

# CEZA HUKUKU VE ENSEST FİİLLER ARASINDAKİ İLİŞKİYE GENEL BİR BAKIŞ

*(An Overview to the Relationship Between  
Incest and Criminal Law)*

Asiye Selcen ATAÇ\*

## ÖZET

Ceza hukukunda ensest ilişki genel olarak, evlenmeleri yasak olan yetişkinler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişki olarak tanımlanmaktadır. Ancak ensest ilişkinin ceza hukuku alanında suç olarak düzenlenmesi gereken bir eylem olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bu çalışmada öncelikle ensest ilişkinin; bir hakkın kullanımı şekli olup olmadığı, herhangi bir hukuksal yararı ihlal edip etmediği hususları tespit edilerek, ensest ilişkinin suç olarak düzenlenmesi gerekmediği sorununa cevap aranmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Ensest, Ceza hukuku, Suç, Cinsel özgürlük, Özel hayata saygı hakkı

## *Abstract*

In criminal law incest is defined as the sexual relationship between adults whom marriage is forbidden. However it is still a matter of discussion whether incest should be regulated as a crime in criminal law. In this study in order to provide a solution to this issue, the problem is discussed primarily from the perspective whether incest is a way of execution of a right and whether it is a violation of a legal benefit.

**Keywords:** Incest, Criminal law, Crime, Sexual freedom, Right to respect to private life

## I- Tanım, Kavram, Tarihçe

Ensest kelime olarak Latince “in cestus” dan gelmekte olup, sıfat olarak pis kirlenmiş, temiz olmayan anlamına gelmektedir. Günümüzde bu terim, evlenmeleri, ahlakça, hukukça, dince yasaklanmış yakın akraba olan kadın ile erkeğin cinsel ilişkide bulunmalarını ifade etmektedir<sup>1</sup>. Türkçede karşılığı olmayan ensest,

\* Yrd. Doç. Dr., Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Polat, Oğuz, Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı Tanımları I, Ankara 2007, s.159.

Arapça'da fücür kelimesiyle ifade edilmektedir. Fücür, yakınlararası cinsel ilişki anlamına gelmektedir<sup>2</sup>.

Tarihte yasaklı bir tabu olan ensest, geleneksel olarak biyolojik açıdan akrabalık bağı olan aile bireyleri arasındaki ilişki olarak açıklanmaktadır. Klasik ensest ilişki, sadece kan bağına dayanmaktadır. Yakın ilişkilerin kurulmuş olduğu ebeveyn bağının ve güvenin oluşmuş olduğu veya ebeveynlerle olan ensest ilişki kavramı uzun yıllar görmezlikten gelinmiştir<sup>3</sup>. Ensest, bir tanıma göre, eşlerin dışında aile bireyleri arasında gerçekleşen cinsel davranışlar olarak tanımlanmaktadır<sup>4</sup>. Ensest ilişkinin; biyolojik ebeveynler ile çocukları arasında (anne-oğul, baba-kız), erkek kız kardeşler arasında, üvey anne - oğul, üvey baba - kız ya da anne- baba ve evlatlık çocuklar arasında gerçekleştiği görülmektedir<sup>5</sup>.

Ensest yasaklarının evrensel nitelikte bir toplumsal kural oluşturduğu, farklı kültürlerle bakıldığında ensesti yasaklayan kuralların olduğu görülmektedir. Kültürel farklılıklar nedeniyle ensestin kapsamı değişiklik göstermektedir. Ancak bütün kültürlerde asıl hedef, ensest kapsamına giren cinsel ilişkileri önlemektir<sup>6</sup>.

