olarak en çok tartışılan şey, "dayak atarak" düzene uydurmanın veya eğitmenin bir disiplin tedbiri veya terbiye vasıtası sayılıp sayılmayacağı konusudur.

Kanun, tedip vasıtalarını belirleme yoluna gitmemiş olmakla birlikte, suçun maddi unsuru olarak failin fiilinden mutlaka bir zararın veya zarar tehlikesinin doğmasını gerekli görmüştür. Böyle olunca, eğer dayanın veya dayak atmanın şahsın sağlığına zarar verdiği, onu tehlikeye soktuğu kabul edilirse, Kanun'un dayacağı bir disiplin veya terbiye vasıtası saymadığı, ama buna karşılık şahsın sağlığına zarar vermediği, onu tehlikeye sokmadığı kabul edilirse, Kanun'un dayacağı bir disiplin veya terbiye vasıtası saydığı sonucuna ulaşılabacaktır.

Bizce, oranı ne olursa olsun, dayak, insanda korku yarattığı, insanın beden sağlığı yanında özellikle ruh sağlığını bozduğu, sonuç olarak suçla ihlal edilen ve cezayla korunan hukuki değeri, yani kişinin içinde yetiştiği ortamın korkudan arındırılmasına ilişkin kamusal yararı ihlal ettiği içindir ki, hukuk düzenimizde muteber bir disiplin veya terbiye vasıtası olamaz.¹⁹

4. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Suçun manevi unsuru kasıttır. Fail, terbiye ve inzibat vasıtasının kötüye kullanılması niteliğindeki hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmeli ve bunun sonucunda mağdurun sağlığının ihlal edileceğini veya tehlikeye gireceğini de bilmeli ve istemelidir.²⁰

¹⁸ Geçitli suç hakkında bkz. Sulhi DÖNMEZER, Sahir ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, cilt I, İstanbul 1987, ss. 393-394.

¹⁹ "...topluluğun ruhu yükseldikçe, ve ferdin hassasiyeti inceliyor arttıkça cezaların şiddeti de hafifletilmelidir ki, hassasiyet ile işlenen fiil arasındaki aklîselim ve mantık mülâhazalarının ahenk ve tenazuru muhafaza edilebilsin" (Cesar Bonesano BECCARIA, Suçlar ve Cezalar yahut Beşeriyetin Mecellesi, çev. Muhittin Göklü, İstanbul MCML, s. 184).

²⁰ Erman, s. 243 dn. 18. Dönmezer ise mağdurun sağlığının ihlal edilmesini veya tehlikeye sokulmasını cezalandırma şartı olarak kabul etmektedir (Dönmezer, s. 222) Dolayısıyla, bu görüş uyarınca, failin, mağdurun sağlığının ihlal edileceğini veya tehlikeye sokulacağını bilmesi

Kanun, saiki de suçun unsuru saymak suretiyle, suçun oluşumu için özel kasıt aramaktadır.²¹ Buna göre, terbiye ve inzibat vasıtalarının kötüye kullanılması suçundan söz edilebilmesi için failin mutlaka "tedip amacı" ile hareket etmiş olması gerekmektedir. Fail bu amaçla değil, başka bir amaçla hareket etmişse, mağdurun üzerinde gerçekleştirdiği fiil bu suçu değil, şartlarına göre başka bir suçu oluşturur.

III. AİLE BİREYLERİNE KARŞI FENA MUAMELEDE BULUNMA SUÇU

1. GENEL OLARAK

Medeni Kanun "Evlenmenin Umumi Hükümleri" adı altında "Evlilik Birliği"ni düzenlemiştir. Evlilik birliği, evlenme merasiminin yapılmasıyla birlikte vücut bulur (MK. md. 151/1). Karı koca, söz konusu birliğin mutluluğunu sağlamaya beraberce özen göstermeye mecburdur (MK. md. 151/2). Karı koca, birbirine karşı sadakat ve yardımla yükümlüdür (MK. md. 151/3). Bu demektir ki, karı koca, birbirlerine karşı iyi davranmaya, fena muamelede bulunmamaya mecburdur.

