

## EVLENMESİ MEMNU AKRABALARIN EVLENMELERİNİN VE CİNSİ MÜNASEBETLERİNİN CEZA MÜEYYİDESİ İLE TEHDİDİ MESELESİ KARŞISINDA TÜRK HUKUKU

(Meselenin Medenî Hukuk ve Ceza Hukuku cephesinden tetkiki)

Asistan Halid Kemal ELBİR

### § I.

#### Meselenin Vaz'ı

I. Evlenmeleri memnu akrabalar arasında cinsî münasebetin ve evlenmenin ceza müeyyidesi ile tehdidi, mahiyet ve ehemmiyeti dolayısıyla hukukçuları ve kanuncuları çok uğraştırmış ve uğraştıran bir konu teşkil etmektedir.

*Mahiyet itibarile*, evlenmesi memnu olan akrabalar arasında cinsî münasebetin (inceste) icabettirdiği tedbirler ve müeyyideler meselesi, bilhassa evlenme ile husule gelmişse, medenî hukuku yakından ilgilendirdiği gibi, bu münasebetin suç telâkki edilmesi ve cezalandırılması da ceza hukukunu alâkadar etmektedir.

Meselenin *ehemmiyetini* bir cümle ile ifade etmek mümkündür: Ceza hukukunun aile nizamına müdahalesi meselesi. «Az hukuk kaidesi vardır ki, ferdin saadetine bir evlenme memnuiyeti kadar engel olabilir» [1]. Bir de bu memnuiyete rağmen, evlenme haricinde, belki iki tarafın rızası ile vuku bulan bir cinsî münasebetin cezaî müeyyide ile tehdidi düşünülürse, ele aldığımız konunun ehemmiyeti daha bariz bir şekilde nazarlarda canlanabilir. Diğer taraftan unutmamak iktiza eder ki, artık bugün aile bir hususî hukuk müessesesi mahiyetinden çıkmış, bir devlet, kamu hukuku meselesi olmuştur. En liberal devletlerde bile, evlenme akdinin ve - dar ve geniş mânasında - ailenin, yalnız tarafları ve onların etrafını saran mahdut bir zümreyi alâkadar etmekle kalmadığı, cemiyeti de ilgilendirdiği kabul edilmektedir. Aile cemiyetin ve devletin temelidir.

Bundan dolayıdır ki, bilhassa geçen büyük harpten sonra, zayıflı-

[1] A. B. SCHWARZ, *Aile Hukuku I*, İstanbul 1942, sah. 74.

yan aileyi himaye etmek ceza hukukuna düşmüş ve «bugün ceza hukuku, diğer hukuk branşlarının aileyi tesis ve tanzim edici mahiyette koymuş buldukları hükümleri teyit ve himaye etmek üzere bu mevzu ile alâkalanmaktadır» [2].

Bir çok kimseler, «adli araştırmalar için evlerin içini meydana çıkarmak, husule gelebilecek mühim neticeler bakımından son derece tehlikelidir» [3] demektedirler. Bu tehlike, hakikaten mevcuttur ve meselemizin ehemmiyeti ve nazik durumu da zaten bundan doğar. Hukukçuya düşen vazife, ceza hukukunun aile müessesesine müdahalesini icabettirecek hallere kıstas aramak ve bulmak olacaktır.

Yakın akrabalar arasında - evlenme ile veya evlenme dışı - cinsî münasebetin aile müessesesini yakından alâkadar ettiğini; ceza hukukunun da aile müessesesine müdahalesinin sebep ve lüzumunu kısaca tebarüz ettirmiş bulunuyoruz. Böylece, evlenmeleri memnu akrabalar arasında cinsî münasebet (inceste) mevzuunun ortaya attığı doktrinal ve pratik münakaşaların takib ettikleri ana istikametler belirmiş bulunmaktadır: bazı müellifler ve bazı ceza kanunları, liberal ve daha ferdiyetçi bir zihniyet güderek, fiili bir suç telâkki etmedikleri halde, bazıları da aksi kanaat gütmektedirler.

II. Ele aldığımız mevzuun, derinlemesine bir tetkikine girişirsek, görürüz ki, ortaya birçok problemler daha çıkmaktadır.

Her şeyden önce, böyle bir cinsî münasebet tecziye edilmeli mi? Edilmeli ise, bu suçta ne gibi hususiyetler aranmalı? Sadece bir defa vuku bulan bu nevi bir münasebet suçun tekevvünü için kâfi mi telâkki edilmeli, yoksa bir skandal mahiyeti yahut bir temadi de aranmalı mı? Bu cinsî münasebet, her nasılsa, evlenme ile husule gelmişse vaziyet aynı mi olmalı? Bu takdirde ceza vermenin gayesi kanuna mugayir yapılan evlenme akdinin kendisi mi, yoksa bu akdin arkasında gizlenen cinsî münasebet mi olmalı? Ceza hukukunun, fiili tecziye edebilmek için şeriklerde arıyacağı akrabalık derecesi, Medenî Kanununun evlenme memnuiyetini vazederken kabul ettiği akrabalık dereceleri ile aynı mi olmalı, yoksa ceza kanunu bu hususta daha dar veya daha geniş bir ölçü mü kullanmalı?

III. Görülüyor ki, ele aldığımız konu çok cepheli bir mahiyet arz etmektedir. Yukarıdaki sual silsilesine cevap verebilmek için, bu münasebeti tecziye eden başlıca Ceza Kanunlarının takındıkları tavırları tetkik

[2] Dr. S. DÖNMEZER, *Ailenin ceza hükümleriyle himayesi ve aile hukukundan münbats mükellefiyetlerin tecrimi*, İstanbul Baro Mecmuası 1940, bilhassa sah. 20,21,22.

[3] CASABIANCA, *Code Pénal du Royaume d'Italie*, mad. 564 ün altındaki not.

etmek icabediyorsa da, her şeyden evvel, problemin mevcudiyet sebebini teşkil eden: yakın akrabalar arasında evlenme memnuiyeti vaz'ına sebep olan âmilleri kısaca gözden geçirmek iktiza eder.

## § II.

### Yakın Akrabalar Arasında Evlenme Memnuiyetinin Sebepleri

I. Yakın akrabalar arasında evlenme memnuiyetini vaz'eden ve evlenmeleri memnu akrabaları tayin eden kanun Medenî Kanundur. Akrabalar arasında vuku bulacak cinsî münasebetin tecziye edilip edilmemesi münakaşa edilirken, kanuncuları böyle memnuiyetler vazetmiye sevkeden sebepleri gözden geçirmek, âdeta konumuzun temellerini atmak kabîlinden bir ehemmiyet arzeder [4]. Zira bu memnuiyetleri vazederken, kanuncunun asıl gayesi, yakınlar arasında evlenmeden ziyade o evlenmenin arkasında bulunan cinsî münasebetten doğacak kötü neticeleri önlemektir.

Aslolan, evlenmenin serbest olmasıdır, zira, yine tekrar ediyoruz, isabetsiz vazedilmiş bir evlenme mânîli birçok gençlerin saadetlerini ve hayatlarını lüzumsuz yere yıkabilir. Fakat, «evlenme hürriyeti de, şahsiyet, fikir ve *âmme intizamı* ile mahdud olmak lâzımdır» [5]. İşte bu evlenme hürriyetini tahdid eden muhtelif şartlar ve mânîler arasında, mevcut ailevî rabitalardan tevellüt edenleri de vardır.

II. Sayın Prof. *Fındıkoğlu*, bir yazısında [6], yakın akraba arasında evlenme yasağının ortaya attığı problemleri bir sual silsilesi halinde canlı bir şekilde sıralamıştır:

«Bu yasağın içyüzü, asıl sırrı ve hikmeti nedir? Tabiatla böyle bir

[4] Tesrîl organın vazedeceği evlenme memnuiyetlerinin yakın akrabalar arasında cinsî temayüle ne dereceye kadar engel olabileceği konusu sosyologlar ve filozoflar arasında, hâlâ münakaşa mevzuu olan bir meseledir. Bu hususta Freud mektebinin fikirleri ve bu fikirlerin tenkidi için bakınız: E. WESTERMARCK, *Histoire du Mariage*, (terc. A. van. Gennep), cilt VI, Paris 1945, bilhassa sah. 71 ve müt. Freud'ün cinsiyet teorisi hakkında bilhassa bakınız: Dr. R. DALBIEZ, *La méthode psychanalytique et la doctrine freudienne*, Paris 1936, Cilt I, sah. 203 - 283, Cilt II, sah. 243 - 337. Keza: Dr. S. FREUD, *Introduction à la psychanalyse*, (terc. Dr. S. Jankélévitch), Paris 1936, bilhassa sah. 310 ve müt., sah. 326 ve müt.

[5] A. EGGER, *Aile Hukuku*, (terc. Dr. T. Çağa), İstanbul 1943, sah. 25.

[6] FİNDİKOĞLU, *Yakın akraba arasında evlenme yasağının psiko-sosyolojisi*, İstanbul Baro Mecmuası 1944, sah. 709 ve müt.

kanun mu var? Yoksa dinî bir emre mi itaat ediliyor? Müsbet ve akli düşünce ile elde edilmiş bir iyi ve fena tasavvuruna mı dayanılıyor? Yoksa cemiyette her nasılsa mevcut an'ane ve örflere çarpmamak gibi itibarî ve yapma bir kaideye mi tâbi oluyoruz? Nihayet XIX ve XX. asır biyoloji âlimlerinin ortaya koyduğu uzvî neticeler ve yakın akrabalar arasında evlenmeden doğan sıhhi mahzurlar hususunda halk tecrübelerinden elde edilmiş bir ihyen kaidesi mi gözönünde tutuluyor?»

Kan, sıhriyet veya evlât edinmeden mütevellit yakın hısımlığın bir evlenme mâni teşkil etmesini intaç eden sebebler, - bugün eski kuvvet ve kıymetini kaybetmiş olan örfî ve dinî sebebler bir yana bırakılarak - *fizyolojik, ahlâkî ve sosyal* olmak üzere üç noktada toplanabilir:

1 — Bilhassa XIX ve XX. asırlarda biyolojinin tekâmülü; irsiyet nazariyelerinin kabulü ile ortaya atılan bu sebebe göre, *kan hısımları* arasında vuku bulan evlenmelerden, cinsî münasebetlerden, doğan çocuklar sıhhatçe ve biyolojik yapı bakımından zayıf; bilhassa sağırılık, sar'a, cinnet gibi hastalıklarla malûl oluyorlar. Böylece, kan hısımları arasında birleşmelerden türeyen nesiller neticesinde ırk tereddide uğruyor.

Bu sebep, hısımlar arasında evlenme mâni vaz'ına kâfi değildir; modern biyoloji göstermiştir ki, kan hısımları arasında evlenme, yukarıda bazılarını saymış olduğumuz malûliyetleri meydana getirmez, olsa olsa «bir aile dahilinde mevcut olan marazî irsî âmillerin veya evsafın terakümüne sebebiyet verir» [7]. Görülüyor ki vaziyet ihtilâflıdır: bazıları ak-raba arasında evlenmeleri birçok hastalıkların *sebebi*, bazıları ise sadece o hastalıklara bir hassasiyetin mevcudiyeti olarak kabul ediyorlar [8]. Diğer taraftan, biyologlar, aralarında cinsî münasebetin nesil üzerinde fena tesirler bırakacak kan hısımlarının derecelerini tesbit hususunda da kat'î bir neticeye varmış değildirler. Bu bakımdan biyolojik sebebin tenkidi hukukçuyu pek fazla ilgilendirmez, zira bizim için netice pek farklı değildir: kan hısımları arasında birleşmeler her halde nesil üzerin fena bazı izler bırakmaktadır.