Tarihi açıdan bakıldığında ensestin; Peru, Mısır ve Japonya'da kraliyet ailesinin saflığını korumak için meşru olarak kullanılan bir yol olduğu görülmektedir. Eski Yunan Uygarlığı'nda da ensest çok sık gündeme gelen bir konuydu. Sofokles'in Oidipus isimli tragedyası bilinen en önemli eserdir. Eski çağlarda ise örneğin totemizm döneminde anaerkil klan topluluklarında anasoyu ailesinde soy çocuğa anadan geçmekte, baba ile çocuk arasında kan bağı bulunmadığı kabul edilmekteydi. Çocuklar tamamen anaya ait olduklarından, baba ile kız arasındaki cinsel ilişki ya da evlilik totem tabusunu veya kendi soyunun dışından evlenme yani ekzogami<sup>7</sup> kuralını bozmamaktaydı. Ancak anaerkil toplumdaki totem kuralları kız ve erkek kardeşler arasındaki cinsel ilişkide katılık göstermekteydi. Ana-oğul arasındaki ilişki de yasaklı ve tabu olarak karşılanmaktaydı. Ataerkil aile yapısına geçişle birlikte, soybağı erkek soy çizgisinden izlenmeye başlanılmış, tek eşlilik gelişmiş ancak çok yakın kan akrabaları arasındaki evlenmeyi yasaklayan serbest evliliğe giden aşamaya gelinmiştir. Bu sistemde de anaerkil aile yapısından farklı olarak babanın çocuklar üzerinde her türlü cinsel eylemi ensest kapsamında görülmüştür<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Büyük Türkçe Sözlük, www.tdkterim.gov.tr, Erişim tarihi: 11.03.2013.

<sup>3</sup> Polat, s.159.

<sup>4</sup> Mayer, Adele, Incest: A Treatment Manual for Therapy with Victims, Spouses and Offenders, 1983, s.4.

<sup>5</sup> Tuğrul, Ahmet Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar- Ensest İlişkiler, Ankara 2010, s.27.

<sup>6</sup> Sezgin, Ayşen Ufuk, Ensestin Ruhsal Değerlendirilmesi Uzman Tanıklık, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1998, s.11.

<sup>7</sup> Ekzogami anlamı için bkz. Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü, www.tdk.gov.tr, Erişim tarihi: 22.05.2013.

<sup>8</sup> Polat, s.162-165. Ensest ilişkinin tarihçesi için bkz: Meiselman, C.Karın, Incest, "The Origins of the

Encest olgusu biyolojik, psikolojik ve sosyolojik boyutta incelenmiştir. Biyolojik boyutta yapılan araştırmalarda encestin kalıcı ve sürekli bir ilişki olarak ortaya çıkması sonucunda özellikle oğul döllerin genetik materyalinde zararlı genetik çekimlik genlerin homozigotileşmesinden kaynaklanan, gelişmenin yavaşladığı, immunitenin sisteminin zayıfladığı ve buna bağlı olarak hastalıklara karşı direncin azaldığı, döllenme oranının düştüğü tespit edilmiştir. Psikolojik açıdan encest, intra-psişik bir süreç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu konuda Freud'un kuramının temelini oluşturan oedipus ve electra kompleksi birer encest tipleridir. Sosyolojik açıdan din, coğrafya, yöre, dar bir çevrede izole bir biçimde yaşam enceste etken olarak gösterilmiştir<sup>9</sup>.

## II- Encest İlişkinin Suç Olarak Düzenlenmesi Sorunu

Ceza hukukunda encest ilişkisi genel olarak, evlenmeleri yasak olan **yetişkinler** arasındaki **rızaya dayalı** cinsel ilişki olarak tanımlanmaktadır<sup>10</sup>. Ancak encest ilişkisinin ceza hukuku alanında suç olarak düzenlenmesi gereken bir eylem olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bu soruya cevap bulabilmek için öncelikle encest ilişkisinin; bir hakkın kullanım şekli olup olmadığı, encest ilişkisiyle herhangi bir hukuksal yararın ihlal edip etmediği hususları tespit edilmelidir. Encest ilişkisi sözkonusu olduğunda, cinsel özgürlük ve özel hayata saygı ile ahlak, ailenin korunması ve kamu sağlığı gibi hukuksal yararlar karşı karşıya gelmektedir<sup>11</sup>.