Öte yandan; MK, "Ev Reisiği" adı altında "aile" halinde yaşamayı da düzenlemiştir (MK. md. 318 vd.). Birlikte yaşayan kimseler, evin kurallarına tabidirler. Evin kuralları konulurken, birlikte oturanların her birinin menfaatlerinin adilane olarak gözetilmesi zorunludur (MK. md. 319/1). Birlikte yaşayan kimselerden her biri bilhassa talim terbiyeleri, sanatları, yahut dini ihtiyaçları için gereken hürriyetten yararlanırlar (MK. md. 319/2).

Evlilik birliği ve aile bakımından söz konusu bu bağıntıların korunmasını önemli gören TCK, ailede, okulda ve işyerinde tedip hakkının kötüye kullanılmasını suç saymak yanında, aile bireylerine karşı fena muamele adı altında, aile içi şiddeti ve kötü muameleyi de suç olarak düzenlemiştir.

Buna göre, TCK md. 478/1 uyarınca, "Yukarıki maddede beyan olunan haller haricinde ailesiyle birlikte yaşayan on iki yaşından aşağı bir çocuğa veya aile efradından birine rahim ve şefkatle kabili telif olmayacak surette fena muamelelerde bulunan şahıs otuz aya kadar hapsolünür."

ve istemesi gerekli değildir. Cezalandırma şartlarının fail tarafından bilinmesinin ve istenmesinin gerekmediği konusunda bkz. Dönmezer/Erman, s. 305.

²¹ Dönmezer, ss. 221-222. Erman ise, Kanun'un özel kasıt aramadığı, genel kastın yeterli olduğu görüşündedir (Erman, s. 244).

2. SUÇUN FAİLİ

Kanunumuzdaki düzenleme şekline göre bu suçun failinin kim olabileceğini tesbit edebilmek için, önce, suçun mağdurunun kim olabileceği sorununu çözmek gereklidir.

Kanunumuza göre suçun mağduru, failin aile bireylerinden herkes ve ayrıca, faille ve onun ailesiyle birlikte yaşayan on iki yaşından küçük çocuklar olabilir.

On iki yaşından küçük çocuk, failin bir aile ferdi ise, zaten bu nedenle hükmün koruması altında altındadır. Öyleyse, *kanun abesle iştilal etmeyeceğine göre* maddede yer alan “ailesiyle birlikte yaşayan on iki yaşından aşağı bir çocuğa” ibaresinden, mağdurun, failin ailesinin mensubu olmadığı halde onunla ve ailesiyle birlikte yaşayan bir çocuk olduğu sonucu çıkarılmalıdır.²² Fena muamele edilen çocuk, failin ailesinin bir ferdi değilse ve on iki yaşını bitirmişse, maddenin koruması altında değildir.

Mehaz Kanun’un 390. maddesinde²³ ise “Yukarıdaki maddede beyan olunan haller haricinde aile efradına veya on iki yaşından aşağı bir çocuğa fena muamelede bulunan şahıs otuz aya kadar hapis ile cezalandırılır” denilmektedir.

Görüldüğü üzere Mehaz Kanun, aile bireylerini ve özellikle ailede çocuğu, yaşı ne olursa olsun, ailenin bir bireyi olması nedeniyle fena muameleye karşı korurken, ayrıca, bizce daha yerinde olarak, hiçbir ayırım yapmaksızın on iki yaşından küçük *her* çocuğu da fena muameleye karşı korumak istemiştir.

Son olarak belirtelim ki, aile ferdinin suçun mağduru olabilmesi için, her ne kadar Kanun’da açıkça ifade edilmemiş olsa da, suçun niteliği ve ceza ile korunan hukuki menfaat gereği, tıpkı “on iki yaşından küçük çocuk”larda olduğu gibi, aile ile birlikte yaşaması gereklidir.²⁴

²² Erman ise “...ailesi ile birlikte yaşayan mağdur ‘aile fertlerinden’ biri değilse, yine bu suç değil, fiilin oluşturduğu diğer suçlar söz konusu olur” görüşündedir (Erman, s. 248).

