

CEZA SİYASETİNDE SEÇENEK YAPTIRIMLARIN RASYONELLİĞİ

Mustafa Tören YÜCEL*

Kriminoloji Bilinci

Durkheim'in "*Hukukî Gelişim Teorisi*"ne göre, toplumlar karmaşık yapılı modern tiplere doğru geliştikçe, hukuk sistemlerindeki cezalandırıcı kuralların, tüm kurallara oranı azalmakta, buna karşılık iade edici/tazmini nitelikteki hukuk kurallarının tüm kurallara oranı ise gittikçe büyümektedir. Bu kurama karşın bazı ülkelerdeki görüntü halen 150 yıl öncesi anlayışını sergiler niteliktedir. Bu durum belli ölçüde rasyonel akıl ile duygusal zekanın aynı derecede gelişme göstermemesi sonucu belirmekte ise de, konumuz açısından, kriminoloji/penoloji konularındaki okur yazarlığın derecesi ve yaygınlığının etkili olduğu belirtilebilir. Bunu özellikle Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde kriminoloji dersi alan öğrencilerimin farkındalık ve duyarlılığında gözledim. Kuşkusuz, insanın duygularının sesini hiç dinlememesini beklemek, insandan fıtratını terk etmesini istemek de olsa, ortak kararlar alınması gereken konularda ise ortak veri tabanından hareket etmek zorunluluğu vardır. Bu anlamda suç ve ceza konusundaki duygular ortak değildir. Benzer olaylarda dahi toplumların değişik duygularla davranabildiğini dünya penolojik profiline bakıldığında saptamak kolaydır. Ortak payda ise, yalnızca ve yalnızca kriminolojik araştırmaların sergilediği ortak akıldır. Bu payda ise kuralları, sistematığı, metodolojisi ortak tayin edilmiş araştırmalarda, rasyonel akıl kullanarak geliştirilmektedir. Şimdi sizlerle gelişen ortak akıl bulgularını mesleki gözlemlerim ışığında paylaşmak istiyorum.

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Sosyoloji Anabilim Dalı başkanı.

Hapis Cezası

Hapis cezası etkinlik ölçüsü olarak, toplam cezaevi nüfusundaki yüksek hükümlü oranı, özellikle aynı ceza siyasetini uzun yıllar takip eden ülkelerde az suç işlenmesi şeklinde beklenebilir. Bu konuda geçerli testler yapılamazsa da, korelasyonun, kriminolojik görüntünün beklenen yönde olmadığı, suç ve ceza olgusunun ayrı dinamikleri olduğu görülmektedir. Öte yandan, mevcut korelasyonun, cezaevi nüfus oranı düşük ülkelerin daha sert bir ceza siyaseti uygulayan ülkelere daha az oranda suç işlendiğine işaret ettiği de açıkça saptanmamıştır. Bunun en belirgin örneğine Finlandiya'da tanık olunmuştur. Ülkede işlenen suçların artış göstermesine karşılık cezaevi nüfus oranı azalmaktadır. 100.000 nüfustaki mahpus sayısı Finlandiya'da 60'dır. Japonya'da ki oran da aynı düzeydedir(62).

Ülkeler cezaevi nüfusundaki farklılıkta temel parametre, para cezası ile seçenek yaptırımlara başvurulması oranı ötesinde, hükmedilen hapis cezalarında çekilen ortalama hapis cezası süresidir. Bu bağlamda negatif göstergeler sergileyen ülkeler arasında(2004/2005 yıllarında ABD 726, Rusya 550, Doğu Avrupa 182, Batı Avrupa 109, İskandinavya 72) ülkemiz de(2008 yılında 135)¹ yer almaktadır. 5275 sayılı yeni CGTİK ile şartlı salıverilmesi için çekilmesi gereken süre 1/2'den 2/3'e yükseltilmiş (CGTİK m. 107) ve çalışmayı motive etmek üzere açık cezaevlerinde bulunan hükümlülere özgü her ay için altı günlük indirim de kaldırılmış bulunmaktadır.²

¹ Bu sayılar 100.000 genel nüfustaki mahpus sayısını göstermektedir. Ayrıca bkz. <http://www.prisonstudies.org/>

Türkiye'de yıllar itibariyle 100.000 nüfustaki mahpus sayısı

1992	31,582	(54)
1995	49,895	(82)
1998	64,907	(102)
2001	61,336	(89)
2004	71,148	(100)
2007	85,865	(122)
2008	95.551	(135)

² Bu yaklaşım sonucu cezaevleri inşası ve yönetimi için ayrılan bütçe, eğitime ayrılan bütçe ile karşılaştırıldığında artış oranının yükselmesi kaçınılmaz olacaktır. Aynı türde siyasetin yer aldığı ABD California eyaletinde 1985 ve 2000 yılları arasında cezaevlerine ayrılan bütçe, yüksek öğrenime ayrılan %24 oranındaki bütçeye karşılaştırıldığında % 166 oranında artış göstermiştir. <http://www.justicepolicy.org>

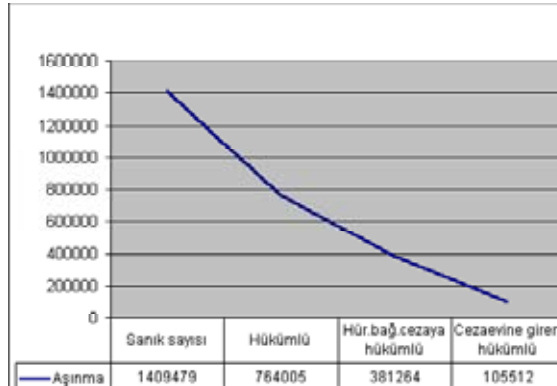
Yakalanan suçluların hapsedilmesiyle suç kontrolü ve kamusal güvenliğin sağlanabileceği bir mit veya illüzyon olma ötesinde oldukça da pahalı bir siyasettir. Etkili suç önleme yalnızca ceza hukuku ve siyaseti ile sınırlı olmayıp; sosyal/durumsal tedbir ve stratejilerle yaklaşımı ön görmektedir.³ Bu konuda en geçerli slogan “*iyi derecedeki sosyal kalkınma siyaseti, en iyi ceza siyasetidir*” önermesinde saklı bulunmaktadır.

Bu yaklaşımın ne derece akılcı olduğu salt istatistik verilerine bakıldığında görülecektir. Suç aritmetiğindeki karanlıklıkta kalan suçlar sayısı (*dark number*) ötesinde yakalanan sanıklara özgü aşağıdaki erime ve aşınma olgusu klasik suçlulukla mücadele amaçlarının ne derece yetersiz olduğunu aşağıdaki tablo kanıtlamaktadır. Ceza siyasetindeki klasik amaçlar artık şu ikili amaçla ikame edilmelidir:

1. Suç ve suç kontrolü bedeli ile zararlı etkilerinin olabildiğince azaltılması(*minimuma indirilmesi amacı*); ve

2. Bu bedellerin sosyal adalet gereği suçlu, toplum ve mağdur arasında adil bir biçimde dağıtılmasıdır(*adil dağıtım amacı*).

Sanık/hükümlü sayısına göre aşınma eğrisi (2000):



org/article.php?id=3

Amerika, şimdilerde nerede yanlış yaptığını sorgularken ülkemizde *Cezaların İnfazı Hakkındaki kanunla* (1965) getirilen reformist yaklaşım ruhu terk edilerek 1950'li yıllarda benimsenmiş cezaların ağırlaştırılması siyasetin yeniden benimsenmesi penolojik gerçeklerle bağdaşmamaktadır. Bkz. G. Jahic. “Ceza Adaleti Sistemini Kullanarak Suçu Önlerken Adaleti Sağlamak”, *Hukuk ve Adalet*, Yıl 2, Sayı 5 (Nisan 2005) s.167-175.

³ Bkz. M. T. Yücel, *Kriminoloji*, Ank. 2008.

	%
Mahkum olan sanık/Toplam sanık:	54
Hapis cezasına hükümlü/Toplam Hükümlü:	50
Cezaevine giren hükümlü/Toplam sanık:	7.4
Cezaevine giren hükümlü/Toplam hükümlü:	13.8

Artan cezaevi nüfusu karşısında genel bütçeden kaynak artırımı çok zor olacağı gibi kamu güvenliği açısından hürriyeti bağlayıcı cezaya fazlaca başvurulmasının gerçekten gerekli olup olmadığı üzerinde ciddi olarak durulmalıdır. Tarihsel penolojik bulgular, bunun gerekli olmadığına işaret etmektedir. Hükümet artık ülkedeki mevcut kaynakların önemli bir kısmını (daha etkili seçenek yaptırımların var olduğu ceza siyasetinde) salt hapis cezası için kullanmaya devam edemeyeceğini açıkça dile getirmelidir. Yalnız bu siyasetin *de jure* benimsenmesi yeterli olmayıp; hukuk sosyoloji gerçeklerinden boşluk (*gap*) teorisi⁴ bağlamında ülke genelinde *de facto* standart bir uygulamaya kavuşturulması sağlanmalıdır.

Gelecekte rasyonel bir ceza siyaset uygulaması için hürriyeti bağlayıcı cezaya ancak şu dört halde başvurulmalıdır:

1. Suçlunun yeterince tehlikeli olması nedeniyle hürriyeti bağlayıcı cezanın halkın korunması için gerekli olması,
2. Suçun ciddiyet göstergesine yalnızca uzun süreli hürriyeti bağlayıcı ceza ile vurgu yapılabileceği,
3. Ciddi beyaz yakalı suç örneğinde olduğu gibi suçun ciddiyetini vurgulamak üzere diğer yaptırımlar yanında hürriyeti bağlayıcı cezaya da ihtiyaç duyulması, ve
4. Nihayet suçun kendisi hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektirmekte ise de, suçlunun diğer yaptırımlara riayet etmemesi nedeniyle gerekli olması halidir.

Bu ölçütler bağlamında, suçun ciddiyeti, kişinin suçtaki sorumluluk derecesi veya önceki sabıkası koşulsuz hapis cezasını gerektirmede, erteleme, para cezası ve kısa süreli cezaya seçenek yaptırımlar devreye girmelidir. Bu konuda geliştirilecek ilkeler ve ölçütlerle yaptırımlar

⁴ Bkz. M. T. Yücel, *Hukuk Sosyolojisi*, Ank. 2008.

rımlara özgü tutarlılık sağlanmalı; mağdur odaklı bir yaklaşımla zararın giderilmesi için “*giderici adalet*” bilinci artırılmalıdır.

Ceza Yaptırımlarında Farklılık

Hukukun uygulamasında oldukça farklılıklara tanık olunmaktadır. Bu farklılık gerçeklik yargısında olduğu kadar değer yargısında da olmaktadır.⁵ Bu farklılığın en belirgin olanına hükmedilen yaptırımlarda tanık olunmaktadır. Gerçekte, bu farklılıkları girdideki (suçun ciddiyeti, işleniş biçimi ve suçlunun karakteristikleri değişkenlerle açıklamak mümkün değildir (TCK m. 61). Tüm araştırma sonuçlarına karşın uygulamacıların savunması ise, her dava veya suçlunun özel olduğu ve niceliksel araştırmanın bu özneliği asla ölçemeyeceği şeklindedir.

Araştırmaların çoğu, hâkimlerin aynı uyarıcı materyal karşısında ekseriya farklı kararlar verdiğini göstermiş; burada kişinin önemi vurgulanmıştır. Bu bağlamda ceza yaptırımlarındaki farklılık daha da çarpıcı bir görüntü sergilemektedir.

Ceza yaptırımları uygulaması ile hükmedilen hürriyeti bağlayıcı ceza süresi bakımından ülkeler arasında farklılıklar olduğu gibi aynı ülkedeki mahkemeler arasında da farklılıklara tanık olunmaktadır. Bu tür ülke içi karşılaştırmalar Kanada, Avustralya, ABD, İngiltere ile Türkiye için yapılmış olup; İngiltere’de otuz sulh ceza mahkemesini kapsayan çalışmada; bir mahkemenin, önüne gelen suçluların % 46’sını para cezasına mahkum ettiği, diğerinde para cezası uygulamasının % 76’ya ulaştığı; hürriyeti bağlayıcı ceza uygulamasında ise, mahkeme-

⁵ Satranç oyunu, yaz tatili planı veya bir resmin veya müzik parçasının tasarımı sorun çözme (ve kuşkusuz bilgi işleme) biçimleri olduğu gibi ceza davalarında hüküm verilmesi de sorun çözme olarak yorumlanabilir. Satranç oyunu gibi sorunlarda, kişi çözümün doğru olup olmadığını genellikle bilebilirse de, bu yargı ceza mahkemesi kararları için geçerli değildir. Kişi ancak oldukça sınırlı sayıdaki davalara ilişkin çözümün doğruluğundan emin olabilir: Kural olarak, adli sorun çözümleyicisi için verdiği kararın doğruluğunu test için başvurabileceği tartışmasız bir ölçüt yoktur. Bu doğrultuda çeşitli sorun türleri iki kategoride toplanabilir (Sorun çözme ve bilgi işleme teorisi):

İyi tanımlanmış sorunlar: Bunlar, doğru çözümleri sorun çözümleyici tarafından kesinlikle test edilebilecek sorunlardır.

Açık sorunlar: Bunlar, test için nesnel ölçütlerinin olmadığı sorunlar olduğundan sorun çözümleyici, çözümün doğru olduğunu saptayamaz.

ler arasındaki değişimin % 3 ile % 19 arasında olduğu saptanmıştır. Ne var ki, anılan mahkemelerde yıllar itibariyle bir değişime tanık olunmamıştır.

Türkiye’de ceza uygulaması bakımından mahkemeler arasında görülen farklılığa ise, özellikle hapis cezasına seçenek yaptırımların uygulanmasında tanık olunmuştur. Nitekim 31/12/1986 tarihinde yapılan bir saptamaya göre, Türkiye genelinde bu oran % 9 iken, Ağır Ceza Merkezleri arasında bu yüzdenin (0)’dan (38)’e kadar değiştiği görülmüştür.

Bu değişimde Ağır Ceza Merkezlerinden % 73’ü Türkiye ortalaması altında kalırken (Bergama, Ceyhan, Dinar, Karaman, Sandıklı, Siverek ve Zile’de (0) iken) % 27’si ise ortalamanın üstünde bir görünüm (en fazla yüzde gösteren merkezlerden, 6 aydan az cezaya hükümlü yüzdesinin 30’dan fazla olduğu Bakırköy, Boğazlayan ve Kartal) sergilemektedir.

Bu farklılık yalnızca seçenek yaptırımlara özgü olmayıp, tüm diğer yaptırımlar için de geçerli olmaktadır. Nitekim, 1993 yılına ait seçilmiş metropol adliyeleri ceza mahkemelerince verilen mahkumiyet kararlarındaki yaptırımların oransal dağılım tablosu, bu görünümü destekler niteliktedir. Şöyle ki;

ADLİYE	Hapis	Para	Hapis & Para	Erteleme	Diğer
İSTANBUL	52.0	33.1	4.4	7.5	3.0
İZMİR	50.9	33.7	3.1	8.5	3.8
KONYA	45.5	26.6	10.8	14.8	2.3
BURSA	43.4	34.4	4.7	13.9	3.6
ANKARA	39.1	40.1	4.5	14.4	1.9
SAMSUN	31.7	45.8	8.3	12.4	1.8
ADANA	25.5	33.3	24.5	14.9	1.8
TRABZON	20.7	39.3	4.6	25.2	10.2
ERZURUM	20.0	57.7	5.0	13.3	4.0
DIYARBAKIR	17.8	50.8	7.8	14.7	8.8
TÜRKİYE	32.6	38.6	6.5	16.7	5.6

TCK’nın ihlali bağlamında; yoğunluk gösteren tipik suç maddelerine göre mahkum olanların, (1993 yılı itibariyle) ağır ceza merkezlerindeki ortalama hürriyeti bağlayıcı ceza miktarı (yıl) dağılımı (*farklılıkları*) ise aşağıda verildiği gibidir.

TCK	Adana	Ankara	Erzurum	İstanbul	İzmir	Konya	Samsun	Sivas	Trabzon
202	2.4	2.6	2.4	1.9	2.8	2.3	2.9	2.1	2.7
227	3.0	3.1	2.3	2.6	2.8	3.1	3.9	2.5	3.1
342	2.4	2.5	2.3	2.5	2.5	2.4	2.4	2.6	2.4
345	0.7	1.3	0.8	1.4	1.3	1.6	1.6	1.0	1.5
403	8.4	10.1	11.4	10.0	8.6	10.8	10.3	10.5	9.3
404	3.8	4.6	2.5	3.9	3.8	3.9	3.3	3.8	3.4
414	6.6	8.9	7.1	8.0	7.0	7.5	7.5	7.6	8.3
416	2.6	4.1	4.8	4.7	4.1	3.7	5.3	5.2	3.3
418	4.2	5.8	7.2	7.3	6.1	6.8	6.9	7.1	5.8
448	16.0	15.6	15.4	14.7	14.6	15.3	15.8	15.7	15.9
449	18.6	19.3	20.6	17.9	17.8	19.0	19.1	17.5	20.6
450	24.9	24.9	20.0	23.0	25.5	22.4	24.3	24.7	24.1
456	2.1	1.9	2.6	1.9	2.8	1.8	1.9	2.1	1.7
491	0.9	1.0	1.2	0.9	1.1	0.9	1.0	1.0	0.7
492	1.6	1.6	1.0	1.5	1.8	1.3	1.8	1.5	1.1
493	1.9	2.1	2.0	2.1	2.3	2.1	1.7	1.9	1.7
497	13.6	14.5	17.2	15.7	14.0	13.1	14.4	13.9	13.5

Adaletsizliğin en yoğun hissedildiği cezaevi ortamında hükümlüler açısından ceza yaptırımlarındaki farklılıkların, “*adalette kara perdeler var*” düşüncesine kapılmalarını önlemek üzere cezalarda gereksiz farklılıklardan kaçınılması; cezaların saptanmasında ilkesel bir tutarlılık benimsendiği mesajının hükümlülere verilmesi gerekmektedir. Bu amaçla hâkimler için seminerler düzenlenmelidir.

Giderici Adalet

Yeni Türk Ceza Siyasetinde ve genelde yaptırım modelinde “*giderici adalet*” gerçekçi bir paradigma olarak belirmektedir. Bu yaklaşım Türk Ceza sistemine yabancı olmayıp, *Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunda* (1965) yer alan kısa süreli hapis cezasına seçenек bir tedbir olarak (*aynen iade veya tazmin*) sisteme girmiş ve yeni TCK ile korunmuş bulunmaktadır. Bu koşul hapis cezasının ertelenmesi için de getirilmiş bulunmaktadır; gerektiğinde hapis ile erteleme birlikte uygulanmaktadır (TCK m. 51/2). Giderici adalet yaklaşımının geleneksel yaptırım sistemine göre başlıca avantajları şunlardır:

1. Suç mağdurlarına el uzatılması-yardım sağlanması;
2. Tazminateldeedebilmeolanağınınmağdurlarısuçuihbaretmeye ve mahkeme huzuruna çıkmaya cesaretlendirmesi;
3. Tazminat keyfiyetinin, suçlunun kendisine bir şey yapılması yerine onun bir şeyler yaparak iyileştirilmesine katkı yapabileceği;
4. Bütçe giderlerinde önemli ölçüde tasarruf sağlanacağı; ve

5. Suçun kazançlı bir iş olmaktan çıkartılabileceğidir.

İşte aynen iade/tazminat etrafında şekillenen bu sistemin en büyük avantajı, hiç kuşkusuz, mağdurlarca ceza adalet sistemine sağlanacak “destek” olacaktır.