### A-Cinsel Yaşam Özgürlüğü ve Encest İlişkisi

Kişinin özel hayatı, dokunulmazlığının bir devamı ve koruyucu unsurudur<sup>12</sup>. Özel hayatın dayanağı olan iki temel ilke, özel yaşam bağımsızlığı ve gizliliğidir. Bağımsızlık en geniş anlamda kişinin yaşam biçimini ve türünü, davranışlarını, kişisel eylemlerini ve ilişkilerini tercih etme hakkıdır. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. maddesinde özel hayata saygı hakkı düzenlenmiştir. 8. maddede yer alan kavramlar bir bütün teşkil eden özel hayatın, farklı unsurlarıdır. Bu nedenle İHAM, 8. maddeye ilişkin bir başvuruyu aile ya da konut gibi alt unsurlara bakmadan özel

Incest Taboo" in: A Psychological Study of Causes and Effects with Treatment Recommendations, s.1-26, 1986.

<sup>9</sup> Işıktaç, Yasemin, "Encest ve Hukuka Yansıması", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 66, Sayı: 4-5-6, İstanbul 1992, s.344 vd.

<sup>10</sup> Sancar, Türkan Yalçın/ Yaşar, Tuğçe Nimet, "Encest, "Genel Ahlak" ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kararı", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:80, 2009, s.247.

<sup>11</sup> Encest ilişkisinin, suç olarak düzenlendiği ceza kanunlarına bakıldığında; İtalyan Ceza Kanunu'nda aile ahlakına karşı bir suç olarak 564. maddede, Alman Ceza Kanunu'nda, şahsi hale, evlilik birliğine ve aileye karşı suçlar başlığı altında 173. maddede, Avusturya Ceza Kanunu'nda cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlük başlığı altında 211. maddede, İsviçre Ceza Kanunu'nda ise aileye karşı suçlar başlığı altında 213. maddede düzenlendiği görülmektedir. Sancar/Yaşar, s.249.

<sup>12</sup> Bayraktar, Köksal, "Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:2007, Sayı:1, s.117.

hayata müdahale genel başlığı altında ele almaktadır<sup>13</sup>. Öğretide İHAM'ın, adil yargılanma hakkında olduğu gibi, 8. maddeye ilişkin şikayetleri, özel hayata müdahale başlığı altında ele aldığı, özel hayata saygı hakkının kendisini oluşturan unsurlardan ayrı bağımsız bir yapıyı haiz olduğu belirtilmektedir<sup>14</sup>.

Ancak İHAM her türlü cinsel faaliyete 8. madde kapsamında bir koruma tanımamıştır. Mağdur bakımından onura aykırılık taşıyan ya da ağır bedensel zarar doğurma riskini taşıyan cinsel davranışlara gösterilen rıza geçerli değildir<sup>15</sup>. Laskey, Jaggar ve Brown/Birleşik Krallık davasında cinsel tatmin amacıyla sado-mazoşist faaliyetlerde bulunan ve bu nedenle cezalandırılan kişilerin İHAM'a yaptıkları başvuruda, Mahkeme olayın kamu sağlığı, ceza hukukunun caydırıcı etkisi ve kişisel iradeyle ilgili bir konu olduğunu, somut olayda ciddi zararlar doğmamış olsa bile devlet yetkililerinin bu tip fiilleri suç sayıp saymama kararı verirken bu fiillerin ilgililere zarar verebilme potansiyelini de göz önüne alma hakkına sahip olduğunu belirtmiştir<sup>16</sup>. Cinsel yaşam özgürlüğü, özel hayata saygı hakkının unsurudur. Kişinin bedeni, moral bütünlüğü ile cinsel yaşamı özel yaşam kapsamındadır<sup>17</sup>. Kişinin cinsel tercihleri ve bu tercihlere uygun yaşamı, kişinin özel hayatının önemli bir unsurudur<sup>18</sup>. Enest ilişkide, kişinin rıza göstererek üzerinde tasarrufta bulunduğu hak, özel hayata saygı hakkı kapsamında yer alan, özgürce cinsel yaşamını sürdürebilme hakkıdır. Cinsel yaşam özgürlüğü, kişinin irade özerkliğinin kullanım şekillerinden biridir. Enest ilişki, cinsel yaşam özgürlüğünün kullanım şekillerinden biri olarak kabul edildiğinde, öncelikle enest ilişkide kullanılan hakla, enest ilişkiyle herhangi bir hak ya da değer ihlal edilip edilmediği, ihlal edildiyse bu ihlalin özgür cinsel yaşama sahip olma hakkı karşısında ağır basıp basmadığı belirlenmelidir. Enest ilişkiyi suç olarak düzenleyen mevzuatlara bakıldığında, ailenin korunması, genetik yapının korunması, ahlakın korunması, korunan hukuksal yararlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