Dönmezer de “...aile ile birlikte yaşayan on iki yaşından ufak çocuğun ayrıca açıklanması gereksizdir. Zira birlikte yaşayan ve aile reisi ile arasında herhangi bir hısımlık ilişkisi bulunmayan on iki yaşından büyük çocuğa karşı fena muamelelerin yapılması halinde, bu çocuğun da aileye dahil bulunması itibarıyla, fiil suç teşkil eder” görüşünü ifade etmiştir” (Dönmezer, s. 227). Ancak yazarın, aileyi, hukuki değil, fiili bir birteliktelik olarak kabul ettiğini belirtmeliyiz (Dönmezer, s. 227).

²³ Majno, s. 320.

²⁴ Erman, s. 247; Gözübüyük, s. 360.

Kanunumuza göre suçun mağdurunun kim olabileceğini tesbit ettikten sonra artık failin kim olabileceğini söyleyebiliriz. Mağdur aile efradından biri ise, onunla birlikte yaşayan her aile bireyi; mağdur, aile efradından olmayan on iki yaşından küçük bir çocuk ise, onunla birlikte yaşayan ailenin bireyleri bu suçun faili olabilirler.

Aileden ve aile fertlerinden, MK'nun düzenlemesi anlaşılmalıdır.²⁵ Böyle olunca, ana, baba, kardeşler karı ve koca, aralarında kan veya sıhriyet bağı bulunup da birlikte yaşayanlar, karşılıklı olarak suçun faili olabilirler. Kanun fena muamelenin neseben ve sıhren usûl ve fîrûdan biri aleyhine vaki olması halini, cezayı artırıcı bir neden saymıştır (TCK md. 478/2).

Karı kocadan biri ötekine kötü muamelede bulunursa, Kanun, suçun takibini, zarar görenin şikayetine bağlı kılmıştır. Kanun koyucu bu düzenlemesiyle karı-koca arasına girmemeye özen göstermiştir.²⁶ Ancak zarar gören kişi "küçük" ise, şikayette bulunma hakkı, evlenmeden önceki velisine veya vasisine ait bulunmaktadır (TCK md. 478/3). Kanun böylece, karı-kocaya eksiksiz bir koruma sağlamak istemiştir. Bu noktada, esasen pek çok ilerici düzenlemeyi içeren 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un 1. maddesinin, Cumhuriyet Savcısı'na, eşe karşı gerçekleştirilen ve re'sen takibe tabi olmayan aile içi şiddet durumlarında, sulh hakimine re'sen başvurarak tedbir alınmasını talep etme yetkisi vermesini isabetli bulmadığımızı belirtmek istiyoruz.

2. SUÇUN MADDİ UNSURU

Suçun maddi unsuru, ailesiyle birlikte yaşayan on iki yaşından küçük bir çocuğa veya birlikte yaşadığı aile bireylerinden birine rahim ve şefkatle kabili telif olmayacak surette fena muamelede bulunmaktır. Bir diğer ifadeyle, rahim ve şefkatle bağdaşmayan fiiller, bu suçun maddi unsurunu oluşturur. Burada, fena muamelenin zaten rahim ve şefkatle bağdaşmayan davranış olduğu, dolayısıyla Kanunumuzda yer alan bu ifadenin bir fazlalık teşkil ettiği söylenebilir. Bu doğrudur, ama anlamı açık kılmaya yarayan bir fazlalık her halde yararsız değildir.

²⁵ "Aile fertlerinden maksat, aralarında kan veya sıhriyet bağları bulunan kimselerle eşleridir. Evlât edinenlerle evlât edenler de aile fertleri sayılır. Bu itibarla aralarında böyle bir bağ bulunmadığı halde birlikte yaşayanlar bu suçun mağduru olamazlar" (Erman, s. 248). Dönmezer ise "Aileyi teşkil eden unsur birlikte yaşamaktır. Bu birlikte yaşamak kanuna, akde veya örfeye dayalı olabilir" demektedir (Dönmezer, s. 227).

²⁶ Ceza hukukunun karı koca arasındaki ilişkilere müdahale ederken azami özen göstermesi hakkında bkz. Toroslu, Cürümlerin Tasnifi, s. 333-335.

Rahim ve şefkatle bağdaşmayacak surette fena muamelede bulunmak bir süreci ifade ettiğinden, suç, mütemadi bir suçtur.²⁷ Nitekim Kanunumuzda kullanılan ifade de tekil değil, çoğuldur; “fena muameleler” denilmiştir.²⁸ Böyle olunca, suçun oluşması için arzi olarak bir kez fena muamelede bulunmak yetmez; fena muamelede bulunmanın az veya çok bir süreklilik göstermesi gerekmektedir.

