

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KRİMİNOLOJİK DEĞERLENDİRMELER IŞIĞINDA

CEZA HUKUKUNDA FÜCÜR

DOKTORA TEZİ

Efser ERDEN TÛTÛNCÛ

1110110005

Anabilim Dalı: HUKUK – KAMU HUKUKU

Programı: KAMU HUKUKU DOKTORA

Danışman: Prof. Dr. Dr. h.c. Bahri ÖZTÛRK

Şubat, 2016

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KRİMİNOLOJİK DEĞERLENDİRMELER İŞİĞİNDA

CEZA HUKUKUNDA FÜCUR

DOKTORA TEZİ

Efser ERDEN TÛTÛNCÛ

1110110005

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Dr. h.c. Bahri ÖZTÛRK

Diğer Jüri Üyeleri: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN

Prof. Dr. Mustafa RUHAN ERDEM

Prof. Dr. Ahmet GÖKCEN

Doç. Dr. Murat BALCI

Şubat, 2016

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	vii
SİMGELER ve KISALTMALAR	x
GİRİŞ	1
ÇALIŞMANIN KAPSAMI.....	3
YÖNTEM.....	4

BİRİNCİ BÖLÜM

FÜCURUN TANIMI, FÜCUR YASAĞININ TARİHÇESİ VE TEMELLERİ

I. Genel Olarak	5
II. Terminoloji Sorunu ve Tanım	5
A. Terminoloji Sorunu	5
B. Tanım.....	7
III. Tarihçe.....	11
A. Genel Olarak.....	11
B. Mitolojide	11
1. Gaia ve Uranus	12
2. Kronos ve Rhea	12
3. Zeus ve Hera ile Hiaros Gamos (Kutsal Evlilik)	13
4. Zeus ve Demeter	14
5. Herakles ve Hebe	14
6. Ares ve Aphrodite	14
7. Zeus ve Europa.....	14
8. Zeus ve Leda	15
9. Oidipus	15
C. Roma Hukukunda.....	16
1. Fücur Yasağı	16
2. Evlenme Yasakları	17
D. Osmanlı Ceza Hukukunda.....	18
E. Semavi Dinlerde Fücur Yasağı.....	18
1. Genel Olarak	18
2. Musevilik	19
3. Hristiyanlık.....	22
4. İslâmiyet.....	22
IV. Fücur Yasağının Temelleri.....	24
A. Genel Olarak.....	24
B. Fücur Yasağının Nedenlerini Açıklayan Görüşler	25
1. Sosyokültürel Yaklaşımlar	25
2. Biyolojik Yaklaşımlar	28
3. Psikolojik Yaklaşımlar	28

C. Fücür Yasağının İşlevlerini Açıklayan Görüşler	31
---	----

İKİNCİ BÖLÜM MUKAYESELİ HUKUKTA FÜCÜR

I. Genel Olarak	33
II. Almanya	35
A. Alman Ceza Kanununda Fücür Suçu (StGB § 173).....	35
1. Genel Olarak	35
2. Suçun Mahiyeti	37
3. Korunan Hukuksal Yarar	37
4. Maddi Unsur	38
5. Manevi Unsur.....	39
6. Fail	41
a. Ebeveyn – Çocuk Arasındaki Fücür (§ 173 Abs.1,2 StGB)	42
b. Kardeşler Arasındaki Fücür (§ 173 Abs.2 S.2 StGB).....	44
c. Büyükanne/Büyükbaba ve Torun Arasındaki Fücür.....	45
d. Özet	45
7. İştirak.....	46
8. Hukuka Aykırılık ve Kusur.....	47
9. Ceza.....	47
B. Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar ile Fücür Suçunun İlişkisi.....	48
1. Genel Olarak	48
2. Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar ile Korunan Hukuksal Yararlar	49
a. Cinsel Özgürlük, Özel Hayatın Gizliliği ve İnsan Onuru	49
b. Çocukların ve Gençlerin Cinsel Gelişimleri	52
c. Vücut Bütünlüğü	53
3. Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar ile Fücür Suçunun Maddi Unsur Bakımından Karşılaştırılması.....	53
a. Temel Kavramlar	54
i. İstismar	54
ii. Cebir.....	55
iii. Cinsel Davranış	55
b. Maddi Unsur Bakımından Karşılaştırma	56
4. Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlara İlişkin Maddelerin Uygulama Alanı.....	56
III. İsviçre.....	57
IV. Avusturya	60
V. İtalya.....	64
VI. Birleşik Krallık.....	66
VII. Polonya.....	68
VIII. Fransa	70
A. Genel olarak	70
B. Sosyal izleme kararı	75

C. Muhakeme	76
IX. Stübing Almanya'ya Karşı Kararı Işığında AIHM'nin Konuya Bakışı	77

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM TÜRK CEZA HUKUKU'NDA FÜCUR

I. Genel Olarak	81
II. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Fücur	83
A. Cinsel Saldırı Suçu ve Fücur	83
1. Genel Olarak	83
2. Nitelikli Hal Olarak Fücur	85
B. Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Fücur	89
1. Genel Olarak	89
2. Nitelikli Hal Olarak Fücur	99
3. Çocuk İstismarı ile Mücadele	102
C. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu ve Fücur	104
1. Genel Olarak	104
2. Nitelikli Hal Olarak Fücur	107
D. Cinsel Taciz Suçu ve Fücur	110
1. Genel Olarak	110
2. Nitelikli Hal Olarak Fücur	112
III. Akrabalar Arasındaki Cinsel İlişkiler (Rızaya Dayalı Fücur Suçu)	113
A. Genel Olarak	113
B. Korunan Hukuksal Yararlar	114
1. Genel Olarak	114
2. Ailenin Korunması	115
3. Gelecek Nesillerin Genetik Sağlığı	120
4. Genel Ahlâk	128
5. Cinsel Özgürlük	132
C. Maddi Unsur	134
D. Manevi Unsur	137
E. Hukuka Uygunluk Nedenleri	139
F. Suçun Özel Görünüş Biçimleri	140
1. Teşebbüs	140
2. İctima	141
3. İştirak	142
IV. Türk Ceza Hukuku'nda Akrabalar Arasındaki Rızaya Dayalı Cinsel İlişkilerin Cezalandırılması Sorunu	143

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
TÜRKİYE'DEKİ FÜCÜR OLGULARINA İLİŞKİN ALAN ARAŞTIRMASI
VE BULGULARIN YORUMU

I. Yöntem.....	150
II. Amaç	150
III. Araştırmanın Modeli	151
IV. Evren ve Örneklem	152
V. Veri Toplama Aracı.....	153
VI. Veri Toplama Süreci	154
VII. Veri Çözümleme Teknikleri.....	155
VIII. Tanımlar	155
IX. Bulgular.....	156
X. Tartışma.....	171
SONUÇ	176
KAYNAKÇA	185
Ek-1: Alan Araştırması Anket Formu	201

ÖNSÖZ

Bu tez çalışmasının konusunu “Kriminolojik Değerlendirmeler Işığında Ceza Hukukunda Fücür” oluşturmaktadır. Akrabalar arasında yaşanan cinselliğin kriminolojik boyutuyla incelenmesi güç olsa da, ihmal edilmemesi gereken bir konu olarak değerlendirilmiştir. Dünyada pek çok ülkede bağımsız bir suç tipi olarak kabul edilen fücür Türk Hukuku’nda aynı ölçüde önem atfedilmemiştir. Bu çalışma ile, Türk toplumunda tabu olarak görülen ve günümüze kadar Türk Hukuku’nda gerektiği kadar tartışılmamış olan fücür konusunu tartışmaya açmak ve Türk Ceza Kanunu’nda fücür suçunun bağımsız bir suç olarak düzenlenmesinin gerekliliğine dikkat çekerek, yapılacak düzenlemeye katkıda bulunmak amaçlanmıştır.

Akademik yaklaşımlarıyla bilimsel bilginin yanı sıra meslek tutkusu, ilke ve etik kavramları konusunda da farkındalık yaratan, güvenen ve güven veren babacan tutumu ile kişilik gelişimime katkı yapan, asistanı olmaktan büyük bir mutluluk ve onur duyduğum, tez danışmanım, sayın dekanım, saygıdeğer hocam Prof. Dr. Dr. h.c. Bahri ÖZTÜRK’e en içten duygularıyla teşekkürlerimi sunarım.

Bende akademik yaşama atılma hevesini uyandıran, hayatımın her döneminde her anlamda bana destek veren, tez yazım sürecimde de anlayış ve desteğini esirgemeyen, saygıdeğer hocam Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a, her türlü desteğiyle, pozitif enerjisiyle her zaman yanımda olan sevgili yengem Isabelle JAEGER TEZCAN’a teşekkür ederim.

Tez izleme komitemde ve savunma jürimde bulunarak yapıcı eleştirileri ile tezime büyük katkıları olan, her zaman desteğini hissettiğim saygıdeğer hocam Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM’e, jürimde bulunan ve görüşleri ile tezime katkıda bulunan diğer jüri üyeleri Sayın Prof. Dr. Ahmet GÖKCEN’e ve Sayın Doç. Dr. Murat BALCI’ya teşekkürlerimi sunarım.

Akademik anlamda bana katkıları olan, birlikte çalışma fırsatı yakalamış olmaktan gurur duyduğum, örnek bir bilim insanı olan saygıdeğer hocam Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ’a teşekkür ederim.

Hukuk Fakültesi’ndeki ilk yılımda tanışıp, öğrencisi olma şerefine nail olduğum, hepimizin gönlünde taht kurmuş, hocaların hocası saygıdeğer hocam Prof.

Dr. Turhan ESENER'e akademik ve özel yaşantımın her döneminde desteğini ve sevgisini esirgemediği için teşekkürü bir borç bilirim.

Öğrencilik yıllarımdan beri hiçbir konuda benden desteğini esirgemeyen, tüm içtenliğiyle her zaman bana yardımcı olan, hocalığını örnek aldığım saygıdeğer hocam Prof. Dr. İlhan ULUSAN'a teşekkür ederim.

Ampirik kriminoloji konusunda bilgiler edinmek amacıyla Ernst-Moritz-Arndt Greifswald Üniversitesi'nde bulunduğum dönemde bana akademik anlamda önemli katkıları olan, özellikle "*Parmaklıklar Ardında Hukuk Eğitimi*" adlı pilot çalışmaya beni dahil edip, cezaevinde gözlem yapmamı ve ampirik kriminolojiye olan ilgimin yoğunlaşmasını sağlayan, saygıdeğer hocam Prof. Dr. Frieder DÜNKEL'e teşekkürlerimi sunarım.

Tez çalışmalarımı yürütmek üzere, ERASMUS+ Programı çerçevesinde Trier Üniversitesi'nde bulunduğum 2014 – 2015 Eğitim – Öğretim Yılı boyunca tezimle ilgili olarak bana verdiği destek ve ayırdığı zaman için saygıdeğer hocam Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heiner KÜHNE'ye teşekkür ederim.

Yol göstericiliğiyle, Türk toplumunda gerçekleştirilmesi böylesine zor bir alan araştırmasını yapmama yardımcı olan, bana her zaman sevecenlikle yaklaşan, başım sıkıştığında her daim desteğe hazır olan sevgili hocam Yrd. Doç. Dr. Münevver MERTOĞLU'na teşekkürü bir borç bilirim.

Tez yazma sürecimde gösterdikleri anlayışla bana her anlamda destek olan, cana yakınlıkları ile bende hocalıktan öte yerleri olan, kürsüde kendimi bir aile ortamında hissetmemi sağlayan saygıdeğer kürsü hocalarım Yrd. Doç. Dr. Özge SIRMA GEZER'e, Yrd. Doç. Dr. Yasemin Filiz SAYGILAR KIRIT'a ve Yrd. Doç. Dr. Özdem ÖZAYDIN'a teşekkürlerimi sunarım.

Öğrenciliğimden beri bana bir hocadan ziyade abla gibi yaklaşan ve birlikte çalışma fırsatı yakaladığım için kendimi şanslı hissettiğim, tez yazma sürecimde de benden desteğini esirgemeyen sevgili hocam Yrd. Doç. Dr. Esra ALAN AKCAN'a teşekkür ederim.

Zorlu tez yazma sürecini birlikte geçirdiğimiz ve bu süreçte birbirimize gönülden destek olduğumuz çok sevgili asistan arkadaşlarıma ve T.C. İstanbul

Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki diğer mesai arkadaşlarıma teşekkür ederim.

Çalışmanın ciddiyetini ilk günden kavrayan, anket çalışmamıza anketör olarak katılmaya gönüllü olan T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 90 öğrencisine vermiş oldukları destekten ötürü teşekkürü bir borç bilirim.

Anket çalışmasında elde ettiğimiz verileri tablo haline getirmek başta olmak üzere tez çalışmalarımda verdiği destek, emek ve yardımları için Doç. Dr. Onur TOPOğLU'na, kendi doktora tez çalışması yanında bana da zaman ayırıp destek veren, çocukluğumdan beri kendime hep örnek aldığım canım ablam Evin ERDEN'e teşekkür ederim.

Desteklerini her zaman arkamda hissettiğim, bana mutlu bir çocuklukla başlayan huzurlu ve neşeli bir aile hayat sunan, kişisel ve akademik gelişimim için büyük fedakrlıklarda bulunarak beni bugünlere getiren, tez alışmalarma da büyük destek veren, canımdan çok sevdiğim babam Prof. Dr. Hasan ERDEN'e ve biricik annem Ayfer ERDEN'e çok teşekkür ederim.

Öğrencilik yıllarımızdan beri bir kez olsun elimi bırakmayan, kendisi de doktora tezi yazma sürecinde olmasına rağmen her zaman bana ayıracak zaman yaratan, tezime büyük katkıları olan, bu süreçte gösterdiği anlayışla bana huzurlu bir evlilik yaşamı sunan, hayat benimle paylaşan, dert ortağım, yol arkadaşım, en iyi dostum ve sevgilim, biricik eşim Dr. Muharrem TTNC'ye sonsuz sevgi ve teşekkürlerimi sunarım. O olmasaydı, bu çalışma ortaya çıkamazdı.

Efser ERDEN TTNC

Ataköy, 17.03.2016

SİMGELER ve KISALTMALAR

Abs.	:	Absatz
AG	:	Aktiengesellschaft
a.g.e.	:	Adı Geçen Eser
AHSBD	:	Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi
AİHM	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Akt.	:	Aktaran
App. No.	:	Application Number
AS	:	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
Aufl.	:	Auflage
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜİFD	:	Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
b.	:	Bent
BBl	:	Bundesblatt
BG	:	Bundesgesetz
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	:	Bundesgesetzblatt
BGE	:	Bundesgerichtsentscheidung (Schweiz)
BKS	:	Bundeskommunikationssenat
Bkz.	:	Bakınız

BVerfG	:	Bundesverfassungsgericht
BvR	:	Verfassungsbeschwerde
BT	:	Besonderer Teil
BT-Drucks.	:	Bundestagsdrucksache
C.	:	Cilt
c.	:	Cümle
CD	:	Ceza Dairesi
CHD	:	Ceza Hukuku Dergisi
Cie. / Co.	:	Compagnie
Çev.	:	Çeviren
E.	:	Esas No
EGMR	:	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
FCK	:	Fransız Ceza Kanunu
ff.	:	fortfolgende
GG	:	Grundgesetz
Giur.	:	Giurisprudenza
GSÜHFD	:	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GSÜY	:	Galatasaray Üniversitesi Yayınları
herg.	:	Herausgegeben
HPD	:	Hukuki Perspektifler Dergisi
Iss.	:	Issue

İBD	:	İstanbul Barosu Dergisi
İBK	:	İçtihadı Birleştirme Kararı
İCK	:	İtalyan Ceza Kanunu
İÜİFD	:	İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:	Karar No
karş.	:	Karşılaştırınız
m.	:	Madde
MÜHFD	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
NBD	:	Nüfus Bilim Derneği
NJW	:	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	:	Numara
OTAM	:	Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi
öStGB	:	österreichisches Strafgesetzbuch
pp.	:	Pages
P.U.F.	:	Presses Universitaires de France
R.G.	:	Resmi Gazete
RGSt	:	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rn.	:	Randnummer(n)
RPDP	:	Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal
Rz.	:	Randzahl

S.	:	Satz
s.	:	Sayfa / Seite
Sa.	:	Sayı
sStGB	:	schweizerisches Strafgesetzbuch
StGB	:	(deutsches) Strafgesetzbuch
StPO	:	(deutsches) Strafprozeßordnung
StrRG	:	(deutsches) Gesetz zur Reform des Strafrecht
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TMK	:	8049 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TÜİK	:	Türkiye İstatistik Kurumu
UNFPA	:	United Nations Population Fund
vb.	:	ve benzeri
vd.	:	ve devamı
Vol.	:	Volume
Vor.	:	Vorbemerkungen
vs.	:	versus
Y.	:	Yıl
Yar.	:	Yargıtay
Y.D.	:	Yargıtay Dergisi
yy.	:	Yüzyıl

ZGB : Zivilgesetzbuch
Ziff. : Ziffer
§ : Paragraf
& : and

GİRİŞ

Fücur mitoloji, antropoloji, sosyoloji, psikoloji, genetik, adli tıp gibi pek çok bilim alanına konu olmasının yanı sıra kriminoloji ve hukuk alanında da uzunca bir süredir tartışılmalı bir ilişki türü olup, insanlık tarihi boyunca kültürler arası farklı yaklaşımların sergilendiği ve her disiplinin kendi esasları çerçevesinde değerlendirdiği bir kavramdır.

Günümüz çağdaş toplumlarının tümünde fücur, hem dinen hem de ahlaken reddedilen bir olgudur. Uzun yıllardır tartışılan fücurun hukuk düzenince “suç” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve fücur kapsamına giren eylemlere cezai bir yaptırım uygulanıp uygulanamayacağı konusuna ise her devletin kendi suç siyaseti kapsamında yaklaştığı görülmektedir. Türk Ceza Hukuku’ndaki mevcut sistemde fücur, bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir.

Buna karşılık akrabalık dereceleri nedeniyle, aralarında evlenme yasağı bulunan kimseler arasındaki rızaya dayalı olmayan cinsel davranışlar, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlığı altında yer alan suç tiplerinde nitelikli hal olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan, rızaya dayalı olmayan fücur hukukumuzda bağımsız bir suç olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, TCK’da bulunmaktadır.

Bilindiği gibi hukukumuzda kural olarak, on beş yaşını doldurmuş olan ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olan çocukların cinsel davranışlara göstermiş oldukları rıza hukuken geçerli kabul edilmekle birlikte, bu çocuklar ile rızaları çerçevesinde cinsel ilişkiye girilmesi halinde TCK m.104’te Reşit Olmayanla Cinsel İlişki başlığı altında kovuşturma yapılması için şikâyet şartı aranan bir suç tipi düzenlenmiştir.

6545 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun (Kabul Tarihi: 18 Haziran 2014, R.G.: 28.06.2014, 29044) 60’ncı maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 104. maddesine iki yeni fıkra eklenmiş ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçunun mağdur ile arasında evlenme

yasağı bulunan ya da evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, şikayet aranmaksızın on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme ile cebir, tehdit, hile olmaksızın cinsel davranışlara göstermiş olduğu rıza kabul gören çocuk ile, aralarında hısımlık dolayısıyla evlenme engeli bulunan kimselerin, rızaya dayalı cinsel ilişkilerinin şikayet şartı aranmaksızın kovuşturulması yoluna gidildiği görülmektedir.

Türk Ceza Hukuku'nda fücra ilişkin bir düzenleme yapılmaması gerektiğini destekleyen bir görüş; fücür olgusunun tartışmaya açılmasının dahi "aile" kavramının toplumdaki değerini zedeleyeceği, Türk toplumunda bir tabu olan bu tür ilişkilerin normalleştirilmesi ile topluma ve aile yapısına verilecek zararın, bu olgunun cezalandırılması ile elde edilecek faydadan çok daha fazla olacağı şeklindedir. Ayrıca fücürün Türk hukukunda tartışılmasının gereksiz olduğu, toplumumuzun örf ve adetlerine tamamen ters düşmesi nedeniyle, bu gibi ilişkilerin Türk toplumunda yaşanmayacağı yönünde bir kanı da mevcuttur¹.

Buna karşılık, yapılan pek çok araştırmada, Türk toplumunun fücür kavramına hiç de uzak olmadığı sonucuna varılmış, bu tür ilişkilerin aileyi ayıplanmaktan ve küçük düşürülmekten koruma isteği, toplumda dışlanma korkusu gibi bir takım gerekçeler ile kapalı kapılar arkasında tutulduğu ortaya konulmuştur².

Sonuç olarak, ortaya çıkarılması güç bir durum olan fücürün, toplumun örf ve adet yapısı gereği yaşanmaması ile bu tür ilişkilerin yaşanıp da bir takım gerekçeler ile "siyah sayılar" olarak kalması arasında büyük farklılık bulunduğunun göz ardı edilmemesi gerekir.

¹ Sulhi Dönmezer, "IX. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi ve Cinsiyet Ahlakına Karşı Suçlar", İÜHFİM, C. XXX, Sa. 3-4, İstanbul, 1964, s. 460; Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adab ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983), s. 23; Yasemin Işıқтаç, "Ensest ve Hukuka Yansıması", İBD, C. 66, Sa. 4-5-6, İstanbul 1992, s. 4; Aysin Çetinkaya, "Yargıtay Kararları Işığında Ensest/Fücür Olgusunun İncelenmesi" (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2013 s. 5; Şura Genç, Seçil Coşkun, "Ensest", TBBD 2013, Sa. 106, s. 255.

² Nüfusbilim Derneği ve Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu (UNFPA), "Türkiye'de Ensest Sorununu Anlamak", Ankara, 2009 s. ; Işıқтаç s. 1.

Bu gelişmeler, fücür konusunun tartışılması ve Türk Ceza Hukuku'nda fücür olgusuna ilişkin düzenlemeler yapılması konusunda bir ihtiyaç olduğunu düşündürmektedir. Zira, 6545 Sayılı Kanun ile birlikte getirilen değişiklikler de bu tartışmanın gerekliliğini ortaya koymaktadır.

ÇALIŞMANIN KAPSAMI

Çalışmamızın konusunu yakın akrabalar arasında gerçekleşen cinsel davranışlar teşkil etmektedir. Hukukumuzda yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı olmayan cinsel davranışların Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlığı altında suç teşkil eden davranışlar olarak belirlenmiş olması ve ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiler bakımından cezai bir yaptırımın öngörülmemiş olması karşısında, fücür veya ensest kavramları ile ifade edilen bu tür ilişkilerin karşılıklı rızaya dayalı olsun veya olmasın her koşulda cezalandırılmasının gerekip gerekmediği hususu, bu konudaki kriminolojik çalışmalar da göz önünde bulundurulmak suretiyle ceza hukuku boyutuyla tartışılacaktır.

Mevcut düzenlemeler çerçevesinde suç sayılan akrabalar arasındaki rızaya dayalı olmayan cinsel davranışlara ilişkin yeri geldiği ölçüde açıklamalarda bulunulacak olup, daha ziyade cezalandırılması hususunda tartışmalar bulunan ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiler bakımından değerlendirmeler yapılacaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde fücürün tanımına, tarihteki ve dinlerdeki yerine ve fücür yasağının psikolojik, biyolojik ve sosyolojik temellerine değinilecektir.

Çalışmanın ikinci bölümünde fücürü her koşulda cezai yaptırıma bağlayan hukuk sistemleri başta olmak üzere, konunun mukayeseli hukuktaki durumuna ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde, fücürün Türk Hukuku'ndaki yerine ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Bu bağlamda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlığı altındaki düzenlemelerde yer alan rızaya dayalı olmayan fücürü ilişkin nitelikli hallerden bahsedilecektir. Akabinde, rızaya dayalı olan fücürün Türk

Hukuku'ndaki yeri ve bu kapsamdaki eylemlerin cezalandırılması sorununa ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Çalışmanın dördüncü ve son bölümünde ise, Prof. Dr. Dr. hc. Bahri ÖZTÜRK yönetiminde İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden çalışmaya anketör olarak katılmaya gönüllü olan 90 hukuk öğrencisi ile birlikte gerçekleştirdiğimiz, İstanbul çapında gönüllülük esasına dayalı olarak gerçekleştirilen anket çalışmasına ilişkin bilgilere, bu çalışma sonucu elde edilen bulgulara ve bu çalışmadan elde edilen bulgular ile daha önce yapılmış olan benzer çalışmalar arasındaki benzerlik ve farklılıkların da yer aldığı tartışma kısmına yer verilmiştir.

YÖNTEM

Çalışmanın ilk üç bölümünde fücür kapsamındaki davranışlara ve fücür yasağına ilişkin teorik tartışmalara yer verilmiş ve mukayeseli hukuktaki düzenlemeler ve uygulamalar ile Türk hukukundaki durumdan söz edilerek, fücürün Türk hukukunda düzenlenmemiş olan ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiler ile ilgili olan kısmı bakımından bir düzenlemeye gidilmesi halinde bunun nasıl olması gerektiğine yönelik bir çalışma yapılmıştır.

Uygun düştüğü ölçüde kriminoloji, adli tıp, genetik bilimi gibi alanlarda yapılmış olan çalışmaların bulgularına da çalışmada yer verilmiştir.

Son olarak, kriminolojide en sık kullanılan araştırma yöntemlerinden olan anket yöntemi kullanılmış ve İstanbul çapında 2045 kişiye uygulanan bir kamuoyu araştırması yapılmış, bulgularına tablolar oluşturulmak suretiyle yer verilmiştir. Yapılan anket çalışması, nicel bir araştırma yöntemi niteliği taşımaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

FÜCURUN TANIMI, FÜCUR YASAĞININ TARİHÇESİ VE TEMELLERİ

I. Genel Olarak

Tezin bu bölümünde, öncelikle fücür ve ensest kavramlarına ilişkin doktrinde yaşanan terminoloji sorunundan söz edilecek ve fücürün tanımı yapılmaya çalışılacaktır. Tanıma ilişkin açıklamalardan sonra, fücür yasağı mitolojideki, Roma Hukukundaki, Osmanlı Ceza Hukukundaki ve semavi dinlerdeki yeri açısından tarihsel bir bakış açısıyla incelenecektir. Son olarak da fücür yasağının psikolojik, sosyolojik ve biyolojik temellerine değinilecektir.

II. Terminoloji Sorunu ve Tanım

A. Terminoloji Sorunu

Hukuk, sosyoloji, psikoloji, antropoloji ve genetik bilimi gibi pek çok disiplinde, aile bireyleri arasındaki cinsel münasebetleri ifade etmek için fücür ve ensest kavramları kullanılmaktadır.

Fücür kelimesinin, Arapça *fcr* kökünden gelen “ahlâksızlık, fuhuş” anlamlarında kullanılan, fucür sözcüğünden geldiği ileri sürülmektedir³. Osmanlıca –

³Oğuz Polat, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı-1 (Tanımlar)*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007) s. 159; Ahmet Ceylani Tuğrul, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Ensest İlişkiler*, (Ankara: Ütopya, 2010) s. 13.

Türkçe sözlükte ise fücürün tanımı, “günah, zina, sapma” olarak karşımıza çıkmaktadır⁴.

Ensest ise, Latince “pis, kirlenmiş, iffetsiz” anlamlarındaki “incestus” kelimesinden gelmektedir. Latince “castus” kelimesi “temiz, namuslu” anlamlarına gelmekte; “in” ise bir ön ek olup sözcüklere olumsuzluk anlamı vermektedir. Ensest, “yasak sevi” şeklinde de ifade edilmektedir⁵.

Her iki terim de yakın akrabalar arasında yaşanan, rızaya dayalı olan veya olmayan, cinsel ilişkileri ifade etmek için kullanılmaktadır⁶. Genellikle eş anlamda kabul edilen bu terimler, birbirleri yerine kullanılmaktadırlar⁷. Bu durum, kavram karmaşasına yol açmaktadır.

Türk Hukuku’nda, ensest ve fücür terimlerinin her ikisinin de kullanıldığı görülmektedir⁸. Buna karşılık bu kavramların tanımı konusunda bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Bu nedenle, (rızaya dayalı olsun veya olmasın) yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkiler bakımından hangi terimin kullanılacağından ziyade, kavramların içinin ne şekilde doldurulması gerektiği hususunda bir karışıklık söz konusudur.

⁴ Polat, s. 159; Tuğrul, s. 13.

⁵ Çetinkaya s. 7.

⁶ < <https://tr.wikipedia.org/wiki/Ensest> > (Erişim Tarihi: 1.4.2015).

⁷ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), s. 858; AnaBritannica Genel Kültür Ansiklopedisi C.8, s. 203.

⁸ Kimi yazarlar her iki terimi eş anlamlı olarak kullanmaktadırlar.: Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, s. 858; Kimi yazarlar, ensest kavramını kullanmayı tercih etmektedirler.: Ahmet Mumcu, “*Türk Ceza Hukukunda Ensest Sorunu Var mı?*”, GSÜHFD, Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul 2011, C. 1, s. 261; Türkan Yalçın Sancar, Tuğçe Nimet Yaşar, “*Ensest, Genel Ahlak ve Alman Anayasa Mahkemesi’nin Kararı*”, TBB 2009, Sa. 80, s. 247; Tuğrul, s. 13; Polat, s. 159; Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (Ankara: Seçkin, 2013), s. 74, 305; Buna karşılık, kimi yazarlar ise, fücür kavramını kullanmayı seçmişlerdir.: Faruk Erem, “*Fücür İlişkisi*”, Y.D., C. 12, Sa. 3, Ankara 1986, s. 228 – 234; Dönmezer, “*Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*”, s. 13 – 21; Dönmezer, “*Cinsiyet Ahlakına Karşı Suçlar*”, s. 459 – 460; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2015), s. 678 – 681; Duygun Yarsuvat, “*Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri*”, İÜHFM 1964, C.30, s. 162 – 164; Arif Nihat Alpsoy, “*Erginler Arasında Rızaya Dayalı Fücür İlişkisinin Cezalandırılma Problemi*” (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2003, s. 9 – 11; ayrıca Türk Hukuku’nda yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkilerin, (suç olduğu dönemde) zina suçu kapsamına girdiği, bu nedenle de fücür veya ensest gibi kavramların uzun süre literatürde yer edinemediğine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Halid Kemal Elbir, “*Evlenmesi Memnu Akrabaların Evlenmelerinin ve Cinsi Münasebetlerinin Ceza Müeyyidesi ile Tehdidi Meselesi Karşısında Türk Hukuku*”, İÜHFM, 1946: C. 12, Sa. 2 – 3, s. 668 – 670.

Hangi terim kullanılırsa kullanılsın konuyu, yalnızca çocukların aile içinde cinsel yönden istismar edilmeleri olarak ele almak suretiyle, evlenmeleri yasak olan ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkileri tamamen kapsam dışında bırakacak dar bir anlayış benimsemek hatalı bir yaklaşım olacaktır.

Gerçekten de bu iki terimin farklı dil kökenlerinden gelmeleri dışında, aralarında anlam bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Konuyla ilgilenen psikoloji, sosyoloji, adli tıp gibi diğer bilim dallarında sıklıkla ensest teriminin tercih edildiği ve bunun çoğunlukla çocukların aile içinde cinsel yönden istismar edilmelerini karşılamak üzere kullanıldığı dikkate alındığında, ceza hukuku anlamında daha teknik bir ifade olacağı kanaatiyle bu çalışmada fücür terimini kullanmak tercih edilmiştir.

B. Tanım

Çeşitli disiplinlere konu olması ve konunun her disiplin tarafından farklı şekilde algılanması dolayısıyla, fücür (veya ensest) bakımından evrensel bir tanım yapmak güçtür.

Fücür, çoğunlukla çocukların cinsel istismarının bir türü olarak algılanmakta, ataerkil aile yapısı ile sıkı şekilde bağlantılı olan bu olgunun faillerinin mağdur çocuk üzerinde sahip oldukları hakimiyet yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle bu eylemleri gerçekleştirdikleri ileri sürülmektedir⁹.

Aile ve akrabalık derecelerinin ne ölçüde fücürü konu olması gerektiği ise tartışmalıdır. Yalnızca kan bağı bulunan akrabalar arasındaki ilişkiler mi dikkate alınacaktır? Yoksa, örneğin, evlat edinme yoluyla “aile” nin bir üyesi haline gelen kimseler de bu kavram kapsamında değerlendirilebilecek midir? Bu soruya da doktrinde farklı cevaplar verilmektedir.

⁹ Suna İpek, *1990 – 1995 Yılları Arasında İstanbul Adliyelerine Yansıyan Ensest Olgularının Psiko-Sosyal Açısından İncelenmesi*, İstanbul, 1996 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) s. 5; Mustafa Arslantürk, *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014) s. 413; ND/UNFPA, “Rapor”, s. 14.

Kimi yazarlar, fücür bakımından kan bağı'nın bir unsur niteliği taşıdığını ileri sürmektedirler¹⁰.

Buna karşılık kimi yazarlara göre, kan bağı fücür bakımından bir rol oynamaz, “anne-baba-çocuk yahut büyükanne-büyükbaba-torun veya kardeş” algısı taşıyan ilişkiler ile evlatlık ilişkisi, bir kimseye bakmakla yükümlü olmak ve ailenin güvendiği bir kimse olmak gibi unsurlar taşıyan ilişkiler de, bu kimselerin aralarında kan bağı bulunmasa dahi fücürü konu olabilir¹¹.

Bunun da ötesinde, özellikle Amerikan toplumunda, fücürün en önemli unsurunun, failin sahip olduğu nüfuz ve hakimiyet olduğu kabul edilerek, fücürü yalnızca aile bireyleri ile sınırlı kabul etmeyip, genel anlamda öğretmen, kamu görevlisi gibi toplumda nüfuz sahibi olan kimseleri potansiyel fail olarak gören ve bu kimseler tarafından çocuklara yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel davranışları fücür kapsamında kabul eden bir anlayış mevcuttur¹².

Fücür kavramının, çocukların aile içinde cinsel yönden istismar edilmelerini de kapsadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Buna karşılık, aile figürünü ve/veya kan bağı'nı temel alan yaklaşımı genişleterek, toplumsal statüleri gereği nüfuz sahibi olan kimselerce gerçekleştirilen cinsel istismarı da fücür kavramının içine dahil etmeye çalışmak zorlama bir tanımlama olacaktır. Zira fücürün en ayırıcı unsurunu, fail ile mağdur arasındaki yakınlığın, himaye ilişkisinin veya bir arada yaşamının sağladığı kolaylık ile gerçekleştirilen cinsel davranışların, aile fertleri arasında yaşanması teşkil eder.

Açıklığa kavuşturulması gereken bir başka nokta ise, hangi tür davranışların ne dereceye kadar fücür kavramına dahil olacağıdır. Fücür kavramı, bilhassa psikoloji ve sosyoloji alanlarında, aile bireyleri arasında gerçekleşen “cinsel ilişki”

¹⁰ Dadds, M., Smith, M. ve Webbery, Y., *An Exploration of Family and Individual Following Father-Daughter Incest*, Child Abuse and Neglect, 1991, Vol. 15, s. 575-586, Akt. Polat s. 162; Herbert Maisch, *Incest* (Londra: Andre Deutsch Limited, 1973), Çev. Colin Bearne, s. 11.

¹¹ Corwin, D. L. and Olafson, E., Overview: Clinical Identification of Sexually Abused Children, Child Abuse and Neglect, 1993, Vol. 17, s. 3-5, Akt. Polat s. 161; ensest yaşağını sosyal bir davranış olarak temellendiren görüşlerde de, benzer şekilde bir yaklaşım için bkz. Cahit Can, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002) s. 28.

¹² Sandra Karst, *Die Entkriminalisierung des § 173 StGB* (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2009), s. 9.

eylemi ile sınırlı olmayıp, bu kimseler arasındaki her türlü cinsel davranışı ifade etmek için kullanılmaktadır¹³.

Bazı yazarlara göre fücür ile, yalnızca cinsel ilişki boyutundaki davranışlar kastedilmektedir¹⁴. Buna karşılık bazı yazarlara göre, pornografik görüntüler göstermek veya cinsel organını teşhir etmek gibi bedensel temas gerektirmeyen cinsel davranışlar dahi fücür kapsamına girmektedir¹⁵.

Türk Hukuku'nda baskın görüş, ceza hukuku bakımından yalnızca “cinsel ilişki” boyutuna ulaşan cinsel temasların fücür kavramına dahil olduğu yönündedir¹⁶.

Cinsel ilişki kavramının kapsamı bakımından ise, Yargıtay ve öğretisi arasında farklı yaklaşımlar söz konusudur. Yargıtay, cinsel ilişki kavramından, erkek cinsel organının vajinal veya anal boşluğa sokulmasını anlamaktadır¹⁷. Düzenlemenin bu şekilde anlaşılması karşısında, her iki tarafın kadın olması halinde bir cinsel ilişkiden söz edilemeyeceği açıktır¹⁸. Öğretide ise, cinsel saldırı suçunun düzenlendiği TCK m. 102'nin 2. fıkrasında yer alan “vücuda organ veya sair cisim sokulması” fiilinin anlaşılması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır¹⁹. Bu konu, ileride Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçunun maddi unsuruna ilişkin açıklamalarda ayrıntılı olarak ele alınmıştır²⁰.

Fücür bakımından en yoğun tartışma konularından birisi ise, rıza unsurudur. Bazı yazarlar fücür kavramından, yalnızca rızaya dayalı cinsel ilişkinin anlaşılması gerektiğini ileri sürerken²¹, fücürü cinsel istismar ile eş kabul eden bazı yazarlara

¹³ Polat s. 159; Sancar/Yaşar s. 247; Genç/Coşkun s. 216.

¹⁴ Maisch s. 11; Sancar/Yaşar s. 247.

¹⁵ Polat s. 161.

¹⁶ Dönmezer, “Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler”, s. 11, 21; Erem, “Fücür İlişkisi”, s. 232; Alpsoy, 12 – 13; Mumcu, s. 262; Sancar/Yaşar s. 247, Genç/Coşkun s. 217; Asiye Selcen Ataç, “Ceza Hukuku ve Enest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış”, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s.873.

¹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, s. 408.

¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, s. 402.

¹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, “Ceza Hukuku Özel Hükümler”, s. 407; Taner, “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, s. 335.

²⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm, II., C., 1.

²¹ Sancar/Yaşar s. 247.

göre fücür, aile içinde, rızaları hilafına çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışı ifade etmektedir²².

Fücür ile ensest kavramları arasında anlam bakımından farklılık bulunmadığını yukarıda terminoloji sorununa ilişkin başlık altında açıklamıştık. Fücür kavramını kullanan yazarlar, bununla akraba olmaları nedeniyle evlenmeleri yasak olan ergin aile fertleri arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkinin anlaşılması gerektiği konusunda hemfikirdirler²³.

Fücür kavramının tanımlanmasındaki tartışmalara son vermek amacıyla bazı yazarlarca, fücür kavramını rızaya dayanan ve rızaya dayanmayan fücür olarak ayırmak şeklinde bir öneri ortaya konulmuştur²⁴.

Fücürü, rızaya dayalı olmayan fücür ve rızaya dayalı olan fücür olarak ayırmak yönündeki yaklaşıma katılmaktayız. Bundan hareketle rızaya dayalı olmayan fücürü, yakın akrabalık ilişkileri nedeniyle aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler arasında gerçekleşen ve rızaya dayalı olmayan cinsel davranışları ifade etmek için; rızaya dayalı olan fücürü ise, yakın akrabalık bağları nedeni ile aralarında evlenme yasağı bulunan kişiler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiyi ifade etmek üzere kullanmayı tercih etmekteyiz.

²² Çetinkaya s. 7; Bu konuda çeşitli tanımlar ve yaklaşımlar için bkz. Polat s. 161.

²³ Dönmezer, “*Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*”, s. 21; Artuk/Gökçen/Yenidünya, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, s. 244 (2. Dipnot); Alpsoy s. 12; Çetinkaya s. 1; Can, “*Cinsel Suçlar*”, s. 24 (yazar ensest terimini kullanmakla beraber, bunun hukuk dilindeki karşılığının fücür olduğunu belirtmiştir); Bazı yazarlar ise, fücür kavramı yerine ensest terimini kullanmışlar ve Ceza Hukuku bakımından ensest yalnızca ergin aile bireyleri arasındaki rızai cinsel ilişkileri kapsadığını belirtmişlerdir. Bkz. Sancar/Yaşar s. 247.

²⁴ Sancar/Yaşar s. 247; Genç/Coşkun s. 219-220 (Yazarların ensest kavramını kullanmayı tercih ettiklerini daha önce de belirtmiştik.).

III. Tarihçe

A. Genel Olarak

Toplumun bir davranışı tabu olarak nitelendirmesi, ayıplaması ve yasaklaması din, ahlak ve hukuk kuralları ile sıkı ilişki içerisindedir. Fücür ise, tarih boyunca hemen hemen her kültürde var olan bir tabu; dinen, ahlaken ve hukuken yasaklanmış bir olgudur.

Çağlar boyunca fücür, soylu kanın saf kalması için bu tür ilişkilere sınırlı da olsa yer verilen bazı istisnalar dışındaki tüm toplumlarda, hoş karşılanmamış ve bir tabu olarak kabul edilmiştir²⁵. Hatta öyle ki Lévi-Strauss, on antropologdan evrensel bir kavram söylemeleri istense, en azından dokuzunun fücür yasağı cevabını vereceğini belirterek fücür yasağının evrenselliğine vurgu yapmıştır²⁶.

Fücür yasağının, tarihteki ve dinlerdeki yeri ile önemi, kavramın bugünkü şeklini anlamak bakımından önem arz etmektedir. Bu bakımdan öncelikle tarihsel süreçte mitolojide, Roma'da ve Osmanlı'da fücürün ahlak ve hukuk kurallarında ne şekilde yer aldığı incelenecek ve daha sonra semavi dinlerdeki fücür yasaklarının kapsamına ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

B. Mitolojide

Fücür, Yunan mitolojisinde çok karşılaşılan bir durumdur ve bu mitolojik hikayeler dönemin hayatına ışık tutmaktadır. Anlatılagelen mitlerden hareketle, fücürün Antik dönemdeki toplum yapısında oldukça doğal karşılandığı anlaşılmaktadır²⁷.

Antik Çağ'da fücür dışında, zoofili de sık rastlanan bir olgudur. Öyle ki Zeus, ölümlü kadınlarla birlikte olabilmek için zaman zaman hayvan kılığına girmiştir.

²⁵ Can, “*Cinsel Suçlar*”, s. 25.

²⁶ Claude Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté* (Paris : P.U.F, 1949), Akt. Can, “*Cinsel Suçlar*”, s. 24; Alfred L. Kroeber, “*Totem and Taboo in Retrospect*”, *American Journal of Sociology*, Vol. LXV, pp. 446-51, Akt. S. Kirson Weinberg, *Incest Behavior* (New York: Citadel Press, 1955), s. 7.

²⁷ Azra Erhat, *Mitoloji Sözlüğü* (İstanbul: Remzi Kitabevi, 2014) s. 323 vd.'da ayrıntılı şekilde yer alan soy tablolarından faydalanılabilir.

Europa için boğa, Leda için kuğu, Ganymedes içinse kartal kılığına girmesi buna örnek olarak gösterilebilir²⁸.

1. Gaia ve Uranus

Helen dünyasındaki inanışa göre, evrenin yaratılışından önce karmaşa ve bilinmezlik ile dolu bir kaos söz konusudur. Tanrılar dünyası olarak bilinen Helen Pantheonu'nda evrenin yaratıcısı, toprak ana Gaia kabul edilir ve kendi kendine doğurma yeteneği (parthenogenesis=bakire soy) ile önce kendisini sonra da Uranus (Gök), Pontus (Deniz) ve Dağları yarattığı kabul edilir²⁹.

Toprak ana olan Gaia ile kendi soyundan gelen Gök tanrısı Uranus arasındaki fücur ilişkisinden üç farklı düşsel yaratık grubu ortaya çıkar. Bunlar, Hekatonkheir'ler (Yüz Kollular), tepe göz denilen Kyklop'lar ve normal insanlar görünümündeki erkek ve dişi Titanlar'dır. Zeus'la birleşen Themis ve Mnemosyne dışında, titanlar da kendi aralarında evlenirler³⁰.

Baş tanrının çocuklarından biri tarafından tahttan indirileceğine ilişkin kehanet üzerine Uranus, doğan tüm yaratık ve çocuklarını toprağın (Gaia'nın) içine gömer. Erkek titanlardan en güçlü olanı Kronos'tur ve Gaia, oğlu Kronos'u kullanarak, babasının (Uranus'un) erkeklik organını kesmesini sağlar. Bu mitos, nesiller çatışması ve kan dökülmesinin ilk örneği sayılmaktadır. Daha sonra Gaia yine kendi soyundan gelen Pontos ile, çocukları da kendi aralarında birleşerek pek çok yersel ve göksel varlık meydana getirirler. Görüldüğü gibi yalnızca Gaia ve Uranus arasında değil, Gaia'nın çocuklarının da kendi aralarında fücur vuku bulmuştur³¹.

2. Kronos ve Rhea

Kronos, babası Uranus'u devre dışı bırakarak iktidarı ele alır ancak kehanet devam etmektedir. Bu nedenle uzun süre evlenmez ise de, bir süre sonra dişi bir titan olan kız kardeşi Rhea ile evlenir. Görüldüğü gibi fücur bu nesilde de devam etmektedir. Kronos ve Rhea'nın fücur ilişkilerinden Demeter, Hera, Hestia, Hades ve Poseidon doğar.

²⁸ Erhat, s. 109, 116, 194.

²⁹ Erhat, s. 115: Gaia'nın bu özelliğinden dolayı bir tanrıdan çok, kozmik bir varlık olduğu da kabul edilmektedir.

³⁰ Erhat, s. 287.

³¹ Erhat, s. 115.

Babası Uranus gibi, doğacak erkek çocuğun iktidara el koyacağına ilişkin kehanetten korkan Kronos da, bütün doğan çocuklarını yutar. Sıra Zeus'a geldiğinde Rhea, Gaia'nın da yardımıyla, Kronos'a bebek diyerek kundakta bir taş yutturur ve Zeus böylelikle kurtulur. Daha sonra Zeus, Gaia'nın hazırladığı bir içkiyi kullanarak babası Kronos'un kardeşlerini kusmasını sağlayarak, onları kurtarır ve Poseidon ile Hades'i de yanına alarak Devler ve Tanrılar Savaşı'nı (Titanomakia) başlatır³².

Savaşın iyice büyümesi ile, Yüz Kollu Devler ve Kykloplar da Zeus tarafından yer altından çıkarılırlar. Yeraltından çıkan Kykloplar Zeus'a yıldırımını, Poseidon'a üçlü yabayı, Hades'e de görünmezlik şapkası Petatos'u verirler ve Zeus'la birlikte savaşa girerler. Yüz kollular, kolları ile savaşa büyük katkıda bulunurlar. Sonuçta savaşı genç kuşak tanrılar yani Zeus'un tarafındaki tanrılar kazanır ve Kronos'un devri kapanmış olur. Böylelikle babası Kronos'un kendi babasını alt ederek egemenliğini kurması gibi, Zeus da ikinci kuşak tanrılarını yenerek Olympos tanrılarının egemenliğini kurar. Evrendeki yetkileri kardeşleri ile paylaşır; kendisi göğü ve yer ile gökteki krallığı alırken, Poseidon'a denizi, Hades'e de yeraltı ülkelerini verir³³.

3. Zeus ve Hera ile Hiaros Gamos (Kutsal Evlilik)

Baş tanrı Zeus toplumdaki baba figüründen; en üst yöneticiye kadar giden erkek modelini simgeler. Zeus, egemenliği ele geçirdikten sonra kendi soyundan Titanlar ve kardeşleri ile birleşerek pek çok tanrısal varlık meydana getirmiştir³⁴.

Bunlar arasında kız kardeşi Hera ile yaptığı evlilik öne çıkmaktadır. Mitlerde, Zeus ile Hera'nın evliliği Zeus'un son evliliği olarak belirtilmektedir. Zeus'un, ablası Hera ile evliliği, gerçekte Gaia'dan itibaren başlayan fücür ilişkilerinin Hiaros Gamos (Kutsal Evlilik) ile birlikte meşrulaştırılması anlamına gelmektedir. Buna karşılık, mitoslar incelendiğinde Hera'nın kıskançlığı, Zeus'un evlilik sonrası da sürekli arayışlar içinde olduğunu göstermektedir³⁵. Bundan hareketle, fücür gibi çok eşliliğin de Antik Çağ'da yadırganmayan bir durum olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

³² Erhat, s. 87.

³³ Erhat, s. 297.

³⁴ Erhat, s. 297; Karst, s. 16.

³⁵ Erhat, s. 50, 136.

4. Zeus ve Demeter

Tanrıça Demeter de Zeus'un kız kardeşidir. Sarı saçlı, olgun ve örgülü saçlarıyla tutucu, içine kapanık bir kadın kişiliği sergilemesine karşın Zeus'tan evlilik dışı bir kızı olmuştur. Daha sonra ise kendi başına gelen olayın kızının da başına gelmemesi için, kızına aşırı derecede bağlı, sürekli gözetten bir anne modeli sergilemesine karşın, kızı Persephone, Demeter'in erkek kardeşi, yani Persephone'nin dayısı Hades tarafından kaçırlır. Aslından Hades'in Persephone'yi kaçırmasının, erkek egemen toplumlardaki kız kaçırarak evlenme geleneğinin bir görünüşü olduğu söylenebilir. Bu mit de bir fücür örneği olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶.

5. Herakles ve Hebe

Herakles'in eşi olan Hebe, aynı zamanda onun kardeşidir ve her ikisinin babası da Zeus'tur. Hebe ile Herakles'in evlenmesi simgesel bir anlam taşıyan bir "Hieros Gamos", yani kutsal bir evlenmedir³⁷.

6. Ares ve Aphrodite

Ares, Zeus ve Hera'nın oğlu; Aphrodite ise Zeus ve Dione'nin kızıdır. Dolayısıyla Ares ve Aphrodite'nin babaları aynıdır. Ares ile Aphrodite'nin birleşmesinden Phobos (Bozgun), Deimos (Korku) ve bir de Harmonia (Uyum) doğar³⁸.

7. Zeus ve Europa

Europa mitinin, tanrı Zeus'un ölümlülerle girdiği ilişkiler arasında önemli bir yeri vardır. Fenike kralının kızına aşık olan Zeus, boğa kılığına girerek onu kaçıtır. Anadolu üzerinden Trakya'ya gelirler. O güne kadar bu kıtanın bir ismi yoktur ve Zeus bu kıtaya sevgilisinin ismini verir. Böylelikle bugünkü Avrupa kıtası ismini Europa'dan almış olur³⁹.

Zeus, Hera'nın kininden çekinir ve Yunanistan'a gider gitmez sevgilisini Girit adasına götürür, birlikte olduktan sonra da karısı Hera'nın yanına geri döner. Terk edilen Europa ise hamile, ülkesinden koparılmış ve üstelik dilini bilmediği yabancı

³⁶ Erhat, s. 85.

³⁷ Erhat, s. 123.

³⁸ Erhat, s. 51.

³⁹ Erhat, s. 109.

bir adada tek başına kalır. Girit Kralı, bu güzel kızı görür görmez aşık olur ve onunla evlenir. Europa'nın kraldan üç, Zeus'tan ise Minos isimli bir oğlu olur. Kralın ölümünden itibaren başlayan taht kavgalarına Europa da karışır ve Minos'a gerçek kimliğini söyler. Babasının Zeus olduğunu öğrenen Minos, tanrıların kendisinden yana olduğunu kanıtlamak amacıyla, amcası Poseidon ile anlaşarak onun damızlık boğasını denizden çıkarır ve böylelikle kral olur. Ancak Minos, amcasına verdiği boğayı daha sonra Poseidon'a kurban edeceğine dair sözünü yerine getirmeyince, Poseidon Minos'un karısı Pasiphae'yi bu boğaya aşık ederek onu cezalandırır. Pasiphae, sarayın heykeltıraşına bir inek yaptırıp her gece bu ineğin içine girerek boğa ile birlikte olur ve ondan gebe kalır. Bu ise Antik Çağ'da yaşanan zoofiliye örnek teşkil etmektedir⁴⁰.

8. Zeus ve Leda

Mite göre Zeus tanrı Leda'ya aşık olmuş ve bir kuğu kuşuna dönüşerek ona yaklaşmıştır. Leda da bir yumurta yumurtlayarak iki ikiz çocuk çıkarmıştır. Bunlardan ikisi Zeus'un çocukları olan Helene ile Kastor'dur⁴¹. Bu mitte de, zoofili ve fücür olgularının bir arada bulunduğu görülmektedir.

9. Oidipus

Kral Oidipus'un durumu, Antik Yunandaki fücür tiksintisini en bariz şekilde ortaya koyan hikayedir. Sophokles'in Tragedyası'nda anlattığı üzere Oidipus'un kaderi, istemeyerek öz babasını öldürmesi ve öz annesi ile birlikte olarak, fücür ürünü çocuklar sahibi olması ile sonuçlanan olaylar silsilesi ile örülmüştür⁴².

Oidipus'un babası Laios, Thebai şehrinin lanetlenmiş kralıdır ve lanetten korktuğu için ilk çocuğunu ormana bırakması ve öldürmesi gerektiğini düşünmektedir. Çocuğu ormana götürmekle görevlendirdiği yardımcısı çocuğa bunu yapamaz ve onu bir çobana verir⁴³. Çoban da bu çocuğu, çocukları olmayan bir başka kral ve kraliçeye evlatlık olarak verir. Oidipus, yıllar sonra bir gün evlatlık olduğu

⁴⁰ Erhat, s. 206.

⁴¹ Bu mite karşın, bir başka mitte yumurtlayanın Nemesis olduğuna ilişkin bir anlatım bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erhat, s. 194.

⁴² Heinrich Többen, *Über den Inzest* (Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1925) s. 5; Panagiotis Karkatsoulis, *Inzest und Strafrecht: Die Bedeutung des Strafrechts am Beispiel des Inzesttatbestandes (§ 173 StGB)* (Pfaffenweiler: Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1987) s. 36; Maisch, s. 16.

⁴³ < <https://tr.wikipedia.org/wiki/Oedipus> > (Erişim Tarihi: 22.08.2015); Hikayenin bu kısmı bazı kaynaklarda farklı şekillerde anlatılmaktadır. Hikayenin bu şekli başka, çocuğun ormana ayaklarından çivilenerek bırakıldığı, ancak çobanın onu bularak kurtardığı şeklinde de anlatılmaktadır. Bkz. Erhat, s. 226.

şüphesi duymaya başladığında bir kahine gider ve kahin ona evlatlık olup olmadığına dair bir bilgi vermese de geleceğine dair sarsıcı bilgiler verir. Buna göre Oidipus, öz babasını öldürecek ve öz annesi ile birlikte olarak, bu birliktelikten fücür ürünü bir soy sahibi olacaktır. Duyduklarının etkisiyle yaşadığı yerden ayrılan Oidipus, içinde bulunduğu duygular ile yoluna devam ettiği sırada, dar bir geçitte yaşlı bir adam ile karşılaşır ve onunla yol kavgasına girer, sonunda da onu öldürür.

Yoluna devam ederek tepesinde bilmecesine yanlış cevap verenleri yiyen bir Sphinks bulunan Thebai şehrine vardığında, Sphinks'in bilmecesini çözer. Bunun üzerine Sphinks intihar eder ve halk kendilerini Sphinks'ten kurtardığı için Oidipus'u kahraman ilan ederek, dul kraliçe ile evlendirirler. Bu evlilikten çocukları olur ve mutlu bir hayat sürerler.

Bir süre sonra veba salgını başlar ve bunun üzerine yapılan araştırma neticesinde, yolda karşılaşp öldürdüğü kişinin öz babası olduğunu, karısının ise öz annesi olduğunu öğrenen Oidipus, gözlerini kör eder, annesi de kendisini asar⁴⁴.

C. Roma Hukukunda

1. Fücür Yasağı

Roma Hukuku'nda fücür (ensest-“incestus”) cezai yaptırıma bağlanmıştır. İki tür fücür suçu düzenlenmektedir. Bunlardan ilki, dini bir suçtur ve Vesta bakirelerinin bekaretlerinin bozulması durumunda söz konusu olmaktadır. İkincisi ise, yakın akrabalık bağları nedeniyle aralarında evlenme yasağı bulunan kimselerin cinsel ilişkileri ile ilgilidir⁴⁵.

İkinci tür (dünyevi) fücür suçu Roma Hukuku'nda, incestus iuris gentium ve incestus iuris civilis olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Incestus iuris gentium, alt ve üst soylar ile kardeşler ile sınırlı iken; incestus iuris civilis akrabalık durumları nedeniyle evlenmeleri yasak olan diğer kimseleri kapsamaktadır. Incestus iuris

⁴⁴ Erhat, s. 226

⁴⁵ Karst, s. 16 – 17 (Metinde söz konusu cinsel ilişki “*Geschlechtsgemeinschaft*” olarak belirtilmiştir. Bununla kastedilen evli kimseler arasında gerçekleşen, erkek cinsel organının kadının vajinasına ithal edilmesi ile meydana gelen cinsel ilişkidir.)

gentium, her halükarda cezalandırılırken; incestus iuris civilis kapsamındaki eylemler kanunu bilmeme durumunda cezasız kalabilmektedir⁴⁶.

Dünyevi fücür suçu bakımından verilen dünyevi cezanın yanında, dini bir cezaya da hükmedilmektedir. Toplamda zaten ağır olan ceza, (Hristiyan) Kaiser tarafından bir defa daha artırılabilir⁴⁷.

2. Evlenme Yasakları

Roma Hukukunda fücür suçlarının yanı sıra evlenme yasaklarına da yer verilmiştir. Corpus Iuris Civilis'te hukuken kimlerle evlenilebileceğine ve kimlerle evlenilemeyeceğine ilişkin ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir. Buna göre, bir kimse düz çizgi hısımlığı bulunan bir kimse (baba-kız, büyükbaba-kız torun, anne-oğul, büyükanne-erkek torun) ile evlenemez. Söz konusu ebeveynlik ilişkisinin çocuğun evlat edinilmesi halini de kapsadığı kabul edilmektedir. Erkek ve kız kardeşler arasında da aralarındaki kan bağının yarım veya tam olmasına bakılmaksızın evlenme yasağı bulunmaktadır⁴⁸.

Kaiser Theodosius I tarafından, kardeş çocukları (kuzenler) bakımından da evlenme yasağı getirilmişse de, bu yasağın Corpus Iuris Civilis'te muhafaza edilmemiştir. Öte yandan, hala/teyze ile evlenmek de, büyükannenin/büyükbabanın kız kardeşi ile evlenmek gibi yasaklanmıştır. Evlenme yasakları, kayın hısımlarına kadar uzanmakta ve bu bağlamda bir kimsenin gelini veya kayınvalidesi ile evlenmesine de müsaade edilmemektedir⁴⁹.

Medeni hukuk çerçevesine getirilmiş olan bu yasaklara rağmen, yasağın kapsamına giren bir evliliğin yapılması halinde, bu evlilik batıl sayılmaktadır⁵⁰.

⁴⁶ Többen, s.9; Wilfried Wittmann, *Die Blutschande- Eine rechtsgeschichtliche, rechtsvergleichende und kriminologische Untersuchung, unter Berücksichtigung der Nachkriegskriminalität in der Rheinpfalz*, Mainz 1953 (Yayımlanmamış Doktora Tezi) s. 41; Karst, s. 17.

⁴⁷ Karst, s. 17.

⁴⁸ Karst, s. 17; ayrıca bkz. Wittmann, s. 42.

⁴⁹ Karst, s. 18.

⁵⁰ Karst, s. 18.

D. Osmanlı Ceza Hukukunda

Osmanlı Ceza Hukuku'nda fücurun bağımsız bir suç olarak düzenlenmediği, zina suçu kapsamında olup, bu suçta bir nitelikli hal olarak kabul edildiği görülmektedir⁵¹.

Osmanlı Ceza Hukuku'nda zina bir had suçu, yani topluma kaşı suçlardan sayılmaktadır. Had suçları, cezası Kur'an'da belirtilen ve değiştirilemeyen suçlar olarak ifade edilmektedir⁵².

Zina, aralarında evlilik bağı bulunmayan bir erkek ve kadının (gayri meşru) cinsel ilişkiye girmesi olarak kabul edilmektedir⁵³.

Buna karşılık verilecek ceza, failin medeni hali bakımından farklılık göstermektedir. Zinanın cezası, evli olmayanlar için celde (değnek), evli olanlar bakımından recm (belden aşağısı toprağa gömülü halde iken taşlanmak) iken; fücurun cezası katl (ölüm cezası) olarak öngörülmüştür⁵⁴.

E. Semavi Dinlerde⁵⁵ Fücur Yasağı

1. Genel Olarak

Din, insanların iyi ve kötü, doğru ve yanlış algılarının oluşmasındaki en önemli faktörlerden birisidir. İnsanlar, tanrılarının kendilerine her zaman doğru yolu göstereceğine inanır ve öldükten sonra cennete gidebilme, öteki dünyada huzura erebilme arzusu ile, dinen getirilen kurallara uygun hareket etmek isterler.

⁵¹ Mustafa Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar* (İstanbul: Gökkuşbu, 2004) s. 177 (Yazar zina suçunu “*Genel Ahlak, Aile Düzeni ve İnsan Onuruna Karşı Suçlar*” başlığı altında ele almıştır.); Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Konya: Mimoza, 2014) s. 230 – 232.

⁵² Avcı, “*Özel Hükümler*”, s. 198; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002) s. 436; Avcı, “*Suçlar ve Cezalar*”, s. 161.

⁵³ Avcı, “*Suçlar ve Cezalar*”, s. 161–162.

⁵⁴ Avcı, “*Suçlar ve Cezalar*”, s. 162; Avcı, “*Özel Hükümler*”, s. 231; Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, “*İslâm – Türk Hukukunda Eksogami*”, İÜHFİM, C. XIII, Sa. 2, İstanbul 1947, s. 690.

⁵⁵ Semavi dinler kavramı İslamiyet'te, Musevilik, Hıristiyanlık ve İslam dinlerini ifade etmek üzere kullanılan bir terimdir. Esasen semavi dinler, yalnızca bu dinler ile sınırlı olmayıp, günümüzde unutulmuş olsa da tek tanrılı olan ve buyrukların Tanrı tarafından gönderildiğine inanan tüm dinleri ifade etmektedir. Musevilik, Hıristiyanlık ve İslam dinlerini ifade etmek üzere, İbrahimî Dinler kavramının kullanılması mümkün olmakla beraber, günümüzde literatürde yerleşmiş bir kavram olması dolayısıyla semavi dinler kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Bkz. https://tr.wikipedia.org/w/index.php?title=%C4%B0brahim%C3%AE_dinler&redirect=no.