Fizyolojik sebep *hukukî bakımdan* da gayri kâfidir, hısımlıktan mütevellit evlenme mânilerinin hepsini izah edemeyip *ancak kan hısımlığın-*

[7] SCHWARZ, s. g. e. sah. 79. EGGER, s. g. e. sah. 68.

[8] Meseleyi tıp ilmi bakımından tetkik etmek isteyenler için: Dr. M. E. GÜÇHAN, *Nesli bozan hastalıklar*, Üniversite haftası: Samsun, İstanbul 1944, sah. 161. — Dr. S. IRMAK, *Genel Fizyoloji Dersleri*, İstanbul 1942, sah. 176, 177, 191. — Dr. S. OBERNDORFER, *Genel Patoloji*, İstanbul 1937, sah. 195, 196. — Karşılaştırınız: Halid Kemal ELBİR, *Evlenmesi memnu akrabalar arasında cinsî münasebetin tecziyesi meselesi*, Hukuk Dünyası Dergisi, sene 1, sayı 6-7, 1945, sah. 162, not 8.

dan mütevellit mânilerin mevcudiyetini izah edebilir. Sihri hısımlıktan ve evlât edinmeden mütevellit evlenme mânileri biyolojik sebeblere istinat ettirilemez.

2 — Hukukçular, yakın akrabalığın evlenme mânii teşkil etmesini daha ziyade *ahlâkî sebeblere* istinat ettirmektedirler. Akrabalık, çok zaman bir arada yaşamayı, samimi münasebetler idamesini, itimadı icabettirir. Böyle kimseler arasında cinsî mukarenet, evlenme fikirlerinin mevcudiyeti, aile mefhumunun ciddiyeti ve temizliği ile kabili telif olmadığı gibi, bu akrabalar arasında vuku bulacak cinsî münasebet de, - akrabalığın derecesine göre - ahlâkî hislerimizi az veya çok rencide eder.

Yakın akrabalıktan mütevellit evlenme memnuiyetini ahlâka dayandırmak aynı zamanda, sihrî ve yapma hısımlığın da bu memnuiyetler sırasına girebilmesini izah edebilmektedir.

Meselemiz bakımından işi ele alırsak, konu: bir ahlâk normunun ceza müeyyidesi ile müeyyidelenip müeyyidelenememesi sorusuna müncer olabilir. Bu sorunun cevabını daha sonra vermeye çalışacağız [9].

3 — Netice itibarile diyebiliriz ki, ister fizyolojik, ister ahlâkî sebeblere istinat etsin, bu gibi birleşmelerden doğabilecek neticelerin yekûnu, tek başına bir varlık arzeden ve bilhassa ceza hukuku bakımından hususî bir ehemmiyeti haiz olan üçüncü bir sebep, *içtimaî bir sebep* husule getirmektedir. Aile hıfzıssıhhasında veya ahlâkında husule gelecek her hangi bir tereddinin bütün cemiyette ne büyük tepkiler uyandıracacağı bedihîdir. Bu yaralar cemiyete muzır olmakta gecikmez. Binaenaleyh, akrabalıktan mütevellit memnuiyetlerin kanunlara vaz'ında *içtimaî menfaat* hususî bir rol oynar.

### § III.

#### Meselenin Medenî Hukuk Cephesinden Tetkiki

I. Aralarında evlenme memnuiyeti olan akrabaları tasrih eden kanunun Medenî Kanun olduğunu söylemiştik. Bütün Medenî Kanunlar bu sebebe istinad eden memnuiyetler tanımakla beraber bu hısımlığın mahiyet ve dereceleri hakkında birbirinden az çok farklı hükümler sevkettekendirler. Biz burada meseleyi yalnız Medenî Kanunumuz cihetinden - ana hatlarda kalarak - inceliyeceğiz. Binaenaleyh her şeyden evvel Me-

[9] Ceza felsefesini alâkadar eden bu mesele için bakınız: DÖNMEZER, s. g. makale, sah. 20, 21, 22. Karşılaştırmamız: T. TANER, *Ceza Hukuku ve Türk C. K. Serhi*, İst. 1937, sah. 5 ve müt.

deni Kanunumuzun hısımlıktan mütevellit evlenme mânilerini ve bu memnuiyete rağmen yapılmak istenen veya yapılan evlenmelere terettüp eden neticeleri hatırlayalım.

II. M. K. muz, 92. maddesinde, hısımlıktan mütevellit evlenme mânilerini *tahdidî* olarak saymıştır:

1 — Kan hısımlarından, *neseb sahih olsun olmasın*, usul ve fûru; ana baba bir, yahut ana bir kardeş; dayı, amca, hala, teyze ile evlenmek memnudur.

Bu hüküm sarîh olmakla beraber, üzerinde durulması icabeden birkaç nokta arzeder: Nesebin sıhhatinin aranmaması, yalnız usul ve fûru için olmayıp, ayrıca tasrih edilmediği sıhrî hısımlıktan mütevellit memnuiyet şikkına da şâmilidir. Kardeşler arasındaki memnuiyetin hüküm ifade etmesi için yalnız ana veya babadan birinin müsterek olması kâfidir; yoksa üvey kardeşlere şâmil değildir. Kanunun bahsettiği amca, dayı, hala, teyze, ana babanın kardeşleri olup ana babanın bu ismi taşıyan akrabaları değildirler. Yani bir şahıs, anasının veya babasının hala, amca, teyze veya dayısı ile evlenebilir [10].

2 — Sıhrî hısımlardan, karı veya kocanın usul ve fûru ile evlenmek memnudur [11].

Bu memnuiyet bakımından da, üzerinde durulacak bir iki nokta mevcuttur: Burada da, akrabalığın tebitinde, hukukî cihete bakılmayıp, fiilî vaziyetin rolü vardır; yani nesebin sıhhati bu çeşit memnuiyette değişik bir hüküm yaratmaz. Bu mâni, tabii ancak sıhriyeti tesis etmiş olan evlenmenin fesih, butlan, boşanma veya vefat ile zevalinden sonra hüküm ifade eder [12]; evlilik devam ettikçe zaten başka birisi ile evlenmek ayrı bir memnuiyet sebebidir (M. K. m. 93).

[10] Acaba bir kimse, babasının veya anasının ana bir veya baba bir kardeşle evlenebilir mi? İsviçrede böyle bir evlenme muteberdir, zira M. K.un vazettiği memnuiyet sebepleri tahdidîdir; kanun kardeşlerde, ana veya baba bir vaziyetini tasrih ettiği halde, ana veya babaların bu nevi kardeşleri hususunda bir sarahatî muhtevî değildir. Bundan dolayı, *hukuken* bunları memnuiyet dışında addetmek icap ederse de, Türkiyede, bizce, durum meşkûktur. Bakınız: SCHWARZ, s. g. c. sah. 80. EGGER, s. g. c., sah. 69.

[11] Amerikan Birleşik Devletlerinin bir çoğunda ve Sovyet Rusyada sıhrî hısımlıktan mütevellit evlenme memnuiyeti yoktur.

[12] Kanunumuz, mehazdan ayrılarak, evlenmenin «zeval» inden bahseden maddesinde, «butlan» sebebini zikretmemiştir. Halbuki mehazın gerek almanca, gerek fransızca metninde bu husus sarîhtir ve şöyle ifade edilmektedir: «Sıhriyet hısımlı-

3 — Evlâtlık ile evlât edinen ve bunlardan birile diğeri koca veya karısı arasında yapma hısımlıktan doğan bir evlenme mâni mevcuttur.

Yalnız, bu mânie aykırı olarak evlenilirse, evlenmenin butlanına gidilmeyip, evlâtlık mukavelesinin hükümsüz olması kanuncu tarafından tercih edilmiştir (M. K. m. 121). Evlât edinen kimsenin eşi ile evlâtlık ve evlât edinenle evlâtlığın eşi arasında evlenme memnuiyeti de, bu evlilikler zevale uğradıktan sonra kendini gösterir. Evlâtlık mukavelesinin ref'in-den sonra bu memnuiyet devam etmez [13].

III. Yukarda, kısaca belirtmeye çalıştığımız, hısımlıktan mütevellit evlenme memnuiyetlerini sağlamak için, M. K. muz bazı hükümler sevk etmek ihtiyacını hissetmiştir. Bu hükümleri iki kategoride tetkik etmek icab eder:

1 — Bu şekilde vücut bulacak bir evlenme akdini önlemek için alınabilecek *tedbirler*.

2 — Bu memnuiyetlere rağmen - her nasılsa - husule gelmiş olan evliliğe terettüp edecek olan *hukukî müeyyide*.

1 — Bu nevi evlenmeleri önlemek için vaz'edilen *tedbirler* şunlardır:

a) *İlân talebinin reddi*: evlenecekler arasında bir evlenme mâni bulunursa memur ilân talebini red ile mükelleftir (M. K. m. 99).

b) *Alâkadarların itiraz hakkı*: alâkadar olan her kimse, evlenme için kanunî bir mâni bulunduğu iddiasile ilân müddeti içinde, evlenmenin akdine itiraz edebilir. Bu itiraz, ilânı yapan belediyelerden herhangi birine tahriren vuku bulmalıdır (M. K. m. 100).

c) *Savcının re'sen itiraz hakkı*: savcılık makamı, mutlak butlan sebeplerinden birinin vücudu halinde, evlenme akdine re'sen itiraz ile mükelleftir (M. K. m. 101).

d) *Evlenmenin men'ini dava hakkı*: itirazı, ister bir alâkadar, ister re'sen savcılık yapmış olsun, evleneceklerden herhangi biri itirazın haksızlığını iddia edebilir. Bu takdirde, itiraz sahibinin keyfiyetten hemen haberdar edilmesi lâzımdır (M. K. m. 102). Buna rağmen, itiraz sahibi

ğini doğuran evlenme *butlan kararı*, ölüm veya boşanma ile sona ermiş olsa bile...» (İsv. M. K. m. 100 - terc. Dr. ÇAGA). — Medeni Kanunumuzda mevcut bu eksikliğin ince bir izah tarzı için bakınız: E. MARDİN, *Medeni Hukuk Dersleri: Aile Hukuku*, İstanbul 1937, sah. 94, 95.

[13] Türkiye ve İsviçrede muhtelif hal tarzları ile karşılaşmış olan bu mesele için bakınız: Halid Kemal ELBİR, *Evlât edinme münasebetinin zevale halinde evlenme mâni devam eder mi?* İstanbul Baro Dergisi, 1946, sah. 146 - 160.

itirazında ısrar ediyorsa, ilân talebinin vaki olduğu mahal yargıcı huzurunda, evlenmenin men'ini dava edebilir (M. K. m. 103).

e) *Memurun evlenme merasimini icradan imtina hakkı*: M. K. m. 106 ya göre, evlenmenin akdi için kendisine müracaat edilen belediye reisi yahut evlenme işlerine memur ettiği vekil veya ihtiyar heyeti, ilânın icrasına mâni bir sebep görürse, akdi icradan imtina ile mükelleftir. Mese-lâ, nişanlılar arasında daha önceden mevcut bulunan bir sıhrî hısımlık memnuiyetine memur, ilândan sonra, evlenme akdinin icrası anında mut-tali olursa, akdi icradan imtinaa mecburdur [14]. Fakat bu imtina ev-lenme akdinin *icrasına* aittir, yoksa evlenmenin tescilinden imtina edilemez. Bu takdirde imtinanın hiçbir hukukî kıymeti olmaz: evlenme mün'a-kit sayılır [15].