Çoğu mağdurların ceza adaleti (hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası) yerine giderici adaleti tercih ettiklerine dair fazlaca kanıt vardır. Mağdur için önemli olan çalınan malın iadesi, kırılan camın değiştirilmesi, hasar gören arabasının tamiri ve genelde zararının giderilmesidir. Bu beklenti oldukça gerçekçidir. Öte yandan, ailevi veya kişisel ilişkiler içinde bulunan insanlar arasında işlenen şiddet suçlarına bakıldığında cezai adaletin devreye girmesi sonucu sosyal ve aile bağları kopmakta ve tarafların uzlaşma şansı azalmakta/yok olmaktadır. Bu süreçte fail ve mağdur arasında beliren kutuplaşma ve oluşan taraftarlarla nefret ve düşmanlığın körüklendiğine tanık olunmaktadır. Bu sosyolojik gerçek bile tek başına anlaşmazlıkları çözümleyici mekanizmanın ileride vuku bulacak şiddeti önlemek açısından ne derece önemli olduğunu kanıtlamaktadır.

Geleneksel ceza modelinde zarara zararlar, acıya acıyla yanıt verilmekte (*lex talionis*); suçlunun ıstırapı arttıkça mağdurun ıstırapının azalacağı düşünülmektedir. Bu yaklaşım mantığı ile “göze göz dünyayı kör yapmış” (Ghandi); zarara zararlar verilen yanıt toplumdaki zararı katlamış; mağdur (kul) hakkı teslim edilmemiştir. Bu sistemde suç mağdurlarının menfaati/en belirgin ihtiyaçları göz ardı edilmekte; ceza hükmü mağdurun mağduriyetini belgeleyen resmi bir belge olmak dışında fazlaca bir anlam taşımamaktadır. Sistem “mağdura ne olacağı” yerine “faile ne olacağına” odaklandığında ceza hükmü ile mağdur eski bütünlüğüne kavuşamamaktadır.

Öte yandan, mağdurları yankıladığını iddia edenler, mağdurların ancak en ağır cezaların uygulanması ile tatmin olabileceklerini dile getirmekte iseler de, bu genelleme çoğu mağdurlar için geçerli değildir. Yukarda değinildiği üzere, iyileşme, iade, tazminat ve gelecekte mağdur olmayacağından emin olma çoğu suç mağdurları için temel amaçlardandır. İşte sosyal müdahalenin ana amacının toplumsal huzuru sağlamak, zararı gidermek, yaraları sarmak ve yeni suçların işlenmesini önlemek ise, ceza sisteminin başarısız olduğu yerde uzlaşma, iade ve tazminata dayalı “onarıcı sistem”i ile diğer seçenek tedbirlerin nasıl ve neden başarılı olacağını anlamak daha kolay olmaktadır.

Muhafazakar/Liberal Yaklaşım

Kuşkusuz, fikirler ve genel değer kavramları formasyonumuz ve kuralların uygulanmasının başlıca kaynaklarıdır. Bu bağlamda, sosyal bir organizasyonun belirli özellikleri yaşamın belirli koşulları altında “adil” izlenimini verirken, başka koşullarda “adaletsizlik duygusu” yaratmaktadır. Bu konuda hâkimlerin otoriter/ konformist yaklaşımı ile liberal tutum ve davranışlarının etkili olduğu hipotezi araştırma ile test edilmeğe değerdir. Anılan ayrımcı (*differential*) tutum denetimli serbesti görevlileri içinde söz konusu olabilecektir. Olası bu tutumlara karşı hâkimlerin kürsü davranışları bir psikolog eşliğinde gözlenmeli ve analiz edilmelidir. Öte yandan, kadın hâkimlerin yaklaşımları da araştırmaya değer görülmeli; seçenek yaptırımlara hükmetme konusunda etkileri etüt edilmelidir. Bu araştırma bulgularına göre hâkimlerin tutum değiştirmesi ve değiştirmeyenlerin de hukuk hâkimliğinde görevlendirilmesi sağlık verilebilir. Hiç kuşkusuz, algı ve tutum araştırmaları vazgeçilmeyecek enstrümanlardır. Bu tür araştırmalara ek olarak düzenlenecek farkındalık/ bilinçlenme toplantıları da değişim ve standart uygulamaya doğru yönelme açısından önemlidir.

Hapis Cezası ve Kriminolojik Gerçekler

Ceza tipik bir eyleme yönelik iken; cezalandırma tekniği bir yaşama yöneliktir. Bu doğrultuda, suçlunun “yaşam hikayesinin” bilinmesi ve düzeltilme işleminin “yaşam tekniği”ne (*dinamik değişkenlere*) yöneltilmesi hedeflenmelidir. İşte bu bağlamda denetimli serbesti (*probation*) görevlileri önemli bir rol üstlenmektedirler.

Suçluların tretmanı üzerine yapılan analizlerin vurguladığı üzere, suçlulara yönelik toplum odaklı tretman yöntemleri iyi sonuç verirken, negatif, soyutlayıcı ve özellikle kurumsal(cezaevi) nitelikli yöntemler kötü sonuç vermektedir. Bu önermenin açılımı bağlamında aşağıdaki parametrelerin ağırlıklı niteliği göz önüne alınmalıdır:

- Suçun işlenmesinde etkili olan faktörlere odaklanılması;
- Pragmatik bir yaklaşımla, arzulanan ve elde edilebilir sonuçlara yönelmesi-iş/ meslek edindirmenin tretman sürecinde özel bir önemi olduğunun bilinmesi;
- Açık uçlu psikolojik dinamikleri etkileme arayışlarından kaçınarak suçluların “algılama ve davranışları” üzerine yoğunlaşmalı;

- Tretman çalışmalarının elverdiğince toplumda yer almasına özen gösterilmesi;
- Kurumsal çalışmaların daha az başarılı olduğunun unutulmaması;
- Kişisel yeteneklerin geliştirilmesi üzerinde önemle durulması;
- Yürütülen çalışmaların esnek ve *multi-model* referanslı olması; diğer bir anlatımla, tüm yumurtaların aynı sepete konulmaması;
- Suçlulara yapılacak müdahalenin kapsam ve yoğunluğunun suçlunun sergilediği risk/tehlikelilik derecesine göre ilişkilendirilmesi ve tretman programının bir kısmı olarak “yapılanların” dikkatlice izlenerek değerlendirilmesidir.

Bu açıklamalar sonrası hapis cezası dışındaki gün para cezası ile diğer seçenek yaptırımlar uygulama oranında artışın ne derece gerekli olduğunu sergilemek üzere ceza siyaseti *de jure* benzerlik gösteren Almanya ile Türkiye’ye ait istatistik verilerine aşağıdaki tablolarda yer verilmiştir. Bu tablolardan Türkiye’deki mahpus sayısına bakıldığında 2004-2008 yıllarında her kategorideki cezaevi nüfusu bakımından artışa tanık olunduğu; cezaevlerindeki tutuklu oranının Almanya’ya (%19.7) göre oldukça yüksek olduğu (beş yıllık ortalaması % 45.8); tutuklama konusunda “*adli kontrolün*” yeterli bir uygulamaya kavuşmadığı; zorunlu bir kötülük olarak tutuklamaya fazlaca başvurulma geleneğinin sürdürüldüğü görülmektedir.

31 Aralık İtibariyle Cezaevleri Nüfusu (2004-2008)

Yıl	Tutuklu %	Hükmen Tutuklu %	Hükümlü %	Toplam	Değişim
2004	27.565(47.5)	4.355 (7.5)	26.010(45.0)	57.930	100
2005	26.425(47.3)	4.587(8.2)	24.858(44.5)	55.870	96
2006	34.412(49.0)	9.529(13.5)	26.336(37.5)	70.277	121
2007	38.028(42.0)	15.201(16.7)	37.608(41.3)	90.837	157
2008*	40.832(43.2)	15.988(17.0)	37.584(39.8)	94.409	163

* 31 Mart

Ceza yaptırımları bakımından Almanya (%6) ile mukayese edildiğinde hapis ceza oranının yüksek iken, seçenek yaptırıma ait değerlerin oldukça düşük olduğu aşağıdaki tabloda görülmektedir.

**Yıllar İtibariyle Hükmedilen
Ceza Yaptırımları Dağılımı 2004-2007**

Yıl	Hapis %	Para Cezası %	Hapis-Para Cezası %	Erteleme	Diğer Tedbirler
2004	30.3	30.8	4.7	25.4	8.8
2005	20.7	35.5	5.7	25.9	12.3
2006	36.3	32.2	6.7	9.3	15.5
2007	41.6	27.9	6.1	10.8	13.6

Türkiye’de hapis cezası oranının yüksek olmasında, sayısı son yıllarda artış gösteren (% 15 oranında) icra cezaları etkili olmaktadır.

Hapis cezasının ertelenmesi bakımından Almanya’da, 1970’ten başlayarak büyük oranda artış göstermiş ve aşağıdaki tabloda 2003 yılında tüm hapislerin 2/3’ünü; *gün para ceza*⁶ uygulaması da % 80’i bulmuştur.

Gün para	% 79.9
Hapis	% 6.2
Erteleme	%13.9

Almanya’da Toplam Cezaevi Nüfusu (2004)

Tutuklu %	Hükümlü %	Genç Hükümlü %	Diğerleri %
15999(19.7)	54.960(67.7)	7023 (8.7)	3184 (3.9)

⁶ 1921 yılında Finlandiya’da kabul edilen gün para cezasında gün sayısı suçun ciddiyetine, gün para miktarı ise suçlunun mali durumuna göre belirlenmektedir (TCK m.52).

Almanya’da hüküm giyenlerden yalnızca % 1.7’si (34.414) daha önce tutuklu kalmışlar.

Tutuklama siyaset ve uygulaması, suçun ciddiyet göstermesi, kaçma riski ve kanıtların karartılması/manipule edilmesi/tanıkları etkileme riski yanında cinsel sapıklara özgü tekerrür riski olduğunda başvurulacak zorunlu bir kötülük iken; bu ölçütlerin göz ardı edilmesi tutukluluk enflasyonuna neden olmakta; Türkiye’de tutuklu sayısı toplam cezaevi nüfusunun yarısını bulmaktadır. İşte cezaevi nüfus enflasyonu konusunda tutuklama sayısı kadar süresinin de aynı derece etkili olduğu belirtilebilir. Almanya’da (2003) tutukluk süresi dağılımına bakıldığında ise, bu sürelerin Türkiye’ye göre kısa, % 80’ninin 6 aya kadar tutuklu olduğu; % 15.3’ünün 6 - 12 ay arasında ve % 4.4’ünün ise bir yıldan fazla tutuklu kaldığı görülmektedir.

1 aya	%31.7
1-3 ay	%24.3
3-6 ay	%24.3
6-12 ay	%15.3
1 yıl+	%4.4

Öte yandan Almanya’da hükmedilen hapis cezası süresi dağılımı ise oldukça ekonomik bir boyut sergilemekte; cezaların daha yumuşak olduğu belirtmektedir. Bu tablolar yeni TCK’ya egemen olan cezaların ağırlaştırılması siyasetinin ne kadar kriminolojik gerçeklerle bağdaşmadığını kanıtlamağa yeter niteliktedir.

Almanya’da Hükmedilen Hapis Cezasında Süre Dağılımı (2003)

12 aya	%77.6
1-2 yıl	% 15
2 yıl+	% 6
5yıl+	%1.3
Müebbet	% 0.1

Almanya’da Hapis/Erteleme Cezalarının Dağılımı (2003)

Süre	Erteleme	Hapis
6 aya	%75.9	% 24.1
6-12 ay	% 76.1	% 23.9
1-2 yıl	% 68.8	% 31.2
2-5 yıl		8118
5-15 yıl		1663
Müebbet		80

Seçenek Yaptırımlar ve Ceza Ekonomisi

Seçenek yaptırımlar (TCK m. 50) ne fazlaca girift ve ne de fazlaca pahalı teknikler değildir. Bu yaptırımlar uygun suçlular için topluma, mağdura ve suçluya daha iyi hizmet etmek ve cezaevinden daha ekonomik olmaktadır. Bu yaklaşım, oyun kuramı (*game theory*) bağlamında “işbirliği mümkün oyunlar” türündendir.

Seçenek yaptırımlar açısından suçluların istekli olup olmadıkları psikolojik olarak nasıl algıladıkları önemlidir.⁷ Kuşkusuz, şiddet derecesine göre sıralamada erteleme, gün para cezası, seçenek yaptırımlar (denetimli serbesti) yer almaktadır. Bazı ülkeler verilerine göre, bu seçenekler ve programların %20 ile % 60 arasında mükerrirlik oranında bir azalma sağladığı belirtilmektedir. Almanya’da Aşağı Saksonya Kriminoloji Enstitüsü araştırma bulgularına göre, 100.000 nüfustaki mükerrirlik, hapis cezasının norm uygulama olduğu yörelerde % 7 artış gösterirken; seçenek yaptırımlara odaklanan yörelerde % 13’lük bir azalmaya tanık olunmuştur. Kuşkusuz, bu sonuçta iş ve eğitsel faaliyetlerdeki artışın etkili olduğu görülmektedir. Cezaevlerinde de bu olanakların sağlanmasına karşılık salıverilen hükümlülerin iş bulabilme olanakları negatif olarak etkilenmektedir.

Seçenek yaptırımların da sihirli bir değnek olmadığı bilinmelidir. Bunları sihirli yapacak denetim görevlilerin tutumları ile iletişim yetenekleridir. Bu görevlilerin, suçluların ıslah olacaklarına dair inanç-

⁷ M.T. Yücel, *Adalet Psikolojisi*, Ank. 2007.

ları ile örneklerin özellikle uyuşturucu kullananlar için sergilenmesi önemli birer parametredir.

Bu doğrultuda 5402 sayılı *Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Kanunu* (2005) uygulaması için bedel-yarar analizi projelendirilmelidir. Bazı ülkeler ceza sistemlerinde 100 yıllık bir uygulamaya sahip olan ve kaynak sorunu nedeniyle yetersizliğine değinilen bu kurumun (*probation* ve *parole*) ülkemizde etkin bir uygulamaya kavuşturulması (Yönetmelikteki standartlara uyarlı pratikler geliştirilmesi) üzerinde önemle durulmalıdır.

Medya ve Halkla İlişkiler

Denetimli serbesti hizmeti boşlukta değil; toplum içinde toplum için hizmet vermektedir.⁸ Bu hizmet ceza adalet sisteminin çeşitli evrelerinde özgürlük ortamında yer aldığından halk katında hizmetin anlam ve işlevi hakkında farkındalık/inandırıcılık yaratılması ve bu konuda aktivist bir yaklaşım sergilenmesi ön görülmelidir.

Ceza siyaseti bağlamında medyanın gücü de küçümsenmemelidir. Medya gerçekleri, hakikatleri ve yanlışları rapor etmektedir. Halk, suçu da içeren çoğu şeyler hakkında medya kanalıyla fikir/bilgi sahibi olmaktadır. Bu nedenle, halkın farkındalığı, olumsuz tutum ve davranışlarına karşı en etkili antidottur. Halk, siyaset ve uygulamanın *legallitesi* hakkında bilgilendirilmeli; halka gazete eki olarak bilgilendirme broşürleri verilmelidir.

Halkın tepkisine duyarlık içinde ceza siyaseti değiştirildiğinde daha adil bir uygulama sağlanacağı düşüncesine kapılmamalı; mevcut bir sistemi yanlış bilgilenmeye dayalı gelişen kamuoyunu tatmin için değiştirmenin hatalı olacağı bilinmelidir. Bunun yerine aktivist bir yaklaşımla halk devamlı bilgilendirilmeli; yerel/ulusal medya mensupları ile sık sık yuvarlak masa toplantıları yapılmalıdır. Ancak bu sayede, kriminolojik okur yazarlık⁹ giderilebilir.

⁸ Japonya'da 50.000'i gönüllü ve 1100'i resmi denetimli serbesti görevlileri yıllık 60.000 kişiyle ilgilenmektedirler.

⁹ M. T. Yücel, *Kriminoloji*, Ank. 2008; *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, TBB, Ank. 2007.

Araştırma ve Değerlendirme

Tüm projelerde olduğu gibi seçenek yaptırımlara özgü araştırma ve değerlemelerin yapılması planlanmalıdır. Buna özgü değerlendirme için temel ilkeleri içeren *Avrupa Kuralları* vardır (Toplumsal yaptırımlar ve tedbirler üzerine Avrupa Kuralları 1992).¹⁰ Bu kurallardan bazılarını aşağıda değinilmektedir.

89. Kural: *Toplumsal yaptırımlar ve tedbirler üzerine araştırma teşvik edilecektir. Bunlar muntazam olarak değerlendirilmelidir.*

90. Kural: *toplumsal yaptırımlar ve tedbirlerin değerlendirilmesi bağlamında aşağıdaki parametreler bakımından nesnel olarak beklentilerinin ne ölçüde karşılandığının belirlenmesini ön görmektedir:*

Yasa koyucu, adli eyleycilerin ve denetimli serbesti görevlilerin seçenek yaptırımlardan beklediği amaçların ne ölçüde karşılandığı;

Cezaevi hükümlü oranında azalmaya katkısının ne derece olduğu;

Kişinin suça ilişkin dinamik değişkenler bağlamında gereksinmelerinin ne ölçüde karşılandığı;

Yapılan harcamanın ne derece yararlı olduğu; ve

Toplumda işlenen suçların azalmasına katkısının ne olduğudur.

Bu doğrultuda ceza sistemine giren her yeni seçenek yaptırım için değerlendirme projesi ön görülmelidir. Ne var ki, evrensel nitelikli bu temel ilke ekseriya takip edilmemektedir. Bu yaklaşım, değerlendirme için harcanacak kuruluşları düşünmenin ilerde liralara kaybı doğuracağı bilincinden yoksunluğun ürünüdür. Bundan da en çok ceza siyaseti ile ceza uygulaması zarar görmektedir. Ceza sisteminde yeni yaptırımlar uygulamaya konulduğunda yapılacak değerlendirme bütçesi anılan program için ön görülen bütçenin en azından % 10 olması gerektiği bilinmelidir. Abartılı görünen bu oran sağlanamadığında da mütevazî ölçütlerde bütçe harcamasıyla değerlendirme çalışmalarının kaçınılmaz olduğu bilinmelidir. Bu konuda Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Daire Başkanlığına önemli görevler düştüğü bilinmelidir.

¹⁰ Ayrıca bkz. *United Nations Standard Minimum Rules for Non-Custodial Measures* (Tokyo Kuralları) -45/100 sayılı Genel Kurul Kararı.

Bu türden bir değerlendirmede sorulacak sorular şöyledir:

Seçenek yaptırımla hangi suçluları etkileyebilmektedir?

Seçenek yaptırımlar dışındaki bir yaptırımla kimi etkileyebilmektedir?

Yaptırım nasıl kişileştirilmektedir?

Yaptırım hakkında toplumdaki genel kanı nedir?

İlgili kişilerden karar alıcılar, uzmanlar ve halkın düşüncesi nedir?

Sonuç

Ceza hukukuna/hapis cezasına dayalı suç önleme etkisiz, çok pahalı ve gayri insani olduğundan, seçenek yaptırımlara, özellikle giderici adalete olanak sağlamak üzere fazlaca başvurulması akılcı bir siyaset olacaktır. Öte yandan, suç önlemenin ceza korkusundan ziyade cezalandırmanın ahlaki bilinç yaratması ve değerleri vurgulaması ile sağlanabileceği unutulmamalı;¹¹ ceza hukuku normları ve yansıttığı değerlerin kişilerce içselleştirilmesine odaklanılmalıdır. Bu amaçla, ceza siyasetinde rasyonel bir uygulamaya kavuşmak için hukuk/sosyoloji/sosyal hizmet fakülteleri ile Adalet Akademisi programlarında kriminoloji dersine ağırlık verilmelidir.

¹¹ Bk. M. T. Yücel, *Hukuk Felsefesi*, Ank. 2005.