## B- Enest İlişkinin İhlal Ettiği Hukuksal Yarar

Enest ilişkinin suç olarak düzenlendiği örneklere bakıldığında, bu fiillerin yasaklanmasının en yaygın ve önemli nedenlerinden birisi, aralarında kan bağı bulunan insanlar arasındaki cinsel ilişkinin genetik olarak sorunlu nesillerin ortaya

<sup>13</sup> Gözübüyük, Şeref /Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması" 9. Bası, Ankara 2011, s.331.

<sup>14</sup> Bkz. Zafer, Hamide, Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m.132-134), Beta, 2010, s.29.

<sup>15</sup> Tezcan, Durmuş/Erden, Mustafa Ruhan/Önok, Murat, Ceza Özel Hukuku, s.314.

<sup>16</sup> Duterte Gilles, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2003, s.301-303, aktaran Zafer, Özel Hayat, dipnot: 158, s.35.

<sup>17</sup> Kaboğlu, İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İmge Yayınevi, İstanbul 2002, s.292, 293.

<sup>18</sup> Zafer, Özel Hayat s.29.

çıkmasına neden olabileceği düşüncesidir<sup>19</sup>. Bu açıdan bakıldığında encest ilişki yasağı ile korunmak istenen hukuksal yarar, gelecek nesillerin potansiyel genetik sağlığıdır. Burada kamu sağlığı korunan hukuksal yarar olarak ifade edilebilir.

Karşı görüş; encest ilişkii yasaklayan kurallarla korunmak istenen hukuksal yarar genetik sorunları engellemekse, down sendromlu çocuk sahibi olma ihtimalini bilerek çocuk yapanlara da farklı davranılmaması gerektiğini, toplumda kural olarak genetik bozukluğunu bilerek çocuk sahibi olan ebeveynlerin saygı gördüğünü ancak encest çiftlerin dışlandığını belirtmektedir<sup>20</sup>.

Aile birliğini ve yapısını korumak, korunan bir diğer hukuksal yarar olarak karşımıza çıkmaktadır. Korunan hukuksal yarar olarak aile birliğinin öne sürüldüğü düzenlemelere göre encest yasağı aile birliği içinde uygun rol model sağlanarak kişiler gelecekteki ailesel sorumluluklarına hazırlamaktadır. Ancak bu gerekçeye bakıldığında dünyadaki eşcinsel evliliklerin de yasak olması gerektiği sonucu ortaya çıkar. Kişilerin cinsel tercihleri cinsel özgürlük kullanımındaki irade özerkliğinin bir gereğidir. İHAM içtihatlarında da belirtildiği üzere, ergin kişilerin eşcinselliğinin yaptırımı bağlanması özel yaşama saldırı niteliğindedir<sup>21</sup>. Encest ilişkii bu gerekçeyle cezalandırmak, aile yapısının korunmasından beklenen faydayı sağlamayacaktır<sup>22</sup>.