2 — Aralarında mevcut olan akrabalık dolayısıyla evlenmeleri memnu kimseler arasında vukubulan evlenmelere terettüp eden ve bir *hususî hu-kuk müeyyidesi* [16] olan netice, *mutlak butlandır*.

M. K. m. 112, f. 3'e nazaran, karı koca arasında kanunen memnu bir derecede *kan veya sıhriyet* hısımlığı varsa, evlenme batıldır. Butlan davası savcı tarafından resen ikame olunduğu gibi alâkadarlardan her biri dahi ikame edebilir (M. K. m. 113). Bu butlan ancak yargıcın kararile hüküm ifade eder ve karara kadar evlenme sahih bir evlenmenin bü-tün hükümlerini haizdir (M. K. m. 124 ve müt.).

*Evlât edinme sebebile* evlenmeleri kanunen memnu olan kimselerin evlenmesi butlan kararile ortadan kaldırılamaz. Evlenme ile evlâtlık ra-bitası ortadan kalkar (M. K. m. 121).

3 — Hısımlıktan mütevellit evlenme mânilerine riayet hususunda Medenî Kanunumuzun aldığı tedbirler ve kabul ettiği müeyyide bahsine bir son verirken M. K. m. 292 yi hatırlatmaktan kendimizi alamıyoruz. Bu maddeye göre: «*birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlardan veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuk, tanınamaz.*»

Bu hüküm her ne kadar, doğrudan doğruya evlenmesi memnu akra-balar arasında vukubulacak cinsî münasebete bir müeyyide teşkil etmez-se de, vazetmiş olduğu memnuiyet, bu evlenme harici münasebetten bir

[14] Bakınız: EGGER, s. g. e. sah. 95-96.

[15] Bakınız: EGGER, s. g. e. sah. 101.

[16] Medenî hukuk müeyyidelerinin hususî mahiyeti için bilhassa bakınız: Claude du PASQUIER, *Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*, Neuchatel/Paris 1937, sah. 107 - 111. Karşılaştırınız: TANER, s. g. e. sah. 8 - 11.



çocuk husule gelmesi takdirinde, taraflar için ağır bir müeyyide rolünü oynayabilir [17].

Mezkûr maddenin kullandığı ve şümüllü bir mâna ifade eden «*evlenmeleri memnu olanlar*» tâbirine mukabil mehaz kanun (m. 304) «*commerce incestueux*» ve «*blutschandeinceste*» tâbirlerini kullanmakla yalnız evlenmeleri memnu olan *hısımların* evlilik harici husule getirdikleri çocukların tanınmasını istihdaf etmektedir ve hattâ İsviçre doktrini bu hısımları da, M. K. un kabul ettiğinden daha dar bir çerçeve içinde görmeye mütemayildir.

IV. Böylece, medenî hukukumuzda, evlenmesi memnu akrabaların kimlerden ibaret olduğunu ve bu memnuiyete rağmen husule gelecek evlenmeleri önlemek veya müeyyidelendirmek için M. K. umuzun tevessül ettiği tedbirler ve müeyyidelere kuş bakışı bir nazar atfetmiş bulunuyoruz [18]. Şimdi, *bazı neticelere* varmamız icap etmektedir.

Hemen tasrih ve tekrar etmeliyiz ki, evlenmeleri memnu akrabalar arasında cinsî münasebet sadece *evlenme* ile husule gelmiyebilir. Bu münasebet evlenme dışında da olabilir ve bu son şekil, bizce ceza hukukunu daha ziyade ilgililer. Daha ileriye giderek diyebiliriz ki, evlilik her ne kadar cinsî münasebete kuvvetli bir karine teşkil ederse de - babalığa karine meselesi hatırlansın (M. K. m. 241) - evlilik olmasına rağmen cinsî münasebetin mevcut olmaması pek âlâ mümkündür. «*Inceste*» yani evlenmesi memnu akrabalar arasında cinsî münasebet fiilinin tecziyesinde güdülen

[17] Bu hususta bakınız: M. AKSOY, *Kötü Durumlu Evlilik Dışı Çocuklar*, Ankara 1943.

[18] 1923 ten evvel İngilterede, yegâne boşanma sebebi zina idi. Erkek, sırf zinaya istinaden boşanma talebinde bulunabildiği halde, *karının* zinaya istinat edebilmesi için kocanın bu zinasının aynı zamanda «*cruelty*» veya evli iki sene müddetle terk veya faaddüdü zevcat'a sebebiyet vermiş olması veya *yakın bir akraba ile irtikâp edilmiş* bulunması aranırdı. 1923 ten itibaren sırf zina kadının da böyle bir talepte bulunmasına kifayet ettiği gibi, 1 ocak 1938 den itibaren meriyete giren yeni bir kanun ile de, zinadan başka boşanma sebepleri kabul edildi. Demek oluyor ki, İngilterede, 1923 ten önce, kocanın (inceste) irtikâp etmesi, medenî hukuk zavıyesinden boşanma ile müeyyidelendirilmisti. — İngiliz boşanma hukukunun ana hatları için bakınız: P. ve J. PELLERIN, *La nouvelle loi anglaise sur le divorce, la séparation de corps et la nullité du mariage*, Journal du Droit International 1938, cilt 65, sah. 232-243, bilhassa sah. 236 ve müt. (Makalenin tarafımızdan tercümesi, mecmuamızın gelecek sayısında intişar edecektir.) Karşılaştırınız: *İngilterede modern boşanma hukuku*, İngiliz Hukuk Bülteni 1945, cilt I, sayı 2, sah. 27 - 28.

gaye, hukukî vaziyetin kanuna uymamasından ziyade, ahlâkî hisleri rencide ettiği kadar cemiyetin de birçok menfaatlerini haleldar eden bu şekildeki *fiilî vaziyeti*, doğrudan doğruya *cinsî münasebeti* ceza tehdidi altında bulundurarak bu nevi hâdiseleri önlemektir.

M. K. muzun butlan müeyyidesi, ele aldığımız konu bakımından, birçok noktalardan kifayetsizdir:

1) M. K. da bu müeyyide ile yakın akraba arasında vuku bulan evlenmeyi baltalıyarak, netice itibarıyla evlenme yoluyla dahi olsa, bu nevi cinsî münasebete engel olma gayesini gütmekte ise de, evlenme akdini nazarı itibarıyla daha fazla hukukî vaziyetle uğraşmıştır [19]. Evlenme dışında böyle bir cinsî münasebet vukuunda M. K. a pek söyleyecek söz düşmemektedir. Bu netice, mutlak butlan'ın kendine hâs mahiyetinden husule gelmektedir. Butlan, mahiyeti icabı, ancak *hukukî münasebetlere* kabili tatbiktir. Halbuki, evlenme dışı cinsî münasebet ancak *fiilî bir vaziyet* arzeder; ona butlan tatbiki varidi hatır olamaz.

2) Cezai müeyyideler ile hukukî müeyyideler arasında, gaye, mahiyet ve kuvvet yönünden mevcut olan farkları burada tebarüz ettirmeyi zait buluyoruz [19a]. Yalnız sayın hocamız Doçent Dr. Sulhi Dönmezer ile diyebiliriz ki: «bilindiği üzere Medenî Kanunun müeyyideleri sadece tanzim edicidir. Butlan ve tazminat, eski halin iadesi gibî tedbirlerden ibaret olan bu müeyyidelerde bir zecir, zorlama yoktur. Bu itibarla içtimai menfaatleri tatmin bakımından mezkûr müeyyideler kâfi sayılmazlar. Böyle olunca cezai müeyyideler ile himaye icabeder» [20]. Ceza Kanunumuzun, hukukî vaziyete, yani, - akrabalıktan mütevellit memnuiyet de dahil olmak üzere - evlenmeleri her hangi bir kanunî sebeble memnu olan kimse-ler arasında vuku bulan *evlenme akdine* yabancı kaldığını söyleyemeyiz. Mezkûr kanun, bu şekildeki evlenmeleri ceza tehdidi altında tutmakla beraber (Cez. K. m. 237), doğrudan doğruya, evlenmeleri memnu akrabalar arasında cinsî münasebeti müstakillen bir suç olarak telâkki etmemiştir. Ceza Hukukumuzdaki vaziyet, meselenin tarihî ve mukayeseli bir tetkikinden sonra tafsilâtlı bir şekilde etüdümüzde ele alınacaktır.

[19] Halbuki izdivaç müessesesi, riyaî bir formülle ifade edilmek icap ederse, «cinsî münasebet + hukukî tanınma» gibi iki unsurun birleşmesi neticesidir. Bakınız: FINDIKOĞLU, *Eski ve yeni aile hukukunda endogami*, İstanbul Baro Mecmuası 1940, sah. 212.

[19a] Cezai müeyyide ile hukukî müeyyide arasında mevcut mahiyet farkları, hudutlar ve kıstaslar için bakınız: TANER, s. g. e. sah. 8 - 11.

[20] DÖNMEZER, s. g. makale, sah. 22.

## § IV.

Meselenin Hukuk Tarihi ve Mukayeseli Ceza Hukuku  
Bakımından Tetkiki

I. 1 — *Roma Hukukunda* [21], medenî hukuka yabancı olan bu problem, bir çok karışıklıklara sebebiyet vermiştir. Esas itibarile, akrabalar arasında cinsî münasebet tecziye edilmekle beraber bu hususta aranılan hısımlık derecesi muhtelif devrelere göre değişmiştir.

*Eski hukuk devrinde*, altıncı dereceye kadar *kan* hısımları arasında cinsî münasebetin tecziyesi, sonraları yalnız dördüncü ve nihayet *Cumhuriyet devrinde* ancak üçüncü derecelere kadar şâmil olmuştur. Bu devrelerde, suça esas tutulan *kan hısımlığıdır*, sıhrî hısımlar için vaziyet münakaşalıdır. Bilinen bir şey varsa, o da, bu memnuiyetin, *İmparatorluk devrinden itibaren*, sıhrî ve yapma hısımlara da teşmil edilmiş olmasıdır. Artık, hısımlığın mahiyetinden ziyade derecesi ehemmiyet kazanmıştır. Bu dereceler, muhtelif imparatorlara göre bazı tahavvüller arz etmekle beraber, esas aynen muhafaza edilmiştir. Roma hukukunun orijinal bir ciheti, iki nevi «inceste» sebebi kabul etmiş olmasıdır. Bir yandan, akrabalık esasına dayanan sebepler kabul ederken, diğer yandan Devlet, vasi, vali gibi şahısların vesayetleri altında bulunan kimseler veya valilik ettikleri vilâyetlerin sakinleri ile evlenmelerini tecziye etmiştir.

Yalnız, akrabalıktan mütevellit olan memnuiyetlerin mevcudiyetinde, mücerret cinsî münasebet ceza için kâfi addedilirken, Devlet tarafından (vasilik, valilik gibi) vaz edilen memnuiyetlerin mevcudiyetinde, cinsî münasebet değil, evlenme akdi istihdaf ediliyordu [22].