Dünya üzerinde çok sayıda din bulunmakta, her birinin dünyayı, yaşamı, ölümü ve ölümden sonrasını algılayış biçimleri farklılık göstermektedir. Bu çalışmada, fücürün dinlerdeki yeri bakımından, dünya üzerinde yoğun biçimde kabul görmüş, kitabı ve peygamberi olan tek tanrılı, semavi dinlerin incelenmesi ile yetinilecektir. Bu bağlamda sırasıyla Musevilik, Hristiyanlık ve İslam dinleri bakımından açıklamalarda bulunulacaktır.

Bu dinlerin kaynaklarında, terminolojik olarak “ensest” veya “fücür” kavramları kullanılmamıştır ve fücür yasağının daha ziyade “yasak ilişkiler” ya da “evlenme yasakları” şeklinde tezahür etmiş olduğu görülmektedir. Söz konusu dinlerin hepsinde fücür bir yasak olarak kabul edilmekte ve bu yasağın kimler arasında geçerli olduğu da tek tek sayılmak suretiyle belirtilmektedir.

Kutsal kitapların bap ve ayetlerinde evlenme yasakları yahut yasak ilişkiler şeklinde getirilen düzenlemelerin yanı sıra, önceki toplumlarda yaşanmış, dinen kabul görmeyen bir takım olaylar da anlatılmakta ve bu olaylardan çıkarılması gereken sonuçlar aktarılmaktadır.

2. Musevilik

Musevilerin kutsal kitabı Tevratın⁵⁶ Levililer Bölümü Bap 18’de “yasak ilişkiler” başlığı ile fücür yasaklanmıştır⁵⁷. Yasak ilişkiler başlığı altında, bir erkeğin kimlerle ilişki kurmasının yasak olduğu tek tek belirtilmiştir. Her ne kadar getirilmiş olan yasaklar erkekler bakımından kaleme alınmış ise de, dolaylı olarak ilişkinin karşı tarafını teşkil eden kadınlar bakımından da bu yasakların söz konusu olduğu açıktır.

Bir kimsenin annesi, babası, kızı, torunu (kız), üvey annesi, üvey kız kardeşi, babasının karısının kızı, bir kadının hem kendisi hem de kızı, bir kadın hem kendisi hem de onun torunu (kız), teyzesi, halası, yengesi (amca veya dayısının karısı),

⁵⁶ Tevrat, esasen Tanah ve Eski Ahit’in ilk beş kitabına verilen addır, Musa’nın Beş Kitabı olarak da bilinir, ancak bazen Tanah’ın tamamını ifade etmek için de kullanılır. Bkz. <<http://tr.wikipedia.org/wiki/Tevrat>> (Erişim Tarihi: 25.06.2015). Literatürde yerleşmiş bir kavram olması dolayısıyla Tevrat terimi kullanılmıştır.

⁵⁷ Eski Ahit Levililer Bap 18 <https://tr.wikisource.org/wiki/Eski_Ahit/Levililer/BAP_18> (Erişim Tarihi: 25.06.2015).

gelini, kardeşinin karısı, boşanmış olsalar dahi karısı yaşadığı müddetçe karısının kız kardeşi ile cinsel ilişki kurması yasaklanmıştır⁵⁸.

Bunun yanı sıra, Hahamlar tarafından bu listede belirtilenlere ek olarak, bir takım yasaklar getirilmiştir. Bunlara *ikincil yasaklar* denilmekte ve buna göre, bir kimsenin büyükannesi, erkek kardeşi, büyük-büyükannesi, büyükbabasının karısı, büyük-büyükbabasının karısı, torununun karısı ile evlenmesi yasaktır. Ayrıca, aralarında biyolojik bağ bulunmamasına rağmen, kendisiyle beraber büyüyen evlatlık kardeşi ile evlenmek de yasaklanmıştır⁵⁹.

Musevilikte yasak ilişkiler, fücür ve evlenme yasakları ile sınırlı olmayıp, homoseksüel ilişkiler ve zina da bunlar arasında sayılmaktadır. “Yasak İlişkiler” başlığının altında, hayvanlarla cinsel ilişki kurulması “*sapıklık*” olarak nitelendirilerek hayvansevencilik (zoofili); bir kadınla olduğu gibi erkeklerle birlikte olunmaması gerektiği yönünde ifadelere yer edilerek de homoseksüellik yasaklanmıştır⁶⁰.

Bu bakımdan Musevilikte, Lut ve kavmi önem arz etmektedir, öyle ki eşcinsellik Arapça’da “lütlik” olarak ifade edilmektedir⁶¹. Kutsal kitaplarda Lut ve kavmine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir ve Lut kavminin cinsel ve ahlaki sapkınlıkları nedeniyle helak edildiği belirtilmektedir. Lut kavmi olarak bilinen Sodom şehri sakinleri, adaletsizlikleri ve cinsel sapkınlıkları ile bilinen bir kavim olarak tasvir edilmiştir⁶².

Buna göre, Sodumlular, her şeyden önce, adaletsizlikleri ile ün salmış bir kavimdir, bunun yanı sıra homoseksüelliğe yöneldikleri ve fücür gerçekleştirdikleri de belirtilmektedir. Kur’an’da belirtildiği üzere, Lut peygamber Sodumluları sapkınlıklarından geri dönmeleri için uyarılmış ve Tanrı da ona bu hususta yardımcı olmaları için melekler göndermiştir. Ancak kavmi, Lut peygambere kızıp

⁵⁸ < http://en.wikipedia.org/wiki/Forbidden_relationships_in_Judaism > (Erişim Tarihi: 25.06.2015).

⁵⁹ < https://en.wikipedia.org/wiki/Forbidden_relationships_in_Judaism > (Erişim Tarihi: 25.06.2015).

⁶⁰ Eski Ahit Levililer Bap 18 <http://4kitap.tr.gg/T.ue.rk%E7e-Tevrat.htm> (Erişim Tarihi: 25.06.2015).

⁶¹ Esasen kavmine bu konuda karşı çıkan Hz. Lut’un adından türetilerek ortaya çıkmış lütlik ifadesinin, alçaltıcı bir durum olduğundan bahisle, eşcinsellik kelimesi yerine kullanılmasının doğru olmayacağı yönünde bkz. Faruk Tuncer, “Hz. Lût’un Kavmine Karşı Kızılarını Sunmasının Anlamı”, İÜİFD, 2012, Sa. 26, s. 112.

⁶² Mehmet Katar, “Tevrat’ın Lut Kıssası Üzerine Bir Araştırma”, AÜİFD XLVIII, 2007, Sa. 1, s. 60 vd. ; Tuncer, s. 113.

misafirlerini kendilerine teslim etmesini istemişlerdir⁶³. Bunun üzerine melekler Sodomluların gözlerini kör etmişler ve böylece hiçbiri evin kapısını bulamamıştır. Melekler Lut peygambere, Sodom şehrindeki herkesin ve şehrin yerle bir edileceğini, şehri terk etmesini ve hiçbir surette arkasına bakmamasını buyurmuştur. Lut karısı, kızları ve damatlarına durumu izah etmiş, ancak damatları söylediklerine inanmamışlardır. Böylece Lut, karısı ve iki kızı ile beraber, şehri terk etmek için yola koyulmuş, ancak karısı arkasına bakmış ve o anda tuz haline gelmiştir. Lut ve kızları Zoar'a vardıkları sırada, şehir ters düz edilmiş ve şehirle beraber kavim de helak edilmiştir⁶⁴.

Tevrat - Levililer Bölümü Bap 18'de, yasaklanan cinsel ilişkiler sayıldıktan sonra, bu davranışların sergilenmesi nedeniyle bütün ülkenin cezalandırıldığı, bu davranışları tekrarlayan başka uluslara da aynı şekilde yaklaşılabileceği, her kim bu davranışları gerçekleştirirse toplumdaki diğerlerinden uzaklaştırılacağı yönünde ifadeler ile Lut Kavmi gibi (sapkın) davranışlar sergileyen kavimlerin başından geçenlere gönderme yapılarak, söz konusu ilişkiler sert bir biçimde yasaklanmıştır⁶⁵.

Tevratta, fücra ilişkin en açık örnek ise, Lut ve kızları hakkında karşımıza çıkmaktadır. Buna göre Lut, kavminin helak edilmesinden sonra iki kızı ile beraber Zoar yakınlarındaki bir dağa yerleşmiştir. Bir süre sonra kızları, dağda başka erkek bulunmaması karşısında, soylarını devam ettirebilmek için babalarıyla ilişkiye girmeye karar vermişlerdir. Kızları babalarına şarap içirip onu sarhoş ettikten sonra, ilk gece büyük kız, sonraki gece de küçük kız babaları ile birlikte olmuştur. Bu birlikteliklerinden, Moab ve Ammon adlarında iki erkek çocuk dünyaya getirmişlerdir⁶⁶.

Konunun kutsal kitaplarda ele alınış biçimi incelendiğinde, Lut'un iyi bir insan olduğu, kızlarının kendisini sarhoş ettikleri ve yatıp kalktığına farkında

⁶³ Sodomlular, şehirlerine gelen yabancılara kötü davranmaları ile de bilinen bir kavimdir. Eşcinsel ilişkileri, her zaman zevk almak adına değil, karşılarındaki kişiyi aşağılamak için de kullandıkları söylenmektedir. Bu bağlamda Lut'tan misafirleri olan erkekleri kendilerine vermelerini istemelerinde, kimilerinin bu kimseleri aşağılamayı amaçladıklarından bahsedilmektedir. Bkz. Katar, s. 66.

⁶⁴ Katar, s. 65 vd.

⁶⁵ Eski Ahit Levililer Bap 18 <http://4kitap.tr.gg/T.ue.rk%E7e-Tevrat.htm> (Erişim Tarihi: 25.06.2015).

⁶⁶ Yaratılış 19: 30-36 <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Genesis+19> (Erişim Tarihi: 25.06.2015).

olmadığı yönünde ifadelere yer verilerek kızları ile cinsel ilişkiye girdiği sırada, bundan haberdar olmadığı hususlarına dikkat çekilmiştir⁶⁷.

3. Hristiyanlık

Hristiyanlar kutsal kitaplarını Yeni Ahit olarak kabul ederler. Musa peygambere gönderilen emirler Eski Ahit olarak adlandırılır ve Hristiyanlar Eski Ahit'te yer alan emirleri de inkar etmezler. Hristiyanlıkta kutsal kitabın ilk dört bölümü, yazarlarının adlarıyla anılan Matta, Markos, Luca ve Yuhanna İncil'lerinden oluşmaktadır. Bu dört İncil'den oluşan Yeni Ahit, İsa ve yaşamına ilişkin bilgiler içerir ve Kitab-ı Mukaddes'in ikinci kısmını oluşturur. İlk kısmını ise, Tevrat ve Zebur ile hemen hemen aynı olan Eski Ahit oluşturur. Bu bakımdan, yasak ilişkiler bakımından Musevilik'ten farklı bir düzenleme bulunmamaktadır⁶⁸.

Hristiyanlıkta da bir kimsenin, annesi, babası, kızı, torunu (kız), üvey annesi, üvey kız kardeşi, babasının karısının kızı, bir kadının hem kendisi hem de kızı, bir kadın hem kendisi hem de onun torunu (kız), teyzesi, halası, yengesi (amca veya dayısının karısı), gelini, kardeşinin karısı, boşanmış olsalar dahi karısı yaşadığı müddetçe karısının kız kardeşi ile cinsel ilişkiye girmesi yasaktır⁶⁹.

Lut ve kızları arasındaki fücra ilişkin anlatılar da aynı şekilde muhafaza edilmiştir⁷⁰.

4. İslâmiyet

Müslümanlar, İslâmiyet'in tüm insanlara geldiği ve Hz. Muhammed'in son peygamber olduğu inancına sahiptirler ve kutsal kitapları Kur'an-ı Kerim'dir. Kur'an-ı Kerim'i diğer kutsal kitaplardan ayıran en önemli özelliği ise, günümüze kadar bozulmadan gelmiş olduğu inancıdır. Örneğin, Lut ve kızları arasındaki fücra ilişkilerinin ve bu ilişkiler sonucu dünyaya gelen Moab ve Ammon kardeşler

⁶⁷ Yaratılış 19: 33, 35.

⁶⁸ <https://tr.wikipedia.org/wiki/İncil> (Erişim Tarihi: 25.06.2015).

⁶⁹ Eski Ahit Levililer Bap 18.

⁷⁰ Bkz. Birinci Bölüm, III., E., 2.

hakkındaki bölümlerin, bu kimseler ve onların soylarından gelenleri aşağılamak amacıyla Tevrat'a sonradan eklendiğine dair iddialar ileri sürülmüştür⁷¹.

Fücur, İslâmiyet'te de yasaklanmıştır ve Kur'an'daki çeşitli ayetlerde bu yasak dile getirilmiştir. Diğer kutsal kitaplardan farklı olarak, Kur'an'da fücur yasağı, cinsel ilişkiye girilmesi yönünde bir yasak olmaktan çok evlenme yasakları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Nisâ Suresi 23'te evlenmeleri haram kılınanlar sayılmıştır. Ayet'te, aralarında evlenme yasağı bulunan akrabalar sıralanmıştır. Buna göre, bir kimsenin annesi, kızı, kız kardeşi, halası, teyzesi, erkek veya kız kardeşinin kızı (yeğeni), süt annesi, süt kız kardeşi, karısının annesi (kayınvalidesi), anneleri ile ilişkiye girmiş olmak koşuluyla aynı çatı altında yaşayan üvey kızı, oğlunun karısı (gelini) ve aynı anda iki kız kardeş ile evlenmesi haram kılınmıştır⁷².

Benzer şekilde, Nisâ Suresi 22. Ayet, geçmişte yaşananları hariç tutarak, bundan sonra bir kimsenin babasının evlendiği bir kadınla evlenmemesi gerektiği buyrulmuş, bu tür bir davranışın kin, öfke ve nefret uyandırdığı belirtilmiştir⁷³.

Kur'an-ı Kerim'de, peygamber olarak nitelendirilen Lut ve kavminin helâk edilişi de anlatılmıştır. Kur'an'daki ayetlere bakıldığında, Sodomlu erkeklerin, fücordan ziyade homoseksüel davranışlar sergilediği sonucu çıkmaktadır. Söz konusu ayetlerde bu kimselerin, eşlerini bırakarak erkeklere yönelmelerine ilişkin ifadeler yer almaktadır. Fücura ilişkin açık bir ifade bulunmamakla birlikte, Lut kavminin genel olarak adaletsiz ve sapkın olmasından hareketle fücur niteliğinde davranışlar göstermiş olabilecekleri yönünde çıkarımlar bulunmaktadır⁷⁴.

Buna karşılık Lut, İslamiyet'te peygamber olarak kabul edilmiş ve kızları ile fücur kapsamında ilişki kurup kurmadığı bakımından bir açıklamaya yer verilmemiştir. Pek çok yazar, Peygamber hakkında böyle bir ilişkinin bir ilahi kitapta yer almasını kabul edilmez bulmakta ve bu tür anlatıların, söz konusu kitapların,

⁷¹ Katar, s.70 vd.; Tuncer, s. 130-131.

⁷² Elmalılı Hamdi Yazır, *Yüce Kur'an-ı Kerim ve Açıklamalı Türkçe Meâli* (İstanbul: Burhan Yayın Dağıtım), s. 82 (Cüz: 5, Süre: 4, Nisâ Suresi 23. Ayet).

⁷³ Yazır, s. 82 (Cüz: 5, Süre: 4, Nisâ Suresi 22. Ayet).

⁷⁴ Katar, s. 60 – 61.

günümüze kadar değişmeden gelemediğinin bir kanıtı olduğunu ileri sürmektedirler⁷⁵.

IV. Fücür Yasağının Temelleri

A. Genel Olarak

Bir şeyin yasaklanması, onun tabu olmasından ileri gelir, dolayısıyla yasak ve tabu kavramları birbirleri ile sıkı bir ilişki içerisindedir. Fücürün yasaklanması da, bunun bir tabu olmasından ileri gelmektedir. Bir tabunun ve bunun sonucu olarak ortaya çıkan bir yasağın anlaşılabilmesi için bu yasağın mantığının, amacının ve işlevlerinin ortaya konulması gerekir⁷⁶.

Psikoloji, sosyoloji, antropoloji, genetik gibi sayısız bilim dalı tarafından açıklanmaya çalışılan fücür yasağının, bilime bu denli konu olması, bu yasağın insanoğlunun sahip olduğu az sayıda genel kuraldan biri olmasıyla ve şüphesiz cinselliğin insan yaşamındaki önemi ile sıkı ilişkilidir. Fücür yasağının sosyolojik, biyolojik ve psikolojik temellendirmelerinin bulunması, bu yasağın, yalnızca ahlaki bir yasaktan öte bir anlamının bulunduğuna işaret etmektedir⁷⁷.

Fücür yasağını açıklamaya çalışan görüşlerin başlıca ikiye ayrıldığı söylenebilir; bunlardan bir kısmı yasağın nedenlerini ortaya koyarken, bir kısmı da işlevlerini açıklamaya yönelmiştir. Bu bağlamda fücür yasağının nedenlerini ortaya koyan teoriler, bu yasağın mantığını, nereden geldiğini ve faydalarını açıklamaya çalışırken; fücür yasağının işlevlerini açıklamaya çalışan teoriler ise fücür tabusunun toplumsal yaşamda ne şekilde işlediğini ve bunun toplum üzerindeki etkilerini değerlendirmektedir⁷⁸.

⁷⁵ Tuncer, s. 131.

⁷⁶ Karst, s. 49.

⁷⁷ Karst, s. 49.

⁷⁸ Karst, s. 49.

B. Fücür Yasağının Nedenlerini Açıklayan Görüşler

1. Sosyokültürel Yaklaşımlar

Sosyokültürel yaklaşımlar bakımından, başlıca üç temellendirme yapıldığı söylenebilir. Buna göre fücür tabusu, bazı yazarlarca yalnızca sosyokültürel sebeplere dayandırılmış, bu yasağın eğitim ve yetiştirme sonucu öğrenilen bir davranış olduğu ileri sürülmüştür. Bazı yazarlar tarafından ise, doğuştan gelen bir davranış biçimi olarak insanların yakın akrabaları ile cinsel ilişki yaşama fikrine tiksinti ile yaklaştığı, yani fücür yasağının doğadan kaynaklandığı, doğal bir tiksintiden ileri geldiği kabul edilmektedir⁷⁹. Üçüncü yaklaşımda ise, ensest yasağının doğal bir olgudan ileri gelen sosyal bir kural olduğundan hareketle karma bir görüş benimsenmektedir⁸⁰.

Doktrinde ağırlıklı olarak, fücür yasağının, egzogami kuralı ile sıkı bir ilişki içerisinde bulunduğu kabul edilmektedir. Egzogami kuralına göre, bir kimse kendi klanı veya grubu içerisinde biriyle evlenemez. Özellikle eski toplumlarda bir mübadele aracı olarak görülen kadınların evlenme yolu ile bir başka grup yahut klana katılması ile toplumlar arası ilişkilerin geliştirilmesinin amaçlandığı ileri sürülmekte, bunun uzak bir sonucu olarak da fücür yasağının ortaya çıktığı savunulmaktadır⁸¹.

Fücür yasağını tamamen sosyokültürel temelle dayanarak açıklamaya çalışan başlıca yazarlar; Lubbock, McLennan, ve Spencer'dır⁸².

Lubbock ve Spencer'ın görüşleri, fücür yasağını açıklamaktan ziyade egzogami kuralının temellendirilmesine yöneliktir. Buna göre, fücür yasağı egzogami kuralından ileri gelmektedir ve kadınların savaş zamanlarında ganimet olarak alınması da, egzogami kuralının temelini oluşturmaktadır. Kadınların ganimet olarak kabul edilmeleri, onların kamu malı olarak kullanılmaları şeklinde değil de, bir eş edinmeye hizmet etme şeklinde tezahür etmiştir.⁸³

⁷⁹ Jörg Klein, *Inzest: Kulturelles Verbot und natürliche Scheu*. (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1991). s. 13; Can, "Cinsel Suçlar", s. 26-27.

⁸⁰ Karst, s. 50; Lévi-Strauss, *Die elementaren Strukturen der Verwandtschaft*, Übersetzt von Eva Moldenhauer (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981) s. 66.

⁸¹ Karst, s. 50; Can, "Cinsel Suçlar", s. 27-28.

⁸² Lévi-Strauss, s. 67; Karst s. 50; Klein, s. 28 – 35; Can, "Cinsel Suçlar", s. 29.

⁸³ Franz Palmen, *Der Inzest (Eine strafrechtlich-kriminologische Untersuchung)*, Köln 1968

McLennan'a göre ise, egzogami kuralının kaynağı, kız çocuklarının öldürülmesine dayanan gelenektir. Buna göre, çok eski dönemlerde kız çocuklarının öldürülmesi yaygın bir gelenektir ve bu durum aile/klan içerisinde kadınların sayısının azalmasına sebep olarak, ailelerin kendi içlerinde çok eşliliğe yönelmelerine ve kadınların dışarıdan ganimet olarak alınmasına yol açmıştır⁸⁴. McLennan'ın teorisi, doktrinde ağır şekilde eleştirilmiştir⁸⁵.

Görüldüğü üzere bu görüşler, fücür yasağından ziyade, egzogami kuralını açıklamaya yönelmişlerdir. Bu nedenle, niçin bir kimsenin aynı soydan gelen birini eş edinemediğini açıklamak konusunda yetersiz kaldıkları ileri sürülmektedir⁸⁶.

Fücür yasağını sosyokültürel nedenlere dayandıran görüşlerden biri olan ve fücür yasağının nedenini açıklamaya yönelik bir başka görüş, sosyolog Durkheim tarafından ortaya atılmıştır. Durkheim, fücür yasağının, dış evlilik kurallarının günümüze yansımaları olduğunu ileri sürmektedir⁸⁷.

Avustralya yerlileri üzerinde çalışmalar yürüten Durkheim'a göre yerliler, dini inanışları gereği, bireyin klana üyeliği ve totemi konusunda öz kimliğe çok önem vermektedirler. Buna göre kan, klan ile ona üyelik bakımından kutsal bir sembol olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan kadınların menstruasyon kanı da büyük önem taşımaktadır. Kendi klanından bir kadın ile beraber olmak, kendi kanı ve totemi ile ilişkiye girmek anlamına gelecektir. Bu nedenle bireyler, kendi klanı dışından bir kimse ile evlenmek zorundadırlar⁸⁸.

(Yayımlanmamış Doktora Tezi) s. 18 – 19; Karst, s. 50.

⁸⁴ Palmen, s. 19; Karst, s. 51.

⁸⁵ Palmen, s. 19; Karst, s. 51.

⁸⁶ Karst, s. 51.

⁸⁷ Emile Durkheim, *La prohibition de l'inceste, L'Année sociologique* C. 1, (Paris: ---, 1898), Akt. Karst, s. 51; Can, "Cinsel Suçlar", s. 31.

⁸⁸ Karst, s. 52; Sigmund Freud, *Totem ve Tabu*, Çev. Akın Kanat (İzmir: İlya İzmir Yayınevi, 2014) s. 56 – 58.

Çalışmalarını yalnızca Avustralya yerlileri üzerinde gerçekleştirmesine rağmen, bu çalışmalarla evrensel bir takım sonuçlara varmış olması nedeniyle Durkheim, doktrinde eleştirilmiştir⁸⁹.

Fücur yasağını tamamen sosyokültürel temellere dayandıran görüşleri eleştiren, Lévi-Strauss'a göre, bu yasak ne tam olarak doğal bir olgudur ne de tamamen kültürel. Bu ikisinin bir karışımı da değildir. Fücur yasağı, doğa ile kültür arasında bir yerde yer almaktadır. Fücur yasağının “evrensel” oluşu, onun doğal bir niteliği olduğuna işaret ederken, bir “yasak” oluşu ise kültürel niteliğini ortaya koymaktadır⁹⁰.

Lévi-Strauss'a göre, evlenme kurallarının temelinde, kadınların ganimet olarak alınması değil, mübadele aracı olması yer almaktadır. Zira mübadele, besin maddeleri ve eşyalar gibi değer biçilebilen unsurların yanı sıra, değer biçilemeyen unsurlar olarak kadınları da kapsar⁹¹.

Topluluklar arasında kadınların değiş tokuş edilmesi, evliliğin yanı sıra daha uygun/ucuz bir mübadele döngüsünün başlatılması veya var olan döngünün devamı bakımından önemli bir rol oynamaktadır⁹².

Evlenme kuralları ve özellikle de fücur yasağı, bu mübadeleyi sağlamak amacıyla hizmet etmektedir. Bu bağlamda fücur yasağı, bir kimsenin annesi, kız kardeşi veya torunu ile evlenmesini engelleyen bir “yasak” olmaktan ziyade, onları bir başkasına vermeye zorlayan bir “kural” niteliği taşımaktadır⁹³. İttifak teorisi (Allianzthese) olarak da anılan bu görüşe göre, fücur yasağı ile amaç, çekirdek aileyi korumak değil, aileler/klanlar arasında sıkı ilişkiler kurmaktır⁹⁴.

Benzer bir görüş ise, sosyolog Helmut Schelsky tarafından ortaya atılmıştır. Ona göre de, fücur yasağı, evlenme kuralları ile ilişkilidir. Bu yasak, tüm toplumlarda kooperatif yaşam ve ailelerin birliğini sağlamak için gerekli görülen,

⁸⁹ Lévi-Strauss, s. 67-68. Avustralya yerlilerine ilişkin olarak ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Freud, “*Totem ve Tabu*”, s. 56 vd.

⁹⁰ Lévi-Strauss, s.73.

⁹¹ Lévi-Strauss, s. 121.

⁹² Lévi-Strauss, s. 121.

⁹³ Lévi-Strauss, s. 106, 643.

⁹⁴ Klein, s. 21 vd. ; Karst, s. 53.

sosyal bir kural olan dış evlilik kuralının (egzogami) negatif yönünü temsil eder. Schelsky'ye göre, biyolojik aile fertlerinin birbirleri ile evlenmelerine izin veren bir evlenme kuralının varlığı, söz konusu ailenin eninde sonunda izole olmasına ve varlığının tehlikeye düşmesine sebep olacaktır⁹⁵.

2. Biyolojik Yaklaşımlar

Ensest yasağının sosyo-kültürel etkilerden kaynaklanmadığını, aksine bunun doğal zorunluluk olduğunu ileri süren görüşler de vardır. Bunun ilk ve en büyük savunucusu Westermarck'tır⁹⁶.

Westermarck'a göre, insanın doğasında, birlikte büyüdüğü, gençlik ve çocukluk yıllarında birlikte yaşadığı kimselerle cinsel ilişki yaşamak konusunda doğuştan gelen bir tiksinti bulunmaktadır. İnsanlar, kan bağı bulunan akrabaları ile cinsel ilişkiye girmek hususunda nefret ve tiksinti duygularına doğal olarak sahip olurlar. Bu durum ayrıca bireylerde, birlikte yaşayan yakın akrabalara karşı zamanla "libidonun körelmesi"ne yol açmaktadır⁹⁷.

Westermarck'ın da savunduğu "kanın sesi" olarak da ifade edilen teoriye göre, insan doğasında doğuştan bulunan yakın akrabaları ile cinsel ilişkiye girme tiksintisi nedeniyle, insanlar kendiliğinden bu tür ilişkilere girmeyecektir⁹⁸.

Buna karşılık bu yaklaşım, akraba olduklarını bilmeden cinsel ilişkiye giren kimselerin bu kan sesini niçin duymadıklarını ve insan doğasında fücra karşı tiksinti bulunmasına rağmen, niçin toplumlarda fücür yasağı kurallarının öngörülmüş olduğunu açıklayamamış olması nedenleriyle öğretide ağır şekilde eleştirilmiştir⁹⁹.

3. Psikolojik Yaklaşımlar

Fücür tabusunun temeli konusunda çok tartışmalı olan bir teori, psikanalizmin kurucusu Sigmund Freud tarafından ileri sürülmüştür. Freud'un teorisi, nevrotik hastalar hakkında yapmış olduğu çalışmalar ve deneyimleri ile

⁹⁵ Palmen, s. 20; Klein, s. 25; Karst, s. 53.

⁹⁶ Can, "Cinsel Suçlar", s. 26.

⁹⁷ Palmen, s. 9; Karst, s. 61.

⁹⁸ Palmen, s. 9; Karst, s. 61; Can, "Cinsel Suçlar", s. 27.

⁹⁹ Karst, s. 61; Can, "Cinsel Suçlar", s. 27; ayrıca bkz. Lévi-Strauss, s. 19 – 21.

Robertson Smith ve Darwin'in görüşlerinin birbirleriyle etkileşimi neticesinde ortaya çıkmıştır¹⁰⁰.

Freud'un fücür tabusunun temelini açıklamaya çalıştığı meşhur "Oedipus Kompleksi" görüşünden önce ileri sürdüğü bir başka görüş ise "Baştan Çıkarma Kuramı" dır. Bu kuramında Freud, çocukluklarında yetişkinler tarafından cinsel istismara uğrayan ve bu nedenle histerileri olan nevrotik hastaları üzerinde yapmış olduğu araştırmaları temel almaktadır¹⁰¹. Ancak sonraları bu teorisinden vazgeçerek, Oedipus kompleksi kuramını ortaya koymuştur.

Bazı sosyologlar ve etnologlar, insanoğlunun yoğun cinsel dürtüleri arasında fücür arzusunun doğuştan yer aldığını ileri sürmektedirler. Buna göre bu arzu, tüm kültürlerde yer alan katı fücür yasağına rağmen varlığını sürdürmektedir¹⁰².

Freud'a göre ise, fücür ürkekliği doğuştan gelen bir duygu değildir¹⁰³. Freud, bu kuramını açıklarken Darwin'in araştırmalarından da yararlanmıştı. Darwin, gelişmiş maymunların yaşamsal alışkanlıklarına ilişkin yaptığı araştırmalardan hareketle, ilkel çağlarda insanların da küçük topluluklar halinde yaşadıklarını, her erkeğin tek bir kadına sahip olduğunu ortaya koymuş, böylelikle tek eşliliğin ilkel çağlarda da var olduğunu ifade etmiştir. Güç kazandığı takdirde bir erkeğin birden fazla kadına sahip olabildiğini ve bu kadınları kıskançlık duyguları ile diğer erkeklerden sakındığını belirtmiştir. Her toplulukta güçlü ve yaşlı tek bir erkek bulunduğunu, gençlerin büyüdüklerinde güçlenerek bu erkeği kaçırmak veya öldürmek suretiyle önderliği ele geçirdiğinden bahsetmiştir. Genç ve güçsüz erkeklerin ise, kıskançlık nedeniyle topluluktan uzaklaştırıldıklarını, onların da başka kadınlarla birleşmeleri ile egzogaminin gerçekleştiğini ve aile içinde yaşanacak fücürün önlenmiş olduğunu belirtmektedir¹⁰⁴.

Yunan mitolojisinde bilmeden öz babasını öldüren ve bunun akabinde öz annesi ile evlenerek, ondan çocukları olan, kral Oedipus'un

¹⁰⁰ Karst s. 54.

¹⁰¹ Karst s. 54.

¹⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. Klein s. 14

¹⁰³ Freud, "Totem ve Tabu", s. 218.

¹⁰⁴ Freud, "Totem ve Tabu", s. 220 – 221.

hikayesinden¹⁰⁵esinlenerek adlandırılan teoriye göre, belli bir yaştan sonra çocuklarda karşı cinsteki ebeveynlerine yönelik yoğun bir cinsel arzu oluşmaktadır. Özellikle de erkek çocuklar, babalarını anneleri ile olan ilişkileri bakımından büyük bir rakip olarak görmektedirler. Bu duygular tüm çocuklarda, fallik dönem (3-5 yaş arası) olarak adlandırılan süreçte ortaya çıkmaktadır. Fallik dönemdeki çocuklar, karşı cinsteki ebeveyne karşı duydukları bu ilgi nedeniyle, hemcinsleri olan ebeveynlerini aradan çıkarma isteğine sahiptirler¹⁰⁶.

Ancak bir süre sonra çocuğun, bu ilgisinde azalma gözlenmekte ve nihayetinde, bu çocuksu arzu ortadan kalkmaktadır. Bu arzunun ortadan kalkmasının sebebi, Freud'a göre, çocukların hemcins ebeveynleri tarafından cezalandırılacağı, hatta erkek çocuklarda babası tarafından hadım edileceği korkusudur. Erkek çocuklar, kız çocuklarının penisleri olmadığını fark ettiklerinde, onların daha önceden hadım edildiği fikrine kapılmakta ve bu durum korkularının derinleşmesine yol açmaktadır. Bu korku zamanla, çocuktaki ensest duygularının ortadan kalkmasına ve Oedipus karmaşasının sona ermesine sebep olmaktadır. Bu süreç, çocuktaki cinsel arzuların bir duraklamaya uğradığı, "uyuklama evresi" olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁷.

Freud, Oedipus kompleksi ile ilgili çalışmalarıyla elde ettiği sonuçlara göre, bunun kız çocuklarında, erkek çocuklarda olduğu kadar yoğun bir düzeyde bulunmadığını gözlemlemiştir¹⁰⁸.

Freud'a göre, kız çocukları bakımından da bir fallik dönem söz konusudur ve her ne kadar erkek çocuklarından farklı göründüklerini fark etseler de, hadım edilme kompleksi onlar için de geçerlidir. Zira bir şekilde, bu farklılığın bir eksiklik olduğu fikrine kapılıp, bunun bir kusur ve bir değersizlik göstergesi olduğunu düşünürler. Bu da kız çocuklarında Freud'un ifadesiyle "penis kıskançlığı"na yol açar. Bunun

¹⁰⁵ Oedipus'un hikayesine tariheye ilişkin kısımda yer alan "Mitoloji" başlığında yer verilmiştir. Bkz. Birinci Bölüm, III., B., 9.

¹⁰⁶ Sigmund Freud, *Sevgi ve Cinsellik Üzerine* (İzmir: İlya İzmir Yayınevi, 2014) s. 163.

¹⁰⁷ Freud, "*Sevgi ve Cinsellik*", s. 172 – 174.

¹⁰⁸ Karst s. 57.

yanı sıra, kız çocukları “organ”larını hadım edilmiş oldukları için kaybettiklerine inanırlar¹⁰⁹.

Bu noktada, erkek çocukları ile kız çocukları arasında bir farklılık söz konusudur. Zira kız çocukları, hadım edilmeyi geçmişte yer alan bir gerçek olarak kabul ederlerken, erkek çocukları bunun gerçekleşme ihtimalinden korkmaktadırlar¹¹⁰.

Nihayetinde, Oedipus kompleksinin üstesinden gelme ile, “süper ego” veya “üst benlik” olarak adlandırılan bireysel bir vicdan olgusu gelişir. Freud’a göre hem Oedipus kompleksi hem de üst benliğin gelişim süreçleri kalıtsaldır. Zira üst benlik, değişmez değer yargılarının gelecek nesillere aktarılması bakımından bir taşıyıcı görevi görür¹¹¹.

C. Fücür Yasağının İşlevlerini Açıklayan Görüşler

Fücür yasağının kaynağını açıklamaya çalışan teorilerin yanı sıra, bu yasağın işlevlerini ve gerekliliğini ortaya koymaya çalışan teoriler de bulunmaktadır.

Fücür yasağının işlevlerinden biri, aile bireyleri arasında oluşabilecek cinsel rekabet ve kıskançlık duygularını engellemek, bu sayede de ailenin parçalanmasını önlemektir¹¹².

Fücür yasağının bir başka işlevinin ise, aile bireylerinin toplumsal rollerinin zarar görmemesi, aile fertleri arasında yaşanabilecek bir rol çatışmasının önüne geçilmesi olduğu kabul edilmektedir. Aile fertlerinin hem kardeş, ebeveyn veya evlat kimliklerini hem de cinsel partner ya da eş rollerini üstlenmeleri halinde, bu bireyler arasında karşılıklı olarak bir rol çatışması yaşanacağı belirtilmektedir¹¹³.

¹⁰⁹ Freud, “*Sevgi ve Cinsellik*”, s. 174 – 175.

¹¹⁰ Freud, “*Sevgi ve Cinsellik*”, s. 175.

¹¹¹ Freud, “*Sevgi ve Cinsellik*”, s. 175.

¹¹² Bronislaw Malinowski, *Sex and Repression in Savage Society* (London: Percy Lund and Humpiries & Co. Ltd., 1937), Akt. Klein s. 16 – 17; ayrıca Malinowski’nin görüşlerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cahit Can, “*Sosyal Gerçeklik, Sosyo-Kültürel Etkenler ve Psikanaliz Bağlamında Cinsel Suçun Konumu*”, Prof. Dr. Hâmede Topçuoğlu’na Armağan, AÜHF Yayın No.: 498 (Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1995) s. 101 – 106; Palmen, s. 16.

¹¹³ Klein, s. 16 – 17.

Aile bireyleri arasındaki rol çatışmasının ise iki olası sonucu vardır; ya her iki rolü de taşımaya devam edecekler ve büyük bir rol karmaşası içine düşecekler ya da sahip oldukları rollerden birini yitireceklerdir. İlk durumda, birleşen roller birbirlerine büyük ölçüde zarar verecektir. İkinci durumda ise, bireyler büyük olasılıkla, alışıla gelmiş şekilde ebeveyn, çocuk veya kardeş olarak görülmek yerine, cinsel partner veya eş olarak algılanacaktır¹¹⁴.

Aile, toplumun temel taşı oluşturmakta, çocukların yetiştirilmesinin ve kültürün sonraki nesillere aktarımının sağlanmasında en önemli unsuru teşkil etmektedir. Ayrıca aile bağları, diğer toplumsal bağların da temelini oluşturur. Bu nedenlerle, ailenin ve dolaylı olarak da toplumun varlığı bakımından fücür yasağı büyük önem taşımaktadır.

¹¹⁴ Klein, s. 17 – 19.

İKİNCİ BÖLÜM

MUKAYESELİ HUKUKTA FÜCUR

I. Genel Olarak

Tezin bu bölümünde, rızaya dayalı olmayan fücra ilişkin düzenlemelerinin yanı sıra, rızaya dayalı fücurun da bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiği hukuk sistemlerinden örnekler verilerek, rızaya dayalı fücür suçunun bu hukuk sistemlerinde ne şekilde ele alındığına ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

Mukayeseli hukukta ergin aile bireyleri arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkileri ifade etmek üzere kullanılan terminoloji çeşitlilik göstermektedir. Bu tür ilişkileri belirtmek üzere, İtalya’da “*Incesto*”; Fransa’da “*Inceste*”; İsviçre’de “*Inzest*”¹¹⁵; Almanya’da “*Blutschande*”, “*Beischlaf zwischen Verwandten*”, “*Inzest*”; Avusturya’da “*Blutschande*”; İngiltere’de “*Incest*”, “*Sex with an Adult Relative*”; Türkiye’de ise, mevcut düzenlemede rızaya dayalı fücür suçu bağımsız bir suç tipi olarak TCK’da öngörülmemiş olsa da öğretide, “*Fücür*” ve “*Ensest*” kavramları kullanılmaktadır.

Ergin aile fertlerinin aralarındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiler, tüm hukuk sistemlerinde cezalandırılmamaktadır. Kimi hukuk sistemleri, bu tür ilişkileri ağır yaptırıma tabi tutarken, kimisi cezai bir müdahalede bulunmamaktadır.

Almanya, Avusturya, İsviçre, İtalya, Şili, Avustralya, Danimarka, İngiltere, Yunanistan, Kanada, Polonya, Romanya, Macaristan, Amerika Birleşik Devletleri’ndeki pek çok eyalette ve Belçika’da ergin yakın akrabalar arasındaki

¹¹⁵ İsviçre’de, ergin aile bireyleri arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkileri cezalandıran İsviçre Ceza Kanunu’nun 213’ncü maddesinin başlığı, 23.06.1989 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan ve 1.1.1990’da yürürlüğe giren kanunla değişikliğe uğramış ve “*Blutschande*” ifadesi yerine, “*Inzest*” terimi kullanılmaya başlanmıştır. Değişiklik gerekçesinde bunun nedenleri, “*Blutschande*” ifadesinin olumsuz, kötü ve eski bir ifade olması ile “*Inzest*” kavramının mukayeseli hukukta kullanımının sıklığı olarak belirtilmiştir. Bkz. Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 23. Juni 1989, in Kraft seit 1. Januar 1990 (AS 1989 2449; BBl 1985 II 1009 (1049)).

rızaya dayalı fücür, suç olarak kabul ederek bu kapsama giren eylemler cezai yaptırıma bağlanmıştır¹¹⁶.

Buna karşılık, Çin, Hollanda, İspanya, Türkiye, Fransa, Rusya ve ABD'deki az sayıda eyalette ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı fücür eylemlerine ceza yaptırımını uygulanmamaktadır¹¹⁷.

Bununla birlikte, cezai müeyyide uygulamayan hukuk sistemlerinin, fücür olgularına tamamen yabancı oldukları da söylenemez. Zira bu hukuk sistemlerinin pek çoğunda, medeni hukuk yaptırımını olan evlenme engellerine ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır¹¹⁸.

Öte yandan, ergin aile fertleri arasındaki rızai cinsel ilişkileri cezalandıran hukuk sistemlerinde, bu suçun kapsamı bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Bu bölümde, yeri geldikçe farklılık arz eden hususlara da değinilmek suretiyle, söz konusu fiillere ilişkin olarak cezai yaptırım öngören hukuk sistemlerinden Almanya, Avusturya, İsviçre, Polonya, ve İtalya'dan bahsedilecektir. Ayrıca rızaya dayalı olmayan fücürü ilişkin güncel gelişmeler yaşanan Fransa'ya ilişkin açıklamalara da yer verilecektir.

Almanya'da büyük yankı uyandıran Leipzig'li kardeşler hakkında Alman Anayasa Mahkemesince verilen karara karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru yapılmıştır. Son olarak AİHM'nin konuya bakışını ortaya koyabilmek amacıyla söz konusu başvuruya ilişkin karar (Stübing vs. Germany) incelenecektir.

¹¹⁶ Hans-Jörg Albrecht, Ulrich Sieber, ed. *“Stellungnahme zu den Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern*, (Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht: Freiburg, 2007) s. 28 – 29; Yarsuvat, s. 162 – 163.

¹¹⁷ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 29 – 30.

¹¹⁸ AİHM'nin Stübing Almanya'ya Karşı Kararı, (App. No. 43547/08) paragraf 61.

II. Almanya

A. Alman Ceza Kanununda Fücür Suçu (StGB § 173)

1. Genel Olarak

Ebeveynler ile kardeşler arasındaki cinsel ilişkiler, Hristiyanlığın Almanya'ya gelişinden bu yana cezalandırılmaktadır¹¹⁹. Yüzyıllar boyunca rızaya dayalı fücür suçunun kapsamı bir takım değişikliklere uğramış ve çeşitli yönlerden daraltılarak günümüzdeki halini almıştır.

Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) bugünkü halinde, her ne kadar ebeveynlerin çocuklarını cinsel yönden istismar etmelerine karşı § 174'te "Himayesine Verilen Kimsenin Cinsel İstismarı" başlığı altında bir koruma öngörülmüşse de, ebeveynlerin çocuklarını himaye etme yükümlülüklerinden hareketle altsoy – üstsoy arasındaki fücür eylemleri kardeşler arasındaki fücür nazaran daha ağır cezalandırılmaktadır¹²⁰.

Başlarda rızaya dayalı fücür suçunun kapsamında bulunan kayın hısımları arasındaki cinsel ilişkilerin, zamanla kilisenin etkisinin azalması ve genel ahlaka dayalı koruma anlayışının yerini öjenik yaklaşımlara bırakması ile 18. yy. sonlarına doğru suç olmaktan çıkarılması yönünde bir eğilim ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda 1813 tarihli Bamberg Ceza Kanunu'nda fücürün bu türü cezalandırılmamıştır¹²¹. Daha sonra 1871 tarihli Reform Yasası (RStGB) ile kayın hısımlığı tekrar rızaya dayalı fücür suçu kapsamına alınmıştır¹²².

Nasyonal sosyalizm dönemine gelindiğinde ise, fücürün cezalandırılması öjenik temellere dayandırılmış ve 1938 tarihinde kanun koyucu, kayın hısımları arasındaki cinsel ilişkilerin cezalandırılmasına bir takım sınırlamalar getirerek bu eylemleri belirli koşullarda cezalandırma yoluna gitmiştir¹²³.

¹¹⁹ Sami Bdeiwı, *Beischlaf zwischen Verwandten (§ 173 StGB): Reform und Gesetzgebung seit 1870* (Berlin: De Gruyter, 2014) s. 12 – 13, 253; Sieber (Albrecht/Sieber), s. 15.

¹²⁰ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 15 (Altsoy – üstsoy arasındaki cinsel ilişkilerde üstsoy için 3 yıla kadar; kardeşler ve altsoy içinse 2 yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bkz. §173 StGB Abs. 1 ve Abs. 2).

¹²¹ Bdeiwı, s. 254.

¹²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Bdeiwı, s. 71 – 82.

¹²³ Bdeiwı, s. 154 – 155; 1938 tarihli StGB'nin "Genel Ahlaka Karşı Suçlar" Başlıklı 9. Bölümünde "Kayın Hısımları Arasındaki Cinsel İlişki" Başlığı altındaki § 214'te yer alan düzenlemeye göre,

1973 tarihli 4. Reform Yasası (4. StrRG) ile kayın hısımları arasındaki rızaya dayalı fücür, her koşulda suç olmaktan çıkarılmıştır¹²⁴. Tüm bu gelişmelere karşın, fücürün cezalandırılmasına yönelik eleştiriler sona ermemiştir. Doktrinde, nüfuzun kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen cinsel davranışların dışında kalan, karşılıklı rızaya dayanan cinsel ilişkilerin cezalandırılmasına şüphe ile yaklaşılmaktadır. Bazı Avrupa ülkelerinde aralarında kan bağı bulunan akrabalar arasındaki cinsel ilişkilerin suç sayılmamasına karşılık, Alman Ceza Kanunu'ndaki § 173 StGB düzenlemesi halen korunmaktadır ve bu güne kadar yasamanın rızaya dayalı fücürün suç olmaktan çıkarılması yönünde bir eğilimi olmamıştır¹²⁵.

Öte yandan 1969'daki Birinci Ceza Reformu Yasası'na kadar § 173 StGB, "Genel Ahlaka Karşı Suçlar" dan biri iken, reformdan bu yana "Kişisel Durum, Evlilik ve Aileye Karşı Suçlar" arasında yer almaktadır¹²⁶.

10 Mart 1987 tarihinde son şeklini alan¹²⁷ rızaya dayalı fücür suçu, StGB'nin Özel Hükümler kısmının "Kişisel Durum, Evlilik ve Aileye Karşı Suçlar" başlıklı on ikinci bölümünde, § 173'te "Akrabalar Arasındaki Cinsel İlişki" başlığı ile yer almaktadır. Bu suç, aralarında kan bağı bulunan alt ve üstsoylar ile öz kardeşler arasındaki cinsel ilişkiyi cezalandırmaktadır. Alman kanun koyucu düzenlemeyi şu şekilde kaleme almıştır:

“§ 173 StGB - Akrabalar Arasındaki Cinsel İlişki

(1) Her kim öz altsoyu ile cinsel ilişkiye girerse, üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Her kim öz üstsoyu ile cinsel ilişkiye girerse, iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır; akrabalık ilişkisi sona ermiş olsa dahi bu hüküm geçerlidir. Birbirleriyle cinsel ilişkiye giren kardeşler de aynı şekilde cezalandırılır.

kayın hısımlığını doğuran evliliğin, fiilin işlendiği sırada mevcut olmadığı ispatlanması veya failin kayın hısımları ile evlenmesine müsaade edilmesi hallerinde ceza verilmemektedir. Fiilin işlendiği sırada evlilik birliğinden kaynaklanan bir arada yaşama unsurunun var olmaması halinde de, hakim cezayı indirebileceği gibi ceza vermekten de vazgeçebilir. Altsoy kayın hısımları, fiilin işlendiği sırada henüz on sekiz yaşını doldurmamış ise cezalandırılmaz. Bkz. Bdeiw, s. 276 – 277.

¹²⁴ Bdeiw, s. 288.

¹²⁵ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 16.

¹²⁶ BGBI. I., s. 645 (1.StrRG).

¹²⁷ BGBI. 1987 I, s. 945 (Nr. 22).

(3) *Altsoy ve kardeşler, filin işlendiği sırada henüz on sekiz yaşını doldurmamış olmaları halinde, bu hüküm gereğince cezalandırılmaz.*”

§173 StGB’de düzenlenen akrabalar arasındaki cinsel ilişki suçunun meşruiyeti Alman doktrininde uzun süredir tartışılmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi, Almanya ve hatta dünyada yankı uyandıran, kardeş olan Leipzig’li çiftin başvurusuna ilişkin kararında, açıkça § 173 StGB’nin meşruiyetini onaylayan bir karara imza atmıştır¹²⁸.

Buna karşılık kimi yazarlar, bu suçun kamusal zarar ve hukuksal yararların korunması kriterleri merkezli ceza hukuku ile bağdaşmadığını ileri sürmektedirler¹²⁹.

2. Suçun Mahiyeti

Hem içtihatlarda hem de literatürde § 173 StGB’de düzenlenen suçun mahiyeti bakımından çok az sayıda görüş bulunmaktadır. Bu suç kısmen, bir “Verhaltensdelikt” (hareket suçu) olarak nitelendirilmektedir¹³⁰.

Baskın görüşe göre, § 173 StGB bir soyut tehlike suçudur¹³¹.

3. Korunan Hukuksal Yarar

Kanun sistematığındeki yeri dikkate alındığında § 173 StGB ile kişisel durum, evlilik ve aile düzeni müesseselerinin korunmak istendiği anlaşılmaktadır¹³².

Bazı yazarlara göre¹³³, bu suçla bireyin cinsel özgürlüğü veya ruhsal bütünlüğü de korunmaktadır. Buna karşın kimi yazarlar, cinsel ilişkinin tam ehliyetli reşit kimselerce gerçekleştirilmesi ve rızaya dayalı olması nedeniyle, bu suçta cinsel

¹²⁸ BVerfG NJW 08, s. 1137, 1138 vd.; ayrıca karara karşı görüş veren hakim Hassemer’in görüşleri için bkz. s. 1142 vd.

¹²⁹ Martin Schubarth, *Inzest Verbot und Verfassung*, Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag (Tübingen: Mohr Siebeck, 2012), s. 273 vd.

¹³⁰ Karst, s. 71.

¹³¹ Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 61. Auflage (München: C.H. Beck, 2014), §173 Rn. 1; Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen, *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013) 4. Aufl., 2. Band, 2013, § 173 Rn. 21; Karst, s. 71.

¹³² Fischer, § 173 Rn. 2.

¹³³ Heinrich Wilhelm Laufhütte, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann, *Leipziger Kommentar, Großkommentar*, 12. Aufl., 6. Band (§§ 144 bis 210) (Berlin: De Gruyter Recht, 2009) § 173 StGB, Rn. 9.

özgürlüğün korunan hukuksal yararlarından biri olmadığını ileri sürmektedirler.¹³⁴. Bundan hareketle § 173 StGB'nin, cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç olmamakla beraber, özel kısıtlayıcı bir cinsel suç olduğu söylenebilir¹³⁵.

Ayrıca Frommel'e göre ailenin cinsel olarak istismar edilmemesi de bu suç ile korunan hukuksal yararlardandır¹³⁶.

Bunların yanı sıra, gelecek nesillerin genetik sağlığı ile bu tür ilişkiler sonucu dünyaya gelecek çocukların topluma uyum sağlamaları hususlarının da, bu düzenleme ile korunmak istendiği kabul edilmektedir¹³⁷.

Buna karşılık bazı yazarlarca, doğacak çocuklara zarar verme olasılıkları çok yüksek olan doğum öncesi pek çok davranışın (örn. Annelerin alkol ve/veya nikotin bağımlılıkları) cezasız bırakılması karşısında, yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkilerin, bu ilişkilerden doğacak çocuklarda doğuştan gelen genetik bir takım hastalıkların meydana gelmesi ihtimalinden hareketle cezalandırılmasının, kanun koyucuyu çelişkiye düşürdüğü ve gelecek nesillerin genetik sağlığının korunması amacının gerçekleştirilmesi bakımından bu düzenlemenin yetersiz kalacağı ileri sürülmektedir¹³⁸.

4. Maddi Unsur

§ 173 StGB'de düzenlenen suçun maddi unsurunu oluşturan hareket, cinsel ilişkiye girmektir. Bu bakımdan aktif bir fiil gerekmektedir. Dolayısıyla bu suçun ihmal suretiyle işlenmesi mümkün değildir¹³⁹.

Düzenlemenin lafzından, yalnızca vajinal veya anal yoldan cinsel ilişkiye girmenin bu hükmün kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Oral ilişki veya cinsel ilişkiye benzeyen diğer cinsel davranışlar bu suç kapsamına girmeyecektir¹⁴⁰.

¹³⁴ Fischer, § 173 Rn. 3a; BVerfG NJW 08, s. 1137, 1138 vd.; NK-StGB-Frommel, § 173 Rn. 1, 6, 14.

¹³⁵ Fischer, § 173 Rn. 9.

¹³⁶ NK-StGB-Frommel, § 173 Rn. 4.

¹³⁷ Karst, s. 118; karşı Fischer, § 173 Rn. 5.

¹³⁸ Hassemer, NJW 08, 1137, 1143; ayrıca bkz. Fischer, § 173 Rn. 2.

¹³⁹ Fischer, § 173 Rn. 9.

¹⁴⁰ Fischer, § 173 Rn. 9.

Düzenleme farklı cinsten iki insanın katılımını şart koşturmaktadır. Aynı cinsten iki kimse arasındaki cinsel ilişkiler, icabında cinsel ilişki benzeri davranışlar olarak kabul edilmektedir¹⁴¹.

Cinsel ilişkinin gerçekleşmesi için, erkek cinsel organının kısmen de olsa, kadının cinsel organına ithal edilmesi gereklidir. Çıplak biçimde kadın cinsel bölgesi ile erkek cinsel organının birbirine temas etmesi suçun oluşabilmesi için tek başına yeterli değildir. Öte yandan suçun tamamlanması için, ne boşalma ne de hamilelik gerekmektedir. Bunun da ötesinde hamile kalma ihtimali dahi gerekmemektedir. Bu bağlamda, ne kadının cinsel erginliğe ulaşmış olması ne de tarafların üreme yeteneğini haiz olması aranmaktadır. Bunun açık bir sonucu olarak, doğum kontrol yöntemleri ile gebeliğin önlenmesi halinde de sonuç değişmeyecek, suç oluşacaktır¹⁴².

Baskın görüş, bu düzenleme kapsamında kurulan cinsel ilişkinin rızaya dayalı olduğu yönündedir¹⁴³. Bu husus, mağdurun § 177/2, c.2, b. 1 StGB kapsamına girecek şekilde cinsel davranışlara zorlanması halinde önem kazanmaktadır. Bazı yazarlara göre bu gibi bir durumda, § 173 StGB bakımından hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin (§ 34 StGB)¹⁴⁴, hatta kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk halinin (§ 35 StGB)¹⁴⁵ varlığı kabul edilmektedir. Buna karşılık baskın görüşe göre burada mağdurun fiili tipe uygun değildir¹⁴⁶.

5. Manevi Unsur

§ 173 StGB’de düzenlenen ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı fücür suçu kasten işlenebilen bir suç olup; olası kastla da işlenebilmektedir. Buna göre, failin en azından, cinsel ilişkiye girdiği kimse ile aralarında § 173 StGB

¹⁴¹ Karst, s. 71.

¹⁴² Karst, s. 71, 72.

¹⁴³ LK-StGB-Dippel, § 173 Rn. 23; Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (Carl Heymanns Verlag, 2012) 8. Aufl., 3. Band (§§ 123 bis 211), § 173 Rn. 4; ayrıca bkz. Adolf Schönke, Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar* (München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1982), § 173 Rn. 3; Klaus Mießbach, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (München: Verlag C.H. Beck, 2012) 3. Band (§§ 80 – 184g StGB), § 173 Rn. 9.

¹⁴⁴ MK-StGB, Ritscher, § 173 Rn. 9.

¹⁴⁵ S/S-Lenckner, § 173 Rn. 7.

¹⁴⁶ Karst s. 72.

kapsamına giren bir akrabalık ilişkisi bulunma ihtimalini göze almış olması gerekir¹⁴⁷.

Failin, partneri ile aralarında § 173 StGB kapsamında bir akrabalık ilişkisi bulunmadığı hususunda yanılması halinde, § 16/1 StGB'ye göre tipiklikte yanılma söz konusu olur¹⁴⁸.

Öz evladı ile cinsel ilişkiye girdiğini zanneden failin, yani kendisi ile eşinin çocuğu arasında kan bağı olduğu konusunda yanılmış olan kimsenin fiili bakımından eksik teşebbüsün söz konusu olacağı ve failin cezalandırılmayacağı kabul edilmektedir¹⁴⁹.

Failin hareketlerinin suç teşkil ettiği hususunda yanılması halinde cezalandırılmayan mefruz suçun söz konusu olacağı ileri sürülmüştür. Failin, kayın hısımlı, ebeveynlerinin kardeşi veya onların altsoyu ya da evlatlık ilişkisi olan bir kimse ile cinsel ilişkiye girmenin suç olduğu hususunda yanılması gibi durumlar buna örnek olarak verilmiştir¹⁵⁰.

Fail fiili gerçekleştirirken bunun suç teşkil ettiği hususunda yanılmışsa, § 17 StGB' ye göre hukuki hataya düşmüş kabul edilmektedir. Failin, bir üçüncü kişiye evlatlık verilen öz çocuğu ile akrabalık ilişkisinin, evlatlık verme işlemi ile sona erdiğini zannetmesi durumu buna örnek gösterilmektedir¹⁵¹.

Failin, hatasından kaçınması mümkün değilse, kusurlu olarak hareket etmiş olamayacağı kabul edilmektedir. Ancak hatasından kaçınabilmesi mümkün ise, bu durumda § 49/1 StGB gereğince failin cezasında indirim yapılabileceği öngörülmektedir¹⁵².

¹⁴⁷ Fischer Rn. 10.

¹⁴⁸ Karst s. 79; karş. LK-StGB-Dippel, § 173 Rn. 28: "Kocanın öz kızını üvey kızı zannetmesi halinde"; MK-StGB-Ritscher, § 173 Rn. 20: "çocuğun, karsının evlilik dışı ilişkisinin ürünü olduğunu zannetmesi"; karş. BGH GA 1957, 218 (219).

¹⁴⁹ Karst s. 79; S/S-Lenckner, § 173 Rn. 6: "üvey babasının öz babası olduğu hususunda hataya düşen kız evlat bakımından da aynısı geçerlidir", karş. LK-StGB-Dippel, § 173 Rn. 28.

¹⁵⁰ Karst, s. 79; Karş. MK-StGB-Ritscher, § 173 Rn. 21.

¹⁵¹ Öztürk/Erdem, s. 290 vd.

¹⁵² Karst s. 79.

6. Fail

§ 173 StGB'ye göre, yalnızca aralarında kan hısımlığı bulunan altsoy ve üstsoylar ile öz kardeşler arasındaki cinsel ilişkiler cezalandırılmaktadır. § 173 StGB kapsamındaki tüm ihtimallerde, bir kan bağı söz konusudur. Bu nedenle yalnızca aralarında kan bağı bulunan akrabalar arasındaki cinsel ilişkiler bu suç tipine uygun olacaktır. Bu bağlamda aralarında evlatlık ilişkisinden kaynaklanan bir akrabalık bulunan kimseler arasındaki cinsel ilişkileri § 173 StGB'de düzenlenen suçun kapsamına girmediği kabul edilmektedir¹⁵³.

Kan hısımlı olan kimselerin, şeklen geçerli ancak § 1307 ve § 1314/1 BGB (Alman Medeni Kanunu) hükümleri gereğince iptal edilebilir bir evlilik bağı kurmaları ve bu çerçevede birbirleri ile “eş sıfatıyla” cinsel ilişki kurmaları halinde baskın görüş, § 173 StGB gereğince cezalandırılmamaları gerektiği yönündedir¹⁵⁴.

Ergin olmayan altsoy ve kardeşler bakımından, § 173/3 StGB'de bir imtiyaz yer almaktadır. Buna göre, fiilin işlendiği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan (yani ergin olmayan) altsoy veya kardeşlere ceza verilmeyecektir. Buna karşılık hükmün hukuki mahiyeti hususunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Baskın görüşe göre bu düzenleme, cezayı ortadan kaldıran kişisel bir nedendir¹⁵⁵.

Her ne kadar hükmün lafzı, objektif cezasızlık nedenine daha yakın olsa da¹⁵⁶, hükmün bu şeklini alana kadar geçirmiş olduğu süreç dikkate alındığında bunun daha çok bir kişisel cezasızlık nedeni olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁷.

Ayrıca baskın görüşe göre § 173/3 StGB, fail sıfatıyla gerçekleştirilen hareketlerin yanı sıra, birinci ve ikinci fıkralara iştirak eden küçükleri de kapsamaktadır¹⁵⁸.

¹⁵³ Karst, s. 72; MK-StGB-Ritscher, § 173 Rn. 11; S/S-Lenckner, § 173 Rn. 4.

¹⁵⁴ Ayrıntılı açıklama için bkz. LK-StGB-Dippel, § 173 Rn.19; MK-StGB-Ritscher, §173 Rn. 15.

¹⁵⁵ Karş. LK-StGB-Dippel § 173 Rn. 33; MK-StGB-Ritscher, § 173 Rn. 26; S/S-Lenckner, § 173 Rn. 9; Fischer, § 173 Rn. 12: “Burada bir kişisel cezasızlık sebebi söz konusudur, öyle ki iştirakin cezalandırılabilmesi mümkün olmakta ve hataya ilişkin meseleler önemsiz kalmaktadır.”; farklı görüşler için bkz. Maurach/Schöder/Maiwald, Strafrecht BT, § 63 Rn.89: Yazarlar, § 173 StGB'deki düzenlemenin daha çok, özel olarak formüle edilmiş kusuru ortadan kaldıran bir cezasızlık sebebi olduğunu belirtmektedirler.

¹⁵⁶ LK-StGB-Dippel, § 173 Rn. 33; ayrıca bkz. RGSt 19, 391.

¹⁵⁷ Karst s. 73; MK-StGB-Ritscher, § 173 Rn. 26; Düzenlemenin oluşum süreci ile karşılaştırma için bkz. BT-Drucks. VI/1552, s. 2, 14.