Encest ilişki yasağı ile korunmak istenen hukuksal yararın toplumsal ahlak olduğu, bu nedenle encest ilişkinin cezalandırılması gerektiği ileri sürülen bir diğer görüştür. Ancak belirtmek gerekir ki, bugünkü ceza hukuku anlayışında cinsel nitelikteki eylemlerin suç haline getirilmesinde, korunan hukuksal yarar toplumsal ahlak değil, cinsel özgürlüktür<sup>23</sup>.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin Alman Ceza Kanunu'nda kardeşler arası encest ilişkii düzenleyen 173/2-2 maddesinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan davada vermiş olduğu karar dikkat çekicidir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin kardeşler arası encest ilişkii suç olarak düzenleyen ceza normunun, Alman Anayasasında yer alan cinsel özgürlüğe ilişkin düzenlemeyle, ayrımcılık yasağını ihlal ettiği, bu normun anayasada yer alan eşit davranma ilkesi ile bağdaşmadığı, hükümde yer alan yaptırımın orantılı olmadığı iddiasıyla Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüştür. Ayrıca yapılan itirazda hükmün sadece ahlak anlayışını ele alarak, hukuki menfaat-

<sup>19</sup> Dubber, Mark, "Policing Morality: Constitutional Law and The Criminalization of Incest", University Of Toronto Journal, 61, 2011, s.755; Bergelson, Vera, "Vice is Nice But Incest is Best: The Problem of a Moral Taboo", s.46.

<sup>20</sup> Bergelson, s.47.

<sup>21</sup> Kaboğlu, s.294. Aile yapısını korunan hukuksal değer olarak kabul edilmesine yönelik eleştiri için ayrıca bkz. Dubber, s.754.

<sup>22</sup> Bergelson, s.49.

<sup>23</sup> Centel, Nur, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Saldırı Suçu ve Cinsel Suçlar Değişiklik Tasarısı'nın Değerlendirilmesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Mart- Nisan 2012, s.271.

lerin korunmasına hizmet etmediği, aile, sosyal yapı ve genetik açıdan ileri sürülen tehlikeli etkilerin deneysel olarak ispatlanamadığı belirtilmiştir (§.III.24). Alman Yüksek Mahkemesi'nin verdiği kararda; Alm. CK'nun 173. maddesinde<sup>24</sup> yer alan suç ile ailevi iç ilişkilerin korunması, ailenin kurumsal nitelikte korunması, enest ilişki sonucunda aile içinde rollerin değişmesiyle birlikte ailenin toplumsallaşma görevini yerine getiremediği belirtilmiştir (§A.27)<sup>25</sup>. Ayrıca enest ilişki sonucunda doğan çocukların fiziksel, psikolojik birtakım sorunlar yaşadığı, toplum tarafından dışlandığı, yakın aile mensuplarının çift işlevi nedeniyle akrabalık ilişkisi ve sosyal rol dağılımının kesişmesi nedeniyle kimlik kaybı yaşandığı bu suretle ailedeki yapısal düzenin bozulduğu ifade edilmektedir. (§A.28; §B. 45). Bu suretle yaşanan ilişkilerde kişisel kimlik kaybı ve aile yapısının kaybı nedeniyle onurlu yaşam hakkına saygı duyulmasının mümkün olmayacağı belirtilmiştir (§A. 28)<sup>26</sup>.

Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararında, Alm. CK m.173/2-2 hükmünün, özel hayatın çekirdek alanına müdahale teşkil etmediği, 173/2- ile özel hayatın kullanım biçimine bir sınır getirildiği ifade edilmektedir. Mahkeme kararda, kardeşler arası cinsel ilişkinin sadece cinsel ilişkide bulunanları ilgilendirmediğini, aynı zamanda aileyi ve toplumu da etkilediğini ifade etmektedir. Mahkeme Alm. CK 173/2 maddesiyle üçlü bir koruma alanı yaratıldığını belirtmektedir. Bu hükümle enest ilişkiye giren tarafların korunması, aile düzeninin korunması ve enest ilişkiden doğacak çocuklarda ortaya çıkabilecek ağır genetik hastalıkların önlenmesi amaçlanmaktadır. Ayrıca enest toplumdaki tabu olması nedeniyle, bu ilişki sonucunda doğacak çocukların soyları nedeniyle ayrımcılığa uğramalarının kuvvetle muhtemel olduğu belirtilmiştir<sup>27</sup>. Belirtilen nedenlerle Alman Federal Anayasa Mahkemesi Alm. CK 173/2-2 maddesinde yer alan kardeşler arasındaki enest ilişkiyi yasaklayan ceza normunun anayasaya aykırılığı iddiasını reddetmiştir.

## SONUÇ

Yukarıda da ifade edildiği üzere enest ilişki, biyolojik ebeveynler ile çocukları arasında (anne-oğul, baba-kız), erkek- kız kardeşler arasında, üvey anne - oğul, üvey baba - kız ya da anne- baba ve evlatlık çocuklar arasında gerçekleşmektedir<sup>28</sup>. Ceza hukuku anlamında enest ilişki ise evlenmeleri yasak olan yetişkinler arasında rızaya dayalı cinsel ilişki olarak tanımlanmaktadır.

<sup>24</sup> Madde 173 "Akrabalar Arasında Cinsel İlişki

<sup>1)</sup> Herkim, altsoy öz hısımları ile cinsel ilişkide bulunursa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır.

<sup>2)</sup> Her kim, üstsoy öz hısımları ile cinsel ilişkide bulunursa, iki yıl kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır; akrabalık ilişkisi sona erdirilmiş olsa dahi bu hüküm uygulanır. Birbirleriyle cinsel ilişkide bulunan öz kardeşler de aynı şekilde cezalandırılır. \*Yenisey, Feridun, Plagemann Gottfried, Sstrafgesetzbuch (StGB), Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009, s.239.

<sup>25</sup> Sancar/Yaşar, s.263, 264.

<sup>26</sup> Sancar/Yaşar, s.265, 271.

<sup>27</sup> Sancar / Yaşar, s. 274.

<sup>28</sup> Tuğrul, Ahmet Ceylani, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar- Enest İlişkiler, Ankara 2010, s.27.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararda da görüldüğü üzere, suç politikası bakımından, ailenin, gelecek nesillerin potansiyel genetik sağlığının korunması, kişinin cinsel yaşam özgürlüğünden daha ağır basan bir değer olarak ortaya çıkmakta ve bu nedenle enstest ilişki suç olarak düzenlenmektedir. İç hukuka bakıldığında enstest ilişki, medeni hukukta evlenme yasakları olarak (TMK m.129) karşımıza çıkarken, ceza hukuku alanında, **aralarında evlenme yasağı olan yetişkinlerin rızaya dayalı** olan cinsel birleşmelerinin suç olarak düzenlenmediği görülmektedir. Ancak öğretilerde, rızaya dayalı ve rızaya dayalı olmayan enstest ayrımı yapılmıştır. Bu ayrıma göre; 5237 sayılı TCK'da cinsel saldırı başlığı altında, cinsel saldırının aralarında üçüncü derece dahil kan kayın hısımlığı bulunan kişiye karşı işlenmesi hali, yani rızaya dayanmayan enstest ilişki, cezayı ağırlaştırılan bir neden olarak düzenlenmiştir (TCK m.102/3-c). Diğer taraftan çocukların cinsel istismarı başlığı altında, üstsoy, ikinci veya üçüncü derece kan hısmı, üvey baba, evlat edinen kişiler tarafından çocuğa karşı işlenmesi hali, geçerli rızaya dayanmayan enstest ilişki, cezayı ağırlaştırılan bir neden olarak düzenlenmiştir (TCK m.103/3)<sup>29</sup>. TCK'da, evlenmesi yasak olan yetişkinler arası rızaya dayalı cinsel ilişki -enstest ilişki- suç haline getirilmemiştir. Örneğin, yetişkin bir kız ile babası arasında rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel ilişki suç değildir. Ancak belirtmek gerekir ki, fiilin **geçerli bir rızaya** dayalı olup olmadığının ispatı oldukça zordur. Bu durumda, yetişkin kız evladın; cinsel ilişkiye girmediği takdirde, zarara uğrayacağını düşünmesi ve bu düşüncenin yarattığı korkunun irade üzerinde bir baskı oluşturması, bu baskının zor unsuru olarak iradeyi etkilemesi ve bu nedenle rıza gösterildiğinin tespit edilmesi halinde artık geçerli bir rızadan söz edilemez. Fiil, mevcut TCK m. 102/3-c hükmüne göre suç teşkil etmektedir.