Bu nevi suçların cezası ölümdü. İmparatorluk devrinde sürgüne tahvil edilmiş olmasına rağmen, yargıçlar ölüm cezacı hükmetmekte devam ettiler [23].

2 — *İslâm Hukukundaki vaziyet*, § V te ele alınacaktır (Bakınız: not: 35, 37).

3 — *Kanonik Hukuk*, bu suçu *incestus juris divini* ile insanların kanunları karşısında fücür fiili diye ikiye ayırmıştır. Allahın kanunları

[21] Bakınız: MOMMSEN, *Le Droit Pénal Romain*, cilt II, 1907, sah. 405-414.

[22] MOMMSEN, s. g. e. sah. 412. — Karşılaştırınız: F. von LISZT, *Traité de Droit Pénal Allemand*, 1913, cilt II, sah. 132.

[23] Dr. S. DÖNMEZER, *Umumi Adap ve Aile Nizamı Alehinde Cürümler*, İst. 1945, cilt I, sah. 9. — MOMMSEN, s. g. e. sah. 413.

karşısında fücür fiiline en canlı bir misal olarak *cognatio spiritualis*, ruhanî karabet [24] esasına istinaden, meselâ vaftiz babası vaftiz evlâdı arasındaki cinsî münasebet getirilebilir.

*Ortaçağ Cermen Hukuku*, Kanonik hukukun tesiri altındadır. *Carolina* m. 117 ye göre [25] oğlunun karısı, üvey kızı, kayın valdesi ve bunlardan daha yakın hısımlar ile cinsî münasebette bulunanlar yazılı hukuka tevfikân cezalandırılırlar [26].

*XVIII. yüzyılda, felsefî devir* ile beraber, yakın akrabalar arasında cinsî münasebetin müstakillen suç teşkil edip etmiyeceği münakaşalı bir mahiyet kesbetmiş ve *filozofların* ferdiyetçi telâkkileri birçok memleketlerin ceza hukuklarına tesir etmiştir. Bu tereddütler, zamanımıza kadar devam etmiştir: Alman ceza hukuku ve onu takibeden hukuk rejimleri eski cermen hukukuna sadık bir zihniyet taşımağa devam ettikleri halde, lâtin devletlerden büyük bir kısmı, ferdiyetçi zihniyet ile - ezcümle Fransa - bu fiili suç telâkki etmemişlerdir.

4 — *XVIII. yüzyıldan, geçen genel harbe kadar*, ceza hukukunun aile müessesesi karşısındaki vaziyeti daha ziyade talî bir mahiyet arz etmiştir. Geçen genel harbe kadar, bir fiili ceza hukuku ile murakabe edebilmek için aranan başlıca kriterler «zarar» veya «alenen vuku bularak başkasının edeb ve iffet duygusuna bir tecavüz teşkil etmek» olacaktır. Ancak umumî harpten sonradır ki, ceza hukuku aileye daha yakından müdahale edecektir [27].

II. *Bugün*, evlenmeleri memnu akrabalar arasında cinsî münasebetin tecziyesinde ceza hukuklarının iki ayrı istikamet takib ettiklerini söylemiştik: XVIII. asrın felsefî doktrinlerinden mülhem olarak kurulmuş bulunan *Fransa, Belçika, Hollanda, İspanya* Ceza Kanunlarında bu münasebeti tecziye eden bir hükme rastlamak kabil olmadığı halde; *Almanya* (§173), *Avusturya* (m. 131), *Macaristan* (m. 243, 244), *İsveç* (bölüm XVIII §§ 1 - 5), *Norveç* (§§ 207, 208), *Danimarka* (§§ 161 - 165), *İngil-*

[24] Bakınız: Von LISZT, s. g. e. cilt II, sah. 132 ve büt. — SCHWARZ, s. g. e. sah. 84. — DÖNMEZER, s. g. e. sah. 9 ve müt.

[25] Carolina, Alman İmparatoru Charles Quint tarafından 1532 de kabul edilen Ceza Kanununun ismidir.

[26] Von LISZT, s. g. e. cilt II, sah. 132 ve müt. — DÖNMEZER, s. g. e. sah. 9,12.

[27] Bakınız, DÖNMEZER, s. g. e. sah. 14, 15, 16.

tere [28], Küba (m. 492), 1889 İtalya (m. 337) ve 1931 İtalya (m. 564), 1942 İsviçre (m. 213) Ceza Kanunlarınca müstakil bir suç telâkki edildiğine şahit olmaktayız.

*Ceza Kanunumuzda* bu münasebet müstakillen nazara alınmış değildir. Ceza hukukumuzdaki durumu tetkike başlamadan, ehemmiyetlerine binaen, yukarıda adı geçen bazı Ceza Kanunlarındaki vaziyeti kısaca belirtmeyi faydalı buluyoruz.

Yakın akrabalar arasında cinsî münasebetin tecziyesi hususunda diğer modern ceza kanunlarına önderlik etmiş olan Alman Ceza Kanunu'na bir nazar attıktan sonra, Ceza Kanunumuzun mehazı olması hasebile 1889 İtalyan Ceza Kanunundaki vaziyeti ve 1931 de yeni Ceza Kanunu ile, almış olduğu şekli ve nihayet gerek en yeni ceza kanunlarından olması, gerekse Medenî Kanunumuzun mehazı olan bir Medenî Kanunun yürürlükte bulunduğu bir memlekette tatbik edilmesi dolayısıyla bizim için hususî bir ehemmiyet arzeden 1942 İsviçre Ceza Kanununu tetkik edeceğiz.

Bu mükayeseli tetkikat, Ceza hukukumuzun incelenmesinde bize rehber olacaktır.

1 — *Alman Cez. K. nu § 173'e göre* [29], 1) Nesebi sahih veya gayri sahih olsun, bu şahıs ile usul ve füruu; 2) bir şahıs ile sıhri usul ve füruu; 3) Ana - baba bir veya ana bir veya baba bir kız ve erkek kardeşler arasında cinsî mukarenet, cima (copulation) suçtur.

Bu birleşmenin *tabiata uygun olması*, yani *muhtelif cinsiyette olan kimselerin cinsî uzuvlarının birleşmesi* lâzımdır. Her hangi başka şekilde bir hareket bu suçun tekevvünü için kâfi olmayıp «cima» şarttır [30].

Bu suçun cezası, cinsî münasebette bulunmuş şahısların akrabalık derecelerine göre değişmektedir: usul için 5 seneye kadar ağır hapis; füru için 2 seneye kadar hapis cezası ve her iki halde de şeref verici hakların kaybı (perte des droits honorifiques); yukarıda 2 ve 3 numaralarda zikredilen akrabalar için ise bu ceza 2 seneye kadar hapistir. Bu son hallerde, şeref verici hakların kaybına karar vermek yargıcın takdirine bırakılmıştır. Füru, 18 yaşını ikmal etmemişse tecziye olunamaz. Diğer şerikler iştirak hükümlerine tâbidirler.

[28] İngiltere için bakınız: S. F. HARRIS, *Principles and practice of The criminal Law*, sixteenth edition, London 1936. İngilterede «inceste» suçu hususî bir kanun ile, «Punishment of Incest Act 1908» ile tecziye edilmektedir. Tafsilat için bakınız: HARRIS, s. g. e. sah. 228, 229.

[29] Von LISZT, s. g. e. cilt II, sah. 132 ve müt.

[30] Von LISZT, s. g. e. cilt II, sah. 133.

Görülüyor ki, Alman Ceza Kanunu yalnız «cinsî münasebet» i tecziye etmekte ve cezaî müeyyidenin tatbiki için fiilde temadiyi aramıyarak bir defa vukuunu kâfi görmektedir.

Alman Ceza Kanununun saydığı akrabalar, Alman Medenî Kanununun hısımlıktan mütevellit evlenme memnuiyetini vazeden § 1310 unda aynen mevcuttur. Yalnız, Alm. M. K. § 1311 de bahsedilen evlât edinme akrabalığından mütevellit memnuiyet Ceza Kanununda nazara alınmamıştır.

2 — Ceza Kanunumuzun me hazını teşkil eden 1889 tarihli eski İtalyan Ceza Kanununa göre, «*umumî bir rezaleti mucip olacak surette*» bir şahıs, 1) gayri meşru olsa bile usul ve fûruundan; 2) veya o derecede bulunan sıhrî akrabasından; 3) veya ana - baba bir veya biri ayrı erkek veya kız kardeşinden biri ile *devamlı surette* cinsî münasebatta (relations des rapports incestueux) bulunursa, 18 aydan 5 seneye kadar ağır hapis ve muvakkaten âmme hizmetlerinden mahrumiyete mahkûm edilir.

Görülüyor ki, eski İtalyan Ceza Kanunu, her ne kadar akrabalık derecelerini tayinde Alm. Cez. K. dan pek ayrılmıyorsa da, tek cinsî münasebetin vukuunu kâfi bulmıyarak «*umumî bir rezaleti mucip olmak*» ve «*temadi*» yi aramaktadır [31]. Gene Alm. Cez. K. dan farklı olarak, Kanun, cezanın ağırlığını, akrabaların yakınlık ve uzaklığına göre derecelendirmiyerek bu salâhiyeti daha ziyade yargıca bırakmış görünmektedir.

3 — Büyük tetkikler ve çalışmaların mahsulü olan, en yeni nazariyelere yer vermiş bulunan, 1931 tarihli İtalya Ceza K. nu da, 564 üncü maddesinde «inceste» fiilini suç telâkki ederek tecziye etmiştir. Mezkûr maddeye göre [32], *umumî rezaleti mucip olacak surette*, 1) usul veya fûru, 2) veya o derecede bulunan sıhrî akrabalardan biri; 3) veya kız veya erkek kardeşile cinsî münasebette bulunan (commet un inceste) kimse, bir seneden 5 seneye kadar ağır hapse mahkûm olur. - Devamlı surette bu şekilde münasebat halinde (relations incestueuses), bu ceza 2 seneden 8 seneye kadar ağır hapistir.

Eğer bu fiil reşit bir kimse ile 18 yaşından küçük gayri reşit [33] biri arasında vuku bulmuşsa, reşit hakkındaki ceza yükseltilir.

[31] Bakınız: CRIVELLARI, *Il Codice Penale*, Roma 1896, cilt VII, sah. 543-545. MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, cilt VI, Torino 1922, sah. 563-574. J. LACOUR, *Code Pénal d'Italie*, madde 337 altındaki notlar, E. TURREL, *Code Pénal Italien* 1889, mad. 337 altındaki notlar.

[32] Bakınız: CASABIANCA, s. g. e. madde 564 altındaki notlar.

[33] İtalyada rüşt yaşı 21 dir.

Baba veya ana aleyhinde verilen mahkûmiyet kararı, velâyet veya kanunî vesayet hakkını da iskat eder.

Yeni İtal. Cez. K. ile eskisinin arasında mevcut olan değişik noktaların başlıcalarını tebarüz ettirmek kolaydır: Her iki kanun da, suçun unsurları arasında «*umumî bir rezaleti mucib olma*» vasfını aramakla beraber, 1889 kanunu aynı zamanda «*temadî*» yi de suçun bir unsuru telâkki ettiği halde, yeni kanun Alm. Cez. K. na yaklaşarak - diğer şartları havi olduğu takdirde - tek cinsî münasebeti de tecziye etmektedir. Yeni kanun «*temadî*» yi, mezkûr 564 üncü maddesinin ikinci fıkrasında cezayı ağırlatıcı kanunî bir sebep telâkki etmektedir.