"Rahim ve şefkatle kabili telif olmayacak surette fena muameleler" sağduyuya aykırı, insaf ve merhamet ölçüleriyle bağdaşmayan, kamu vicdanını zedeleyen her çeşit davranıştır. Doğal olarak bir davranışın fena muamelelerde bulunma olup olmadığını takdir, hakime ait bulunmaktadır.²⁹ Bu cümleden olarak, uygulamada örneğin kişinin birlikte oturduğu anne veya babasını huysuzluk yaptıkları iddiasıyla aç bırakması³⁰, kocanın hasta karısına ilaç almaması, çocuğunu, onun kişiliğini kötü etkileyen bir faaliyette bulunmaya zorlaması³¹ vs., fena muamelede bulunmak sayılmıştır. Fiil, rahim ve şefkatle bağdaştırılmayacak fena muamelelerin ötesine geçerse, şartları varsa, müessir fiil, ırza geçme, hakaret ve sövme gibi başka suçlar oluşabilir.³²

Tartışmalı bir konu olmakla birlikte, kocanın, karısını sürekli cinsel ilişkide bulunmaya zorlaması, evlenme beşeri cinselliği sergileme temel hakkını da bahşettiği içindir ki, ırza geçme olmaz, her halde fena muamelede bulunma olur. Ancak koca, karısının rızası olmaksızın cebir ve şiddet kullanarak onunla birleşirse, bu halde ırza geçme suçu düşünülmelidir.³³

²⁷ Erman'a göre bu suç mütemadi değil, itiyadi bir suçtur (Erman, s. 251).

²⁸ Erman, s. 251.

²⁹ "Bu konuda en önemli husus fena muamele'den neyin anlaşılması gerektiği, fena muamelenin nasıl târif olunabileceğidir. Hiç kuşkusuz söz konusu târif bir kültürden diğerine değişik olacaktır" (Dönmezer, s. 223). Ancak Anayasamızın 2. maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devleti ise, Türk toplumu da bu değerlere sahiptir. Öyleyse, bir davranışın fena muamele teşkil edip etmediği, çağdaş standartlara göre tesbit edilmelidir. Hal böyleyken, Yargıtay'ın "Bir muamele tarzının fena muamele olup olmadığını belirlerken, eylemi yapanla ona katlanan arasındaki ilişki ve hayat tarzının da gözönünde bulundurulması icap eder. Hadise içinde yaşayan, mağdur ve sanıkla karşı karşıya bulunan hakim, mahalli örf ve adet çevresinde muamelenin niteliğini takdir hakkına haizdir" şeklinde vermiş olduğu hükmünü (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 14.1.1985, 2-393/5, Vural SAVAŞ, Sadık MOLLAMAHMUTOĞLU, cilt 4, Ankara 1998, s. 5223), ancak duruşma hakiminin hüküm verirken Anayasa'nın 2. maddesinde belirlenen temel değerlere saygı göstermesi şartıyla kabul edilebilir bulduğumuzu ifade etmek istiyoruz.

³⁰ Dönmezer, s. 225; Erman, s. 251.

³¹ Erman, s. 251.

³² Dönmezer, ss. 224-226.

³³ "...ister normal isterse anormal olsun, cinsî ilişkiye rıza göstermesi için eşe karşı cebir ve şiddet kullanılması halinde 478. madde değil, yerine göre hürriyeti tahdit, müessir fiil, hatta ırza tecavüz suçlarını cezalandıran hükümler uygulanır" (Erman, s. 250). Yargıtay'a göre "Karısını

3. SUÇUN MANEVİ UNSURU

Suçun manevi unsuru, genel kasıttır.³⁴ Fail, mağdura karşı rahim ve şefkatle bağdaşmayan davranışları bilerek ve isteyerek sürdürürse, genel kasıt gerçekleşir. Ancak failin amacı, üzerinde tedip hakkına sahip olduğu mağduru terbiye etmek ise, bu halde özel hüküm gereği, TCK md. 477 uygulanmalıdır. Çünkü saik, TCK md. 478'de değil, TCK md. 477'de düzenlenen suçun bir unsurudur.