ENSEST, “GENEL AHLAK” VE ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ’NİN KARARI

Türkan Yalçın SANCAR*

Tuğçe Nimet YAŞAR**

I. GİRİŞ

Bu kısa yazıda “*ahlak*”,¹ “*genel ahlak*”² gibi içinin doldurulması son derece zor olan kavramlarla ilgili saptamalar yapmaya çalışılmayacaktır. *Kanunilik* ve dolayısıyla *belirginlik* ilkesinin bir gereği olarak, somutlaştırmanın çok önem taşıdığı ceza normlarında, bu kavramlara sıkça atıf yapılmasının yargıcı ne denli zorladığı ve yasayı uygulayanın ahlak anlayışına göre nasıl farklı yorumların ortaya çıktığı bir gerçek. “*Genel ahlak*” gibi özellikle cinsel suçlar ya da cinsel ahlaka aykırı eylemlerle özdeşleştirilen bir kavramın, kadın cinselliği ve kadına yönelik suçlar söz konusu olduğunda, son derece acımasızca, kadın aleyhine bir söylemi ve uygulamayı beraberinde getirdiği de hepimizin malumu. Erkek söz konusu olduğunda başka, kadın söz konusu olduğunda ise başka bir “*genel ahlak*” anlayışının var olduğu gerçeği, yaşanan her olayda kendisini bir kez daha gösteriyor. Elbette ki bu durumu “*ataerkil*” yapıdan bağımsız sorgulamak da doğru değil. Ancak bu başka yazılarda derinleştirilecek bir konu.

Bu yazı “*genel ahlak*”la çok ilişkilendirilen ve hukuk terminolojisiinde sıkça yanlış bir anlam verilerek tanımlanan “*ensest*” söz konusu

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 4. sınıf öğrencisi. (Alman Anayasa Mahkemesi kararının çevirisi Tuğçe Nimet Yaşar tarafından yapılmıştır.)

¹ Kavram hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Ioanna Kuçuradi, Özgürlük, *Ahlak, Kültür Kavramları, Uludağ Konuşmaları, Türk Felsefe Kurumu*, Ankara 1988, s. 20 vd.

² Tanım için bkz. Sulhi Dönmezer, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, B. 4, İstanbul 1975, s. 38 vd.; Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler*, B. 3, İstanbul 1991, s. 296 vd.

olduğunda, genel ahlakın tersine bir işlev üstlenerek, bu konuyu nasıl konuşulamaz tartışılmaz hale getirdiğini vurgulamak ve ensestin TCK'da neden suç sayılmadığını ya da suç sayılmasının gerekip gerekmediğini tartışmaya açmak amacıyla kaleme alınmıştır. Yani, bu yazı, "kafa karışıklığı"nı bir parça yaygınlaştırmak çabası taşımaktadır. Akla gelen sorular birkaç noktada toplanmaktadır:

- TCK neden "ensest" adını taşıyan bir suça yer vermiyor?
- Ensest suç olmalı mı?
- Ensestin suç olarak düzenlenmesi konusunda bir fikir birliği oluyorsa, hangi değeri ihlal ettiği kabul edilecek dolayısıyla ceza kanununun neresinde yer alması gerekecektir?
- Ensesti suç saymanın yaratacağı sonuçlar, suç saymamanın yaratabileceği sonuçlardan daha mı ağır olur?
- Kutsal kitaplarda yasaklanan, Avrupa'nın hemen hemen bütün devletlerinde ve ABD'nin tüm eyaletlerinde suç olarak kabul edilip ciddi cezalarla yaptırıma bağlanan ensest konusuna; "bu suç oralarda çok işlendiği için toplumsal düzen bozulmuştur. Türkiye toplumunda böyle bir suçun işlenmesi mümkün değildir, genel ahlak ve 'kutsal aile" anlayışı buna engeldir" şeklinde bakmak ne denli gerçekçidir?

ENSEST NEDİR?

Bugün uygarlığın temeli olan bir cinsel yasak şeklinde görülen ve tarihin çeşitli dönemlerinde zaman zaman meşru, doğal hatta gerekli sayılan³ ensest, değişik biçimlerde tanımlanmaktadır: Kelimenin Latince aslı *incestus* olup sıfat olarak "pis, kirlenmiş, temiz olmayan" anlamına gelmektedir. Ayrıca "ahlaksız, uygunsuz, iffetsiz, suçlu" karşılığında kullanılmaktadır. İsim olarak da "kirlilik, iffetsizlik, uygunsuzluk" demektir. Dilimizde karşılığı olmayan bu kelime Arapça'da *fücür*la karşılanmaktadır. Osmanlıca-Türkçe Sözlük'te *fücür*; "günah, zina" olarak karşılık bulmaktadır. TDK Sözlüğü'nde ise; günahın her çeşidi olarak ifade edilmektedir. Bugün bu terim toplumumuzda "evlenmeleri, ahlakça, hukukça ve dince yasaklanmış (nikâh düşmeyen) yakın akraba olan kadın

³ Tarihçe için bkz. Cahit Can, *Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar*, Seçkin Yay., Ankara 2002, s. 23 vd. ; Oğuz Polat, *Tüm Boyutlarıyla Çocuk İstismarı, Tanımlar*, Ankara 2007, s. 162 vd.

ile erkeğin cinsel ilişkide bulunmaları" anlamında kullanılmaktadır.⁴

Psikoloji ve ilgili diğer bilimlerde "ensest"; birbirleriyle evli olmayan ve evlilikleri yasaklanmış aile üyeleri arasındaki cinsel temas olarak tanımlanmakta ve bu tanım, bazen hem taraflar hem de fiiller bakımından genişletilerek; kan bağından bağımsız olarak "güven" ilişkisini ve sadece cinsel birleşmeyi değil, her türlü cinsel eylemi kapsama sokmaktadır.⁵

Bazı hukukçular da, bu geniş anlamı esas alarak TCK'da "ensest" in zaten suç olduğunu söylerler ve toplumda da böyle bilinir. Oysa burada dile getirilen ve encest olduğu söylenen suçlar; "cinsel saldırı" (TCK m. 102/3-c) ve "çocukların cinsel istismarı" (TCK m. 103/3) kapsamında olan, cezayı ağırlaştıran bir neden olarak ortaya çıkan ve rızaya dayanmayan ya da geçerli rızaya dayanmayan cinsel suçlardır.

Ceza hukuku söz konusu olduğunda encest başka bir anlam taşır. Ceza hukuku literatüründe ve ceza kanunlarında encest; "evlenmeleri yasak olan **reşit** kişiler (rıza ehliyeti olan) arasındaki **rızaya dayalı** cinsel ilişkidir". Tanımdan kolayca anlaşılacağı gibi, "cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen" suçlardan farklı olarak encestte taraflardan biri mağdur değildir, her iki taraf da suçun failidir. Kısaca ifade etmek gerekirse, "encest çok faili bir suçtur".⁶ O halde karışıklığı önlemek için en azından "rızaya dayanmayan encest" ve "rızaya dayanan encest" şeklinde bir ayırım yapılmalıdır. TCK'da, aralarında evlenme yasağı bulunan ve reşit olan akrabalar arasında rıza ile gerçekleşen cinsel ilişkiyi yasaklayan bir hüküm olmadığı için ceza verilmesi mümkün değildir.

EVLENME ENGELLERİ-ENSEST -RIZA

Encesti "cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen" suçlardan bağımsız olarak düzenleyen ve cezalandıran bütün ceza kanunları, suçu işleyebilecek kişilerle, evlenmeleri yasak olanlar arasında doğrudan bir ilişki kurmuşlardır. Evlenmeleri yasak olan kişilerin sınırı genişledikçe, suçun kapsamı da genişlemekte ve ilişkinin yakınlık derecesi sadece farklı cezalar verilmesinde bir ölçüt olmaktadır.

Türk Medeni Kanunu'nun "Hısımlık" başlığını taşıyan 129. mad-

⁴ Ayrıntılar için bkz. Polat, s. 159.

⁵ Tanımlar için bkz. Polat, s. 160. vd.

⁶ Bkz. Türkan Yalçın Sancar, *Çok Faili Suçlar*, Ankara 1998.

desi evlenmeleri yasak olan kimseleri saymıştır. Buna göre;

“Aşağıdaki kimseler arasında evlenme yasaktır:

1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,

2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,

3. Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında.”

Söz konusu yasağa uymamanın MK’da elbette ki bir karşılığı vardır ancak TCK’da bir karşılığı yoktur. İşte tartışma da bu noktada, yani ceza kanununda bir karşılığının bulunmasının gerekip gerekmediği noktasında ortaya çıkmaktadır.

Ensest ilişki söz konusu olduğunda, TCK’da bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen “rıza” nasıl değerlendirilecektir? 26/2. maddeye göre “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” Kişi kural olarak reşit olduktan sonra, cinsel yaşamı konusunda istediği gibi tasarrufta bulunabilir. Acaba Türkiye’de fiilin suç sayılmasını engelleyen husus, “rıza”ya verilen mutlak değer midir? Buna “evet” demek mümkün değildir. Türkiye’de yaygın kabul, bu toplumda böyle bir rızanın zaten olmayacağı aksini söylemenin toplumu rahatsız edeceği, inciteceği yönündedir.

Ensesti suç olarak öngören hukuk düzenlerinde de elbette ki “rıza” bir hukuka uygunluk nedenidir. O halde “rıza”nın varlığına rağmen, cinsel özgürlük gibi üzerinde tasarruf imkânının bulunduğu bir alanda hangi gerekçelerle suç yaratılmaktadır? Her suç mutlaka bir değeri ihlal eder. Herhangi bir hukuksal değeri ihlal etmeyen yani “hukuki konusu” olmayan bir suç düşünülemez.⁷ O halde “ensest” hangi değeri ya da değerleri ihlal etmektedir? Bu noktada çok farklı argümanlar ortaya atılmıştır ancak her argümana verilecek bir cevap da mutlaka bulunmuştur.⁸

⁷ Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara 2003, s. 37 vd.

⁸ Bu konuda ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Raffaele Dolce, *Incesto, Enciclopedia del Diritto*, XX, s. 973 vd.; Domenico Pisapia, *Incesto, Novissimo Digesto Italiano*, VIII,

ENSEST HANGİ DEĞER YA DA DEĞERLERİ İHLAL EDER?

Yukarıda belirtildiği gibi bu konuda farklı yaklaşımlar vardır. Aynı şekilde, ensest suçuna ceza kanunları da farklı başlıklar altında yer vermişlerdir. Zarara uğradığı düşünülen değerlerin başında “*genel ahlak*” gelmektedir. Bundan başka, “*ailevi*” menfaatlerin ihlal edildiği yani aile düzeninin bozulduğu; gelecek nesillerin sağlıklı olmasına dair menfaatlere halel geldiği, ensest ilişkiden doğacak çocukların ruhsal ve fiziksel açıdan sorunlu olacakları ve karışan roller karşısında bocalayacakları, sosyal ilişkiler kurmakta zorlanacakları savunulmuştur.⁹ Esasında bu söylenenlerin tümü doğrudur. Ancak kanun koyucular, daha fazla zarar gördüğünü düşündükleri değeri dikkate alarak farklı tercihler yapmışlardır.

Örneğin İtalyan Ceza Kanunu 564. maddesinde yer verdiği ensesti “*aile ahlakı*” (morale familiare)na karşı bir suç sayarken, Alman Ceza Kanunu “*Şahsi Hale, Evlilik Birliğine ve Aileye Karşı Suçlar*” başlıklı bölümde (m. 173) enseste yer vermiştir. Avusturya Ceza Kanunu ise daha farklı bir boyutta, konuyu “*cinsel dokunulmazlık ve cinsel özgürlük*” sorunu olarak görmüştür (m. 211). İsviçre kanun koyucusu da aileye ilişkin değerleri ön plana çıkararak, Ceza Kanununun 213. maddesinde ensesti “*aileye karşı*” işlenen bir suç saymıştır. Suçun kapsamı, şartları kanundan kanuna değişmektedir. Örneğin İtalyan Ceza Kanunu “*skandalın alenileşmesi*”ni, ön şart saymıştır.

CEZA HUKUKU NEREYE KADAR UZANIR/UZANMALIDIR?

Bir fiilin suç olup olmadığını belirlemek konusunda yasa koyucunun keyfi olduğunu söylemek mümkün değildir. O halde yasa koyucuyu yönlendiren temel etmenler nedir? Buna verilecek cevap, en önemli belirleyicilerin, “*politika*”¹⁰ ve “*ahlak*”¹¹ olduğudur. Her toplumun bir siyasi, bir de ahlaki yapısı vardır ve bir toplumun yapısı siyasetten ve

s. 499 vd.; Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale, I, Milano 1986, s. 395 vd.

⁹ Bkz. Dolce, s. 973; Pisapia, s. 502; Antolisei, Parte Speciale, s. 395, 396

¹⁰ Nevzat Toroslu, Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987, s. 1 vd.; Ferrando Mantovani, Diritto Penale, Parte Generale, seconda edizione, Padova 1988, s. 15 vd.

¹¹ Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, undicesima edizione, Milano 1989, s. 8 vd.

ahlaktan oluşur. Hepimizin iyi ve kötü hakkında düşünceleri vardır ve bu düşünceler, yaşadığımız toplumdan bağımsız değildir.¹²

Ceza hukuku ve ceza, sosyal yaşamın çekilebilir bir hale getirilmesinde yararlanılabilecek en son araçtır. Çünkü ceza hukukunun bir alana müdahale etmesi demek; suç yaratmak ve ceza vermek, dolayısıyla da temel hak ve hürriyetleri başka hukuk dallarında görülemeyecek bir şekilde kısmak demektir. Eğer toplumsal düzen başka tedbirlerle sağlanabiliyorsa yani başka bir çare varsa, ceza hukukuna başvurulmamalıdır. Devletin asıl görevi her fırsatta ceza hukukuna başvurmak değil; sosyal düzeni, temel hak ve hürriyetleri ölçüsüz bir şekilde kısmaksızın sağlamaktır.

Toplum düzenini bozan her sosyal sapmaya karşı devlet ceza müeyyidesi uygulamaz, uygulamamalıdır. Toplum bakımından ortaya çıkan tehlike, fiilin işleniş biçimi, faildeki ahlaki kötülük, devletin değişik türde olan ceza müeyyidelerle müdahalesini zorunlu kılar. Hukukun diğer dallarında mevcut yaptırımların yetersiz kaldığı hallerde, devlet, fiili ceza müeyyidesi ile karşılayacaktır. Ceza hukukunun meşruluğu, cezanın meşruluğu ile açıklanabilecek bir konudur. Cezanın meşruluğu ise, cezanın toplumsal açıdan mutlaka gerekli mi olduğu sorusunun yanıtına bağlıdır.

Ensest söz konusu olduğunda ise üzerinde esas olarak durulan “*ahlak*” ve daha dar anlamda “*cinsel ahlak temelli toplumsal ahlak*”tır. Ahlakla hukuk arasındaki ilişki her zaman tartışma konusu olmuştur.¹³ Bir ülkede hakim olan temel ahlaki esaslarla çatışma halinde olan ceza hukuku etkisiz kalmaya mahkumdur. Çünkü böyle bir ceza hukuku müşterek inançtan yoksun olacaktır.

Ahlak da hukuk gibi insanlar arasındaki ilişkileri düzenlemeyi kendisine konu edinmiştir. Hatta bir toplumun ahlaki görüşleri, o toplumun ceza hukukunu önemli ölçüde etkilemektedir. Ancak, toplumsal ahlakın kınadığı bütün fiiller ceza kanunlarına girip, suç niteliğini kazanmamıştır ve kazanması da doğru değildir. Ahlaki anlamda suçluluk ile kanuni anlamda suçluluk birbirinden farklıdır. Hukuk kuralları ile ahlak kuralları, birbirini kesen iki daireye benzetilebilir. Hu-

¹² Patrick Devlin, “Ahlakın Dayatılması” in Siyasal Düşünce (Der. Michael Rosen-Jonathan Wolff), Ankara 2006, s. 194.

¹³ Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Antolisei, Parte Generale, s. 8 vd.

kuk kurallarının, ahlak kurallarının tümünü bünyesine almış olduğu düşünülemez. Devlet hukuk kurallarını tespit ile yetinmeli, insanların vicdanlarına hitap eden ahlak kuralları alanına müdahale etmemelidir. Ahlak ile hukuk birbirine karıştırılmamalıdır. Kişide gayri ahlaki bir karakter olduğu halde hukuka uygun hareket edebildiği gibi, hukuka aykırı hareket eden herkesin ahlaksız olduğu da söylenemez.

Ceza hukuku, toplumdaki yaygın inanca göre, müeyyideye bağlanması gereken bir takım fiilleri cezalandırmayabilir. Bu durumda ceza hukuku, ahlaktan iyice uzaklaşır. Tüm bunlara rağmen, ceza hukuku her zaman ahlaka yaklaşmakta ve ahlakla daha sıkı bir ilişki içine girme eğilimi taşımaktadır.

Cinsel ahlak/ahlaksızlık ile ilgili olarak yaşanan norm koyma süreci, belki ceza kanunlarının başka hiçbir alanında olmadığı kadar; hukukla ahlakı, gelenekleri, töreleri, aileyi bir araya ya da karşı karşıya getirir. Kanun koyucunun bu alanda yapacağı tercihler, gerçekten reformcu olup olmadığını, kalıplaşmış toplumsal önyargıları kırıp kırmadığını, toplumu sadece koruyan değil aynı zamanda ilerletmek isteyen bir yaklaşımı kavrayıp kavramadığı konusunda da ölçüt olacaktır. Örneğin “zina”nın ahlaka aykırı bir fiil olduğu herkes tarafından kabul edilmesine rağmen, TCK dahil birçok kanunda zina suç olarak öngörülmemiştir. Çünkü aile kurumunun, zinayı suç saymakla korunması mümkün değildir.

Ancak unutulmaması gereken bir gerçek de vardır: Ahlaktan iyice uzaklaşan bir hukuk da toplumun zihninde “meşru” değildir.

KISA BİR DEĞERLENDİRME

Türkiye’de “rızaî ensest” olarak anlatmaya çalıştığımız ensest bir yana, “rızaî olmayan ensest” dahi konuşulamamakta ve yok sayılmaktadır. Cinsel suçların ortaya çıkmaları son derece zordur ve bu zorluk ensest söz konusu olduğunda daha da katlanmaktadır. Suç mağdurlarına inanılmamakta ve mağdur olanlar mağduriyetlerini dile getirdiklerinde çok ağır tepkilerle karşılaşmaktadırlar.

Ülkemizde “genel ahlak”ın güçlü olduğuna ve bu nedenle ensest gibi suçların işlenemeyeceğine dair inanç, artık “rızaî olmayan” ensesti örtmeye yetmemektedir. Rızaî ensestin örneklerinin olup olmadığı ise

fazlaca bilinmemekte, bilinse de dile gelmemektedir. Bu eylemin suç olarak kabul edilmemiş olması, bir kez daha vurgulamak isteriz, eylemin kabul edilebilirliğine değil, *eylemin asla gerçekleşmeyeceğine dair söyleme* dayanmaktadır.

Amacımız, tüm bileşenlerinden bağımsız, *yüzeysel ve ahlakçı* bir bakışla cinsel ahlak/ahlaksızlık temelli bir eylemin mutlaka cezalandırılmasını talep etmek değildir. Ama bu vesileyle “*genel ahlak*” taki ikiyüzlülüğü de görmek gerekir.

II. ALMANYA’DA ALEVLENEN TARTIŞMA VE ANAYASA MAHKEMESİ’NİN KARARI

Almanya’nın Saksonya eyaletinde yaşayan Patrick S. ve Susan K., kardeş olmalarına rağmen birlikte yaşayarak dört çocuk sahibi oldular. Almanya’da ensest ilişki yasalara göre suç sayılmasına rağmen ikili bu ilişkiden vazgeçmedi. Ülkede yakın akrabalar arasındaki evliliğin suç olmasının gerekip gerekmediği tartışması bir kez daha şiddetlendi. Ensest suçunun işlendiği iddiasıyla yapılan yargılamada, çift, ilişkilerinde bir yanlışlık olmadığını savunarak, Alm. CK’nın 173. maddesinin Anayasa’ya aykırı olduğunu iddia edince sorun Anayasa Mahkemesi’nin önüne gitti ve Mahkeme bu konuda yapılan tartışmalar açısından son derece önemli bir karar vererek, “*ensest yasağı*”nı Anayasa’ya aykırı bulmadı.