Her iki kanunda da, cinsî münasebetleri tecziye edilen akrabalar arasında mevcudiyeti aranan hısımlık dereceleri aynıdır. Yalnız, yeni kanun her ne kadar nesebin sıhhatinden bahsetmiyorsa da, aynı kanunun 540 inci maddesinin ikinci fıkrasının yardımıyla, kanunda, sahîh nesebin gayri sahîh nesebe müşabih tutulduğunu anlamak mümkündür.

4 — 1 Ocak 1942 den itibaren yürürlüğe giren *İsviçre Cez. K. 213 üncü maddesinde* evlenmesi memnu akrabalar arasında cinsî münasebeti müstakil bir suç telâkki etmiştir. Bu kanuna göre, 1) usul ve fûru; 2) ana baba bir veya baba bir veya ana bir kardeşler arasında cinsî münasebat, asgarî 1 ay hapis ve azamî 3 sene ağır hapis ile tecziye edilir. - Cinsî münasebet, 16 yaşından büyük fakat gayri reşit bir fûru ile vuku bulmuşsa, azamî on sene ağır hapis cezası verilir. Reşit birisi tarafından iğfal edilen gayri reşitler tecziye olunmaz. - Cezâî takibat 2 senelik zaman aşımına tâbidir.

Daha umumî olmakla beraber, aynı kanunda, meselemizi alâkadar eden diğer iki hükme raslamak mümkündür (m. 191, f. 1; 192, f. 1). Bu hükümlere göre, fûruu, evlâtlığı veya üvey evlâdı olup, 16 yaşından küçük bir gayrireşitle cinsî münasebette bulunan kimse, asgarî 3 sene hapsedilir. 16 yaşından büyük olduğu takdirde ise bu suçun cezası asgarî 3 ay ve azamî 5 sene hapistir.

Bu hükümlerin tetkikinden elde edilen ve bilhassa medenî hukukumuz bakımından hususî bir ehemmiyet arzeden netice şudur: İsv. Cez. K., Medenî Kanununun evlenmelerini menettiği akrabaların *yalnız bir kısmının* cinsî münasebetini tecziye etmektedir. Meselâ evlenmeleri memnu olan, amca, dayı, hala, teyze ile yeğenler arasında vuku bulacak bir cinsî münasebet ceza hukukunun tehdidi altında değildir.

İsv. Cez. K. m. 191 ve 192 de rastlanan hükümlerde, aranan yaş şartı mevcut ise, evlâtlık veya üvey evlât ile vuku bulan cinsî münasebet de tecziye edilmektedir.

«İnceste» suçunun tekevvününde, kanun «*umumî bir rezaleti mucip*

olmak» şartını ve temadiyi nazara almıyarak, mücerret, cinsî münasebeti tecziye etmektedir [34].

Muhtelif memleketlerin mevzuatında yapılan ve bir giriş mahiyeti arzeden bu kısa ve kuş bakışı geziden sonra, meseleyi Türk Aile Sosyolojisi ve Ceza Hukuku cephesinden tetkik edebiliriz.

## § V.

### Meselenin Türk Aile Sosyolojisi ve Ceza Hukuku Cephesinden Tetkiki

I. Ceza kanunumuz, mehazı olan 1889 tarihli İtalyan Cez. K. dan ayrılarak, yakın akrabalar arasında cinsî münasebeti müstakil bir suç telâkki etmemiştir. Hattâ hukumuzda, bu münasebeti kat'î olarak ifade eden bir terim bile mevcut değildir. Her ne kadar «*fücur*» tâbiri var ise de, mânası kat'î olarak tebellür etmemiştir [35].

Kötü durumda evlilik dışı çocuklar hakkında kıymetli ve özlü bir eserin sahibi olan *Muammer Aksoy*'a göre, hukukumuzda «inceste» terimine muadil bir tâbirin bulunmamasının sebebi, «eski hukukumuzda evlilik dışı ve evliliğe aykırı bütün cinsî münasebetlerin, *zina* mefhumu altında en ağır bir suç sayılmasından ötürü bunlardan bir kısmını daha ağır muameleye tâbi tutmanın esasen imkânsız bulunmasıdır. Mamafih böyle bir fiilin vücut bulmasını mümkün görmemenin veya daha doğrusu tasavvur etmek istemeyişin de bu hususta az veya çok tesiri vardır» [36].

«İnceste» terimine mukabil, bizde kat'î bir tâbirin vücut bulmamış olmasının sebepleri arasında, bu nevi cinsî münasebetin, eski hukuku-

[34] Bakınız: F. CLERC, *Cours Élémentaire sur le Code Pénal Suisse, Partie Spéciale*, cilt II, Lausanne 1945, sah. 104-107.

[35] *Kur'anı Kerim*'de, «*fücur*» tâbirine, *Nuh Sûresinde* rastlamaktayız. Hazretî Nuh, kendisine isyan eden kâblesinden bahsederken, şöyle demektedir: «Yarab, bırakma yer yüzünde kâfirlerden bir deyyar. Zira sen onları bırakırsan kullarını yoldan çıkarıyorlar, ve nankör *facir*den başka da doğurmuyorlar.» Burada, *facir* tâbiri, bugün Cez. hukukunun kabul ettiğinden çok daha geniş ve ahlâki mânada alınmıştır. (Nuh Sûresi hakkında fazla tafsilât için bakınız: Elmalılı Muhammed Hamdi YAZIR, *Hak Dini Kur'an Dili, Yeni meallî türkçe tefsir*, cilt VII, İst. 1938, sah. 5365-5380. Bilhassa sah. 5376 ve müt.). Nitekim, Ömer Rıza DOĞRUL, *Kur'an'ın türkçe tercümesinde, facir* tâbiri yerine «*ahlâksız, nankörlüğe düşkün evlâtlar*» demektedir. (Bakınız: Ömer RIZA, *Tanrı Buyruğu, Kur'anı Kerim tercüme ve tefsiri*, İst. 1934, sah. 836.)

[36] M. AKSOY, *Kötü durumda evlilik dışı çocuklar*, Ankara 1943, sah. 96, not 83.



muzda, zina suçuna dahil olması [37] gibi *tarihî* sebebe iştirak edilebilir. Fakat, «böyle bir fiilin vücut bulmasını mümkün görmemenin veya tasavvur etmek istemeyişin de bu hususta az veya çok tesiri» olacağı şeklinde, hukukî ve objektif olmaktan ziyade indî ve *psikolojik* sebebi biraz tereddütle karşılarız. Kaldı ki, sayın Aksoy'un da tebarüz ettirdiği veçhile «Anadoluda çok yakın akrabası ile cinsî münasebette bulunan kimse- lere *kızılbaş* derler. Bu kelime aynı zamanda alevî (şîî) bir tarikatın ismi ise de; bir çok yerde halk, çok yakın akrabası ile cinsî münasebette bulunan kimseye dahi «*kızılbaş*» demektedir. Kullanılan kelime bir tarika- tın ismi olması dolayısıyla doğru ve yerinde görülmezse de; sözü geçen fiil- in diğer cinsî münasebetlerden bir *kelime* ile ayırt edilmesi, halk arasın- da bu *mefhumun* vücut bulmuş olduğunu göstermektedir» [38].

Yukarıda verdiğimiz izahattan da anlaşılacağı veçhile, memleketi- mizde «inceste» fiili, mefhum olarak halkın zihninde mevcuttur ve halk dilinde «kızılbaşlık» kelimesi ile karşılanmaktadır. Bizde mevcut olmi- yan, bu mefhumu ifade edecek olan *hukukî terimdir* ve bu noksanı, yu- karıda ileri sürülen birinci sebeble izah etmek mümkündür.

Hukukî terim noksanlığı, kendisini M. K. umuzun 292 nci maddesinde *acı* bir şekilde hissettirmektedir (Bakınız etüdümüz § III, III, 3). Bu mad- dede, kanunumuzun kullandığı ve gayet geniş bir mâna ifade eden «*ev- lenmeleri memnu olanlar*» tâbirinin mehz İsv. M. K.daki mukabili (mad. 304); fransızca metinde «*commerce incestueux*» ve almanca metinde ise

[37] Şu noktayı tebarüz ettirmemiz icap eder ki, *İslâm Hukukunda*, geniş mâ- nada alınan zina fiili, evli olmıyan birisi tarafından irtikâp edilmisse, suçluya 100 ceide vurulmak suretiyle dayak cezası verilir. Bilâkis evli ise, ceza şiddetlendirilir. Demek oluyor ki, zina'da suçlunun sıfatına göre ceza değişmektedir. (İslâm Huku- kunda zina suçu hakkında daha fazla tafsilât için bakınız: Naci SENSOY, *Zina Cürmü*, İst. Huk. Fak. Mec. C. VIII, 1942, sah. 75 ve müt. — Keza: YAZIR, s. g. e. C. IV, sah. 3470 ve müt.) — İslâm zihniyetinde zina ile fücurun aynı mânada alındıklarına canlı bir misal olmak üzere büyük İslâm şairi ve mütefekkeri EBÜL'ALÂ MA'ARRİ'nin bir kit'asının tercümesini zikretmek isteriz:

*Düşünütsek Âdemi ve hareketlerini*

*Ki o hareketleri ile iki kızını iki oğluna vermiştir*

*Bundan ne anlaşılır! Bütün bu mahlukat veleti fücurdur*

*Binnetice bütün halk ta mahsulü zinadır.*

(Ebül'alâ MA'ARRİ hakkında bakınız: *İslâm Ansiklopedisi*, C. IV, İst. 1945, sah. 67,74).

[38] AKSOY, s. g. e. sah. 96, not 83. — Aleviler hakkında bu gibi rivayetlerin kuvveti hususunda karşılaştı: s. g. e. sah. 31, not 23.

«*blutschandeinceste*» tir ki, bilhassa almanca terim, bu mefhum ile yalnız evlenmesi memnu *kan hısımlarının* kastedildiğini açıkça tebarüz ettirmektedir [39].

Medenî hukuk bakımından «inceste» mefhumuna, dar bir mâna vererek, sadece evlenmesi memnu *kan hısımları* arasındaki cinsi münasebeti kasdetmek mümkün ise de, bu mütalâa, Ceza hukuku sahasında aynı katiyetle varit olamaz. Nitekim birçok Cez. K.larının «inceste» suçuna *sıhri hısımları* da ithal etmiş olduklarını görmüş bulunuyoruz. Bu sebeptedir ki, bu fiili: «evlenmeleri memnu akrabalar arasında cinsi münasebet» tâbiri ile ifadelendirmeye çalıştık. Ekseri Cez. K. larında, «inceste» suçu hususunda bu akrabalardan *yalnız bir kısmının* tecziye edildiği nazara alınır, fiile: «yakın akrabalar arasında cinsi münasebet» te denilebilir; bu akrabalığın yakınlığını tesbit Cez. K. a aittir.

Bu mefhum ve terim münakaşasından sonra, pozitif ceza hukukumuzun tetkikine geçebiliriz.