Aşağıda rızaya dayalı fücür türleri failer bakımından ayrı ayrı incelenecektir:

a. Ebeveyn – Çocuk Arasındaki Fücür (§ 173 Abs.1,2 StGB)

Anne/baba – çocuk arasındaki fücür olgusu bakımından, § 173/1 StGB gereğince ebeveynlerin (üstsoy) sorumluluğu, çocuklarının küçük veya ergin olmasına bağlı tutulmamaktadır. Buna karşılık, yalnızca ergin olan çocuklar (altsoy) § 173/2, c.1 StGB uyarınca cezalandırılmaktadır.

§ 173/1, c.1,2 StGB uyarınca, yalnızca baba – kız ve anne – oğul arasındaki fücür cezalandırılabilir. Anne – kız veya baba – oğul arasındaki ilişkiler ise, maddi unsur anlamında “cinsel ilişki” kıstasının yerine getirilememesi dolayısıyla bu hükmün kapsamına girmemektedir. Daha önce de belirtildiği gibi homoseksüel ilişkiler bu düzenlemenin kapsamı dışında kalmaktadır¹⁵⁹.

§ 173 StGB bağlamında cezalandırılabilen tüm fücür türleri içerisinde, en yaygın olanının baba – kız arasında gerçekleşen fücür türü olduğu belirtilmektedir¹⁶⁰. Fücürün bu türünün aynı zamanda en zararlı ve travmatik fücür türü olduğu ortaya konulmuştur¹⁶¹. Anne – oğul arasındaki fücür olgusuna¹⁶² ise, ensest ve istismar konuları ile uğraşan çoğu yazara göre, çok nadiren rastlanmaktadır¹⁶³.

Daha önceden de belirtildiği gibi fiil, “öz altsoy” (§ 173 StGB Abs. 1) ve “öz üstsoy” (§ 173 StGB Abs. 2 S. 2) tarafından gerçekleştirilmelidir. Fücürün bu türünde öz altsoya çocuklar; öz üstsoya ise biyolojik ebeveynler karşılık gelmektedir.

¹⁵⁸ Karst s. 73; karşı. LK-StGB-Dippel § 173 Rn. 33; MK-StGB-Ritscher, § 173 Rn. 26.

¹⁵⁹ Bkz. İkinci Bölüm, II., A., 4.

¹⁶⁰ Karst s. 74; Karş. BT-Drucks. VI/3521, s.17: “Ensest vakaları en sık, otuz ila kırk yaş arası babalar ile onüç ila onyediyedi yaş arası kız çocukları arasında yaşanmaktadır.”; Nicole Chmurzinski, *Inzest aus Rechtsmedizinischer Sicht* (Diss. Heinrich-Heine-Uni-Düsseldorf,) 1992, s.8 (Yazar, %75 gibi yüksek bir orandan söz etmektedir.) ; Köhler, *Kindesmissbrauch*, s.275, 276 ; ayrıca bkz. BKS von 2005 (<https://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=15794>), ancak burada küçükler bakımından § 173 StGB ile § 174 StGB vd. arasında bir ayırma gidilmemiştir.

¹⁶¹ Karş. Chmurzinski, s. 28 vd. ; ayrıca fücürün bu formuna ilişkin sonuçlar için bkz.: Ursula Wirtz, *Seelenmord Inzest und Therapie* (Zürich: Kreuz Verlag, 1989) s. 15 vd.

¹⁶² Karst, 74 (Dipnot 584).

¹⁶³ Karş. Mathias Hirsch, *Realer Inzest* (Gießen: Psychosozial-Verlag, 1999) s. 158 vd.; Chmurzinski, *Inzest*, s.8.

§ 173/2, c.1 StGB'ye göre, akrabalık ilişkisi bir evlatlık verme durumu¹⁶⁴ nedeniyle ortadan kalksa dahi, sorumluluk ortadan kalkmaz; zira kan bağı bundan bağımsız olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Ayrıca, evlilik dışı çocuklar da öz altsoy sayılmaktadır¹⁶⁵.

Buna karşılık, evlat edinilen çocuklar § 173 StGB'nin kapsamı dışındadır, bunun sonucu olarak kurdukları cinsel ilişki nedeniyle, evlat edinen veya evlatlık bu hüküm gereğince cezalandırılmayacaktır¹⁶⁶.

Bu fücür türü bağlamında, "Patchwork-Familie"¹⁶⁷ olarak ifade edilen aileler bakımından da değerlendirmelerde bulunmak gerekmektedir. Patchwork-Familie ile partnerlerin, diğer partnerin önceki ilişkilerinden olan ve kendileri ile genetik olarak hiçbir bağı bulunmayan çocukları ile birlikte yaşadığı aileler kastedilmektedir. Partnerlerden her ikisi de birlikteliklerine, önceki ilişkilerinden olan çocuklarını getirebilecekleri gibi, yalnızca biri de getirebilir. Bunun yanı sıra, partnerlerin ortak çocukları da bu birliktelik içinde yaşıyor olabilir. Böyle bir aile birliği içerisinde, partnerlerden biri ile diğerinin çocuğu arasında gerçekleşen cinsel ilişkiler § 173 StGB'nin uygulama alanına girmeyecektir¹⁶⁸. Söz konusu partner ile çocuğun, aynı çatı altında yaşamaları veya § 1592 BGB¹⁶⁹ uyarınca baba ile çocuğun soybağının kurulması koşullarının varlığı dahi sonucu değiştirmeyecektir¹⁷⁰.

Fücürün hangi sosyal çevrede gerçekleştiğinin ise sonuca hiç bir etkisi yoktur; zira dul, boşanmış veya yalnız yaşayan baba ve ergin kızı arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiler de bu suç tipine uymaktadır¹⁷¹.

¹⁶⁴ Bkz. § 1755 BGB.

¹⁶⁵ Karst s. 74 – 75; karş. LK-StGB-Dippel § 173 Rn. 17.

¹⁶⁶ Karst, s.75.

¹⁶⁷ Patchwork-Familie ifadesi İngilizce menşei olup, sözlük anlamı "karma aile" dir: <<http://tureng.com/search/blended%20family>>. Ayrıntılı bilgi için bkz. <<http://de.wikipedia.org/wiki/Stieffamilie>>.

¹⁶⁸ MK-StGB-Ritscher, § 173 Rn. 11.

¹⁶⁹ § 1592 BGB'ye göre, bir erkek şu durumlarda çocuğun babası sayılır: 1. Doğum esnasında çocuğun annesi ile evli olmak, 2. Babalığın tanınması, 3. § 1600 d veya § 182 Abs. 1 BGB uyarınca mahkeme kararı ile.

¹⁷⁰ Karş. BGH NJW 1981, 1326; LK-StGB-Dippel, § 173 Rn. 17; ayrıca kanun yapım sürecinde, § 173 StGB'nin evlat edinilen çocuklara da tesir edip etmemesi hususunda tartışmalar yaşandığı belirtilmiştir.

¹⁷¹ MK-StGB-Ritscher, § 173 Rn. 13.

b. Kardeşler Arasındaki Fücür (§ 173 Abs.2 S.2 StGB)

Alman Ceza Kanunu § 173/2, c.2' ye göre birbirleri ile cinsel ilişkiye giren öz kardeşler cezalandırılır.

Kimi yazarlar kardeşler arasındaki fücür konusunda az sayıda araştırma bulunduğunu ve bunun kardeşler arasındaki fücür vakalarının çok nadir gerçekleşmesine dayandığını ileri sürmüşlerdir. Ayrıca kardeşler arasındaki fücürde korku ve suçluluk duygusunun hiç bir etkisinin olmadığından da hareket edilmektedir. Bu nedenle bu durumlarda fücürün, daha az olumsuz sonuç doğurduğu ileri sürülmektedir¹⁷².

Kardeşler arasındaki fücür, sıklıkla buluş çağında yaşanmakta ve ergenliğe girişin bir göstergesi olarak tezahür etmektedir. Ergenliğe ulaşıldığında ise bu tür davranışlar nadiren gerçekleştirilmekte; bu nedenle de bu sürece “zararsız geçiş süreci” de denilmektedir. Bir başka deyişle, kardeşler arasındaki fücür, reşit olmayan kardeşlerce bir ergenlik göstergesi olarak kabul edilmekte, her ne kadar tipe uygun olsa da kardeşlerin bu hareketleri cezalandırılmamaktadır. Ergenlik döneminden sonra, daha doğrusu ergenliğe geçilmesi ile birlikte, ceza hukuku bakımından “geçiş süreci” sona ermiş kabul edilerek, kardeşler arasında fücür teşkil eden hareketler cezalandırılabilir bir duruma gelmektedir¹⁷³.

§ 173/2,c.2 StGB, yalnızca öz kardeşler arasındaki cinsel ilişkiyi cezalandırmaktadır. Öz kardeşler, ebeveynlerinden en az biri ortak olan kimselerdir. Buna göre hem tam kan bağı olan -anne ve babaları ortak- hem de yarım kan bağı olan -yalnızca anne veya babaları ortak- kardeşler bu düzenleme gereğince cezalandırılabilirler. Daha önceki evliliklerden olup da, evlilik dolayısıyla birlikte yaşayan üvey kardeşler bu düzenlemenin kapsamına girmemektedir. Aynı şekilde evlat edinilen çocuklar da bu düzenleme bağlamındaki “kardeş” kapsamında değerlendirilmemektedirler. Çocukların meşru (evlilik bağı içerisinde dünyaya gelmiş) olup olmadığı ise, § 173 bakımından önem taşımamaktadır¹⁷⁴.

¹⁷² Karst, s. 75.

¹⁷³ Karst, s. 76.

¹⁷⁴ Karst, s. 77.

Öte yandan birlikte büyümeyen ve ergin iken tanışan kardeşler bakımından, ortada korunması gereken bir aile birliğinin bulunmaması ve bu bağlamda eylemin haksızlık içeriğinin daha az olmasından hareketle özel düzenleme getirilmesi gerektiği yönünde görüşler de mevcuttur¹⁷⁵.

c. Büyükanne/Büyükbaba ve Torun Arasındaki Fücur

Torunları ile cinsel ilişkiye giren büyükanne/büyükbabalar (üstsoy) Alman Ceza Kanunu § 173/1 gereğince cezalandırılmaktadır. Ergin olan torunun (altsoy) cezalandırılması ise, § 173/2 , c.1'e dayanmaktadır. Birinci fıkraya göre, öz altsoyu ile cinsel ilişkiye giren kimse cezalandırılır. Bir kimsenin öz altsoyu, “dikey çizgide kendisinden sonra gelen” kimseleri ifade etmektedir. Kavram, bir kimsenin çocuklarının yanı sıra torunlarını da kapsamaktadır. Buna karşılık bir kimsenin yeğenleri onun (öz) altsoyu sayılmaz¹⁷⁶.

Büyükanne-erkek torun arasındaki fücur bakımından literatürde herhangi bir örneğe rastlanmamıştır. Doktrinde büyükbaba-kız torun arasındaki fücur olgularına da, nadiren rastlandığı ve sonuçlarının ise, baba-kız arasındaki fücur ile eşit derecede ağır olduğu kabul edilmektedir¹⁷⁷.

d. Özet

§ 173 StGB 'de faillerin kimler olabileceği, sınırlı olarak sayılmıştır: Öz altsoy ve öz üstsoy ile öz kardeşler. On sekiz yaşını doldurmamış olan altsoylar, yani çocuklar, torunlar ve kardeşler her ne kadar tipe uygun hareket etmişlerse de üçüncü fıkra gereğince cezalandırılmamaktadır. Ayrıca üvey anne/babalar, amcalar, dayılar, halalar, teyzeler, vasiler, hayat arkadaşları (başka bir deyişle evlilik birliği dışında birlikte yaşayan kimseler), üvey kardeşler, evlat edinilen kardeşler ve aile birliğinde yaşayan diğer çocuk ve gençler § 173 kapsamına girmemektedir.

¹⁷⁵ Marcus Georg Tischler, *Der Geschwisterinzent bei über 18-Jährigen- Die Rechtsgüter des § 173 StGB* (Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2009), s. 154.

¹⁷⁶ Karst, s. 76 – 77.

¹⁷⁷ Karş. Klöpfer, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 I GG, s. 39: Yazar genellikle Büyükanne/baba – Torun arasındaki fücur olgularının, genital bölgelerin okşanması veya teşhircilik yoluyla ırza geçmeye teşebbüs ile sınırlı olduğunu belirtmiştir.

7. İştirak

§ 173 StGB hem belirli bir akrabalık düzeyi araması sebebiyle özgü suç hem de fail olarak yalnızca öz akraba ile cinsel ilişki kurmak söz konusu olduğundan bizzat işlenebilen suç niteliği taşımaktadır. Kimi yazarlara göre, bu suçta dolayısıyla faillik (mittelbare Täterschaft) mümkün değildir¹⁷⁸.

İştiraki mümkün bulan yazarlara göre, iştirak bakımından suça bir üçüncü kişinin katılımı ile akrabaların katılımı, ki bunlar aynı zamanda § 173 StGB gereği fail sıfatı taşırlar, birbirinden farklı değerlendirilmelidir¹⁷⁹.

Öz alt veya üstsoy hısımlarının suça iştiraki, zorunlu bir katılım olarak değerlendirilmektedir. Bu şekilde suça katılma durumunda, altsoy üstsoyun fiiline iştiraktan ayrıca cezalandırılmaz, yalnızca ikinci fıkraya göre fail sıfatıyla cezalandırılır. İştirakte gereken ölçü aşılmış olsa dahi, yani ayrıca azmettirme şeklinde bir yardım da söz konusu olsa dahi cezalandırılmanın § 28/2 StGB gereğince olmayacağı belirtilmiştir. Bu durumda, § 173/2 StGB gereğince söz konusu olan faillik sıfatı, yardımcı veya azmettiren sıfatından önce gelmektedir¹⁸⁰.

Suçta üçüncü bir kişinin iştiraki ise, § 173/1 StGB uyarınca cezalandırılır. Bu durum üçüncü kişinin, altsoyun ikinci fıkra kapsamındaki fiillerine iştirak etmesi halinde dahi değişmez. Bunun nedeni, üçüncü kişinin aynı zamanda dolaylı olarak üstsoyun fiiline de iştirak etmesidir. Sadece § 173/2, c.2 StGB bağlamında, yani kardeşler arasındaki ensest ilişkiye bir iştirak söz konusu olursa, o takdirde § 173/2, c.2 StGB gereğince cezalandırma mümkün olmaktadır¹⁸¹.

Tartışmalı olan, üçüncü kişinin katılımında § 28/1¹⁸² StGB hükmünün uygulanıp uygulanmayacağıdır. Baskın görüşe göre, § 173'te yer alan kişisel özellikler, eş ve ailenin kişisel yükümlülüklerine bakılmaksızın getirilmiştir, bu nedenle § 28/1 StGB burada uygulanmaz.¹⁸³

¹⁷⁸ Fischer, § 173 Rn. 12.

¹⁷⁹ Fischer, § 173 Rn. 11.

¹⁸⁰ Fischer, § 173 Rn. 11.

¹⁸¹ Karst, s. 78.

¹⁸² §28/1 StGB'ye göre, "Failin cezalandırılabilmesinin sebebini teşkil eden özel kişisel unsurlar (§ 14/1) şerikte yoksa, bu kişinin cezası § 49/1 uyarınca indirilir."

¹⁸³ Karst, s. 78.

Karşı görüşe göre ise, bu maddedeki kişisel özellikler, yakın aileyi cinsel ilişkilerden uzak tutmak için getirilen özel bir kişisel yükümlülükten ileri gelmektedir¹⁸⁴.

§ 173'ün gerekçesi failin özel bir sorumluluğunu yerine getirmemesi değildir. Baskın görüşe göre de, burada daha çok, bireysel bir korumadan ziyade özellikle eş ve aileye yönelik hukuksal yararların korunması amaçlanmaktadır¹⁸⁵.

8. Hukuka Aykırılık ve Kusur

Hukuka aykırılık çerçevesinde, özellikle (tehditle) ırza geçme durumları önem arz etmektedir. Daha önce de ifade edildiği gibi, rıza yokluğu halinde § 173 StGB uygulanmayacak, yerine göre § 174 StGB veya § 177 StGB hükümleri uygulama alanı bulacaktır. § 173 StGB bakımından ise rızası bulunmayan tarafın fiili tipe uygun olmadığı için, mağdur bu hüküm gereğince cezalandırılmayacaktır¹⁸⁶.

Rızanın yokluğu durumlarında, bunun § 173 StGB bakımından, hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali (§ 34 StGB) veya kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk hali (§ 35 StGB) kapsamına girdiği yönünde görüşler bulunmaktadır¹⁸⁷. Baskın görüşe göre ise, burada mağdurun eyleminin § 173 StGB bakımından tipe uygun olmadığı savunulmaktadır¹⁸⁸.

9. Ceza

Altsoyu ile cinsel ilişkiye giren üstsoy (§ 173/ 1 StGB) üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılırken, § 173/ 2 StGB üstsoyu ile cinsel ilişkiye giren altsoy ve birbirleri ile cinsel ilişkiye giren kardeşler bakımından daha az bir ceza öngörmektedir, buna göre bu kimseler iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Karst, s. 78.

¹⁸⁵ Karst, s. 79.

¹⁸⁶ Karst, s. 79.

¹⁸⁷ MK-StGB, Ritscher, § 173 Rn. 9; S/S-Lenckner, § 173 Rn. 7.

¹⁸⁸ Karst s. 72.

¹⁸⁹ Karst, s. 80.

B. Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar ile Fücür Suçunun İlişkisi

1. Genel Olarak

§ 173 StGB’de düzenlenen fücür suçunun, § 174 StGB ve devamında yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ile olan ilişkisine değinmekte fayda vardır.

§ 174 StGB vd. maddeleri ile korunan hukuksal yararların, ne ölçüde § 173 StGB ile çakıştığını tespit etmek gerekmektedir. Bunun için de, hangi hareketlerin § 174 StGB vd. hükümlerinin kapsamına girebileceği ve § 173 StGB’nin kendine özgü bir uygulama alanının olup olmadığı konularına açıklık getirilmelidir. Zira, § 173 StGB’nin kendine özgü bir uygulama alanı bulunması, diğer suçların kapsamına girmeyen bir takım hukuksal yararların korunmasının söz konusu olması, bu hükmün hukuken varlığını gerekli kılacaktır. Bu bağlamda, § 173 StGB’nin bilhassa § 174 StGB ile olan ilişkisi büyük önem taşımaktadır.

§ 174 StGB’deki düzenleme şu şekilde kaleme alınmıştır:

“§ 174 StGB – Himayesi Altında Bulunan Kimsenin Cinsel İstismarı

(1) Her kim,

1. yetiştirilmesi, eğitimi veya bakımı için kendisine emanet edilmiş, on altı yaşından küçük bir kimse üzerinde,

2. yetiştirilmesi, eğitimi veya bakımı için kendisine emanet edilmiş ya da bir hizmet yahut iş ilişkisi çerçevesinde kendisine bağlı bulunan, on sekiz yaşını doldurmamış bir kimse üzerinde, bu kimsenin yetiştirme, eğitim, bakım, hizmet veya iş ilişkilerinden doğan bağımlılığını kötüye kullanmak suretiyle,

3. on sekiz yaşını doldurmamış öz veya evlat edindiği çocuğu üzerinde,

cinsel davranışlarda bulunursa veya cinsel davranışların, himayesi altında bulunan kimse tarafından kendisi üzerinde gerçekleştirilmesini sağlarsa, üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Her kim, birinci fıkranın bir ila üç numaralı bentlerinde öngörülen şartlar altında, kendisini veya himayesine verilen kimseyi cinsel anlamda tahrik etmek maksadıyla,

1. himayesine verilen kimsenin önünde cinsel davranışlarda bulunursa veya,
2. himayesine verilen kimseyi, kendi önünde cinsel davranışlarda bulunmaya sevk ederse,

üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(3) Bu suça teşebbüs cezalandırılır.

(4) Fiilin haksızlık içeriğinin az olması halinde, birinci fıkranın bir numaralı bendindeki veya birinci fıkranın bir numaralı bendi ile bağlantılı olarak ikinci fıkradaki hallerde, himaye altında bulunan kimsenin davranışları da göz önünde bulundurularak, mahkemece bu hüküm uyarınca ceza vermekten vazgeçilebilir.”

2. Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar ile Korunan Hukuksal Yararlar

StGB'nin 13. bölümünün başlığı, 23.11.1973 tarihli 4.StrRG (Dördüncü Ceza Hukuku Reform Yasası) ile “Ahlaka Karşı Suçlar” olmaktan çıkarılıp, “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar” olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklik, ahlaki değerlerin korunması amaçlı ceza hukuku sisteminden, hukuksal yararları koruma amaçlı ceza hukuku sistemine geçişi ifade eden esaslı değişimin bir göstergesidir¹⁹⁰. Bununla birlikte bu durum, toplumun bu suçlara bakış açısındaki değişimi göstermektedir ki söz konusu değişiklik 4.StrRG'nin uygulamaya geçişini takiben on yıl içinde tamamen kabul görmüştür¹⁹¹.

Buna göre, StGB'nin 13. bölümündeki suçlar, genel ahlak, evlilik veya aileyi korumaya yönelik suçlar olmayıp, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardır¹⁹².

a. Cinsel Özgürlük, Özel Hayatın Gizliliği ve İnsan Onuru

StGB'nin on üçüncü bölümünde yer alan suçların tümü, temel olarak cinsel özgürlüğü korumaktadır. Cinsel özgürlük, özellikle § 177, 178, 179 StGB hükümleri

¹⁹⁰ MK-StGB-Renzikowski, Vor. §§ 174 vd. Rn. 2.

¹⁹¹ LK-StGB-Hörnle, Vor. § 174 Rn. 27.

¹⁹² Fischer, Vor, § 174 Rn. 5.

ile koruma altına alınmıştır¹⁹³. Bir görüşe göre, cinsel istismara ilişkin § 174, 174a,b,c StGB hükümlerinde de, cinsel özgürlüğün korunması ön plana çıkmaktadır¹⁹⁴.

Mağdurun rızası dışında gerçekleştirilen cinsel davranışlar veya hukuken geçerli bir rıza olmaksızın gerçekleştirilen diğer davranışlar, bireyin cinsel dokunulmazlığını ihlal eder. Burada, normun himaye amacının, bireyin cinsel yaşamını dilediği gibi şekillendirmesi anlamında pozitif cinsel özgürlükten ziyade, kendisine yönelmiş olan bir müdahaleye karşı gelmek anlamında negatif cinsel özgürlüğünün korunması olduğu belirtilmiştir¹⁹⁵.

Cinsel özgürlük, bir kimsenin cinsel davranışlarını ne zaman ve nerede, kiminle, hangi tarzda gerçekleştireceği konusunda özgür olmasını ifade etmektedir¹⁹⁶. Bu özgürlük, genel, insan onurunu temel alan, bireyin entelektüel, ahlaki ve sosyal gelişimi ile pek çok açıdan bağlantılı olan kişilik hakkının bir parçası olarak kabul edilmektedir¹⁹⁷.

Bireyin kendi kaderini belirleme özgürlüğüne yönelik yapılan ihlaller, ileriye etkili olarak olumsuz sonuçlar doğurabilir¹⁹⁸. Bireyin iç huzuru ve kişiliğinin oluşumu bakımından sağlıklı bir cinselliğin önemi, onun olumsuz şekillenmesi bakımından da benzerlik gösterir. Rızası dışında, zorla gerçekleşen cinsel davranışların yarattığı hasar, yalnızca bedensel zararlar ile kalmayıp, bireyin mahremiyetine karşı gerçekleştirilmiş bir müdahale de teşkil etmektedir¹⁹⁹.

Genel anlamda kişi özgürlüğü (Art.2 Abs.1 GG) fiilin haksızlığını ifade etmek bakımından yeterli gelmez, zira § 240 StGB'deki Cebir Suçu²⁰⁰ (TCK'daki

¹⁹³ Karst s. 80; LK-StGB-Hörnle, Vor. § 174 Rn. 41 – 42.

¹⁹⁴ LK-StGB-Hörnle, Vor. § 174 Rn. 44 – 45.

¹⁹⁵ LK-StGB-Hörnle, Vor. § 174 Rn. 28.

¹⁹⁶ Fischer, Vor. § 174 Rn. 5; Karst s. 80.

¹⁹⁷ Fischer, Vor. § 174 Rn. 5; Aynı yönde ayrıca bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, R. Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014) s. 345

¹⁹⁸ Fischer, Vor. § 174 Rn. 5.

¹⁹⁹ LK-StGB-Hörnle, Vor. § 174 Rn. 29.

²⁰⁰ § 240 StGB - Zorlama:

“(1) Her kim, bir kimseyi cebir veya ağır bir tehdit kullanmak suretiyle, hukuka aykırı olarak, bir şey yapmaya, yapmamaya veya bir şeye katlanmaya zorlarsa, üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. ... (4) Çok ağır hallerde, altı aydan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Kural olarak, fail, 1. bir kimseyi cinsel bir davranışa yahut evliliğe zorlarsa, 2. gebe bir kadını çocuğunu düşürmeye zorlarsa veya, 3. kamu görevlisi olarak yetkilerini ya da nüfuzunu kötüye kullanırsa suçun çok ağır hali gerçekleşmiş sayılır.”

tehdit ve cebir suçlarına karşılık gelmektedir) ile korunan kişi özgürlüğü, çoğu cinsel suça kıyasla daha az ceza öngörmektedir²⁰¹. Cinsel davranışlar, kişilik haklarına yönelik diğer müdahaleler ile karşılaştırıldığında, bireyin kendi kaderini tayin etme hakkı bakımından daha ağır bir ihlale sebep olmaktadır²⁰².

Cinsel aktiviteler, “hayatın sır alanı” na aittir²⁰³. Bu nedenle cinsel özgürlük bakımından, bireylerin hayatın gizli alanına saygı gösterilmesini isteme hakkı (das Recht auf Achtung der Intimsphäre) bulunmaktadır²⁰⁴.

AİHM, cinsel saldırılara karşı bireyin sahip olduğu temel hakkı, özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkının bir parçası olarak görmekte (AİHS m.8/1) ve bu hakkın ceza hukuku ile koruma altına alınmasının devletin bir görevi olduğunu kabul etmektedir²⁰⁵.

Taraflarının geçerli rızalarının bulunması halinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar, özel hayata müdahale teşkil etmeyecektir. Bu bağlamda, iki durumda geçerli bir rızanın yokluğundan bahsedilebilir: Birincisi, ilişki fiilen istenmiyorsa; ikincisi ise esasen bir rıza söz konusu olup da bu rıza sakatlanmış ise²⁰⁶. Fiili rıza (faktisch Einverständnis) ile hukuken geçerli rıza arasındaki fark, StGB’nin 13. Bölümündeki suçları anlamak bakımından önem taşımaktadır.

Rıza hilafına gerçekleştirilen cinsel ilişki, aynı zamanda insan onuruna yönelik bir saldırı teşkil etmektedir. İnsan onuru kavramının tanımlanması bakımından yapılan anayasal ve hukuk felsefesi temelli tartışmalar, insan onurunun ceza hukuku alanındaki önemini etkilemez. Her kim, bir başkasını cinsel davranışlara zorlar veya rızası hilafına başkasının vücudunu kendi cinsel amaçları için kullanırsa, bu müdahalenin belirli bir yoğunluğa ulaşmış olması koşuluyla, o kimsenin insan onurunu zedelemiş olur²⁰⁷.

²⁰¹ LK-StGB-Hörnle, Vor. § 174 Rn. 29.

²⁰² LK-StGB-Hörnle, Vor. § 174 Rn. 29.

²⁰³ BVerfG bunu, “özel hayatın dokunulamaz alanı” olarak tanımlamaktadır.

²⁰⁴ Karst s. 80.

²⁰⁵ LK-StGB-Hörnle, Vor. § 174 Rn. 30; EGMR NJW 1985 2075; M.C. v. Bulgaria, no. 39272/98, § 148-153).

²⁰⁶ LK-StGB-Hörnle, Vor. § 174 Rn. 31.

²⁰⁷ LK-StGB-Hörnle, Vor. § 174 Rn. 32.

b. Çocukların ve Gençlerin Cinsel Gelişimleri

StGB'nin on üçüncü bölümünde yer alan pek çok suç tipi, cinsel özgürlüğün yanında veya onunla bağlantılı bir biçimde, bireysel ve hatta birey üstü koruma sağlamayı da amaçlamaktadır²⁰⁸.

§ 174a ile § 174c StGB arasında düzenlenen cinsel istismar suçları, yalnızca bireyi koruyan suçlar olarak nitelendirilmemektedirler. Burada bireyin cinsel menfaatinden ziyade, bağımlılık ve himaye ilişkilerine duyulan güven de korunmak istenmektedir²⁰⁹. Bilhassa da § 174 StGB ile, bireylerin cinsel davranışlarına ilişkin iradelerinin, bağımlılık ilişkisinin yaratmış olduğu baskı ile oluşmasını önlemek amaçlanmaktadır²¹⁰. Bu bakımdan, § 174 StGB ile tam olarak korunmak istenen, “belirli bir bağımlılık ilişkisi çerçevesinde çocukların ve gençlerin cinsel gelişimlerinin olumsuz yönde etkilenmemesidir” denilebilir²¹¹.

Tipik bir bağımlılık ilişkisi örneği, § 174/1 Nr. 3 StGB'de yer almaktadır. Kanun koyucu burada, ebeveynler ile on sekiz yaşını doldurmamış olan öz çocukları hatta evlatlık aldıkları çocuklar arasında, bir bağımlılık ilişkisinin olağan oluşundan hareket etmektedir²¹².

Renzikowski tarafından savunulan bir başka görüşe göre²¹³, bugüne kadar, olumsuz olarak etkilenmemiş bir cinsel gelişimin nasıl olacağı veya ne zaman bütünüyle olumsuz etkilenmiş bir cinsel gelişimden bahsedilebileceği ortaya konulamamıştır. Çocukların cinsel gelişimlerine zarar vermesi açısından, cinsel davranışların öneminin belirlenmesi mümkün olmadığından, “olumsuz yönde etkilenmemiş cinsel gelişimin korunması” şeklinde bir hukuksal yarar belirlemek uygun olmayacaktır²¹⁴. Yazara göre, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir sonuçtan

²⁰⁸ Fischer, Vor. § 174 Rn. 5.

²⁰⁹ Fischer, Vor. § 174 Rn. 5.

²¹⁰ Karst s. 81; Laufhütte, Prot. VI, s. 1308; Fischer, § 174 Rn. 2.

²¹¹ Fischer, § 174 Rn. 2; Karst s. 82; S/S-Lenckner/Perron/Eisele, Vor. § 174 vd. Rn.1; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 53; BGH NStZ 1983, 553 (553).

²¹² Karst, s. 81; Laufhütte, Prot. VI, s. 1309.

²¹³ MK-StGB-Rezinskowski, Vor. § 174 vd. Rn. 26.

²¹⁴ MK-StGB-Rezinskowski, § 174 vd. Rn. 2.

hareketle bir ceza yaptırımını ortaya konulamaz, aksine bir hukuki yarara yönelik mevcut bir müdahale gerekmektedir²¹⁵.

Buna karşılık Hörnle'ye göre²¹⁶, Alman Yargıtay'ının (BGH) içtihatlarında da sıklıkla belirtildiği üzere, çocukların cinsel gelişimlerinin zarar görmemesi, bilhassa § 174 StGB ile korunmak istenen hukuksal yararlardan birisidir. Her münferit durumda zararlı sonuçları ispatlamak mümkün değilse de, bu çözülemeyecek bir sorun değildir. Zira benzer şekilde, soyut tehlike suçları bakımından bir zararın meydana gelmesi gerekmemektedir. Konuyu yalnızca bu boyutu ile ele almanın, normun himaye amacını tamamen karşılamayacağını da kabul etmek gerekmektedir. Bu nedenle çocuk ve gençlere yönelik cinsel davranışların, yalnızca onların ileriki dönemlerdeki cinsel gelişmelerini tehlikeye atmakla kalmayacağını; aynı zamanda fiilin gerçekleştirildiği sırada da cinsel özgürlüklerinin ihlal edilmiş olacağını belirtmek gerektiği ileri sürülmüştür²¹⁷.

c. Vücut Bütünlüğü

Irza geçme (§ 177 Abs. 2 Nr. 1) veya çocukların ağır cinsel istismarı (§ 176a Abs. 2 Nr. 1) hallerinde, cinsel özgürlüğün ihlali ve insan onurunun zedelenmesinin yanında, mağdurun vücut bütünlüğü de ihlal edilmektedir²¹⁸.

3. Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar ile Fücür Suçunun Maddi Unsur Bakımından Karşılaştırılması

§ 173 StGB'nin maddi unsuru ile § 174 StGB vd.'nda yer alan suçların maddi unsurları arasında kısa bir karşılaştırma yapmakta fayda vardır. Bununla amaç, bu suçlar arasındaki belli başlı farklılıkları ortaya koymaktır; yoksa tüm suçları ayrıntılı olarak incelemek amaçlanmamaktadır.

²¹⁵ MK-StGB-Rezinskowski, § 174 vd. Rn. 2, 3.

²¹⁶ LK-StGB-Hörnle, § 174 Rn. 1.

²¹⁷ Benzer görüşler için bkz. Fischer, § 174 Rn. 2; BGHSt 46 85, 87; BGH NJW 1995 2234, 2235.

²¹⁸ LK-StGB-Hörnle, Vor. § 174 Rn. 33.

a. Temel Kavramlar

StGB'nin 13. Bölümünde bulunan cinsel suçlar bakımından söz konusu olan belli başlı terimlerin ne anlama geldiklerini anlamak, bu suçlar ile § 173 StGB arasındaki farklılığı ortaya koyarken kolaylık sağlayacaktır.

StGB'nin 13. Bölümünde yer alan suçlar genel olarak, istismar fiilleri (§§ 174/1, Nr. 3; 176; 176a/1,2; 180/1,2; 181a) ve cebir fiilleri (özellikle §§ 177; 178; 181) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²¹⁹.

i. İstismar

Öncelikle istismar, daha doğrusu çalışmanın konusu ile bağlantılı olarak cinsel istismar kavramının açıklanması gerekmektedir.

Cinsel istismar kavramı, *“bir çocuğun obje olarak kullanılması suretiyle, bir yetişkin tarafından, kendi cinsel ihtiyaçlarını tatmin etmek amacıyla sömürülmesi”* şeklinde tanımlanmaktadır²²⁰.

Bir başka görüşe göre istismar, *“güçlü olanın, güçsüz olan üzerinde, güçsüz olanın hakları ve onurunu hiçe sayacak şekilde, davranışlar sergilemesi”* olarak tanımlanmaktadır²²¹. Her iki tanım da doktrinde şiddetli şekilde eleştirilmektedir²²².

Fischer'e göre, cinsel özgürlüğün korunmasını amaçlayan 13. Bölümde, *“bir kimsenin istismarı”* şeklinde bir başlığa yer vermek, uygun olmayacaktır. Buna göre, suçun mağdurunun bir *“obje”* olduğunun kabul edilmesi, mağdur üzerinde failin yasal olarak bir kullanım hakkı olduğu yönünde bir kaniya yol açabilecektir²²³. Oysa ki burada, bir kimse (bu bağlamda suçun mağduru) üzerinde bulunan bir hakkın kötüye kullanılması değil; fail tarafından sahip olunan psikolojik, fiziki ve sosyal üstünlüğün kullanılması ile mağdurdan cinsel anlamda faydalanılması söz

²¹⁹ Fischer, Vor. § 174, Rn. 7; Karst s. 83.

²²⁰ Karst, s. 83-84.

²²¹ Alman Gençlik, Aile ve Sağlık Bakanlığı, BT-Drucks. 10/3845, s. 1; Renzikowski, Vor. § 174 vd. Rn. 18: Asimetrik İlişki.

²²² Fischer, Vor. § 174 Rn. 8.

²²³ Fischer, Vor. § 174 Rn. 8.

konusudur²²⁴. Bu nedenle başlığın, “*failin fiili veya hukuki imkanlarını istismar etmesi*” olarak algılanması gerekmektedir²²⁵.

Cinsel istismarın bir suç teşkil etmesi, ilgili hükümde belirtilen hareketin gerçekleştirilmesine bağlıdır²²⁶.

ii. Cebir

StGB'nin 13. Bölümünde, zorlama fiillerine de yer verilmiştir. Bu bağlamda, hepsinden önce § 177 StGB'den bahsetmek gerekir. Bu suçta, bir kimseyi, cebir (Abs. 1 Nr. 1), tehdit (Abs.1 Nr. 2) kullanarak veya o kimsenin korunmasız durumundan faydalanmak suretiyle (Abs.1 Nr. 3) , cinsel davranışlara zorlama söz konusudur²²⁷.

Mağdur, sözü edilen araçların kullanılması suretiyle, rızası hilafına, bir davranışta bulunmaya zorlanmaktadır. Burada önemli olan, aracın mağduru cinsel davranışlara zorlamak için kullanılmasıdır²²⁸.

Zorlama eylemleri, failin veya üçüncü bir kişinin cinsel davranışlarına katlanma ya da fail veya üçüncü bir kişi üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya zorlanma şeklinde tezahür edebilir²²⁹.

iii. Cinsel Davranış

Cinsel davranış ile, insanlar arasında dolaysız biçimde gerçekleşen ve cinsellik içeren ve kural olarak aktif olan davranışlar kastedilmektedir²³⁰.

§ 184h StGB²³¹ 'de “Tanımlar” (Begriffsbestimmung) başlığına yer verilmiştir. Ancak düzenlemeye bakıldığında, cinsel davranış kavramının

²²⁴ Fischer, Vor. § 174 Rn. 8.

²²⁵ Fischer, Vor. § 174 Rn. 8.

²²⁶ Karst, s. 84.

²²⁷ Karst, s. 84.

²²⁸ Karst, s. 84 – 85; Karş. S/S-Lenckner/Perron/Eisele, § 177 Rn. 11; LK-StGB-Laufhütte, § 177 Rn. 13; Fischer, § 177 Rn. 4; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 124 vd., BGH NStZ 2005, 267 (268).

²²⁹ Karst, s. 85.

²³⁰ Fischer, § 184g Rn. 2; Karst, s. 85.

²³¹ 21.01.2015 tarihli R.G (BGBl. I s. 10) ile § 184g hükmü §184h olarak değiştirilmiştir. Madde metninde bir değişikliğe gidilmemiş olup, kanuna eklenen bir başka madde dolayısıyla, yalnızca paragraf numarası değiştirilmiştir.

tanımlanmasından ziyade, StGB bağlamında hangi davranışların cinsel davranış olarak kabul edildiğinin belirtilmiş olduğu görülmektedir²³².

§ 184h StGB’de “*bu kanun anlamında cinsel davranış, yalnızca ilgili hükümde korunan hukuksal yarar bakımından önemli olan davranışlardır*” şeklinde bir ifade yer almaktadır.

Bu bakımdan StGB’deki suç tipleri, bedensel temas gerektiren ve bedensel temas gerektirmeyen cinsel davranışlar şeklinde iki gruba ayrılmaktadır²³³.

b. Maddi Unsur Bakımından Karşılaştırma

§ 174 StGB vd.’nda genel olarak, “cinsel davranışlarda bulunmak” maddi unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Cinsel davranış, “cinsel ilişkiye girmek” kavramından çok daha geniş bir anlam taşımaktadır. Buna göre, § 174 StGB vd. için, ilgili hukuksal yarar bakımından “önemli olma” şeklinde bir sınırlandırmaya gidilmiş olsa dahi, § 173 StGB kıyaslandığında, maddi unsur anlamında çok daha çeşitli cinsel müdahaleler söz konusudur²³⁴.

Bu bakımdan, yalnızca § 173 StGB’nin uygulama alanına dahil olmaması şartıyla, “cinsel ilişki” boyutuna varan bir davranış söz konusu olduğunda, fikri içtima hükümlerine başvurmak gerekecektir²³⁵.

4. Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlara İlişkin Maddelerin Uygulama Alanı

§ 173 StGB’nin uygulama alanını tespit edebilmek için, bu suç ile § 174 StGB vd. suçlar bakımından, fail ve mağdura ilişkin yaş aralıkları, fail ile mağdurun akrabalık ilişkileri, rıza ve maddi unsurları arasındaki benzerlik ve farklılıkları ortaya koymak gerekmektedir.

On sekiz yaşından büyük bir kimse, aralarında altsoy – üstsoy kan hısımlığı bulunan veya öz kardeşi olan bir kimse ile (bu bağlamda mağdurun yaşı önemsizdir),

²³² Fischer, § 184g Rn. 2.

²³³ Karst, s. 85.

²³⁴ Karst, s. 90.

²³⁵ Karst, s. 91.

karşılıklı rızaları çerçevesinde cinsel ilişkiye girerse § 173 StGB'ye göre cezalandırılır.

§ 173 StGB bakımından, maddi unsuru oluşturan hareket yalnızca “cinsel ilişkiye girmek” olduğundan, bu boyuta varmayan diğer cinsel davranışlar bakımından hiçbir şekilde bu düzenlemeye başvurulamayacaktır²³⁶.

Mağdur bakımından herhangi bir yaş sınırlaması getirilmemiş olmakla beraber, fail bakımından eylemin gerçekleştiği esnada on sekiz yaşını doldurmamış olmak bir cezasızlık sebebi olarak düzenlenmiştir²³⁷. Buna göre, fiilin gerçekleştiği esnada on sekiz yaşını doldurmamış olan öz kardeşler, birbirleri ile karşılıklı rızaları çerçevesinde cinsel ilişkiye girmeleri halinde, § 173 StGB kapsamında cezalandırılmayacaklardır (Abs. 3).

Buna ek olarak, fail ile mağdur arasında muhakkak bir kan hısımlığı bulunmalıdır, ancak söz konusu hısımlık derecesi altsoy ve üstsoy ile kardeşler olarak sınırlandırılmıştır.

§ 173 StGB'de, açıkça “rızaya dayalı olarak”, “karşılıklı rıza ile” gibi bir ifade bulunmamakla beraber, doktrindeki baskın görüş tarafında, yalnızca öz altsoy-üstsoy yahut kardeşler arasında gerçekleşen rızaya dayalı bir cinsel ilişkilerin bu düzenlemenin kapsamına girebileceği kabul edilmektedir. Buna göre, cinsel ilişkinin taraflarından birinin, buna rızası olmaması halinde, uygun düştüğü ölçüde § 174 StGB vd.'nda yer alan suçlar kapsamında bir değerlendirme yapmak gerekecektir²³⁸.

III. İsviçre

İsviçre Ceza Kanunu'nun Aileye Karşı Cürümler ve Cünhalar başlıklı Altıncı Bölümü'nün 213'ncü maddesinde (§ 213 sStGB) fücra ilişkin düzenleme bulunmaktadır.

²³⁶ Bkz. İkinci Bölüm, II., A., 4.

²³⁷ Bkz. İkinci Bölüm, II., A., 8.

²³⁸ Karst, s. 109.

Madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

“§ 213 sStGB – Ensest

1. *Alt veya üstsoyundan bir kan hısmıyla ya da tam veya yarım kan kardeşiyle cinsel ilişkiye giren kimse üç yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır.*
2. *Ergin olmayan kimsenin (cinsel ilişkiye girmek üzere) kandırılması halinde, kendisine ceza verilmez.*
3. ...²³⁹”

Maddenin başlığında, 23.06.1989 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan ve 1.1.1990’da yürürlüğe giren kanunla değişikliğe uğramış ve “Blutschande” ifadesi yerine, “Inzest” terimi kullanılmaya başlanmıştır. Değişiklik gerekçesinde bunun nedenleri, “Blutschande” ifadesinin olumsuz ve eski bir ifade olması ile “Inzest” kavramının mukayeseli hukuktaki kullanım sıklığı olarak belirtilmiştir²⁴⁰.

İsviçre’de fücurun cezai yaptırıma bağlanmasının mantığı ve gerekliliği konusu tartışmalıdır. Farklı zaman ve kültürlerde yer bulan evrensel nitelikteki ensest yasağının, içeriğinin ve amacının zaman ile mekana göre değişiklik gösterdiği savunulmaktadır. Bu suç ile korunan hukuksal yarar olarak kabul görmüş öjenik endişelerin, İsviçre Ceza Hukuku’ndaki güncel gelişmelere paralel olarak, yerini aile ahlakının saflığına bıraktığı kabul edilmektedir²⁴¹.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında, “*Yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkilerin ceza yaptırımına bağlanması, medeni hukuktaki evlenme yasaklarında olduğu gibi, bu tür ilişkilerden doğacak çocukların genetik*

²³⁹ Bu fıkra, genel hükümler ve çocuklara karşı cinsel suçlara ilişkin ceza zamanaşımı süreleri hakkında 5.1.2001 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan ve 1.10.2002 tarihinde yürürlüğe giren Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. Aufgehoben durch Ziff. I des BG vom 5. Oktober 2001 (Verjährung der Strafverfolgung im allgemeinen und bei Sexualdelikten an Kindern), mit Wirkung seit 1. Oktober 2002 (AS 2002 2993; BBl 2000 2943).

²⁴⁰ Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 23. Juni 1989, in Kraft seit 1. Januar 1990 (AS 1989 2449; BBl 1985 II 1009 (1049)).

²⁴¹ Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht - Besonderer Teil II (Bern: Verlag Stämpfli & Cie. AG., 1984) s. 82. Buna karşılık bazı yazarlara göre, her iki argüman da tartışmalıdır. Bkz. Fritz Baumann (Aarau), “Die Blutschande und ihre rechtlichen Folgen”, Schweizerische Juristen-Zeitung, 63. Jahrgang, Heft 21 (Zürich: Druck und Verlag von Schulthess & Co. AG., 1967) s. 323.

*rahatsızlıklara yakalanması yönündeki endişelerden doğmuştur*²⁴². Daha sonra ortaya çıkan başka bir anlayış, öjenik endişelere dayalı yaklaşımın sorgulanmasına neden olmuş ve ailenin ahlaki saflığının korunmasına yönelmiştir. İsviçre Ceza Kanunu da bu temele dayanmaktadır. Bu bağlamda ensest suç, 'Aileye Karşı Cürümler ve Cünhalar' başlığı altında yer almaktadır. § 213'te düzenlenen fücür suçunda korunan hukuksal yarar ailenin saflığıdır.²⁴³ ifadelerine yer verilmiştir.

§ 213 sStGB'de düzenlenen ensest suçunun maddi unsuru, düz çizgi kan hısımları ile tam veya yarım kan kardeşleri arasındaki cinsel ilişki olarak belirlenmiştir. Bu bakımdan yalnızca kan hısımlığı dikkate alınmış olup, kayın hısımlığı kapsam dışında tutulmaktadır. Doktrindeki baskın görüşe göre, çocuk ile baba arasında soybağının kurulup kurulmadığına bakılmaksızın, söz konusu düzenlemenin evlilik dışı bir ilişkinin ürünü olan çocukları da kapsadığı kabul edilmektedir²⁴⁴.

Buna karşılık kan hısımlığının vurgulanmasının, hükmün düzenleme amacı ile kimi durumlarda somut olaya uygulanması sonucunda ortaya çıkan netice bakımından çelişki yaratabileceği ileri sürülmüştür. Örneğin, evlilik devam ediyorken doğan çocuk ile ilgili olarak, İsviçre Medeni Kanunu'nun 255'nci maddesi (§ 255 ZGB) gereği kocanın babalık karinesi söz konusu olacaktır. Buna karşılık, çocuğun esasen evlilik dışı ilişki ürünü olması durumunda, hakkında babalık karinesi bulunan kocanın çocuk ile baba-çocuk ilişkisi kurması, çocuğun kocayı baba olarak tanıması veya aile birliği içinde beraber yaşamalarının § 213 sStGB bakımından bir önemi kalmayacak ve bu ikisi arasında bir cinsel ilişki vuku bulması halinde suç oluşmayacaktır²⁴⁵.

Cinsel ilişkinin gerçekleşmiş sayılabilmesi için, erkek cinsel organının kadının vajinasına ithal edilmesi aranmaktadır²⁴⁶.

²⁴² August Egger, *İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Aile Hukuku (Birinci Kısım: Evlenme Hukuku)*, Çev. Tahir Çağa (İstanbul: Kenan Matbaası, 1943) s. 68.

²⁴³ BGE 83 IV 158 (160).

²⁴⁴ Stratenwerth, 83.

²⁴⁵ Stratenwerth, 83.

²⁴⁶ Stratenwerth, 83.

§ 213 sStGB'deki suç kasten işlenebilen bir suçtur. Buna karşılık, faillerin bilhassa evlilik dışı ilişkiden kaynaklanan durumlarda, baba ile çocuk veya yarım kan kardeşleri oldukları hususunda yanılacakları kabul edilmektedir²⁴⁷.

IV. Avusturya

Fücur suçu, Avusturya Ceza Kanunu'nun "Cinsel Dokunulmazlığa ve Özgürlüğe Karşı Suçlar" başlıklı Onuncu Bölümü'nde düzenlenmektedir. Cinsel bir suç olmakla birlikte, cinsel dokunulmazlığın bu suç ile korunan hukuksal yararlarından olmaması hasebiyle, maddenin kanun sistematığındeki yeri eleştirilmektedir²⁴⁸.

Bilhassa fücurun suç olarak düzenlendiği diğer hukuk sistemlerinin pek çoğunda bu suçun diğer başlıklar altında (örneğin, Evlilik ve Aileye Karşı Suçlar) düzenlenmesi karşısında, Avusturya'da da cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar bölümünde yer almaması gerektiği savunulmaktadır. Bunun yanı sıra, İsviçre'de olduğu gibi Avusturya doktrininde de, "Blutschande" teriminin zamana ayak uyduramayan bir terim olduğu ve ensest tabusu gibi içeriğinin belirsiz olduğu yönünde eleştiriler bulunmaktadır²⁴⁹.

Fücur suçuna ilişkin madde şu şekilde kaleme alınmıştır:

"§ 211 öStGB – Fücur

- 1. Alt veya üst soyundan bir akrabası ile cinsel ilişkiye giren kimse, 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*
- 2. Alt soyundan bir akrabasını kandırmak suretiyle cinsel ilişkiye girmeye ikna eden kimse, 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*
- 3. Erkek veya kız kardeşiyle cinsel ilişkiye giren kimse, 6 aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

²⁴⁷ Stratenwerth, 84.

²⁴⁸ Thomas Philipp, hersg. von Frank Höpfel, Eckart Ratz, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., §§ 201 – 212 (Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2012), § 211 Rz. 1.

²⁴⁹ Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 1.

4. *Fiilin işlendiği esnada 19 yaşını tamamlamayan kimse, (cinsel ilişkiye girmek üzere) baştan çıkarılmış olması halinde, fücür nedeniyle cezalandırılmaz.*”

Bu suç ile korunduğu kabul edilen hukuksal yararlarından ilki, gelecek nesillerin sağlığıdır. Zira, § 211 öStGB ile baskın resesif genlerden kaynaklanan genetik bozuklukların önlenmesi amaçlanmaktadır²⁵⁰.

İkincisi ise, aile birliğinin korunması olarak kabul edilmektedir. Bu ikinci hukuksal yarar bakımından ele alındığında § 211 öStGB'nin, “*Aile Aleyhine İşlenen Cinsel Suçlar*” başlığı altında yer almasının daha yerinde olacağı savunulmaktadır²⁵¹. Fücürün cezalandırılmasına tarihsel anlamda da bakıldığında, bu eylemlerin cezalandırılmasının altında, daha genç olan aile bireylerinin cinsel yönden istismar edilmelerinin önlenmesi amacının bulunduğu ileri sürülmektedir. Bundan hareketle, §§ 206 ve 212 öStGB’de düzenlenen reşit olmayanların cinsel yönden istismarı ve nüfuzun kötüye kullanılmasına ilişkin hükümlerde halihazırda korunan bu hukuksal yararın, § 211 öStGB’de de korunmasının füzuli olduğu yönünde doktrinde görüşler bulunmaktadır²⁵².

§ 211 öStGB kapsamına giren üç türlü davranış öngörülmüştür:

- Aralarında düz çizgi hısımlığı bulunan (altsoy – üstsoy hısımları) kimselerin cinsel ilişkiye girmeleri (Abs. 1)
- Kardeşlerin cinsel ilişkiye girmeleri (Abs. 2)
- Altsoyundan olan bir kimseyi kendisi ile cinsel ilişkiye girmeye ikna etmek (Abs. 3)

Bunun yanı sıra, § 211 öStGB Abs. 4’te kişisel bir cezasızlık sebebine yer verilmiştir. Buna göre, bu suç kapsamında rızası ile cinsel ilişkiye giren veya cinsel ilişkiye girmesi için kandırılan kimse, fiilin işlendiği esnada henüz on dokuz yaşını tamamlamamış ise cezalandırılmayacaktır²⁵³.

Esas itibarıyla, § 211 öStGB Abs. 2’nin mağduru bakımında da, ceza ehliyetinin bulunması şartıyla, gerçekleştirdiği eylem § 211 öStGB gereğince cezalandırılabilir bir davranış olma niteliğini korumaktadır. Buna karşılık, kanun

²⁵⁰ Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 1.

²⁵¹ Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 2.

²⁵² Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 2.

²⁵³ Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 4.

koyucu § 211 öStGB Abs. 4'te zorunlu bir iştirak öngörmektedir. Kusurluluğu ortadan kaldıran bu zorunluluk hali dolayısıyla, kandırılan bu kimselerin cezalandırılmasının önüne geçilmektedir²⁵⁴.

§ 211 öStGB'nin ilk üç fıkrasında düzenlenen yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişki suçuna giren eylemler birbirinden bağımsız suç tipleri olarak öngörülmüştür. Düzenlemenin ikinci fıkrasında yer alan suç, altsoyunun kendisi ile cinsel ilişkiye girmesini sağlayan kimseler bakımından özel hüküm niteliği taşımaktadır. Buna göre, § 211 öStGB'nin ikinci fıkrası, birinci fıkrası karşısında *lex specialis* olarak kabul edilmektedir²⁵⁵.

§ 211 öStGB'de düzenlenen suç, bizzat işlenebilen bir mahsus (özgü) suçtur. Bu bakımdan, cinsel ilişkinin taraflarının kan hısımlı olmaları gerekmektedir. Medeni hukuk bağlamındaki soybağına ilişkin karinelerin ise bu suç bakımından mutlak bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu nedenle ceza yargılamasında, soybağının ayrıca ispatlanması gerekmektedir²⁵⁶.

§ 211 öStGB Abs. 3'e göre, yarım kan bağı bulunan kardeşler de bu düzenlemenin kapsamına girmektedir. Buna karşılık, kayın hısımları, evlat edinen ile evlatlık, üvey kardeşler, amca, dayı, hala, teyze ile yeğenleri veya kuzenler arasındaki cinsel ilişkiler bu hüküm kapsamında kabul edilmeyerek cezalandırılmamaktadır²⁵⁷.

Kural olarak cinsel ilişkinin her iki tarafı da bu eylemden dolayı sorumludur. Bu bağlamda § 211 öStGB, çok failli bir suç niteliği taşımaktadır. Mağdur sıfatı ise yalnızca, § 211 öStGB Abs. 4'te öngörülen kişisel cezasızlık sebebi bağlamında, fiili gerçekleştirmek hususunda ikna edilen ve henüz on dokuz yaşını doldurmamış olan kimse bakımından söz konusu olabilmektedir²⁵⁸.

Maddi unsur, § 211 öStGB Abs. 1 ve 3'te "*cinsel ilişkiye girmek*" (*Vollzug des Beischlafs*) iken; § 211 öStGB Abs. 2'de "*cinsel ilişki için baştan çıkarmak*" (*Verführung zum Beischlaf*) olarak karşımıza çıkmaktadır.

²⁵⁴ Doktrinadaki bazı yazarlara göre ise, söz konusu kişisel cezasızlık nedeni, kusurluluğu ortadan kaldıran bir kişisel cezasızlık sebebi değil, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir zorunluluk halidir. Akt. Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 4.

²⁵⁵ Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 4.

²⁵⁶ Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 5.

²⁵⁷ Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 5.

²⁵⁸ Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 6.

Cinsel ilişkiye girmekten, vajinal ilişki anlaşılmaktadır. Cinsel ilişkiye yeltenmek ise suçun tamamlanması bakımından yeterli olmamakta, ancak koşulları varsa teşebbüs hükümleri uygulanabilmektedir²⁵⁹. § 211 öStGB'nin ilk üç fıkrasındaki suçların tamamlanabilmesi için, cinsel ilişkinin gerçekleşmesi aranmaktadır. Bunun için ise, erkek cinsel organının vajinaya duhul etmesi gerekmektedir. Bundan önce gerçekleşen ve cinsel ilişkiye yönelik olan diğer her türlü davranış § 211 öStGB'ye teşebbüs niteliğinde kabul edilmektedir.

§ 211 öStGB Abs. 1 bağlamında cinsel ilişkiye teşebbüs etmek ile, § 211 öStGB Abs. 2'de düzenlenen altsoyunu cinsel ilişkiye girmeye ikna etmek arasındaki sınırın belirlenmesi ise kolay olmamaktadır. Bunun için tarafların birbirlerine karşı durumlarını somut olay çerçevesinde değerlendirmek gerekecektir. Örneğin, cinsel ilişkiye girmeye istekli olan tarafın, başlangıç niteliğindeki hareketler sergilemesi ile § 211 öStGB Abs. 1 bakımından teşebbüs alanına girdiği kabul edilebilir ise de, bu aşamada, cinsel ilişkiye girmek konusunda henüz kararsız olan partner tarafından söz konusu davranışlar § 211 öStGB Abs. 2 bağlamında ikna etmeye yönelik davranışlar olarak algılanabilecektir²⁶⁰.

Cinsel ilişkiye girmeye ikna etmek ise, mağdurun yalnızca üstsoyu ile cinsel ilişkiye girmeye rıza göstermiş olmasının ötesinde bir anlam taşımaktadır. Bu bağlamda, mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstermesini sağlamak bakımından (üstsoy) failin aktif bir etkide bulunması aranmaktadır. Buna örnek olarak, ısrarcı davranmak, konuşarak etkilemeye çalışmak, vaatlerde bulunmak, mağdur ile aralarındaki otorite ilişkisine dikkat çekmek ve cinsel ilişki başlangıcı niteliğindeki davranışları sergilemek gösterilmektedir. Bununla birlikte, failin mağduru ikna etmek için sergilediği davranışların cebir düzeyine varmaması gerekmektedir²⁶¹.

§ 211 öStGB'de düzenlenen fücur suçu, kasten işlenebilen bir suçtur ve kastın cinsel ilişkiyi ve kan hısımları ile cinsel partner olmayı kapsamaması gerekmektedir. Aralarında hısımlık bulunduğu hususunda yanılma halinde (örneğin, kardeşlerin küçükken birbirlerinden ayrılmaları nedeniyle birbirlerini tanımamaları), bu durumun kastı ortadan kaldırdığı kabul edilmektedir. Buna karşılık, altsoyu ile cinsel ilişkiye girmenin suç olduğunu bilmeyen veya evlilik dışı ilişkinin akrabalık

²⁵⁹ Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 7.

²⁶⁰ Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 9.

²⁶¹ Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 7.

ilişkisi doğurmayacağını düşünen bir kimsenin hukuki hataya düşmesi söz konusu olacak ve bu hatasının kaçınılabilir olması durumunda sorumluluğu devam edecektir²⁶².

§ 211 öStGB Abs. 1 ile ırza geçmeyi düzenleyen § 201 öStGB arasında içtima söz konusu olamayacaktır. Zira, § 211 öStGB’de ikna etmek suretiyle mağdurun rızası sağlanırken, § 201 öStGB’de mağdur fail ile cinsel ilişkiye girmeye zorlanmaktadır²⁶³.

Cinsel ilişkinin taraflarından birinin reşit olmayan bir kimse olması halinde, § 211 öStGB kapsamındaki her üç suç tipi ile reşit olmayanların cinsel istismarını düzenleyen § 206 öStGB arasında fikri içtima söz konusu olacaktır²⁶⁴.

Altsoy cinsel ilişkiye girmeye ikna edilmemiş ise, § 211 öStGB Abs. 1 ile nüfuzun kötüye kullanılmasını düzenleyen § 212 öStGB Abs. 1 arasında gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır²⁶⁵.

V. İtalya

Ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı fücür suçu İtalyan Ceza Kanunu’nun (Codice Penale Italiano) Özel Hükümlere İlişkin İkinci Kitabının İkinci Kısımında yer alan Ailenin Ahlakına Karşı Suçlar Başlığı altında 564. maddede “Incesto” başlığı ile düzenlenmiştir.

İtalyan Kanun Koyucu 564. maddeyi şu şekilde kaleme almıştır²⁶⁶:

“(1) Her kim, altsoy-üstsoy kan veya kayın hısımları ya da kardeşi ile, kamusal bir skandala yol açmak suretiyle ensest ilişkiye girerse, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

²⁶² Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 8.

²⁶³ Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 11.

²⁶⁴ Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 11.

²⁶⁵ Philipp in WK² StGB § 211 Rz. 11.

²⁶⁶ Codice Penale Italiano, Dei Delitti Contro la Famiglia, Capo II- Dei delitti contro la morale familiare, Articolo 564-Incesto (<http://www.diritto.it/codici/articolo/4303336-codice-penale-incesto>) (Erişim Tarihi: 12.11.2015).

(2) *Ensestin bir birliktelik halini alması durumunda ceza, iki yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasıdır.*

(3) *Yukarıdaki fıkralarda belirtilen eylemlerin ergin bir kimse tarafından on sekiz yaşından küçük bir kimseye karşı gerçekleştirilmesi halinde, ergin olan kimsenin cezası artırılır.*

(4) *Mahkumiyet halinde, velinin velayet hakkı düşer²⁶⁷.*”

Görüldüğü gibi İCK m.564'ün birinci fıkrasında fücurun tek seferlik olması durumuna ilişkin düzenlemeye yer verilirken, ikinci fıkrada failler arasında, “fücur niteliği taşıyan bir birliktelik” (relazione incestuosa) bulunması hali, daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

İtalyan doktrinindeki baskın görüşe göre ise, bu durum esasen rızaya dayalı fücur suçunun nitelikli halini teşkil etmemekte, bağımsız bir suç niteliği taşımaktadır. Tartışma ise bu birlikteliğin ne zaman söz konusu olacağı noktasında yaşanmaktadır. Bazı yazarlar, farklı zamanlarda birden fazla kez cinsel ilişkiye girilmesini yeterli görmektedirler. Buna karşılık kimi yazarlara göre, girilen cinsel ilişki sayısına bağlı olmaksızın, belirli bir süre devam eden istikrarlı bir birliktelik bulunması gerekmektedir²⁶⁸.