Bu kararda; ensestin tarih içinde ve çeşitli kültürlerde yeri, dinlerin yaklaşımı, karşılaştırmalı hukukta durum, ceza hukuku-ahlak ilişkisi, bir fiili suç sayarken kanun koyucunun değerlendireceği hususlar, ensest yasağı lehine düşünceler ve yasak aleyhine değerlendirmeler çok ayrıntılı bir şekilde yer almaktadır. Konunun her yönüyle tartışılabilmesi için, metin, herhangi bir kısaltma yapmadan ve araştırmacılara kolaylık olması açısından, atıflar da korunarak tümüyle çevrilmiştir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, (26 Şubat 2008 tarihli İkinci Daire Kararı- 2BvR 392/07) Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) “*kardeşler arası cinsel ilişki*”yi cezalandıran 173/2-2 maddesini, Alman Anayasası’na uygun bularak, Anayasaya aykırılık itirazını reddetmiş ve 26 Şubat 2008 tarihinde aşağıdaki kararı vermiştir:

GEREKÇE

A. 1. Kardeşler arası cinsel ilişkiyi yasaklayan hüküm gereğince cezalandırılan taraf, Anayasa'ya aykırılık iddiası ile itiraz konusu maddenin hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep etmektedir.

I. 2.

Cinsel ilişkide bulunan kan bağı ile bağlı kardeşleri, iki seneye kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandıran Alman Ceza Kanunu madde 173, fıkra 2, cümle 2 hükmü, kültürler tarihi boyunca süregelen ve uluslar arası alanda yayılmış ve içerisinde birçok amacın birleştiği bir yasaklayıcı norma dayanmaktadır.

3.

1. Encest yasağının kökenleri ilkçağa kadar dayanmaktadır. Bu yasağa ilişkin ilk düzenlemeler Hammurabi yasalarında, Musevi (*Tevrat-Levililer bölüm 18 bap 6 vd., bölüm 20 bap 11 vd; Yasa'nın Tekrarı bölüm 27 bap 20 vd.*) ve İslam hukukunda (*Kur'an sure 4, ayet 23*), antik Yunan hukukunda (*bkz. Karkatsoulis, Inzest und Strafrecht, 1987, s. 35 vd.*), Roma hukukunda (*bkz. Mommsen, Römisches Strafrecht, 1955, s. 682 vd.*), geniş biçimde kilise (*bkz. Palmen, der Inzest. Eine strafrechtlich-kriminologische Untersuchung, 1968, s. 44 vd.; v. Liszt/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 19927, s. 563 vd.*) ve Cermen Hukukunda (*Wilda, Geschichte des deutschen Strafrechts. Das Strafrecht des Germanen, 1. Cilt, 1842 <yeni baskı 1960>, s. 855 vd.*) ve eski Alman Ceza Kanunlarında (*Bamberg Ceza Kanunu (Bamberger Halsgerichtsordnung) madde 142, Beşinci Karl'ın Ceza Kanunu (Peinliche Gerichtsordnung Karl V.) madde 117, Prusya Devletinin Genel Eyalet Kanunları (Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten) madde 1033 – 1047 ve özellikle madde 1041'de yer almaktadır. Encest konusu mitolojide, efsanelerde ve şiirde de işlenmiştir (bkz. Rank, Das Inzest-Motiv in Dichtung und Sage. Grundzüge einer Psychologie des dichterischen Schaffens, 2. Baskı 1926 <yeni baskı 1974>).*

4.

2. 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu'na dayanan Kuzey Almanya Konfederasyonu (*Norddeutscher Bund*) Ceza Kanunu'nun 171. maddesi, 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nun (*Reichstrafgesetzbuch*) 173. maddesine örnek oluşturmuştur. Alman İmparatorluk Ceza Kanunu'nun "ahlaka karşı suç ve kabahatler" isimli 13. bap ve

“ensest” başlıklı 173. maddesi, özellikle halkın ahlaki anlayışı gereğince düzenlenmiştir. 1902 yılında başlayan Ceza Hukuku Reformu çerçevesinde –sadece ahlaksızlığı cezalandırdığı için ensest yasağını kaldırma çabalarına rağmen- ensestin ailenin ahlaki varlığına karşı en büyük saldırıyı oluşturması ve gelecek nesiller için tehlikeler yaratması nedeniyle, Alman İmparatorluk Ceza Kanunu’nun 173. maddesi neredeyse hiç değiştirilmeden 1909 tarihli tasarının 249. maddesine alınmıştır (bkz. *Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch*, 1909, s. 688 vd.; ayrıca Glaser, *Die Sittlichkeitsdelikte nach dem Vorentwurfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch*, ZStW 31 <1911>, s. 379 <394 vd.>). Daha sonraki 1911, 1913, 1919 ve 1922 tarihli kanun tasarıları ile 1925 tarihli Genel Alman Ceza Kanunu’nun resmi tasarısı da ensest yasağını muhafaza etmişlerdir (bkz. *Jähnicke, Die Blutschande*, 1929, s. 51 vd.). 1927 tarihli tasarı ise kayın hısımları arası ensesti kaldırmıştır. Gençlerin ve de reşitlerin, otoriter şahısların suiistimallerine karşı, cezai araçlar vasıtasıyla korunmaları gerektiği düşüncesi nedeniyle, 1927 tarihli karşı tasarı (*Gegenentwurf*), ensestin cezalandırılmasından vazgeçmemiş ancak diğer ülkelerin düzenlemelerine kıyasen hafifletilmiş ve farklılaştırılmış ceza öngörmüştür (bkz. *Gegen-Entwurf zu den Strafbestimmungen des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs über geschlechtliche und mit dem Geschlechtsleben im Zusammenhang stehende Handlungen*, 1927, s. 36 vd.).

5.

Nasyonal sosyalizm döneminde, 23 Nisan 1938 tarihli “Aile hukuku kurallarının değiştirilmesi ve tamamlanması ve vatansızların hukuki durumu hakkında kanunun yürütülmesine dair tüzüğün (*Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Änderung und Ergänzung familienrechtlicher Vorschriften und über die Rechtsstellung der Staatenlosen*) 4. maddesi gereğince, fiilin işlendiği sırada kayın hısımlığının dayandığı evliliğin sona ermiş olması durumu için ensest cezalandırması ortadan kaldırılmıştır. Buna göre mahkeme, fiilin işlendiği sırada eşlerin aynı evde yaşamamaları durumunda da ceza tayin etmeme yetkisine sahiptir. Bu belirtilen değişiklikler, nasyonal sosyalist diktatörlük döneminde, kayın hısımlarının cezalandırılmasının gerekli olmadığını gösteren öjenik nedenlerin ön planda tutulması sebebiyle yapılmıştır (bkz. V. Gleispach, in: Gürtner <yayımlayan>, *Das kommende deutsche Strafrecht, Besonderer Teil, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrecht-*

skommission, 1935, s. 124; ayrıca bkz. *Palmen*, s. 84 vd.). Prusya Adalet Bakanı, 1933 tarihli açıklamasında enseste bağlı olan hukuki neticelerin amacının esasen akrabalar arası cinsel ilişki sonucu doğabilecek irsi tehlikelerin önüne geçmek olduğunu ve halkı koruma olmadığını belirtmiştir (bkz. *Kerrl, Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des preußischen Justizministers*, 1933, s. 68).

6.

4 Ağustos 1953 tarihli Ceza Hukuku'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Üçüncü Kanun ile belirtilen Tüzüğü'nün 4. maddesinde öngörülen düzenlemeler Alman Ceza Kanunu'nun 173. maddesine de eklenmiştir.

7.

1960 tarihli Ceza Kanunu'nun tasarısı, ceza miktarının artırılması yanında, kayın hısımları arası ensestin -sadece ahlaksızlık olarak görülmesi nedeniyle- hukuka aykırı fiil olmaktan çıkarılmasını öngörmüş (bkz. *BRDrucks 270/60*, s. 321 vd.) ve sadece 16 yaşına kadar olan fürular arası ensesti cezasız bırakmıştır. Tasarı gerekçesinde, ensestin Ceza Hukukunun tanıdığı en büyük suçlardan biri olduğu bildirilmiştir (bkz. *BRDrucks 200/62*, s. 347 vd.). 1962 tarihli tasarıya karşı hazırlanan 1968 tarihli Ceza Kanununa karşı tasarı (Alternativ-Entwurf) gereğince ensest hükmünün anlamlı bir fonksiyonu olmaması ve ahlaki bozukluğun tek başına cezalandırılmayı haklı göstermemesi nedeniyle kaldırılması düşünülmüştür (ancak kaldırılmamıştır) (bkz. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil*, 1968, s.59).

8.

23 Kasım 1973 tarihli Dördüncü Ceza Hukuku Reformu Kanunu (*BGBI I s. 1725*) ile Ceza Kanunu'nun 173. maddesi kapsamlı bir şekilde gözden geçirilmiş ve "akrabalar arası cinsel ilişki" başlığı altında "şahsi hal, evlilik ve aileye karşı suçlar" babına eklenmiştir. Alman Federal Meclisi'nin Ceza Hukuku Reformu Özel Komisyonu (*Sonderausschuss für die Strafrechtsreform des deutschen Bundestages*) birden fazla oturumunda etraflıca hükmün koruma amacını (*Schutzzweck*) tartışmış ve sonuçta, Üçüncü Ceza Hukuku'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dan sonra, kalan dar uygulama alanı nedeniyle, kayın hısımları arası ensestin cezalandırılmasının kaldırılması konusunda uzlaş-

ma sağlanmışır (bkz. *Deutscher Bundestag, Protokolle der Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Cilt 1, 34. Sitzung, s. 1251*). Ayrıca komisyonda akrabalar arası cinsel ilişkinin cezalandırılmasının sürdürülmesi konusu da tartışılmış ve tartışmada birçok sosyolog ve psikiyatr, cezalandırmanın muhafazasına eleştirel bakmışlardır. Sosyolog ve psikiyatlara göre ensest, travmatik bir olay olup terapi gerektirmekte, “bir denemek” için yapılan bir davranış olmadığı takdirde, kardeşler arası cinsel ilişki için de geçerli olmak üzere, çoğunlukla önceden bozulmuş olan düzenin bir belirtisi olarak değerlendirilmektedir. Bilirkişilere göre; problemin olağanüstü tahrip gücü dikkate alındığı takdirde kardeş ensesti suç olarak kabul edilmemeli, terapiye başlanabilmesi için cezai olmayan tedbirler yeterli olmalıdır. İncelenen kardeşler arası ensest ilişkileri sadece ebeveynsiz ailelerde meydana gelmekte ve genellikle yalnızlık problemi nedeniyle kardeşler arasındaki güvenin cinsel eylemlere dönüşmesinden kaynaklanmaktadır.

9.

Buna mukabil var olan ensest cezası lehine şu hususlar belirtilmiştir: Aile mümkün olan herhangi bir cinsel rekabetten uzak tutulmalı ve “çocukların büyümesi için gereken alan” korunmalıdır. Kardeşler arası ensest, özellikle müteakip evlilikler ve aileden ayrılma süreci göz önüne alındığında, bir dizi istenmeyen neticelere yol açmakta, ensestin psikolojik etkileri önemli olabilmekte ve uzun süre ensest ilişkisine maruz kalmış ergen kız çocuklarında psiko-sosyolojik alanda ağır davranış bozuklukları tespit edilebilmektedir (bkz. *Deutscher Bundestag, 28. Sitzung, s.882 vd., 919, 922; 29. Sitzung, s. 929, 932 vd., 989 vd., 1002 vd., 1007*).

10.

Ensest cezasını muhafaza amacı hakkındaki soruya yönelik olarak Alman Federal Hükümeti, Özel Komite önünde, Alman Anayasası’nın 6. maddesinde öngörülen “evlilik ve ailenin korunması”nı ileri sürmüştür. Usul ve fûru arasındaki ensest ilişkileri esas itibarıyla aile için ağır bir yük anlamına gelmekte, evliliği bozucu etki ve birçok durumda genç partnerlerde çevrenin ayrımcı tepkileri dolayısıyla daha da ağırlaşan duygusal hasarlar meydana getirmektedir. Bunların yanında, failerin çekinik genlerinin ensest nedeniyle ortaya çıkması gibi genetik sebepler de ceza hükmünün lehindedir. Ensestin toplum tarafından ta-

bulaştırılması, encest ilişkisi sonucu doğan ve bu nedenle ayrımcılığa maruz kalan çocuk üzerinde de ayrıca mühim etkilere sebep olmaktadır. Bu son iki cezalandırma nedeni –özellikle meydana gelebilecek genetik hasarlar bakımından- kardeşler arası encestin cezalandırılmasını haklı göstermektedir (bkz. *Deutscher Bundestag*, 34. Sitzung, s. 1247 vd.; ayrıca bkz., *BTDrucks VI/1552*, s.14; *BTDrucks VI/3521*, s.17 vd.). Bu bağlamda yetişkin olduktan sonra tanışan iki üvey kardeşin cinsel ilişkiye girme durumu da tartışılmıştır. Alman Federal Hükümeti temsilcileri böyle bir durumda “Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 153. maddesi gereğince davanın sukutuna gidilmesi” görüşünü savunmuştur. Encest cezasının kaldırılması durumunda, özellikle toplu iletişim araçlarının kardeş encestinin, cinsel eylemlerin moda formu olduğuna dair propaganda yapmaları durumunda, bu davranışların anormal olduğu bilincinin kaybolabileceği de belirtilmiştir. Birçok kez, encest yasağı geleneğinin bozulmasının istenmediğinin üzerinde durulmuştur (bkz. *Deutscher Bundestag*, 34. Sitzung, s. 1247 vd.; 36. Sitzung, s.1298 vd.; 71. Sitzung, s. 2031; bkz. Ayrıca *BTDrucks VI/1552*, s.14, 46; *BTDrucks VI/3521*, s. 18).

11.

2 Temmuz 1976 tarihli Evlat Edinme ve Diğer Hükümlerin Değiştirilmesi Kanunu’nun (Evlat Edinme Kanunu) (*Gesetz über die Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften – Adoptionsgesetz; BGBl I s.1749*) 6. maddesinin 3. bendi gereğince ceza hükmünün redaksiyonel biçimde gözden geçirilmesini müteakip, Alman Ceza Kanunu madde 173 aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

12.

(1) Her kim füruuyla cinsel ilişkide bulunursa, üç seneye kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılır.

13.

(2) Her kim usulüyle cinsel ilişkide bulunursa, iki seneye kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezası ile cezalandırılır; akrabalık ilişkisi sona ermiş bile olsa bu durum geçerlidir. Aynı şekilde cinsel ilişkide bulunan kan bağı ile bağlı kardeşler de cezalandırılmaktadırlar.

14.

(3) Fiilin işlendiği sırada on sekiz yaşını doldurmamış füru ve kardeşler bu maddeye göre cezalandırılmazlar.

15.

3. Anayasa Mahkemesi İkinci Dairesi'nin, yabancı ve uluslararası ceza hukuku hakkındaki araştırma isteği üzerine Freiburg'daki Max-Planck-Enstitüsü'nün hazırladığı ve Anglo-Amerikan, Kıta Avrupası ve diğer Avrupa dışı toplam 20 ülkenin hukuki durumunun analizini oluşturan raporda (*Gutachten*), Avrupa içi ve Avrupa dışı ülkeler karşılaştırılarak; kardeşler arası cinsel ilişkinin cezalandırılma nedenleri bakımından hukuki durumun çoğunlukla aynı olduğu, ancak detaylı incelemede farklılıkların ortaya çıktığı sonucuna ulaşılmıştır. Rapora göre kardeş ensesti –başka bir deyişle reşit kardeşler arasındaki rızai cinsel ilişki- incelenen 13 ülkede cezalandırılmakta iken; Çin, Rus Federasyonu, Türkiye, İspanya, Fransa ve Napoleon'un Code Pénal'ından etkilenen- Hollanda ve Fildişi Sahili Cumhuriyeti (*Côte d'Ivoire*) hukuk düzeninde cezalandırılmamaktadır. İspanya, Fransa ve Fildişi Sahili Cumhuriyeti'nin ceza kanunlarında –kardeşler arasındaki de dahil olmak üzere- ensest fiillerinin ağırlaştırıcı neden olabildiği; incelenen diğer hukuk düzenlerinde cezalandırmanın söz konusu olmamasına rağmen –özellikle evlenme yasağı ve Fransa'da ensest ilişkisinden doğan çocukların hukuki olarak tanınmaması gibi- başka yöntemlerle ensestin yasal kabul görmediği tespit edilmiştir. Birleşmiş Milletler Üçüncü Komisyonu'nun “Çocuk haklarının korunmasına” dair hazırladığı raporlarında, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun ensestten korunma hakkındaki kanun çıkarılması ricaları üzerine (bkz. 30 Kasım 1999 tarihli UN-Doc No. A/54/601, s. 4 vd.; 25 Şubat 2000 tarihli A/RES/54/148, s. 1 vd.; 26 Şubat 2002 tarihli A/RES/56/139, s. 1, 3) Fransa 2004 yılında ensestin hukuki tanımını içeren ve ensest eylemlerini konu eden Ceza Kanununu Değiştiren Kanun Tasarısı çıkarmıştır (*Proposition de Loi No 1896 de l'Assemblée Nationale du 4 novembre 2004*). Ayrıca Max-Planck-Enstitüsü'nün raporunda kardeş ensestinin –çocuklara ya da bağımlı kimselere karşı işlenilmesi veya şiddet kullanılması gibi- nitelikli halleri, incelenen tüm uluslararası hukuk düzenlerinde cezalandırılmaktadır.

16.

Max-Planck-Enstitüsü'nün raporu, ulusal ceza kanunlarının detaylı incelenmeleri sonucu, üvey veya evlat edinilmiş akrabalar ve kayın

hısımlarının sadece istisnaen normun muhatabı (*Normadressat*) sayıldığını belirtmektedir. Bazı devletlerde cinsel ilişki benzeri davranışlar ile diğer cinsel ve homoseksüel davranışlar kapsam içine alınmış ve hatta bazen bu tip ensest ilişkileri cezalandırılmıştır. Birbirlerinden çok farklı ceza sınırları olmakla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyaletlerinde ömür boyu hapis cezasına kadar varmaktadır. Cezai hükmün meşrulaştırılmasının gerekçesi; dini, sosyolojik, genetik ve ahlaki ve açıkça tabuya dayalı argümanlara kadar dayanmaktadır. Genelde bu argümanlar karma biçimde ortaya çıkmaktadırlar.

17.

Ensesti cezalandıran normlar, bazı devletlerde yüksek mahkeme veya Anayasa mahkemelerinin kararlarına konu olmuştur. İtalyan Anayasa Mahkemesi 2000 yılında verdiği bir kararında –kardeşler arasındaki de dahil olmak üzere- *aleni skandal* yaratacak biçimde gerçekleşen ensesti cezalandıran Codice Penale madde 564'ü, Anayasaya uygun bulmuş (bkz. *Corte costituzionale*, 15 novembre 2000, n.518, *Giur. It.* 2001, s. 994) ve hükmün, -evli çiftler hariç- aile fertlerinin cinsel teması nedeniyle aile hayatının bozulmasını engelleme amacını yerine getirmek için yasa koyucunun istediği sınıra kadar gidebileceğini belirtmiştir. Macar Anayasa Mahkemesi de 1999 yılında kardeşler arası cinsel ilişkinin cezalandırılmasını Anayasaya uygun bulmuştur (bkz. *Ahlaklılık, hukuki menfaat sayılmaktadır: AB hat. 20/1999. <VI.25>, AB hat. 21/1996 <V.17>e dayanarak <Max-Planck-Enstitüsü Bildirisinden alıntı yapılmıştır>). Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin (United States Supreme Court), Texas Eyaleti'nin fiili livata yasağı hakkındaki kamu ahlakı düşüncesinin yasağı meşrulaştıramayacağı kararına rağmen (*Lawrence v. Texas*, 123 S. Ct. 2472 <2003>), 2005 yılında Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi'nin Yedinci Dairesi (*United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*) Wisconsin Eyaleti'nin ensest yasağını Anayasaya uygun bulmuştur (bkz. *Muth v. Frank*, 142 F.3d 808 <7th Cir.>, cert. Denied, 126 S. Ct.575 <2005>). Ensest ilişkisi konusunda “anlaşılmış olunması” ile ilişkiye “katlanma” arasındaki farkın zor belirlenebilir olması ve bu ilişkiden doğan çocuklar açısından ortaya çıkabilecek sosyal ve psikolojik etkiler nedeniyle, ensesti suç olmaktan çıkarma çabalarını Kanada Temyiz Mahkemesi 1996 yılında eleştirmiştir (bkz. *R.v.M.S.* <1996>, 111 C.C.C. <3d> at 478). Krakau Temyiz Mahkemesi 1991 tarihli bir kararında kardeşler arası ensesti de ceza-*

landıran Polonya Ceza Kanunu'nun 176. maddesinin meşruluğunu genetik, aileyi koruyucu ve ahlaki sebeplere dayandırmıştır (4 Nisan 1991 tarihli Karar, II Akz 28/91, KZS 1991/4/16).