II. Yakın akrabalar arasında cinsi münasebet, ceza hukukumuzda müstakillen nazara alınmış değildir dedik. Ceza Kanunumuzda böyle bir suçun mevcut bulunmaması, doktrinde muhtelif şekillerde izah edilmektedir:

*Muammer Aksoy* burada, kanuncunun bir «unutma» sını [40] görmekte ve - aynen kendi tâbirile - bu kadar «şeni ve hayvanî» bir fiilin Cez. K.muzda suç telâkki edilmesini ısrarla temenni etmektedir [41]. Sayın hukukçunun temennisine iştirak etmekle beraber, bu suçun Cez. K.muza bir unutma eseri olarak alınmamasını tasavvur edemiyoruz: «muhtelif ilmi heyetler tarafından tetkik olunarak vücuda getirilmiş» olan ve «İtalya Cez. K.nu esas tutmuş olmakla beraber, umumi âhenk muhafaza edilmek

[39] Bizde maddenin ne şekilde tefsir edilmesi icap ettiği hakkında bakınız, bilhassa: AKSOY, s. g. e. sah. 96 ve müt. — Türk M. K. ile İsv. M. K. arasında mevcut olan bu tehalûf hakkında, sayın hocamız Ebû'l'ülâ MARDİN, şunları söylemektedir: «Şarihlerden bir zat, iki metin arasındaki bu tehalûfû, tâbirin mahdut mânasına nüfuz edilememekten mütehasıl bir tercüme hatası ve nüktenin zevkine varılamamasından münbais bir eseri zühul farzediyor. Halbuki encümende bu cihet mevzu bahis olmuş, Alman kanunu gibi bazı kanunların ve semavî dinler arasında Museviliğin bu karabeti nikâh mâniî addetmediği de görülerek mahdut mâna ile bu telâkki arasındaki tenakuz nazarı dikkatimizi celbetmişti.» (E. MARDİN, *Hukukî Medeniyet Dersleri: Neseb*, İst. 1932, sah. 297).

[40] AKSOY, s. g. e. sah. 31, not 22.

[41] AKSOY, s. g. e. sah. 96, not 82.

şartile sırf memleketimize mahsus olan bazı hallerde ya eskiden mevcut ahkâm ipka olunmak veya yeniden vazolunmak suretile» [42] husule gelmiş bulunan Cez. K.muzda bu hususun «unutulmuş» olmasını kabul etmek biraz güçtür.

Bu hususta, sayın hocamız doçent *Dr. Sulhi Dönmezer*'in ileri sürdüğü sebepler bize daha mülâyim gelmektedir. Fakat bu sebepler dolayısıyla dahi Cez. K.muzda «inceste» suçunun tanzim edilmemiş olması bizi tatmin edememektedir.

Sayın doçent, Kanunumuzda böyle bir suçun mevcut olmamasını «memleketimizde bu nevi hâdiselerin yok denecek kadar nadir olması ve esasen efkârı umumiyenin bu vaziyetteki kimselere karşı takınmakta bulunduğu menfi vaziyeti dolayısıyla ayrıca bir cezaî müeyyideye lüzum hissettirmemesinde» [43] görmektedir.

Bu esbabı mucibeye iştirak edemiyoruz, zira:

1) Bu hâdiselerin yok denecek kadar nadir olup olmadığı hususunda elimizde kat'î istinatlar bulunmadığı için, bir mülâhaza yürütecek vaziyette değiliz. Kaldı ki, bu fiilin Cez. K.muzca tecziye edilmemiş olması keyfiyeti de, adliye kanalı ile bunlara muttali olmamıza engeldir. Her ne kadar bu hâdiselerin bir kısmı, bazı hususî unsurların mevcudiyeti sebebiyle ırza geçme suçuna ithal edilebilirse de, hiçbir suçta ithal edilemeyecek mahiyette olanlar da bulunabilir.

2) Bu fiil, hakikaten nadir dahi olsa, bu nedret, onun ceza müeyyidesi tehdidinden kurtulmasına kâfi bir sebep teşkil etmemelidir. Mademki bu fiil, vukuu takdirinde, âmme vicdanını kuvvetle rencide etmekte [44] ve yukarıda göstermeğe çalıştığımız sebepler dolayısıyla (§ II.)alleyi ve sosyeteği tehlikeye sokmaktadır, ceza, bir önleyici tedbir olarak mevcut bulunmalıdır. Hattâ, böyle bir suçta kanuna ithal ederken, kanuncunun gayesi; yakın akrabalar arasında cinsî münasebetten doğacak, sıhhatçe zararlı çocukların husule gelmesini önlemekten ziyade, aile içerisinde muayyen bir ahlâk seviyesi muhafaza etmek olmalıdır [45].

Burada, Prof. *André Henry*'nin «Aile mükellefiyetlerinin ceza kanu-

[42] 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Esbabı Mucibe Lâyihasından.

[43] DÖNMEZER, s. g. makale, sah. 25.

[44] «Memleketimizin ahlâk görüşü ve geleneği yakın akrabalar (usul, fûru ve 3 dereceye kadar civar hısımları) arasındaki cinsî münasebeti çok ağır ve affedilmez bir hareket saymaktadır.» (AKSOY, s. g. e. sah. 31).

[45] Nitekim, Neuchâtel Üniversitesi Ceza Hukuku Profesörü François CLERC, yeni İsviçre Cez. K.a bu suçun ithal edilmesinin sebebinin sadece bu son mülâhazada bulunmaktadır. (Bakınız: F. CLERC, s. g. e. sah. 104).

nu ile müeyyidelenmesi» hususunda söylemiş olduğu sözleri, mevzuumuz bakımından tekrar edebiliriz: «Aile meseleleri ve rezaletleri kabil olduğu kadar aile çerçevesi içinde halledilmelidir. Ceza mahkemesinde görülecek olan bir davanın husule getireceği müessif reklâmlar ve gazete havadislerinin önüne geçmek elzendir», fakat, «bu düşünüş tarzı, aile ihtilâflarında ceza kanununun rolünü yok etmiye müncer olabilir; halbuki, bu hususta, ceza kaidelerinin hareketsiz kalamıyacıklarını hepimiz hissetmekteyiz. Aile hayatında birçok suiistimaller ve ağır kusurlar vardır ki, bunların, umumileşerek, sonunda iyi aileyi de kötü aile ile beraber götürmelerini isteniyorsa, Ceza kanununun müdahalesi elzendir. — Sakın bana; Ceza kanununun, yalnız, ailenin tehlikede olduğu kriz devrelerinde, müdahalesi icap eder demeyiniz. Bu devrelerde, tabii olarak, tenkil kendisini daha ağır bir şekilde hissettirir. Ceza kanununun şiddet ve şümulü, âmme ahlâkı ile makûsen mütenasiptir. Fakat, Ceza Kanunu, müdahale için bu kriz anlarını beklememelidir. Geç kalmak tehlikesi vardır. Cezai tedbirlerle dahi sefaheti ve ailesinin çözümü menedilemiyen kadim Roma bu hususta canlı bir misaldir. Normal devrede dahi, Ceza Kanununun; küflenmenin önünü almak ve hastalığın genişlemesine mâni olmak için, müdahale etmesi lâzımdır. Ailenin sıhate kavuşması işi *kuvvet* fakat aynı zamanda *incelik ve ihtiyat* ile yapılmalıdır» [46].

3) Sayın doçent, bu fiilin sadece ahlâki bir müeyyide olan «menfi vaziyet» ile karşılaşmasını kâfi görmekte ve ayrıca bir cezai müeyyideye lüzum hissedilmediğini ilâve etmektedir. Burada, ahlâki ve sosyal müeyyide ile cezai müeyyide arasında mevcut olan mühim farklar üzerinde durmıyacağız [46a]. Yalnız şunu belirtmek isteriz ki, bilhassa son yarım asır içinde, sanayi şehir ve kasabalarının çoğalması; işçi ve amele kitlelerinin geniş bir şekilde artması; iktisadi ve sosyal ihtiyaçların tahavvül ederek daha maddi esaslara istinat etmesi; bilhassa modern şehir ve kasabalarda, komşuluk, hemşehrilik ve «mahalleli» lik bağlarının gevşemesi gibi birçok yeni tesirlerin altında, aile mefhumu, eski geniş ve mânevî manasından birçok şeyler kaybetmiş, daha materyalist ve menfaatçi temellere istinad ede-

[46] Nancy Hukuk Fak. Cez. H. Profesörü André HENRY'nin 4 mart 1929 da vermiş olduğu bu konferans için: *La sanction des devoirs de famille par la législation pénale, (Le maintien et la défense de la famille par le droit adli müsterek eser içinde, Paris 1930, sah. 237 ve müt.)*

[46a] Ahlâki müeyyide ile cezai müeyyide arasındaki farklar için bakınız: TANER, s. g. e. sah. 5-8, bilhassa sah. 8.

rek, haricîn mânevî tesirlerinden bir hayli uzaklaşmıştır [47]. Bu sebeplerledir ki, eski ailede hakikaten büyük ve derin akisler ve tesirler uyandırabilen ahlâkî ve mânevî müeyyideler eski kuvvetlerini kaybetmiş bulunmaktadırlar.

Bir yandan, yakın akrabalar arasında cinsî münasebetin sosyete için arzettiği sıhhi ve bilhassa ahlâkî tehlikelerin mevcudiyeti; diğer yandan ise, mânevî müeyyidelerin eski kuvvetlerini kaybetmiş olmaları, bu hususta cezai müeyyidelerin müdahalesine ayrı bir ihtiyaç hissettirmektedir [48].

Umumî olarak, az çok her cemiyet için serdedilebilecek olan, yukarıdaki mülâhazalar, *memleketimizin* realitesine ne dereceye kadar uygundur? Yani, memleketimizde, aile telâkkisi ve ahlâkiyatı ne merkezdedir? Elimizde, bu soruya kat'î bir cevap verdirecek ne bir tetkik, ne bir istatistik, ne de bir anket mevcut değildir. Yalnız, Adalet Bakanlığının, 1942 senesinde, kanun dışı birleşmeler ve nesebî sahih olmıyan çocuklar hakkında açtığı ankete gelen cevap ve raporların tetkikinden [49], bazı umumî ne-

[47] Fransız mahkemeleri bir çok vesilelerle, evlenmenin ve allenin iktisab ettiği yeni mahiyeti tebarüz ettirmektedirler. Meselâ, Lisieux Hukuk Mahkemesi, 21 ocak 1903 te vermiş olduğu meshur bir kararda, zamanımızdaki evliliğe, sevgi ve saygıya dayanan bir müesseseden ziyade, karşılıklı iktisadi ve malli menfaatlara istinat eden bir «is» (daffaire) olarak bakmaktadır. (Sirey, 1903.2.182 ve BONNECASE, *Précis de Jurisprudence Civile et Commerciale*, Paris 1942, sah. 44 ve müt.). — Biz, yukarıda zikredilen kararda mevcut olan zihniyeti benimsemiş olmaktan uzakız. Ailede mevcut olması icap eden mânevî ve ahlâkî temelleri inkâr etmiş olsaydık, «inceste» suçunun tekevvününe taraftar olmazdık. Fakat, modern allenin, bilhassa bazı muhitlerde, iktisap ettiği iktisadi ve ütiliter cepheyi kuvvetle tebarüz ettirmesi dolayısıyla bu meshur karardan bahsetmeyi faydalı bulduk.