Öte yandan madde metninde açıkça yer almamakla birlikte, evlatlık ilişkisi de rızaya dayalı fücur suçu kapsamında sayılmaktadır. Bunun açıkça madde metninde yer almasına gerek duyulmamaktadır. Zira bunun İtalyan hukukundaki öz evlat ile evlatlık arasındaki eşitlik ilkesinin doğal bir sonucu olduğu kabul edilmektedir²⁶⁹.

Evlatlık hukuku bakımından söz konusu olan öz evlat ve evlatlık arasındaki eşitlik ilkesi, 1983 ve 2001 yıllarında bu alanda yapılan reformlar ile İtalyan hukukuna girmiştir. Ancak bu ilke, yalnızca çocuk yaşta evlat edinilen kimseler bakımından geçerli olmakta, yetişkin iken evlat edinilen kimseler bakımından ise

²⁶⁷ Bu fıkra, 28 Aralık 2013 tarihli 154 Sayılı Yasanın 93. Maddesinin 1. fıkrası ile 7 Şubat 2014'ten itibaren yürürlüğe girecek değiştirilmiştir. Bkz. <http://www.altalex.com/documents/news/2014/02/26/filiazione-in-vigore-il-dlgs-che-elimina-discriminazioni-dei-figli-naturali> (Erişim Tarihi: 12.11.2015); Söz konusu fıkranın eski halinde “babanın” mahkumiyeti halinde velayet hakkının düşeceği düzenlenmiş idi. Bkz. Erem, “*Fücur İlişkisi*”, s. 232.

²⁶⁸ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 36-37.

²⁶⁹ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 32.

uygulama alanı bulmamaktadır. Bunun sonu olarak, yetişkin iken evlat edinilen evlatlık ile gerçekleştirilen rızaya dayalı cinsel ilişkiler İCK m. 564 kapsamına girmemektedir²⁷⁰.

Altsoy veya üstsoy kayın hısımları da rızaya dayalı fücür suçu kapsamında kabul edilmiştir. Yalnızca üstsoy ve altsoy kayın hısımları düzenlemenin kapsamına girmekle birlikte, bu durum evlilik birliğinin eşlerden birinin ölümü veya boşanma ile sona ermesinden sonra da devam etmektedir. Mukayeseli hukuka bakıldığında bu suçta kayın hısımlığını da kapsam dahiline alan çok az sayıda düzenleme bulunduğu görülmektedir. Bu doğrultuda, uzun zamandır İtalyan Hukukunda bu husus ağır eleştirilerin hedefi olmaktadır²⁷¹. Hatta İCK m. 564'ün anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle İtalyan Anayasa Mahkemesine başvuru dahi yapılmıştır. Mahkeme 15 Kasım 2000 tarihinde bu konudaki kararını vererek, İCK m.564'ü anayasaya uygun bulmuştur²⁷².

Bunun yanı sıra, İtalya'da fücürün cezalandırılması, “aleni skandal” (pubblico scandalo) şartına bağlanmıştır²⁷³. Skandalın fiilin işleniş şeklinden kaynaklanması gerektiği, mutlaka failer tarafından bunun istenmesine gerek olmadığı kabul edilmektedir. Bunun bir cezalandırma şartı olup olmadığı ise tartışmalıdır. Baskın görüşe göre, rızaya dayalı fücür suçunun aleni skandal yaratma şartına bağlanması yerinde olmamıştır, bu koşulun madde metninden çıkarılması gerekmektedir²⁷⁴.

VI. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık'ta 1908 tarihli Fücür Kanunu (Incest Act) çerçevesinde rızaya dayalı fücür ilişkisi cezalandırılmaktayken, 1956 tarihinde yürürlüğe giren

²⁷⁰ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 32.

²⁷¹ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 33.

²⁷² Sieber (Albrecht/Sieber), s. 33; Ayrıca bkz. Corte Costituzionale, 15 novembre 2000, n. 518, Giur. It. 2001, s. 994.

²⁷³ Erem, “Fücür İlişkisi”, s. 228-229.

²⁷⁴ Erem, “Fücür İlişkisi”, s. 229.

Cinsel Suçlar Kanunu fücür ilişkilerini de kapsamına almıştır. Bu yasada fücür failinin erkek veya kadın olabileceği kabul edilmiştir²⁷⁵.

2003 tarihli Cinsel Suçlar Yasası'nın kırk ikinci bölümünün birinci kısmında, "*Ergin Akraba ile Cinsel İlişki*" başlığı altında, ergin akrabalar arasındaki rızaya dayalı fücür suçuna yer verilmiştir. Söz konusu yasanın 64-65. sayfalarında penetrasyon ve penetrasyona rıza göstermek ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

Bu suç bağlamında failin duhulü gerçekleştirdiği kimse ile arasında altsoy, üstsoy, kardeş (tam veya yarım) veya üçüncü dereceye kadar kan hısımlığı bulunmalıdır ve failin söz konusu akrabalık ilişkisini bilmesi veya en azından makul şekilde bu ilişkiyi bilmesinin kendinden beklenebilir olması aranmaktadır²⁷⁶.

Penetrasyondan söz edebilmek için, on altı yaş veya üzerindeki bir kimsenin aralarında kanunda belirtilen derecede akrabalık ilişkisi bulunan bir kimsenin, vajinasına yahut anüsüne penisini veya sair bir cismi sokması ya da bu kimsenin ağzına penisini sokması aranmaktadır. Penetrasyon niteliğindeki fiillerin, kendisi üzerinde gerçekleştirilmesine rıza gösteren kimse de cezalandırılmaktadır. Ancak öngörülen ceza bakımından bir değişiklik söz konusu değildir²⁷⁷.

Burada AİHM'nin 13 Eylül 2005 tarihinde Birleşik Krallık aleyhine vermiş olduğu karardan söz etmek gerekmektedir. Karara konu olay şu şekilde cereyan etmiştir: Başvuranlar arasında birinci dereceden üstsoy – altsoy kayın hısımlığı bulunmaktadır. Kocanın evi terk etmesi üzerine, söz konusu evlilikten doğan çocuk da dahil olmak üzere başvuranlar birlikte yaşamaya devam etmişlerdir. Zamanla aralarında bir ilişki başlamıştır. Bu ilişkinin ilerlemesi ve hatta torunun dedesine baba demeye başlaması üzerine, başvuranlar yetkili makamlara evlenip evlenemeyeceklerine ilişkin bilgi almak adına başvuruda bulunmuşlardır. Ancak çifti yetkili makamlara yapmış olduğu başvuru olumsuz yanıtlanmıştır. Zira çiftin evlenmek üzere başvuru yaptığı esnada yürürlükte bulunan 1986 tarihli Evlenme Yasası'na (Marriage Act 1986) göre, çiftin evlenebilmesi için her ikisinin de eski eşlerinin ölmüş olması gerekmektedir. Bu konuda iç hukukta başvurulabilecek bir

²⁷⁵ Yarsuvat, s.163.

²⁷⁶ Sexual Offences Act 2003, s. 64.

²⁷⁷ Sexual Offences Act 2003, s.64 – 65.

makam da bulunmaması nedeniyle başvuranlar AİHM'ye bireysel başvuru yapmışlardır. AİHM ise vermiş olduğu kararda, somut olayda AİHS m. 12'de düzenlenen Evlenme Hakkı'nın ihlal edildiğine karar vermiştir²⁷⁸.

VII. Polonya

Doktrinde eleştirilmekle birlikte akrabalar arasındaki cinsel ilişkiler Polonya'da halen cezalandırılmaktadır. Ayrıca, örneğin Alman Hukuku'nda kişisel durum, evlilik ve aileye karşı suçlar başlığı altında düzenlenen fücür, Polonya'da halen bir cinsel suç olarak görülmekte ve genel ahlâka karşı suçlardan sayılmaktadır²⁷⁹.

1932 tarihli Polonya'nın ilk Ceza Kanunu'nda tüm cinsel suçların, "*Zina (Unzucht-Nierzqd)*" başlığı altında düzenlendiği ve fücür kapsamındaki hareketlerin de 206'ncı maddede "*Inzest*" başlığı ile yer aldığı görülmektedir²⁸⁰. Bu maddede ensestini, yalnızca kan hısımları olan, alt-üstsoy ile kardeşler arasındaki cinsel ilişki fiillerini kapsamakta olduğu ifade edilmektedir. Düzenlemenin amacının ise, türün korunması ve genetik sebepler olduğu belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemede ensest suçu, cinsel ilişkiye girmek fiili ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca bu suç, yalnızca yasada sayılan kimseleri kapsamaktadır, ki bu kimseler üreme kabiliyeti olan kişilerdir. Korunan hukuksal yararın, genel ahlâk veya aile ilişkilerindeki saflığın korunması değil, insan türünün yozlaşmaktan/bozulmaktan korunması olduğu kabul edilmektedir²⁸¹.

Kaleme alınırken temelde 1932 tarihli kanun esas alınmış olsa da, 1969 tarihli Polonya Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar, birbirini takip eden iki başlık altında toplanmıştır. Buna göre, 22. Bölümün başlığı "*Özgürlüğe Karşı Suçlar*" iken; 23.

²⁷⁸ Kararın İngilizce versiyonunun tamamı için bkz. Case of B. and L. vs. The United Kingdom, Fourth Section, 13.09.2005 (App. No. 36536/02).

²⁷⁹ Monika Lipińska, *Die Sexualstraftaten im polnischen Strafkodex im Vergleich zum deutschen Strafgesetzbuch* (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2013) s. 267, 276.

²⁸⁰ Lipińska, s. 38 vd.

²⁸¹ Lipińska, s.40.

Bölüm “*Genel Ahlâka Karşı Suçlar*” başlığını taşımaktadır. Kanun koyucu, 22. Bölümde cinsel özgürlüğü korumayı amaçlamış, 23. Bölümde ise cinsel ahlâkı korumak istemiştir. Söz konusu ayırımı, bazı suçların içinde yer aldıkları bölüm ile örtüşmediğinden hareketle eleştirenler olmuştur²⁸².

Cinsel ahlâkın, Polonya Ceza Hukuku bakımından söz konusu dönemde yeni bir kavram niteliği taşıdığı ve bu kavramın toplumun cinsel ilişkiler ile ilgili temel değerleri olarak anlaşıldığı belirtilmektedir²⁸³.

1969 tarihli Polonya Ceza Kanunu’ndaki Genel Ahlâka Karşı Suçlar arasında, 175’nci maddede, “*Inzest*” başlığı ile fücür suçu yer almaktadır. Fücürün, evlatlık ilişkisini de kapsadığı kabul edilerek, düzenlemenin uygulama alanı genişletilmiştir. Böylece, düzenleme yalnızca kan hısımları ile sınırlı olmaktan çıkmış ve öjenik riskler ile genetik hastalıklara dayanan korunan hukuksal yarar anlayışı değişmiştir. Buna karşılık, bu suç ile korunan hukuksal yararın, ailenin ahlâkî saflığının korunması ve genel ahlâk olduğu kabul edilmiştir²⁸⁴. Ayrıca tipiklik unsuru “*Beischlaf*” yerine “*Geschlechtsverkehr*” olarak değiştirilmiştir.

1997 tarihli Polonya Ceza Kanunu’nda ise, fücür suçu 201’nci maddede yine “*Inzest*” başlığı ile düzenlenmiş olup büyük bir değişikliğe uğramamıştır. Önceki düzenlemelerden farklı olarak madde metninde yalnızca “*birinci dereceden hısımlar*” ifadesi “*altsoy ve üstsoy*” olarak değiştirilmiştir²⁸⁵.

Polonya Ceza Kanunu m. 201 şu şekilde kaleme alınmıştır:

“*Ensest-Madde 201: § 1. Her kim, üstsoyu, altsoyu, aralarında evlatlık ilişkisi bulunan bir kimse veya (kız ya da erkek) kardeşi ile cinsel ilişkiye girerse, üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”²⁸⁶.

Bu düzenleme, belirli akrabalar, yani üstsoy-altsoy kardeşler ve aralarında evlatlık ilişkisi bulunan kimselerin cinsel ilişkiye girmelerini kapsamaktadır. Anal ve oral yoldan gerçekleştirilen cinsel ilişkiler gibi cinsel ilişki benzeri davranışlar da

²⁸² Lipińska, s. 78 – 79.

²⁸³ Lipińska, s. 79.

²⁸⁴ Lipińska, s. 81.

²⁸⁵ Lipińska, s. 117.

²⁸⁶ Lipińska, s. 268.

cinsel ilişki olarak sayılmakla birlikte, diğer cinsel davranışlar düzenlemenin kapsamına girmemektedir²⁸⁷.

Polonya doktrininde söz konusu normun himaye amacı ve anlamı ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Bilhassa korunan hukuksal yararlardan ailenin korunması ve genel ahlâk kavramları eleştirilmektedir. Bu bağlamda ensest yasağının, kimseyi korumadığı ve yalnızca göstermelik bir düzenleme olduğu ileri sürülmüştür. Söz konusu düzenlemenin gelecek nesillerin sağlığını korumaya da hizmet etmediği, zira gebelik söz konusu olmayan evlatlık ilişkisi bakımından da yasaklamaya gidildiği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, ailenin de korunmadığı, zira düzenlemenin yalnızca cinsel ilişkiler ile sınırlı olduğu, ancak söz konusu aile fertlerinin cinsel ilişki boyutuna varmayan diğer cinsel davranışlarının cezalandırılmadığına dikkat çekilmektedir²⁸⁸.

Bir diğer yaklaşıma göre, ensest suçu ile korunduğu ileri sürülen hukuksal yararlar, başka hükümlerde korunmaktadır. Başka suç tiplerinin kapsamına girmeyen kısımlar ise, bireyin cinsel özgürlüğünü ihlal etmektedir. Bu bağlamda ensest düzenlemesi, Polonya Anayasası'nın 47'nci maddesinde düzenlenen *özel hayat hakkı* bakımından da anayasaya aykırılık oluşturmaktadır. Aralarında kan hısımlığı olsun veya olmasın karşılıklı rızaları çerçevesinde cinsel ilişkiye giren akrabaların cezalandırılması gereksiz görülmekte ve söz konusu düzenlemenin kaldırılması gerektiği savunulmaktadır²⁸⁹.

VIII. Fransa

A. Genel olarak

Fransız Hukukunda ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı olan fücür suçu düzenlenmemektedir. Rızaya dayalı olmayan fücür dahi son dönemdeki

²⁸⁷ Lipińska, s. 266.

²⁸⁸ Lipińska, s. 266 – 267.

²⁸⁹ Lipińska, s. 267.

gelişmelere kadar Fransız Hukuku'nda önemli bir yer teşkil etmemiştir. Buna karşılık güncel gelişmeler ışığında rızaya dayalı olmayan fücür Fransız Ceza Kanunu'na getirilmiş ve getirilen düzenlemede fücürün kapsamı bakımından geniş bir yaklaşım benimsenmiştir.

Fransız Hukuku'nda da cinsel suçların temelindeki ahlak anlayışı, diğer modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, yerini cinsel özgürlük anlayışına bırakmıştır. Bununla birlikte, Fransız Hukuku'nda aile içi şiddetin kovuşturulması ve cezalandırılması önemli bir yere sahiptir. Cinsel suçlar alanındaki yeni gelişmeler ile paralel bir biçimde, bu tür suçlarda ceza miktarlarını artırma yönünde bir eğilim başlamıştır²⁹⁰.

1994 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nda cinsel saldırı ve ırza geçme (TCK'daki karşılığı nitelikli cinsel saldırıdır denilebilir) suçları ayrı maddelerde düzenlenmekte ve bu suçlar cinsel şiddet olarak tanımlanmaktadır. Her iki suçta da, mağdurun rızasının bulunmaması ve şiddet, zor kullanma, korkutma, tehdit veya şaşkınlıktan yararlanma söz konusudur²⁹¹.

Mağdurların çoğu zaman kadınlar ve çocuklar olduğu bu suçta, bazen eş veya çocukların güven veren aile dostlarına emanet edilmesi gibi durumlarda da, cezada artırma gidilmektedir. Bu bağlamda, çok istisnai durumlarda faillerin cezasız kaldığı tespit edilmiştir²⁹².

Söz konusu şiddet eylemlerinin cezalandırılması konusunda yasa koyucunun aldığı önlemleri sorgulamak gerekirse, bu soruya yanıt verebilmek için bu tür şiddet eylemleri için öngörülen cezaları ve kovuşturma süresini belli bir çerçevede açıklamak gerekir²⁹³.

Buna göre ilk gözlem, bu tür suçlar için çok ağır cezalar öngörülmesidir. İkinci gözlem ise, karmaşık bir kovuşturma sürecine yer verilmiş olmasıdır. İlk gözlem ile ilgili olarak, göze çarpan hususlar aile içi cinsel saldırılar için ağır cezalar

²⁹⁰ Séraphine Tergalisse NGA Essomba, *Pénalisation et Poursuites des Violences Sexuelles au Niveau Domestique en France*, RPDP 2015, No. 2, s. 333.

²⁹¹ Y. Mayaud, "Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles", AJ pénal 2004, p. 9 et s, spéc. p. 9 ; ilgili düzenleme Fransız Ceza Kanunu m. 222-22'de yer almaktadır.

²⁹² Tergalisse, s. 333.

²⁹³ Tergalisse, s.333.

öngörülmesi suçun somut unsurları ve ağırlatıcı nedenlerle ilgilidir. Bu suçun somut unsurları, mağdurun rızasının bulunmamasına ve ağırlatıcı nedenlere bağlıdır. Aile içi cinsel saldırı suçunda temel ve ayırıcı unsur mağdurun rızasının bulunmamasıdır²⁹⁴.

Nitekim İnfaz ve Ceza Hukuku Dergisi'nde de yayımlanan Yargıtay Ceza Dairesi'nin 20 Haziran 2001 tarihli kararında, “*mağdurun rızasının mutlak yokluğu cinsel saldırının temel unsuru olup, suçun oluşması için bu özelliğinin belirlenmesi gerekir*” ifadelerine yer verilmiştir. Şiddet ise, mağdur üzerindeki her türlü fiziki baskıyı ifade etmek için kullanılmaktadır²⁹⁵.

Irza geçmeyi düzenleyen FCK 222-23 maddesine göre, “*ne şekilde olursa olsun, bir diğer kişi üzerinde şiddet, zor kullanma, tehdit veya mağdurun şaşkınlığından yararlanarak cinsel uzvun sokulması*” şeklinde ifade edilmektedir. Bu durumda cinsel saldırı suçundan, şiddet, zor kullanma, tehdit veya mağdurun şaşkınlığından yararlanmak suretiyle cinsel uzvun ithaline varmayan her türlü cinsel davranış anlaşılmalıdır (FCK m. 222-22). Şiddet, zor kullanma, tehdit veya mağdurun şaşkınlığından yararlanmanın cinsel saldırının unsurlarını oluşturduğu bu tanımlarda da açıkça görülmektedir²⁹⁶.

Çocukların ırzına geçme (TCK'daki karşılığı nitelikli cinsel istismar denilebilir.), cinsel amaçla okşama vb. davranışlar, aile içerisinde fiziki baskı ve şiddet ile gerçekleşmektedir. Uygulamada hakim, mağdurun baskıya tabi olduğuna ve rızasının olmadığını belirtmese dahi, faili ırza geçme suçundan mahkum edebilmektedir. Manevi baskı, suç faili ile küçük mağdur arasındaki yaş farkından veya failin mağdur üzerinde sahip olduğu nüfuzdan da ileri gelebilir (FCK m.222-22-1)²⁹⁷.

Şiddet ve korkutma (ikrah) mağdurun algılama veya direnme gücüne yönelik olabilir. Tehdit ve şaşkınlık rızaya veya engel oluşturan nedenler olup, aynı şekilde bir tehlike ya da riski öngörmeme olarak da değerlendirilebilir. FCK 227-25. maddesi 15 yaşından küçük olan çocukların, cinsel eylemlere gösterdikleri rızayı

²⁹⁴ Tergalise, s.334.

²⁹⁵ Tergalise, s.334.

²⁹⁶ Tergalise, s.334.

²⁹⁷ Tergalise, s. 334.

geçersiz kılmaktadır. Bu durumda olanlar, rızanın yokluğu karinesinden yararlanırlar. Zira kendilerine uygulanan davranışın niteliğini ve ağırlığını kavrama yeteneğine sahip değildirler²⁹⁸.

Mahkemeler, cinsel saldırı suçlarında mağdurun rızasının yokluğunu belirlemede güçlüklerle karşılaşmaktadırlar. Mağdurun hatası, failin cezasız kalmasını haklı kılmaz. Mağdurun rızası, cinsel suç failleri tarafından sürekli gündeme getirilir ve böylece eylemin zor ve şiddet içeren niteliğini gizlemeye çalışırlar. Mağdurun rızasının olduğunun iddiası ile failin suçsuzluk karinesini, mağdurun beyanlarında şüphe yaratarak, güçlendirmek hedeflenmektedir. Bu şüphenin, hakimin vicdani kanaatini etkileyecek bir düzeye gelmesi halinde, hakim gerçekte cinsel saldırının söz konusu olduğu durumlarda dahi suçun oluştuğuna karar vermeyebilecektir. Fransız Yargıtay'ı, konuyu tersinden ele almakta ve mağdurun rızasının yokluğunun açıkça ortaya konulmadığı kararları bozmaktadır²⁹⁹.

Cinsel suçların aile içinde işlenmesi ise ağırlatıcı neden sayılmaktadır. Fransa'da kanun koyucu aile içi cinsel saldırı suçları alanında, cezayı ağırlaştırma nedenlerini tedricen öngörmüştür. 1810 tarihli eski ceza kanununun 333'üncü maddesinde ırza geçme mağdur üzerinde failin bir otoritesinin bulunmasına bağlı kılınmışken; 28 Haziran 1832 tarihli kanunda ırza geçme suçu failin mağdur ile aralarında usul fūruu ilişkisi olmasına bağlamış idi. 1 mart 1994 tarihli yeni Fransız Ceza Kanununda, 222 ve 224'üncü maddeleri ırza geçme ile ilgili ağırlatıcı nedenlere ilişkin hükümler içerirken ; FCK 228-22 vd. maddeleri aile içi cinsel saldırı suçlarına yer vermiştir. 2003 ve 2006 tarihli kanunlar ise, FCK 224-24/11 ve 222-28 vd. maddeleri ırza geçmenin aile içinde işlenmesine ağırlatıcı neden olarak yer vermiştir. 8 şubat 2010 tarihli kanundaki FCK 222-31-1 ve 222-31-2 maddeleri ile , ensest suçu nihayet Fransız ceza kanununa eklemiştir³⁰⁰.

27 Haziran 2011 tarihinde anayasa mahkemesine yapılan başvuru sonucunda, FCK m. 222-31-1'deki suç anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. İptal kararının gerekçesi mahkeme tarafından, söz

²⁹⁸ Tergalise, s.334.

²⁹⁹ Tergalise, s.335: 29 nisan 1960 tarihli Yargıtay Ceza Genel Dairesi Kararı, Cass. crim. 29 avr. 1960, Bull. crim. No. 225.

³⁰⁰ Tergalise, s.335.

konusu düzenlemede yer alan “ensest” ifadesinin açıklanmamış olması ve bu durumun belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmesi olarak belirtilmiştir³⁰¹.

Mağdurlar konusunda cinsel suçlarda yaş küçüklüğü ve mağdurun eş olma statüsü, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli halleridir. Aile içindeki cinsel şiddet suçunda, üstsoyun mağdurun üzerinde gerçek bir güce sahip olması gerekir. Üstsoy-altsoy ilişkisinin yasal, doğal veya evlatlık ilişkisine dayalı olması gerekir (FCK m. 222-30 prg. 2). Aile üyesi olan herkesin, mağdur üzerinde bir güce sahip olduğu söylenemez. Fransız Yargıtay’ı, failin dört kız çocuğunun annesi ile 1991’de birlikte yaşadığı, sonra da 1996’da evlendiği olayda, kadının kızlarına karşı gerçekleştirdiği eylemler bakımından, bu çocuklar üzerinde gerçek bir otoriteye ve üvey baba statüsü olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, mağdurenin annesi ile birlikte oturmak sureti ile mağdur üzerinde otoriteye sahip olduğunu ve annenin yokluğunda çocuğun kendisine emanet edilmiş sayılacağını ve bu nedenle çocuk üzerinde otoriteye sahip kişi kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir³⁰².

Douai (Due) istinaf mahkemesi 4. Dairesi ise 11 mayıs 2000 tarihli bir kararında, amcanın yeğen üzerinde bir denetim yetkisi olmadığı, bu yüzden de şiddet suçunda ağırlatıcı neden uygulanmayacağına karar vermiştir. Öğretide de, bu son durumda amcalık veya dayılık ilişkisinin tek başına böyle bir otorite kurma nedeni sayılamayacağı kabul edilmektedir³⁰³.

Fransa, Avrupa ülkeleri içinde cinsel suçları en ağır şekilde cezalandıran ve yoğun bir şekilde hapis cezasına yer veren ülkelerden biridir. Nitekim ırza geçme bir üstsoy tarafından veya mağdur üzerinde fiili veya hukuki otoritesi olan ya da mağdurla evlilik dışı ilişki yaşayan veya medeni birliktelik anlaşmasına sahip olan bir kimse tarafından işlenmişse, yaptırımını ağır hapis cezası olmaktadır (FCK m. 222-24). Eğer eylem mağdurun ölümüne neden olmuşsa ömür boyu hapis cezası 30 sene olarak uygulanır (FCK m. 222-25). Şayet ırza geçmeden önce veya ırza geçme sırasında ya da ırza geçmeden sonra işkence veya insanlık dışı eylemler de söz

³⁰¹ Fransız Anayasa Mahkemesi’nin 16 eylül 2011 tarihli kararı: Cons. const. 16 sept. 2011, No. 2011-163QPC.

³⁰² Fransız Anayasa Mahkemesi’nin 16 eylül 2011 tarihli kararı: Cons. const. 16 sept. 2011, No. 2011-163QPC.

³⁰³ Tergalise, s.335.

konusu olmuşsa ağır hapis cezası ömür boyu hapis şekline dönüşür (FCK m. 222-26)³⁰⁴.

Buna karşılık ırza geçme dışındaki cinsel saldırı suçlarında, fail tarafından bilinen veya dıştan görünümü itibariyle yaşının küçük olduğu, hastalığının veya sakatlığının, fiziki yahut psikik sorununun bulunduğu ya da hamile olduğu anlaşılan mağdura karşı suçun işlenmesi halinde, 7 yıl hapis ve 100.000 Euro para cezası verilir (FCK m. 222-29). Mağdur 15 yaşında ise, hakim 10 yıl hapis ve 150.000 Euro para cezası verir (FCK m. 222-29-1). Aynı şekilde FCK m. 222-30'daki ağırlatıcı nedenlerin bulunması halinde faile, 10 yıl hapis cezası ve 150.000 Euro para cezası verilir³⁰⁵.

B. Sosyal izleme kararı

Ceza hakimi tekerrürü önlemek için, suçlar için temel ceza olarak ve cürümler için de tamamlayıcı ceza olarak sosyal adli denetim cezaları verebilir. Bu karar mahkum bakımından ceza infaz hakiminin denetimi altında, tekerrürü önlemeye dönük olarak, denetim ve yardım önlemlerini içerir (FCK m.131-36-1). Suçlar bakımından azami süre 10 yıl olup, hükmü veren mahkemece özel bir şekilde gerekçelendirilen bir karar ile bu süre 20 yıla çıkartılabilir. Cürümler bakımından ise bu süre en fazla 20 yıldır. Buna karşılık, 30 yıl ağır hapis cezası öngören suçlar için sosyo-adli denetim 30 yıldır. Ömür boyu hapis cezası alanlar bakımından, hakim bu tedbirleri süre sınırlaması koymaksızın uygulayabilir. Ancak 30 yıl sonunda ceza infaz hakimine bu önleme son verebilme yetkisi tanınmıştır (FCK m.131-35-5). Buna uyulmaması halinde, hapis cezası bu önlemin uygulandığı esnada işlenmiş suçlar için karar altına bağlana hürriyeti bağlayıcı cezalar artırılır³⁰⁶.

Ayrıca aile içi cinsel şiddet suçu mahkumları için hakim yasaklama cezaları da verir. Bunlar, belli kategorideki yerlere gitme veya belli bir yerde bulunma yasağı ya da hakimin istisna tuttuğu kişiler dışında, belli kişilerle veya belli kategoriden

³⁰⁴ Tergalise, s.336.

³⁰⁵ Tergalise, s.336.

³⁰⁶ Tergalise, s.337.

kişilerle ve özellikle küçüklerle temasa geçme veya onlarla görüşmekten yasaklanma şeklinde olabilir (FCK m.131-36-2)³⁰⁷.

Ceza Kanunu Medeni Kanununun 378. maddesine göre, kısmen veya tamamen ebeveyn yetkisine sahip bir kimse tarafından bir küçüğe karşı ırza geçme veya cinsel saldırı suçu işleyenler bakımından bu yetkilerini kaldırır. Bu yetkinin kaldırılması mağdurun küçük erkek ve kız kardeşlerini de kapsar. Cinsel saldırı, ırza geçme olaylarında suç mağdurunun eşine, birlikte yaşadığı kimse, bir birliktelik medeni anlaşması ile birlikte oturduğu kişiye karşı, birlikte oturanın çocuklarına veya kendi çocuklarına karşı işlenmesi halinde hakim bu şiddet olaylarının failine, konut dışında oturma veya çiftin ikametgahı dışında oturma ya da ikametgahta görünmekten kaçınma, yahut bunların yakınlarında bulunmaktan kaçınma ya da sağlık sosyal veya psikolojik teminat vermeden kaçınma yükümlülüğünü getirir(FCK m.41-2-14). Aynı kural, eski eşi veya birlikte yaşadığı kişi tarafından şiddetin işlenmesi halinde ya da sivil bir işbirliği paktı olan tarafından işlenende de uygulanır³⁰⁸.

Aile içi şiddet içeren suçlar alanında özel hukuk davaları pek yaygın olmayıp kamu davası ise memnuniyet verici /başarılı olmamaktadır. Özel hukuk davalarında çeşitli dernekler bu kimselere yardımcı olmaktadır³⁰⁹.

C. Muhakeme

Mağdurun başvurusu veya doğrudan dava açması ya da şikayetçi olması halinde FCK 113-8. madde gereği savcı kamu davası açar. Şikayet alındıktan sonra adli polis amiri cinsel suçların faili hakkında kuvvetli deliller bulunması halinde , Savcıyı durumdan haberdar eder. Savcı, ya takipsizlik kararı verir ya da kamu davası açar (Fransız Ceza Usul Kanunu m.40). Takipsizlik kararı verirse mağdura durumu bildirir. Şayet cinsel saldırı bir küçük üzerinde işlenmişse, takipsizlik kararı gerekçeli ve yazılı olarak tebliğ edilmelidir. Bu karara karşı mağdur itiraz etme hakkına sahiptir³¹⁰.

³⁰⁷ Tergalise, s.337.

³⁰⁸ Tergalise, s. 338.

³⁰⁹ Tergalise, s. 339.

³¹⁰ Tergalise, s. 342.

Eğer savcı soruşturma açmak isterse, bu davayı sorgu hakimine havale ederek kabul davasını açar. Savcı ayrıca failin üzerine atılı suçu kabul etmesi halinde basit yargılama usulüne gidebilir. Bu durumda dosyayı doğrudan hakime gönderir. Savcı tarafından alınan kovuşturma kararı, değiştirilemez veya geri çevrilemez. Sorgu hakiminin kararı üzerine soruşturma sona erer ve karar nihai bir mahkûmiyet kararına dönüşür³¹¹.

IX. Stübing Almanya'ya Karşı Kararı Işığında AİHM'nin Konuya Bakışı

Bireylerin sahip oldukları cinsel özgürlük tamamen sınırsız değildir. Bu konuda AİHM, Laskey ve Diğerleri Birleşik Krallık kararında, her cinsel aktivitenin, Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması başlıklı AİHS m.8 kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir³¹². Kararda, bireylerin rızaları olsa dahi, yaşam haklarını tehdit eden ve ağır bedensel hasara yol açabilecek olan sado-mazoşist ilişkilerin AİHS m.8 bağlamında korunamayacağı ortaya konulmuştur³¹³. Bu yönüyle Mahkeme, ergin bireyler arasındaki rızaya dayalı homoseksüel ilişkilerin cezalandırılmasının AİHS m.8'i ihlal ettiği yönündeki Dudgeon Birleşik Krallık kararının, bu olayda emsal teşkil etmeyeceğini belirtmiştir³¹⁴.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin, Leipzig'li kardeşlere ilişkin davada, ergin kardeşler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılmasının anayasaya aykırı olmadığı yönündeki 28 Şubat 2008 tarihli kararı üzerine, konu AİHM'ne taşınmıştır. AİHM, konuya ilişkin kararını 12 Nisan 2012 tarihinde vermiştir³¹⁵.

Kişinin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır ve cinsel yaşamı da şüphesiz bu kapsamda değerlendirilmektedir. Başvuranın

³¹¹ Tergalise, s. 342.

³¹² Case of Laskey and Others vs. The United Kingdom, paragraf 36.

³¹³ Case of Laskey and Others vs. The United Kingdom, paragraf 45.

³¹⁴ Case of Laskey and Others vs. The United Kingdom, paragraf 45; bahsi geçen karara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Case of Dudgeon vs. The United Kingdom, Court (Plenary), App. No. 7225/76), 22 October 1981.

³¹⁵ Stübing Almanya'ya Karşı Kararının (App. No. 43547/08) orijinali İngilizce olup, Almanca resmi olmayan çevirileri bulunmaktadır. Kararın Almanca çevirisi için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-110314>.

cezalandırılmasına yol açan yasaklanan eylem, “dört çocuğunun annesiyle cinsel ilişkiye girmek” olup, bu bağlamda söz konusu yasak başvuranın özel hayatına müdahale teşkil eder. Özel hayata yapılan müdahaleler, kanuna uygun olarak, demokratik toplumun gereklerine uygunluk şartını yerine getirmediği takdirde sözleşmenin 8’nci maddesinin 2. fıkrasını ihlal edecektir.

Başvuranın hüküm giymesine sebebiyet veren yasal düzenleme § 173, Abs. 2 StGB olup, söz konusu düzenleme uyarınca, yetişkin öz kardeşlerin rızaya dayalı cinsel ilişki yaşamaları yasaklanmaktadır. Düzenlemenin amacı, ahlaki değerlerin ve diğer kişilerin haklarının korunması olarak ifade edilmektedir. Bu bağlamda başvuranın hüküm giymesinin, demokratik toplum gereklerine uygun olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bunun için, söz konusu ölçü bakımından (demokratik toplum gereklerine uygunluk) “ısrarlı/baskılayıcı toplumsal ihtiyaç (pressing social need)” bulunup bulunmadığı, özellikle de ihlalin hedeflenen yasal amaç ile ölçülü olup olmadığının tespit edilmesi gerekir.

Mahkeme, sözleşmenin 8’nci maddesiyle ilgili başvurularda, üye devletlerin takdir yetkisinin genişliğini denetlerken, çok sayıda etken bulunduğunun altını çizmektedir. Özellikle bireylerin varlığını ve kimliğini önemli ölçüde tehlikeye atan durumlarda, söz konusu takdir yetkisinin sınırlı olacağı belirtilmektedir. Bilhassa bireyin özel yaşamının en mahrem alanını teşkil eden cinselliğine ilişkin bir müdahalede bulunulması durumunda, ciddi bir takım sebeplerin bulunması gerektiği ifade edilmektedir.

Öte yandan, özellikle de somut olayın hassas ahlaki veya etik sorunlar ile ilgili olduğu durumlarda, takdir yetkisinin genişleyeceği kabul edilmektedir. Zira bu hallerde, ülkedeki hayati önem taşıyan unsurlarla (vital forces) doğrudan ve kesintisiz bağlantıları sebebiyle devlet otoritelerinin, ilgili ülkedeki ahlaki gerekliliklerin içeriği ve onları karşılamak için gereken sınırlamaların gerekliliği hususunda karar vermek bakımından, uluslararası Mahkemeye kıyasla daha iyi bir konumda olduğu kabul edilmektedir.

Ergin kardeşler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılması konusunda üye devletler arasında mutabakat bulunmadığına dikkat çeken Mahkeme, yine de çoğunlukla (24/44) bu eylemlere karşı cezai yaptırım öngörüldüğünü; bunun

cezalandırılmadığı diğer ülkelerde dahi kardeşler arasındaki evlenmelere izin verilmediğini belirtmektedir. Bu bağlamda kardeşler arasındaki cinsel münasebetlerin, gerek hukuk düzenlerince gerekse toplum tarafından kabul görmemesi bakımından geniş bir mutabakat mevcuttur. Davacı tarafın iddialarının aksine, bu eylemlerin suç olmaktan çıkarılması yönünde bir trendin bulunduğu dair yeterli bir kanı oluşturacak bir gelişme tespit edilememiştir.

Bu düşüncelerle Mahkeme, ergin kardeşler arasında rızaya dayanan eylemlerin cezalandırılabilirliği konusunda, bireylerin özel yaşamını yakından ilgilendirse de, üye devletlerin geniş takdir yetkisi olduğu sonucuna varmaktadır.

Keza Mahkeme, bireysel başvuruya dayanan davalarda, iç hukuktaki düzenlemelerin nazari olarak uygunluğunu denetlemenin Mahkemenin görevi olmadığını, bunun yerine ilgili düzenlemenin belli somut koşullarda bulunan başvurana uygulanması sonucu meydana gelen bireysel durumu inceleyeceğini ifade eder.

Nihayet Mahkeme, yapacağı incelemenin sözleşmenin 8'nci maddesinin 2. Fıkrasında belirtildiği üzere, başvuranın hüküm giymesinin somut olay bakımından zorlayıcı toplumsal ihtiyaçlarla uyumlu olup olmadığını denetlenmesiyle sınırlı olduğunu belirtmiştir.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararında, bilimsel görüşler ışığında cezai sorumluluğun dayanağı olarak ailenin korunması, self-determinasyon ve kamu sağlığı gösterilmiştir. Anayasa Mahkemesi kardeşler arasındaki cinsel ilişkinin aile yapısına ve bunun sonucunda topluma ciddi biçimde zarar verebileceğini belirtmiştir. Bunun ötesinde, aile bireyleri arasındaki bağımlılık ve yakınlıktan kaynaklanan özel bazı durumlara hitaben, § 173 StGB'nin cinsel özgürlüğünün ihlaline karşı da bir koruma sağlayabileceğine dikkat çekilmiştir.

Leipzig Bölge Mahkemesi'nin incelemesinde başvuranın kız kardeşinin, başvuran ile cinsel ilişkiye ilk kez annesinin ölümünden sonra girdiğini, o tarihte 16 yaşında olduğu halde başvuranın 7 yaş daha büyük olduğu, bilirkişi raporunda kızın ciddi bazı kişilik bozukluklarından muzdarip olduğu ki ailedeki olumsuz durum ve hafif öğrenme güçlüğüyle birleştiğinde kızın büyük oranda başvurana bağımlı hale getirdiği, böylece kızın kısmi ceza ehliyetine sahip olduğu sonucuna varıldığı ve bu

bulguların Dresden Eyalet Mahkemesince de onaylandığını dikkate alan Mahkeme, 1970’lerdeki ilgili düzenlemeyi ele alan yasa koyucunun ileri sürdüğü gerekçe ve bulguların makul olduğu sonucuna varmıştır. Dahası, tüm o sonuçların somut olay ile ilgili olduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda Mahkeme, başvuranın hüküm giymesinde, zorlayıcı toplumsal gerekliliğin mevcudiyetini kabul etmiştir.

Üye devletler arasında mutabakat bulunmayan durumlarda, devletlerin geniş takdir yetkisi bulunduğunu hatırlatan Mahkeme, somut olayda yerel mahkemenin başvuranın ensest sebebiyle cezalandırılmasında, takdir yetkisi sınırları içinde hareket ettiği sonucuna varmıştır. Sonuç itibari ile, sözleşmenin 8’nci maddesinde yer alan özel ve aile hayatının korunması hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir³¹⁶.

Sonuç olarak, AIHS m. 8/2’de yer alan özel ve aile hayatının korunması hakkının bir kamu otoritesi tarafından sınırlandırılması bakımından, “...sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olma” şartının sağlandığından hareketle ve AIHM’nin içtihadı da dikkate alındığında, fücurun TCK’da suç olarak düzenlenmesinin bireyin özel ve aile hayatı ile cinsel özgürlüğüne aykırılık teşkil etmeyeceği söylenebilir.

³¹⁶ Cafe of Stübing vs. Germany, Fifth Section, App. No. 43547/08), paragraf 55 – 67.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK CEZA HUKUKU'NDA FÜCUR

I. Genel Olarak

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, TCK'nın ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" kısmının altıncı bölümünde, 102. ila 105. maddeleri arasında düzenlenmektedir.

765 Sayılı TCK'da cinsel suçların, "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlığı altında düzenlenmiş olması karşısında, 5237 sayılı TCK'da, cinsel suçlara bakış açısının değiştiği görülmektedir. Zira cinsel suçlar artık, genel ahlak ve aile düzenini tehdit eden suçlar olarak görülmekten çıkıp, bireylerin cinsel özgürlüklerinin korunmasına hizmet etmektedirler.

Bu bağlamda, bazı yazarlara göre, TCK m.104'te düzenlenen suç kapsamında, reşit olmayan kimseler ile cinsel ilişkinin cezalandırılmasına karşın, cinsel ilişki boyutuna varmayan diğer cinsel davranışların cezalandırılmaması cinsel özgürlüğünün korunması anlayışı ile bağdaşmamaktadır³¹⁷.

Her ne kadar kanun koyucu cinsel dokunulmazlık terimini kullanmış ise de, doktrinde cinsel suçlar ile korunan hukuksal yararın cinsel özgürlük olduğu baskın bir şekilde kabul görmüştür³¹⁸.

³¹⁷ Tezcan/Erdem/Önok, "Ceza Özel Hukuku", s. 344.

³¹⁸ Taner, 62 – 67; Artuk/Gökçen/Yenidünya, "Ceza Hukuku Özel Hükümler", s. 207; Tezcan/Erdem/Önok, "Ceza Özel Hukuku", s. 342 – 344.

Cinsel özgürlük, hukukun, örf ve adetin belirlediği sınırlar içerisinde, bireyin cinsel davranışlarına özgürce karar ve yön verebilme konusundaki serbestisini ve bu doğrultuda vücudu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesini ifade etmektedir³¹⁹.

Bazı yazarlarca cinsel dokunulmazlık ifadesinin yetersiz olduğu, bireyin cinsel özgürlüğünün yalnızca negatif yönünü temsil ettiği ve bölüm başlığının cinsel özgürlük olarak belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir³²⁰.

Fücur, Türk hukukundaki baskın görüşe göre, ceza hukukunda, evlenmeleri yasak olan yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki olarak kabul edilmekle birlikte³²¹, bilhassa ampirik kriminolojik çalışmalarda, disiplinler arası özelliği dikkate alınmak suretiyle, daha geniş yorumlanarak, rızaya dayalı olsun veya olmasın evli olmayan akrabalar arasındaki her türlü cinsel içerikli davranışı ifade edecek şekilde kullanılmaktadır³²².

Yeknesak bir tanımın bulunmamasının açtığı karışıklığın bir nebze olsun önlenmesi açısından fücuru, rızaya dayalı olan ve rızaya dayalı olmayan fücur olarak ayırmanın mümkün olabileceği ileri sürülmüştür³²³.

Fücur kavramının geniş anlaşılması halinde, TCK m.102/3-c ve TCK m.103/3-c hükümlerinde rızaya dayalı olmayan fücurun düzenlenmiş olduğu söylenebilecektir. Bunun da ötesinde, fücurun yalnızca rızaya dayalı olarak gerçekleşen yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkiler şeklinde dar bir çerçevede kabul edilmesi halinde dahi, 18.6.2014 tarih ve 6545 sayılı torba yasa ile TCK m. 104'e eklenen ikinci ve üçüncü fıkralar kapsamında sınırlı da olsa, kanun koyucunun rızaya dayalı fücuru cezalandırma yoluna gittiği görülmektedir.

Bu bölümde, öncelikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan genel hatlarıyla bahsedilerek, bu suçlarda yer alan fücra ilişkin düzenlemeler üzerinde durulacaktır.

³¹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 343 – 345; Artuk/Gökçen/Yenidünya, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, s. 207; Mahmut Koça, İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2015) s. 282; Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2015) s. 318; Taner, s. 30.

³²⁰ Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 64.

³²¹ Sancar/Yaşar s. 247; Genç/Coşkun s. 106, s. 217; Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 305.

³²² ND/UNFPA, “*Rapor*”, s. 11.

³²³ Sancar/Yaşar, s. 247.

Hemen ardından, TCK’da bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi gerekliliği vurgulanan fücür suçuna ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

II. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar ve Fücür

A. Cinsel Saldırı Suçu ve Fücür

1. Genel Olarak

Cinsel saldırı suçu TCK m.102’de şu şekilde düzenlenmektedir:

“Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

(3) Suçun;

- a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,*
 - b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,*
 - c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,*
 - d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,*
 - e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,*
- işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.*

(4) Cinsel saldırı için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(5) *Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.*”

Cinsel saldırı suçunun temel şeklinin oluşabilmesi için, failin cinsel duygularını tatmin etmek amacıyla ve cinsel ilişki boyutuna varmayacak düzeyde bir bedensel temas kurarak mağdurun vücut bütünlüğünü ihlal etmesi gerekmektedir.

Davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hali, 6545 sayılı kanun ile birinci fıkraya eklenmiştir ve cezayı hafifletici bir nitelikli hal olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, cinsel duyguları tatmin etmek amacıyla ani olmayan ve süreklilik arz eden bir davranışta bulunulması halinde, TCK m.102/1-c.1 uygulama alanı bulacak, buna karşılık ani ve kesilen davranışlar “*sarkıntılık*” olarak kabul edilerek, TCK m.102/1-c.2 kapsamında değerlendirilecektir³²⁴.

Doktrindeki eleştirilere rağmen³²⁵, Yargıtay’ın, yoğunluğuna bakmaksızın her türlü bedensel teması, vücut bütünlüğünün ihlali sayması karşısında, böyle bir düzenlemenin getirilmiş olması, orantısız cezaların önüne geçmek adına, uygulamadaki sorunları bir nebze olsun çözecektir³²⁶.

Suçun temel şekli şikâyete bağlı iken, vücuda organ veya sair cisim sokulması cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli haldir³²⁷ ve re’sen kovuşturulur. Söz konusu nitelikli hali oluşturan hareketlerin, eşe karşı işlenmiş olması halinde, bu suçun kovuşturulması yine şikâyete bağlıdır. Vücuda organ veya sair cisim sokulması vajinal, anal veya oral yolla gerçekleştirilebilir. Birinci fıkradaki düzenlemeden farklı olarak, bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, bir organ veya

³²⁴ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 360.

³²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 358: Bedensel temas ile vücut dokunulmazlığının ihlali kavramlarının eş anlamlı olmadığını savunan yazarlar, bir davranışın cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin, davranışın önemi, yoğunluğu ve süresi gibi özellikleri dikkate alınmak suretiyle tespit edilmesi gerektiği, aksi takdirde bunun, en ufak bir temas içeren bir davranışın dahi cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilerek, failin haksızlık içeriğine nazaran orantısız şekilde ağır cezalar öngörülmesine neden olacağını ileri sürmüşlerdir. Bu gerekçelerle de Yargıtay’ın aksi yöndeki içtihadını da eleştirmişlerdir.

³²⁶ Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 359.

³²⁷ İkinci fıkradaki düzenlemenin, birinci fıkradakinden bağımsız bir suç olduğu yönünde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 364, aksi yönde bkz. Koca/Üzülmez s. 292.

sair cismin vücuda duhulü yeterli olup, bunun mutlaka cinsel arzuları tatmin amacına yönelik olması gerekmez³²⁸.

2. Nitelikli Hal Olarak Fücur

TCK m.102/3,c'ye göre cinsel saldırı suçunun, üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlı ilişkisi içinde bulunan bir kimseye karşı ya da üvey ana, üvey baba, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Bu nitelikli halin düzenlenmesinin altında yatan sebepler, fail ile mağdur arasındaki akrabalık veya üveylik ilişkilerinin suçun işlenmesi bakımından sağladığı kolaylık, mağdurun mukavemetinin daha kolay kırılması ve faildeki kötülüğün daha fazla olması olarak sayılabilir³²⁹.

Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, fail ile mağdur arasında üçüncü dereceye kadar kan veya kayın hısımlığı, evlatlık ilişkisi veya üveylik ilişkisi bulunması yeterlidir, ayrıca bir nüfuz ilişkisi veya bunun kötüye kullanılması aranmamaktadır³³⁰.

Ayrıca faile, bu fıkra gereğince nitelikli halin uygulanabilmesi için failin, mağdur ile aralarında bulunan akrabalık ilişkisini bilmesi gerekmektedir³³¹. Failin bu hususta yanılması halinde, TCK m.30/2'ye göre fail bu hatasından yararlanacak ve faile nitelikli hal uygulanmayacaktır³³².

Akrabalık derecelerinin belirlenmesi bakımından, TCK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta, 8049 Sayılı Türk Medeni Kanunu dikkate alınacaktır. TMK m.17'de kan hısımlığı düzenlenmiştir. Buna göre, kan hısımlığının derecesi, hısımları birbirine bağlayan doğum sayısı ile hesaplanacaktır. Biri diğerinden gelen

³²⁸ Madde gerekçesi için bkz. Gazi Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C.1 (Kanunlar)* (Ankara: Seçkin, 2015), s. 287; Ayrıca bkz. Tezcan/Erdem/Önok, *“Ceza Özel Hukuku”*, s. 366-367, yazarlara göre, madde gerekçesi doğrultusunda her ne kadar davranışın cinsel arzuları tatmin amacı taşıması aranmayacak ise de, gerçekleştirilen davranışın objektif olarak “cinsel nitelikli” olması gerekir. Aynı yönde bkz. Hafizoğulları, Beşeri Cinsellik s. 362 vd.

³²⁹ Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, *“Ceza Özel Hukuku”*, s. 371; Artuk/Gökçen/Yenidünya, *“Ceza Hukuku Özel Hükümler”*, s. 219; Koca/Üzülmez s. 296; Taner, *“Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”*, s. 195.

³³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, *“Ceza Özel Hukuku”*, s. 372; Taner, *“Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”*, s. 196.

³³¹ Tuğrul, s. 102; Özbek ve diğerleri, *“Özel Hükümler”*, s. 333; Taner, *“Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”*, s. 196.

³³² Öztürk/Erdem, s. 293.

kişiler arasında üstsoy – altsoy hısımlığı; biri diğerinden gelmeyip de, ortak bir kökten gelen kişiler arasında ise yansoy hısımlığı bulunmaktadır³³³. Bu bakımdan, örneğin, aralarında dördüncü dereceden kan hısımlığı bulunan kardeş çocukları yani “*kuzenler*” bu hükmün kapsamına girmez. Kayın hısımlığı ise, TMK m.18’de düzenlenmektedir. Buna göre, eşlerden birinin kan hısımları, diğer eşin aynı tür ve dereceden kayın hısımları olurlar.

Evlilik birliğinin mutlak butlanla batıl olması sebebiyle sona ermesi durumunda, kayın hısımlığının hiç oluşmamış sayılması gerektiği savunulmaktadır³³⁴. Kanaatimizce, bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Zira, evlenmenin yokluğu ile butlanı birbirinden farklı durumlardır.

Yokluk halinde, hukuki işlem hiç kurulmamış, hukuk dünyasında hiçbir zaman varlık göstermemiştir. Buna örnek olarak, evlenmenin yetkili olmayan bir memur tarafından gerçekleştirilmesi gösterilebilir. Hiç var olmamış bir hukuki işlemin, ortadan kaldırılması da söz konusu olamaz.

Butlan (kesin hükümsüzlük) ise, kurucu unsurları tamam olmakla birlikte geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanlarının gerçekleşmemiş olması halinde söz konusu olur³³⁵. Bu durumda o hukuki işlem baştan itibaren hüküm doğurmaz, bu yönüyle ölü doğmuş bir bebeğe benzetilen batıl işlem, bir süre geçmesiyle veya icazetle geçerli hale gelmez³³⁶. Butlan davası açılmasına gerek olmaksızın hakim tarafından butlan re’sen dikkate alınır. Bu nedenle, butlan davasının bir tespit davası olduğu kabul edilir³³⁷. Ancak evlenmenin butlanı bakımından durum farklıdır.

Evlenmenin butlanı davasını açma görev ve hakkı, TMK m.146’da düzenlenmiştir. Butlan davası, Cumhuriyet Savcısı tarafından kendiliğinden açılır.

³³³ 8049 Sayılı TMK m.17, R.G. 8.12.2001, Sa. 24607.

³³⁴ Murat Aydın, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (Ankara: Seçkin, 2014), s. 39.

³³⁵ M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013) s. 215.

³³⁶ Andreas von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, Çev. Avukat Cevat Edege* (Ankara: Olgaç Matbaası, 1983) s. 225; Hüseyin Hatemi, *Medeni Hukuk’a Giriş* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011) s. 170.

³³⁷ Turhan Esener, *Hukuka Giriş* (İstanbul: Vedat, 2015), s. 238.

Burada bir daha açma hakkından ziyade, dava açma yükümlülüğü söz konusudur³³⁸. Bu düzenleme, CMK m.160/1'deki kovuşturma mecburiyeti ilkesi³³⁹ ile de paralellik göstermektedir. Ayrıca, evlenmenin iptalinde maddeten veya manen ilgisi olan herkesin evliliğin butlanı davası açmaya hakkı vardır³⁴⁰.

TMK m.156'ya göre, batıl bir evlilik ancak hakim kararıyla sona erer. Mutlak butlan halinde dahi evlenme, hakimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğuracaktır. Buna göre, evliliğin butlanı davası, diğer mutlak butlan davalarından farklı olarak bir iptal davası niteliği taşımaktadır³⁴¹.

Batıl olan evlenmenin, iptal edilmesiyle evlilik birliği ileriye dönük olarak ortadan kalkar ancak evlilik, iptal kararının kesinleşmesine kadar, bir evliliğin tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu bakımdan, evlenmenin butlanı davası bozucu yenilik doğurucu bir dava sayılır³⁴².

Bu açıklamalar ışığında, evlenmenin mutlak butlan ile hükümsüz olması halinde, iptal kararının kesinleşmesine kadar olan süre içerisinde, mağdurun “*üçüncü derece dahil kayın hısımları*” tarafından, kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel saldırı suçunda TCK m.102/3,c'deki nitelik halin uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz. Zira evliliğin iptali kararı, ileriye dönük sonuç doğurmadığı, baştan itibaren evliliği ve onun sonuçlarını ortadan kaldırmadığı için, iptal kararına kadar olan süre içerisinde “*kayın hısımlığı*” mevcut kabul edilecektir. Bu yaklaşım ve kabulün, söz konusu nitelikli halin düzenlenmesinin altında yatan sebepler olan, suçun işlenmesindeki kolaylık ve mağdurun direncinin daha kolay kırılabilir olması ile uyumlu olduğu kanaatindeyiz.

Kayın hısımlığına ilişkin nitelikli halin uygulanması bakımından bir diğer tartışma ise, evliliğin sona ermesinden sonra, bu nitelikli halin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkindir. Kayın hısımlığını düzenleyen TMK m.18'in ikinci

³³⁸ Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku (İkinci Cilt-Aile Hukuku)* (İstanbul: Beta, 2014), s. 225.

³³⁹ Kovuşturma mecburiyeti ilkesi, hakimin bir suç haberini alır almaz soruşturma işlemlerini başlatmakla yükümlü olduğunu ifade eden ceza muhakemesi ilkesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk ve diğerleri, s. 152 – 155.

³⁴⁰ Akıntürk/Ateş Karaman, “*Aile Hukuku*”, s. 225-226.

³⁴¹ Akıntürk/Ateş Karaman, “*Aile Hukuku*”, s. 230 vd.

³⁴² Akıntürk/Ateş Karaman, “*Aile Hukuku*”, s. 230.

fikrasına göre, kayın hısımlığı, kendisini meydana getiren evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmayacaktır³⁴³.

Buna karşılık, doktrinde cinsel saldırı suçunun nitelikli hali bağlamında, evliliğin sona ermesi ile kayın hısımlığına bağlı nitelikli halin uygulanmaması gerektiği ileri sürülmektedir³⁴⁴. Zira kanunilik ilkesi gereğince, kanun koyucunun evlilik ilişkisi sona erse dahi evlilikten kaynaklanan hısımlığa bir sonuç bağlayabilmesi için, CMK m. 45/1-b’de tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükmü düzenlerken belirttiği gibi, açıkça bu iradesini ortaya koyması gerekir³⁴⁵. Ayrıca kanun koyucunun bu nitelikli hali düzenlemesinin altında yatan sebepler ortadan kalkmış olacaktır³⁴⁶.

Kanaatimizce, her ne kadar TMK m.18 ve TMK m.156 gereği, evlilik birliği sona ermiş olsa bile, evlenme yasağı varlığını koruyacak³⁴⁷ ise de, suçta ve cezada kanunilik ilkesinden hareketle, ceza hukukunda evlilik birliğinin sona ermesine bir sonuç bağlanmak isteniyorsa, bunun kanunda açıkça belirtilmesi gerektiği yerinde bir yaklaşımdır.

TCK m.102/3-c’de yer alan nitelikli hallerden “üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık” tarafından suçun işlenmesi halleri 6545 Sayılı Kanun ile metne eklenmiş olup, niçin bu suçun “üvey evlat” tarafından işlenmesi halinin, nitelikli hal kapsamına alınmadığı anlaşılabilir. Benzer şekilde bir düzenleme içeren TCK m.103/3-c’de, “üvey evlat ve evlat edinilen” tarafından suçun işlenmesinin nitelikli haller arasında sayılmaması anlaşılabilir. Zira korunan hukuksal yarar çocuğun cinsel gelişimi olduğundan ve evlat edinilen veya üvey evlat bu suçu işleyebilecek yaşta iken, üvey ana, üvey baba veya evlat edinenin “çocuk” yaşta olması eşyanın tabiatına aykırı olacağından, TCK m.103/3-c’nin bu şekilde düzenlenmesinin akla uygun olduğu kanaatindeyiz³⁴⁸.

³⁴³ Akıntürk/Ateş Karaman, “*Aile Hukuku*”, s. 75, 231.

³⁴⁴ Tuğrul s.101 ; Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 195; aksi yönde bkz. Aydın, Murat, s. 38-39.

³⁴⁵ Tuğrul s. 101; Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 195.

³⁴⁶ Tuğrul s. 101.

³⁴⁷ Akıntürk/Ateş Karaman, “*Aile Hukuku*”, s. 231.

³⁴⁸ Aynı yönde bkz. Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 302.

Ne var ki, TCK m.102/3-c hükmü bakımından aynı değildir, zira cinsel saldırı suçunda yetişkinlerin cinsel özgürlükleri korunmaktadır ve örneğin, on sekiz yaşının üzerinde olan üvey evlat tarafından üvey annesine yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel saldırı fiili, kanunilik ilkesinin bir uzantısı olan belirlilik ilkesi uyarınca, bu nitelikli hal kapsamına girmeyecektir.

Her ne kadar, üvey annenin yaşı veya bedensel yahut zihinsel engeli itibariyle kendisini savunamayacak durumda olması halinde, TCK m.102/3-a hükmü gereğince nitelikli hal uygulanabilecek ise de, bu düzenleme ile korunmak istenen hukuksal yararlar ile TCK m.102/3-c ile korunmak istenen hukuksal yararlar birebir örtüşmemektedir. Zira, TCK m.102/3-a bendi düzenlenirken, kendini beden veya ruh bakımından savunamayacak kimselere karşı cinsel saldırı suçunun işlenmesindeki kolaylık ve mağdurun mukavemetinin daha güç olması dikkate alınırken, TCK m.102/3-c bendinde buna ek olarak, faildeki kötülüğün daha fazla olması ve bu tür suçların fail tarafından gizli kalmasının sağlanmasındaki kolaylık ile toplumda uyandıracacağı infialin daha büyük olması da dikkate alınmıştır.

B. Çocukların Cinsel İstismarı Suçu ve Fücür

1. Genel Olarak

Çocukların cinsel istismarı suçu TCK m.103'te şu şekilde düzenlenmektedir:

“Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.

(2) *Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.*

(3) *Suçun;*

a) *Birden fazla kişi tarafından birlikte,*

b) *İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,*

c) *Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,*

d) *Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,*

e) *Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,*

işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) *Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.*

(5) *Cinsel istismar için başvuru olan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*

(6) *Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.”*

Cinsel istismar kavramı madde metninde tanımlanmıştır. Buna göre cinsel istismar, on beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla beraber fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış ile diğer çocuklara karşı cebir, hile, tehdit veya iradeyi etkileyen herhangi bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışları ifade etmektedir. Burada bahsedilen cinsel davranış kavramı, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel içerikli davranışları ifade eder, bu suçun vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle işlenmesi, TCK m.103/2’de cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Bu konuda, suçun

vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesine ilişkin olarak cinsel saldırı suçunda yapılan açıklamalara gönderme yapmakla yetiniyoruz.

Görüldüğü gibi, kanun koyucu suçun mağduru bakımından ikili bir ayırımı gitmiştir. Birinci grupta, on beş yaşını tamamlamamış çocuklar ile on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçların algılama yeteneği gelişmemiş çocuklar; ikinci grupta ise, on beş yaşını tamamlamış ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama kabiliyeti gelişmiş çocuklar yer almaktadır. Burada önemli olan, “fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği” ile neyin ifade edilmek istediğinin açıklığa kavuşturulmasıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, söz konusu düzenlemenin yalnızca “*fiilin anlam ve sonuçlarını anlama yeteneği*” olarak değiştirilmesi yönünde yoğun bir fikir birliği vardır³⁴⁹. Zira bir çocuktan, yapmış olduğu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlamasını beklemek çok doğru bir yaklaşım değildir. Kanun koyucunun burada, kanundaki terminolojide bir birlik sağlamak açısından bu ifadeyi kullandığı kabul edilmektedir³⁵⁰. Zira, TCK’nın genel hükümlerinde yer alan ve isnat kabiliyetinin bir unsuru olan kusur yeteneğini etkileyen durumlara ilişkin düzenlemelerde, failin işlediği “*fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamaması*” veya “*fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin gelişmemiş olması*” ya da “*fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli ölçüde azalmış olması*” gibi ifadeler yer almaktadır.