18.

4. Alman Ceza Kanunu madde 173 Alman cinsellik hukukunun gelişiminden ayrı bir şekilde değerlendirilmemelidir. İki karşıt eğilim aşağıda belirtilmektedir:

19.

Birçok ceza hukuku reformu, bir taraftan cinsel ahlak konusunda değişen toplumsal anlayış ile hukuk politikası ve hukuk bilimi tarafından talep edilen, sıkı “ceza hukuku ve ahlak ayrımı”nı göz önünde tutmuştur (bkz. Hanack, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentags 1968, Gutachten A, s. 28 vd.*). Özetle “cinsel ceza hukukunun suç olmaktan çıkarılması” ve “ahlaki standartlar yerine, hukuki menfaatlerin korunmasına yönelmiş (Rechtsgut) ceza hukukuna doğru dönüşüm” (Renzikowski, in: *Münchener Kommentar, StGB, 2005, Vor §§ 174 vd. Para. 2, 61*) olarak nitelenen bir eğilim ortaya çıkmıştır. Bu eğilim 25 Temmuz 1969 tarihli “Birinci Ceza Hukuku Reform Kanunu” (BGBl I s. 645) ile cinsel ceza hukuku (Sexualstrafrecht) ile ahlaksızlığın cezalandırılmasının birbirinden ayrılmasını öngörmektedir. Bu suretle Alman Ceza Kanunu'nun on üçüncü babının başlığını “cinsel özgürlüğe karşı suçlar” olarak değiştiren (önceden: “Ahlaka karşı suçlar”) 23 Kasım 1973 tarihli “Dördüncü Ceza Hukuku Reform Kanunu” (BGBl I s.1725) ve 31 Mayıs 1994 tarihli “Ceza Hukukunun Değiştirilmesine Dair Yirmidokuzuncu Kanun (BGBl I s. 1168) Alman Ceza Kanunu madde 175'i (gençlere yönelik homoseksüel eylemlerin cezalandırılması) iptal etmiş ve ayrıca zinanın, reşitler arası homoseksüelliğin, hayvanlar ile cinsel ilişkinin ve hile ile evlilik dışı cinsel ilişkinin cezalandırılmasını da kaldırmıştır.

20.

Aksi eğilim, cinsel özgürlüğe saldıran suçların cezalarının genişletilmesi ve ağırlaştırılması ile nitelendirilmektedir. Bu eğilim, 14 Temmuz 1992 tarihli Ceza Hukuku'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Yirmialtıncı Kanun –insan ticareti- (BGBl I s. 1255), 23 Temmuz 1993 tarihli Ceza Hukuku'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Yirmiyedinci

Kanun –çocuk pornografisi- (BGBl I s. 1346), 1 Temmuz 1997 tarihli Ceza Hukuku’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Otuzüçüncü Kanun –Alman Ceza Kanunu madde 177’den 179’a kadar- (BGBl I s. 1607), 26 Ocak 1998 tarihli Cinsel ve Diğer Tehlikeli Suçlarla Mücadele Kanunu (BGBl I. s. 160), 26 Ocak 1998 tarihli “Altıncı Ceza Hukuku Reform Kanunu (BGBl I. s. 164), 27 Aralık 2003 tarihli Cinsel Özgürlüğe Karşı Suç Hükümlerinde ve Diğer Hükümlerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (BGBl I. s. 3007) ve 11 Şubat 2005 tarihli Ceza Hukuku’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Otuzyedinci Kanun – Alman Ceza Kanunu’nun 180b ve 181. maddeleri- (BGBl I s. 239) gibi kanunlarda kendisini göstermektedir. Bu kanunlar özellikle çocukların cinsel istismara karşı daha iyi korunmalarını (bkz. BTDrucks 15/1311, s. 1 vd), halkın “mükerrirlerden” (Hangtäter) daha iyi korunması (bkz. BTDrucks 15/1311, s. 1 vd.; bu bağlamda 21 Ağustos 2002 tarihli Saklı Tutulan İhtiyati Tevkif Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun ve 23 Temmuz 2004 tarihli sonraki İhtiyati Tevkif Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun da söz konusu olmaktadır) ve insan ticareti ile daha iyi mücadeleyi (bkz. BTDrucks 15/3045, s.1) amaçlamaktadırlar.

II. 21.

1. Sulh Ceza Mahkemesi (Amtsgericht), Anayasaya aykırılık nedeniyle itiraz yoluna başvuran tarafı (Beschwerdeführer) eyleminden dolayı Alman Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 bent 2 gereğince bir yıl ve iki aylık hapis cezasına çarptırmıştır. Bunun yanında mahkeme, davalının –arasında 6 Nisan 2004 tarihinde akrabalar arası cinsel ilişki hükmü gereğince verilmiş olan tek defalık on aylık hapis cezası da bulunan- önceki mahkûmiyetlerinden doğan cezaları içtima ederek ayrıca toplam bir yıl ve dört aylık hapis cezasına çarptırmıştır.

22.

Sulh Ceza Mahkemesi, 1976 yılı doğumlu itiraz yoluna başvuran taraf (erkek kardeş S) ile onun 1984 yılında doğan öz kız kardeşi, müşterek davacı K. arasındaki mevcut kişisel ilişki hakkında aşağıdaki bulguları saptamıştır: Sanıkların ebeveyni, K.’nın doğumundan kısa bir süre önce boşanmıştır. Anneleri kız kardeş K.’nın ve küçük erkek kardeşin velayetini, baba ile temasta bulunulmadan tek başına üstlenmiştir. Yetiştirme koşulları son derece zorlu geçmiştir. Ailenin bakımı Jugendhilfe (Gençlik Yardım Kuruluşu) tarafından sağlanmıştır. K. beş

yaşında Gençlik Yardım Kuruluşunun tesislerinde kalmıştır. 2000 yılında annesinin ölmesi ile birlikte Gençlik Hizmetleri Dairesi (*Jugendamt*) K.'nın vesayetini üstlenmiş ve K. küçük erkek kardeşi ile birlikte öz babalarının yanında yaşamışlardır. İtiraz yoluna başvuran taraf (erkek kardeş S.) üç yaşından itibaren, alkolik babasının defalarca kötü muamelesinden sonra, devlet çocuk yurdunda ve birçok koruyucu ailede (*Pflegefamilie*) kalmıştır. Yedi yaşında, o zamanki koruyucu ailesi tarafından evlat edinilmiş ve onların ismini almıştır. O zamandan itibaren kendi öz ailesi (*Ursprungsfamilie*) ile hiçbir temas kurmamıştır. 2000 yılında Gençlik Hizmetleri Dairesi (*Jugendamt*) vasıtasıyla kendi öz annesi ile görüşüp varlığından bile haberdar olmadığı kız kardeşi K. ile tanışmıştır. Erkek kardeş S annesinin ölümünden sonra da kız kardeşi K. ile birlikte kalmış ve bu esnada K. ile arasında yakın bir ilişki ortaya çıkmıştır. 2001, 2003, 2004 ve 2005 yıllarında çocukları olmuştur. Kız kardeş K.'nın korkak, içine kapalı olması ve bağımlı kişiliği ile birlikte içinde bulunduğu kusurlu aile yapısı nedeniyle itiraz yoluna başvuran tarafa (erkek kardeş S.'ye) bağımlı olduğundan yola çıkılmaktadır. Bu hususta Sulh Ceza Mahkemesi ağır bir kişilik bozukluğu ile birlikte hafif zihinsel özrü nedeniyle K.'nın tam ceza ehliyetine (*verminderte Schuldfähigkeit*) sahip olmadığını belirtmiştir. İtiraz yoluna başvuran taraf (erkek kardeş S.) 2002 ve 2004 yıllarında akrabalar arası cinsel ilişki hükmü gereğince, 16 olaydan birinde infazı ertelenen bir yıllık hapis cezasına ve bir diğerinde de on aylık hapis cezasına mahkum edilmiştir. On aylık hapis cezasını da içine alacak biçimde ayrıca kız kardeşi K.'nın yüzüne yumruk atarak dudağının şişmesi ve burnunun kanamasına neden olması sebebiyle kasten yaralama hükmü gereğince toplam on bir aylık hapis cezasına çarptırılmıştır.

23.

2. Sulh Ceza Mahkemesinin kararına karşı yapılmış temyiz başvurusu ile Alman Ceza Kanunu'nun 173. maddesinin Anayasaya aykırılığını iddia etmiş ve Alman Anayasası madde 100 fıkra 1 gereğince somut norm denetimi (*Richtervorlage* – yargıç başvurusu) talep etmiştir.

III. 24.

Anayasaya aykırılık iddiası ile itiraz yoluna başvuran taraf, doğrudan doğruya sulh ceza mahkemesinin kararına ve yüksek eyalet mahkemesi temyiz kararına yönelmekte, dolaylı olarak da Alman

Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin Anayasa'ya aykırılığını iddia etmektedir. İtiraz yoluna başvuran taraf, ceza normunun; Alman Anayasası'nın 2. maddesinin 1. fıkrası ile 1. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "*cinsel özgürlüğü*" ve 3. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen "*ayrımcılık yasağı*"nı ihlal ettiğini ve Anayasa'nın 3 maddesinin 1. fıkrasında öngörülen "*eşit davranma ilkesi*" ile bağdaşmadığı ve cezai sonucunun (başka bir deyişle kriminal cezaya çarptırılma) "*yasaklama (caydırma) etkisi*" (*Verbotswirkung*) ile orantılı olmadığını iddia etmekte ve ayrıca Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2 gereğince verilen kararın, Alman Anayasası'nın 6. maddesinin 1. fıkrasına dayanan hakkını da ihlal ettiğini belirtmektedir. İtiraz yoluna başvuran taraf hukuki görüşünü hükmün yalnızca ahlak anlayışını ele aldığına ve hukuki menfaatlerin korunmasına (*Rechtsgüterschutz*) hizmet etmediğine dayandırmakta ve yasa koyucunun ensestini ailesel, sosyal ve genetik açıdan tehlikeli etkiler doğuracağını ileri sürerek hukuki menfaatlerin korunduğunu iddia etse de, bu etkilerin deneysel olarak ispatlanamadığını ileri sürmektedir. Ayrıca cezai hüküm, -*cinsel ilişki benzeri davranışların ve evlatlık, koruyucu (süt - Pflege) ve üvey kardeşlerin cezalandırılmaması nedeniyle*- boşluk içermesinden dolayı, ailenin korunması için uygun değildir. Hükmün sözde koruma amacı gereğince cezalandırılmaması gereken davranışları -*aile bağları artık var olmayan reşit kardeşler arası veya aile bağları korunarak yapılan cinsel ilişkiyi veya kısır olunması durumlarını*- yasaklaması nedeniyle ilgili ceza maddesinin gerekli olmadığını da belirtmektedir. Son olarak mahkeme kararının, itiraz yoluna başvuran tarafın ve kız kardeşinin içinde bulunduğu zor sosyal durumu göz önünde tutmaması nedeniyle orantılılık ilkesine uygun olmadığını ileri sürmüştür.

IV. 25.

Konuyla ilgili olarak, Alman Federal Meclisi'ne (*Deutscher Bundestag*), Alman Federal Konseyi'ne (*Bundesrat*), bütün eyalet hükümetlerine (*Länderregierungen*), M.E.L.I.N.A. Tecavüz/Şiddetten Doğan Ensest Çocukları/İnsanları Derneği'ne, Din Adamları Kuruluna (*Bischöfskonferenz*), Alman Protestan Kilisesine (*Evangelische Kirche in Deutschland*), Alman Özürlüler Konseyine (*der Deutsche Behindertenrat*) ve Alman Çocuk Koruma Birliği Federal Derneğine (*Deutscher Kinderschutzbund Bundesverband e.V.*) görüşlerini bildirmek için olanak tanınmıştır.

26.

1. Alman Federal Yüksek Mahkemesi (Bundesgerichtshof) Ceza Dairelerinin Başkanları, dairelerin Alman Ceza Kanunu'nun 173. maddesi 2. fıkrasının 2. cümlesinin Anayasaya uygunluğu hakkında şimdiye kadar şüphe duymadıklarını belirtmişlerdir. 29 Eylül 1993 tarihli kararında (BGHSt 39, 326) 2. Ceza Dairesi, 173. madde tarafından korunan menfaatleri ayrıntılı şekilde açıklamıştır.

27.

2. Federal Almanya Başsavcılığı'nın (*Generalbundesanwalt*) görüşüne göre itiraz edilen mahkeme kararları, Anayasal bir hükme ve uygulanmasına dayanmaktadırlar. Her türlü durumu göz önüne alarak cezalandırılacak eylemlerin sınırını belirlemek esas itibarıyla yasa koyucunun görevidir. Yasa koyucunun takdir alanını (*Beurteilungsspielraum*) Alman Anayasa Mahkemesi sadece sınırlı bir şekilde denetleyebilmektedir. Hükümün amacı özellikle, ailevi iç ilişkilerin muhafazası ve ailenin kurumsal korunmasında yatmaktadır. Aile içinde rollerin değişmesi nedeniyle ailenin toplumsallaşma ve zor durumlarda yardım görevini yerine getirememesi, ailenin işlerliğini tehlikeye düşürebilmektedir. Yakın aile çevresinde cinsel ilişkiler, diğer yakın akrabalar ile kaçınılması mümkün olmayan ve uzun vadeli ilişkilere onarılmayacak biçimde sıkıntı verecek, mevcut sıkıntılarda da enstest ile yeni boyutlara ulaşacaktır. Diğer cinsel ilişkilerden farklı olarak kardeşler arasındaki bağ feshedilememektedir. Bu nedenle, bir kardeş diğerinin durumundan bilerek veya bilmeyerek yararlanmakta iken, diğer kardeşin kaçınılmaz olarak gördüğü cinsel ilişkiye girmemek için gerekli olan hareket alanı kısıtlanmaktadır. Buna ek olarak halk sağlığının korunması da meşrulaştırıcı ağırlık kazanmaktadır. Kardeş enstestinin neticeleri bilimsel olarak tamamen açıklanmadıkça yasa koyucunun bu hukuki menfaatleri koruması için ceza hukukundan faydalanmasına engel olunmamalıdır. Kanunun uygulanması bakımından verilen ceza kabul edilebilir gözükmemektedir.

28.

3. Enstest ilişkilerinden doğan çocuklara da yardım eden M.E.L.I.N.A.(Tecavüz/Şiddetten Doğan Enstest Çocukları/İnsanları Derneği) cezalandırılan enstest yasağının, kan bağı ile bağlı akrabaların ahlaki sınır ihlallerine karşı korunmasındaki önemini vurgulamış-

tır. Ensest yaşağı, zarara uğramış ensest çocuklarının yaşama hakkına yönelmemekte, kendilerinin belirleyebilecekleri onurlu yaşam haklarına saygı gösterilmesini amaçlamaktadır. Ensest ilişkilerinden doğmuş olan çocukların genel olarak fiziksel ve psikolojik bozuklukları, toplum tarafından dışlanılmaları ve yakın aile mensuplarının “çift fonksiyonu”ndan dolayı kişisel kimlik ve aile yapısının kaybı nedeniyle onurlu yaşam hakkına saygı duyulması mümkün olmamaktadır. Böylelikle ensest mevcut sosyal bağları koparmaktadır. Ensest ilişkisinden doğan çocuklar ayrıca kendilerinden doğabilecek çocuklarda meydana gelebilecek genetik hastalıkların korkusuyla yaşamak durumunda kalmaktadırlar. Alman Ceza Kanunu madde 173, yakın akrabalar arasında cinsel suistimallerin ifşasını ve mücadelesini de sağlamaktadır. Dernek ilaveten ciddi şekilde yükselen ölüm oranlarını ve ensest ilişkisinden doğan çocukların diğer çocuklara oranla daha fazla artan fiziksel bozukluk oranlarını saptayan bilimsel araştırmalara da işaret etmekte ve bu çocukların kaderleri hakkında bilgi vermektedir.

B. 29.

Anayasa Mahkemesi’ne yapılan itiraz başvurusu usulen kabul edilmiş ve esasa yönelik incelemede, uygun bulunmamıştır.

I. 30.

Kardeşler arası cinsel ilişkiyi cezalandıran Alman Ceza Kanunu 173. madde 2. fıkra 2. cümlesi Alman Anayasası’na uygundur.

31.

1. Kanun koyucunun kardeşler arası ensesti cezalandırma yönündeki kararı, Alman Anayasası’nın 1. maddesi 1. fıkrası¹⁴ ile bağlantılı olan 2.maddesi 1. fıkrasına¹⁵ aykırı değildir.

32.

a) aa) Alman Anayasası, insanların mahrem ve cinsel alanını, onların özel alanlarının (*Privatsphäre*) parçası olarak madde 1 fıkra 1 ile

¹⁴ Madde 1 (*İnsan onurunun korunması*) (1) İnsan onuru dokunulmazdır. Bütün kamu gücü, ona saygı göstermek ve korumakla yükümlüdür.

¹⁵ Madde 2 (*Genel kişi hakları*) (1) Herkesin, başkalarının hakkını ihlal etmediği, Anayasa düzenine ya da ahlak kurallarına karşı gelmediği sürece, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkı vardır.

bağlantılı olan madde 2 fıkra 1 gereğince Anayasal koruma altına almıştır. Böylece kişi cinsellik anlayışını ve bir partner ile cinsel ilişkisini kendisi kurabilmekte ve esas itibarıyla hangi sınırlar altında ve hangi amaçla üçüncü kişilerin tepkilerini kabul edeceğine veya etmeyeceğine kendisi karar verebilmektedir

(bkz. BVerfGE 47, 46 <73 vd.>; 60, 123 <134>; 88, 87 <97>; 96, 56 <61>).

33.

Ancak genel kişilik hakkı (*Persönlichkeitsrecht*), cinsel tercih hakkı olarak kayıtsız şartsız sağlanmamıştır. Kişi, özel yaşam biçiminin dokunulmaz alanına saldırı söz konusu olmadıkça, halkın menfaatinin veya üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması durumunda orantılılık ilkesine uygun olarak alınan devlet önlemlerine uymalıdır (bkz. BVerfGE 27, 344 <351>; 65, 1 <44>; 96, 56 <61>; *stRspr*). Özel yaşam biçiminin çekirdek alanı mutlak olarak korunmakta ve kamu gücünün etkilerinden uzak tutulmaktadır (bkz. BVerfGE 80, 367 <373>; 90, 145 <171>; 109, 279 <313> *m.w.N.*). Bir durumun, dokunulmaz çekirdek alana dahil olup olmadığı, içeriğinin şahsiliğine ve nasıl ve hangi yoğunlukta başkalarının alanını ya da toplumun menfaatlerini ilgilendirdiğine göre belirlenmekte; somut olayın koşulları önem arz etmektedir (bkz. BVerfGE 34, 238 <248>; 80, 367 <374>; 109, 279 <314 vd.>).