[48] «Inceste» fiilinin fransız hukukunda suç telâkki edilmemiş olmasını bazı fransız müellifleri iki sebepte aramaktadırlar: a) isbatın güçlüğü; b) takibin bir rezalet mevzuu teşkil edebilmesi. (Bakınız: BAUDRY - LACANTINERIE, *Précis de Droit Civil*, C. I, 14. basım, Paris 1926, sah. 177.). — Bizce: bu fiilin güç isbat edilebilmesi, onun suç olabilmesi vasfını ve cemiyet için arzettiği tehlikeyi ortadan kaldıramaz. Skandal korkusu ile tecziyeden ve takipten kaçınmak ta tehlikelidir. Bilâkis, bu şekilde bir cinsî münasebetin, bızatihi bir rezalet mevzuu olması kuvvetle ihtimal dahilindedir ve hattâ, Cez. K.larının ekserisi, allenin ve ferdin menfaati ile cemiyetin menfaatlerini telif etmek kaygusu ile, aleni bir skandal teşkil etmeyi, suçun hususî bir unsuru olarak kabul etmektedirler.

[49] Bakınız: Adliye Ceridesi 1942, sayı 12, sah. 1327-1453.

ticelere varmak mümkündür: Bu raporların bıraktığı intıba, memleketimizde mevcut aile zihniyet ve ahlâkiyatını tetkik için, meseleyi muhtelif bölgelere göre ayrı ayrı tetkik etmek icap edeceği merkezindedir. Bazı bölgelerde, - ezcümle şimalî Anadolu bölgesi - aile ahlâkiyatı çok aşağı bir seviyededir. Diğer bazı bölgelerde ise, eski ve koyu aile taassubu bütün şiddetile devam etmektedir. Bu iki kutup arasında, bölgeleri derece derece sıralamak mümkündür [50].

Bizce «inceste» fiilinin her iki nevi bölgede de suç telâkki edilmesi aynı derecede elzemdir: düşük seviyeli bölgelerde, aileyi ahlâk bakımından yükseltmek ve korumak için; aile ahlâkının kuvvetli olduğu bölgelerde ise, bu nevi fiilin bu gibi mahallerde uyandıracığı infial ve muvazenesizliğe en kuvvetli ifadesini verebilmek için.

III. *Ceza Kanunumuz*, her ne kadar yakın akrabalar arasında cinsî münasebeti bir suç telâkki etmemişse de, bu nevi akrabalar arasında vukubulan veya bulacak bazı cinsî münasebetlere tamamiyle yabancı kalmış sayılamaz.

Birçok hükümleri ile bunu önlemeye çalıştığına veya bazı cinsî suçlarda yakın akrabahğı bir ağırlatıcı sebep telâkki ettiğine şahit olmaktadır.

1 — *Cez. K.muzun 237 nci maddesinin ilk fıkrasına göre*: «Kanunun evlenmelerini menettiği kimselerin bu memnuiyetleri bildikleri halde akitlerini yapan evlenme memuru ile *bu suretle evlenenler* ve bunları evlenmeğe sevkeden veya evlenmelerine rıza gösteren veli veya vasileri üç aydan iki seneye kadar hapsolunurlar.»

Maddenin ceza tehdidi altında tuttuğu memurlar, müşevvikler, veli veya vasileri bir yana bırakalım. Görüyoruz ki, *Cez. K.muza göre*, evlenmelerinin kanunen memnu olduğunu bilerek evlenenler tecziye olunmaktadır [51].

Yalnız, açıklamamız icap eder ki, bu hüküm, ceza hukukunun anladığı mânada, yakın akrabalar arasındaki cinsî münasebeti «inceste» tecziyeden uzaktır.

a) Bir defa, «kanunun evlenmelerini menettiği kimseler» demekle, bu hüküm genişlemekte; belki de kanun koyucunun dahi arzuladığından

[50] Memleketimizdeki bu vaziyet hakkında kıymetli fikirlerine müracaat ettikimiz, sayın hocamız sosyolojik profesörü Z. FINDIKOĞLU da, bu hususta aynı kanaatte bulduklarını söylemişlerdir.

[51] *Cez. K. m. 237 için* bakınız: Resad BAYRAMOĞLU, *Devlet İdaresi Aleyhine İşlenen Cürümler*, Ankara 1943, sah. 104-111.

daha geniş bir saha kaplamak ve hattâ M.K. m. 88 ve müt. maddelerde mevzuubahis edilen ehliyet şartlarını ihtiva etmek temayülünü göstermektedir [52]. Fakat, içine hısımlık mâniini de aldığına göre, M.K. m. 92 de zikredilen hısımlar arasında *bu mânileri bilerek* vukubulan *evlenmeleri* de müeyyidelendirmiş bulunmaktadır.

Maddenin bu şümullü ibaresini kabil olduğu kadar dar tefsir etmek için denilebilir ki: mezkûr ibarede «men» den bahsedilip «ehliyetsizlik» nazara alınmamıştır. Binaenaleyh, hüküm yalnız; M.K. m. 92 ve müt. de mevzuubahis edilen ve M. K. m. 92 nin kenar başlığında «Mâniler» ana taksimatı altında toplanmış bulunan «hısımlık» ve «evvelki evlenme» - ve belki, bir ehliyet şartı olmaktan ziyade bir mâni telâkki edilmesi icap eden M.K. m. 89 f. 2 deki akıl hastalığı [53] - sebepleri ile evlenmeleri *men* edilmiş kimseleri kasetmektedir. Böylece, ibarenin genişlemesinden doğabilecek tehlike az çok bertaraf edilebilirse de yine birçok hususlar ibarenin şümülüne girer; meselâ iddet müddetinden (M.K. m. 95) veya M.K. m. 121 ile tahfif edilen evlât edinmeden (M.K. m. 92 f. 3) mütevellit memnuiyet halinde 237 nci madde tatbik sahası bulmakta devam eder.

Bu tâbir ile, M.K.muzun, kat'i, infisahi mahiyette telâkki ettiği ve 112 nci maddesinde mutlak butlan ile müeyyidelendirdiği mâniler sebebiyle evlenemeyecek kimseleri anlamak maslâhata en uygun tefsir tarzı ise de, mezkûr 237 nci maddenin «*kanunun evlenmelerini menettiği kimseler*» diyen ibaresinden bu kadar dar bir neticeye varmak, bize biraz güç görünmektedir.

b) Diğer taraftan madde, kanunen evlenmeleri memnu olanlar - ve bunlar arasında hısımlar - arasında vukubulan *evlenme akdini* mevzuubahis etmekle; doğrudan doğruya *cinsî münasebeti*, fiilî vaziyeti nazara almamaktadır: iki tarafın, mücerret, memnuiyeti bilerek *evlenmiş* olmaları suçun tekevvünü için kâfidir. Bu husus, beyyine bakımından ayrı bir ehemmiyet arzeder. İsbat edilmesi iktiza eden cima'ın vukubulduğu değil, evlenme akdinin tekevvünüdür.

e) Hükümün vaz'ındaki gaye de başkadır. 237 nci madde, Cez. K.muzun 2. kitabının 3. babının «Memuriyet ve mevkii nüfuzunu suiistimal edenler ve memuriyet vazifelerini yapmıyanlara ait cezalar» adını taşı-

[52] Nitekim BAYRAMOĞLU, s. g. e. sah. 105, 106 da, gayet geniş bir tefsirde bulunmaktadır.

[53] Bakınız: SCHWARZ, s. g. e. sah. 69. Dr. H. VELDET, *Medeni Hukuk Dersleri II, Aile Hukuku*, İst. 1946, sah. 69. Aksi kanaat; S. GÖNENSAY, *Medeni Hukuk*, Cilt II, kısım 1, İst. 1937, sah. 20. — Karşılaştırınız: *Evlenme Talimatnamesi*, mad. 9. — M. K. m. 112.

yan 4. faslında mündemiçtir ki, bu da; hükmün asıl gayesinin, bu gibi evlenmeleri akteden memurların veya akidlerinde hususî nüfuzunun rolü olan kimselerin tecziyesi olduğunu göstermektedir.

Maddeye, «kanunun evlenmelerini menettiği kimseler» ibaresi, ancak 11.VI.1936 tarihli ve 3038 sayılı tadilât kanunu ile ithal edilmiştir. 3038 sayılı kanunun esbabı mucibe lâyihasında tebarüz ettirildiği veçhile, bu ilâvenin asıl sebebi «mükerreren kadın alma» hâdisesini önlemek ise de; yukarıda izah etmiye çalıştığımız veçhile şümüllü bir mâna ifade etmesi bakımından, madde tehlikeli ve kanunun sistematiği yönünden ise, «kanunun evlenmelerini menettiği kimseler» in bu hükme ithal edilmiş olmaları yersizdir.

Cez. K. m. 237 deki hükmü hatırlatan ve Cez. K.muzun 1936 tadilâtından evvelki şekline göre tanzim edilmiş bulunan *Evlenme Talimatnamesi*'nin 29 uncu maddesinde «kanunun evlenmelerini menettiği kimseler» bahis mevzuu edilmemiştir [53a].

*Netice itibarile*, denilebilir ki, 237 nci madde, evlenme akdini tecziye etmekle beraber onun tabii bir neticesi olan cinsî münasebete dolayısıyla tesir etmekte; evlenmesi memnu akrabalar arasında *bilerek* ve *evlenme yoluyla* vukubulacak cinsî münasebeti ceza tehdidi altında bulundurmaktadır. Fakat, *evlenme dışında*, yakın akraba arasında vukubulacak cinsî münasebet Cez. K.muzca tecziye edilmemiş olduğu halde, 237 nci maddenin bir neticesi olmak bakımından, *daha meşru bir yol olan evlenme akdi ile* vukubulacak cinsî münasebet - dolayısıyla dahi olsa - cezalandırılmış olmaktadır. Bu vaziyet, Kanunun heyeti umumiyesi bakımından bir tenakuz teşkil etmektedir.

2 — Cez. K.umuz, yakın akraba arasında ve *evlenme dışı* cinsî münasebeti bazı hususî hallerde nazara almıştır. *Cez. K.muzun 417 nci maddesine göre*: «On beş yaşını bitirmiyen bir küçüğün ırzına geçmek» (Cez. K. m. 414 f. 1); «On beş yaşını bitirmiyen bir kimsenin cebir ve şiddet ve tehdit kullanmak suretiyle ırzına geçmek veyahut akıl ve beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolayısı fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimsenin ırzına geçmek» (Cez. K. m. 414 f. 2); «On beş yaşını bitiren bir

[53a] Madde 29: «Evlenmeleri kanunen memnu olan kimselerin bu hallerini bilerek akitlerini yapan, kanuni sebepler haricinde evlenme müracaatını reddeden veya kanuni şartlarını ifa etmeksizin evlenme vesikası veren ve ilân vesikasını veya evlenme kâğıdını görmeksizin evlenme yapan ve dini merasim lera edenler hakkında müddelimumillikçe takibat icra ve ceza kanununda yazılı cezalar tatbik olunur.»



kimsenin cebir, şiddet veya tehdit kullanmak suretile ırzına geçmek veya hut akıl ve beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarından dolayı fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimsenin ırzına geçmek» (Cez. K. m. 416 f. 1) suçlarını [54] irtikâp eden *usulden biri*, veya *veli*, veya *vasi* [55] ise, kanunen muayyen olan ceza yarısı kadar arttırılır.