İsnat kabiliyetinin bir parçası olan kusur yeteneğinin, failin gerçekleştirdiği fiilin bir haksızlık teşkil ettiğini bilmesi (anlama yeteneği) ve bunun bilinci ile davranışlarına yön verebilmesi (davranışlarını yönlendirme yeteneği) anlamına geldiği kabul edilmektedir³⁵¹. Kusur yeteneği, haklı ile haksızı ayırabilme ve buna göre hareket edebilme olarak da tanımlanmaktadır³⁵².

³⁴⁹ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 388; Özbek ve diğerleri, “*Özel Hükümler*” s. 346-347; Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 271-272; Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukuku’nda Çocukların Cinsel İstismarı* (İstanbul: Der Yayınları, 2014), s. 152; Kriter olarak, “*çocuğun cinsel olgunluğa ulaşmış olup olmadığı*” dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Öykü Didem Aydın, “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*”, HPD 2004, Sa. 2, s. 160-161.

³⁵⁰ Memiş Kartal, s. 150.

³⁵¹ Öztürk/Erdem s. 244.

³⁵² Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011) s. 319.

Kusur yeteneğini etkileyen durumlar, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik ile alkol veya uyuşturucu etkisinde bulunmak gibi geçici sebepleri ifade etmektedir. Bunlardan yaş küçüklüğünün, çocukların cinsel istismarı suçu bakımından uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Zira kanun koyucu bu suçta, on beş yaşının altındaki çocukları cinsel davranışlara rıza gösterme kabiliyeti bulunmadığını kesin bir kanuni karine olarak kabul etmektedir³⁵³.

Kanun koyucu, on beş yaşını doldurmamış veya doldurmuş olmakla beraber fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayamayacak durumda olan çocukların cinsel davranışlara göstermiş olduğu rızayı geçerli bulmamakta, bunlara yönelik olan her türlü cinsel davranış karşısında mutlak bir koruma sağlamaktadır. Bu kapsama giren çocuklara yönelik olarak gerçekleştirilen davranışlar bakımından, cebir veya tehdit, suçun bir unsuru olarak sayılmamıştır. TCK m.103/4'te, bu suçta cebir veya tehdit kullanılması, cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

On beş yaşını doldurmuş olup fiilin anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda bulunan çocukların ise, cinsel davranışlara göstermiş olduğu rıza, kanun koyucu tarafından hukuken geçerli kabul edilmektedir. On beş yaşını tamamlamış olan, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilecek durumda bulunan çocuklara yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların, suç teşkil edebilmesi için, suçun cebir, tehdit, hile veya iradeyi fesada uğratabilecek diğer bir araç kullanılması suretiyle işlenmesi aranmaktadır³⁵⁴. Doktrinde bu hususun, cinsel saldırı suçu bağlamındaki vücut bütünlüğünün ihlali ile cinsel istismar suçundaki cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen bir nedene dayanan cinsel davranışlar arasındaki ayırımı ters düştüğü ileri sürülmektedir³⁵⁵.

Cinsel saldırı suçu bakımından, rızanın bulunmamasının tek başına yeterli olmasına karşın, on beş yaşını doldurmuş ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını

³⁵³ Benzer yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, "Ceza Özel Hukuku", s. 388; Taner, "Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar", s. 269; Yazarlar, bunun değiştirilemeyecek kanuni bir karine olduğunu ifade etmektedirler. ; Kesin kanuni karine kavramına ilişkin bkz. Esener, s. 213.

³⁵⁴ Cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen diğer sebeplerin bu suçun bir unsuru olduğu yönünde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, "Ceza Özel Hukuku", s. 388; söz konusu sebeplerin suçun unsuru olup olmadığına ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Memiş Kartal, s. 168.

³⁵⁵ Aydın, Öykü Didem, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", s. 159; aynı yönde bkz. Handan Sevik Yokuş, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", TBBB 2005, Sa. 57, s. 249.

kavrama yeteneği bulunan çocukların, rızalarının bulunmamasının yanında, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen davranışlara direnme yükümlülüğü bulunduğu gibi mantığa aykırı bir sonuç doğurabileceğinden hareketle, bu düzenleme eleştirilmiştir³⁵⁶.

Gerekçede, on beş yaşını doldurmuş, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yetenekleri gelişmiş olan çocuklar bakımından cebir, tehdit, hile veya başka iradeyi etkileyici sebebe başvurulmuş olmasının aranmasındaki sebep, bu çocukların söz konusu fiiller karşısında dirençlerinin zayıf olmasına bağlanmıştır. Kanun koyucu, bu grupta yer alan çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel istismar fiilleri bakımından, iradeyi etkileyebilecek araçları ayrıca belirterek, cinsel saldırı suçuna nazaran daha ağır koşullar belirlemeyi değil, mağdur “çocuğu” bu fiillere karşı daha fazla korumayı amaçlamış olabilir. Ancak hükmün kaleme alınış biçimi sağlıklı değildir. Bu gruptaki çocuklar bakımından, madde metninde cinsel istismar tanımlanırken, “*diğer çocukların rızaları hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışlar*” ifadesinin kullanılması gerektiği yönündeki görüşe katılmaktayız³⁵⁷.

Bir diğer sıkıntı ise, “*iradeyi etkileyen diğer sebepler*” ifadesi bakımından yaşanmaktadır. Bu ifade muğlaktır ve kapsamının belirlenmesi gerekmektedir. Zira bu haliyle belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır³⁵⁸. Bazı yazarlar tarafından, bununla suçun, “alkol veya uyuşturucu etkisi ile” yahut “geçici bir nedenle” işlenmesinin anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür³⁵⁹.

Bunun yanında, kanun koyucu, iradeyi etkileyen nedenlerin, mağdurun iradesini tamamen ortadan kaldırmasını değil, iradesinin “*etkilenmesini*” aramıştır³⁶⁰.

³⁵⁶ Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 281; Mağdurun rızasının suçun oluşması için yeterli olduğu yönünde bkz. Memiş Kartal, s. 167.

³⁵⁷ Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 282; aynı yönde bkz. Memiş Kartal, s. 167.

³⁵⁸ Aynı yönde bkz. Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 283.

³⁵⁹ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 388-389: Yazarlar, düzenlemenin belirtilen sebepler ile sınırlı tutulması gerektiğini, aksi takdirde suç tipinin uygulama alanının tehlikeli şekilde genişleyeceğini ve belirsizleşeceğini belirtmektedirler.; aynı yönde bkz. Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 283.

³⁶⁰ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 388-389; Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 283.

Bu nedenlerin, fail tarafından bizzat yaratılmasına da gerek yoktur, failin bunlardan yararlanmış olması yeterlidir³⁶¹.

Cinsel istismar suçunun kovuşturulması, kural olarak re'sen yapılmaktadır. Bu durum, sarkıntılık düzeyinde kalan davranışlar bakımından da kural olarak geçerli olmakla birlikte, 6545 sayılı kanun ile getirilen bir yenilik³⁶² ile, sarkıntılık kapsamına giren fiiller bakımından, failin çocuk olması durumunda kovuşturmanın, mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlı olduğu belirtilmiştir. Söz konusu düzenlemenin, çocuklardan birinin diğerine, “zorla” bir takım cinsel davranışlarda bulunması halinde uygulama alanı bulabileceği ileri sürülmektedir³⁶³.

Doktrinde, bu düzenlemenin bir takım sorunlara gebe olduğu ileri sürülmektedir³⁶⁴. Örneğin, getirilen değişiklik ile failin “çocuk” olabileceğinin açıkça belirtilmesi, bir takım yanlış yorumlamalara neden olabilecektir. Muhakkak ki, isnad kabiliyeti bakımından önem arz eden yaş küçüklüğüne ilişkin TCK m.31’de de belirtildiği gibi fail çocuk olabilir. Ancak her ikisi de on beş yaşının altında olan ve karşılıklı rızaları (hukuken geçersiz) çerçevesinde birbirlerine karşı cinsel davranışlar gerçekleştiren çocukların bu davranışlarının, cinsel istismar suçunu oluşturup oluşturmayacağı hususunda karışıklık yaşanabilir. Bu çocukların, söz konusu davranışlara göstermiş oldukları rıza hukuken kabul görmemektedir, ancak belki de yaptıklarını bir oyun olarak gören ve fiilin anlam ve sonuçlarını kestiremeyen bu çocuklardan, hangisinin fail, hangisinin mağdur sayılacağı sorunu gündeme gelebilir. Böyle bir durumda, fail ile mağdur sıfatlarının bir kimsede birleşmeyeceği temel ceza hukuku ilkesi doğrultusunda, cinsel istismar suçundan söz edilemeyeceği yönündeki anlayış kanaatimizce yerindedir³⁶⁵.

Bir diğer tartışma ise, on beş yaşını doldurmamış veya on beş yaşını doldurmakla beraber fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği

³⁶¹ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 389; Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 284; Memiş Kartal, s.170-171.

³⁶² 18.06.2014 tarih ve 6545 Sayılı Kanun m.59 ile metne eklenmiştir.

³⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 386; söz konusu düzenlemenin hem zorla hem de hukuken geçerli olmayan karşılıklı rızanın varlığı halinde uygulanacağına dair bkz. Fahri Gökçen Taner, “*6545 Sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme*”, Güncel Hukuk Dergisi 2014, Sa. 128, s. 62.

³⁶⁴ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 386.

³⁶⁵ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 386; Koca/Üzülmez s. 311.

gelişmemiş çocuklar ile 15-18 yaş arasındaki çocuklar arasında gerçekleşen rızaya dayalı cinsel davranışlar bakımından nasıl bir sonuca varılması gerektiği hususundadır. TCK m.31'deki failin yaş küçüklüğüne ilişkin düzenlemeden hareketle bu konuya açıklık getirilebilir. TCK m.31'deki düzenlemeye göre, on iki yaşını tamamlamamış olan çocukların hiçbir surette cezai ehliyetleri yoktur. On iki ila on beş yaş arasındaki küçüklerde ise, kanun koyucu ikili bir ayırıma gitmiştir. Şayet çocuğun, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilme veya davranışlarını yönlendirebilme yeteneği gelişmemiş ise, yine ceza sorumluluğundan bahsedilemez. Çocuk, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabiliyor ve davranışlarına yön verebiliyor ise, kural olarak ceza sorumluluğu vardır, ancak ceza indirilerek verilir. On beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını henüz tamamlamamış olan gençler bakımından ise, kanun koyucu kural olarak bunların ceza sorumluluklarının olduğunu kabul etmiş, ancak cezada indirim yapılmasını öngörmüştür. Bu doğrultuda, söz konusu örnekte, on beş ila on sekiz yaş arasında bulunan ve kural olarak cinsel davranışlara gösterdiği rıza geçerli sayılan çocuğun cinsel istismar suçunu işlediği söylenebilir³⁶⁶. Bu konuyu açıklığa kavuşturmak adına doktrinde, isnad yeteneğinin var olup olmamasından yola çıkılarak bir çözüm getirilmek istenmiştir³⁶⁷.

Her ikisi de on beş yaşını tamamlamış ve karşılıklı rızaları ile gerçekleştirdikleri cinsel davranışların, hukuki anlam ve sonuçlarını kavrayabilen çocukların cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışları, cinsel istismar suçunu oluşturmaz. Bunların gerçekleştirdikleri cinsel davranışların boyutunun, cinsel ilişkiye varması halinde ise bu durum, TCK m.104'te düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun konusu olmakla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre, failin kim olacağına belirlenmesinde yaşanan güçlük dolayısıyla, bu davranış suç teşkil etmeyecektir³⁶⁸.

Failin çocuk olduğu durumlarda, hakkaniyetin sağlanabilmesi ve adaletsizliklerin önüne geçilebilmesi için, İtalyan Ceza Kanunu'ndaki gibi bir yaş

³⁶⁶ Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 289.

³⁶⁷ Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 289-290.

³⁶⁸ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 403.

aralığının metne eklenebileceği, söz konusu yaş aralığı içinde bulunan çocuklar bakımından bir şahsi cezasızlık sebebi öngörülebileceği belirtilmiştir³⁶⁹.

Failin çocuk olduğu sarkıntılık düzeyinde kalan davranışlar bakımından, istismara uğrayan çocuk ile çocuğun veli veya vasisinin şikâyet konusunda iradelerinin uyuşmaması halinde, şikâyet hakkını kullanmaya yetkili kimsenin kim olacağı sorusu gündeme gelecektir.

Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar başlıklı TCK m.73'e göre, yetkili kimsenin altı ay içinde³⁷⁰ şikâyette bulunmaması halinde, soruşturma ve kovuşturma yapılamayacaktır. Buradaki "yetkili kimse", tüzel kişiler bakımından tüzel kişinin yetkili organları iken, gerçek kişiler bakımından suçtan zarar gören kimsedir³⁷¹.

Suçtan zarar görenin küçük olması halinde, şikâyet yetkisi kural olarak çocuğun kanuni temsilcisi tarafından kullanılır. Ancak küçüklerin mümeyyiz, yani ayırt etme gücüne sahip olmaları halinde, şikâyet haklarını bizzat kullanabilecekleri kabul edilmektedir³⁷². Küçüğün, ceza muhakemesinde şikâyet hakkını kullanabilmesi bakımından, ne zaman mümeyyiz sayılacağına ilişkin olarak, ceza kanunlarında bu hususta bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, TMK m.16'ya başvurulabilir³⁷³. Buna göre, kural olarak yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleri ile borç altına giremeyen ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, karşılıksız kazandırmalar ile kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken bu rızaya gerek duymamaktadır. Bu bağlamda, mümeyyiz küçüklerin şikâyet haklarını kullanabilmeleri için fiil ehliyetine sahip olmaları gerekmemektedir. Benzer şekilde,

³⁶⁹ Taner, "Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar", s. 294, yazar bu şekilde, çocuk gelinler konusunda da bir ilerleme kaydedilebileceğini belirtmektedir.

³⁷⁰ Söz konusu altı aylık sürenin hak düşürücü süre olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015) s. 52; Demirtaş, s. 83.

³⁷¹ Öztürk ve diğerleri s. 52; Devrim Güngör, *5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu*, (Ankara: Yetkin, 2009) s. 60; Erdoğan Demirtaş, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakeme Şartı Olarak Şikâyet* (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2008, s. 66.

³⁷² Öztürk ve diğerleri s. 52 ; Demirtaş, s. 68.

³⁷³ On beş yaşının altındaki çocukların mümeyyiz olamayacağı yönünde bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoglu s. 80.

şikâyet hakkını kullanabilecek durumda olan küçüğün, bu hakkından vazgeçebileceği de kabul edilmektedir³⁷⁴.

Yargıtay'ın 1942 tarihli bir içtihadı birleştirme kararında, on beş yaş bir sınır olarak kabul edilerek, on beş yaşının altındaki çocukların şikâyet haklarını kullanabilmeleri için, mümeyyiz olduklarının bir rapor ile belgelenmesinin gerekli olduğu belirtilmiştir³⁷⁵.

Özetle, şikâyet hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır³⁷⁶ ve çocukların cinsel istismarı suçu kapsamında gerçekleştirilen, sarkıntılık düzeyinde kalan bir davranışın failinin çocuk olması halinde, öncelikle mağdurun yaşına bakılacaktır. Mağdur on beş yaşının üzerinde ise kural olarak mümeyyiz kabul edilerek, şikâyet hakkı, yasal temsilcisi tarafından kullanılabilir gibi, çocuk bu hakkını bizzat da kullanabilecektir. On beş yaşının altındaki mağdurun ise bu hakkını bizzat kullanabilmesi, temyiz kudretine sahip olduğunun bir rapor ile tespiti koşuluna bağlı olacaktır. Mümeyyiz çocuğun şikâyet konusundaki iradesi ile kanuni temsilcisinin iradesinin çatışması halinde çocuğun iradesi üstün tutulacaktır³⁷⁷. Bu yaklaşımın, TCK m.103/1,c.3'te, şikâyet edebilecek kimseler arasında, mağdur çocuğun da sayılmış olması ile uyumlu olduğu kanaatindeyiz.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan farklı olarak, Türk Medeni Kanunu uyarınca evlenme suretiyle yahut mahkeme kararı ile ergin kılınan çocuklar da, cinsel istismar suçunun mağduru olabilirler. Cinsel saldırı suçunda, cezanın ağırlştırılmasını gerektiren bir durum olarak, vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle bu suçun işlenmesi halinin, eşler arasında gerçekleşmesi durumunda, bu suçun kovuşturulması TCK m.102/2'de şikâyete bağlı tutulmuştur. Buna karşılık, cinsel istismar suçunda böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda, evlenme ile ergin kılınan bir çocuğa yönelik olarak, eşi tarafından, onun

³⁷⁴ Demirtaş, s. 72.

³⁷⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 30.05.2006 Tarih, 2006/1-131 Esas ve 2006/146 Karar numaralı İBK, Akt. Demirtaş, s. 69; aynı yazar, bunun TCK m.31 ile uyumlu olduğunu belirtmiştir.

³⁷⁶ Öztürk ve diğerleri s. 52; Öztürk/Erdem, s. 151; Demirtaş, s. 72.

³⁷⁷ Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, "Ceza Özel Hukuku", s. 386;

rızası hilafına gerçekleştirilen vücuda organ veya sair cisim sokma eylemleri cinsel istismar suçunun nitelikli halini oluşturacak ve re'sen kovuşturulacaktır³⁷⁸.

Benzer biçimde, bir şekilde ergin kılınmış çocuğa, eşi dışında bir kimse tarafından, rızası hilafına ve cebir, tehdit veya başka iradeyi etkileyecek nedene dayalı olarak gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, cinsel istismar suçuna karşılık gelmektedir³⁷⁹.

Kanun koyucu, TCK m. 103/6'da suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan nitelikli haline yer vermiştir. Buna göre, cinsel istismar suçu sonucunda, mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölmesi halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. Suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan hallerinin gerçekleşmesi halinde, failin sorumlu tutulabilmesi için, bu neticeler bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması (TCK m.23) gerekir³⁸⁰.

6545 Sayılı kanun öncesinde, suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması bir nitelikli hal olarak düzenlenmiş idi (mülga TCK m. 103/6). Bu düzenleme doktrinde çok yoğun şekilde eleştirilmekteydi³⁸¹. Tasarı gerekçesinde, süregelen uygulamalarda, mağdurların Adli Tıp Kurumlarına gitmeleri, orada gözetim altında tutulmaları ve maruz kaldıkları saldırıyı tekrar tekrar yaşamaları, esasen akademik çevrelerden gelen böyle bir durumda mağdurun ruhsal veya bedensel zarara uğramama ihtimalinin mümkün olmayacağı yönündeki eleştiriler ve söz konusu ifadenin belirsiz olması nedeniyle, bu düzenlemenin kaldırıldığı belirtilmiştir. Yapılan değişiklikte, öngörülen cezalar artırılıp, söz konusu nitelikli hal dolayısıyla mağdur lehine sonuçlar doğmasının da önüne geçilmek istenmiştir³⁸².

Kanaatimizce, böylesi bir suçun mağduru olan çocuğun beden veya ruh sağlığının bozulmaması mümkün değildir. Yaşadıkları travmanın üzerine, bir de soruşturma evresinde, acaba beden veya ruh sağlıkları bozuldu mu diye çeşitli

³⁷⁸ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 389-390; Memiş Kartal, s.146-149; aksi yönde bkz. Soyaslan, s. 182.

³⁷⁹ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 389.

³⁸⁰ TCK m.23-Netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç: “*Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.*”

³⁸¹ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 396; Memiş Kartal, s. 202-205.

³⁸² TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 592, s. 20 vd.

tetkiklere tabi tutulan çocuklara, böylesi ikincil bir mağduriyet³⁸³ yaşatan bu düzenlemenin kaldırılmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz³⁸⁴.

Suçların içtimalı bakımından önemli olan bir diğer husus ise, TCK m.103/5'te düzenlenmiştir. Buna göre, cinsel istismar suçu işlenirken kullanılan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun nitelikli hallerine neden olması durumunda fail, ayrıca kasten yaralama suçundan da sorumlu tutulacaktır.

2. Nitelikli Hal Olarak Fücür

Cinsel istismar suçu ile, çocukların cinsel dokunulmazlığının ötesinde, cinsel kimliklerinin oluşumu ve gelişimi ile ruh ve beden sağlığının korunması amaçlanmaktadır. Sağlıklı birer birey olabilmeleri bakımından, çocukların cinsel kimliklerini özgürce şekillendirebilmeleri ve cinsel yaşamlarına hür iradeleri ile yön verebilmeleri çok büyük önem taşımaktadır. Bu gelişimin sekteye uğramaması, sağlıklı ilerleyebilmesi ise, her şeyden önce aile ortamında bunun sağlanmasına bağlıdır. Bu nedenle, TCK m.103/3-c'de, fail ile istismara uğrayan çocuk arasında, belli derecede yakınlık bulunması hali, cezanın artırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Gerekçede bu düzenlenmenin amacının, “*ensestle mücadele etmek ve çocukların cinsel sömürüsünün önüne geçmek*” olduğu belirtilmiştir³⁸⁵.

Cinsel istismar failinin, mağdur çocuk ile arasında üçüncü dereceye kadar kan veya kayın hısımlığı, üveylik ya da evlatlık ilişkisi bulunması halinde, cezanın yarı oranında artırılacağı öngörülmüştür. Fail ile mağdurun, aralarında belli derecede yakınlık bulunması durumunda, suçun işlenmesinin kolaylaşacağı ve mağdurun direncinin azalacağı aşikardır. Bu nedenle, fücürün nitelikli hal olarak düzenlenmiş olması yerindedir.

Düzenlemenin 6545 sayılı kanun ile getirilen değişiklikler öncesindeki halinde, nitelikli hal kapsamındaki belirli derecedeki yakınlar arasında, “üstsoy” ayrıca belirtilmiş idi. Bunun yanı sıra, kayın hısımlığına ve üvey anneye ilişkin bir düzenleme de bulunmamakta ve bu durumlar doktrinde pek çok yazar tarafından

³⁸³ Füsun Sokullu-Akıncı, *Viktimoloji* (İstanbul: Beta, 2009) s. 76.

³⁸⁴ Aynı yönde bkz. Taner, “*Değerlendirme*”, s. 61.

³⁸⁵ TBMM, Yasama Dönemi: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 510 vd.

eleştirilmekte idi³⁸⁶. Yapılan değişiklik ile, metinden “üstsoy” ibaresi kaldırılmış ve yapılan eleştiriler doğrultusunda “üvey ana” ve “kayın hısımlığı” nitelikli hallere eklenmiştir. Bunun yanında, “üvey kardeş” ibaresi de metne eklenmiştir.

Üstsoy ibaresinin kaldırılması, artık bu kimseler bakımından nitelikli halin söz konusu olmadığı şeklinde yorumlanamaz. Zira “üçüncü dereceye kadar kan veya kayın hısımları” ibaresi üstsoyu zaten kapsamaktadır³⁸⁷. Altsoyun ise bu suç bağlamında, eşyanın tabiatı gereği fail olamayacağını, cinsel saldırı suçunun nitelikli hali kapsamında yaptığımız açıklamalarda belirtmiştik³⁸⁸.

Kayın hısımlığına ilişkin olarak, TMK’daki kayın hısımlığına ilişkin hükümlerin dikkate alınması gerektiğini daha önce cinsel saldırı suçu kapsamında yaptığımız açıklamalarda belirtmiştik, burada yalnızca o kısma gönderme yapmakla yetiniyoruz³⁸⁹.

Suçun, evlatlık edinen tarafından işlenmesi hali de, aynı bent kapsamında düzenlenmiştir. Evlatlık ilişkisi de, suçun işlenmesindeki kolaylık ve mağdurun direncinin daha kolay kırılmasından hareket edilerek metne eklenmiştir. Bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, suçun işlendiği sırada evlatlık ilişkisinin bulunması gerekli ve yeterlidir. Buna karşılık, evlatlık ile evlat edinenin beraber yaşıyor olması gerekmez³⁹⁰.

TCK m.103/3,d fıkrasında ise, cinsel istismar suçunun, “*vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından*” işlenmesi, cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu nitelikli halin altında yatan sebep de, yine suçun işlenmesindeki kolaylık ve fail ile mağdur arasındaki güven ilişkisinin kötüye kullanılmasıdır. Burada önemli olan hususlardan biri, “*koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kimse*” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğidir. Baskın görüşe göre, söz konusu yükümlülüğün bir kanun veya sözleşmeye dayanması gerekmez; örf ve adet, akrabalık, komşuluk gibi güven

³⁸⁶ Memiş Kartal, s. 189; Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 302, 304; Tuğrul, s. 300-301

³⁸⁷ Aynı yönde bkz. Aydın, Murat s. 38.

³⁸⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm, II., A., 2.

³⁸⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, II., A., 2.

³⁹⁰ Aydın, Murat, s. 40.

ilişkilerinden kaynaklanması mümkündür³⁹¹. Örneğin, çocuğun geçici olarak komşuya bırakılması durumunda, bu kimselerin çocuğu gözetme yükümlülükleri vardır. Böyle bir durumda, çocuğun cinsel istismara uğraması halinde bu hüküm gereğince cezada artırıma gidilecektir.

Benzer şekilde, bir diğer tartışma, evlilik birliği dışında, birlikte yaşayan kimselerden birinin, diğerinin çocuğuna yönelik olarak cinsel istismarda bulunması halinde bu nitelikli halin uygulanabilir olup olmadığına ilişkindir. Bazı yazarlara göre, bakım, koruma veya gözetim yükümlülüğü mutlaka kanun yahut sözleşmeden doğar. Bu doğrultuda, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinden hareketle, bu kimselere böyle bir sorumluluk yüklenemeyecektir, dolayısıyla böyle bir durumda nitelikli hal uygulanmamalıdır³⁹². Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, geçici de olsa bir arada bulunma halinde dahi bu nitelikli hal uygulanır, zira bu yükümlülüklerin kanun veya sözleşmeden kaynaklanması zorunluluğu yoktur³⁹³. Yargıtay'ın içtihatları da bu yöndedir³⁹⁴.

Bu konuda, belli derecede yakınlığa ilişkin olarak getirilen değişiklik ve yenilikler ile, nitelikli hallerin genişletilmesi gerektiği savunulmaktadır. Hükümün himaye amacı ile paralellik gösterecek bir düzenleme ile, evlilik birliği dışında dahi olsa, mağdur çocuk ile aynı evde yaşayan kimselerin de bu bent kapsamına alınması gerektiği ileri sürülmüştür³⁹⁵. Zira bu kimselerin, eve rahatlıkla girip çıkabilmeleri, suçun işlenmesini kolaylaştıracak ve fail tarafından mağdurda yaratılan güven ilişkisi doğrultusunda mağdurun direnci de zayıflayacaktır.

Öte yandan ensest vakalarının büyük çoğunluğu toplumsal ve ailevi bir takım gerekçelerle gizlenmeye çalışılmaktadır, bunun sonucu olarak da bu tür durumlar çoğunlukla siyah sayılar olarak kalmaktadır. Bunun önüne geçilebilmesi adına cinsel istismar suçu, re'sen kovuşturulabilen bir suç olarak düzenlenmiştir. Ancak bu tek başına yeterli olmamaktadır, zira mağdurun hamile kalması gibi durumlar söz konusu olmadıkça, genellikle yetkili makamlar, bu suçlardan haberdar olmamaktadır.

³⁹¹ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 394; aksi yönde bkz. Aydın, Murat, s. 44 vd.

³⁹² Aydın, Murat, s. 44-45.

³⁹³ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 394.

³⁹⁴ Yar. 5. CD, 17.01.2011, E.: 6869, K.: 47; Yar. 14. CD, 22.05.2012, E.:1849, K.: 5725.

³⁹⁵ Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 306-307; Yakınlık kavramı bakımından “*fili kan bağı*”nın dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. Soyaslan, s. 241.

Bu bakımından, bazı yazarlarca daha kapsamlı bir koruma sağlanabilmesi için, kanunda ensest başlığı altında ayrı bir düzenleme yapılması gerektiği savunulmuştur³⁹⁶.

Buna karşılık, 6545 sayılı Kanununun 59. maddesi ile değiştirilen TCK m.103/2'nin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükmün Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğundan bahisle, düzenlemeyi oyçokluğu ile iptal etmiştir. Kararın, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak 1 yıl sonra yürürlüğe gireceği belirlenmiştir³⁹⁷.

Anayasa Mahkemesi'nin, TCK m. 103/2'yi orantılılık ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal etmesine karşılık, söz konusu iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak 1 yıllık süre verilmesi uygulamada bir takım sıkıntılara yol açacaktır. Zira hakimler, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen bir hüküm ile ilgili olarak, bir yıl daha yürürlükte kalacağını belirten kararı dikkate alarak hüküm kurmaya çekineceklerdir. Dolayısıyla hakimler, yasanın Anayasa Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda düzeltilmesine kadar beklemeyi seçebilirler. Bu nedenle, makul sürede davaların bitirilmesi açısından, Anayasa Mahkemesi'nce bu tür kararlar verilmesi halinde, kanun koyucunun gerekli düzenlemeyi ivedilikle yapması gerekli, hatta zorunludur. Bu durum, çocuk istismarı gibi hassas konularda daha büyük bir önem arz etmektedir.

3. Çocuk İstismarı ile Mücadele

Fücur ile mücadelede en önemli unsur, bu olguların açığa çıkarılmasıdır. Bu konuda en büyük rolü, aile üyeleri oynamaktadır. Örneğin, fücurun en sık rastlanan türü³⁹⁸ olan baba tarafından kız çocuğuna uygulanan cinsel istismarın ortaya çıkarılması bakımından, annelere büyük görev düşmektedir. Oysaki yapılan araştırmalar ortaya koymuştur ki, annelerin çoğu, çeşitli sebeplerle bu durumu gizli

³⁹⁶ Aydın, Murat, s. 74; bu tür ilişkilerin ceza hukuku yerine başka yollarla çözülmesi gerektiği yönünde bkz. Yarsuvat, s. 164.

³⁹⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.2015 tarihli, 2015/26 Esas ve 2015/100 Karar Sayılı Kararı, R.G. 11.12.2015, Sa. 29559.

³⁹⁸ Rana Yiğit, "Çocukların Cinsel İstismarı ve Ensest", AHSBD 2005, C. 8, Sa. 3, s. 96: Yazar, yapılan araştırmalardan birinde, vakaların %80'inin baba-kız ensesti olarak tespit edildiğini aktarmıştır.

tutmaktadırlar. Bu sebepler arasında en çok, ekonomik bağımsızlıklarının olmayışı, korkmaları, eşlerinin böyle bir davranışta bulunabileceğine inanmamaları, eşlerine bunu yakıştıramamaları yahut yaşananlardan kız çocuğunu sorumlu tutmaları yer almaktadır³⁹⁹.

İstismara uğrayan çocuk, bunu bir şekilde dile getirecektir⁴⁰⁰. Çocuğun oyun oynarken veya günlük sohbet esnasında söylediklerinin altında çok derin travmalar yatıyor olabilir. Bu bakımdan anne, baba, kardeşler ve diğer aile üyelerinin, çocukların söylediklerine dikkat etmeleri ve onlardaki bilhassa psikolojik değişimlere titizlikle yaklaşımları gerekmektedir.

Ailenin diğer üyelerinden başka, pediatristler başta olmak üzere sağlık mensuplarına⁴⁰¹ ve bilhassa rehber öğretmenler olmak üzere öğretmenlere⁴⁰² büyük görev düşmektedir. Bu kimseler, çocuklardaki olumsuz fiziksel ve/veya psikolojik değişimler hususunda çok titiz davranmak durumundadırlar. Söz konusu meslek grubu mensupları, fiziksel ve/veya psikolojik bir takım olumsuzluklara rastladıklarında ve çocuğun cinsel, fiziksel veya psikolojik istismara uğradığına dair bir şüphe duyduklarında mutlaka harekete geçerek, çocuğun ruh ve beden sağlığına zarar vermemek koşuluyla, yetkili makamlara derhal başvuruda bulunmalıdırlar. Tabi ki burada kastettiğimiz, çocuğun aile düzenine ve ilişkilerine zarar verecek, paranoyakça endişeler değildir; belirli bir süre gözlem yapılarak elde edilmiş, bir takım delil veya en azından bulgular ile desteklenen makul bir şüphenin var olduğu durumlardır.

Sağlık mensupları ve öğretmenler başta olmak üzere, görevleriyle bağlantılı olarak, çocuğun cinsel istismara uğradığına dair tespitlerde bulunan kamu görevlileri bakımından, durumu yetkili makamlara bildirmek bir yükümlülüktür⁴⁰³. TCK m.279'da kamu görevlilerinin; TCK m.280'de ise sağlık mesleği mensuplarının (tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler) suçu bildirmeme suçları düzenlenmiştir.

³⁹⁹ ND/UNFPA, "Rapor", s. 105.

⁴⁰⁰ ND/UNFPA, "Rapor", s. 57-58.

⁴⁰¹ ND/UNFPA, "Rapor", s. 59-60.

⁴⁰² ND/UNFPA, "Rapor", s. 61.

⁴⁰³ Mahmut Koca, "Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.: 3, Sa.: 1, 2012, s. 124-125.

C. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu ve Fücür

1. Genel Olarak

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçu TCK m.104'te şu şekilde düzenlenmektedir:

“Madde 104- (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur⁴⁰⁴.

(3) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur⁴⁰⁵.

Kanun koyucunun, on beş yaşını doldurmuş çocukların cinsel davranışlara göstermiş olduğu rızanın geçerli sayıldığını daha önce de belirtmiştik. Buna göre hukukumuzda, on beş yaşını doldurmuş olup fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını anlayabilen ve davranışlarını yönlendirme yeteneği bulunan çocuklara yönelik olarak, cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyebilecek başka nedenler olmadan, onların rızaları çerçevesinde gerçekleştirilen cinsel davranışlar suç teşkil etmemektedir. Buna karşılık kanun koyucu, söz konusu cinsel davranışın cinsel ilişki boyutuna ulaşması halinde, bunu TCK m.104'te *şikâyete bağlı* bir suç olarak düzenlemiştir.

Suçun oluşması için, mağdurun cinsel ilişkiye rıza göstermesi gerekir. Cebir, tehdit veya iradeyi etkileyen başka araçlara başvurulmuş olması halinde, artık

⁴⁰⁴ Fail ile mağdurun aralarında beş yaştan fazla yaş farkı bulunması halini nitelikli hal olarak düzenleyen ikinci fıkra Anayasa Mahkemesi'nin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile iptal edilmiş; ikinci fıkra bu son halini, 18/6/2014 tarihli 6545 sayılı Kanunun 60. maddesi ile almıştır.

⁴⁰⁵ Bu fıkra, 18/6/2014 tarihli 6545 sayılı Kanunun 60. maddesi ile sonradan eklenmiştir.

nitelikli cinsel istismar suçundan (TCK m.103/2) bahsedilecektir. Doktrinde, cinsel davranışlara gösterdiği rızayı geçerli sayan ve on altı yaşına geldikten sonra mahkeme kararı ve ebeveynlerinin rızası ile evlenmesine dahi olanak sağlayan mantık ile, bu suçla çocukların cinsel özerkliğinin korunmasını amaçlayan anlayışın çeliştiği belirtilmiştir⁴⁰⁶. Ancak bu düzenlemenin altında yatan düşüncenin, bu yaş grubundaki çocukların cinsel farkındalık dönemine girmiş olmakla beraber, henüz cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını tam olarak anlayamayabilecek olmalarının ve ergin bir kimseye kıyasen iradelerinin kolay etkilenebilecek olduğunun unutulmaması gerekir⁴⁰⁷.

Kanun koyucu bu suçta, suçun oluşması bakımından, mağdurun yaşına değil, reşit olmamasına göre bir düzenleme yapmıştır. Her halükarda, eylemin suç teşkil edebilmesi için, mağdurun “suçun işlendiği sırada reşit olmaması” gerekir. Bu bakımdan, mağdurun daha sonradan, on sekiz yaşının doldurarak veya başka suretle reşit olması halinde suç yine işlenmiş sayılacaktır. Öte yandan, on sekiz yaşını doldurmamış olmakla birlikte bir şekilde reşit kılınmış çocuğa karşı bu suç işlenemez. Buna göre, örneğin, ailesinin onayı ile evlenerek ergin kılınan bir kız çocuğunun, eşiyle rızası çerçevesinde cinsel ilişkiye girmesi halinde suç oluşmayacaktır⁴⁰⁸.

Burada failin yaşı da önem arz etmektedir. Fail ve mağdurun, her ikisinin de on beş ila on sekiz yaş arasında olmaları halinde, kimin fail, kimin mağdur olduğunun belirsizliği gündeme gelmektedir. Bu konuda baskın görüş, bu yaş grubunda bulunan çocuklar bakımından kimin fail olduğunun tespitinin mümkün olmadığı yönündedir. Fail ve mağdur sıfatlarının aynı kişide birleşmemesi ilkesi burada da geçerlidir. Bu nedenlerle, böyle bir durumda suç oluşmamış sayılmalıdır⁴⁰⁹.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun maddi unsuru “cinsel ilişki” olarak belirlenmiş ve bununla sınırlı tutulmuştur. Kanunda tanımı bulunmayan cinsel ilişki kavramının anlamı bakımından doktrinde ve yargı kararlarında bir takım farklılık

⁴⁰⁶ Tezcan/Erdem/Önok, “Ceza Özel Hukuku”, s. 405.

⁴⁰⁷ Özgenç, “Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C.1 (Kanunlar)”, s. 296.

⁴⁰⁸ Tezcan/Erdem/Önok, “Ceza Özel Hukuku”, s. 406.

⁴⁰⁹ Tezcan/Erdem/Önok, “Ceza Özel Hukuku”, s. 403 (Yazarlar ayrıca, cinsel ilişkinin taraflarından birinin evlenme veya başka bir sebeple ergin kılınmış olması halinde, onun suçun faili sayılabileceği yönünde bir öneri getirmişlerdir.); Özgenç, “Türk Ceza Hukuku Mevzuatı, C.1 (Kanunlar)”, s. 297.

bulunmaktadır. Baskın görüşe göre, cinsel ilişki, erkek cinsel organının anüse veya vajinaya sokulması ya da sokturulması ile olur⁴¹⁰. Bu bakımdan, penisin anal veya vajinal boşluklar dışında bir vücut boşluğuna duhulü halinde cinsel ilişkiden bahsedilemeyecektir⁴¹¹. Yargıtay'ın içtihadı da bu yönde olup, oral ilişki, cinsel ilişki kapsamında sayılmamaktadır⁴¹².

Bunun yanında, bu boşluklara bir “*cisim*” sokulması veya sokturulması halinde cinsel ilişkiden bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu iki kadın arasında gerçekleşemez⁴¹³. Ancak bu failin mutlaka bir erkek olabileceği anlamına gelmemektedir. Zira penisin anüse veya vajinaya “*sokturulması*” da cinsel ilişki kapsamında olup, dolayısıyla faillik kuralı doğrultusunda, fail bir kadın olabilir. Ancak, muhakkak ki, ilişkinin bir tarafı daima erkek olacaktır. Oysa cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçları bakımından, “*organ veya sair cisim*” sokulması ibaresi kullanılmak suretiyle, her iki davranış da eşdeğer kabul edilirken, bu suçun cinsel ilişki ile sınırlandırılması nedeniyle anüs veya vajinaya “*cisim*” sokulmasının kapsam dışında bırakılması anlaşılabilir⁴¹⁴.

Bu durum doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve şu örnek üzerinden açıklanmaya çalışılmıştır: Örneğin, on altı yaşındaki bir kız çocuğu ile yirmi yaşındaki bir erkeğin cinsel ilişkiye girmesi halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçu işlenmiş olacakken, yirmi yaşındaki bir kadın tarafından suni penis kullanılması halinde suç oluşmamış sayılacaktır. Bu örnekten hareketle, yazar tarafından, kanun koyucunun böyle yoruma cevaz verdiğinin kabul edilemeyeceği, dolayısıyla da bu durumda reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşacağı kabul edilmektedir⁴¹⁵.

⁴¹⁰ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 407 ; Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 334; Aydın, Murat, s. 93; cinsel ilişkiden, “flört aşamasından öte ilişkiler” anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Soyaslan, s. 188; benzer yönde bkz. Aydın, Murat, s. 93.

⁴¹¹ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 407; aksi yönde bkz. Özbek ve diğerleri, “*Özel Hükümler*”, s. 371.

⁴¹² Yar. 14.CD, T.: 16.01.2013, E.: 2011/7214, K.: 2013/240 Akt. Özbek ve diğerleri, “*Özel Hükümler*”, s. 372-373.

⁴¹³ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 407.

⁴¹⁴ Aynı yönde bkz. Özbek ve diğerleri, “*Özel Hükümler*”, s. 373.

⁴¹⁵ Aydın Murat, s. 89; Fiilin içerik itibarıyla organ sokulması ile aynı olmasından hareketle aynı yönde bkz. Özbek ve diğerleri, “*Özel Hükümler*”, s. 370-371.

Kanaatimizce, kanun koyucunun cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarında nitelikli halleri düzenlerken “*suçun vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi*” ibarelerine yer verirken, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda “*cinsel ilişki*” ifadesini kullanmasına bir değer atfetmek gerekir. Kanun koyucu, terminolojisini değiştirmekle, bu iki düzenlemeye farklı sonuçlar bağlamıştır. Olması gereken hukuk bakımından (de lege ferenda), TCK m.104 ile korunmak istenen hukuksal yararlar da dikkate alınmak suretiyle, reşit olmayan bir çocukla cinsel ilişkiye girilmesi ile onun vücuduna bir cisim sokulmasının eşdeğer kabul edilmesi gerekmektedir. Kaldı ki, organ veya sair cismin de yalnızca, vajina veya anüse duhulü ile yetinilmemesi, oral ilişkinin de bu suç kapsamına alınması gereklidir⁴¹⁶. Ancak bu husus, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kapsamı bakımından getirilen bir eleştiri olup, “*cinsel ilişki*” kavramının geniş yorumlanması gerektiği gibi bir sonuç yaratmamaktadır. Kanunilik ilkesi gereği, hali hazırdaki düzenleme uyarınca (de lege lata), cinsel ilişki tanımını genişletmek suretiyle bu tür davranışları reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna dahil etmek mümkün görünmemektedir⁴¹⁷.

Reşit olmayanla ilişki suçunun oluşması için, bir netice aranmamaktadır, cinsel ilişkinin gerçekleşmiş olması yeterlidir. Ayrıca kızlık zarının bozulması veya hamilelik gibi herhangi bir neticenin meydana gelmesi gerekmemektedir. Tipiklik, kanunda sayılan hareketin yapılması ile gerçekleşmektedir. Bu bakımdan, reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu, salt hareket suçudur⁴¹⁸. Ayrıca failin cinsel olarak tatmin olması da aranmamaktadır⁴¹⁹.

2. Nitelikli Hal Olarak Fücür

6545 Sayılı Kanun ile TCK m.104’teki reşit olmayanla cinsel ilişki suçuna iki fıkra eklenmiştir. Bu düzenlemeler, ensestün Türk Ceza Hukukundaki yeri bakımından büyük önem taşımaktadır. TCK m.104’ün temel şeklinde, reşit olmayan bir kimse ile onun rızası çerçevesinde cinsel ilişkiye giren kişiye, şikâyet üzerine, iki

⁴¹⁶ Benzer yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 408 : Yazarlar da, düzenlemenin “cinsel ilişki” ile sınırlı tutulmasını eleştirmektedirler.

⁴¹⁷ Aynı yönde Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 334; Atacan Köksal, *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. II, Ankara 2015, Sa., s. 706.

⁴¹⁸ Öztürk/Erdem, s. 182; Demirbaş, s. 222 (Yazar, “*neticesiz suç*” ya da “*şekli suç*” ifadelerini kullanmaktadır.).

⁴¹⁹ Tuğrul, s. 508.

yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilebileceği öngörülmüştür. İkinci fıkraya göre ise, suçun mağdur ile aralarında evlenme yasağı bulunan bir kimse tarafından işlenmesi halinde fail, **şikâyet aranmaksızın**, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bu nitelikli hal bakımından re'sen kovuşturma kuralı getirilmesi yerinde olmuştur, zira bir takım sebeplerle toplumumuzda gizli tutulmaya çalışılan ensest vakalarının bir de şikâyet şartına bağlanması, bu suçların kolaylıkla örtbas edilebilmesine sebep olabilirdi.

Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, mağdur ile aralarında evlenme yasağı bulunan bir kimse tarafından işlenmesini daha ağır yaptırıma bağlamadaki amacın, suçun işlenmesindeki kolaylık, faildeki kötülüğün daha fazla olması ve ensest vakalarının toplumda daha ağır infial uyandırması olduğu görüşü hakimdir⁴²⁰.

Evlenme engellerinden hısımlık, TMK m.129'da düzenlenmiştir. Buna göre aralarında evlenme yasağı bulunan hısımlar şunlardır:

- Üstsoy ile altsoy; kardeşler; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri
- Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu,
- Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi

Nitelikli hallerden, “üstsoy veya altsoy kayın hısımlığı” nitelikli halinin gerçekleşmesi fiilen mümkün değildir. Şayet çocuk evli ise, bu suretle ergin kılınmış olacağı için, kayın pederi veya kayın validesi ile karşılıklı rızaları çerçevesinde cinsel ilişkiye girmeleri halinde, reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan bahsedilemeyecektir. Aksi halde ise, evli olmayan bir kimsenin “kayın hısmı”ndan söz edilemeyecektir. Bu bakımdan, söz konusu boşluk, TCK'nın ikinci kitabının sekizinci bölümünde yer alan “Aile Düzenine Karşı Suçlar” başlığı altında bağımsız bir fücür suçu düzenlenerek doldurulabilir.

Nitelikli hallerin söz konusu olabilmesi için, suçun işlendiği sırada failin, mağdur ile aralarında “evlenme yasağı” bulunduğunu biliyor olması gerekir. TCK m.30/2'de, bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin

⁴²⁰ Tezcan/Erdem/Önok, “Ceza Özel Hukuku”, s. 405.

gerçekleştiği konusunda hataya düşen kişinin bu hatasından yararlanacağı belirtilmiştir. Failin mağdur ile aralarındaki evlenme yasağının varlığı hususunda yanılması halinde, bu konuda en azından taksirle hareket etmiş olup olmadığına bakılır. Şayet bu ilişkiyi bilmemesi bakımından en azından taksirle hareket etmiş ise, nitelikli halden sorumlu olur. Aksi halde, hatasından yararlanacak ve faile suçun temel şeklinden ceza verilmesi gerekecektir⁴²¹.

İkinci fıkradaki nitelikli halin ötesine geçilerek, TCK m.104/3'te reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun, evlat edineceği çocuğun, evlat edinme öncesindeki bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi içerisinde koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan bir kimse tarafından işlenmesi nitelikli hal olarak kabul edilmiş ve failin ikinci fıkra hükmüne göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Aralarında evlatlık ilişkisi kurulmamış olsa da, çocuğun gözetim, bakım ve korumasından sorumlu olan koruyucu aileler⁴²² tarafından suçun işlenmesinin nitelikli bir hal olarak düzenlenmesi yerinde bir düzenleme olup⁴²³, bu suç ile korunmaya çalışılan hukuksal yarar ile paralellik göstermektedir. Zira, çocuğun direncinin daha kolay kırılabilir olması ve suçun işlenmesindeki kolaylık ile faildeki kötülüğün daha fazla olması söz konusudur.

Görüldüğü gibi, TCK'da ensest ifadesine açıkça yer verilmemekle ve ensest başlıklı bağımsız bir suç düzenlenmemiş olmakla birlikte, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında cinsel saldırı (TCK m.102/3-c), çocukların cinsel istismarı (TCK m.103/3-c) ve reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m.104/2,3) suçlarında, enseste nitelikli hal olarak yer verilmiştir.

Doktrindeki bazı yazarlara göre, ensest, “evlenmeleri yasak olan ergin bireyler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiyi” ifade eder. Bu tanımdan hareketle, zikredilen hükümlerdeki nitelikli hallerin, ensest kapsamında değerlendirilemeyeceği

⁴²¹ Öztürk/Erdem, s. 293.

⁴²² Koruyucu ailelere ilişkin detaylı açıklama için bkz. Aydın, Murat, s. 41-43.

⁴²³ Aynı yönde bkz. Taner, “Değerlendirme”, s. 63.

ileri sürülmüştür⁴²⁴. Bazı yazarlar ise, söz konusu nitelikli hallerin belirli ve sınırlı bir ölçüde de olsa ensest düzenlemesi olduğunu belirtmişlerdir⁴²⁵.

6545 Sayılı Kanunun TCK m.104'e ilişkin 44. maddesinin, hükümet tasarısındaki gerekçesinde, bu suçta "ensest ilişkilerin" daha ağır ceza yaptırımına bağlanması ve şikâyete bağlı olmayan bir suç olarak düzenlenmesindeki amacın, bu suçla daha etkin mücadele edilebilmesi ve çocukların cinsel sömürsünün önüne geçilebilmesi olduğu belirtilmiştir⁴²⁶.

D. Cinsel Taciz Suçu ve Fücür

1. Genel Olarak

Cinsel taciz suçu TCK m.105'te şu şekilde düzenlenmektedir:

"Madde 105- (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Suçun;

- a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkisinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,*
 - b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,*
 - c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,*
 - d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,*
 - e) Teşhir suretiyle,*
- işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz."*

Madde metninde cinsel tacizin tanımının yapılmamış olması, 6545 Sayılı Kanun yürürlüğe girene dek çok tartışmalı idi. Bir fiilin ne zaman cinsel saldırı ne

⁴²⁴ Taner, "Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar", s. 304-305; Taner, "Değerlendirme", s. 63; Genç/Coşkun, s. 218.

⁴²⁵ Tezcan/Erdem/Önok, "Ceza Özel Hukuku", s. 401; Özbek ve diğerleri, s. 374.

⁴²⁶ TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 592, s. 22.

zaman cinsel taciz kapsamında değerlendirilmesi hususunda çeşitli görüşler ileri sürülmekteydi. Yargıtay uygulaması ise, “bedensel temas” olup olmamasına göre bir ayırımı gidilmesi şeklindeydi ve vücut bütünlüğünün ihlali ile bedensel temas kavramları eş anlamda değerlendiriliyordu.

Yargıtay içtihadında, yetişkin bir kimseye karşı bedensel temas içeren cinsel davranışlar cinsel saldırı, bedensel temas bulunmayan davranışlar ise cinsel taciz kapsamında değerlendiriliyordu. Bu bakımdan, örneğin mağdurun belinden tutmak, ensesinden öpmek, vücudunun değişik bölgelerini okşamak gibi eylemler dahi bedensel bir temas bulunması nedeniyle cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendiriliyordu⁴²⁷. Yargıtay’ın bu yaklaşımı doktrinde, bir davranışın cinsel saldırı oluşturup oluşturmadığının olaya eşlik eden tüm hususların dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği ve davranışın normatif önemi, süresi gibi unsurlar göz önünde bulundurulmadan, en ufak bir temas içeren davranışların dahi cinsel saldırı suçu kapsamına alınmak suretiyle orantısız biçimde cezalandırılmakta olduğundan hareketle eleştirilmekteydi⁴²⁸.

6545 Sayılı Kanun ile (m.61), Yargıtay’ın yerleşik içtihadı yasalaşmıştır. Zira, cinsel taciz suçunun gerekçesinde, cinsel tacizin vücut dokunulmazlığının ihlali niteliği taşımayan cinsel davranışlarla gerçekleştirilebileceği açıkça ifade edilmiştir⁴²⁹.

6545 Sayılı Kanun öncesindeki bir diğer tartışma ise, cinsel taciz suçunun çocuklar bakımından uygulanabilir olup olmadığı hususunda idi. Çocuklara ilişkin her türlü cinsel davranış bakımından cinsel istismar suçu mu oluşacağı, yoksa cinsel taciz suçunun mağdurunun bir “çocuk” olmasının da mümkün olup olmadığı tartışılmaktaydı. Bazı yazarlar, çocukların cinsel istismarı suçunda, her iki grupta bulunan çocuklara yönelik olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar bakımından, bedensel temas veya vücut bütünlüğünün ihlali gibi bir zorunluluk aranmamış olmasından hareketle, bedensel temas olsun ya da olmasın, çocuklara yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın cinsel istismar suçu kapsamında

⁴²⁷ Bu konuda çok sayıda örnek karar için bkz. Tuğrul, s. 73-74.

⁴²⁸ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 358.

⁴²⁹ TBMM, Yasama Dönemi: 22, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 664, s. 514.

değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmekteydiler⁴³⁰. Bazı yazarlara göre ise, bedensel temas söz konusu olan cinsel davranışlar bakımından cinsel istismar, temas bulunmayanlar bakımından ise cinsel taciz hükümleri uygulanmalıydı⁴³¹. Yargıtay içtihadı da bu yöndeydi⁴³².

6545 Sayılı Kanun ile (m.61), Yargıtay'ın bu husustaki yerleşik içtihadı da yasalaşmıştır. TCK m.105/1,c.2'de cinsel taciz suçunun, çocuğa karşı da işlenebileceği açıkça düzenlenmiştir⁴³³. Suçun çocuğa karşı işlenmesi halinde, şikâyet şartı aranmamaktadır.

Somut olay bağlamında, suça etki eden tüm unsurların bir arada değerlendirilmesi, “bedensel temas” yahut “vücut bütünlüğünün ihlali” gibi bir ayırım yapmak yerine, davranışın niteliği, süresi, yoğunluğu gibi kıstaslardan hareketle bir ayırıma gidilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴³⁴.

Bu düzenleme doğrultusunda, örneğin sanal ortamda çocuğun kamera karşısında soyunmasını sağlayarak mastürbasyon yapılması halinde, bedensel bir temas olmadığından hareketle, bu fiil cinsel taciz suçu olarak kabul edilmeye devam edecektir⁴³⁵. Çocuğun cinsel dokunulmazlığına yönelik olarak söz atmaktan çok daha ağır olan bu davranışın, aynı yoğunlukta olduğunun kabulü yerinde değildir. Bir cinsel davranışın en ufak bir bedensel temas içermesi halinde cinsel saldırı veya mağdur çocuk ise cinsel istismar suçu kapsamına girmesi ne denli doğru değilse, bedensel temas içermeyen her türlü cinsel davranışın cinsel taciz olarak kabulü o denli yanlış olacaktır⁴³⁶. Ancak hali hazırdaki düzenleme aksi yöndedir.

2. Nitelikli Hal Olarak Fücür

6545 Sayılı Kanun ile, madde metnine yeni nitelikli haller eklenmiştir. Buna göre, cinsel taciz suçunda, hizmet ilişkisinin, kamu görevinin veya aile içi ilişkinin

⁴³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 390.

⁴³¹ Özbek ve diğerleri, 4.bası, s.340; Artuk/Gökçen/Yenidünya, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, 14. bası, s. 230.

⁴³² Yar. 14. CD., 27.4.2011, E.: 2804, K.: 3503 ; Yar. 14. CD., 4.5.2012, E.: 5627, K.: 5110, Akt. Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 391.

⁴³³ TBMM, Yasama Dönemi: 22, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 664, s. 514.

⁴³⁴ Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 360.

⁴³⁵ Yar. 14. CD., 6.3.2012, E.: 2011/6467, K.: 2012/2656, Akt. Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 367.

⁴³⁶ Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 414.

sağladığı kolaylık ile suçun işlenmesi cezanın artırılmasını gerektiren nitelikli haller olarak kabul edilmiştir. Bu açıdan, ensestini cinsel taciz suçu bakımından da nitelikli hal olarak düzenlendiği söylenebilir. Bunun da ötesinde, cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarından farklı olarak, “aile içi ilişki” ifadesine yer verilmiş olması nedeniyle, daha geniş kapsamda olduğu söylenebilir. Ayrıca suçun vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile ya da sağlık hizmeti veren, koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan bir kimse tarafından işlenmesi de cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller olarak düzenlenmiştir. Nitelikli halin oluşması bakımından, söz konusu ilişkilerin varlığı yeterli olup, ayrıca bu ilişkilerden kaynaklanan nüfuzun kötüye kullanılması aranmamıştır. Temel şekli şikâyete bağlı olan cinsel taciz suçunda, nitelikli hallerin söz konusu olması durumunda suç, re’sen kovuşturulacaktır.

Cinsel taciz suçu bakımından, 6545 Sayılı Kanun ile getirilen yeni nitelikli hallerden bir diğeri ise, suçun teşhir suretiyle işlenmesidir. Buradaki teşhir ifadesi ile kastedilen, hayasızca hareketler kapsamındaki TCK m.225’de düzenlenen teşhircilik suçu ile aynı kapsamda kullanılmamıştır. Buna göre, teşhirin belirli bir kişiye yönelmiş olması yeterli olup, aleni olması aranmamaktadır⁴³⁷.

III. Akrabalar Arasındaki Cinsel İlişkiler (Rızaya Dayalı Fücür Suçu)

A. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu’nda bağımsız bir fücür suçu bulunmadığını daha önce belirtmiştik. Fücür kavramını ise, geniş yorumladığımızı belirtmiş, bu bağlamda TCK’da yer alan cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, rızaya dayalı olmayan kısmı ile sınırlı dahi olsa, fücür nitelikli hal olarak yer verildiğini ifade etmiştik. Yukarıda, rızaya dayalı olmayan fücür ilişkisine ilişkin bu suçlardaki düzenlemelerden bahsettik.

⁴³⁷ TBMM, Yasama Dönemi: 22, Yasama Yılı: 4, Sıra Sayısı: 664, s. 514.

Türk Ceza Kanunu'nda, Alman Hukuku'nda "Blutschande" olarak ifade edilen ve Alman Ceza Kanunu (StGB) §173'te düzenlenen, fücür suçu yani, "evlenmeleri yasak olan yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı olan cinsel ilişkiler" bakımından bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu tür davranışlar, Türk Ceza Hukuku'nda suç teşkil etmemektedir. Bu nedenle bu bağlamdaki fücür, Yargıtay kararlarında yer almamakta ve doktrinde de fazla tartışılmamaktadır. Bu başlık altında fücür, bu boyutuyla incelenecek olup, Türk Hukuku'nda pek fazla tartışılmayan bu husus, bir nebze de olsa aydınlatılmaya çalışılacaktır.

B. Korunan Hukuksal Yararlar

1. Genel Olarak

Ceza Hukuku, hukuksal yararların korunmasına hizmet eder. Amacı, kamu düzenini korumak ve hukuki istikrarı sağlamaktır. Bununla birlikte, kamusal yaşamı tehdit eden her durumda da başvurulacak olan ilk çare ceza hukuku değildir. Toplumsal düzenin sağlanmasında kullanılan hukuki çarelerden en ağır yaptırımları olanı, ceza hukukudur. Bilhassa hürriyeti bağlayıcı cezaları ile ceza hukukunda, kişi hak ve hürriyetlerini en üst düzeyde kısıtlayan yaptırımlar söz konusudur. Bu nedenle de, ceza hukuku, şayet sarsılan kamu düzeninin, örneğin idari cezalar, medeni hukuk yaptırımları gibi başka çözümler ile yeniden sağlanması mümkün değil ise, ancak o zaman başvurulması gereken bir yoldur. Bu bakımdan, hukuksal yararların korunmasında ceza hukuku, ultima ratio (son çare) olarak karşımıza çıkmaktadır⁴³⁸.

Alman doktrinindeki baskın görüşe göre, hukuksal yarar, bireyin kişiliğini özgürce geliştirmesi ve temel haklarını gerçekleştirme amacına hizmet eden ve gelişmiş bir toplumda gerçekleşmesi gerekli görülen her türlü yarar olarak algılanmak gerekir⁴³⁹.

Bununla birlikte, ceza hukuku normlarının yasallığının denetiminde çıkış noktası olarak kabul edilen hukuksal yarar doktrini, son zamanlarda Alman

⁴³⁸ Bahri Öztürk, M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Seçkin: Ankara, 2015) s. 29.

⁴³⁹ Karst s. 112.

öğretisinde, belirsizlik ve keyfilik içerdiğinden, özellikle de hukuksal yarar kavramının dahi net bir tanımının yapılamadığından bahisle eleştirilmektedir⁴⁴⁰.

Türk Ceza Hukuku da hukuksal yararların korunması temeline dayandığından, fücürün cezalandırılabilmesi için, bunun en azından bir hukuksal yararı korumaya hizmet etmesi gerektiği açıktır. Şayet fücürün cezalandırılması, bir ya da daha fazla hukuksal yararın korunmasına hizmet etmiyorsa, bu durum modern ceza hukukunun hukuksal yararları koruma merkezli anlayışına ters düşecek ve hukuka aykırı bir durum teşkil edecektir.

Türk Ceza Kanunu'ndaki suçların tasnifinin de, suçun hukuki konusuna göre yapıldığı kabul edilmektedir. Toroslu bu kavramı, “*suçun pasif süjesine ait olan ve suç türüne göre değişen ve suç tarafından ihlal edilen hukuki varlık veya menfaat*” olarak tanımlamaktadır⁴⁴¹.

Fücür teşkil eden fiillerin cezalandırılması ile korunmak istenen hukuksal yarar veya yararların neler olduğu hususunda, çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

Bu başlık altında, fücürün suç olarak düzenlenmesi ile, bu suç ile korunan hukuksal yararların ne olduğu ve bunların kapsamlarından bahsedilecektir. Ayrıca, ileri sürülen görüşlere getirilen eleştiriler de belirtilecek ve bunlar hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır.

Fücür suçu ile korunan hukuksal yararların ne olduğu hususunda çeşitli görüşler bulunmakla birlikte, genel olarak kabul görenleri, ailenin korunması, gelecek nesillerin genetik sağlığı, genel ahlâk ve cinsel özgürlük başlıkları altında toplanmaktadır.

2. Ailenin Korunması

Anayasa m. 41 gereğince devlet, ailenin huzur ve refahının korunmasından sorumludur ve bunun için gerekli tüm tedbirleri almakla yükümlüdür. Ayrıca devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri almak zorundadır⁴⁴².

⁴⁴⁰ BVerfG NJW 2008, 1137-1138, Akt. Karst s. 111.

⁴⁴¹ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2015), s. 17.

⁴⁴² Anayasa m.41 Ailenin korunması ve çocuk hakları : “(1) Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler

Aralarındaki yakın akrabalık ilişkileri nedeniyle evlenmeleri yasak olan, ergin bireylerin, karşılıklı rızalarına dayalı dahi olsa, kurdukları cinsel ilişkinin cezalandırılması ile en başta ailenin korunmaya çalışıldığı ileri sürülmektedir⁴⁴³. Bununla kastedilen, aile bireyleri arasındaki ilişkilerin ve aile birliğinin işleyişinin korunmasıdır. Bir başka ifade ile, bu fiillerin cezalandırılmasındaki amaç, aile yapısının bozulmasının önüne geçmektir.