34.

bb) Alman Anayasası'nın 1. maddesi 1. fıkrası ve bununla bağlantılı 2. maddesi 1. fıkrası kapsamında genel kişilik hakkının sınırlandırılması; sınırlamanın şartlarının ve sınırının açık ve herkes tarafından anlaşılabilir şekilde, Anayasaya uygun yasal düzenleme gerektirmektedir (bkz. BVerfGE 65, 1 <44>). Yasa koyucu maddi açıdan orantılılık ilkesine uymakla yükümlüdür.

35.

Orantılılık ilkesi, Alman Anayasası madde 2 fıkra 2 cümle 2¹⁶ gereğince kişilerin hürriyetinin sağlanması için hapis cezasına hükmeden (bkz. BVerfGE 90, 145 <172>)- bir ceza normunun kişilerin ve halkın korunmasına hizmet etmesini gerektirmektedir (bkz. BVerfGE 90, 145 <172, 184>; ayrıca BVerfGE 27, 18 <29 vd.>; 39, 1 <46>; 88, 203 <257>).

¹⁶ Madde 2 (2) Herkes, yaşam ve beden bütünlüğü hakkına sahiptir. Kişi hürriyetine dokunulamaz. Bu haklara ancak bir kanuna dayanarak kısıntı getirilebilir.

Belirli bir fiile ceza hukukunda hukuki menfaatlerin korunması için “ultima ratio” (son çare) olarak yer verilmesine; o fiilin yasak olmanın ötesine geçerek toplum yönünden zararlı ve insanların yaşam düzenleri için çekilmez hale gelmiş ve engellenmesi ivedilik gerektirmesi durumunda başvurulmaktadır. Ceza ile tehdit, cezaya çarptırılma (*Verhängung*) ve cezanın infazıyla (*Vollziehung*) ifade edilen sosyal-etik değersizlik kararı (*Unwerturteil*) nedeniyle, ceza normunun denetlenmesinde ölçek alınan “aşırılık yasağı” (*Übermaßverbot*) ayrı bir önem kazanmıştır (bkz. *BVerfGE* 90, 145 <172>; 92, 277 <326>; 96, 10 <25>). Ancak cezalandırılacak fiillerin alanını bağlayıcı bir şekilde belirlemek esas olarak kanun koyucunun görevidir. Kanun koyucu, korunması gerektiğini düşündüğü bir hukuki menfaati, ceza hukuku vasıtaları ile savunup savunmayacağını veya icabında bunu nasıl yapacağını belirlemede serbesttir. (bkz. *BVerfGE* 50, 142 <162>; *kriminal hukuka aykırılık ile düzene aykırılık arasındaki ayrım için BVerfGE* 27, 18 <30>; 80, 182 <186> m.w.N.; 96, 10 <26>).

36.

Ceza Normu, elde edilmeye çalışılan amaca ulaşılabilmesi için “uygun” ve “gerekli” olmalıdır. Bir araç yardımıyla istenilen başarıya ulaşılabiliriyorsa, o araç “uygun”dur. Her somut olayda başarıya gerçekten ulaşılması veya her halükarda ulaşılabilir olması gerekli olmayıp, başarıya ulaşılmasının mümkün olması da yeterlidir (bkz. *BVerfGE* 96, 10 <23>). Kanun koyucu, aynı etkiyi yaratacak fakat temel hakları hiç veya daha hafif bir şekilde kısıtlayan başka bir araç seçemiyorsa, o kanun “gerekli”dir. Elde edilmeye çalışılan amaca ulaşabilmek için seçilen araçların uygunluğunun ve gerekliliğinin takdirinde ve bu bağlamda kişiler veya halk için oluşmuş yakın tehlikelerin değerlendirilmesi ve teşhisinde, kanun koyucu takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucunun bu takdir yetkisini Anayasa Mahkemesi somut olaya, tehlikede olan hukuki menfaatlere ve sağlam bir karar oluşturma durumuna göre sadece sınırlı olarak denetleyebilmektedir. (bkz. *BVerfGE* 90, 145 <172 f.> m.w.N.).

37.

Sonuç olarak, fiilin ağırlığı ve ciddiyeti ile fiili meşrulaştıran nedenlerin önceliğinin değerlendirmesinde, yasağın muhataplarına isnat edilebilirliğinin sınırı da muhafaza edilmelidir (dar anlamda orantılı-

lık). Önlemler onlara aşırı yük olmamalıdır. Devlet cezalandırması alanında, “kusur” (*Schuldprinzip*) ve “orantılılık” ilkesi neticesinde, ceza ile suçun (*Straftat*) ağırlığı ve failin kusurluluğu (*Verschulden*) orantılı olmalıdır. Ceza ile tehdit, nitelik ve nicelik bakımından yaptırıma tabi tutulan davranışla ölçülü olmalıdır. Tipik fiil ve hukuki sonucu maddi anlamda birbirleri ile uyumlu olmalıdır (bkz. BVerfGE 90, 145 <173> m.w.N.).

38.

İlgili durumu dikkate alarak cezalandırılacak davranışların alanını belirlemek, esasen kanun koyucunun görevidir. Anayasa Mahkemesi ise sadece kanun hükmünün Anayasa hükümlerine ve yazılı olmayan Anayasal ilkelere (ungeschriebene Verfassungsgrundsätze) ve Alman Anayasası’nın temel gerekçelerine uyup uymadığını denetlemekle yükümlüdür (bkz. BVerfGE 27, 18 <30>; 80, 244 <255> m.w.N.; 90, 145 <173>; 96, 10 <25 vd.>).

39.

cc) Ceza normları, Anayasa gereğince hedefledikleri amaç bakımından Anayasa dışında düzenlenen, katı hiçbir koşula tabi değildir. Bu koşullar özellikle hukuki menfaat öğretisinden doğmamaktadır. Hukuki menfaat terimi üzerinde henüz uzlaşma sağlanamamıştır (değişik görüşler için bkz. Hefendehl/von Hirsch/Wohlers <Hrsg.>, *Die Rechtsgutstheorie*, 2003; tartışmanın güncel durumunun özeti için bkz. Hefendehl, GA 2007, S. 1 vd.). Normatif hukuki menfaat kavramı bağlamında, “hukuki menfaat” in, kanun koyucunun yürürlükte olan hukuka göre korumaya değer gördüğü olgu olarak anlaşılması durumunda terim, söz konusu ceza normunun “ratio legis”ini ifade ederek kendisini kısıtlamaktadır; dolayısıyla kanun koyucu için yönlendirici fonksiyonu söz konusu olmamaktadır (bkz. Weigend, in: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Cilt 1, 12. Aufl. 2007, Einleitung para. 7). Tabii hukuk menfaati teorisi gereğince, kanuni hukuk menfaatini “sosyal hayatın gerçekliği” olarak tanımlamak (bkz. Weigend) veya başka bir şekilde “pozitif üstü hukuki menfaat teriminden” yola çıkılabilmektedir. Bu (Anayasal denetim ölçeğinin (*Prüfungsmaßstab*) unsuru olarak anlaşılan ve uygulanan) konsept, Anayasal düzen uyarınca, cezalandırma amaçları gibi (bkz. BVerfGE 45, 187 <253>) ceza hukukunun araçları ile koru-

nacak menfaatleri belirlemenin ve ceza normlarını toplumsal gelişime uyarlamanın “demokratik kanun koyucunun” yetkisi olmasıyla çelişkiye düşmektedir. Kanun koyucunun bu yetkisi, sözde önceden var olan veya kanun koyucunun ötesinde mercilerce “tanınan” hukuki menfaatlere kısıtlanamamaktadır. Bu yetki, -ceza hukuku gibi diğer alanlarda da- sadece Anayasa ile belirli bir amacın güdülmesine baştan itibaren izin vermeyerek kısıtlanabilmektedir. Konseptin hukuk politikası ve ceza hukukunun dogmatığı için hangi katkıyı sağlayacağı burada değerlendirilmeyecektir (ceza hukukunun asıl hedefi ve hukuki menfaat teorisinin tarihsel oluşumu hakkında: Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, 1972, S. 15 vd.). Ancak bu konsept her halükarda, görevi kanun koyucunun yasama yetkisinin sınırlarını çizmek olan Anayasa hukukunun zorunlu olarak benimseyeceği içerikle ilgili ölçütler sunmamaktadır (bkz. tümü için Lagodny, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 143 vd., 536; Appel, *Verfassung und Strafe*, 1998, S. 390; ders., *KritV* 1999, S. 278 <286 vd.>; Müller-Dietz, in: *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, S. 123 <132>; Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten*, 2005, S. 11 vd.; a.A. Roxin, *Strafrecht*, AT, 4. Aufl. 2006, § 2 para. 27, 86 vd. m.w.N.).

40.

b) Kanun koyucu Alman Ceza Kanunu’nun 173. maddesi 2. fıkrası 2. cümlesinde yer alan cezai hüküm gereğince; kan bağı ile bağlı kardeşlerin birbirleri ile cinsel ilişkiye girme yönündeki cinsel tercih haklarını, para cezası veya iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile tehdit ederek sınırlandırmaktadır. Bu nedenle, özellikle birbirlerine yakın kişiler arasındaki cinselliğin (bkz. BVerfGE 109, 279 <314 vd., 321 vd.>) belirli şekillerde ifade edilmesinin cezalandırılması, özel yaşam biçimine sınır koymaktadır. Ancak bu hususta kanun koyucu için baştan itibaren yasak olan “özel yaşam biçiminin çekirdek kısmına müdahale” söz konusu değildir. Kardeşler arası cinsel ilişki yalnızca onları ilgilendirmemekte aynı zamanda aileyi ve toplumu da etkileyebilmekte ve ayrıca ilişkiden doğabilecek olan çocuklar için de sonuçlar doğurabilmektedir. Cezai ensest yasağı, sadece dar bir davranış biçimini ele alması ve cinsel ilişki imkânlarını sadece sınırlı bir şekilde (punktuell) kısıtlaması sebebiyle kişiler, insan onuru ile bağdaşmayan çaresiz bir duruma sokulmamaktadırlar.

41.

c) Kanun koyucu kardeşler arası ensest ilişkisini cezalandıran hüküm ile, Anayasaya uygun olan ve bir bütün olarak cinsel tercih hakkının sınırlandırılmasını meşrulaştıran amaçları gütmektedir. Kanun koyucu, ensestin zarar verici etkilerinden aile düzeninin korunması ile ensest ilişkisine giren tarafların korunmasını ve ensest ilişkisinden doğacak çocuklarda ortaya çıkabilecek ağır genetik hastalıkların önlenmesini göz önüne alarak, toplumda yerleşmiş ensest tabusunu cezai yaptırıma bağlamakla, yasama yetkisi alanı dışına çıkmamıştır.

42.

aa) Kanun koyucu ve yargı organının, Alman Ceza Kanununun 173. maddesi ile kardeşler arası ensest ilişkisini cezalandırmasının en önemli gerekçesi, Alman Anayasası'nın 6. maddesinde talep edilen evlilik ve ailenin korunması olmuştur (bkz. *BTDrucks VI/1552*, s. 14; *VI/3521*, s. 17; *RGSt 57*, s. 140; *BGHSt 3*, 342 <343 vd.>; 39, 326 <329>). Yeni yazılı eserlerde de Ceza Kanunu madde 173'ün amacının öncelikle evlilik ve ailenin objektif korunması olduğu kabul edilmekte, ancak aynı zamanda bu meşrulaştırmanın kısmen yetersiz olduğu değerlendirilmektedir (bkz. *Dippel*, in: *Leipziger Kommentar, StGB*, 11. Aufl., § 173 Rn. 10 m.w.N.; *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder, StGB*, 27. Aufl. 2006, § 173 Rn. 1; *Horn/Wolters*, in: *Systematischer Kommentar, StGB*, Stand: März 2007, § 173 Rn. 2; *Lackner/Kühl, StGB*, 25. Aufl. 2004, § 173 Rn. 1; *Sturm*, *JZ* 1974, S. 1 <3>; *Amelung*, a.a.O., S. 377).

43.

Alman Anayasası'nın 6. maddesinin özel korunması altında tutulan aile, Anayasal norm bağlantısı ile geleneksel yaşam biçimi ve Anayasa'nın diğer değer yargılarından oluşan yapısal ilkelere göre düzenlenmiştir (bkz. *BVerfGE 10*, 59 <66>; 31, 58 <69>; 36, 146 <162>). İnsanların bir arada yaşayabilmeleri için gereken yaşamsal parçayı oluşturması bakımından evlilik ve aile, kamusal hukuk düzeni tarafından özel olarak korunmaktadır. Çocukların fiziksel ve ruhsal gelişiminin asıl temeli ailede ve ebeveynlerin yetiştirmesinde bulunmaktadır (bkz. *BVerfGE 80*, 81 <90>; 108, 82 <112 vd.>). Çocuğun iyiliği için akrabalar arası ilişkiler, rollerin dağılımı ve sosyal düzen de önemli rol oynamaktadır (bkz. *BVerfGE 24*, 119 <137>; 108, 82 <101 vd., 103>).

44.

Kardeş encestinin aile ve toplum için yarattığı zararların, sosyal bilimsel metotlar ile diğer etkenlerin tesirlerinden ayrılması ve dolayısıyla belirlenmesi zor olmaktadır (*eksik ampirik temellerin eleştirisi için bkz. Dippel, a.a.O., Rn. 7, 13, 15 m.w.N.; Hörnle, a.a.O., S. 454*). Bu zorluğun, Anayasa Mahkemesi İkinci Daire'sinin görevlendirmesi üzerine Max-Planck-Enstitüsü'nün hazırladığı raporda da yer aldığı üzere, zararların var olduğunun kabulünün inandırıcılığına etkisi olmamaktadır. Encestin zararları olarak; azalmış özsaygı, reşit yaşlarda fonksiyonel cinsel bozukluk, tıkanmış bireyselleşme, psikoseksüel kimlik bulmada ve ilişki kurmada bozukluklar, cinsel ilişki kurmada ve yürütmede zorluk, iş hayatında başarısızlık, genel olarak hayatından memnun olmama, depresyon, uyuşturucu ve alkolün aşırı kullanımı, kendini yaralama, yeme bozukluğu, intihar düşüncesi, cinsel gelişigüzellik/hafifmeşreplik ve travma sonrası olaylar ile üçüncü aile fertleri için de söz konusu olan dışlama ve sosyal izolasyon gibi dolaylı zararlar sayılabilmektedir. Bu değerlendirmelerin dayandığı ampirik araştırmaların, Max-Planck-Enstitüsü raporunda konu için temsili olamayacağı belirtilmiştir. Ancak kanun koyucunun, kardeşler arası encest ilişkilerinde aileye ve topluma ağır zararlar verebilecek etkilerin meydana geleceğini düşünerek yola çıkması durumu, kanun koyucunun takdir yetkisi alanı dışına çıkmadığını göstermektedir.

45.

Encest ilişkileri, -kardeşler arası olan da dahil olmak üzere-M.E.L.I.N.A. e.V. derneğinin de işaret etmiş olduğu gibi, akrabalık ilişkilerinin ve sosyal rol dağılımının kesişmesine ve bu nedenle ailedeki yapısal düzenin bozulmasına yol açmaktadır (*ayrıca bkz. Schall, JuS 1979, S. 104 <108 Fn. 47, 109>*). Bu tip rol kesişmeleri, Alman Anayasasının 6. maddesinin 1. fıkrasında temel alınan aile modeline uymamaktadır. Encest ilişkisinden doğan çocuklar aile yapısında yerlerini bulmakta ve en yakın kişi ile güven ilişkisi kurmakta büyük zorluk çekeceklerdir.

46.

Bu sebeplerden dolayı en dar aile birliğinde (ebeveyn ilişkileri hariç) cinsel ilişkinin önlenmesinin Anayasa Mahkemesinin de tespit etmiş olduğu gibi "iyi bir anlamı" vardır. Alman Anayasasının 6. mad-

desinin 1. fıkrasında da Anayasal garanti altına alınan ailenin, toplum için gerekli yaşamsal fonksiyonu, enest ilişkiler nedeniyle aile düzeninin sarsılması sonucunda bozulmaktadır (bkz. BVerfGE 36, 146 <167>). Bu bozulmayı önlemek maksadıyla; dünya çapında hukukların karşılaştırması sonucunun da gösterdiği gibi eneste karşı, ceza hukuku veya en azından evlilik yasağı gibi diğer hukuki kurumlar vasıtasıyla ailenin korunması uygun bir tedbir olarak değerlendirilmektedir.

47.

bb) Cezai hükmün haklılığının gösterilmesinde cinsel özgürlüğün korunması söz konusu olduğu zaman (bkz. Frommel, in: *Nomos Kommentar, StGB*, § 173 Rn. 1, 6), cezai hükmün sadece çocuklar ve reşitler arasındaki ilişki için değil, kardeşler arasındaki ilişki için de önem taşıdığı anlaşılmaktadır. Tıbbi-antropolojik eserlerde, erkek kardeşin babanın “halefi” olduğu olaylardan ve zor kullanılan kardeşler arası “despotik enest”lerden bahsedilmekte ve ayrıca “evlilik enestleri”nde erkek kardeşin, kız kardeşten yaşça çok büyük olduğu da belirtilmektedir (bkz. Staudacher, *Anthropologische Untersuchungen zum Inzestproblem unter besonderer Berücksichtigung des Bruder-Schwester-Inzests*, 1974, S. 16 vd.; benzer (Hirsch, *Realer Inzest. Psychodynamik des sexuellen Missbrauchs in der Familie*, 3. Aufl. 1994, S. 177 vd.). Hukuki eserlerde de, kardeşler arası büyük yaş farklılıklarının olduğu bu gibi durumlarda, inandırıcılığı bozan bir etkinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir (bkz. Hörnle, a.a.O., S. 453). Mevcut dava konusu olayın gerçekleri de aynı yöne işaret etmektedir.

48.

Cezai norma karşı olarak; cinsel özgürlüğün, Alman Ceza Kanunu madde 174’te kapsamlı ve yeterli derecede korunmuş olması nedeniyle ve özellikle dar uygulama alanının da dikkate alınması sonucu, Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) 173. maddesi 2. fıkrası 2. cümlesinde yer alan cezai hükmün meşru olmadığı görüşü de gerekçe olarak ileri sürülmüştür (bkz. Tröndle, in: *Tröndle/Fischer, StGB*, 54. Aufl. 2007, § 173 Rn. 2; Al-Zand/Siebenhüner, *KritV* 2006, S. 68 <74>; Hörnle, a.a.O., S. 454 f.; Jung, in: *Festschrift für Heinz Leferenz* 1983, S. 311 <317>). Ancak bu gerekçe, 173. maddenin spesifik, aile içi yakınlığa bağlı veya akrabalık ilişkilerinden doğan yükümlülükler, bağımlılıklar ve aile içi taşkın davranışları kapsadığı gerçeğini görmezlikten gelmektedir. Alman

Ceza Kanunu'nun 173. maddesi hakkında çıkan içtihatlar, akrabalar arası cinsel ilişkinin çoğunlukla, çocukların ve vesayet altında bulunan kimselerin cinsel istismarı süreci içinde ortaya çıktıklarını göstermektedir. Çocuğun istismarının on sekiz yaşından sonra da devam etmesi durumunda ise akrabalar arası cinsel ilişki -örneğin yıllarca süregelen istismar ve tecavüz mağdurunun rüştünden sonra da cinsel davranışların devam etmesi, mağdurun ailevi ilişkilerden kaynaklanan bağımlılığı sebebiyle istemediği cinsel ilişkiyi açıkça reddetmemesi ve failin cinsel şartlı tehdit (*sexuelle Nötigung*- Ceza Kanunu madde 177) gereğince cezalandırılması olayı gibi- tek başına başka bir anlam ifade etmektedir- (bkz. BGH, 13. Nisan 1999 tarihli - 1 StR 111/99 -, NStZ 1999, s. 470, ve 12. Haziran 2001 tarihli -1 StR 190/01- kararlar). Böyle durumlarda cinsel özgürlüğün korunmasının ön planda olması, reşit mağdurun cinsel ilişkiyi içten reddetmesi nedeniyle Ceza Kanunun 173. maddesi uyarınca cezalandırılmaması ile daha belirgin olmaktadır (bkz. BGH, 13. Nisan 1999 tarihli karar). Çocuklar ile reşitler arasındaki enseste çocuk ve genç cinsel istismar mağdurlarının, rüştlerinden sonra cinsel istismara maruz kalmalarına neden olan aile yapısından kaçmalarının mümkün olmaması tezi, özellikle kardeşler arası belirgin yaş farklılığının mevcudiyeti veya büyük kardeşin ebeveynlerden birinin rolünü üstlenmesi durumundaki kardeş ensesti için de az da olsa geçerli olabilmektedir.