Görülüyor ki, bu hallerde, evlenme dışında, bazı yakın akraba arasında bir cinsî münasebet mevcuttur. Fakat bu hüküm de, «inceste» fiilinin tecziyesi için kâfi değildir:

a) Kanunumuzun 414 - 416. maddelerinde, mehzaz İtalyan Cez. K. dan farklı olarak kullanılan tâbir «*cinsî münasebet*» değil, fakat daha geniş bir tefsire müsait olan «*ırza geçme*» tâbiridir. «Memleketimizdeki örf ve âdet ise, tenasül uzvunun erkeklere zahren ithalini ırza geçmek telâkki eylemektedir» [56]. Demek oluyor ki, bu bakımdan, Cez. K. muzun mezkûr hükümleri daha geniş olup, *aynî cinsiyette* kimseler arasında birleşmeyi de içine almaktadır. Halbuki, yakın akrabalar arasında cinsî münasebetin tecziyesinde nazara alınan münasebet, muhakkak, ayrı cinsiyette iki uzvun normal şekilde birleşmesiyle vukubulur.

b) Bu maddelerde mevzu bahis olan cinsî münasebetin bir suç teşkil edebilmesi için birçok hususî unsur ve şartların mevcudiyeti aranmaktadır [57]. Bu bakımdan ise, «inceste» fiilinin tecziyesi için bu hükümlerin çerçevesi dar gelmektedir.

c) Kanunumuz; yukarıda tadat edilen suçların, akrabalık bakımından, cezalarını ağırlatan sebep olarak, failin, mağdurun *usulü* veya *veli* veya *vasisi* olmasını aramaktadır. Binaenaleyh fûru ve diğer hısımlar bu hükmün haricinde kalmışlardır. Buradaki *veli*, M. K. nun anladığı mâna-daki veli, yani ana ve babadır (M. K. m. 262 ve müt.). *Usul* hususunda, 417. maddede nesebin sıhhati ve sıhrî hısımlık bakımından bir sarahat

[54] Diğer bazı - cinsî diyebileceğimiz - suçlarda da, yakın akrabalık bir ağırlatıcı sebep teskil etmektedir. Fakat Cez. K. m. 435, f. 2 ve 5 te «fuhuşa teşvik»; m. 436 da «fuhuş için aracılık ve kadın ticareti»; m. 417 nin şümulüne giren «ırza tasaddî» suçlarında, akrabalar arasında bir *cinsî münasebet*'ten bahsedilemeyeceği için, bunlardan sarfı nazar edeceğiz.

[55] Vasi ekseriya bir akrabadan seçilir. Nitekim M. K. m. 364 e göre: «Muhik sebepler olmadıkça, sulh mahkemesi, vasiliğe kasırın yakın kan veya sıhrî hısımlarından bu vazifeye ehil olan birini yahut karısını veya kocasını tercihan tayin eder».

[56] S. DÖNMEZER, s. g. e. sah. 28 ve müt. Bilhassa sah. 29-31.

[57] Bu unsurlar için: DÖNMEZER, s. g. e. sah. 21-51.

yoksa da, Cez. K.umuzun «akraba» yı sayan 259. maddesinin delâletiyle, bu usul akrabalığının, gerek sahih veya gayri sahih nesepten ve gerekse kandan veya sıhriyetten mütevellit olmasının hüküm üzerinde bir rol oynamıyacağını ve hepsine şâmil olduğunu istihraç etmek mümkündür[58]. Meselemizde, *vasiden*, ancak M. K. m. 364 hükmüne tevfikan [59], yakın akrabadan seçildiği takdirde bahsedebiliriz.

Demek oluyor ki, kanunumuzun 417. maddesinde nazarı itibara alınan akrabaların çevresi pek dar olup, bu bakımdan da yakın akrabalar arasında cinsî münasebetin tecziyesinde güdülen gayenin tahakkukuna kâfi gelmez.

IV. Yukarıda, Ceza Kanunumuzun, esas itibarile, yakın akrabalar arasında vukubulan cinsî münasebetleri tecziye etmediğini; fakat bazı hükümlerinde bu hususta, -dolayısıyla dahi olsa- ilgi gösterdiğini; bu hükümlerin, ceza hukukunun anladığı mânada, «inceste» fiilini memleketimizde önlediklerini iddia ettirecek kuvvet ve şümulde olmadıklarını tebarüz ettirmeye çalıştık. Bütün etüdümüz boyunca da, böyle bir münasebetin ceza hukukumuzda bir suç telâkki edilmesi icap ettiğini müdafaa etmekten geri kalmadık.

Ceza Kanunumuza böyle bir suçun ithalini arzularken, bu hususta temenni ettiğimiz birkaç prensip noktası üzerinde durmak istiyoruz:

1 — Yakın akrabalar arasında cinsî münasebet meselesini daha vazederken tebarüz ettirdiğimiz veçhile, ceza hukukunun aile müessesesine müdahalesini icap ettirecek hallere kıstas aramak ve bulmak hukukçuya, düşmektedir. Meselemizde iki menfaat çatışmaktadır: Bir yanda, aileyi lüzumsuz rezaletlerden korumak isteyen ve fertlerin *cinsî hürriyetine* geniş bir saha tanıyan *ferdî menfaat*; diğer yanda, -fizyolojik sebeplerden sarfı nazar-, cemiyetin çekirdeğini teşkil eden aileyi muayyen bir seviyede tutmak isteyen ve aynı zamanda sosyetenin edep ve iffet duygularını müdafaa etmekle mükellef olan *içtimâî menfaat*.

Bu iki menfaati telif kaygusu ile, «*umumî bir rezaleti mucip olma*» ve «*temadî*» vasıflarından hiç olmazsa birincisinin suçun unsurlarından sayılması ve diğerinin de kanunî ağırlatıcı bir sebep olarak zikredilmesi taraftarıyız. Umumî bir rezaleti mucip olma vasfını tesbit etmek bir hayli güç ise de imkânsız değildir. Nitekim, münasebetin yayılması, görünmemesi hususunda tedbir almamak, yahut herkese anlatmak gibi hâdiseler,

[58] Aynı kanaat: DÖNMEZER, s. g. e. sah. 67, 68.

[59] Bakınız: not 55.

netice itibarile, umumî hayâ hissine sarîh veya zımnî olarak karşı koyar bir vaziyet takınmak [60] bu vâsfa ithal edilebilir.

İsv. Cez. K. bu hususiyetlerden hiç birini, «inceste» fiilinin tecziyesi için aramamaktadır. İsviçrede bu şeklin kabul edilmiş olmasında, dar kanton hayatının rolü bulunsa gerektir. Kaldı ki, buna mukabil, İsv. Cez. K., tecziye ettiği akrabaları son derece tahdit etmekle, bir yandan genişlemeğe olan temayülünü diğer yandan daraltmış bulunmaktadır.

2 — Bu cinsî münasebet, her nasılsa, evlenme ile husule gelmişse, vaziyet ne olacaktır?

Yukarıda da tebarüz ettirmeğe çalıştığımız gibi, Cez. K. m. 237, mevzu ve gaye bakımından büsbütün başka bir zihniyet gütmektedir. «Kanunun evlenmelerini menettiği kimseler» in bu hükme ithal edilmiş olmaları hem kullanılan tâbirin şumulü bakımından tehlikeli, hem de sistem bakımından hatalıdır. Bizce, 237. maddenin birinci fıkrası sadece memurlara ve nüfuzunu fena kullananlara inhisar ettirilmelidir. Kaldı ki mezkûr madde, diğer sebeplerle de acı acı tenkit edilmektedir [61]. 237. madde tâdil edildikten sonra, evlenme memnuiyetini bilerek evlenenler, Cez. K. m. 258 de bahsedilen hakikat hilâfına beyan hükmüne tevfikân cezalandırılabilirler.

237 nci maddenin tâdil edilmemesi ve «inceste» suçunun da kanuna ithal edilmesi halinde, bir fiil ile kanunun muhtelif hükümlerinin ihlâl edilmesi halî mevzuubahis edilerek *fikrî içtima* kaideleri (Cez. K. m. 79) tatbik edilebilir [62].

3 — Yakın akrabalar arasında cinsî münasebeti cezalandırırken, bu akrabalığın *yakınlığı* üzerinde durmak ve bu hususu sarîh bir şekilde tesbit etmek lâzımdır. Cez. K., memleketin pozitif hukukunda mevcut olması iktiza eden vahdeti ihlâl etmemek için, M. K.un saydığı hısımlar haricine çıkmamakla beraber, bunları tekrar ele almalı ve saymalıdır. Cezaî müeyyide mevzuubahis olduğuna göre, burada aranacak hısımlık daha dar

[60] MANZINI, *Trattato di diritto penale Italiano*, C. VI, Torino 1922, sah. 570.

[61] Bakınız: not 49.

[62] Alman ceza hukukunda, kendi kızının ırzına tecavüz eden bir baba için «inceste» ile «ırza tecavüz» suçları arasında fikrî içtima kaldelerinin tatbik edileceği kabul edilmiştir (von LISZT, *Traité de Droit Pénal Allemand*, 1913, C. I, sah. 357, 358). — Keza, İsviçrede, Federal Mahkemenin yeni kurulan ceza dairesi, 15 ekim 1942 (ATF 68 IV 129) de vermiş olduğu bir kararda, «inceste» ile «çocukların edep ve iffetlerine tecavüz» suçları hakkında, fikrî içtima kaldelerinin tatbik edileceğini kabul etmiştir. (F. CLERC, s. g. e. C. II, sah. 106).

tutulmalıdır. Nitekim İsv. Cez. K., bu ahvalde, İsv. M. K. dan daha dar hareket etmiştir.

Cez. K. umuzun 259. maddesine göre: «Ceza Kanunu itibarile akrabadan murat, karı-koca ile usul ve füru ve kardeş ve kız kardeş ve amca ve dayı ve hala ve teyzelerle yeğenler ve bunlar derecesindeki sıhri akrabadır». Cez. K. muz, «inceste» suçunu kabul ettiği takdirde, suçun tekevvünü için arıyacağı akrabalığı gerek Cez. K. m. 259 ve gerekse M. K. m. 92 den daha dar tutmalıdır.

Bu mülâhazamızın sebebi açıktır. Cinsî münasebette bulunanlar arasında mevcut hısımlık ne kadar uzak olursa, fiilin aile ahlâkiyatına tesiri ve âmme vicdanında uyandıracığı infial ve âmme menfaatini tehdit derecesi o nisbette azalır ve bir dereceden sonra artık cezaî müeyyideyi icap ettirmiyebilir. Alm. Cez. K., bu mülâhaza iledir ki, «inceste» suçuna hükmedilecek cezayı, bu suçu irtikâb etmiş akrabaların yakınlığına göre derecelendirmiştir.

4 — Yakın akrabalar arasında cinsî münasebetin tecziyesi probleminde çatışan ferdi menfaat ile içtimaî menfaati telif zımında alınacak tedbirlerden birini de *kısa dava müruru zamanı* teşkil etmektedir [63]. «inceste» suçunun dava müruru zamanı, diğer suçlara nisbetle daha kısa olmalıdır. Böylece, aleniyet ve rezaletten uzak tutulması icap eden «aile işleri» zaman içinde himaye edilmiş olurlar.

**Halid Kemal ELBİR**

[63] Kısa müruru zaman vaz'ı sebepleri hakkında bakınız: CLERC, s. g. e. C. II, sah. 107.