Bir görüşe göre fücür, aile içerisinde ortadan kaldırılması mümkün olmayan bir rol çatışmasına sebep olur⁴⁴⁴. Aile bireyleri arasındaki cinsel partner ve ebeveyn yahut kardeşlik rollerinin çakışması halinde, hem bu rollerin kendisinde birleştiği aile üyesi, hem de ailenin diğer üyeleri bundan olumsuz olarak etkilenecektir. Zira yaşanan rol çatışması ve karmaşası neticesinde, örneğin kendi çocuğu ile aynı zamanda cinsel partner olan bir ebeveynin, yeri geldiğinde bu çocuk üzerinde sahip olduğu otoritenin sarsılmış olması nedeniyle, cinsel partnerlik sıfatı, ebeveyn sıfatının önüne geçebilecektir. Bu durum, bilhassa füruun kimlik bunalımı yaşamaması ve otorite boşluğundan olumsuz yönde etkilenmesine yol açabilecektir. Yaşanan kimlik bunalımı, hem fücür ilişkisinin tarafları bakımından hem de diğer aile üyeleri bakımından söz konusu olacaktır. Özellikle, fücür ilişkisinin ürünü olan bir çocuğun, anne, baba ve kardeş kavramlarını anlamlandırmak bakımından büyük sıkıntılar yaşamaması muhtemeldir.

Rol çatışması ve bunun doğurduğu kimlik bunalımından başka, bu tür ilişkiler, aile bireyleri arasında kıskançlık ve cinsel rekabete sebep olabilecektir⁴⁴⁵. Babası ile karşılıklı rızaları ile cinsel ilişki kuran kız evlat ile anne arasında, yaşanan çıkar çatışması doğrultusunda kıskançlık duyguları gelişebilecektir. Bunun sonucu, anne ve kızı arasında cinsel anlamda bir rekabet oluşabilecektir. Benzer durum, bir

arasında eşitliğe dayanır. (2) Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. (3) Her çocuk, koruma ve bakımından yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. (4) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."

⁴⁴³ Deutscher Bundestag 18. Wahlperiode, *Stellungnahme des Deutschen Ethikates Inzestverbot*, Drucksache 18/2714 s. 22; Klaus Ellbogen, "Strafbarkeit des Beischlafs zwischen Verwandten Ein Relikt aus der Vergangenheit", ZRP 2006, s. 191; Ali Al-Zand, Jan Siebenhüner, "§ 173 StGB – Eine kritische Betrachtung des strafrechtlichen Inzestverbots", KritV 2006, s. 72.

⁴⁴⁴ Klein, s. 16.

⁴⁴⁵ Klein s. 17.

başka kardeş ile baba arasında, benzer ilişkiler yaşanması veya yaşanmaması hasebiyle, iki kardeş arasında da görülebilir.

Aile düzeninin bozulması argümanına karşılık, fücür kapsamında ilişkiler yaşayan aile fertlerinin dışında kalan diğer aile üyelerinin, söz konusu fiillerden rahatsız olmaları halinde, özgür iradeleri ile hareket ederek, bu hususta kendilerinin bir çözüm üretebileceklerini ileri sürenler olmuştur⁴⁴⁶. Oysa, aile düzeninin bozulması için, fücür ilişkisinin tarafı olmayan aile üyelerinin, bu ilişkiden rahatsızlık duymaları, mahalle baskısına maruz kalmaları ve psikolojik, sosyal anlamda sıkıntılar yaşamaları tek başına yeterlidir. Fücürün yaşanması ile, zaten aile düzeninin bozulmasına sebebiyet verilmiş olacaktır. Bu zarar meydana geldikten sonra, bu ilişkiyi hiçbir surette kabul edemeyen diğer aile üyelerinin, fücür ilişkisinin tarafları ile aralarına mesafe koymak gibi çözümler bulmaları, gerçekleşmiş olan zararı ortadan kaldıramayacaktır. Aksine böyle bir durumda, ailenin dağılması söz konusu olacak ve bu, fücürün aile düzenini bozduğuna bariz bir kanıt teşkil edecektir.

Kaldı ki, her aile üyesi, söz konusu kimselerden uzaklaşmak gibi özgür iradeleri ile karar verebilecekleri bir imkana sahip olmayabilir. Örnek üzerinden anlatmak gerekirse, baba ile kızı arasında fücür teşkil eden bir ilişkiden, reşit olmayan ve ekonomik özgürlüğü de olmayan kardeş nasıl bir çözüm bularak uzaklaşabilir? Komşularından mahalle baskısına maruz kalan, belki de okuldaki arkadaşları tarafından dışlanan bu çocuğun, bu ilişki nedeniyle bir zarara uğramadığından bahsedilebilir mi?

Öte yandan, söz konusu ilişki nedeniyle eşlerin boşanma gibi bir imkanları vardır. Bu durumda, parçalanan ailenin zarar görmediğinden söz etmek mümkün müdür?

Aile, toplumun temel taşlarından birisidir⁴⁴⁷. Aile kurumunda meydana gelen aksaklıklar, er ya da geç toplumsal yaşama yansıtacaktır. Sağlıklı bir toplum için büyük önem taşıyan aile birliği içerisinde bireylerin sahip oldukları rollerin değişmesi, bu rollerin zedelenmesi yahut bireylerin çifte role sahip olmaları, yalnızca

⁴⁴⁶ Mumcu, s. 268.

⁴⁴⁷ Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2004) s. 6.

aile bireyleri bakımından bir takım kişilik sorunlarına yol açmakla kalmayıp, toplumun da bu karışıklıktan etkilenmesine sebep olacaktır. Fücür ilişkisi içinde olan bireyler, bu ilişki sonucunda sosyal yönü zayıf, kişilik bozuklukları olan ve sağlıklı bir gelişim gösteremeyen bireyler haline gelerek, toplumsal yaşamın ve kamu düzeninin bundan olumsuz yönde etkilenmesine sebep olabileceklerdir.

Buna karşılık, kimi yazarlara göre fücür, aile ilişkilerini olumsuz yönde etkileyen bir sebep olmanın aksine, zarar görmüş ve yıpranmış aile ilişkilerinin bir sonucu olarak tezahür eder. Max-Planck enstitüsü tarafından Alman Anayasa Mahkemesinin meşhur Leipzig’li kardeş-çift hakkında vermiş olduğu karar ile ilgili olarak hazırlanan raporunda da belirtildiği gibi, kardeşler arasındaki ensest ilişki, uyuşturucu bağımlılığı, psikolojik rahatsızlığı olan, sözel veya fiziksel istismar uygulayan veya duygusal anlamda mesafeli yahut ihmalkar olan ebeveynleri nedeniyle, kronik ve aşırı stres altında bulunan çocukların, bozulmuş aile ilişkilerinin bir semptomu olarak görülmektedir⁴⁴⁸. Kardeşler arasında ensest vakalara rastlanan ailelerin bir şekilde hasar görmüş aileler olduğu ileri sürülmüştür. Bu bağlamda, genel kanı, kardeşler arasındaki ensest ilişkilerin, tahribata uğramış aile yapısının bir nedeni olmaktan ziyade, bunun bir sonucu olduğu yönündedir⁴⁴⁹.

Enseste ilişkin olarak, Güney Kore’de adölesanlar (buluş çağındaki gençler/ergenler) üzerinde yapılan bir araştırmada, fücür veya çocuk istismarına rastlanan ailelerde, aile dinamiklerinde bozukluk, ebeveynlerde veya diğer aile üyelerinde alkol bağımlılığı, zihinsel problemler ve kriminal davranışlar gözlemlendiği belirtilmiştir⁴⁵⁰. Buna göre, ensest mağduru olmayan çocuklara nazaran, bu çocukların ailelerinde, çocuk yetiştirmede tutarsızlık sergileme, sert ve despot ebeveynlik, aile üyelerinde memnuniyetsizlik, ebeveynlerin belirsiz davranışları, annenin dışarıda çalışmasına bağlı olarak yabancılaşma olgularına daha sık rastlanmıştır. Bunun yanında, ensest mağduru çocuklarda, bu tür davranışlara maruz kalmayan çocuklara nazaran, psikolojik rahatsızlıklara rastlanma oranının yüksek olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca bu çalışmada, mağdur profilinin büyük oranda

⁴⁴⁸ Albrecht (Albrecht/Sieber), s. 97.

⁴⁴⁹ Albrecht (Albrecht/Sieber), s. 98.

⁴⁵⁰ Hyun-Sil Kim, Hun-Soon Kim, “*Incestuous Experience Among Korean Adolescents: Prevalence, Family Problems, Perceived Family Dynamics and Psychological Characteristics*”, Public Health Nursing 2005, Sa. 22, s. 480.

kadınlardan oluştuğu, faillerin ise genellikle erkek akrabalarından çıktığı gözlemlenmiştir⁴⁵¹.

Güney Kore’de geleneksel olarak, cinsel ilişkilerin gizli tutulduğu ve bu nedenle yapılan çalışmanın yalnızca ortaya çıkarılan vakalar ile sınırlı kaldığı belirtilmiştir. Öte yandan, son zamanlarda baba-kız ensest vakalarının sayısında bir artış olmasına rağmen, kız çocuklarının cezalandırılma, terk edilmeye veya ailenin dağılması endişeleri nedeniyle, bu vakaların pek çoğunun rapor edilmediğine dikkat çekilmiştir⁴⁵². Oysa ki yazarlar, daha önceki çalışmalarında, ensest mağduru kadınların, hayatlarının ileriki dönemlerinde normal cinsel hayatlarında da sorunlar yaşadığını ortaya koymuşlardır⁴⁵³.

Bir başka araştırmada, kardeşler arasında ensest vakalarına rastlanan ailelerde, sosyo-psikolojik problemlere rastlandığına dikkat çekilerek, bu ailelerin çoğunda, ebeveynlerin çocukları ile mesafeli ilişkiler kurmasının ortak bir özellik olduğu ortaya konulmuştur⁴⁵⁴. Ebeveynlerin otorite sahibi olmamaları durumunda, kendilerine örnek alabilecekleri rol modelleri olmayan kardeşlerin, birbirleri ile yakınlaştıklarının gözlemlendiği belirtilmiştir⁴⁵⁵.

Özetle, kardeşler arasında ensest ilişki görülen ailelerin, korumacı olmayan bir atmosfere sahip olmasının yanında, ebeveynlerin çocuklarına yönelik, duygusal olarak mesafeli bir yetiştirme tarzı benimsedikleri görülmektedir. Ancak dikkat etmek gerekir ki, bu sonuçların büyük bir kısmı münferit bir takım çalışmalara dayanmakta olup, söz konusu çalışmalar, kural olarak karşılıklı rızaya dayanmayan veya kardeşler arasında gerçekleşen ensest ilişkilere yönelik olarak yapılmıştır. Bu bakımdan söz konusu çalışmaların bir kısmı, tek yönlü olup, karşılıklı rızaya dayalı ensest ilişkiler hakkında fikir vermemektedir.

⁴⁵¹ Kim/Kim, s. 479

⁴⁵² Kim/Kim, s. 479.

⁴⁵³ Hyun-Sil Kim, Hun-Soon Kim, H.S. Shin, B.K. Min, “A Review and Cases Report About Incest” Bulletin of Department of Neuropsychiatry, College of Medicine, Korea University 1990, 7 (4), s. 2-26, Akt. Kim/Kim s. 480.

⁴⁵⁴ H. Smith, E. Israel, Sibling Incest: A Study of the Dynamics of 25 Cases, *Child Abuse & Neglect* 1987, Sa. 11, s. 101-108.

⁴⁵⁵ Albrecht (Albrecht/Sieber), s. 98 – 99.

Enseste ilişkin bilgiler ve bu doğrultuda ortaya konan sonuçlar, çeşitli araştırma yöntemleri (büyük kamuoyu araştırmaları, münferit vaka analizleri, klinik veriler, istatistikler vs.) uygulanarak hazırlanmış, çeşitli araştırmalara dayanmaktadır. Bu çalışmalardan elde edilen sonuçların genelleştirilmesi bakımından, dikkatli davranmakta fayda vardır. Bir başka sorun ise, bazı araştırmaların yapıldığı tarihlerin eski olması, değişen ve gelişen zaman içerisinde bu sonuçların olumlu veya olumsuz olarak değişmiş olabileceğinin gözden kaçırılmaması gerekir.

Kardeşler arasındaki ensestin, problemlili aile ilişkilerinin bir nedeni değil, bir sonucu olduğu hipotezi, az sayıdaki ve büyük çoğunluğu 20. yy'ın ilk yarısında yapılan ampirik kriminolojik çalışmalarla desteklenmektedir. Bu araştırmalarda, enseste rastlanan ailelerin, çoğunlukla sosyo-ekonomik açıdan marjinal gruplardan oluştuğuna ve ensest davranışların ardında büyük ölçüde, sosyal ve/veya kişisel bir takım problemlerin (alkolizm, hastalık, akıl zayıflığı vb.) bulunduğu dikkat çekilmektedir⁴⁵⁶.

3. Gelecek Nesillerin Genetik Sağlığı

Fücurun cezalandırılması ile korunan hukuksal yararlarından bir diğeri ise, gelecek nesillerin genetik sağlığıdır. Bu hukuksal yarar, ensest ilişkinin taraflarından ziyade, bu ilişkilerin ürünü olan çocuklar bakımından bir koruma sağlamayı hedeflemektedir. Bu bağlamda, genetik biliminin ilkeleri çerçevesinde, ensest ilişkilerin sonuçları ve genetik hastalıklar bakımından taşıdığı riskler üzerinde durmak gerekmektedir.

Öncelikle genetik bilimi ve sosyo-biyoloji alanlarında ensest ilişkiden ne anlaşıldığının ortaya konulması gereklidir. Sosyo-biyoloji anlamında ensest, %25 veya daha fazla oranda “ortak gen” taşıyan (anne-oğul, baba-kız, anne ve/veya babaları ortak kardeşler, amca/dayı-yeğen, hala/teyze-yeğen) kan hısımları arasındaki heteroseksüel cinsel ilişkileri ifade etmek için kullanılmaktadır. İnsan genetiği bakımından ise ensest ile, aralarında %50 oranında ortak gen bulunan (anne-baba-kardeş) kan hısımlar arasındaki cinsel ilişkiler anlaşılmaktadır⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Albrecht (Albrecht/Sieber), s. 99 (Dipnot 54).

⁴⁵⁷ Reinhard Szibor, *Inzest und Konsanguinität-Eine Übersicht unter biologischen, soziologischen,*

Bugüne kadar yapılan araştırmaların pek çoğunda, enest ilişki ürünü olan çocukların, olmayanlara göre, kalıtsal hastalıklara yakalanma bakımından daha büyük risk taşıdıkları ortaya konulmuştur. Cinsel partnerler arasındaki akrabalık derecesi ne denli yakınsa, çocuklarında genetik anomalilerin görölme oranı o denli yüksektir⁴⁵⁸.

İnsan genomu gelişim, büyüme, metabolizma ve üremenin bütün yönlerini, temel olarak insanın fonksiyonel bir organizma olmasını belirlemek için gerekli olan genetik bilgiyi yapısında bulunduran büyük miktarda kimyasal deoksiribonükleik asit (DNA)'den oluşur. Bu günkü tahminlerle, insan genomu genetik bilgi birimi diyebileceğimiz yaklaşık 50000 gen içermektedir. Genler her hücrenin çekirdeğinde kromozom adı verilen organelleri oluşturan DNA'da kodlanan bilgiye dayanır⁴⁵⁹.

Eşey hücreleri hariç vücut oluşumuna katılan tüm hücreler somatik hücreler olarak bilinir. İnsan somatik hücrelerindeki 46 kromozom 23 çift halindedir. Bu 23 çiftin 22'si dişi ve erkeklerde benzer olup otozom olarak adlandırılır. Geriye kalan çift ise seks kromozomlarıdır. Kromozom çiftinin üyeleri (homolog kromozomlar) birbiri ile uyumlu genetik bilgi taşırlar yani aynı genler aynı dizilime sahiptirler. Bununla beraber, herhangi bir spesifik lokusta aynı genin özdeşi veya çok az farklı formu olabilir ve "allel" olarak adlandırılır. Her kromozom çiftinin bir üyesi anneden diğeri babadan katılır⁴⁶⁰.

Bir ailedeki iki akraba bireyde aynı hastalık bulunduğu zaman, bu kişiler hastalık için konkordant demektir. Genlerin bir hastalığa katkısı önemli olduğunda, akrabalığın yakınlığının derecesi arttıkça hastalık konkordansının sıklığı da artar. Bir ailede iki birey ne kadar yakın akrabaysalar, ortak atalarından kalıtılmış o kadar çok ortak genleri bulunur. İki bireyin ortak allelleri olmasının en uç örnekleri, her lokustaki tüm allelleri aynı olan tek yumurta ikizleridir. Bundan sonraki en yakın

klinisch-genetischen und rechtsmedizinischen Aspekten, Rechtsmedizin 2004, Sa. 14, s. 387.

⁴⁵⁸ Albrecht (Albrecht/Sieber) s. 113.

⁴⁵⁹ Robert L. Nussbaum, Roderick R. McInnes, Huntington F. Willard. Thompson & Thompson Tıbbi Genetik. Çev. Komisyon. Ankara: Güneş Kitabevi, 2005, s. 4.

⁴⁶⁰ Nussbaum/McInnes/Huntington, s. 5.

akrabalar, çift yumurta ikizleri de dahil olmak üzere, anne-baba ve çocuk ya da iki kardeş gibi birinci derece akrabalarıdır. Eğer genler bir hastalığa yatkınlık oluşturuyorsa rölatif risk oranının tek yumurta ikizleri için en yüksek olması, sonra kardeşler veya anne-baba-çocuk çifti gibi birinci derece akrabalar için azalması, ve bir ailedeki daha uzak akrabalarda allel paylaşımı azaldıkça azalmaya devam etmesi beklenir⁴⁶¹.

Akraba evliliği otozomal resesif hastalık frekanslarında artışa neden olur. Çünkü akraba evliliği yaygın olmayan allellerin homozigot hale gelmesine imkan verir⁴⁶².

İnsanlardaki soy içi üreme, birbirleri ile yakın olan bireylerin eşleşmeleri anlamına gelmektedir. Ebeveyn akrabalığı geçmişteki dört kuşakta en az bir ortak ata bulunan ebevenler için kullanılır. Akraba evliliği doğacak olan çocukta bir allelin homozigot olma riskini artırır. Akraba evliliği bazı toplumlarda %25-40 oranlarına kadar yaygın olmasına rağmen %1-2 dolayındadır⁴⁶³.

Birinci derece kuzenlerin çocuklarında soya çekim yoluyla homozigot olma olasılığı 1/16'dır. Homozigot durumunda çocuklarına geçen zararlı allelin ortaya çıkma riski 1/64 oranındadır. Toplam risk 1/32'dir, çünkü diğer ortak atanın da (dede ve nine) göz önüne alınması gerekmektedir. İlk bakışta %3.125 düzeyindeki risk yüksek görünse de genel popülasyon içerisindeki payına bakıldığında yüksek olmadığı görülecektir. Bir çocuğun herhangi bir bozukluk ile doğma riski tahmini olarak %1-2 dolayındadır⁴⁶⁴.

Eldeki bulgulara göre akraba evlilikleri erken yaş (0-12 ay) çocuk ölümlerini, ölü doğum, spontan abortus ve steriliteyi anlamlı derecede artırmakta ve kalıtsal hastalıkların toplumda hızla yayılmasına neden olmaktadır⁴⁶⁵.

Genetik hastalıklar içerisinde, tek genli hastalıklar sınıfında en sık rastlanılan otozomal resesif hastalıklardır. Ancak iki resesif gen homozigot olduğu zaman kişi

⁴⁶¹ Nussbaum/McInnes/Huntington, s. 290 – 292.

⁴⁶² Nussbaum/McInnes/Huntington, s. 101.

⁴⁶³ Eberhard Passarge, *Renkli Genetik Atlası*. Çev. Özgül Alper, Güven Lüleci, Meral Sakızlı. Ankara: Palme Yayıncılık, 2015, s. 140.

⁴⁶⁴ Passarge, s. 140.

⁴⁶⁵ Nurettin Başaran, *Tıbbi Genetik*. Bursa: Güneş & Nobel Tıp Kitabevleri, 1999, s. 130.

hasta olur. Yani hasta bir çocuğun doğması için; anne ve babadan birinin hasta diğerinin taşıyıcı olması, her ikisinin de hasta olması ya da her ikisinin de taşıyıcı olması gerekir. Eğer eşlerden biri hasta (aa) diğeri taşıyıcı (Aa) ise kuramsal olarak hastalık riski %50, her iki eş de hasta ise bu oran %100, iki eş de taşıyıcı ise %25 olacaktır⁴⁶⁶.

Doğu Akdeniz ülkelerinde yapılan bir araştırmaya göre, genel olarak bu toplumlarda sağ olarak dünyaya gelen çocukların yaklaşık olarak %2-5'inin, kalıtsal hastalıklar ve genetik anomaliler ile doğduğu, %30'a kadar bir oranda çocukların hastanelerin pediatri departmanlarına geldiği ve sanayileşmiş ülkelerde, bu çocukların yaklaşık %50'sinin öldüğü saptanmıştır⁴⁶⁷. Bu sonuçlar bakımından, diğer faktörlerin (ileri yaşlarda çocuk sahibi olmanın yarattığı bir takım genetik mutasyonlar, geniş aileler vs.) yanı sıra, geleneksel olan akraba evliliklerinin büyük rol oynamakta olduğu görülmektedir⁴⁶⁸.

Asya, Afrika, Avrupa ve Güney Amerika kökenli 38 toplum üzerinde yapılan bir çalışmada, genetik anormalliklerin aktarılması riskinin, akrabalar arasında olmayan cinsel ilişkilere nazaran, ensest ilişkilerde %1,7-2,8 oranında daha yüksek olduğu tespit edilmiştir⁴⁶⁹. Ensest ürünü olan çocuklarda, küçük yaşlarda (ilk çocukluk dönemi) doğuştan olmayan, sonradan görülen kalıtsal hastalıklara rastlanma oranının ise %7-31 arasında değişmekte olduğu belirtilmiştir. Düşük yapma oranı ise %4,4 olarak saptanmıştır⁴⁷⁰.

Bromiker, batı ülkelerinde yaptığı araştırmasında, kalıtsal hastalıklara rastlanma oranının genel olarak, %1-2,4 arasında bulunduğuna, ensest ilişkiler kaynaklı kalıtsal hastalıkların ise görülme oranının %2,9-8 arasında değiştiğine işaret etmektedir⁴⁷¹.

⁴⁶⁶ Başaran, s. 394.

⁴⁶⁷ Hanan Hamamy, Ala'din Alwan, *Genetic disorders and congenital abnormalities: strategies for reducing the burden in the Region*, Eastern Mediterranean Health Journal, Vol. 3, No. 1, 1997, s. 123.

⁴⁶⁸ Hamamy/Alwan s. 123.

⁴⁶⁹ Albrecht (Albrecht/Sieber) s. 113.

⁴⁷⁰ Albrecht (Albrecht/Sieber) s. 113.

⁴⁷¹ R. Bromiker, M. Glam-Baruch, R. Gofin, C. Hammern, Y. Amitai, "Association of paternal consanguinity with congenital malformations among Arab newborns in Jerusalem", *Clinical Genetics* 66 (2004) s. 63.

Ensest ürünü çocukların genetik hastalıklara yakalanma risklerinin tam olarak tespit edilememiş olması ve bu tür hastalıklara yakalanan çocukların tam sayısının belirlenememiş olması ise doğaldır. Zira elde edilen veriler, münferit bir takım çalışmalara dayanmaktadır.

Bir çocuk, anne ve babasından toplamda 23 çift, yani 46 kromozom alır. Bunlardan 1 çift kromozom cinsiyet, 22 çift kromozom ise soma hücreleridir. Genetik hastalıklar, mutasyona uğramış olan çekinik genler aracılığıyla aktarılır. Bunlar soma hücrelerinde meydana geldiğinden, somal kalıtsal hastalıklar olarak da ifade edilir. Bir çocukta, genetik bir hastalık görülebilmesi için, hem anne hem de babadan mutasyona uğramış çekinik genleri almış olması gerekir⁴⁷².

Aslında her insanda mutasyona uğramış genler bulunur. Kalıtsal hastalıkların görülme oranının yüksekliği karşısında, insan genetiği üzerine çalışan bilim adamları, her insanda ortalama 5 hasarlı heterozigot gen bulunduğu yönünde tahmin yürütmektedirler⁴⁷³. Bir araştırmada, ensest ürünü çocukların %44'ünde buna rastlandığı görülmüştür⁴⁷⁴.

Ensest ilişki ürünü çocukların, heterozigot genlerin aksine, daha az canlılık barındıran homozigot genlere sahip olduğu görülmektedir. Heterozigot gen oranının yüksekliği, çeşitli çevresel koşullara daha fazla uyum sağlayabilme ve dolayısıyla daha fazla bir canlılık veya bir başka ifadeyle daha yüksek üreme potansiyeli anlamına gelmektedir. Ensest ürünü çocuklarda, heterozigot gen sayısı düşmektedir. Genetik hastalıklara yakalanma bakımından, heterozigot gen sayısının düşük olması tek başına yeterli değilse de bu durumun, hayvanlar ve bitkilerdekine benzer şekilde insanlarda da, çocukların üreme yeteneğinde azalma ve/veya ölüm oranlarında artışa sebep olabileceği ileri sürülmüştür⁴⁷⁵.

Heterozigot gen taşıyıcısı (Örn. Aa), belirli bir genetik hastalık sahibi olmamaktadır. Cinsel partnerler aynı heterozigot gene sahipse (Aa-Aa), bunların ilişkilerinden doğacak her çocuk, söz konusu genetik hastalığa (aa) yakalanma

⁴⁷² Hamamy/Alwan s. 123.

⁴⁷³ Szibor, s. 392.

⁴⁷⁴ Seemanova E (1971) A study of children of incestuous matings. Hum Hered 21: 108-128

Akt. Szibor, s. 392.

⁴⁷⁵ Szibor, s. 391.

bakımından %25 civarında bir risk taşıyacaktır. Aralarında akrabalık bulunmayan partnerlerin çocuklarında ağır genetik rahatsızlıklara çok nadiren rastlanmaktadır. Zira, aralarında akrabalık bulunmayan partnerlerin aynı heterozigot geni taşıma olasılıkları çok düşüktür. Örneğin, kistik fibrozis taşıyıcısı bir kimsenin, tesadüfen bu geni taşıyan bir cinsel partnerle karşılaşma riski %0,04 gibi düşük bir ihtimaldir⁴⁷⁶.

Birinci dereceden kan hısımları, %50 ve üzerinde ortak gen taşımaktadırlar. Bunların cinsel ilişkilerinden olan çocuklarda genetik hastalıklara rastlanma riski artmaktadır. Bunlardan birinin homozigot, diğerinin ise aynı genetik hastalık bakımından resesif özelliğe sahip heterozigot gene sahip olması halinde, her çocuk bakımından söz konusu risk %50'ye çıkmaktadır⁴⁷⁷.

Szibor'a göre, ağır genetik hastalıklara yakalanmak, aralarında akrabalık bulunmayan ebeveynlerin çocuklar bakımından az rastlanan bir tesadüf iken, enest ilişki ürünü çocuklar için olağan bir durumdur⁴⁷⁸.

Homozigotun varlığı, ağır genetik hastalıklara neden olabilir. Bu bağlamda, birden fazla genin tek bir fenotip üzerinde etki gösterdiği poligenetik hastalıkların (erken yaşta kalp rahatsızlığına ve çok yüksek kolesterol değerlerine neden olabilen ailesel hiperkolesterolemi, ailesel Apolipoprotein B ve enfarktüs) görülme riski artmaktadır⁴⁷⁹. Cinsel partnerler arasındaki biyolojik bağın yakınlığı ile, çocukların genetik hastalığa yol açan çekinik genleri kopyalama olasılığı doğru orantılıdır⁴⁸⁰.

Çeşitli ampirik çalışmalar, genetik bozukluk risklerinin büyük olduğuna işaret etmektedir. Kudüs'te, Arap asıllı yeni doğanlar üzerinde yapılan bir araştırmada, bunlardan enest ilişki ürünü olanlarında %8,7 oranında gelişim bozukluklarına (doğuştan kalp hastalığı, Down-Sendromu gibi) rastlanmakta iken; bu oranın kontrol grubunda %2,6'da kaldığı tespit edilmiştir⁴⁸¹.

⁴⁷⁶ Szibor, s. 391; Kistik fibrozis, akciğer ve/veya sindirim sistemlerini kalın, kıvamlı ve yapışkan bir mukoza salgısı ile tıkayan ve bu nedenle de solunum ve/veya sindirim güçlüğüne yol açan, doğuştan gelen bir kalıtsal hastalıktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.kistikfibrozis.com/kistik2/blog/29-2/> (Erişim Tarihi: 10.09.2015)

⁴⁷⁷ Szibor, s. 392.

⁴⁷⁸ Szibor, s. 392.

⁴⁷⁹ Albrecht (Albrecht/Sieber), s. 114.

⁴⁸⁰ Albrecht (Albrecht/Sieber), s. 114.

⁴⁸¹ Bromiker, s.64 – 65.

Baird ve McGillivray ise, baba-kız ve kardeşler arasındaki ensest ilişkilerden olan 21 çocuk üzerinde araştırmalar yapmıştır. Bu çocukların 12 tanesinde, anormal genetik değişimlere rastlanmış, 9'unda ise ağır genetik hastalıklar tespit edilmiştir⁴⁸². Bir başka çalışma ise, Bristol'de, mental yavaşlama üzerine yapılmış olup, ensestin çocuklarda zeka geriliğine yol açtığını ortaya koymuştur⁴⁸³. 2002 yılında sağırılığı bulunan 100 çocuk üzerinde yapılan bir başka araştırmada, çocukların 21'inin akraba evliliği ürünü olduğu saptanmıştır.⁴⁸⁴. Ebeveynleri akraba olan çocukların %24'ünde epilepsi, katarakt gibi hastalıklara rastlanmış olup, ayrıca %19'unda psikomatik yavaşlama görülmüştür. Ensest ilişki kaynaklı olmayan çocuklarda, bedensel rahatsızlıklar %9 ve zeka geriliği %4 olarak saptanmıştır⁴⁸⁵. Ensest ilişkilerden kaynaklanan diğer genetik hastalıklar arasında, hemofili, konuşma bozuklukları, talasemi, adrenogenital sendrom, albinizm de sayılabilir.

Özetle, ensest ilişkiler sonucu çocuklarda genetik hastalıkların görülme riskinin, aralarında akrabalık bulunmayan kimselerin çocuklarına nazaran, daha yüksek olduğu, bugüne kadar yapılan pek çok münferit çalışma ile ortaya konulmuştur. Her şeyden önce, bir genelleme yaparken tüm etkenlerin göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır. Bu çalışmalarda elde edilen sonuçlarla genel geçer ve kesin sonuçlara varmak konusunda temkinli olmakta yarar var ise de, birbirinden bağımsız çok sayıda çalışmanın benzer sonuçlara işaret ettiğini unutmamak gerekir. Ensestin sosyal bir olgu olarak kabul gördüğü toplumlardan (örneğin, Arap ülkeleri), Avrupa'daki ülkelere kadar, yapılan çok çeşitli çalışmalara rastlanmaktadır ve birbirinden farklı popülasyonlar üzerinde yapılan bilimsel çalışmalar sonucu ortaya konan sonuçların birbirleriyle bu denli uyumlu olması dikkate değer bir husustur.

Her ne kadar bazı yazarlarca, kalıtsal hastalıklara yakalanma bakımından, akrabalık ilişkilerinin daha büyük risk taşımadığının ya da en azından kesin olmadığını ve bu çıkarıma şüpheyle yaklaşılması gerektiğinin ileri sürülmesi⁴⁸⁶,

⁴⁸² Albrecht (Albrecht/Sieber), s. 114 (Dipnot 14).

⁴⁸³ Jancar, J/Johnston S.J., Incest and mental handicap, Journal of Metal Deficiency Research 34 (1990) s. 483-490, Akt. Albrecht (Albrecht/Sieber) s. 115.

⁴⁸⁴ Brosch, S., Blutsverwandte Eltern schlagen aufs Ohr, Medical Tribune 29 (2002), s. 24, Akt. Albrecht (Albrecht/Sieber) s. 115.

⁴⁸⁵ Brosch, S., Blutsverwandte Eltern schlagen aufs Ohr, Medical Tribune 29 (2002) s. 24, Akt. Albrecht (Albrecht/Sieber) s. 115.

⁴⁸⁶ Akt. Klein, s.14.

münferit dahi olsa pek çok araştırma ile desteklenen ve ispatlanan bir bilimsel gerçeğin inkarı olacaktır.

Leipzig’li iki kardeşe ilişkin olarak Alman Anayasa Mahkemesi’nde görülen davada karşı oy kullanan yargıç Hassemer’e göre, genetik hastalıklara ilişkin olarak ileri sürülen gerekçeler, çok abartılmaktadır⁴⁸⁷. Ayrıca, evlenmeleri yasak olmayan akrabaların da çocuklarının genetik hastalıklara yakalanma riski varken, niçin belirli bir sınır çekilmekte olduğunu Hassemer eleştirmektedir⁴⁸⁸. Yukarıda da belirtildiği gibi, çeşitli bilimsel çalışmalar sonucu elde edilen verilere bakıldığında, akrabalık derecesinin artması ile genetik hastalıklara yakalanma oranının yükseldiği yönündeki tespitlerden hareketle ve kanun koyucunun suçun sınırlarını çekerken sahip olduğu takdir yetkisi de dikkate alındığında, bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

Hassemer’in bir diğer eleştirisi ise, her ikisi de kısır olan veya doğum kontrol yöntemlerine başvuran çiftlerin de cezalandırılıyor olması ile, genetik sebeplere dayanan korunan hukuksal yararın çelişmesine ilişkindir⁴⁸⁹. Oysa unutmamak gerekir ki, fücurun suç olarak düzenlenmesinin altında bir takım öjenik sebeplerin yanında, ailenin korunması, genel ahlak gibi başka bir takım nedenler de yatmaktadır. Bunlardan yalnızca birini çekip onun üzerinden bir takım eleştirilerde bulunmak pek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Söz konusu hukuksal yararlar, bu fiillerin cezalandırılması bakımından, bir bütün halinde dikkate alınmalıdır. Gelecek nesillerin genetik sağlığının korunması hususu, bu suç ile korunan hukuksal yararlardan yalnızca biridir. Yaşadıkları cinsel ilişki sonucu çocuk sahibi olma imkanları olmasa da, bu ilişkinin yaşanmış olması ile dahi aile düzeninin zarar görmüş olacağını daha önce de belirtmiştik⁴⁹⁰.

Sonuç olarak, bu suç ile korunan hukuksal yararlardan olan gelecek nesillerin genetik sağlıklarının korunması gerekçesini destekleyen, pek çok çalışma yapılmıştır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, bu çalışmaların münferit çalışmalar olması varılan sonucun doğru olmadığı anlamına gelmeyecektir. Tersine, birbiri ile ilgisi olmayan

⁴⁸⁷ Akt. Mumcu, s. 268.

⁴⁸⁸ Mumcu, s. 268.

⁴⁸⁹ Mumcu, s. 268.

⁴⁹⁰ Üçüncü Bölüm, III., B., 2.

çok çeşitli coğrafi bölgelerde, çok farklı topluluklar üzerinde yapılan küçük veya büyük çaplı çalışmalar ile, benzer sonuçlar elde edilmesi önemlidir.

Doğuştan sahip olunan ağır genetik hastalıklar, bedensel ve ruhsal bakımdan büyük acılara yol açmakta ve bireylerin yaşam kalitesini düşürmektedir. Bu bakımdan, fücürün suç olarak düzenlenmesi ile, gelecek nesillerin, sağlıklı ve kaliteli bir yaşam sürme hakları korunmak istenmektedir. Fücür ürünü çocukların, genetik hastalıklar ile mücadele etmek zorunda bırakılmaması amaçlanarak, insan onurunun da korunmaya çalışıldığı söylenebilir.

4. Genel Ahlâk

Fücür suçu ile korunan hukuksal yararlarından birinin, genel ahlak olduğu ileri sürülmektedir⁴⁹¹. Bu kavramın ne ifade ettiği hususunda ise bir birlik bulunmamakla beraber, tarihsel süreçteki “cinsiyet ahlakı” anlayışının etkilerinin halen sürdüğü kabul edilmektedir⁴⁹².

19. yüzyılın ikinci yarısına kadar, neredeyse tüm toplumlarda, genel ahlak kavramı, cinsiyet ahlakı olarak algılanmış ve cinsel özgürlüğe karşı suçların bu kavram çerçevesinde cezalandırılması yoluna gidilmiş idi⁴⁹³. Cinsel özgürlüğe karşı suçlar ile cinsellikle ilgili diğer suçlar, esasen farklı hukuksal yararları korumaya yönelik olmalarına karşın aynı çatı altında toplanmış idi⁴⁹⁴.

24-29 Ağustos 1964 tarihlerinde La Haye’de toplanan Dokuzuncu Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi’nde, incelenen konulardan birini, “Aileye Karşı Suçlar ve Cinsiyet Ahlakı” oluşturmuş ve bu kongre sonunda, zikredilen suçlar ile ilgili olarak, modern ceza hukuku bakımından önemli bir takım gelişmeler kaydedilmiştir. Kongrede tartışılan en önemli hususlardan birini, ceza hukukunun cinsel davranışlara ne ölçüde müdahale edebileceği konusu oluşturmuştur. Çıkarılan sonuç ise, ceza hukukunda ahlak kavramına yer verilirken dikkatli davranmak

⁴⁹¹ Alpsyoy, s. 121.

⁴⁹² Karst, s. 161.

⁴⁹³ Dönmezer, “Cinsiyet Ahlakına Karşı Suçlar”, s. 451.

⁴⁹⁴ Aydın, Öykü Didem, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar”, s. 155.

gerektiği, sırf ahlaki bir takım kaygılarla bir takım fiillerin cezalandırılmaması gerektiği yönünde olmuştur⁴⁹⁵.

Kongrede alınan kararlardan bir diğeri ise, mevzuatlarında fücür suçuna yer vermiş bulunan devletlerin, suçun kapsamını daraltmasının gerektiği yönündedir. Fücür yasağını yedinci dereceye kadar öngören Habeşistan örnek gösterilerek, dini ve ırki bir takım gerekçelerle suçun muhafaza edilmesine olumlu yaklaşıyor dahi olsa, kapsamının yalnızca altsoy, üstsoy ve kardeşler ile sınırlandırılması gerektiği belirtilmiştir⁴⁹⁶.

Alman Ceza Kanunu'nda yaşanan 4. Ceza Reformu hareketinden (4. StRG) önce, genel ahlaktan cinsiyet ahlakı anlaşılıyor idi, zira cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar “genel ahlaka karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiş idi. 4. Ceza Reformu (4. StRG) ile beraber cinsel suçlar, “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiş, fücür suçunu düzenleyen § 173 StGB ise, “Kişisel Durum, Evlilik ve Aileye Karşı Suçlar” başlığı altına alınmıştır.

Benzer gelişmeler, hukukumuz bakımından da söz konusu olmuştur. 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar, “Genel Âdâba Karşı İşlenen Cürümler” başlığı altında düzenlenmekte idi. Türk Ceza Kanunu'nun 2002 tasarısında ise, cinsel suçlar, “Topluma Karşı Suçlar” kapsamında olup, bölüm başlığının “Cinsel Bütünlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar” olarak kaleme alınmış olması eleştirilmiş ve başlığın, cinsel özgürlük ile sınırlandırılması gerektiği belirtilmiştir⁴⁹⁷.

26.09. 2004 tarihli ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (R.G. 12.10.2004) ile birlikte, cinsel suçlar, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında toplanmıştır⁴⁹⁸. Böylece cinsel suçlar, birer ahlaki değer olmaktan çıkıp, özgürlük değeri olarak korunmaya başlanmıştır⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ Kongre'de alınan kararlar ve bunlar hakkındaki değerlendirmeler bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmezer, “*Cinsiyet Ahlâkına Karşı Suçlar*”, s. 451 vd.

⁴⁹⁶ Dönmezer, “*Cinsiyet Ahlâkına Karşı Suçlar*”, s. 459: Yazar, fücürün aslında suç teşkil etmemesinin daha yerinde olacağı kanaatindedir.

⁴⁹⁷ Ayşe Nuhoglu, *Türk Ceza Kanununda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar*, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, GSÜY: 32, İstanbul 2004, s. 609-613.

⁴⁹⁸ Her ne kadar başlıkta, cinsel özgürlüğün yalnızca negatif yönünü temsil eden cinsel dokunulmazlık ifadesinin kullanılmış olması eleştirilmekte ise de (eleştirinin ayrıntıları bkz. Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 62 vd.), kanun koyucunun bu suçlar ile korumuş olduğu hukuksa yararın

Sonuç olarak modern ceza hukuku anlayışının da etkisiyle, hukukumuzda, cinsel özgürlüğe karşı suçlar ile aile düzenine karşı suçlar ve genel ahlaka aykırı suçlar birbirinden farklı başlıklar altında düzenlenmiştir. Bu durum neredeyse tüm hukuk sistemleri bakımından geçerlidir.

Durum her ne kadar böyle olsa da, halen cinsel davranışların, ahlak kavramını çağrıştırdığı ileri sürülmektedir⁵⁰⁰. Ahlakın, manevi olan ve mantıksal olmayan değerler ile ilgili olduğu hususu açıktır. Tartışmalı olan husus ise, ahlaki bir değer hukuksal bir yarar teşkil edip edemeyeceğidir.

Örneğin, Almanya’da 4. Ceza Kanunu Reformundan önce, StGB (Alman Ceza Kanunu)’nin 13. Bölümünde yer alan suçlar bakımından, genel ahlakın ortak bir hukuksal yarar olduğu kabul edilmekte idi. Ancak günümüzde, bu anlayıştan vazgeçildiğini yukarıda belirtmiştik.

Modern ceza hukukunda, genel ahlakın bir hukuksal yarar teşkil edemeyeceği savunulmaktadır⁵⁰¹. Zira genel ahlak kavramının, toplum ve zamana bağlı olarak değişkenlik gösterdiği ve bu nedenle muğlak bir kavram olduğu belirtilmiştir. Jäger, genel ahlakın, değişkenlik ve görelilik özelliklerinden dolayı, hukuksal yarar vasfı taşıyamayacağını net bir ifade ile dile getirmiştir⁵⁰². Ayrıca, bir davranış sırf ahlaki duyguları rahatsız ediyor diye ceza yaptırımına bağlanamaz. Zira, ceza kanunlarının görevi, yetişkin bireyler arasındaki ahlaki standartların sınırını belirlemek değildir. Aksine, toplumsal düzeni bozan veya buna ağır derecede zarar veren davranışlardan toplumu korumaktır.⁵⁰³

Marx’a göre, üçüncü şahısları rahatsız etmeden cinselliğini yaşayan ergin bir bireyin, “soyut ahlak”tan başka, herhangi bir hukuksal yararı çığnediğinden söz edilemez. Bir hukuksal yararın ihlali söz konusu olmadıkça, korunması gereken bir

cinsel özgürlük olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 345; Özbek ve diğerleri, s. 317-318; Artuk/Gökçen/Yenidünya, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, s. 207; Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 62 vd.: (Ayrıca yazar, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile korunan hukuksal yararın farklı olduğunu belirtmektedir. a.g.e. s. 326 vd.).

⁴⁹⁹ Aydın, Öykü Didem, “*Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*”, s. 152.

⁵⁰⁰ Karst, s. 161.

⁵⁰¹ Karst, s. 162; Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 47.

⁵⁰² Herbert Jäger, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten, Eine kriminalsoziologische Untersuchung in Beiträge zur Sexualforschung*, 12. Heft (Stuttgart: 1957) s. 38 vd., Akt. Karst, s. 162.

⁵⁰³ Karst, s. 162; Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 47.

haktan söz edilemeyecek ve bunun sonucu olarak, ceza hukukunun bu alana müdahale etme yetkisi de bulunmayacaktır⁵⁰⁴.

Özetle, modern ceza hukukunda genel ahlakın bir hukuksal değer olamayacağı ileri sürülmektedir⁵⁰⁵. Kanaatimizce, bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Zira TCK'da da, "Genel Ahlaka Karşı Suçlar" başlığı günümüze kadar muhafaza edilmiştir. Bu başlık altında düzenlenen hayasızca hareketler, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama, dilencilik suçları bakımından, kanun koyucu tarafından, genel ahlakın, müşterek bir hukuksal yarar olarak kabul edildiği görülmektedir. Bundan hareketle, genel ahlak kavramının, hukukumuzda halen cinsiyet ahlakı kavramına yaklaştığını söylemek de yanlış olmayacaktır.

Cinsel suçlar ile cinsel özgürlük korunmakta iken, toplumun ortak edep duygularının, genel ahlak kavramından hareketle korunmaya çalışıldığı görülmektedir. TCK'da, toplumun edep töresine, bir başka ifadeyle ortak ar ve haya duygularına saldırı teşkil eden ve bunları zedeleyen davranışların cezalandırılması yoluna gidildiği görülmektedir. Genel ahlaka karşı suçlara ilişkin düzenlemeler, cinsel özgürlüğe karşı suçların dışında kalan, diğer rahatsız edici ve toplum düzenini bozucu nitelik taşıyan cinsel davranışlar bakımından geçerlidir. Buna karşılık, modern gelişmeler ışığında, cinsel suçların birer ahlak değeri olmaktan çıktığını yineleyelim.

Hangi fiillerin genel ahlaka karşı suçlar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve nelerin cezai yaptırıma bağlanmasının uygun olacağı, hakkında karar vermesi zor bir husustur. Ahlak kurallarını hiçe sayan bir ceza hukukunun kabul görmesi mümkün olmayacaksa da, ahlak duygularını zedeleyen her davranışın ceza hukuku kaidelerine bağlanamayacağı da açıktır. Bu bakımdan ahlak ile ceza hukuku arasındaki sınırın aşılmaması hususunda kanun koyucunun titiz davranması gereklidir⁵⁰⁶. Söz konusu fiiller nedeniyle, toplumsal düzenin ciddi surette zarar

⁵⁰⁴ Michael Marx, *Zur Definition des Begriffs Rechtsgut, Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre* (Köln: 1972) s. 86, Akt. Karst, s. 162.

⁵⁰⁵ Karst, s. 161-162; Helmut Satzger, Wilhelm Schluckebier, Gunter Windmaier, *StGB Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Aufl. (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2014) Rn. 8.

⁵⁰⁶ Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler*, C. 2, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1993) s. 1844-1845.

görmüş olması gerekir ki, cinsiyet ahlakının, ceza yaptırımına bağlanması mümkün olsun⁵⁰⁷.

Sonuç olarak, genel ahlakın, değişken ve göreceli olma özelliklerini kabul etmekle birlikte, hiçbir surette hukuksal yarar vasfı taşımayacağı yönündeki görüşe katılmamaktayız. Bununla beraber, fücür suçunun da, bir genel ahlaka karşı suç vasfı taşımadığı kanaatindeyiz.

Fücürün suç teşkil ettiği devletlerde, bu suç, her devlet kendi suç siyaseti çerçevesinde, farklı gerekçelerle cezalandırmaktadır. Örneğin, Alman Hukuku'nda § 173 StGB'de düzenlenen bu suç, kişisel durum, evlilik ve aile düzenine karşı bir suç olarak düzenlenmiştir. Kanun sistematigindeki yerinden bağımsız olarak, doktrinde bazı yazarlarca, bu suç ile korunan hukuksal yararlarından birinin, genel ahlak olduğu savunulmaktadır⁵⁰⁸.

Avusturya'da fücür suçu, "Cinsel Bütünlüğe ve Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar" başlığı altında yer almaktadır. İsviçre'de ise, "Evlilik ve Aileye Karşı Suçlar" kısmında, "Aileye Karşı Suçlar" başlığı kapsamında düzenlenmiştir⁵⁰⁹.

Kanaatimizce, Türk Hukuku'nda fücür suçuna ilişkin bir düzenleme yapılacaksa, bunun genel ahlaka karşı suçlar kapsamında değil, "Aile Düzenine Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmesi gerekir.

5. Cinsel Özgürlük

Cinsel özgürlük, bireyin, örf ve adet ile hukukun sınırları içerisinde, cinsel yaşamını hür iradesi ile yönlendirebilmesi, cinselliğe ilişkin tercihlerini hiç bir baskı altında kalmadan yapabilmesi özgürlüğünü ifade eder⁵¹⁰. Cinsel özgürlüğün, bireyin cinselliğe ilişkin tercihlerini özgürce yapabilmesi anlamında pozitif; sahip olduğu özgürlüğe bir müdahalede bulunulamaması yönünde de negatif bir boyutu olduğu kabul edilmektedir⁵¹¹.

⁵⁰⁷ Dönmezer, "Cinsiyet Ahlakına Karşı Suçlar", s. 452.

⁵⁰⁸ Fischer, § 173 Rn. 2.

⁵⁰⁹ İkinci Bölüm,

⁵¹⁰ Cinsel özgürlük kavramına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, I., ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm, I.

⁵¹¹ Taner, "Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar", s. 62 vd.

Günümüzde cinsel suçlar bakımından ortak bir korunan hukuksal yarar teşkil eden cinsel özgürlüğün, fücür suçu ile de korunduğu ileri sürülmektedir. Bu yaklaşım, her ikisi de ergin olan ve cinsel davranışlara gösterdikleri rıza hukuken kabul gören bireylerin, söz konusu geçerli rızaları çerçevesinde cinsel ilişkiye girmeleri halinde, cinsel özgürlüklerinin ne şekilde ihlal edilmiş olacağı sorusunu akla getirmektedir. Zira, üzerinde tasarruf edilebilecek bir hak olan cinsel özgürlük bakımından gösterilen rıza, bir hukuka uygunluk sebebi teşkil eder⁵¹².

Fücür suçu ile, cinsel özgürlüğün korunduğu iddiasının temelinde “despot ensest” durumlarının yer aldığı görülmektedir. Buna göre, aralarında evlenme engeline neden olacak derecede bir akrabalık bulunan yakın akrabalar arasındaki fücür olgularında, ilişkinin bir tarafının daha baskın olması hasebiyle, diğer tarafın bu ilişkiye bir rıza göstermesinden ziyade buna katlanıyor olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Yapılan ampirik kriminolojik çalışmalarda, bilhassa baba-kız veya erkek-kız kardeş arasında fücür söz konusu olanların, bir kısmının geçmişinde cinsel istismar olgularına rastlanmıştır⁵¹³.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin, Leipzig'li kardeşler hakkındaki kararında, fücür olgularında, cinsel ilişkiye rıza gösterilmesi ile bu ilişkiye katlanması arasındaki ayırımın yapılmasının çok güç olduğu vurgulanmıştır. Mahkeme kararında, hafif derecede akıl hastalığı bulunan, yaşça da daha küçük olan kız kardeşin, akıl zayıflığı ve özgüvensizlikten kaynaklanan bir takım kişilik bozuklukları nedeniyle, abisine bağımlı olduğu kanaatine varmıştır⁵¹⁴. Bundan hareketle, bu ilişkiye gösterilen rızanın geçerli olmayacağı açıktır.

Burada sorun, söz konusu ilişkinin özgür iradeye dayalı olup olmadığının tartışmalı olmasıdır. Taraflardan birinin “geçerli rızası”nın bulunmaması halinde, fücürdan bahsedilemeyeceği açık olsa da, rızanın geçerliliği hususunda kesin bir kanıya varmak her zaman mümkün olmayacaktır. Böyle bir durumda, görünürde

⁵¹² Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Özel Hukuku*”, s. 363; Özbek ve diğerleri, “*Özel Hükümler*”, s. 336; Buna karşılık, AİHM'in 19.2.1997 tarihli Laskey, Jaggard ve Brown/ Birleşik Krallık kararına göre, mağdurun onuruna aykırılık teşkil eden veya ağır bedensel zarar doğurma riski taşıyan cinsel davranışlar bakımından gösterilen rızanın geçerliliği bulunmamaktadır. Bkz. Case of Laskey and Others vs. The United Kingdom, Court (Chamber), App. No. 21627/93; 21628/93; 21974/93, 19 February 1997.

⁵¹³ Klein, 7.

⁵¹⁴ BVerfG NJW 08, s. 1137, 1138 vd.

hukuken geçerli bir rıza söz konusu olsa dahi, esasen taraflardan biri bu ilişkiye katlanmak durumunda kalmaktadır.

Öte yandan, yapılan araştırmalarda, fücür deneyimi olan gençlerin, ilerleyen dönemlerde ilişkiler kurmak ve cinsellik konularında sıkıntılar çektikleri tespit edilmiştir⁵¹⁵.

C. Maddi Unsur

Rızaya dayalı fücürün cezalandırıldığı hukuk sistemlerinin hemen hemen tümünde, maddi unsurun “cinsel ilişkiye girmek” olarak belirlendiği görülmektedir. Buna karşılık, cinsel ilişki kavramının tanımlanması ve kapsamı bazı hukuk sistemlerinde, kısmi farklılıklar göstermektedir.

Bazı hukuk sistemlerinde, cinsel organların birbirine temas etmesi yeterli görülmüştür (örn. İsveç, Macaristan). Buna karşılık, pek çok hukuk sisteminde erkek cinsel organın kadın cinsel organına kısmen (örn. Almanya, Şili, Kanada) veya tamamen (örn. Danimarka, İngiltere, Romanya) duhulü aranmaktadır. Bu bağlamda duhulü yeterli görülmekte, ayrıca meni akıtma (boşalma) gerekmemektedir. Görüldüğü üzere, cinsel ilişkinin ancak bir erkek ve kadın arasında gerçekleşebileceği öngörülmektedir. Bu bakımdan homoseksüel ilişkiler kapsam dışında tutulmaktadır⁵¹⁶.

Almanya’daki düzenlemenin lafzından, yalnızca cinsel ilişki boyutuna varan ilişkilerin fücür suçu kapsamında olduğu anlaşılmakta, oral ilişkinin veya cinsel ilişkiye benzeyen diğer cinsel davranışların, kapsam dışında tutulduğu görülmektedir⁵¹⁷. Bu bakımdan suç, ancak farklı cinsiyetten kimseler arasında işlenebilir. Cinsel ilişkinin gerçekleşmesi için, erkek cinsel organının kısmen de olsa kadının cinsel organına duhûl etmesi gereklidir⁵¹⁸.

İngiltere’de ise, 2003 tarihli Cinsel Suçlar Yasası’nın kırk ikinci bölümünün birinci kısmında yer alan, “*Ergin Akraba ile Cinsel İlişki*” başlığı altında,

⁵¹⁵ Klein, 8.

⁵¹⁶ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 35.

⁵¹⁷ Fischer § 173 Rn. 9.

⁵¹⁸ Karst s. 71.

penetrasyon ve penetrasyona rıza göstermek ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Buna göre, penetrasyondan söz edebilmek için, on altı yaş veya üzerindeki bir kimsenin aralarında kanunda belirtilen derecede akrabalık ilişkisi bulunan bir kimsenin, vajinasına yahut anüsüne penisini veya sair bir cismi sokması ya da bu kimsenin ağzına penisini sokması aranmaktadır⁵¹⁹. Penetrasyon niteliğindeki fiillerin, kendisi üzerinde gerçekleştirilmesine rıza gösteren kimse de cezalandırılmaktadır. Ancak öngörülen ceza bakımından bir değişiklik söz konusu değildir. Penetrasyonu gerçekleştiren ve buna rıza gösteren kimseler bakımından farklı hükümler düzenleyen yalnızca İngiltere değildir, benzer düzenleme Tazmania ve Batı Avustralya'da da bulunmaktadır⁵²⁰.

Gebeliğin doğum kontrol yöntemleri ile önlenmesi veya kısırlık nedeniyle üreme imkanının bulunmaması halinde cezasızlık öngören bir düzenlemeye de rastlanmamıştır⁵²¹.

Bazı hukuk sistemlerinde ise, dar anlamda cinsel ilişkinin ötesinde, cinsel ilişki benzeri davranışlardan da söz edilmektedir (Danimarka ve Polonya). Cinsel ilişki benzeri davranışlar, bir şekilde dahil söz konusu olan davranışlardır. Bunlar ile, anal veya oral ilişkiler ve koşulları sağlaması şartıyla kural olarak homoseksüel ilişkiler kastedilmektedir⁵²².

Cinsel ilişki benzeri olmayan diğer cinsel davranışlar ise, yalnızca çok az sayıda hukuk sistemi tarafından cezalandırılmaktadır. Sıklıkla bu tür davranışlar, hayasızca hareketler ile sınırlandırılmakta, heteroseksüel ve homoseksüel ilişkileri de kapsamaktadır. Bunları cezalandıran hukuk sistemlerine, Yunanistan, İtalya, Macaristan, Amerika'nın bazı eyaletleri ve batı Avustralya örnek olarak gösterilebilir⁵²³.

Homoseksüel ilişkiler, cinsel ilişkiyi dar anlamda kabul eden, dolayısıyla da cinsel ilişkinin ancak bir kadın ile erkek arasında gerçekleşebileceğini kabul eden hukuk sistemlerinde cezalandırılmamaktadır. Buna karşılık, bazı hukuk sistemlerinin

⁵¹⁹ Bkz. 64-65 Sexual Offences Act 2003.

⁵²⁰ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 35.

⁵²¹ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 35.

⁵²² Sieber (Albrecht/Sieber), s. 35-36.

⁵²³ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 36.

cinsel ilişki benzeri davranışlar veya diğer cinsel davranışlar kavramları içerisinde homoseksüel ilişkileri de cezalandırdığını belirtmiştik. Buna örnek olarak da, Danimarka, İngiltere, Yunanistan, Polonya, Macaristan ve bazı Amerikan Eyaletleri gösterilmektedir⁵²⁴.

Amerika'nın bazı eyaletlerinde, aralarında fücür suçu kapsamında belirtilen derecede akrabalık bulunan kimselerin, kendileri bakımından söz konusu olan evlenme yasağına aykırı davranmak suretiyle evlenmeleri halinde, bu husus ayrıca cezalandırılmaktadır⁵²⁵.

Türk Ceza Hukuku'nda buna benzer bir düzenleme, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu tarihte, bu kanunun 237. maddesinde yer almakta idi. Buna göre, aralarında medeni kanuna göre evlenme yasağı bulunan kimselere ilişkin olarak, söz konusu yasağın bilinmesine rağmen, bu kimselerin evlenme işlemlerini gerçekleştiren memur, bu suretle evlenen kimseler, bu kimseleri evlenmeye sevk eden veya buna rıza gösteren veli ya da vasileri hakkında, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmekteydi⁵²⁶. Bu durumda, akrabalık dolayısıyla aralarında evlenme yasağı bulunan bireylerin cinsel ilişkileri, yalnızca hukuka aykırı biçimde evlenmeleri halinde cezalandırılılabiliyordu. Kanunda bağımsız bir fücür suçu düzenlemesi bulunmamakla birlikte, bu suç ile fücürün önlenmesi amaçlanmaktaydı⁵²⁷.

Evlenme ile sınırlı dahi olsa, fücür teşkil eden ilişkiler bakımından bir koruma sağlayan bu düzenleme, 5237 Sayılı TCK'ya alınmamıştır. Bu bakımdan, mevcut hukuki düzenlemeye göre, aralarında evlenme yasağı bulunan kimselerin, bu yasağa rağmen evlenmeleri halinde, herhangi bir ceza hukuku yaptırım söz konusu olmayacak, yalnızca medeni hukuk bağlamında bir yaptırım mümkün olacak ve evlilik mutlak butlanla batıl sayılacaktır⁵²⁸.

⁵²⁴ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 36.

⁵²⁵ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 37.

⁵²⁶ 1.3.1926 tarih ve 765 Sayılı TCK (mülga) m.237/1.

⁵²⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, s. 679; Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, s. 858.

⁵²⁸ Akıntürk/Ateş Karaman, “*Aile Hukuku*”, s. 72.

5237 Sayılı TCK'ya, (mülga) 765 sayılı TCK m.237'deki düzenlemenin alınmamış olması ile tamamen cezasız kalan, ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiler ile ilgili olarak bağımsız bir suç tipinin düzenlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz⁵²⁹.

D. Manevi Unsur

Fücurun suç olarak düzenlendiği hukuk sistemlerine bakıldığında, bu suçun kasten işlenebilen bir suç olduğu görülmektedir. Fücur suçunun taksirle işlenebileceğine ilişkin bir düzenlemeye rastlanılmamıştır⁵³⁰.

Fücur suçunda aranan kast koşulu, kimi hukuk sistemlerinde, düzenlemede açıkça belirtilmekte iken, kimisinde ceza hukukunun kuralları ve temel ilkelerinden hareketle ortaya konulmaktadır. Bazı hukuk sistemlerinde, akrabalık ilişkisinin kesin olarak biliniyor olması aranırken, büyük çoğunluğunda bu suçun olası kast ile de işlenebileceği kabul edilmektedir. Bu yaklaşıma göre, failin sorumlu tutula bilmesi için, cinsel ilişkiye girdiği kimse ile aralarında akrabalık ilişkisi bulunabileceğini öngörmesi ve bunu göze almış olması gerekmektedir⁵³¹.

Avustralya Başkent Bölgesi, Batı Avustralya ve Viktoria'da akrabalık ilişkisinin biliniyor olduğu varsayılmaktadır. Buna karşılık, İngiltere'de failin akrabalık ilişkisini biliyor olması veya en azından bu ilişkiyi bilebilecek olmasının kendisinden beklenmesinin makul olması aranmaktadır⁵³².

Cinsel ilişkiye giren kardeşlerin, ayrı aile ortamlarında yetişmeleri, büyüdükleri esnada birbirlerini tanımıyor olmaları ve yetişkin iken tanışmış olmaları durumunda nasıl bir sonuca varılması gerektiği de, çözümlenmesi gereken bir diğer husustur. Bu durumda bulunan kardeşler bakımından, ortada korunması gerekli bir aile düzeninin bulunmadığı gerekçesi ile, cezada indirim yapılması hususu tartışılmaktadır. Fücurun suç olarak düzenlendiği ülkelerin, herhangi birinde kardeşlerin ergin iken tanışmaları halinde, bu suçun oluşmayacağına dair bir

⁵²⁹ Aynı yönde bkz. Erem, "Fücur İlişkisi", s. 234; Elbir, s. 678; Artuk/Gökçen/Yenidünya, "Ceza Hukuku Özel Hükümler", s. 679; Tezcan/Erdem/Önok, "Ceza Hukuku Özel Hükümler", s. 858; Taner, "Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar", s. 306.