IV. TERBİYE VE İNZİBAT VASITALARINI KÖTÜYE KULLANMA VE AİLE BİREYLERİNE KARŞI FENA MUAMELE SUÇLARINDA VELAYET HAKKININ KALDIRILMASI

Sadece terbiye ve inzibat vasıtaları kötüye kullanma ve aile bireylerine karşı fena muamelede bulunma fiillerinin suç sayılarak, faillerinin cezalandırılması, içinde yaşadıkları ortam aynı kaldıkça, kuşkusuz çocuklara yeterli korumayı sağlamaz. Bu yüzden, TCK, 479. maddesinde, fiil usulden biri veya vasi tarafından işlendiğinde, mahkumiyetin kanuni neticesi olarak, hakim velayet hakkının kaybına veya vesayet ilişkisinin sona erdirilmesine karar verebilmesini hükme bağlamıştır. Kuşkusuz bu suretle hakim, çocuğun şiddetten arındırılmış bir ortamda yetişmesine katkıda bulunacaktır.

V. SONUÇ

Bugün eskimiş ve sisteminin bozulmuş olmasına rağmen, 1926 tarihli Ceza Kanunumuz, hala devrimci karakterini ve klasik olma niteliğini korumaktadır. Gerçekten, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne bakıldığında, Kanunumuzun bugün hala ilericiliği ve çağdaşlığı temsil ettiği gözlenmektedir.

Kanunumuz, ailede huzuru zorunlu görmüştür. Cebir, şiddet ve tehditten, kısacası korkudan arındırılmış, rahim ve şefkatin egemen olduğu toplumsal ortamlarda yetişmiş, bilinçaltı bu ortamlarda oluşmuş kişiler,

manevi cebir kullanarak anal (ters) ilişkiye zorlayan sanığın eylemi TCK. 478/1-3 maddesindeki suçu oluşturur" (Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 19.12.1990, 5557/7044, Savaş/Mollamahmutoğlu, s. 5227). Sami Selçuk ise, bu karara karşı yazdığı "karşı oy"unda şunu ifade etmiştir: "...İnceleme konusu olayda sanık eşiyile tehdit (manevi zor) kullanarak birçok kez ters ilişkide bulunduğu göre, eylemin T.C. Yasasının 416/1. maddesine girdiği, eylem ve suç çokluğu nedeniyle sanık hakkında teselsül (md. 80) ya da gerçek içtima maddelerinin uygulanması gerektiği kanıtları tartışan, eylemi nitelendirme ve içtima olgusunu değerlendirmenin Ağır Ceza Mahkemesinin görev alanına girdiği inancındayım. Bu nedenlerle kararın bozulması düşüncesindeyim" (bkz. adı geçen eser, s. 5230).

³⁴ Erman, s. 252.

Anayasanın 2. maddesinin mutlak surette sağlanmasını emrettiği demokratik düzenin teminatıdır.

Kişilikleri şiddet ortamlarında oluşmuş, "rahim ve şefkat değerleri"nden mahrum kişilerin, şiddetin hiçbir türü ile bağdaşmayan demokratik toplum düzenlerine verebilecekleri pek fazla bir şeyleri yoktur. Bu nedenle, ilke olarak re'sen takibe tabi kılınmış bu suçlara Kanun yürürlüğe girdiği 1926 yılından bu yana yeterince ilgi gösterilmiş olsaydı, demokrasinin ülkemizde geldiği çizginin her halde bugünkünden daha ileri bir düzeyde olacağını düşünüyoruz.

Kanun, düzenlemesini karı-koca eşitliğine dayandırmıştır. Koca ve karısı arasında bir disiplin veya terbiye ilişkisi yoktur. O nedenle ki, kocanın karısı üzerinde bir tedip hakkı bulunmamaktadır. Karı-koca birbirine karşı şefkat ve rahimle davranmaya zorludurlar. Ancak, Devlet karı-koca arasına girmekten kaçınmıştır. Uygulamada etkili olabilecek pek çok tedbiri içermesine rağmen TCK'nun bu ilerici yapısını göz ardı eden 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un 1. maddesinde getirilen düzenlemeyi isabetli bulmadığımızı da belirtmek istiyoruz.