49.

cc) Kanun koyucu öjenik bakış açısına dayanarak ensest ilişkisinden doğan çocuklarda çekinik genlerin toplanması nedeniyle meydana gelebilecek önemli hasarların olasılığını göz önüne almaktadır (bkz. BTDrucks VI/1552, s. 14; BTDrucks VI/3521, S. 17 vd.). Buna karşılık ceza hukuku eserlerinde bu açıklamaya getirilen itirazlar ampirik gerçeklik eksikliği nedeniyle kabul görmemiştir (bkz. Roxin, a.a.O., S. 27; Dippel, a.a.O., Rn. 12; Ritscher, in: Münchener Kommentar, StGB, 2005, § 173 Rn. 3; Ellbogen, ZRP 2006, S. 190 <191>; Klöpper, Das Verhältnis von § 173 StGB zu Art. 6 Abs. 1 GG, 1995, S. 103 m.w.N.; Hörnle, a.a.O., S. 456; Stratenwerth, in: Festschrift für Hans Hinderling 1976, S. 303; Jung, a.a.O., S. 313 vd. m.w.N.). Tıbbi ve antropolojik eserler ensest dolayısı ile çocuklarda özellikle irsi hasarların oluşabilme tehlikesine işaret etmiştir. (bkz. Szibor, Rechtsmedizin, 2004, S. 387 vd. m.w.N.; Staudacher, a.a.O., S. 152 vd.) Bu tehlikenin erkek ve kız kardeş arasındaki ilişkilerde baba-

kız ilişkilerine göre daha çok mümkün olduğu da kısmen kabul edilmiştir (bkz. *Staudacher, a.a.O., S. 153*). Bu bulgular Anayasa Mahkemesi İkinci Daire'nin görevlendirdiği Max-Planck-Enstitüsü tarafından hazırlanan raporda belirtilen ampirik araştırmada da desteklenmektedir. Bu bağlamda cezalandırılan encest yasağı, irsi hasarların önlenmesi açısından bakıldığında da mantıksız görünmemektedir. (bkz. *Schubarth, in: Festschrift für Gerald Grünwald 1999, S. 641 vd. Eibl-Eibesfeld, Wickler ve piskopos'un araştırmalarına atıf ile*). İrsi hastalıkları ve özürleri olan insanların tarihte bazı haklarından mahrum kalmaları ve istismar edilmeleri, irsi hastalıkları ve özürlü insan mevcudunu önleyecek encest cezasının meşruluğunu pekiştirmektedir.

50.

dd) Yasama sürecinde, tartışmalı encest yasağının muhafazası ayrıntılı bir biçimde açıklanmış ve encest yasağı geleneğinin bozulmasının istenmediği vurgulanmıştır. Encestin toplum tarafından tabulaştırılması ve encest ilişkisi sonucu doğmuş çocukların soyları nedeniyle ayırma uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalmalarının da göz önünde bulundurulması gerekmiştir (bkz. *BTDruks VI/1552, S. 14; VI/3521, S. 17 vd.*). Yukarıda belirtilmiş cezalandırma amaçları böylece yasa koyucu organların toplumda yerleşmiş "hukuka aykırılık bilinci"ni benimsemiş ve bu bilinci ceza hukuku araçları ile desteklemeye devam etmeleri gerektiği kanaatlerinde dayanak bulmaktadır. Bununla kanun koyucu takdir yetkisini aşmamıştır. Sadece ahlaki düşüncelere dayanan ceza normları ile hukuki menfaatlerin korunmasına hizmet eden ceza normları arasındaki farkın (bkz. *für § 173 StGB Dippel, a.a.O., § 173 Rn. 14; Tröndle/Fischer, a.a.O., § 173 Rn. 1; Lenckner, a.a.O., § 173 Rn. 1; Ritscher, a.a.O., § 173 Rn. 6; Horn/Wolters, a.a.O., § 173 Rn. 2; Hörnle, a.a.O., S. 457; Jung, a.a.O., S. 316 ff.; Roxin, a.a.O., S. 415 vd.*), kabul edilebilir olup olmadığı ve kabul edildiği takdirde sadece ahlaki düşüncelere dayanan ceza normlarının Anayasaya uygun olup olmadığı sorusu cevapsız kalabilmektedir. Ancak burada bu durum söz konusu değildir. Daha ziyade, uluslararası karşılaştırma ile de tespit edildiği üzere, söz konusu cezai hüküm, kültürel tarihe ve encestin cezalandırılması gerektiği yönündeki, hala eskisi kadar etkili toplumsal inanca dayanan haklı cezai amaçları gütmesi nedeniyle kendisini meşrulaştırmaktadır. Bu cezai hüküm -cezalandırdığı dar alanı aşan etkisi ile de-, cinsel özgürlüğün korunması, toplumun ve özellikle ailenin sağlığının korun-

ması vasıtası olarak, kanun koyucunun belirlediği değerleri açıklayan ve bu değerleri muhafaza eden tanıtıcı, hukuki istikrarı sağlayıcı ve dolayısıyla genel önleyici fonksiyonu ifa etmektedir.

51.

d) Söz konusu cezai hüküm Anayasal olarak özgürlüğü kısıtlayıcı kurallar için öngörülen “*uygunluk*” (*Geeignetheit*), “*gereklilik*” (*Erforderlichkeit*) ve -dar anlamda- “*orantılılık*” (*Verhältnismäßigkeit*) koşullarına uymaktadır.

52.

aa) Ensestin cezalandırılmasının amacına ulaşamayacağını belirten görüşler gerekçesiz kalmıştır.

53.

Kardeş ensesti, çoğunlukla sosyal açıdan zayıf ve ceza tehdidinden psikolojik olarak muhtemelen etkilenmeyecek, zaten bozulmuş aile birliklerinde ortaya çıkıyor olabilir (bkz. *Stratenwerth, a.a.O., S. 312*). Ancak bu durumun -Anayasal muhakeme gereğince de- kanun koyucunun sosyal açıdan zararlı olduğu düşünülen davranışları cezalandırma yetkisini, ceza normunun önleyici etkisinin bütün yaşam alanlarında kanıtlanabilir olmamasına rağmen, şüphe altında bırakamayacağı değerlendirilmektedir.

54.

Ceza hükmünün eksik kaleme alınmış olması ve Alman Ceza Kanunu madde 173 fıkra 3'te yer alan cezalandırma imkanını ortadan kaldıran neden dolayısıyla amaca ulaşamayacağı eleştirisi (bkz. *Dippel, a.a.O., Rn. 24; Hörnle, a.a.O., S. 454 vd.; Ellbogen, a.a.O., S. 191; zu § 173 Abs. 3 StGB Klöpper, a.a.O., S. 115*); yasak ile kardeşler arası cinsel ilişkinin belli bir görünüş biçiminin cezalandırılması, geleneksel aile modeli ile kardeşler arası ensestin bağdaşmadığını açıkça belirtmekte olması ve doğabilecek çocuklarda meydana gelebilecek zararlı sonuçları önlemesi gerçeklerini göz ardı etmektedir. Kanun koyucunun cezalandırılan davranışın çekirdek kısmını vurgulaması ve diğer eylemleri cezalandırmaması, geniş düzenleme alanı bakımından Anayasal olarak ele alınmalıdır. Cezalandırılacak fiilleri belirlemek kanun koyucunun görevi olduğu gibi, geniş anlamda ayırım yapmaya da yetkilidir. Anayasa Mahkemesi sadece dış sınırların aşılması durumunu de-

netleyebilmekte ve yaptığı ayırımın gerekçesi anlaşılabilir nitelikte değilse kanun koyucuya karşı çıkabilmektedir. (bkz. BVerfGE 50, 142 <162 m.w.N., 166>; BVerfGE 90, 145 <195 f., 198>). Böylece bir ceza normu kural olarak belli hukuka aykırı değerler içeren mevcut özel durumları kapsamadığı için Anayasaya aykırı sayılmamalıdır (bkz. BVerfGE 50, 142 <166>). Görünürde tamamı kapsanmayan ensest fiili için objektif nedenler ortaya konulmaktadır.

55.

Cezai unsurların üvey, evlatlık veya koruyucu (süt) kardeşleri (Pflegegeschwister) de kapsayacak biçimde genişletilmemesi, söz konusu davranışların ailenin geleneksel modeline *kısmen* aykırı olmaları ile açıklanabilmektedir. Buna göre -kan bağı ile bağlı kardeşlerin mutlak evlenme yasağına karşın- kan bağı ile bağlı olmayan kardeşlerin evlenmeleri yasaklanmadığı (Alman Medeni Kanunu madde 1307 cümle 1) ve evlatlık kardeşlerin, Alman Medeni Kanununun 1308. maddesinin, daha az katı olan özel düzenlemesine tabi oldukları da işaret edilmektedir. Ayrıca bu haller genetik endişe uyandırmamakta ve kan bağı ile bağlı kardeşler arasında üvey, evlatlık veya koruyucu (süt) kardeşlere kıyasen daha büyük ölçüde bağımlılık oluşabilmektedir.

56.

Cinsel ilişki benzeri davranışların ve aynı cinsiyetli kardeşler arası eşcinsel ilişkinin cezalandırılmaması ancak diğer taraftan da gebe kalmanın olanaksız olduğu kardeşler arası cinsel ilişkinin suç unsurlarını tamamladığının kabul edilmesi; cinsel özgürlüğün korunması ve genetik hastalıkların önlenmesi (alt) amaçlarına aykırı olmamaktadır.

57.

Alman Ceza Kanunu Madde 173 fıkra 3 gereğince sadece reşit kardeşler cezalandırılabilen, ensest suçu işlemiş reşit olmayan kardeşler cezalandırılamamaktadır. Ensest cezasının aile yapısını korumaya yönelik olduğu iddia edilirken, reşit kardeşler genellikle aile birliğinden ayrılabilir. Dolayısıyla ensest cezasının aile birliğini koruma amacına ulaşamadığı savunulmaktadır. Özellikle kardeşlerin birbirlerini reşit olduktan sonra tanımaları durumunda, olmayan aile birliğini koruma amacı büsbütün gerçekleşmemektedir. Ensest ceza

normu bir taraftan etkisini tam olarak extrem (sınır ve geçiş) durumlarda göstermektedir. Ayrıca ceza normu, kendisine kapsamlı ve olaylardan bağımsız olarak geçerlilik sağlayan mutlaklığı ile önem kazanmaktadır. Diğer taraftan da kanun koyucu hukukun uygulanması ile münferit olaylarda adalete ulaşılabileceğine güvenerek bu tür olayları suç olarak düzenlemek zorunda değildir (bkz. Aşağıda cc).

58.

Sonuç olarak kanun koyucunun; çocukların ve gençlerin kişiliklerinin cinsel açıdan da yeterli şekilde olgunlaşması için özgürlük alanı sağlama, kadınların cinsel özgürlüklerini belirli bir ölçüde koruma ve kriminal-politik açıdan istenmeyen ceza normlarının kaldırılması ile çocukların, gençlerin ve kadınların amaçlanan kapsamlı korumalarına ters etki yaratmama kararına saygı gösterilmelidir.

59.

bb) Söz konusu cezai hüküm kanuni gereklilik unsuru bakımından da Anayasal açıdan tereddüde neden olmamaktadır. Kardeşler arası enest durumunda vesayet hukuku ve gençler için teşvik ve sosyal yardıma yönelik önlemler söz konusu olmaktadır (bkz. *Deutscher Bundestag, a.a.O., 28. Sitzung, S. 919, 922*). Ancak bunlar cezalandırmaya göre aynı etkiyi doğurabilecek olan daha hafif tedbirler değildir. Ceza hukuku –genel olarak ve söz konusu olan durumla bağlantılı olarak- sosyal yardım önlemlerini aşan bağımsız etkisinden yoksun kılınmaz. Vesayet hukuku ve gençler için teşvik ve sosyal yardıma yönelik tedbirler daha çok somut olayda kurula aykırı davranışların ve sonuçlarının önüne geçme ve ortadan kaldırmayı amaçlamakta olup, genel önleyici ve hukuki istikrarı sağlayıcı etkileri yoktur. Bunun yanı sıra Anayasa Mahkemesi İkinci Daire tarafından görevlendirilen Max-Plank-Enstitüsü’nün raporunda, enest hakkında bir ceza davasının yürütülmesi –mağdurun yeniden yaralanma olasılığı dava sayesinde önlenmiş ise (ikincil kurbanlaşma)- enestinin bir suiistimal olarak algılanması, toplum tarafından mağdur olarak tanınma, suç hissinin azaltılması, özsaygı duygusunun artması veya moral açısından adil bir karar hakkında memnuniyet sağlamak gibi pozitif etki yaratabileceği tespit edilmiştir.

60.

cc) Son olarak ceza tehdidi orantısız değildir. Kişisel yaşam biçiminin sadece dar bir alanına dokunmaktadır. Ensest utancı nedeniyle sadece az sayıda kardeş çiftleri bu yasaktan sınırlayıcı olarak hissedilir şekilde etkilenmektedir. Ceza tehdidi -iki yıla kadar hapis cezası veya para cezası- ölçülüdür, asgari ceza öngörülmemiştir.

61.

Diğer taraftan ailenin kurumsal anlamı önemli ağırlık kazanmıştır. Anayasa koyucusu, Alman Anayasası'nın 6. maddesindeki hukuki kurumu özel devlet koruması altına almıştır. Ensest ilişkisinde bulunan kişilerin cinsel özgürlüğünün korunması ve ağır genetik hastalıkların önlenmesi görüşleri de ceza normunun orantılılığını desteklemektedir.

62.

Öngörülen ceza alanı, sanığın kabahatinin az olması nedeniyle cezalandırılmanın uygunsuz gözüktüğü somut olaylar bakımından davanın sukutuna karar verilmesine, ceza verilmemesine veya cezanın takdirine izin vermektedir (bkz. BVerfGE 50, 205 <213 vd.>; 90, 145, <191>). Her halükarda yasama sürecinde göz önünde tutulan bu bağlam gereğince (Deutscher Bundestag, a.a.O., 34. Sitzung, S. 1251 vd.), cezalandırılan, kardeşler arası ilişki yasağı, hukuk devleti ilkesi olan "aşırılık yasağı"nı ihlal etmemektedir.

63.

2. Söz konusu norm diğer temel haklara da aykırı değildir.

64.

a) Kardeşler arası ensestin cezalandırılmasının Alman Anayasası madde 6 fıkra 1'in koruma alanını etkileyip etkilemediği veya hangi açıdan etkilediği soruları cevapsız kalmaktadır. Her halükarda bu norm, söz konusu temel hak açısından yapılacak bir denetime karşı da sağlam durmaktadır.

65.

b) Aynı şekilde Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin, Alman Anayasası 3. madde 1. fıkrasında belirtilen genel eşitlik ilkesine

uygun olup olmadığı da cevapsız kalmaktadır (bkz. BVerfGE 13, 290 <296>; 64, 229 <238 vd.>). Ceza kanunu koyucusu (*Strafgesetzgeber*) geniş alanda maddi kanuni tipikliği belirleme yetkisine sahiptir. Belirtilen sebeplerden dolayı kanun koyucunun getirilen dış sınırları aşması durumu tespit edilememektedir.

66.

Kanun koyucu orantılılık ilkesi çerçevesinde, enstest cezasını üvey kardeşler arası değil sadece kan bağı ile bağlı kardeşler arası cinsel ilişki ile sınırlamaktadır. Üvey kardeşler ve kan bağı ile bağlı kardeşler arasında yapılan bu ayırım Alman Anayasası 3. maddesi 3. fıkrasında düzenlenen “*soydan dolayı ayrımcılık yapılamaz*” ilkesine aykırı değildir.

II. 67.

Ceza mahkemelerinin hukuku uygulamalarında da anayasaya aykırılık söz konusu değildir.

68

1. Alman Anayasası’nın 20. maddesinin 3. fıkrası ile bağlantılı olan 1. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen kusur ilkesi ile kusura uygun ceza kuralı (*Gebot schuldangemessenen Strafs*) denetlemede ölçü kabul edilmektedir.

69.

a) “*Kusursuz ceza olmaz*” (keine Strafe ohne Schuld) ilkesi Anayasadır ve temelini insan onuruna saygı gösterilmesi kuralı ile Alman Anayasası madde 2 fıkra 1 ve hukuk devleti ilkesinde bulmaktadır (bkz. BVerfGE 9, 167 <169>; 86, 288 <313>; 95, 96 <140>). Bu ilkeyi, ceza mahkemelerinde, münferit olay için “kusura uygun ceza” kuralı izlemektedir. Daha sonra ceza, fiilin ağırlığı ve failin kusurluluğunun ölçüsü ile adil bir oranda olmalıdır (bkz. BVerfGE 20, 323 <331>; 25, 269 <285 vd.>; 50, 5 <12>; 73, 206 <253 vd.>; 86, 288 <313>; 96, 245 <249>).

70.

b) Cezanın takdiri ilk derece mahkemelerinin görevidir ve verilen ceza, objektif açıdan keyfi olabilecek şekilde suç ile adil olarak denk olmaması haricinde, Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından de-

netlenememektedir (bkz. BVerfGE 18, 85 <92 vd.>; 54, 100 <108, 111>). Alman Federal Anayasa Mahkemesi, karar için önemli unsurların her durumda doğru şekilde değerlendirilip değerlendirilmediği veya başka bir kararın daha isabetli olup olmayacağını denetleyememektedir. Sadece kusur ilkesinin dikkate alınıp alınmadığını ya da bu ilkenin kapsamının ceza hukukunun yorumlanması ve uygulanmasında yanlış takdir edilip edilmediğini denetleyebilmektedir (bkz. BVerfGE 95, 96 <141>).

71.

2. a) Kusur ilkesinin ceza mahkemeleri tarafından ihlali söz konusu değildir. İtiraz eden, birden çok aynı suç nedeniyle verilen mahkûmiyetlerine ve enstet ilişkisi sonucu çocukların olmasına rağmen cezai ehliyetini zayıflatmadan-kendisinden yaşça çok küçük ve ilk derece mahkemesince tespit edildiği gibi kendisine önemli şekilde bağımlı- kan bağı ile bağlı kız kardeşi ile birçok kez cinsel ilişkiye girmiştir. Sulh ceza mahkemesi bu tespitler nedeniyle Anayasaya uygun olarak hapis cezasını meşrulaştıran, cezai kusur oranı bulmuştur Bu bağlamda ceza davasının sukutuna ya da ceza verilmemesine Anayasal olarak izin verilmemiştir.

72.

b) Cezanın takdiri, suç ile adil oranlılık düşüncesine aykırı değildir. Sulh ceza mahkemesi ceza takdirinde; özellikle itiraz eden tarafın itirafı, zor sosyal şartlar altında son derece sıkıntılı kişisel gelişimi ve halkın kendisi ve davranışı ile ilgili olması nedeniyle ortaya çıkan sıkıntılar gibi, itiraz eden taraf lehine olan unsurları göz önünde bulundurmıştır. Sulh ceza mahkemesinin, müşterek davacı olan itiraz edenin kız kardeşine, Çocuk Ceza Hukuku (Jugendstrafrecht) gereğince bakım tedbiri (Betreuungsweisung) kararı vermiş olması, cezanın takdirinde kişisel kusurun ve failinin kişiliğinin dikkate alındığını göstermektedir. Mahkeme tarafından hükmedilen ceza Anayasaya aykırı değildir. Cezanın kusura uygunluğunun daha kapsamlı denetimi Anayasaya aykırılık itirazı davası ile mümkün olamamaktadır.