⁵³⁰ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 44.

⁵³¹ § 173 StGB buna örnek gösterilebilir. bkz. Fischer Rn. 10.

⁵³² Sieber (Albrecht/Sieber), s. 44.

düzenlemeye rastlanılamamıştır. Bu durum, fücür suçu ile ailenin korunduğunun ileri sürülmesi ile çelişiyor olması nedeniyle eleştirilmektedir⁵³³.

Tarafların yetişkin iken tanışmaları ve aynı aile ortamında yetişmemeleri gibi kimi durumlarda bunlar, örneğin İtalya’da, İtalyan Kanunu madde 62-bis bağlamında hafifletici sebep sayılarak cezada indirimle gidilebilmektedir. Bunun dışında ise, bu gibi durumlar yalnızca, kanunda belirtilen alt ve üst sınırlar çerçevesinde cezanın belirlenmesi bakımından göz önünde bulundurulabilecektir⁵³⁴.

Alman Anayasa Mahkemesinin önüne gelen, Leipzig’li kardeşlere ilişkin davada, görüş bildiren Alman Federal Hükümeti temsilcileri tarafından, ergin iken tanışan üvey kardeşlerin fücür suçu kapsamında bir davranış gerçekleştirmeleri halinde, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında, § 153 StPO çerçevesinde, soruşturma evresinde kovuşturmayla yer olmadığına dair karar; kovuşturma evresine geçilmiş ise de mahkemece düşme kararı verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵³⁵.

Türk Ceza Hukuku’nda esas sorumluluk şeklinin kast olduğu TCK m.21/1’de açıkça belirtilmiştir. Buna göre suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Bu bağlamda, bir davranışın taksirli halinin cezalandırılabilmesi için bunun kanunda açıkça ve ayrıca öngörülmüş olması gerekmektedir⁵³⁶. TCK m. 22/1’de bu husus açıkça ifade edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu’nda fücürün, bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi halinde bu suçun kasten işlenebilen bir suç olarak düzenlenmesi, halihazırda bu suça ilişkin mevzuatında düzenleme bulunan diğer hukuk sistemleri ile uyumlu olacaktır. Fücür suçunun, Alman Hukuku’nda olduğu gibi olası kastla işlenebilir olup olmadığının da tartışılması gerekecektir. Kanımızca, bu suç olası kastla da işlenebilir⁵³⁷.

Cinsel ilişkinin her iki tarafının, kardeş olduklarını bilmemeleri ve bilebilecek durumda olmamaları halinde, TCK m.30’da yer alan hata hükümlerinin uygulanması

⁵³³ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 44.

⁵³⁴ Sieber (Albrecht/Sieber), s. 44.

⁵³⁵ Sancar/Yaşar, s. 257.

⁵³⁶ Öztürk/Erden, s. 254; Demirbaş, s. 362; Yasemin Filiz Saygılar, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Taksir*, İstanbul 2011 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 125 – 126.

⁵³⁷ Alman öğretisinde yer alan aynı yöndeki görüş için bkz. Fischer Rn. 10.

mümkündür. Buna karşılık, ergin iken tanışmalarına rağmen, kardeş olduklarını biliyor veya bunu bilebilecek durumda iseler, hata hükümlerinden yararlanamayacakları açıktır. Bununla birlikte, faillerin her ikisinin de akrabalık ilişkisini biliyor olmaları gerekmemektedir, her fail kendi kusuru kapsamında cezalandırılacaktır⁵³⁸.

Fücur TCK’da bağımsız bir suç olarak düzenlenir ise, çocukluk dönemlerinde aynı aile ortamında yaşamamış ve yetişkin iken tanışmış kardeşler ile ilgili olarak, cezanın hafifletilmesini gerektiren bir nitelikli hale yer verilebilir. Zira, böyle bir durumda, genetik ve sağlık konularındaki sıkıntılar devam ediyor olsa dahi, ailenin korunması bakımından daha az bir zararın ortaya çıkacağı söylenebilir.

E. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Fücur suçu bakımından bir hukuka uygunluk sebebinden bahsetmek mümkün değildir. TCK m.26/2 ‘ye göre, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebildiği bir hakkına ilişkin olarak açıkladığı rıza çerçevesinde gerçekleştirilen fiiller hukuka uygun kabul edilerek, kimseye bu fiiller nedeniyle ceza verilmez⁵³⁹.

Buna karşılık, fücur suçunda, ilgilinin rızası, fiili hukuka uygun hale getirmez. Aksine, ilgilinin fiile rıza göstermesi, bu suçun bir unsurunu teşkil eder. Bu suçta taraflardan birine “mağdur” sıfatı yüklemek dahi mümkün olmayacaktır.

Fücur suçunun gerçekleşebilmesi için, her iki tarafın cinsel ilişkiye hür iradeleri ile rıza göstermeleri gerekmektedir. Bu yönüyle, fücur suçu çok failli bir suçtur⁵⁴⁰. Taraflardan birinin ilişkiye rıza göstermemesi durumunda, TCK’da Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar bölümünde düzenlenen TCK m.102’nin vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle gerçekleşen nitelikli hali kapsamında bir davranıştan söz edilecektir.

⁵³⁸ Erem, “*Fücur İlişkisi*”, s. 233.

⁵³⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özge Sırma, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İlgilinin Rızası*, İstanbul 2011 (Yayımlanmamış Doktora Tezi), s. 54 vd.

⁵⁴⁰ Sancar/Yaşar, s. 247.

F. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Suçun özel görünüş biçimleri başlığı altında, teşebbüs, iştirak ve içtima konularına ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

1. Teşebbüs

Fücur suçu, salt hareket suçudur. Suç, cinsel ilişkinin gerçekleşmesi ile tamamlanır. Bu bakımdan, kısmen de olsa vajinal veya anal penetrasyon söz konusu olmalıdır. Penetrasyonun ne kadar sürdüğü veya bundan haz alınmış olup olmaması suçun oluşması bakımından bir etki yaratmayacaktır.

İcra hareketi boyutuna ulaşan davranışların gerçekleştirilmesi ile teşebbüs alanına girildiği, bu bakımdan teorik olarak suçun teşebbüse elverişli olduğu söylenebilir⁵⁴¹. Fücur suçuna teşebbüs, bir indirim sebebi olacaktır. Buna karşılık, bağımsız bir fücur suçu düzenlenmesi ve bu suç kapsamında cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışların cezalandırılmaz ise, failin cinsel ilişkiye başlamadan yakalanması durumunda, cinsel ilişki yönündeki kastının ispatında güçlük yaşanabilecektir⁵⁴².

Aynı durum, gönüllü vazgeçme bakımından da söz konusu olacaktır. Failin cinsel ilişki başladıktan sonra bundan kendiliğinden vazgeçmesi durumunda, cinsel ilişki boyutuna varan davranışın gerçekleşmesiyle suç tamamlanacağından, gönüllü vazgeçmeden bahsedilemeyecektir. Bununla birlikte, cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlar cezalandırılmayacak ise, cinsel ilişkiye yönelik olmayan davranışlar ile cinsel ilişki kastı bulunan davranışların birbirinden ayrılmaları güç olacaktır. Bu bakımdan fücur suçunda gönüllü vazgeçmenin ancak teorik olarak mümkün olduğu söylenebilir⁵⁴³.

⁵⁴¹ Türk öğretisinde, fücur bağımsız bir suç olarak düzenlenmiyor ise de, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bağlamında benzer bir yaklaşım benimsendiği görülmektedir.: Köksal, s. 709; Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, s. 409 ; Taner, “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 340.

⁵⁴² Reşit olmayanla cinsel ilişki bakımından ileri sürülen aynı yöndeki görüş için bkz. Taner, , “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 340.

⁵⁴³ Reşit olmayanla cinsel ilişki bakımından ileri sürülen aynı yöndeki görüş için bkz. Taner, , “*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”, s. 340; Tezcan/Erdem/Önok, “*Ceza Hukuku Özel Hükümler*”, s. 410.

Bu suçun, icra hareketlerinden gönüllü olarak vazgeçme durumunda, o ana kadarki davranışların başka bir suç teşkil etmesi halinde, fail bundan sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, fücür suçunun maddi unsurunun “cinsel ilişki” ile sınırlandırılması ve evlenmesi yasak ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı diğer cinsel davranışlara ilişkin TCK’da bir düzenleme bulunmaması halinde, failin davranışı suç teşkil etmeyecektir⁵⁴⁴.

2. İçtima

Aynı suç işleme kararı kapsamında, aynı kişiye karşı aynı suçun farklı zamanlarda işlenmesi halinde zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır (TCK m. 43/1). Buna göre, tek bir ceza verilecek, ancak bu artırılacaktır. Aynı suçtan daha önce ceza alınmış olması halinde ise, bu durum tekerrüre girecektir. Buna karşılık, suç kastının yenilenmesi halinde ise, fiil sayısı kadar bağımsız suç oluşacaktır⁵⁴⁵.

Bu bağlamda, İtalya’da nitelikli hal olarak düzenlenen, fücürün bir düzenli ilişki biçimini alması halinden bahsedilebilir. TCK’ya fücür düzenlemesi getirilmesi halinde, böyle bir nitelikli hale yer verilmediği takdirde, tek seferle kalmayan fücür suçu kapsamındaki cinsel ilişkiler bakımından TCK m. 43/1 gereğince zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.

Aile bireyleri arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiler, TCK m. 232’de düzenlenen aynı konutta birlikte yaşadığı birine karşı kötü muamele suçu kapsamına girmeyecektir. Zira kötü muamele suçu kapsamındaki cinsel nitelikli kötü muamele kavramı ile, mağdurun rızası dışında gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış kastedilmektedir⁵⁴⁶.

Evlilik birliğinde, aile bireylerinden birinin rızası bulunması koşuluyla, diğer bireylerin rızaları olmaksızın konuta girmek, konut dokunulmazlığının ihlali suçunu

⁵⁴⁴ Reşit olmayanla cinsel ilişki bakımından ileri sürülen aynı yöndeki görüş için bkz. Köksal, s. 709 – 710.

⁵⁴⁵ Öztürk/Erdem, s. 344; Köksal, s. 711 – 713.

⁵⁴⁶ Hamide Zafer, “Kötü Muamele Suçu (TCK m. 232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması)”, MÜHFD, 2009: Sa. 1, s. 135; Kötü muameleye ilişkin 765 Sayılı eski Türk Ceza Kanunu’nda yer alan düzenlemeye ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Metin Feyzioğlu, “Terbiye ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları”, AÜHFD, 2001: C. 50, Sa. 1, s. 41 – 54.

(TCK m. 116) oluşturmaz. Ancak bunun için, rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerekmektedir (TCK m. 116/3). Bu bakımdan örneğin, evlilik birliği devam ederken, eşlerden birinin fücür kapsamına giren cinsel ilişkide bulunmak amacıyla, akrabasının eve gelmesi halinde, eve gelen akraba tarafından konut dokunulmazlığı suçunun da işlenmiş olduğu ve bu suçtan dolayı faile ayrıca ceza verileceği söylenebilir⁵⁴⁷. Bu örnekte, fücür kapsamındaki cinsel ilişkinin diğer tarafını teşkil eden eş, konutu diğer eş ile birlikte kullanma yetkisine sahip olması nedeniyle, ayrıca konut dokunulmazlığı suçunun faili olamayacaktır⁵⁴⁸.

3. İştirak

Fücür suçu kapsamındaki cinsel ilişkinin fail tarafından bizzat gerçekleştirilmesi gerektiği için, bizzat işlenebilen bir suçtur. Bu bakımdan bu suçta, bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle, dolaylı fail olunamayacağı ileri sürülmektedir⁵⁴⁹.

Fücür suçu aralarında belirli derecede akrabalık bulunan kimseler tarafından işlenebilen bir suç olması nedeniyle de, özgü suç niteliği taşımaktadır. Alman Hukuku'nda suça iştirak eden kimsenin de, fücür suçu kapsamındaki akrabalarından biri olması ile olamaması arasında farklılık bulunduğunu mukayeseli hukuk kısmında belirtmiştik.

Fücürün Türk Hukuku'nda da suç olarak düzenlenmesi halinde, Alman Hukuku'ndakine benzer bir durum söz konusu olacaktır. Suça, fücür suçu kapsamında sayılan akrabalar dışında kalan bir üçüncü kişinin iştiraki mümkün olacaktır. Ancak iştirakte bağlılık kuralı gereği, bu suçun bir özgü suç olması nedeniyle, objektif nitelikteki faillik sıfatına sahip olmayan bu kimseler bakımından iştirak ancak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla gerçekleşebilir. Bu kimselerin iştirakinden söz edebilmek için, suçun faillerinin aralarında fücür suçu kapsamında bir akrabalık bulunduğunu biliyor olmaları gerekecektir⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ Köksal, s. 711; Tezcan/Erdem/Önok, "Ceza Hukuku Özel Hükümler", s. 517.

⁵⁴⁸ Tezcan/Erdem/Önok, "Ceza Hukuku Özel Hükümler", s. 518 – 519.

⁵⁴⁹ Fischer § 173 Rn. 8.

⁵⁵⁰ Erem, "Fücür İlişkisi", s. 233.

Suça iştirak eden kimsenin, faillerden biri veya her ikisi ile fücür suçu kapsamında sayılan akrabalık derecesi bulunuyor ise, bu durumda iştiraktan değil, birlikte faillikten söz edilebilecektir. Zira suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu tutulacaktır (TCK m. 37/1)⁵⁵¹.

IV. Türk Ceza Hukuku'nda Akrabalar Arasındaki Rızaya Dayalı Cinsel İlişkilerin Cezalandırılması Sorunu

Fail ile mağdur arasındaki belirli derecedeki akrabalık ilişkilerinin Türk Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar kapsamında nitelikli haller olarak cezalandırılmakta olduğunu belirtmiştik. Buna karşılık, ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilere ilişkin bir düzenleme ise bulunmamaktadır.

765 Sayılı TCK'da, mehzazı olan 1889 Tarihli meşhur İtalyan Zanardelli Yasası'nda düzenlenmesine rağmen, rızaya dayalı fücür suçuna yer verilmemiştir. Benzer şekilde, Alman Ceza Kanunu'nda da suç olarak kabul edilen rızaya dayalı fücür, Almanya'dan esinlenen 5237 Sayılı TCK'ya da alınmamıştır. Mehzaz kanunlarda suç teşkil eden bu fiillerin Türk Ceza Hukuku'na niçin alınmadığına ilişkin çok az sayıda kaynakta bilgi bulunmaktadır.

Aksoy'a göre, 765 Sayılı TCK'ya rızaya dayalı fücür düzenlemesinin getirilmemiş olması bunun kanun koyucu tarafından unutulmasından ileri gelmektedir⁵⁵². Buna karşılık Elbir, çeşitli alanlardaki pek çok uzman tarafından itina ile hazırlanan bir kanun çalışmasında, böyle bir düzenlemenin unutulmuş olabileceğine ihtimal vermemekte ve bunun kanun koyucunun bilinçli bir seçimi

⁵⁵¹ Öztürk/Erdem, s. 362.

⁵⁵² Muammer Aksoy, *Kötü Durumlu Evlilik Dışı Çocuklar* (Ankara: Türk Hukuk Kurumu, 1948) s. 94 vd.

olduğunu ileri sürerek, fücurun cezalandırılmamasının tercih edilmiş olmasını eleştirmektedir⁵⁵³.

1953 yılında 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu m. 237'ye eklenecek bir fıkra ile, fücurun suç haline getirilmesi teklif edilmiş ise de, TBMM Adalet Komisyonu'nun görüşü nazara alınarak, yakın akrabaların birlikte yaşamaları durumunda asılsız bir takım iftiralara maruz kalabilecekleri ve bu tür eylemlerin yaptırımının ahlak kuralları ile sağlanabileceği gerekçeleri ile teklif reddedilmiştir⁵⁵⁴.

1997 yılında da meclisteki konuşması esnasında bir milletvekili tarafından, 1953'te yapılan teklifin reddedilmesinin nedeninin, bu tür eylemlerin Türk toplumunda gerçekleşmeyeceği, bunun Türk örf ve adeti ile aile yapısına aykırı olduğu yönündeki yaklaşım olduğuna ve fücür kapsamındaki eylemlerin cezalandırılmamasının bir eksiklik olduğuna dikkat çekilmişse de, söz konusu oturumda bu konu bakımından herhangi bir netice ortaya çıkmamıştır⁵⁵⁵.

Elde edilen bu bilgilerden, mehzaz kanunlarda rızaya dayalı fücür suçu kapsamında düzenlenen akrabalar arasındaki cinsel ilişkilerin, 765 ve 5237 Sayılı Ceza Kanun'larına alınmamasının gerçek bir boşluk olmadığı, mecliste tartışılmasına karşılık kanun koyucunun iradesinin bu tür eylemleri cezalandırmama yönünde olduğu sonucuna varılabilir.

Dönmezer'e göre, ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı fücürün TCK'da bir suç tipi olarak düzenlenmemesi yerinde olmuştur. Zira bu tür eylemlerin ahlak kuralları ile yaptırıma bağlanması yeterlidir, ayrıca cezai yaptırıma başvurulması gerekmemektedir. Toplumumuzda bu tür ilişkilere nadiren rastlanmakta olduğunu ve aile ilişkilerinin arasına sosyal bir yararı olmaksızın ceza yaptırımlarının sokulması halinde, ailenin korunmasına hizmet edilmesinden ziyade aileye zarar verileceğini ileri sürmektedir⁵⁵⁶.

⁵⁵³ Elbir, s. 670 – 671.

⁵⁵⁴ Dönmezer, “*Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*”, s. 23.

⁵⁵⁵ TBMM Tutanak Dergisi, Yasama Dönemi: 20, Yasama Yılı: 2, Cilt: 26, 93. Birleşim (14.5.1997), Oturum: 1, s. 331.

⁵⁵⁶ Dönmezer, “*Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*”, s. 24; Dönmezer, “*Cinsiyet Ahlakına Karşı Suçlar*”, s. 460; Yarsuvat, s. 164.

Elbir ise, rızaya dayalı fücür kapsamındaki eylemlerin cezalandırılması gerektiğini şiddetle savunmaktadır. Bu tür ilişkilerin ne sıklıkta yaşandığına dair kesin verilere ulaşmak mümkün değildir. Kaldı ki bu tür eylemler ceza kanununda bir yaptırıma bağlanmadığından, adli makamlara ulaşan sayılar bağlamında bir değerlendirme yapmak da imkansızlaşmaktadır. Bu nedenle hiçbir bilimsel veriye dayanmadan bu tür ilişkilerin toplumda nadiren yaşandığını ileri sürmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır⁵⁵⁷.

Öte yandan rızaya dayalı olmasa dahi bu tür eylemler çeşitli nedenlerle aile arasında tutulmaya çalışılmakta, çoğu siyah sayılar olarak kalmaktadır. Bu nedenle rızaya dayalı fücür kapsamına giren eylemlerin sıklığına ilişkin kriminolojik bir araştırma yapılmadan bir kanıya varmak doğru olmayacaktır. Bu gerekçelerle, nadiren işlendiğinden hareketle ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı fücür kapsamındaki eylemlerin cezalandırılmaması gerektiği yönündeki görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

Kaldı ki bir eylemin nadiren işleniyor olması dahi, söz konusu eylemin suç olarak düzenlenmemesi veya suç olmaktan çıkarılması gerektiği gibi bir neticeye yol açmamalıdır⁵⁵⁸. Zira bu durum eylemin haksızlığını ortadan kaldırmamaktadır.

Elbir, fücür kapsamındaki eylemlere karşı ahlaki yaptırımların yeterli olduğu yönündeki görüşe de karşı çıkmaktadır. Yazar bu görüşünü, gelişen ve değişen toplumumuzda bilhassa sanayileşme, şehirleşme ile komşuluk ve akrabalıktan kaynaklanan ahlaki yaptırımların günümüzde etkisini büyük ölçüde yitirdiğini ifade ederek açıklamaktadır⁵⁵⁹.

Yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin TCK'da suç olarak düzenlenmesi halinde, aynı çatı altında yaşayan aile bireylerinin asılsız iddialar nedeniyle zarar görecektir. Olmalarından hareketle, bu tür eylemlerin cezalandırılmaması gerektiği yönündeki görüşe de katılmak mümkün değildir. Zira, asılsız bir takım iddiaların ortaya atılması ihtimali her suç bakımından söz konusu olabilecek bir durumdur.

⁵⁵⁷ Elbir, s. 671.

⁵⁵⁸ Aynı yönde Elbir, s. 671.

⁵⁵⁹ Elbir, s. 673.

Kaldı ki Ceza Muhakemesinde soruşturma evresi gizlidir (CMK m.157) ve Cumhuriyet Savcısı kamu davasını soruşturma evresinde yeterli delil ve şüpheye ulaşmış olması halinde açacaktır (CMK m.160). Cumhuriyet Savcısının kamu davasını açması demek, sanığın kovuşturma sonunda mahkum olma olasılığının beraat etme olasılığından yüksek olması anlamına gelir⁵⁶⁰. Kovuşturma neticesinde sanığın beraat etmesi halinde ise, sanık bir mahkeme kararı ile aklanmış olacaktır. Yeterli delil elde edememiş olan ve şüpheleri yeterli düzeye ulaşmamış bulunan Cumhuriyet Savcısı, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verecektir (CMK m.172). Bu durumda, soruşturma evresinin gizliliği sayesinde ailenin kamuoyunda zor duruma düşmesi de, yine söz konusu olmayacaktır.

Uygulamada soruşturmanın gizliliği prensibi ile lekelenmeme hakkının sağlanması bakımından aksaklıklar yaşandığını kabul etmekle birlikte, bu hak ve ilkenin yerine getirilmesini, fücür kapsamındaki eylemlerin cezalandırılmaması ile sağlamaya çalışmanın yerinde bir yaklaşım olmayacağı kanaatindeyiz.

Ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin bir “suç” olarak kabul edilerek “ceza” yaptırımına bağlanmasının ceza hukukunun son çare (ultima ratio) olması ile bağdaşmayacağı da ileri sürülen bir diğer görüştür⁵⁶¹. Ceza hukuku, bilhassa hürriyeti bağlayıcı cezaları ile en ağır yaptırımları olan hukuk dalıdır. Bu yönüyle ancak, diğer hukuk dalları kapsamında bir yaptırım uygulanmak suretiyle önlenemeyen eylemler bakımından, son çare olarak ceza hukukuna başvurulabilecektir⁵⁶².

Her ne kadar bağımsız bir rızaya dayalı fücür suçuna TCK’da yer verilmemiş ise de, TMK m. 129’da belirli derecedeki hısımlık, mutlak evlenme engeli olarak düzenlenmiştir. Buna göre, kaçınıcı derece olursa olsun altsoy ve üstsoy kan hısımları, üçüncü dereceye kadar olan yansoy hısımları (kardeşler arasında ve dayı, amca, teyze, hala ile yeğenleri arasında) ve eşlerden birinin diğerinin altsoy ve üstsoy hısımları ile aralarında kesin evlenme yasağı bulunmaktadır⁵⁶³. Aralarında söz

⁵⁶⁰ Öztürk ve diğerleri, s. 441.

⁵⁶¹ Sancar/Yaşar, s. 249 – 250.

⁵⁶² Öztürk/Erden, s. 29. Bu konuda ayrıntılı açıklama yapmak gerekiyor. Örneğin şu makaleye bakılacak.: Krizstina Karsai, “Avrupa Ceza Hukukunda Ultima Ratio ve Katmanlı Yetki”, Çev. Tuba Keleşpekmez, CHKD 2015, C.3, Sa.1, s. 314 vd.

⁵⁶³ Aydın Zevkliler, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu, Damla Gürpınar, *Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*

konusu hükümde belirtilen düzeyde bir akrabalık ilişkisi bulunan kimselerin evlenmesi mutlak surette yasaktır. Bu kimselerin bir şekilde evlenmeleri halinde ise, evlilik mutlak butlan ile geçersiz olacak, iptal davasına ilişkin hüküm kesinleştiği andan itibaren söz konusu evlilik hüküm ve sonuç doğurmayacaktır (TMK m.156)⁵⁶⁴.

Görüldüğü gibi, evlenmeleri yasak olan yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkiler, “evlenme” halinde medeni hukuk yaptırımına bağlanmıştır. Buna karşılık, bu kimselerin evlilik dışı bir birliktelik yaşamaları halinde, söz konusu eylemler herhangi bir yaptırım ile karşılaşmamaktadır.

765 Sayılı TCK m.237’de aralarında evlenme yasağı bulunan kimselerin evlenmesi halinde, bu kimseler ile onları evlenmeye yönlendiren yahut buna rıza gösteren veli veya vasileri ile evlendiren memurlar hakkında cezai takibat yapılması öngörülmüş idi. Bu düzenlemeye göre, evlenmeleri yasak olan akrabaların cinsel ilişkilerinin bir “evlilik” halini alması durumunda cezai yaptırıma bağlanmış durumda idi. Ancak bu düzenleme de, evlilik dışı ilişkiler bakımından bir yaptırım öngörmemekte idi. Ayrıca evlilik dışı ilişkiye göre “daha meşru” kabul edilen evlilik birliğinde, birbirleri ile “eş sıfatıyla” cinsel ilişkiye giren akrabaların cezalandırılmasına karşın, evlilik birliği dışında cinsel ilişkiye giren akrabalara bir yaptırım öngörülmemiş olması çelişkili bulunarak öğretilerde eleştirilmiştir⁵⁶⁵. Söz konusu düzenleme, 5237 Sayılı TCK’ya alınmamıştır. Böylelikle ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiler, hiçbir surette cezai yaptırım tehlikesi ile karşı karşıya gelmemektedir.

Yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılmasına karşı çıkan görüşlerin, bir diğer dayanağı ise bireylerin cinsel özgürlüğüdür. Bireyler cinsel yaşamlarını diledikleri gibi yönlendirme, cinselliklerini kiminle, nerede ve ne şekilde yaşayacaklarını özgürce tayin etme hürriyetine sahiptirler. Cinsel yaşam, bireyin özel ve aile hayatının gizliliğine saygı gösterilmesi hakkının kapsamına girer

(Ankara: Turhan Kitabevi, 2015) s. 227 – 228; Akıntürk/Ateş Karaman, “*Aile Hukuku*”, s. 73 – 75; 743 sayılı Türk Medeni Kanunumuzda da benzer bir düzenleme bulunmakta idi: altsoy ve üstsoy kan veya kayın hısımları ile kardeşler, üçüncü dereceye kadar kan hısımları, evlat edinen ile evlatlık ve bunlardan birinin karısı ile diğerinin kocası arasında evlenme yasağı öngörülmüş idi, bkz. Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, *Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994) s. 72 vd.; Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1986) s. 103 vd.

⁵⁶⁴ Üçüncü Bölüm, II., A., 2.

⁵⁶⁵ Elbir, s. 676.

ve hayatın sır alanına aittir. Devletin, bireylerin yatak odalarına müdahale edememesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁶⁶.

Fücurun cezalandırılması sorununun çözümü, bireylerin cinsel özgürlükleri ile ailenin korunması, gelecek nesillerin sağlığı ve onurlu yaşama hakları konusunda çatışan haklar bakımından nasıl bir neticeye varılacağına bağlıdır.

Bireyin cinsel özgürlüğünün, onun hayatının sır alanına girdiği şüphesizdir. Buna karşılık, sınırsız olmayan bu özgürlüğün kullanılması gerekçesi ile, gelecek nesillerin genetik sağlığına, onurlu yaşama ve self-determinasyon haklarına engel olunmasına müsaade etmek hukuksal yararları koruma merkezli ceza adalet sistemine uygun düşmeyecektir. Bu durumun yalnızca medeni hukuk yaptırımları ile çözümlenemeyeceğini, konuya ceza hukukunun müdahalesinin gerekli olduğunu kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, suç tipi kaleme alınırken, Medeni Kanun'da sayılan aralarında evlenme engeli bulunan hısımlık derecelerinden daha dar bir kapsam belirlemek gerekecektir. Zira fücur eylemleri neticesinde meydana gelen zararlar, bireylerin aralarındaki akrabalık derecelerinin uzaklaşması ile azalmaktadır. Bu yönüyle, belirli bir dereceden sonra gerçekten konuya ceza hukukunun müdahalesinin gerekli olmayacağı söylenebilir⁵⁶⁷.

Bugüne kadar yapılan pek çok araştırma, ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin aile üyeleri arasında kıskançlık ve rekabet ortamı yarattığını ortaya koymuştur. Aile üyeleri arasındaki bu bir rol çatışması ve karmaşası ise aile düzenini temelden sarsmaktadır⁵⁶⁸.

Ayrıca genetik biliminde yapılan pek çok bilimsel araştırmada, akrabalık derecesinin yakınlaşması ile çocuklarda doğuştan gelen genetik hastalıkların görülme oranının yükseldiği tespit edilmiştir⁵⁶⁹.

Bununla birlikte, rızaya dayalı fücur ilişkisinin cezalandırılması ile bu tür ilişkilerin ürünü olan çocukların onurlu yaşama haklarını da koruduğu kabul edilmektedir. Çocukların ileride kendileri çocuk sahibi olmak istediklerinde dahi

⁵⁶⁶ Karst s. 80.

⁵⁶⁷ Elbir, s. 678 – 680.

⁵⁶⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm, III., B., 2.

⁵⁶⁹ Bkz. Üçüncü Bölüm, III., B., 3.

endişe duyacaklarını bilerek, onları doğuştan gelen genetik hastalıklar ile yaşamaya mecbur bırakmanın yaratacağı travma kanımızca insan onurunun korunması anlayışından hareketle konuya ceza hukukunun müdahalesi için yeterlidir.

Devletin, ailenin korunması bakımından anayasal yükümlülüğünün (Anayasa m.41) bulunduğu ve insan onurunun üst düzeyde korunması gereken bir insan hakkı olduğu da dikkate alındığında, TCK'nın İkinci Kitabının Topluma Karşı Suçlar Başlıklı Üçüncü Kısımında yer alan Aile Düzenine Karşı Suçlar başlıklı Sekizinci Bölümünde ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı fücra ilişkin bağımsız bir suç tipinin düzenlenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TÜRKİYE’DEKİ FÜCUR OLGULARINA İLİŞKİN ALAN ARAŞTIRMASI VE BULGULARIN YORUMU

I. Yöntem

Bu bölümde, İstanbul’un çeşitli semtlerinde fücura ilişkin bilgi edinmek amacıyla uygulanan ankete, bu yöntem yoluyla toplanan verilere ve bu verilerin çözümlenmesine yer verilmiştir.

Anket yoluyla elde edilen verilerin çözümlenmesi ve bunların değerlendirilmesinin ardından tartışma kısmında, daha önce Türkiye’de veya diğer ülkelerde yapılmış olan benzer araştırmaların sonuçlarının birbirleri ile karşılaştırmaları yapılmaya çalışılacaktır.

II. Amaç

Çalışmamızın amacı, toplumumuzda fücür olgusunun günümüzde tabu olarak karşılanıp karşılanmadığına ilişkin tespitler yapmak, elde edilen verilere ilişkin istatistiksel sonuçların değerlendirmesini yaparak çeşitli değişkenler ile fücür arasındaki ilişkileri incelemektir.

Ayrıca mevcut düzenleme çerçevesinde hukukumuzda suç olarak düzenlenmeyen ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı ilişkilerin TCK’da bir suç olarak düzenlenmek suretiyle cezai yaptırıma bağlanmasının gerekli olup

olmadığına ilişkin katılımcıların görüşlerini almak ve böylece kısıtlı ve dolaylı bir çerçevede dahi olsa bugüne kadar tabulaştırılmış fücür konusuna ilişkin bir tartışma başlatarak, doktrine bu konuda katkı sağlamaya çalışmak amaçlanmaktadır.

III. Araştırmanın Modeli

Nicel, nitel ve karma araştırmalar olarak üç farklı araştırma yaklaşımından söz etmek mümkündür. Nitel araştırma, sosyal ya da beşeri bir probleme bireylerin veya grupların atfettiği anlamları keşfetme ve anlamaya yönelik bir yaklaşımdır.

Buna karşılık nicel araştırma, değişkenler arasındaki ilişkiyi inceleyerek nesnel kuramları test etme yaklaşımıdır.

Karma yöntem araştırması ise, felsefi varsayımları ve kuramsal çerçeveleri içeren farklı araştırma desenlerinin kullanılmasını, nitel ve nicel verilerin toplanarak bu iki veri türünün bütünleştirilmesini temel almaktadır⁵⁷⁰.

Nicel araştırmalarda araştırmacının genelleme yapmak, tahminlerde bulunmak ve nedensellik ilişkisini açıklamak gibi amaçları vardır⁵⁷¹.

Bu çalışma, İstanbul'un Bakırköy, Bahçelievler, Beşiktaş, Büyükçekmece, Çatalca, Esenler, Küçükçekmece, Fatih, Beylikdüzü, Esenyurt, Güngören, Kâğıthane, Başakşehir, Beyoğlu, Şişli, Sarıyer, Bağcılar, Bayrampaşa, Eyüp, Kadıköy, Ataşehir, Çekmeköy, Pendik, Maltepe, Üsküdar, Beykoz semtlerinde yaşayan kişilerin aile içerisinde cinsel içerikli davranış ile karşılaşma durumları ile yaş, cinsiyet, eğitim ve iş durumu gibi değişkenler arasındaki ilişkiyi incelemek amacıyla nicel araştırma deseninde gerçekleştirilmiştir.

⁵⁷⁰ John Creswell, *Araştırma Deseni*, Çev. Ed.: Selçuk Beşir Demir (Ankara: Eğiten Kitap, 2014), s. 3,4.

⁵⁷¹ Şener Büyüköztürk, Ebru Kılıç Çakmak, Özcan Erkan Akgün, Şirin Karadeniz ve Funda Demirel, *Bilimsel Araştırma Yöntemleri* (Ankara: Pegem Akademi, 2013), s.12,14.

IV. Evren ve Örneklem

Araştırmanın evrenini İstanbul’da yaşayan kişiler, örneklemini ise İstanbul’da belirlenen altı bölge olan Anadolu Kuzey, Anadolu Güney, Beyoğlu, Fatih, Bakırköy ve Büyük – Küçükçekmece Bölgeleri’nin ulaşılabilen semtlerinde yaşayan ve çalışmaya katılmaya gönüllü olan kişiler oluşturmaktadır.

Bu doğrultuda, araştırmada kullanılan anketler 2045 kişiyle yüz yüze görüşme yöntemiyle uygulanmıştır.

Çalışmanın evreni ve örneklemine ilişkin bilgiler Tablo 1’de yer almaktadır.

Tablo 1. Evren ve Örneklem

EVREN	
Bölge	Semt
Anadolu Güney	Ataşehir, Kadıköy, Kartal, Maltepe, Pendik, Sultanbeyli, Tuzla
Anadolu Kuzey	Beykoz, Çekmeköy, Sancaktepe, Şile, Ümraniye, Üsküdar
Beyoğlu	Beşiktaş, Beyoğlu, Eyüp, Kağıthane, Sarıyer, Şişli
Fatih	Fatih, Gaziosmanpaşa, Sultangazi, Arnavutköy
Bakırköy	Bağcılar, Bahçelievler, Bakırköy, Esenler, Güngören
Büyükçekmece ve Küçükçekmece	Avcılar, Başakşehir, Beylikdüzü, Büyükçekmece, Çatalca, Esenyurt, Küçükçekmece, Silivri

ÖRNEKLEM	
Bölge	Semt
Anadolu Güney	Ataşehir, Kadıköy, Maltepe, Pendik

Anadolu Kuzey	Beykoz, Çekmeköy
Beyoğlu	Beşiktaş, Beyoğlu, Eyüp, Kağıthane, Sarıyer, Şişli
Fatih	Fatih
Bakırköy	Bağcılar, Bahçelievler, Bakırköy, Esenler, Güngören
Büyükçekmece	Başakşehir, Beylikdüzü, Büyükçekmece, Çatalca, Esenyurt,
ve	Küçükçekmece
Küçükçekmece	

V. Veri Toplama Aracı

Araştırmalar, veri toplama tekniklerine göre genel olarak belgesel ve görgül (gözleme dayalı) araştırmalar olarak tanımlanabilir. Görgül araştırmalar, kendi içinde tarama ve deneysel olarak ikiye ayrılır. Tarama tipi bir araştırmada birden fazla özelliğe ilişkin veri toplanarak bunlar arasındaki ilişki sorgulanabilir⁵⁷². Tarama araştırmasının önemli bir avantajı, oldukça çok bireyden oluşan örneklemden elde edilen bilgiye ulaşma imkanının bulunmasıdır⁵⁷³.

Nicel araştırmalarda veriler genel olarak anket, gözlem ve görüşme teknikleri ile toplanmaktadır. Anket, aynı soru grubunun çok sayıdaki bireye e-posta, telefon yoluyla veya bizzat kendisine sorulmasını içerir. Cevaplar bizzat kişinin kendisinden istendiğinde bu araştırma görüşme şeklini alır⁵⁷⁴. Bu çalışmanın verileri, araştırmacı tarafından geliştirilen ve ekte sunulan anket formu (Ek.1) kullanılarak yüz yüze görüşme yoluyla toplanmıştır.

⁵⁷² Abdullah Can, *SPSS ile Bilimsel Araştırma Sürecinde Nicel Veri Analizi* (Ankara: Pegem Akademi, 2014), s. 6-9.

⁵⁷³ Büyüköztürk, Çakmak Kılıç, Akgün, Karadeniz ve Demirel, 2013, s. 14.

⁵⁷⁴ Büyüköztürk, Çakmak Kılıç, Akgün, Karadeniz ve Demirel, 2013, s. 14.

Araştırmanın veri toplama aracı olan anket formu geliştirilirken ilk olarak literatür taraması yapılarak soru havuzu oluşturulmuş, bu sorular için biri psikoloji alanından diğeri hukuk ve kriminoloji alanlarından olmak üzere iki uzmandan görüş alınmış ve sorular yeniden düzenlenmiştir. Son şeklini alan anket formu çoğaltılmıştır.

VI. Veri Toplama Süreci

Anket formlarının uygulanabilmesi için belirlenen bölgelerdeki kişiler arasından 2045 kişi çalışmaya katılmayı kabul etmiştir.

Anket formlarını uygulamak üzere, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden çalışmaya gönüllü olarak katılan 90 öğrenci seçilmiştir. Bu öğrencilere uzman psikolog ve araştırmacı tarafından anket formlarının uygulanması sırasında dikkat etmeleri gereken hususlar ile ilgili olarak iki saatlik bir süre ile eğitim verilmiştir.

Verilen eğitimin ardından öğrencilere, anketleri uyguladıkları esnada, kendileri için araştırmacı tarafından bastırılmış olan görevli kartları veya öğrenci kimliklerini kullanabilecekleri söylenmiştir. Bu kartlar, öğrencilere verilen yakalıklara konulmuş ve öğrenciler anketi uyguladıkları süre boyunca bunları boyunlarından çıkarmamaları gerektiği hususunda bilgilendirilmişlerdir.

Bunun yanı sıra öğrencilere, eğitim esnasında kendilerine yüksek sesle okunan yönerge metni çoğaltılarak teslim edilmiş olup, anket uygulamak üzere yüz yüze görüşme yaptıkları kimselere, anket formunu doldurmaya başlamadan önce mutlaka yönergeyi okumaları veya kendilerine vererek okutmaları gerektiği yönünde uyarılmışlardır.

Her öğrenciye içinde 1 adet yönerge, 1 adet yaka kartlığı ve 25 adet anket formu bulunan zarflar imza karşılığında teslim edilmiş, çalışmanın sonunda zarflar öğrencilerden yine imza karşılığında teslim alınmıştır.

Öğrencilere dağıtılan anket formları katılımcılara yüz yüze görüşme yoluyla uygulanmışlardır. Zarflarını teslim etmeye geldiklerinde, her biri ile en az bir kaç dakikalık görüşmeler yapılmak suretiyle deneyimlerini aktarmaları istenmiştir.

VII. Veri Çözümleme Teknikleri

Araştırmada toplanan verilerin çözümlenmesi için SPSS programı kullanılarak yüzde frekans hesaplamaları yapılmış ve ki kare testi uygulanmıştır.

VIII. Tanımlar

Anket sorularında yer alan “*cinsel içerikli davranış*” ifadesi, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlıklı bölümünde yer alan cinsel saldırı (TCK m. 102), çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m.104) ve cinsel taciz (TCK m. 105) suçlarının maddi unsurlarını da kapsamına alacak şekilde, karşılıklı rızaya dayalı olsun veya olmasın, her türlü cinsel davranışı ifade etmek üzere kullanılmıştır.

“*Yakın bir akraba tarafından cinsel içerikli bir davranış ile karşılaşma*” ifadesi ise, aralarında belirli bir yakınlık bulunan akrabaların arasında karşılıklı rızalarının olup olmadığına bakılmaksızın her hangi bir cinsel davranışın gerçekleşmiş olmasını belirtmektedir.

Yakın akraba kavramı ise, altsoy ve üstsoy, kardeşler ile dördüncü derece dahil (örn. kuzenler) kan veya kayın hısımlarını belirtmek üzere kullanılmıştır.

Yaş skalası ile ikamete ilişkin tanımlar, konu bütünlüğü sağlanması amacıyla ilgili tabloların devamında verilmiştir.

IX. Bulgular

Tablo 1’de araştırmaya katılanların cinsiyetlerine göre dağılımları verilmiştir.

Tablo 1. Katılımcıların Cinsiyetlerine Göre Dağılımları Tablosu

Cinsiyet	N	%
Kadın	1259	61.6
Erkek	769	37.6
Boş bırakılmış	17	0.8
Toplam	2045	100

Tablo 1’de grldği gibi çalışmaya katılan 2045 kişiden 1259’u kadın (%61.6), 769’u erkek (%37.6) iken, çalışmaya katılan 17 kişi (%0.8) cinsiyetlerine ilişkin soruyu boş bırakmışlardır.

Tablo 2’de katılımcıların yaşlarına göre dağılımları yer almaktadır.

Tablo 2. Katılımcıların Yaşlarına Göre Dağılımları Tablosu

Yaş	N	%
0-14	13	0.6
15-17	171	8.4
18 ve zeri	1845	90.2
Belirtilmemiş	16	0.8
Toplam	2045	100

Tablo 2’de görüldüğü gibi çalışmaya katılan 2045 kişiden 13’ü 0-14 yaş aralığında (%0.6), 171’i 15-17 yaş aralığında (%8.4), 1845’i ise 18 ve üzeri yaş grubunda (90.2) yer alır iken, çalışmaya katılan 16 kişi (%0.8) yaşlarını belirtmemişlerdir.

Anket formunun hazırlanması aşamasında yaş aralıkları belirlenirken, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Özel Hükümlere ilişkin ikinci kitabının Kişilere Karşı Suçlar başlıklı ikinci kısmındaki Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlıklı altıncı bölümünde yer alan suçlar bakımından ayırıcı nitelik taşıyan yaş aralıkları esas alınmıştır.

Bu doğrultuda, 0-14 yaş aralığındaki çocukların cinsel davranışlara rıza gösterme ehliyetleri bulunmamaktadır⁵⁷⁵.

15-17 yaş grubunda bulunan küçüklerin ise, cinsel davranışlara göstermiş oldukları rızanın hukuken geçerli bir rıza olarak kabul edilebilmesi için, bu çocuklarda, cinsel içerikli davranışların hukuki anlam ve sonuçlarını kavrama yeteneğinin bulunması gerekmektedir. Aksi takdirde, bu yaş grubuna giren çocuklar da 0-14 yaş grubundaki çocuklar gibi değerlendirilecektir⁵⁷⁶.

15-17 yaş grubunda bulunup da fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilen küçüklerin, kural olarak her türlü cinsel davranışa gösterdikleri rıza hukuken geçerli olmakla birlikte, cinsel davranışın cinsel ilişki boyutuna ulaşması halinde bu davranış, TCK m. 104’te düzenlenen Reşit Olmayanla Cinsel İlişki suçu gereğince, küçüğün veya yasal temsilcisinin şikâyetçi olması halinde cezalandırılabilir bir davranış niteliği taşımaktadır⁵⁷⁷.

18 ve üzeri yaş grubundaki bireylerin ise, cinsel ilişki boyutuna varsın veya varmasın, her türlü cinsel davranışa gösterdikleri rıza hukuken geçerlidir.

⁵⁷⁵ Taner, “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, s. 312.

⁵⁷⁶ Taner, “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, s. 312 – 313.

⁵⁷⁷ Taner, “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar”, s. 326 vd.

Tablo 3’de katılımcıların mesleklerine göre dağılımları yer almaktadır.

Tablo 3. Katılımcıların Mesleklerine Göre Dağılımları Tablosu

Meslek	N	%
Öğrenci	1028	50.3
Memur veya Memur Emeklisi	247	12.1
İşçi veya İşçi Emeklisi	214	10.5
Serbest Meslek	336	16.4
İşsiz	215	10.5
Belirtilmemiş	5	0.2
Toplam	2045	100

Tablo 3’de görüldüğü gibi çalışmaya katılan 2045 kişiden 1028’i öğrenci (%50.3), 247’si memur ya da memur emeklisi (%12.1), 214’ü işçi ya da işçi emeklisi (%10.5), 336’sı serbest meslek erbabı (%16.4), 215’i işsiz (%10.5) iken, çalışmaya katılan 5 kişi (%0.2) mesleklerini belirtmemişlerdir.

Tablo 4’de katılımcıların ikametlerine göre dağılımları yer almaktadır.

Tablo 4. Katılımcıların İkametlerine Göre Dağılımları Tablosu

İkamet	N	%
Şehir Merkezi	1918	93.8
Gecekondu	36	1.8
Kırsal	77	3.8
Belirtilmemiş	14	0.7
Toplam	2045	100

Tablo 4’de görüldüğü gibi çalışmaya katılan 2045 kişiden 1918’i şehir merkezinde (%93.8), 36’sı gecekondu (%1.8), 77’si kırsal kesimde (%3.8) ikamet ederken, çalışmaya katılan 14 kişi (%0.7) nerede ikamet ettiklerini belirtmemişlerdir.

Gecekondu, bayındırlık ve yapı kurallarına aykırı olarak, gerçek ya da tüzel, kamusal ve özel kişilerin toprakları üzerine, toprak sahibinin istemi ve bilgisi dışında yapılan, barınma gereksinimleri devletçe ve kent yönetimlerince karşılanamayan yoksul ya da dar gelirli ailelerin yaşadığı bölgeleri ifade etmektedir.

Kırsal ise, demografik olarak nüfus yoğunluğunun düşük olduğu yerleşim birimlerinin görüldüğü, üretimin endüstriyel nitelikten daha çok tarım ve hayvancılığa dayandığı coğrafi ve beşeri açıdan sınıflandırılmış yer ya da bölgeleri ifade etmek üzere kullanılmıştır.

Tablo 5’de katılımcıların öğrenim durumlarına göre dağılımları yer almaktadır.

Tablo 5. Katılımcıların Öğrenim Durumlarına Göre Dağılımları Tablosu

Öğrenim Durumu	N	%
İlköğretim	217	10.6
Lise	537	26.3
Yükseköğretim	1115	54.5
Lisansüstü	145	7.1
Yok	23	1.1
Belirtilmemiş	8	0.4
Toplam	2045	100

Tablo 5’de görüldüğü gibi çalışmaya katılan 2045 kişiden 217’si ilköğretim mezunu (%10.6), 537’si lise mezunu (%26.3), 1115’i yükseköğretim mezunu (%54.5), 146’sı lisansüstü mezunu (%7.1), 23’ü eğitim almamış (%1.1) iken, çalışmaya katılan 8 kişi (%0.4) öğrenim durumlarını belirtmemişlerdir.

Tablo 6’da katılımcıların medeni hallerine göre dağılımları yer almaktadır.

Tablo 6. Katılımcıların Medeni Hallerine Göre Dağılımları Tablosu

Medeni Hal	N	%
Bekar	1364	66.7
Evli	600	29.3
Belirtilmemiş	81	4.0
Toplam	2045	100

Tablo 6’da görüldüğü gibi, çalışmaya katılan 2045 kişiden 1364’ü bekar (%66.7), 600’ü evli (%29.3) iken, çalışmaya katılan 81 kişi (%4.0) medeni hallerini belirtmemişlerdir.

Tablo 7’de katılımcıların yakın akrabaları tarafından cinsel içerikli bir davranış ile karşılaşmış karşılaşmama durumlarına göre dağılımları yer almaktadır.

Tablo 7. Katılımcıların Yakın Akrabaları Tarafından Cinsel İçerikli Bir Davranış ile Karşılaşmış Karşılaşmama Durumlarına Göre Dağılımları Tablosu

Cinsel İçerikli Davranışla Karşılaşma Durumu	N	%
Evet	171	8.4
Hayır	1873	91.6
Belirtilmemiş	1	0.04
Toplam	2045	100

Tablo 7’de görüldüğü gibi çalışmaya katılan 2045 kişiden 171’i akrabaları tarafından cinsel içerikli bir davranış ile karşılaşmış (%8.4), 1873’u ise akrabaları tarafından cinsel içerikli bir davranış ile karşılaşmamış (%91.6) iken, 1 kişi (%0.04) bu durumla ilgili fikir beyan etmemiştir.

Tablo 8’de yakın akrabaları tarafından cinsel içerikli bir davranış ile karşılaşan katılımcıların, cinsel içerikli davranışı gerçekleştiren kimse ile aralarındaki akrabalık derecelerine göre dağılımları yer almaktadır.

Tablo 8. Yakın Akrabaları Tarafından Cinsel İçerikli Bir Davranış ile Karşılaşan Katılımcıların Cinsel İçerikli Davranışı Gerçekleştiren Kişi ile Aralarındaki Akrabalık Derecelerine Göre Dağılımları Tablosu

Akrabalık Derecesi	N	%
Baba	11	6.4
Üvey Baba	22	12.9
Erkek Kardeş	9	5.3
Amca/Dayı	17	9.9
Kayınpeder	2	1.2
Kayınbirader	7	4.1
Diğer	103	60.2
Toplam	171	100

Tablo 8’de görüldüğü gibi yakın akrabaları tarafından cinsel içerikli davranış ile karşılaşmış bulunan 171 katılımcının 11’i babası tarafından (%6.4), 22’si üvey babası tarafından (12.9), 9’u erkek kardeşi tarafından (%5.3), 17’si amcası ya da dayısı tarafından (%9.9), 2’si kayınpederi tarafından (%1.2), 7’si kayınbiraderi tarafından (%4.1), 103’ü ise diğer yakın akrabaları tarafından (%60.2) cinsel içerikli bir davranış ile karşılaşmıştır.

Tablo 9’da katılımcıların yakın akrabaları tarafından cinsel içerikli bir davranış ile karşılaşma sıklıklarına göre dağılımları yer almaktadır.

Tablo 9. Katılımcıların Yakın Akrabaları Tarafından Cinsel İçerikli Bir Davranış ile Karşılaşma Sıklıklarına Göre Dağılımları Tablosu

Cinsel İçerikli Davranışla Karşılaşma Sıklığı	N	%
Yalnızca 1 Kez	48	28.2
Birkaç Defa	69	40.4
Sık Sık	17	9.9
Sürekli	12	7.0
Çekimser	25	14.4
Toplam	171	100

Tablo 9’da görüldüğü gibi katılımcıların 48’i yalnızca 1 kez (%28.2), 69’u birkaç defa (%40.4), 17’si sık sık (%9.9), 12’si sürekli olarak (%7.0) yakın akrabaları tarafından cinsel içerikli davranışla karşılaştıklarını belirtirken 25 katılımcı ise (%14.4) bu soru için çekimser olduklarını belirtmişlerdir.

Tablo 10’da katılımcıların ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin TCK kapsamında suç olarak düzenlenmesine ilişkin görüşleri yer almaktadır.

Tablo 10. Katılımcıların Ergin Yakın Akrabalar Arasındaki Rızaya Dayalı Cinsel İlişkilerin TCK Kapsamında Suç Olarak Düzenlenmesine İlişkin Görüşleri

Suç olmalı mı?	N	%
Evet	1469	71.8
Hayır	396	19.4
Fikrim Yok	180	8.8
Toplam	2045	100

Tablo 10’da görüldüğü üzere katılımcıların 1469’u (%71.8) ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin TCK kapsamında suç olarak düzenlenmesi gerektiğini, 396’sı (%19.4) ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin TCK kapsamında suç olarak düzenlenmemesi gerektiğini belirtirken, 180 katılımcı (%8.8) bu konuda fikri olmadığını belirtmiştir.

Araştırmanın amaçları doğrultusunda cinsel içerikli davranışları gerçekleştiren kimsenin kim olduğu sorusuna “diğer” cevabı verenlerin, erginler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılmasının gerekip gerekmediğine ilişkin görüşleri incelenmiş ve elde edilen bulgular Tablo 11’de sunulmuştur.

Tablo 11. Cinsel İçerikli Davranışları Gerçekleştiren Kimsenin Kim Olduğu Sorusuna “Diğer” Cevabı Verenlerin, Erginler Arasındaki Rızaya Dayalı Cinsel İlişkilerin Cezalandırılmasının Gerekip Gerekmediğine İlişkin Görüşleri

Cinsel İçerikli Davranışla Karşılaşma Durumu	N	%
Evet	74	72.1
Hayır	23	22.1
Fikrim Yok	6	5.8
Toplam	103	100

Tablo 11’de görüldüğü üzere, cinsel içerikli davranışları gerçekleştiren kimsenin kim olduğu sorusuna “diğer” cevabı veren 103 katılımcıdan, 74 (%72.1) katılımcı ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılması gerektiğini, 23 (%22.1) katılımcı ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılmaması gerektiğini düşünmektedir ve 6 (%5.8) katılımcı bu konuda fikir beyan etmemiştir.

Araştırmanın amaçları doğrultusunda katılımcıların cinsiyetleri ile akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli bir davranış ile karşılaşmaları arasındaki ilişki incelenmiş ve elde edilen bulgular Tablo 12’de sunulmuştur.

Tablo 12. Katılımcıların Cinsiyetleri ile Akrabaları Tarafından Gerçekleştirilen Cinsel İçerikli Bir Davranış ile Karşılaşmaları Arasındaki İlişki Tablosu

Gruplar	<u>Cinsiyet</u>		Toplam	X ²	sd	p
	Kadın	Erkek				
Cinsel İçerikli Davranış ile Karşılaşma	Evet	123	47	170		
	Hayır	1135	722	1857	8.503	2
Toplam		1258	769	2027		

Tablo 12’de görüldüğü üzere çalışmaya katılan 1258 kadından 123’ü (%9.8) yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli bir davranış veya davranışlar ile karşılaştığını, çalışmaya katılan 722 erkekten 47’si (%6.1) yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli bir davranış veya davranışlar ile karşılaştığını belirtmiştir.

Bu bulgular doğrultusunda kadınların erkeklere göre yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlarla karşılaşmalarına ilişkin farkın anlamlı olduğu ortaya konulmuştur, X²(sd=2, n=2027)=8.503, p<.05.

Araştırmanın amaçları doğrultusunda katılımcıların meslekleri ile yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli bir davranış ile karşılaşmaları arasındaki ilişki incelenmiş ve elde edilen bulgular Tablo 13’de sunulmuştur.

Tablo 13. Katılımcıların Meslekleri ile Yakın Akrabaları Tarafından Gerçekleştirilen Cinsel İçerikli bir Davranış ile Karşılaşmaları Arasındaki İlişki Tablosu

Gruplar		<u>Meslek</u>					Toplam	X ²	sd	p
		Öğrenci	Memur/E.	İşçi/E.	S. Meslek	İşsiz				
Cinsel İçerikli Davranış ile Karşılaşma	Evet	79	16	11	27	37	170			
	Hayır	948	231	203	309	178	1869	27.525	5	0.001
Toplam		1027	247	214	336	215	2039			

Tablo 13’de görüldüğü üzere çalışmaya katılan 1027 öğrenciden 769’u (%7.7) yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaştıklarını, çalışmaya katılan 247 memur veya memur emeklisinden 16’sı (%6.5) yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaştıklarını, çalışmaya katılan 214 işçi veya işçi emeklisinden 11’i (%5.1) yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaştıklarını, çalışmaya katılan 336 serbest meslek çalışanının 27’si (%8.0) yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaştıklarını, çalışmaya katılan 215 işsiz katılımcının 37’si (%17.2) yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaştıklarını belirtmişlerdir.

Bu bulgular doğrultusunda, işsiz katılımcıların diğer meslek gruplarında çalışan katılımcılara göre yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaşma durumlarına ilişkin farkın, anlamlı olduğu ortaya konulmuştur, X²(sd=5, n=2039)=27.525, p<.05.

Araştırmanın amaçları doğrultusunda katılımcıların öğrenim durumları ile yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli bir davranış ile karşılaşmaları arasındaki ilişki incelenmiş ve elde edilen bulgular Tablo 14’de sunulmuştur.

Tablo 14. Katılımcıların Öğrenim Durumları ile Yakın Akrabaları Tarafından Gerçekleştirilen Cinsel İçerikli bir Davranış ile Karşılaşmaları Arasındaki İlişki Tablosu

Gruplar		<u>Öğrenim Durumu</u>					Toplam
		İlköğretim	Lise	Yüksek Ö.	L. üstü	Yok	
Cinsel İçerikli Davranış ile Karşılaşma	Evet	27	45	80	11	7	170
	Hayır	190	491	1035	134	16	1866
Toplam		217	536	1115	145	23	2036

Tablo 14’de görüldüğü üzere çalışmaya katılan 217 ilköğretim mezununun 27’si (%12.5) yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaşmış, çalışmaya katılan 536 lise mezununun 45’i (%8.4) yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaşmış, çalışmaya katılan 1115 yükseköğretim mezununun 80’i (%7.2) yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaşmış, çalışmaya katılan 145 lisansüstü eğitim mezununun 11’i (%7.6) yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaşmış, çalışmaya katılan hiç eğitim almamış 23 katılımcının 7’si (%30.4) yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaşmıştır. Bu bulgular doğrultusunda hiç eğitim almamış katılımcıların eğitim almış diğer katılımcılara göre, yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaşma durumuna ilişkin farkın anlamlı olduğu ortaya konulmuştur, $X^2(sd=5, n=2036)=21.673, p<.05$.

Araştırmanın amaçları doğrultusunda katılımcıların medeni halleri ile yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli bir davranış ile karşılaşmaları arasındaki ilişki incelenmiş ve elde edilen bulgular Tablo 15’de sunulmuştur.

Tablo 15. Katılımcıların Medeni Halleri ile Yakın Akrabaları Tarafından Gerçekleştirilen Cinsel İçerikli Bir Davranış ile Karşılaşmaları Arasındaki İlişki Tablosu

Gruplar	<u>Medeni Hal</u>		Toplam	X ²	sd	p
	Bekar	Evli				
Cinsel İçerikli Davranış ile Karşılaşma	Evet	112	47	159		
	Hayır	1251	553	1804	4.656	2 0.098
Toplam		1363	600	1963		

Tablo 15’de görüldüğü üzere çalışmaya katılan 1363 bekar katılımcının 112’si (%8.2) yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaşmış, 600 evli katılımcının 47’si (%7.8) yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaşmıştır.

Bu bulgular doğrultusunda katılımcıların medeni hallerinin yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaşmaları bakımından anlamlı farklılık göstermediği ortaya konulmuştur, X²(sd=2, n=1963)=4.656, p>.05.

Araştırmanın amaçları doğrultusunda, katılımcıların akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli bir davranışla karşılaşmaları ile ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin TCK'da suç olarak düzenlenmesi gerekip gerekmediğine ilişkin görüşleri arasındaki ilişki incelenmiş ve elde edilen bulgular Tablo 16'da sunulmuştur.

Tablo 16. Katılımcıların Akrabaları Tarafından Gerçekleştirilen Cinsel İçerikli Bir Davranış ile Karşılaşmaları ile Onların Rızaya Dayalı Cinsel İlişkilerin Cezalandırılması Gerekip Gerekmediğine İlişkin Görüşleri

Gruplar	<u>Suç olmalı mı?</u>			Toplam	X ²	sd	p
	Evet	Hayır	F. yok				
Cinsel İçerikli Davranış ile Karşılaşma	Evet	127	29	11	167		
	Hayır	1343	367	169	1879	1.829	2 0.401
Toplam		1470	396	180	2046		

Tablo 16'da görüldüğü üzere, akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli bir davranışla karşılaşan 167 katılımcının 127'si (%76) rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılması gerektiğini, 29'u (17,4) rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılmaması gerektiğini, 11'i (%6.6) bu konuda fikir sahibi olmadıklarını belirtirken, akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli bir davranışla karşılaşmamış 1879 katılımcının 1343'ü (%71.5) rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılması gerektiğini, 367'si (19.5) rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılmaması gerektiğini, 169'u (%9.0) bu konuda fikir sahibi olmadıklarını belirtmişlerdir.

Bu bulgular doğrultusunda katılımcıların akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli bir davranış ile karşılaşmaları ile ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin TCK'da suç olarak düzenlenmesi gerekip

gerekmediğine ilişkin görüşleri arasında anlamlı bir ilişki olmadığı ortaya konulmuştur, $X^2(sd=2, n=2046)=1.829, p<.05$.

Araştırmanın değişkenlerinden olan yaş ve ikamet değişkenleri ile katılımcıların yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar karşılaşmaları arasındaki ilişki incelenmiş fakat yapılan ki kare analizinde beklenen değeri 5'ten küçük olan gözenek sayısının %20'sini aştığı görülmüş (ikamet=%25, yaş=%25) ve anlamlılık testine ilişkin sonuçların yorumlanması doğru olmayacağından bu analizler çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

X. Tartışma

Çalışmamızın kriminolojik boyutunu desteklemek amacıyla, araştırma yöntemlerinden anket yöntemi kullanılmıştır. Anket, kriminolojide sık kullanılan bir araştırma yöntemi olup, temsil kuvveti bulunan az sayıda katılımcıdan elde edilen bilgilerden hareketle bazı genellemeler yapabilmeye imkanı veren bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁷⁸.

Bu bölümde bulgularına yer verdiğimiz anket çalışması, Türkiye genelinde bir neticeye varmak için tek başına yeterli olabilecek ölçüde kapsamlı bir çalışma değilse de, elde edilen bulgular ile daha önce yapılmış benzer çalışmalar arasında karşılaştırmalarda bulunularak bir takım sonuçlara varmak mümkündür.

Bu bağlamda, 1997 yılında Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Adalet Meslek Yüksek Okulu bünyesinde Prof. Dr. Dr. hc. Bahri ÖZTÜRK'ün yönetiminde, anket yönteminden faydalanılarak yüz yüze görüşmek suretiyle Türkiye genelinde gerçekleştirilen çok sayıda kapsamlı kamuoyu araştırmasından, fücra ilişkin araştırmaya yer veren Yedi No'lu Kamuoyu Araştırmasının sonuçlarından da bahsetmek gerekecektir.