Kanımızca, evlenmesi yasak olan yetişkinler arası rızaya dayalı enstest ilişkinin, ailenin yapısının korunmasına ya da genetik sağlığın korunmasına yönelik hukuksal değerleri ihlal etmesi, bu eylemin suç haline getirilmesi için yeterli değildir.

Bir eylem, bir hukuksal değeri ihlal etse dahi, o eylemin cezalandırılması, yani ceza hukuku alanında yaptırıma bağlanabilmesi için, cezaya liyakat, ceza hukukunun son çare oluşu ilkeleri doğrultusunda değerlendirme yapılması gereklidir<sup>30</sup>. Bu bağlamda enstest ilişkinin genel olarak toplumsal ahlaka aykırı oluşu, aile yapısı ve düzenini ihlal edici nitelikte olması, bu eylemlerin ceza hukuku alanı içinde suç

<sup>29</sup> Sancar/Yaşar, s. 247. 765 sayılı TCK'nun 237.maddesinde evlenmeleri yasak olan yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkiyi evlenmeleri halinde suç sayan bir düzenleme mevcuttu. Bu kişiler evlenmedikleri müddetçe eylem cezalandırılmamaktaydı. Ayrıca bu madde hükmüne göre evlenmeleri yasak olan bu kişilerin bilerek evliliğini gerçekleştiren evlenme memurları, bu kişileri evliliğe sevk eden veya rıza gösteren veli ve vasilerde cezalandırılmaktaydı. Alpsoy, Arif Nihat, Erginler Arasında Rızaya Dayalı Fücur İlişkinin Cezalandırılma Problemi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2003, s.84.

<sup>30</sup> Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, s.1030.

haline getirilmesi için yeterli değildir. Aynı zamanda, ceza hukuku alanının son çare olması ilkesi gereğince, cezalandırmanın fayda sağlayacağı eylemlerin suç olarak düzenlenmesi bugünkü ceza hukuku anlayışına daha uygun olacaktır<sup>31</sup>. Bu nedenle öğretide de evlenmeleri yasak olan yetişkin kişilerin rızaya dayalı cinsel ilişkilerinin cezalandırılmasının hukuk kuralları yerine etik ve dini kanunlara bırakılması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>32</sup>. Zira eylemin suç haline getirilmesiyle, ceza hukuku alanında uygulanacak yaptırımların toplumsal ahlakı ve aile yapısını koruma noktasında ve bu bakımdan yetişkinler arasında rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen ensest ilişkiyi engellemek adına bir etkisi olmayacağı kanaatindeyiz.

<sup>31</sup> Nuhoğlu, Ayşe, *Aile Düzenine Karşı Suçlar*, Beta 2009, s. 4,5.

<sup>32</sup> Yarsuvat, Duygun, "Mukayeseli Hukukta Cinsi Suçlar ve Müeyyideleri", *İÜHFİM*, C.XXX. S.1-2, s.115.