⁵⁷⁸ Timur Demirbaş, *Kriminoloji* (Seçkin: Ankara, 2010) s. 68.

Ayrıca 2009 yılının Haziran ayında yayımlanan, Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu ve Nüfusbilim Derneği'nin ortak çalışması olan ve çeşitli alanlardaki uzmanlarla yüz yüze görüşmek suretiyle gerçekleştirilen Türkiye'de Ensest Sorununu Anlamak adlı kapsamlı alan taraması çalışması da çarpıcı sonuçlar ortaya koymuştur.

Bulgular başlığı altında yer verdiğimiz ilk altı tablo, sırasıyla katılımcıların cinsiyetlerine, yaşlarına, mesleklerine, oturdukları yere, öğrenim durumlarına medeni hallerine göre dağılımlarını göstermektedir. Buna göre, çalışmaya katılanların çoğunluğu kadınlardan (%61.6), on sekiz yaş üzerindekiilerden (%90.2), öğrencilerden (%50.3), şehir merkezinde oturanlardan (%93.8), yükseköğretim mezunlarından (%54.5) ve bekarlardan (% 66.7) oluşmaktadır. Sayılan demografik özelliklerden yaş ve ikamet ile ilgili katılımcı oranları arasında dengeli bir dağılım bulunmadığından, bu değişkenlere ilişkin anlamlılık analizi yapılamamıştır.

Tablo 7'de katılımcıların yakın akrabaları tarafından cinsel içerikli davranışlarla karşılaşma durumlarına ilişkin dağılımlarına yer verilmiştir. Buna göre, çalışmaya katılanlardan %8.4'ü yakın bir akrabası tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli bir davranış ile karşılaştığını, %91.6'sı ise karşılaşmadığını belirtmişlerdir. Çalışmada 1 katılımcının sorulan soruların yarısından fazlasına cevap vermediği görülmüş ve ilgili anket, çalışmanın kapsamı dışında tutulmuştur.

Öte yandan, katılımcıların %8.4'ünün yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel bir davranış ile karşılaşmış olması, bu konunun ne denli sık rastlanan bir durum olduğunu ve bu konular ile ilgili çalışmaların ne kadar gerekli olduğunu ortaya koymaktadır.

Tablo 8'de ortaya konulmuş olan bulgulara göre, yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaşan kimselerin, bu davranışları gerçekleştiren kimsenin kim olduğuna ilişkin soruya verdikleri cevapların oranına bakıldığında, "diğer" cevabı verenlerin oranının diğer cevaplardan daha fazla olduğu tespit edilmiştir. Anketi uygulayan öğrenciler ile yapılan özel görüşmelerde, bu seçeneği tercih eden kimselerin büyük çoğunluğunun kuzenleri (dördüncü dereceden kan hısımları) tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlarla karşılaştıklarını belirttikleri gözlemlenmiştir.

Tablo 9’da ortaya konulan bulgular dikkate alındığında, katılımcıların yakın akrabaları tarafından kendilerine yöneltilmiş cinsel içerikli davranışlar ile karşılaşmaları bakımından, söz konusu davranışların gerçekleştirilme sıklığına ilişkin olarak “birkaç defa” seçeneğinin, diğer seçeneklerden daha fazla olduğu tespit edilmiştir. Bu seçeneği, %28.2 oranla “yalnızca bir defa” şıkkı takip etmekle birlikte, cinsel içerikli davranışların çeşitli sıklıklarda olmakla birlikte, bir defadan fazla gerçekleşme oranının *toplamda* %57.3 olduğu görülmektedir. Bu sonuçlar doğrultusunda, yakın akrabalar arasında gerçekleşen cinsel içerikli davranışların bir seferlik denemek için yapılmadığı söylenebilir.

Anketi uygulayan öğrenciler ile yapılan özel görüşmelerde öğrenciler, pek çok katılımcının, ergin yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkilerin TCK kapsamında halihazırda bir suç olarak düzenlendiğini sanıyor olduğunu belirtmişlerdir. Bilhassa örnekte verilen ergin kardeşler arasındaki rızaya dayalı ilişkilerin, TCK’da bir suç olarak düzenlenmesi ve bu tür eylemlerin cezalandırılması gerektiği yönünde katılımcılar arasında büyük bir görüş birliği bulunmaktadır. Tablo 10’da yer alan bulgulardan hareketle de, rızaya dayalı fücürün cezai yaptırıma bağlanması gerektiği yönündeki %71.8’lik oran, göz ardı edilemeyecek derecede anlamlı bir farklılık ortaya koymaktadır.

Tablo 11’deki bulgular neticesinde, cinsel içerikli davranışı gerçekleştiren kimselerin kim olduğuna ilişkin olarak yöneltilen soruya “diğer” cevabı verenlerden, ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılması gerektiğine ilişkin görüş beyan edenlerin oranının anlamlı bir farklılık gösterdiği görülmektedir.

Tablo 12’deki sonuçlardan hareketle, yakın akrabalar tarafından cinsel içerikli eylemlerin gerçekleştirilmesi bakımından, cinsiyetin bir rolü olduğu söylenebilecektir. Zira, kadın katılımcıların bu tür eylemler ile karşılaşmalarına ilişkin oran, erkelere nazaran anlamlı bir farklılık arz etmektedir.

Tablo 13’deki bulgular ile, yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaşma durumunun işsiz katılımcılar ile, diğer meslek gruplarında çalışan katılımcılar arasındaki farkın anlamlı olduğunun ortaya konulması karşısında, yakın akrabalar tarafından cinsel içerikli eylemlerin gerçekleştirilmesi bakımından, işsizliğin bir rolü olduğu söylenebilecektir.

Tablo 14'deki bulgular ile, yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaşma durumunun, hiç eğitim almamış katılımcılar ile eğitim almış diğer katılımcılar arasındaki farkın anlamlı olduğunun ortaya konulması karşısında, yakın akrabalar tarafından cinsel içerikli eylemlerin gerçekleştirilmesi bakımından, eğitim durumunun bir rolü olduğu söylenebilecektir.

Tablo 15'deki bulgular doğrultusunda, katılımcıların medeni hallerinin yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli davranışlar ile karşılaşmaları bakımından anlamlı farklılık göstermediği ortaya konulmuştur. Bu sonuçtan hareketle, yakın akrabalar tarafından cinsel içerikli eylemlerin gerçekleştirilmesi bakımından, medeni durumun bir rolü olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.

Tablo 16'dan hareketle, katılımcıların akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli bir davranış ile karşılaşmaları ile ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin TCK'da suç olarak düzenlenmesi gerekip gerekmediğine ilişkin görüşleri arasında anlamlı bir ilişki olmadığı anlaşılmaktadır.

Benzer bir çalışma olan Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Adalet Yüksekokulu Yedi No.lu Kamuoyu Araştırması, hukuk fakültesinin kız öğrencilerinden oluşan 100 kişilik bir ekip tarafından, Türkiye genelini temsil gücü bulunan 8619 evli kadın ile yüz yüze görüşme yöntemiyle gerçekleştirilmiştir.

Söz konusu çalışmada, katılımcıların %96.44'ü aile içinde cinsel tacize uğramadıklarını, %0.82'si babaları tarafından cinsel tacize uğradıklarını, %0.77'si erkek kardeşleri tarafından cinsel tacize uğradıklarını, %1.97'si ise diğer akrabaları tarafından cinsel tacize uğradıklarını belirtmişlerdir. Babası tarafından cinsel tacize uğrayan katılımcıların %0.52'si şehir merkezinde, %1.71'i gecekonduda, %1.18'i ise kırsalda yaşamaktadır.

Erkek kardeşi tarafından cinsel tacize uğrayan katılımcıların %0.40'ı şehir merkezinde, %1.54'ü gecekonduda, %1.30'u kırsalda yaşamaktadır. Buna karşılık, bunlar dışında kalan akrabalarından cinsel taciz gören katılımcıların %1.29'u şehir merkezinde, %3.77'si gecekonduda ve %3.01'i ise kırsalda yaşamakta olduklarını belirtmişlerdir.

Görüldüğü üzere 1997 yılında yapılan bu çalışma ile elde edilen verilere göre, akrabaları tarafından cinsel tacize uğrayan evli kadınların oranı toplamda %3 civarındadır⁵⁷⁹. İlk bakışta bu oranın düşük olduğu gibi bir algı oluşabilecekse de, genele vurulduğunda ne denli yüksek bir oranın söz konusu olduğu anlaşılabilir.

Tarafımızca gerçekleştirilen alan araştırmasında ise, rıza unsuruna bakılmaksızın bireylerin yakın akrabaları tarafından gerçekleştirilen cinsel davranışlar ile karşılaşma oranları % 8.4 olarak belirlenmiştir.

Her ne kadar bu iki çalışmada birbirinden çok farklı sınırlılıklar belirlenmiş ise de, sonuçlarının paralellik gösterdiği söylenebilecektir. Zira her iki çalışmanın da ortaya koyduğu net bir sonuç vardır; bu da karşılıklı rızaya dayalı olsun veya olmasın yakın akrabalar arasındaki cinsel davranışların Türk toplumundaki varlığıdır.

Bu gerekçelerden hareketle akrabalar arasında gerçekleşen rızaya dayalı olan veya olmayan cinsel davranışların Türk örf ve adetleri gereğince yaşanmayacağı yönündeki anlayışın bugün geçerliliğinin olmadığı söylenebilir. Elde edilen sonuçlar, aile içinde gerçekleşen cinsel davranışlar konusunun önemini de ortaya koymaktadır.

⁵⁷⁹ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (12. Baskı)* (Ankara: Seçkin, 2008) s. 1359.

SONUÇ

- Fücür, multidisipliner karakteri nedeniyle terminoloji birliği sağlanması ve tanımlanması güç bir konudur. Üzerinde çok fazla tartışma yaşanan bu konuya ilişkin kullanılan terminolojinin de, disiplinler ve hatta aynı disiplinlerdeki çeşitli yaklaşımlar arasında farklılık göstermesi, genel geçer bir tanım yapmayı daha da güçleştirmektedir.

Fücür ile ilgilenen tüm disiplinler (kriminoloji, psikoloji, sosyoloji, ceza hukuku, adli tıp vs.) bakımından ortak bir tanım yapmak mümkün değilse de, en azından ceza hukuku ve kriminoloji bakımından söz konusu olan kavram karmaşasına bir açıklık getirmekte fayda bulunmaktadır.

Fücür veya ensest terimleri çoğunlukla eşanlamlı kabul edilerek, birbirlerinin yerine kullanılmaktadır. Gerçekten de fücürün Arapça; ensestin ise Latince kökenli olması dışında, iki terim arasında anlam bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Mukayeseli hukukta sıklıkla ensest teriminin kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte, ceza hukuku ve kriminolojinin yanı sıra konuyla ilgilenen psikoloji, sosyoloji gibi diğer bilim dallarında da sıklıkla ensest teriminin tercih edildiğini ve bunun yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı olmayan cinsel davranışları ifade etmek üzere kullanıldığını dikkate alarak, bu çalışmada ceza hukuku anlamında daha teknik bir ifade olarak kabul edilebilecek olan fücür terimini kullanmayı tercih etmekteyiz.

- Fücürün tanımlanmasına gelince, her disiplinin konuyu farklı yönlerden ele alması genel geçer bir tanım yapmayı imkansız hale getirmektedir. Bu bağlamda fücür kavramını, yalnızca çocukların aile içinde cinsel yönden istismar edilmeleri olarak kabul etmek veya akrabalık dereceleri nedeniyle aralarında evlenme yasağı bulunan ergin bireylerin karşılıklı rızaları çerçevesinde gerçekleştirdikleri cinsel ilişkiler ile sınırlandırmak konuyu etraflıca incelemeye engel olmakta ve kavram karmaşasına yol açmaktadır.

Bu bakımdan kavramın, aile bireyleri ve yakın akrabalar arasındaki karşılıklı rızaya dayalı olan veya olmayan cinsel davranışların tümünü kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, çocukların aile içindeki cinsel istismarından başlayarak, aralarında evlenme yasağı bulunan ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilere kadar geniş bir yelpazeyi kapsamına alan fücuru, rızaya dayalı fücür ve rızaya dayalı olmayan fücür şeklinde ayırmanın sorunu büyük ölçüde çözeceği kanaatindeyiz. Böylelikle hem fücür kavramı dar yorumlanmak suretiyle sığ bir çerçevede incelenmemiş olacak hem de birbirinden farklı hukuksal yararları korumaya yönelmiş olan iki olgu arasında bir ayrıma gidilmiş olacaktır.

- TCK'nın Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar başlığı altında rızaya dayalı olmayan fücür, bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmemiş olsa da, cinsel saldırı (TCK m.102/3,c), çocukların cinsel istismarı (TCK m.103/3,c) ve cinsel taciz (TCK m.105/2,a) suçlarında cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamdaki nitelikli haller, üçüncü dereceye kadar kan veya kayın hısımları ile evlatlık ve üveylik ilişkilerini de kapsamına alacak şekilde geniş bir çerçevede öngörülmüştür. Bu bakımdan rızaya dayalı olmayan fücür bakımından TCK'da bağımsız bir suç tipinin düzenlenmemiş olması, bu konuda büyük bir eksiklik olarak karşımıza çıkmamaktadır.

Söz konusu nitelikli hallerin somut olayda uygulanabilmesi için, yakın akrabalık, üveylik veya evlatlık ilişkisinin suçun işlendiği esnada mevcut olması ve bunun fail tarafından biliniyor olması gerekmektedir. Bu çerçevede kayın hısımlığını meydana getiren evliliğin batıl olması halinde, evliliğin iptaline ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesine kadar geçen süre içerisinde gerçekleşen eylemler bakımından nitelikli halin uygulanması gerekecektir. Buna karşılık, evliliğin iptaline ilişkin kararın kesinleşmesinden veya evliliğin başka bir surette sona ermesinden sonra gerçekleştirilen eylemler bakımından, söz konusu kimseler arasındaki evlenme yasağı devam ediyor olsa dahi, kanunilik ilkesi gereğince nitelikli hal uygulanamayacaktır. Evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da medeni hukuk bağlamında devam eden kayın hısımlığına ceza hukuku bakımından bir sonuç bağlanabilmesi için buna madde metninde açıkça yer verilmesi gerekmektedir.

- TCK m.102/3,c'de yer alan cinsel saldırının nitelikli haline ilişkin düzenlemede suçun "üvey evlat tarafından" işlenmesi ihtimaline yer verilmemiş olması karşısında, kanunilik ilkesi gereği üvey evlat tarafından gerçekleştirilen cinsel saldırılar bakımından nitelikli hal uygulanamayacaktır. Oysa cinsel saldırı suçunun ergin üvey evlat tarafından üvey anne veya babasına karşı gerçekleştirilmesi ile üvey anne veya üvey baba tarafından ergin üvey evlada karşı işlenmesi arasında haksızlık içeriği bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Söz konusu boşluğun, TCK m.103/3.c'de düzenlenen Çocukların Cinsel İstismarı suçuna ilişkin nitelikli haller belirlenirken, eşyanın tabiatına aykırı olması nedeniyle üvey evlat tarafından suçun işlenmesi ihtimalinin nitelikli haller arasında sayılmaması durumu gibi bilinçli bir boşluk olmadığı kanaatindeyiz. Söz konusu nitelikli halin kaleme alınış şeklinin "suçun mağdur ile aralarında üçüncü dereceye kadar kan veya kayın hısımlığı, üveylik veya evlatlık ilişkisi bulunan bir kimse tarafından işlenmesi" olarak değiştirilmesi halinde bu boşluk doldurulabilecektir.

- Açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer husus, TCK m. 103/3,d bendindeki "koruma, bakma ve gözetme yükümlülüğü bulunan kimse" kavramına, bir evlilik birliği söz konusu olmaksızın çocuk ile aynı evde yaşayan kimsenin dahil edilip edilemeyeceği ve bu kimseye söz konusu nitelikli halin uygulanıp uygulanamayacağı konusudur. Buna ilişkin olarak hakim, her somut olayda failin çocuk üzerinde böyle bir yükümlülüğünün olup olmadığını tespit etmesi gerekecektir. Çocukların cinsel gelişimlerinin en üst düzeyde korunması bakımından, Yargıtay'ın da benimsediği, geçici dahi olsa çocuk ile bir arada yaşama durumu söz konusu olduğunda, nitelikli halin uygulama alanı bulacağı yönündeki görüşe katılmaktayız.

- TCK m. 103/2'de yer alan vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel istismar suçunun nitelikli haline ilişkin düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nce orantılılık ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilmesi karşısında, uygulamada yargılamaların makul sürede tamamlanabilmesi için en kısa zamanda Anayasa Mahkemesi'nin kararı da dikkate alınmak suretiyle söz konusu fıkranın yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

- Rızaya dayalı fücür, hukukumuzda yalnızca 6545 Sayılı Kanun ile TCK m.104'e eklenen ikinci ve üçüncü fıkralar ile Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu

kapsamında sınırlı bir çerçevede düzenlenmektedir. Cinsel davranışlara gösterdiği rıza kural olarak geçerli kabul edilen on beş yaşını doldurmuş ve fiilin anlam ve sonuçlarını kavrayabilen küçükler bakımından söz konusu olan Reşit Olmayanla Cinsel İlişki başlıklı TCK m.104'te, cinsel davranışların cinsel ilişki boyutuna varması halinde, çocuğun veya kanuni temsilcisinin şikayetine bağlı bir suç tipi düzenlenmektedir. Ancak düzenlemeye getirilen iki yeni fıkra ile, suçun çocuk ile aralarında evlenme yasağı veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakma ve gözetme yükümlülüğü bulunan bir kimse tarafından işlenmesi halinde şikayet aranmayacaktır. Görüldüğü gibi burada rızaya dayalı fücür dar bir çerçevede dahi olsa öngörölmüş olup, söz konusu düzenleme on beş ila on sekiz yaş aralığında bulunan ve reşit olmayan çocuklar bakımından koruma sağlamaktadır.

- On sekiz yaşını doldurmuş olan ve aralarında evlenme yasağı bulunan yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiler ile ilgili olarak ise, TCK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu tür ilişkiler bakımından, mehzaz kanunlarda cezai yaptırımlar öngörölmüne karşılık, hem 765 Sayılı TCK hem de 5237 Sayılı TCK döneminde Türk kanun koyucu bu konuda hareketsiz kalmayı tercih etmiştir. Türk örf ve adetleri gereği bu tür eylemlerin Türk toplumunda gerçekleşmeyeceği, bu tür ilişkilerle ilgili olarak aileye müdahalede bulunmanın faydadan çok zarar getireceği yönündeki yaklaşımdan hareketle bu tür eylemler cezai yaptırımın dışında tutulmak istenmektedir.

Ergin bireyler arasındaki rızaya dayalı fücür ilişkisini cezalandırma yoluna giden hukuk sistemlerine bakıldığında, bu suç tipinin ceza kanunlarında düzenlenmesinin temelinde çeşitli hukuksal yararların korunması amacının bulunduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, aile üyeleri arasında rızaya dayalı fücür olgularından kaynaklanacak rol çatışmaları ve kıskançlık duygularının önlenmesidir. Bununla aile düzeninin korunması amaçlanmaktadır. Ayrıca akrabalık derecelerinin yakınlığı ile doğru orantılı olarak risk oranı artan (resesif genlerin bir araya gelmesi sonucu ortaya çıkabilecek) genetik bozuklukların önüne geçilmesi ile gelecek nesillerin genetik sağlığının ve onurlu yaşama haklarının korunmasının da amaçlandığı belirtilmektedir. Öte yandan bu suçla genel ahlakın, cinsel özgürlüğün de korunduğu ileri sürölmektedir.

- Türk Ceza Hukuku'nda 765 Sayılı TCK döneminde söz konusu olan cinsel suçlardaki genel ahlaka (veya başka bir ifadeyle cinsel ahlaka) dayalı koruma anlayışının, 5237 Sayılı TCK'da yerini cinsel özgürlük anlayışına bıraktığı görülmektedir. Böylece, cinsellik de artık bir ahlak değeri olmaktan çıkıp özgürlük değeri haline gelmiştir. Bunun bir neticesi olarak zina, suç olmaktan çıkarılmıştır. Genel ahlaka karşı suçların ise, fuhuş, müstehcenlik gibi toplumun ortak ahlaki değerlerini zedeleyen davranışlar ile sınırlı tutulduğu görülmektedir. Bu bağlamda, ortak ahlak değerlerini zedelediğinden hareketle, genel ahlakı korumak gerekçesi ile, ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılmasını savunmak mümkün ise de, ailenin korunması hukuksal yararının daha fazla önem arz ettiği görülmektedir. Bu bakımdan rızaya dayalı fücra ilişkin bağımsız bir suç tipinin düzenlenmesi halinde, kanun sistematüğinde bu suçun Genel Ahlaka Karşı Suçlar başlığı yerine, Aile Düzenine karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

- İlk bakışta cinsel özgürlüğün korunması ile ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılması anlayışının örtüşmeyeceğinin düşünülmesi mümkündür. Buna karşılık aile bireylerinden birinin diğerine aralarındaki yakınlık ilişkisini suiistimal etmek suretiyle yaklaşması ve onu cinsel ilişkiye girmeye ikna etmesi gibi durumlarda, görünüşte bir rıza mevcut olsa da aslında tamamen özgür bir iradeden söz edebilmek mümkün olmayacaktır. Bu gibi durumlarda ortada bir rıza bulunmadığı ve rıza hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışlara karşı bireyin cinsel özgürlüğünün cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda zaten korunduğu ileri sürülebilirse de, görünüşte hukuken geçerli bir rıza bulunan ancak ortada esasen "rıza" değil, bir "katlanma durumu" söz konusu olan ilişkiler bakımından ceza hukuku koruması sağlanamamış olacaktır.

Bu bakımdan, ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılmasıyla, taraflardan birinin (genellikle yaşça daha küçük olanın) söz konusu ilişkiye rıza göstermesi ile ona katlanması halleri arasındaki ayrımın kesin çizgilerle yapılamadığı durumlara ilişkin olarak da bir koruma sağlanmak amaçlanmaktadır. Böylece ilişkiye katlanan durumunda olan tarafın cinsel özgürlüğünün de korunmuş olacağı ileri sürülmektedir. Rızaya dayalı fücru cezalandıran her hukuk sisteminde bu durum, düzenleme metninde açıkça ve ayrıca belirtilmemiş olmakla birlikte, uygulama ve doktrinde genellikle kabul gören bir

yaklaşım olarak karşımıza çıkmaktadır. Avusturya'da (öStGB § 211 Abs. 2) ve İsviçre'de (sStGB § 213 Abs. 2) ise, açıkça aile bireylerinden birinin, diğerini (yaşça küçük olanı) cinsel ilişkiye girmeye ikna etmesi durumlarına ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmektedir.

TCK m. 104'e 6545 Sayılı Yasa ile getirilen ikinci ve üçüncü fıkralarda ise, bu hususun açıkça belirtilmemiş olmasına karşılık, iradesi etkilenebilecek olan küçük bakımından koruma sağlamak amaçlanmaktadır. Madde gerekçesinde, on beş yaşını tamamlamış olan çocuğun cinsel bir farkındalık dönemine girmiş olmasına karşılık cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını tam olarak kavrayabilecek durumda olmadığı belirtilerek, bu yaş grubundaki çocuğun, ergin kılınmadığı sürece, göstermiş olduğu rızanın fiili hukuka uygun hale getirmeyeceği ifade edilmiştir. Suçun temel şeklinde şikayet şartı aranmasının da yalnızca bir kovuşturma şartı olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar bu yaş grubunda bulunan çocukların cinsel davranışlara göstermiş oldukları rızaya hukuken geçerlilik tanınmışsa da, bu çocuklarda kolaylıkla tesir altında kalabilecek zayıf bir iradenin bulunduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle cinsel ilişki boyutuna varan davranışlar bakımından bu gruptaki çocukların göstermiş oldukları rızaya bir değer izafe edilmemiştir.

Öte yandan, bir kimsenin çocukluğundan itibaren cinsel istismara uğraması ve istismar mağduru olduğunun bilincinde olmaması neticesinde fücür kapsamındaki ilişkilerin bu kimse bakımından normalleşerek on sekiz yaşını doldurduktan sonra da devam etmesi örneğinde, bu kimseler bakımından koruma sağlayacak bir düzenlemenin TCK'da bulunmadığı görülmektedir.

- Ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin cezalandırılması problemi, cezai yaptırımın son çare (ultima ratio) olması noktasında düşünülmektedir. Bu bağlamda aile düzeninin, gelecek nesillerin sağlıklı ve onurlu yaşama haklarının korunması ile bireyin kiminle, ne zaman, nerede ve nasıl cinsel ilişki yaşayacağına hür iradesi ile karar verme özgürlüğü arasında bir tercih yapılması gerekmektedir.

Kriminoloji, psikoloji ve adli tıp alanlarında yapılan pek çok araştırma, ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkilerin aile üyeleri arasında

kıskançlık ve rekabet yarattığını, aile fertleri arasında bir rol çatışması ve karmaşasına yol açmak suretiyle aile düzenini temelden sarstığını ortaya koymuştur.

Ayrıca genetik bilimine ilişkin pek çok bilimsel araştırmada, akrabalar arasındaki cinsel ilişkilerin ürünü olan çocuklarda doğuştan gelen genetik hastalıkların görülme oranının yüksek olduğu ortaya konulmuştur. Resesif (çekinik) genlerin ortak olması ihtimalinin akrabalık dereceleri arttıkça yükseldiği ve çekinik gen sayısının oranı ile genetik hastalıklara yakalanma riskinin doğru orantılı olduğu belirtilmektedir.

Bahsi geçen bilimsel çalışmaların evrensel nitelikte olmadığı, dolayısıyla da evrensel bir sonuca varmanın çok da doğru olmayacağı ileri sürülmüş ise de, birbirinden farklı toplumlarda, farklı sınırlılıklar belirlenerek gerçekleştirilen araştırmaların sonuçlarının birbiri ile paralellik göstermesinin yadsınamayacağını kabul etmek gerekir. Bu doğrultuda, akrabalar arasındaki cinsel ilişkilerin genetik hastalıklar bakımından taşıdığı riskler dikkate alındığında, bu tür ilişkilerin gelecek nesillerin genetik sağlığını tehdit ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bununla birlikte, rızaya dayalı fücür ilişkisinin ürünü olan çocukların onurlu yaşama haklarının korunmasına da hizmet edildiği unutulmamalıdır. Çocukları doğuştan gelen genetik hastalıklar ile yaşamaya mecbur bırakarak, pek çok açıdan sıkıntılı bir yaşam sürmeye onları mecbur etmek ve yaşam standartlarının düşmesine sebep olmak, ileride kendileri çocuk sahibi olmak istediklerinde dahi genetik hastalıkları nedeniyle endişe duymalarına yol açmak, kanımızca insan onurunun korunmasından hareketle cezai yaptırıma başvurulması için yeterli gerekçelerdir.

Ailenin korunması bakımından Anayasa m.41 gereğince devletin anayasal yükümlülüğünün bulunduğu ve insan onurunun en üst düzeyde korunması gereken bir insan hakkı olduğu da dikkate alındığında, TCK'nın İkinci Kitabının Topluma Karşı Suçlar Başlıklı Üçüncü Kısımında yer alan Aile Düzenine Karşı Suçlar başlıklı Sekizinci Bölümünde ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı fücür ilişkine bağımsız bir suç tipinin düzenlenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

- Öte yandan, ergin yakın akrabalar arasındaki rızaya dayalı fücür suçunun TCK'da bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi halinde bunun kapsamı ve sınırlarının ne olacağının da belirlenmesi gerekecektir.

Rızaya dayalı fücra kanunlarında bağımsız bir suç tipi olarak yer veren hukuk sistemlerinin hemen hemen hepsinde maddi unsur cinsel ilişki boyutuna varan davranışlar ile sınırlı tutulmaktadır. TCK'da da bu konuda bağımsız bir suç tipinin düzenlenmesi ihtimalinde, bu suçta maddi unsurun cinsel ilişki ile sınırlandırılması yerinde olacaktır. Zira aile içerisinde sevgi ve şefkat duygularının paylaşılması çerçevesinde gerçekleştirilen davranışlar ile cinsel ilişki boyutuna varmayan diğer cinsel davranışlar arasında bir ayırım yapmanın güçlüğü karşısında düzenlemenin kapsamını cinsel ilişki boyutuna varan davranışlar ile sınırlı tutmak yerinde bir yaklaşım olacaktır. Bununla birlikte, cinsel ilişki kavramının yalnızca karşıt cinsten iki insan arasındaki vajinal veya anal ilişkiler ile sınırlı tutulmayıp, homoseksüel ilişkiler ile oral ilişkileri de kapsayacak şekilde daha geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

TCK'da rızaya dayalı fücra ilişkin bağımsız bir suç tipine yer verilmesi ihtimalinde, bu suçun doğası gereği ancak kasten işlenebilen bir suç olduğunun kabulü gerekecektir. Bununla birlikte suçun olası kast ile de işlenebileceği kanaatindeyiz. Kastın cinsel ilişkinin tarafları arasındaki yakın akrabalığı da kapsamaması gerekmektedir. Bu bağlamda, çocuk yaşlarda birbirlerinden ayrılıp yetişkin iken tanışan kardeşler bakımından, öjenik risklerin devam ediyor olması nedeniyle bir cezazırlık sebebi öngörülemez olsa da, cezanın hafifletilmesini gerektiren bir nitelikli hal düzenlemesine yer verilebilir. Böyle bir düzenlemeye yer verilmemesi halinde ise, hakimin bu durumu TCK m.61 gereğince cezayı tayin ederken dikkate alması gerekecektir.

TCK'da rızaya dayalı fücra ilişkin bağımsız bir düzenlemeye yer verilmesi ihtimalinde, eşlerden birinin akrabasının fücra kapsamına giren cinsel ilişki eylemini gerçekleştirmek üzere konuta gelmesi halinde, bu akraba hakkında gerçek içtima kuralları çerçevesinde ayrıca konut dokunulmazlığı suçundan cezaya hükmedilebilecektir. Zira söz konusu akrabanın aile konutuna girmekteki amacı meşru değildir.

TCK'da rızaya dayalı fücra ilişkin bağımsız bir suç tipine yer verilmesi ihtimalinde, bu suçun özgü bir suç niteliği taşıması nedeniyle iştirakte bağıllık kuralı gereği, söz konusu düzenlemede belirtilen akrabalar dışındaki bir kimsenin suça iştiraki ancak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla mümkün olacaktır. İştirak edenin

sorumlu tutulabilmesi için cinsel ilişkinin taraflarının düzenlemeye yer alan derecede yakın akraba olduklarını biliyor olması gerekmektedir. Öte yandan iştirak edenin de suç tipinde belirlenmiş olan derecede yakın bir akraba olması ihtimalinde, bu kimse birlikte fail olarak değerlendirilecektir. Bizzat işlenebilen bir suç olması nedeniyle de, bu suçta dolayısıyla faillik mümkün olmayacaktır.

TCK'da rızaya dayalı fücra ilişkin bağımsız bir düzenlemeye yer verilmesi ihtimalinde, bu suçun failinin aralarında akrabalık ilişkileri nedeniyle evlenme yasağı bulunan kimseler mi olacağı yoksa bunun daha dar bir kapsam ile mi sınırlandırılacağı konusu da gündeme gelecektir. Medeni kanun ile bir paralellik sağlanmak istendiği takdirde aralarında akrabalık ilişkileri nedeniyle evlenme yasağı bulunan kimselerin kriter olarak belirlenmesi düşünülebilirse de, "*alt veya üstsoy kan veya kayın hısımları, kardeşler ve aralarında evlatlık veya üveylik ilişkisi bulunan kimseler*" ile sınırlı tutulması da hedeflenen hukuksal yararların korunması bakımından yeterli olacaktır. Kaldı ki kanun koyucunun Medeni Kanundaki evlenme yasakları ile yeknesak bir düzenleme getirmek gibi bir mecburiyeti bulunmamakta, bu bakımdan sınırı nerede çizeceği hususunda takdir yetkisi mevcuttur. Mukayeseli hukuktaki durum da dikkate alındığında, yaptırımları daha ağır olan Ceza Hukuku bakımından Medeni Hukuktakine nazaran daha dar bir kapsam belirlenmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

-Son olarak, dördüncü bölümde bulgularına yer verdiğimiz alan araştırması kapsamında çalışmaya katılanların % 71.8'inin ergin yakın akrabalar (örneğin kardeşler) arasındaki cinsel ilişkilerin TCK'da suç olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde görüş bildirdikleri tespit edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut, Derya Ateş Karaman. *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*. İstanbul: Beta, 2014.
- Aksoy, Muammer. *Kötü Durumlu Evlilik Dışı Çocuklar*. Ankara: Türk Hukuk Kurumu, 1948.
- Albrecht, Hans-Jörg, Ulrich Sieber. *Stellungnahme zu dem Fragenkatalog des Bundesverfassungsgerichts in dem Verfahren 2 BvR 392/07 zu § 173 Abs. 2 S. 2 StGB – Beischlaf zwischen Geschwistern*. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg, 2007.
- Alpsoy, Arif Nihat. *Erginler Arasında Rızaya Dayalı Fücür İlişkisinin Cezalandırılma Problemi*. İstanbul, 2003 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Al-Zand, Ali, Jan Siebenhüner, § 173 StGB – Eine kritische Betrachtung des strafrechtlichen Inzestverbots, *Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2006: Band 1, Seite 68 – 80.
- Arslantürk, Mustafa. *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Artuk, Emin, Caner Yenidünya. Evlilik İçinde Irza Geçme, *Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı*, 1999: s. 57-70.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Ahmet Caner Yenidünya. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013 (4?)
- Astuti, Rita, Maurice Bloch. The Causal Cognition of Wrong Doing: Incest, Intentionality, and Morality, 2015: Vol. 6, Article 136, pp. 1-7.

- Ataç, Asiye Selcen. Ceza Hukuku ve Ensest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış, *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, s. 871 – 878.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Hukukunda Suçlar ve Cezalar*. İstanbul: Gökkuşbu, 2004.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Konya: Mimoza, 2014.
- Aydın, Öykü Didem. Cinsel Dokunulmazlığa İlişkin Suçlar, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2004: Sa. 2, s. 152-162.
- Aydın, Murat. *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit olmayanla Cinsel İlişki Suçu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Başaran, Nurettin. *Tıbbi Genetik*. Bursa: Güneş & Nobel Tıp Kitabevleri, 1999.
- Baumann, Fritz, Die Blutschande und ihre rechtlichen Folgen, *Schweizerische Juristen – Zeitung*, 1967: Zürich, Druck und Verlag Schultheß, 63. Jahrgang, Heft 21, Seite 323 – 332.
- Bdeiwi, Sami. *Beischlaf zwischen Verwandten (§ 173 StGB): Reform und Gesetzgebung seit 1870*. Berlin: De Gruyter, 2014.
- Berkowitz, Eric. *Sex ve Ceza, Arzuyu Yargılamanın Dört Bin Yıllık Tarihi*. Çev. Orhan Düz. İstanbul: Kolektif Kitap Yayınları, 2013.
- Best, Gisela. *Zur Aktualisierung des Inzestverbots*. Berlin: Lit Verlag, 2010.
- Bottke, Wilfried. Sexuality and Crime: The Victims of Sexual Offenses, *Buffalo Criminal Law Review*, 1999: Vol. 3, Iss. 1, pp. 293-315.
- Bozbeyoğlu Çavlin Alanur, , Ece Koyuncu, Filiz Kardam, Altan Sungur, “Ailenin Karanlık Yüzü: Türkiye’de Ensest”, *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, 2010: C:13, Sa:1.
- Bromiker, R., M. Glam-Baruch, R. Gofin, C. Hammern, Y. Amitai. Association of paternal consanguinity with congenital malformations among Arab newborns in Jerusalem. *Clinical Genetics* 66 (2004) s. 63 – 66.
- Bundesministerium des Innern, Polizeiliche Kriminalistik 2013.
- Büyüköztürk, Şener, Ebru Kılıç Çakmak, Özcan Erkan Akgün, Şirin Karadeniz ve Funda Demirel. *Bilimsel Araştırma Yöntemleri*. Ankara: Pegem Akademi, 2013.

- Can, Abdullah. *SPSS ile Bilimsel Araştırma Sürecinde Nicel Veri Analizi*. Ankara: Pegem Akademi, 2014.
- Can, Cahit. *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Can, Cahit. Sosyal Gerçeklik, Sosyo-Kültürel Etkenler ve Psikanaliz Bağlamında Cinsel Suçun Konumu, *Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan*, 1995: 93-106.
- Canturk, Kemal Murat, Ramazan Emre, Cemal Gurkan, İlhami Komur, Omer Muslumanoglu, Muhammed Dogan. An Incest Case With Three Biological Brothers as Alleged Fathers: Even 22 Autosomal STR Loci Analysis Would Not Suffice Without The Mother, *Medicine, Science and the Law*, 2015.
- Centel, Nur. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı’nın Değerlendirilmesi.”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012: Cilt Mart – Nisan, Sa. 99, s. 269 – 290.
- Centel, Nur. *Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Centel, Nur. Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım, *İstanbul Ticaret Üniversitesi İnsan Hakları Hukuku ve Kadın Paneli, İstanbul 2003*.
- Cinsel Suç Kavramı ve Delillendirme*. Ed. Köprülü, Ali Şefik, Ş. Şebnem Özkal. İstanbul: İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Chmurzinski, Nicole. *Inzest aus Rechtsmedizinischer Sicht*. Diss. Heinrich-Heine- Uni-Düsseldorf, 1992.
- Creswell, John. *Araştırma Deseni*. Çev. Ed.: Selçuk Beşir Demir. Ankara: Eğiten Kitap, 2014.
- Çetin, Hacer, Hicran Çavuşoğlu. Yetiştirme Yurdunda ve Aileleri ile Yaşayan Adölesanların Benlik Saygıları ve Psikolojik Belirtilerinin Karşılaştırılması, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Elektronik Dergisi*, 2009: C. 2, Sa. 4, s. 137-144.

- Çetinkaya, Ayşin. *Yargıtay Kararları Işığında Encest/Fücur Olgusunun İncelenmesi*". İstanbul: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kadın Çalışmaları Bilim Dalı,
- Darwin, Charles. *İnsanın Türeyişi*. Çev. Öner Ünalın. İstanbul: Evrensel Basım Yayın, 2013.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Demirbaş, Timur. *Kriminoloji*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.
- Demirtaş, Erdoğan. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakeme Şartı Olarak Şikâyet*. Konya, 2008 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Deutscher Ethikat, *Inzestverbot: Stellungnahme*. Berlin, 2014.
- Dogan, Muhammed, Umut Kara, Ramazan Emre, Wing Kam Fung, Kemal Murat Canturk. Two brothers' alleged paternity for a child: who is the father?, *Molecular biology reports*, 2015: Vol. 42, Iss. 6, pp. 1025-1027.
- Dolu Osman. *Suç Teorileri (Teori, Araştırma ve Uygulamada Kriminoloji)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Dönmezer, Sulhi. IX. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi ve Cinsiyet Ahlâkına Karşı Suçlar, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 30, s. 451 – 465, 1964.
- Dönmezer, Sulhi. *Ceza Hukuku Özel Kısım Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1983.
- Dönmezer, Sulhi. *Kriminoloji*. İstanbul: Beta, 1994.
- Dönmezer, Sulhi. Cinsel ve Cinselliğe İlişkin Suçlarda Yeni Trendler, *Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı*, Cilt I, 2008: s. 249-284.
- Dubber, Marcus Dirk. Policing Morality: Constitutional Law and The Criminalization of Incest. *University of Toronto Law Journal*, 2011: Vol. 61, Iss. 4, pp. 737-759.
- Dursun, Selman. Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2014: Nisan, Sa. 24
- Eber, Alfred. *Die Blutschande (Eine kriminologische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Tatsituation)*. München: 1937.

- Egger, August. *İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Aile Hukuku (Birinci Kısım: Evlenme Hukuku)*. Çev. Tahir Çağa. İstanbul: Kenan Matbaası, 1943.
- Elbir, Halid Kemal. Evlenmeleri Memnu Akrabaların Evlenmelerinin ve Cinsi Münasebetlerinin Ceza Müeyyidesi ile Tehdidi Meselesi Karşısında Türk Hukuku, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1946: C. 12, Sa. 2-3.
- Ellbogen, Klaus. Zur Strafbarkeit des Beischlafs zwischen Verwandten (Ein Relikt aus der Vergangenheit), *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2006, s. 190 – 192.
- Emre, Ramazan, Kemal Murat Canturk, İlhami Komur, Muhammed Dogan, Husrev Demirel, Bunyamin Baspinar. Evaluation of Incest Cases of Turkey in Terms of DNA Profiling difficulties. *Journal of Forensic and Legal Medicine*, 2015: Vol. 36, pp. 16-21.
- Erem, Faruk. Fucur İlişkisi, *Yargıtay Dergisi*, 1986: C. 12, Sa. 3, s. 228 – 229.
- Erem, Faruk. *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Özel Hükümler Cilt II*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1993.
- Erhat, Azra. *Mitoloji Sözlüğü*. İstanbul: Remzi Kitabevi, 2014.
- Esener, Turhan. *Hukuka Giriş*. İstanbul: Vedat Kitapçılık Yayınları, 2015.
- Eser, Albin. *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*. München: C.H. Beck, 2014, 29. neu bearbeitete Auflage, (S/S-Eser-Bearbeiter, § ... Rn. ...).
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1986.
- Feyzioğlu, Metin. Terbiye ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001: C. 50, Sa. 1, s. 41 – 54.
- Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri. İslâm – Türk Hukukunda Eksogami. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1947: Sa. 2, C. XIII, s. 684 – 696.
- Fischer, Thomas. *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*. Beck'iche Kurz Kommentare, Band 10, 61. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2014.
- Freud, Sigmund. *Cinsiyet Üzerine*. Çev. A. Avni Öneş. İstanbul: Say Yayınları, 2004.
- Freud, Sigmund. *Totem ve Tabu*. Çev. Akın Kanat. İzmir: İlya İzmir Yayınevi, 2014.

- Freud, Sigmund. *Sevgi ve Cinsellik Üzerine*. Çev. Akın Kanat. İzmir: İlya İzmir Yayınevi, 2014.
- Genç, Şura, Seçil Coşkun, “Ensest”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013: Sa. 106, s. 215 – 260.
- Gerçeker, Hasan. *Yorumlu & Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Cilt 2 (madde 82 – 148) Ankara: Seçkin, 2014.
- Greco, Luís, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutlehre übrig?, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2008: Band 5, Seite 234 – 238.
- Güngör, Devrim. *5237 ve 5271 Sayılı Kanunlar Işığında Şikâyet Kurumu*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009.
- Hafizoğulları, Zeki, Devrim Güngör. Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007: Sa. 69, s. 21-50.
- Hamamy, Hanan, Ala'din Alwan. Genetic disorders and congenital abnormalities: strategies for reducing the burden in the Region. *Eastern Mediterranean Health Journal*, Vol. 3, No. 1, 1997, s. 123 – 132.
- Hatemi, Hüseyin. *Medeni Hukuk'a Giriş*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2011.
- Hekimoğlu, Atilla. Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, *Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Sempozyumu*, Ankara: Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2008, s. 343-344.
- Hirsch, Mathias. *Realer Inzest*. Gießen: Psychosozial-Verlag, 1999.
- Hörnle, Tatjana. Consensual Adult Incest: A Sex Offense?, *New Criminal Law Review*, 2014: Vol. 17, Iss. 1, pp. 76-102.
- Ilg, Elisabeth. *Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung des Kindes*, Diss. Uni-Regensburg, 1997.
- Işıқтаç, Yasemin, “Ensest ve Hukuka Yansıması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1992: C. 66, Sa. 4-5-6, s. 1-9.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta, 2014.
- İçli, Tülin Günşen. *Kriminoloji*. İstanbul Ankara: Seçkin Yayıncılık 2013.

- İpek, Suna. *1990 – 1995 Yılları Arasında İstanbul Adliyelerine Yansıyan Enstest Olgularının Psiko-Sosyal Açından İncelenmesi*. İstanbul, 1996 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Kaptan, Saim. *Bilimsel Araştırma Yöntemi*. Ankara: Bilim Yayınevi, 2012.
- Karasar, Niyazi. *Araştırmalarda Rapor Hazırlama*. Ankara: Nobel Yayın-Dağıtım, 2011.
- Karkatsoulis, Panagiotis. *Inzest und Strafrecht: Die Bedeutung des Strafrechts am Beispiel des Inzesttatbestandes (§ 173 StGB)*. Pfaffenweiler: Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1987.
- Karsai, Krizstina. Avrupa Ceza Hukukunda Ultima Ratio ve Katmanlı Yetki. Çev. Tuba Keleşpekmez, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, C.3, Sa.1, s. 313 – 328.
- Karst, Sandra. *Die Entkriminalisierung des § 173 StGB*. Frankfurt Am Main: Peter Lang, 2009.
- Katar, Mehmet. *Tevrat'ın Lut Kıssası Üzerine Bir Araştırma*. Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2007, C. XLVIII, Sa. 1, s. 57 – 76.
- Kaya, Murat. Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Aralık 2010: Y. 5, Sa. 52, s. 103 – 111.
- Kindhäuser, Urs, Ulfrid Neumann, Hans-Ulrich Paeffgen. *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2013, 4. Auflage, 2. Band, (NK-StGB-Bearbeiter, §... Rn. ...).
- Kim, Hyun-Sil, Hun-Soon Kim. Incestuous Experience Among Korean Adolescents: Prevalence, Family Problems, Perceived Family Dynamics and Psychological Characteristics, *Public Health Nursing*, 2005: Vol. 22, pp. 472-482.
- Klein, Jörg. *Inzest: Kulturelles Verbot und natürliche Scheu*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1991.
- Klöpper, Karl. *Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG*. München: Verlag Franz Vahlen, 1995.
- Koca, Mahmut, İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

- Konan, Belkıs. Osmanlı Hukuku'nda Tecavüz Suçu, *Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi*, Sa. 29, s. 149 – 172, 2011.
- Köksal, Atacan. Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, *Pro. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan Cilt II*, 2015: S. 687-728.
- Köse Şahin, Behiye. *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Çocukların Cinsel İstismarı*. Konya, 2009 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Kubiciel, Michael, Das deutsche Inzestverbot vor den Schranken des EGMR, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2012: Band 6, Seite 282 – 289.
- Lamy, Sandrine, Héloïse Delavenne, Florance Thibaut. A case of Female Hypersexuality and Child Abuse and a review. *Archives of Women's Mental Health*, 2015.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm, Ruth Rissing-van Saan, Klaus Tiedemann. *Leipziger Kommentar, Großkommentar*. Berlin: De Gruyter Recht, 2009, 12. Auflage ,6. Band (§§ 144 bis 210) (LK-StGB-Bearbeiter, § ..., Rn. ...).
- Lévi-Strauss, Claude. *Die elementaren Strukturen der Verwandtschaft*. (Übersetzt von Eva Moldenhauer) Frankfurt am Main: Shurkamp, 1981.
- Lipińska, Monika. *Die Sexualstraftaten im polnischen Strafkodex im Vergleich zum deutschen Strafgesetzbuch*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2013.
- Malkoç, İsmail. *Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2001.
- Malkoç, İsmail. *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*. Malkoç Kitabevi Yayınları, 2009.
- Marxen, Klaus, Jann Reinhardt, Januar 2009 - Inzest Fall, *Der Fall des Monats im Strafrecht*, Humboldt – Universität zu Berlin, 2009.
- Maurer, Wolfheinrich. *Untersuchung einer klinisch auffälligen Gruppe von Inzestfamilien: Die "Triadische Inzestfamilie"*. Düsseldorf, 1994 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).

- McHugh, Sue Rayment, Ian Nisbet. Sibling Incest Offenders as a Subset of Adolescent Sexual Offenders. *Australian Institute of Criminology Child Sexual Abuse Conference*, Adelaide, May 1-2, 2003.
- Memiş Kartal, Pınar. *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların İstismarı*. İstanbul: Der Yayınları. 2014.
- Miebach, Klaus. *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. München: Verlag C.H. Beck, 2012, 3. Band (§§ 80 – 184g StGB) (MK-StGB-Bearbeiter § ... Rn. ...).
- Mumcu, Ahmet. Türk Ceza Hukukunda Ensest Sorunu Var mı?, *Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan*. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010/1, Cilt 1, s. 261 – 270.
- Noltenius, Bettina, Grenzenloser Spielraum des Gesetzgebers im Strafrecht, *Zeitschrift für das Juristische Studium*, 2009: Band 1, Seite 15 – 21.
- Nuhoğlu, Ayşe. *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, 2004: s. 609-640.
- Nuhoğlu, Ayşe, Feridun Yenisey. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Nussbaum, Robert L., Roderick R. McInnes, Huntington F. Willard. *Thompson & Thompson Tıbbi Genetik*. Çev. Komisyon. Ankara: Güneş Kitabevi, 2005.
- Nüfusbilim Derneği ve Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu, “Türkiye’de Ensest Sorununu Anlamak”, Ankara, 2009.
- Oğuzman, Kemal, Mustafa Dural. *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994.
- Oğuzman, M. Kemal, Nami Barlas. *Medenî Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar)*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Özbek, Veli Özer, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
- Öztürk, Bahri, Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku (12. Baskı)*. Ankara: Seçkin, 2008.
- Öztürk, Bahri, Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Özdem Özaydın, Esra Alan Akcan, Efser Erden. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Öztürk, Bahri. “Galatasaray Üniversitesi, İstanbul Kültür Üniversitesi ve İstanbul Barosu Tarafından Düzenlenen TCK Tasarısı Çalışma Grubu Toplantı Notları”. ed. Teoman Ergül: *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Raporlar*, s. 319 – 326.
- Palmen, Franz. *Der Inzest (Eine strafrechtlich-kriminologische Untersuchung)*. Köln, 1968 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- Passarge, Eberhard. *Renkli Genetik Atlası*. Çev. Özgül Alper, Güven Lüleci, Meral Sakızlı. Ankara: Palme Yayıncılık, 2015.
- Philipp, Thomas, herausgegeben von Frank Höpfel, Eckart Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (2. Auflage), 2012: Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, §§ 201 – 212.
- Polat, Oğuz. *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı-1 (Tanımlar)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007.
- Polat, Oğuz, Aile İçi Cinsel İstismar: Ensest (<http://www.kriminoloji.com/ensest.htm>, Erişim Tarihi: 04.12.2015)
- Rawat, Ramu, Tadapatri Masthanaiah. Explosion of Rape Cases in India: A Study of Last One Decade, *International Journal of Current Research*, 2015: Vol. 7, Iss. 7, pp. 17976-17984.

- Rennert, Helmut, Zur Problematik des Inzest, *Deutsche Zeitschrift für gerichtliche Medizin*, 1958: Band 48, Seite 50 – 57.
- Ruch, Willibald, Peter Busse, Franz-Josef Hehl, Relationship Between Humor and Proposed Punishment for Crimes: Beware of Humorous People, Personality and Individual Differences, 1996: Vol. 20 No. 1 pp. 1 – 11.
- Salman, Eda. *Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu*. İstanbul, 2009 (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Sancar, Türkân Yalçın, Tuğçe Nimet Yaşar. “Ensest, ‘Genel Ahlak’ ve Alman Anayasa Mahkemesinin Kararı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009: Sa. 80, s. 245 – 298.
- Sancar, Türkân Yalçın. *Türk Ceza Hukukunda Kadın*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Savaşçı, Bilgehan. *Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.
- Saygılar, Yasemin Filiz. *Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Taksir*. İstanbul, 2011 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- Schockenhoff, Eberhard. Pro: Zur Funktion des Inzesttabus als Schutz vor innerfamiliären Rollenkonfusionen. *Ethik in der Medizin*, 2014: Band 26, Seite 243-247.
- Schönke Adolf, Horst Schröder. *Strasgesetzbuch Kommentar*. München: C.H. Beck’sche Verlangsbuchhandlung, 1982 (S/S-Bearbeiter, § ... Rn. ...).
- Schubarth, Martin. Inzest Verbot und Verfassung, *Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2012, s. 273 – 285.
- Sırma, Özge. *Yeni Türk Ceza Kanunu’nda İlgilinin Rızası*. İstanbul, 2011 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- Smith, Holly, Edie Israel. Sibling incest: A study of The Dynamics of 25 Cases, *Child Abuse & Neglect*, 1987: Vol. 11, Iss. 1, pp. 101-108.
- Sokullu Akıncı, Füsun. *Kriminoloji*. İstanbul: Beta, 2012.

- Sokullu Akıncı, Füsün, Gülşah Bostancı, Erkan Sarıtaş, Barkın Asal, Kasım İlimoğlu, Kemal Bahriyeli, Aysun Dalkılıç, Muhammet Tokgöz. İstanbul: Beta, 2008.
- Stratenwerth, Günter, Inzest und Strafgesetz, *Familienrecht im Wandel, Festschrift für Hans Hinderling*, 1976: Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, Seite 301 – 313.
- Stratenwerth, Günter. *Schweizerisches Strafrecht - Besonderer Teil II*. Bern: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1984.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Carl Heymanns Verlag, 2012, 8. Aufl., 3. Band (§§ 123 bis 211) (SK-Bearbeiter, § ... Rn. ...).
- Szibor, R. Inzest und Konsanguinität, *Rechtsmedizin*, 2004: Band 14, Ausgabe (Issue) 5, s. 387-395.
- Taner, Fahri Gökçen. *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (“*Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*”). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2013.
- Taner, Fahri Gökçen. 6545 Sayılı Kanunla Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme (“*Değerlendirme*”), *Güncel Hukuk Dergisi*, 2014: Sa. 128, s. 60-63.
- Tannahill, Reay. *Tarihte Cinsellik*. Çev. Sinem Gül. Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2003.
- Tergalisse Séraphine. Pénalisation et Poursuites des Violences Sexuelles au Niveau Domestique en France. *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal* 2015, No. 2, s. 333 – 342.
- Tezcan Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Rifat Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Tezcan Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı “İnsan Hakları”*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem. “*Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu*”. ed. Teoman Ergül: *Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap, Raporlar*, s. 327 – 355.

- Tischler, Marcus Georg. *Der Geschwisterinzeß bei über 18-Jährigen- Die Rechtsgüter des § 173 StGB*. Hamburg: Verlag Dr. Kovac, 2009.
- Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Özel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2015.
- Többen, Heinrich. *Über den Inzeß*. Leipzig und Wien: Franz Deuticke, 1925.
- Tuğrul, Ahmet Ceylani. *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar & Ensest İlişkiler*. Ankara: Ütopya Grafik Yayınları, 2010.
- von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, Cilt 1-2, Çev. Avukat Cevat Edege*. Ankara: Olgaç Matbaası, 1983.
- Tuncer, Faruk. Hz. Lût'un Kavmine Karşı Kızlarını Sunmasının Anlamı, *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2012, Sa. 26, s. 111 – 136.
- Tunçbilek, Ergül, Meral Özgüç. Application of medical genetics in Turkey, *The Turkish Journal of Pediatrics*, 2007: Vol. 49, pp. 353-359.
- Turnipseed, Terry L. Scalia's Ship of Revulsion Has Sailed: Will Lawrence Protect Adults Who Adopt Lovers to Help Ensure their Inheritance from Incest Prosecution?, 2012.
- Ünver, Yener. Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum, *Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı*, 2001: 293-350.
- Ünver, Yener. Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, *Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Sempozyumu*, Ankara: Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, 2008, s. 294-342.
- Ünver, Yener. Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi, *II. Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu, "Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku"*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 13-58.
- Üzülmez İlhan, Mahmut KOCA. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Weinberg, S. Kirson. *Incest Behavior*. New York: Citadel Press, 1955.
- Weithmann, Michael. *Xanthippe ve Sokrates Sokrates'in Karısı: Antik çağ Atina'sında aşk, evlilik, cinsellik ve cinsiyet : seviyeli tarihsel dedikodular*. Çev. Akın Kanat. İzmir: İlya İzmir Yayınevi, 2004.

- Wirtz, Ursula. *Seelenmord Inzest und Therapie*. Zürich: Kreuz Verlag, 1989.
- Wittmann, Wilfried. *Die Blutschande- Eine rechtsgeschichtliche, rechtsvergleichende und kriminologische Untersuchung, unter Berücksichtigung der Nachkriegskriminalität in der Rheinpfalz*. Mainz, 1953 (Yayımlanmamış Doktora Tezi).
- Wunder, Michael, Contra: Zur Strafbarkeitbegründung einvernehmlicher Inzesthandlungen, *Ethik in der Medizin*, 2014: Band 26, Seite 249 – 253.
- Yarsuvat, Duygun. Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1964: Cilt 30, s. 115 – 169.
- Yazır, Elmalılı Hamdi. *Yüce Kur'an-ı Kerim ve Açıklamalı Türkçe Meâli* (İstanbul: Burhan Yayın Dağıtım).
- Yenidünya, Ahmet Caner. 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa karşı Suçlar, *Legal Hukuk Dergisi*, 2005: Sa. 33, s. 3284-3316.
- Yenisey, Feridun, Gottfried Plagemann. *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*. İstanbul: Beta, 2015.
- Yılmaz, Ejder. *Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.
- Yiğit, Rana. Çocukların Cinsel İstismarı ve Ensest, *Anadolu Hemşirelik ve Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2005: Sa. 3 s. 90-100.
- Yıldırım, Ali, Erdal Ozer, Hasan Bozkurt, Sait Ozsoy, Ozgur Enginyurt, Durmus Evcuman, Riza Yılmaz, Yunus Emre Kuyucu. Evaluation of social and demographic characteristics of incest cases in a university hospital in Turkey, *Medical Science Monitor*, 2014: Vol. 20, pp. 693-697.
- Yokuş Sevük, Handan. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005: Sa. 57, s. 243-282.
- Yücel, Mustafa T. *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007.
- Zabel, Benno, Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht, *Juristische Rundschau*, 2008: De Gruyter, Heft 11, Seite 453 – 457.

Zafer, Hamide. Kötü Muamele Suçu (TCK m. 232) (Aynı Konutta Birlikte Yaşayan Birine Kötü Muamele ve Terbiye Hakkından Doğan Disiplin Yetkisinin Kötüye Kullanılması. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009: Sa. 1, s. 119 – 175.

Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ders Kitabı)*. İstanbul: Beta, 2012.

Zafer, Hamide, Centel Nur. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta, 2012.

Zevkliler, Aydın, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu, Damla Gürpınar. *Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2015.

Çevrimiçi Kaynaklar

- <https://tr.wikipedia.org/wiki/Ensest> (Erişim Tarihi: 1.4.2015).
- <https://tr.wikipedia.org/wiki/Oedipus> (Erişim Tarihi: 22.08.2015)
- <http://tr.wikipedia.org/wiki/Tevrat> (Erişim Tarihi: 25.06.2015)
- https://tr.wikisource.org/wiki/Eski_Ahit/Levililer/BAP_18 (Erişim Tarihi: 25.06.2015)
- http://en.wikipedia.org/wiki/Forbidden_relationships_in_Judaism (Erişim Tarihi: 25.06.2015)
- <http://4kitap.tr.gg/T.ue.rk%E7e-Tevrat.htm> (Erişim Tarihi: 25.06.2015)
- <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Genesis+19> (Erişim Tarihi: 25.06.2015).
- <http://tureng.com/search/blended%20family> (Erişim Tarihi: 25.06.2015).
- <http://de.wikipedia.org/wiki/Stieffamilie> (Erişim Tarihi: 25.06.2015).
- <http://www.kistikfibrozis.com/kistik2/blog/29-2/> (Erişim Tarihi: 10.09.2015)
- (<http://www.diritto.it/codici/articolo/4303336-codice-penale-incesto>) (Erişim Tarihi: 12.11.2015)
- <http://www.altalex.com/documents/news/2014/02/26/filiazione-in-vigore-il-dlgs-che-elimina-discriminazioni-dei-figli-naturali> (Erişim Tarihi: 12.11.2015).
- <https://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=15794> (Erişim Tarihi: 25.06.2015).
- https://tr.wikipedia.org/w/index.php?title=%C4%B0brahim%C3%AE_dinler&redirect=no (Erişim Tarihi: 25.06.2015).

Ek-1: Alan Araştırması Anket Formu

İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ CEZA HUKUKU UYGULAMA VE ARAŞTIRMA MERKEZİ (CEHAMER) (2) NOLU KAMUOYU ARAŞTIRMASI

Yöneten: Prof.Dr.Dr.hc. Bahri ÖZTÜRK

DİKKAT: Kimse araştırmaya katılmaya zorlanamaz.

1. Cinsiyeti	2. Yaşı	3. İşi	4. Oturduğu Yer	5. Öğrenim Durumu
<input type="radio"/> Kadın <input type="radio"/> Erkek	<input type="radio"/> 0 – 14 <input type="radio"/> 15 – 17 <input type="radio"/> 18 ve üstü	<input type="radio"/> Öğrenci <input type="radio"/> Memur veya memur emeklisi <input type="radio"/> İşçi veya işçi emeklisi <input type="radio"/> Serbest meslek <input type="radio"/> İşsiz	<input type="radio"/> Şehir Merkezi <input type="radio"/> Gecekondu <input type="radio"/> Kırsal	<input type="radio"/> İlköğretim <input type="radio"/> Lise <input type="radio"/> Yükseköğretim <input type="radio"/> Lisansüstü <input type="radio"/> Yok
6. Medeni Hal <input type="radio"/> Bekar <input type="radio"/> Evli		-		

Anket Soruları

1. Yakın bir akrabanız tarafından gerçekleştirilen cinsel içerikli bir davranış ile karşılaştığınız oldu mu?

- Evet.
- Hayır.
- Fikrim yok.

*****1.soruya verdiğiniz cevap 'Hayır' veya 'Fikrim Yok' ise, lütfen 4. soruya geçiniz.*****

2. Cinsel içerikli davranışta bulunan kişi kimdi?

- Babam
- Üvey babam
- Erkek kardeşim
- Amcam/Dayım
- Kayınpederim
- Kayınbiraderim
- Diğer

3. Cinsel içerikli davranış/lar ne sıklıkta gerçekleşti?

- Yalnızca 1 kez
- Bir kaç defa
- Sık sık
- Sürekli
- Cevap vermek istemiyorum.

4. Sizce, ergin yakın akrabalar (örneğin, 18 yaşından büyük kardeşler) arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkiler Türk Ceza Kanunu kapsamında bir suç olarak düzenlenmeli midir?

- Evet.
- Hayır.
- Fikrim yok.