**Hakim Winfried Hassemer'in İkinci Daire tarafından
26 Şubat 2008 tarihinde verilmiş olunan karara
"Karşı Oy" Gerekçesi
-2 BvR 392/07-**

73.

Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin, Alman Anayasası'nın bir ceza normunun tipikliği için öngördüğü şartlara uyduğu yönündeki karara katılmıyorum. Alman Ceza Kanunu'nun 173. maddesi 2. fıkrası 2 cümlesi ceza kanunu koyucusunu (*Strafgesetzgeber*) kısıtlayan orantılılık ilkesine uygun değildir; bu kadar başarısız bir ceza tehdidinin geçmesine izin vermek, kanun koyucunun ağır hatalarını ve kusurlarını Anayasal olarak onaylamakta ve ceza hukukunda yasamaya ilişkin hareket alanını, Anayasa Mahkemesi'nin denetleme yetkisi pa-hasına fazla genişletmektedir.

74.

Cezai hüküm kendisiyle çelişmeyen ve mevcut durum ile uyuşan bir düzenleme amacı izlememektedir (I.). Alman Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2, hükmün temelinde yatan amaçlar için uygun bir yol öngörmemektedir (II.). Ceza tehdidinden daha hafif ve ayrıca daha uygun araçlar bulunmaktadır (III.) ve hüküm suçluyu aşırı zorlayıcı hukuki sonuçlar doğurmaktadır (IV.).

I. 75.

1. Ceza hukuku yoluyla yapılan müdahaleler, özellikle ağırdır-lar. Kanun koyucuya sağlanan en keskin silahı taşımaktadırlar (*bkz. BVerfGE 39, 1 <45>*). Ceza ile mahkûmun üzerine hukuka aykırı ve sosyal etik açıdan kötü bir davranış yüklenmektedir (*bkz. BVerfGE 95, 96 <140>*). Mahkûmu; temel haklarının ceza tehdidi, ceza davası ve ce-zanın icrası ile ihlal edilmesi dışında, sosyal etik bir değersizlik yargısı kapsamaktadır. Alman Anayasa Mahkemesinin içtihatları bu durumu ceza hukuku doktrinine de uygun olarak, göz önünde bulundurmaktadır.

76.

a) Ceza kanunu koyucusu işlemlerinin nedenlerini ve amaçlarını seçmede serbest değildir. İşlemleri topluluk hayatının esaslı değerleri-

nin (bkz. BVerfGE 27, 18 <29>; 39, 1 <46>; 45, 187 <253>), toplum düzeninin temellerinin korunması (bkz. BVerfGE 88, 203 <257>) ve toplum menfaatlerinin muhafazası (BVerfGE 90, 145 <184>) ile kısıtlanmıştır. Dolayısıyla bir ceza normu, *sadece özgürlüklerin kısıtlanmasının sebep ve meşruiyetini oluşturan, meşru bir kamusal amacı izlemekle yetinemez; burada ayrıca önemli bir menfaat, asli bir değer ve ortak yaşamımızın temeli söz konusu olmalıdır.*

77.

b) Kanun (Ceza Kanunu) koyucu cezai araçların seçimi ve kullanılmasını düzenlerken Anayasal sınırlara tabidir. Ceza hukuku son çare (*ultima ratio*) olup halkın menfaatini korumak için mevcut son araçtır. Bu nedenle suçlanan davranış yasak olmasından öte özel bir şekilde toplum için zararlı ve insanların birlikte yaşamaları için çekilemez ve önlenmesi ivedi ise ceza hukukuna başvurulmaktadır (bkz. BVerfGE 88, 203 <257 f.>).

78.

c) Cezai emirler ve yasakların nedenleri, amaçları ve araçları hakkında her zaman ceza kanunu koyucusu karar vermektedir. Bu husus Alman Federal Anayasa Mahkemesinin denetleme yetkisini kısıtlamaktadır. Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun amaca en uygun, en makul veya en adil çözümü bulup bulmadığını denetleyememekte; ancak kanun koyucunun kararının Anayasal değer düzenine maddi olarak, yazılı olmayan Anayasal ilkelere ve Alman Anayasası'nın temel gerekçelerine uygun olup olmadığını denetlemektedir (bkz. BVerfGE 27, 18 <30>; 37, 201 <212>).

79.

d) Her halde kanun koyucunun kararının vazgeçilemez unsuru, kanuni düzenlemeler ile izlediği amaçların açıklığıdır. Kanun koyucu, cezai norma sonradan bir amacın eklenmesini, hukuk uygulamasına veya hukuk bilimine bırakmamalıdır. Bu husus ezcümle amacı açık olmayan bir normun orantılılık ilkesine uygunluğunun denetlenmesinin mümkün olmaması ve hatta metodik açıdan düzgün uygulanamaması ile açıklanmaktadır. *Neyin elverişli, gerekli ve ölçülü olduğu; neye hangi araçlarla ulaşılması gerektiği ile çözülemez bir ilişki içindedir.* Bir normun amacı, kapsamının dayanak noktasıdır ve amaç ile birlikte kapsam da değişmektedir.

80.

Örneğin kanun koyucunun kardeş ensestinin cezalandırılmasını cinsel ilişki ile sınırlandırma ve diğer cinsel davranışları cezasız bırakma kararı, muhtemelen sadece üremede oluşacak tehlikeleri karşılamak için uygundur; ancak cinsel özgürlüğün muhafazası ve şüphesiz evlilik ve ailenin korunması için uygun değildir. Dairenin çok az değindiği cezai hukuki menfaat öğretisinde bu durum uzun süre boyunca incelenmiştir. Kanun koyucunun izlemediği bir norm amacının sonradan eklenmesi, orantılılığın koordinatlarını, hatlarını ve içeriğini değiştirmektedir.

81.

2. Bu sınırlama ve açıklık için getirilmiş temel koşullar ile İkinci Daire çoğunluğunun Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'yi "*uluslararası karşılaştırma ile de tespit edildiği üzere, kültürel tarihe ve ensestin cezalandırılması gerektiği yönündeki, hala eskisi kadar etkili toplumsal inanca dayanan haklı cezai amaçları gütmesi nedeniyle*" meşrulaştırması ile uyuşmamaktadır. Ne belirsiz kültürel tarih ile açıklanan, etkili toplumsal (sadece ensesti sosyal açıdan kanun dışı bırakma değil de gerçekten ensestin cezalandırılması hakkında olan) inanç, ne de uluslar arası karşılaştırmada (boşluklu ve değişken) cezalandırma, bir ceza normunu Anayasal olarak meşrulaştırmak durumundadırlar. Daire tarafından ortaya konulan hukuki menfaatler, ya toplumumuzun korunmasında kanuni bir amaç izlememekte (a) ya da düzenleniş ile Daire tarafından belirlenen amaçları izlemeyen Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin somut yorumundan anlaşılamamaktadır (b) Alman Federal Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında ısrar edilen orantılılık ilkesinin "*katı muhafazası*" (bkz. BVerfGE 27, 344 <351>; 96, 56 <61>) söz konusu olan ensest yasağında tasdik edilememektedir.

82.

a) Öjenik unsurların dikkate alınması, bir cezai hükmün taşıyabileceği Anayasal bir amaç değildir. Sadece öjenik düşüncelerin, yürürlükteki kanunun cezalandırmayı cinsel ilişki ile kısıtlamasını (BTDrucks VI/1552, S. 14) anlaşılır yapması nedeniyle, kanun koyucunun iradesine göre "*büyük önem*" taşıyan (BTDrucks VI/3521, S. 18) halk sağlığının korunması, korunan menfaat olarak göz önüne alınmamaktadır.

83.

Bu arada, ensest ilişkiler sonucu doğan çocuklar için gerçekten irsi hastalığa yakalanma tehlikesi olup olmadığı sorusu net olarak yanıtlanamamaktadır. Anayasa gereğince, doğabilecek çocukların sağlığının korunması için cezai yaptırımların kullanılması yasaklanmıştır. Fiilin işlendiği sırada ilgili kardeş çift dışında, menfaatleri ensest yasağını meşrulaştıran herhangi bir hukuki menfaat sahibi mevcut değildir. Doğabilecek çocukların genetik zararlardan cezai araçlarla korunması görüşü; potansiyel doğmuş çocuğun bir taraftan genetik bozukluklarıyla yaşam için olan olası menfaatlerini, diğer taraftan da kendi yokluğu üzerindeki olası menfaatleri arasında bir absürt değerlendirmeyi varsaymaktadır. Bu nedenle enseste nazaran, çocukların özürlü doğabilme riskinin daha fazla olduğu ve beklenen özürlerin daha ağır olduğu cinsel ilişki türlerinde makul sebepler dolayısıyla cezalandırma mevcut değildir.

84.

Bu tür değerlendirmeler Anayasal olarak korumaya değer amaçları açıklamaya yeterli değildir. Öjenik unsurların dikkate alınması da engelli bir çocuğun doğduğu aile veya sosyal yardım yükümlülüğü olan halk gibi üçüncü kişilere getirilen yükleri de haklı çıkarmamaktadır. Bu husus, yaşama aykırı menfaatler ve diğerlerinin devlet hazinesinden doğan yararları dolayısıyla özürlü çocukların yaşam hakkının reddedilmesine götürmektedir.

85.

Halk sağlığı da -soyut- koruma konusu olarak dikkate alınmamaktadır. “Uyuşturucu madde ceza hukukundan” farklı olarak kardeş ensesti dolayısıyla oluşabilecek olası irsi hastalıkların bilinen enderliği sebebiyle, cezai normun korunması gereken bir sebebi oluşturacak ne bireysel ne de sınırlı halk gruplarının sağlığı için kayda değer bir zarar önceden tahmin edilmektedir.

86.

b) Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2, cinsel özgürlüğün korunması için bir araç da değildir. Kanun koyucu bile bu hususa dayanmamıştır (bkz. BTDrucks VI/3521, S. 17 vd.). İkinci Daire’nin çoğunluğu kanuni düzenlemeye bu amacı sonradan eklemek zorunda kalmıştır.

Hem cezai hükmün metin olarak ifadesi hem de kanunun sistematigi, hükmün amacının cinsel özgürlüğün korunması olduğunu göstermekten çok bu varsayımı çürütmektedirler.

87.

Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin lafzı, çocukların ve gençlerin cinsel özgürlüklerinin korunması hakkındaki diğer hükümlerden (bkz. *Ceza kanunu madde 174, 176 ve 182*) farklı olarak yalnızca kardeşler arası cinsel ilişkinin gerçekleşmesini yeterli görmektedir. Fail ile mağdur arasındaki ilişkinin diğer ayrıntıları önem taşımamaktadır. Örneğin ne korumaya muhtaç genç kardeşin yaşı, ne de mağdurun bağımlılığı (bkz. *Ceza Kanunu madde 174 fıkra 1 bent 2*), mevcut zor durum (madde 182 fıkra 1) veya mağdurun cinsel özgürlüğünü belirleme ehliyetinden mahrum olması (bkz. *madde 182 fıkra 2*) gibi. Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2, -cinsel özgürlüğü düzenleyen diğer ceza hükümlerinde belirtilen- cinsel özgürlüğün ihlalini oluşturan olayları kapsadığını içeriğinde belirtmemektedir. İlk bakışta şunlar göze çarpmaktadır: Cinsel özgürlüğe karşı suçların unsurları (*Ceza Kanunu madde 174 vd*) mağdurun azalmış özerkliğinin göstergelerini belirtmekte ve cezalandırmanın koşulu haline getirmektedirler; Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2 çok daha değişik yapılandırılmış ve bu tür göstergeleri içermemektedir.

88.

Daire çoğunluğunun madde 173'ün "*spesifik, aile içi yakınlığa bağlı veya akrabalık ilişkilerinden doğan yükümlülükler, bağımlılıklar ve aile içi taşkın davranışları*" kapsadığı varsayımı, kanun sistematigine uymamaktadır. Kanun koyucu madde 173'ü cinsel özgürlüğü koruyan normların olduğu bölüme koymamaya, onun yerine "*şahsi hal, evlilik ve aileye karşı suçlar*" babında düzenlemeye karar vermiştir.

89.

Ceza normunun amacı cinsel özgürlüğü korumak değildir, çünkü sadece reşit kardeşleri cezalandırmaktadır. Bu sınırlama, korumayı sağlayacak ceza kanunu sisteminin yapısına uymamaktadır.

90.

Ceza kanunu koyucusu, söz konusu kişilerin özerkliğine saygı göstererek, cinsel özgürlüğün korunmasını en geç reşit olma yaşı sınırında

bırakmaktadır. Sadece – zor kullanımı veya karşı koyamama durumu gibi -kişinin kendi davranışlarını kontrol edemediği, iyi açıklanmış ve formüle edilmiş istisna hallerinde, kanun koyucu cinsel özgürlüğün korunmasını reşit olma yaşını aşacak şekilde korumaktadır.

91.

İkinci Daire çoğunluğu, diğer ceza normlarının, rüşte ulaşmadan ailevi suiistimali mümkün kılan yapıdan kaçamayanların korunma ihtiyaçlarını karşılayamamasını, Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin meşrulaştırılmasına gerekçe göstererek, kanun koyucunun cezalandırmanın sınırlarına dair açık ve belli ana kararını görmezlikten gelmektedir. Bu –sağlam olmayan- düşünce, normun hukuki bir menfaat olan cinsel özgürlüğü dikkate almış olabileceği hakkında hiçbir şey belirtmemektedir. Rüşte geçiş süresince cinsel özerkliğin henüz tam oturmamış olduğu varsayımına dayanarak ceza normunun bu durumları ele almak istediği sonucu çıkarılmamalıdır. Ancak tam olarak bu husus, *“cinsel davranışların rüştten sonra da devam etmesi ve istenmeyen cinsel ilişkinin açık olarak reddedilmemesi”* hallerini, kanunun cinsel özgürlüğün korunması altında cezalandırmak isteyip istemediğini kendisine sormadan, kimin bu tür durumlar için norma *“bağımsız bir anlam”* atfettiğini belirtmektedir.

92.

c) Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'de belirtilen kardeşler arası enstest yasağı, mümkün olabilecek (herhangi) bir hukuki menfaati ve Anayasal meşruluğunu, *“evlilik ve ailenin korunması”*nda da bulamamaktadır. Dördüncü Ceza Hukuku Reformu Kanunu'nun kanun koyucusu enstest yasağını evlilik ve aileyi bozucu etkisi nedeniyle dikkate almış ve Alman Federal Yüksek Mahkemesi (*Bundesgerichtshof*) madde 173'ün üstün hukuki menfaati olarak, evlilik ve ailenin korunmasını değerlendirmiştir (*bkz. BGHSt 39, 326 <329>*). Ancak enstesti yasaklayan ceza normunun yakın incelemesi, normun gerçekten evliliğin ve ailenin korunması için düzenlenmediğini göstermektedir.

93.

Alman Anayasa Mahkemesi 1973 tarihli bir kararında; eşler dışında aile birliği içerisindeki cinsel ilişkileri engellemenin, Anayasal düzenin cinsel ilişkiler nedeniyle sarsılmasıyla ailenin insan toplumu için

yaşamsal fonksiyonunun bozulmasına yol açacağı gerekçesiyle, makul anlamı olduğu sonucuna varmıştır (*bkz. BVerfGE 36, 146 <167>*). Mesele zinanın cezasız kalmasının, aile üyeleri arasında aileye zarar veren cinsel ilişkiyi göze alma anlamına geleceğini varsayan ailenin işlevine dair bu düzen tasavvurunun bugün hala geçerli olup olamayacağı bir kenara bırakılabilir. Her halükarda ceza normu somut yapısı gereğince, ailenin kardeşler arası cinsel davranışlara karşı korunmasını gerçekten amaçlamamaktadır.

94.

Sadece kan bağı ile bağlı kardeşler arasındaki cinsel ilişki cezalandırılmaktadır. Erkek ve kız kardeş arasındaki diğer bütün cinsel davranışlar hariç tutulmaktadır. Aynı cinsiyetten olan kardeşler ile kan bağı ile bağlı olmayan, başka bir deyişle üvey, evlatlık ve koruyucu kardeşler arasındaki cinsel ilişkiler de ceza kapsamı içinde tutulmamışlardır. Bu husus kanuni tipin, ailenin kardeşler arası cinsel ilişkiden korunması ve buna bağlı olarak ailede doğabilecek muhtemel olumsuz sonuçlar ile bir ilgisi olmadığı, sadece kan bağı ile bağlı kardeşlerin cinsel ilişkilerini cezalandırmakla ilgilendiği anlamına gelmektedir. Ceza hükmü gerçekten ailenin cinsel davranışlara karşı korunması için konulmuş olsa idi, aileye zararlı diğer davranışları da kapsar, ceza kanununun korunma tekniğine uygun olarak davranışları belirtir ve cezalandırmanın koşullarını içine alırdı. Sadece bir şekli kapsayan, cinsel ilişkiye indirgenmiş ceza tehdidi genel koruma menfaatini çürütmektedir.

95.

Bunun yanında kanun koyucunun Ceza Kanunu madde 173 fıkra 3 gereğince sadece 18 yaşın üstündeki kardeşleri cezalandırması önem taşımaktadır. Kanuni tipin bu kısıtlaması genel anlamda ailenin korunmasına uymamaktadır. Kardeş enestinin kanuni tipikliğinin asgari yaş ile sınırlandırılması ancak bunun dışında hiçbir sınırlayıcı nitelik getirmemesi; kardeşlerin yaşının ve onunla birlikte değişen fiil ve karar verme ehliyetinin enest davranışının cezalandırılması bakımından, dar sosyal bağlara dayanan ve işleyen bir aile birliğinin olmaması veya aslen ebeveynler ile oluşturulan “ev ve yaşam birliğinin” zamanla gerçek “aile yaşamı” olmadan “salt bir rastlantı birliği” olması durumu gibi az önem taşıdığı sonucunu yaratmaktadır (*aile birliğinin bu gelişim çizgileri için bkz. BVerfGE 10, 59 <66>*).

96.

Daire'nin de ayrıntılı biçimde açıkladığı gibi, ensest ilişkisinin ailede meydana getirebileceği zararlı etkilerin mevcut olan "*bağlılığın*" boyutuna bağlı olması ve dolayısıyla bu tür durumlarda daha az veya hiçbir şekilde hissedilebilir olmamasına rağmen ceza normunun açık lafzı uyarınca belirtilen bütün bu unsurlar söz konusu olmamaktadır. Bu da maddenin lafzının "*ailenin korunması*" kanuni amacı ile bağdaşmadığını göstermektedir.

97.

Daire çoğunluğunun ensest ilişkisinden doğan çocuklar için oluşabilecek ve Alman Anayasası'nın 6. maddesi ve 1. fıkrasına göre aile resmi ile uyuşmayan rollerin kesişmesi argümanı başka bir şey belirtmemektedir. Örneğin evlilik dışı doğmuş çocukların da bu şekilde dikkate alınması hariç kalmak üzere, gebeliği önleme için olası güvenli yolların olduğu ve cinsel ilişkinin sonuçsuz kalabileceği zamanlarda, cinsel ilişki sonucu gerçekten çocuk yapmanın somut ihtimali yoktur. Kanun koyucu kasıtlı olarak kan bağı ile bağlı olan kardeşlerin üremelerini engellemeyi hukuki açıdan uygun bulunmayan netice olarak belirten değil, kapsamlı cinsel ilişki yasağı ile hazırlık döneminde bulunan bir davranışı cezalandıran bir ceza normu oluşturmuştur. Kan bağı ile bağlı kardeşlerin cinsel ilişkileri sonucu çocuklarının olması olağan bir durum değildir. Dolayısıyla bu tür olağan dışı tehlikeler aileyi korumak için kanun koyucuya bir gerekçe oluşturmamaktadır.

98.

d) Daire tarafından hükme atfedilen hiçbir hukuki menfaat, Anayasaya uygun amaç oluşturmamaktadır. Kanun koyucu, kardeş ensesti yasağının hangi amaçları izleyeceği hakkında açık ve tutarlı karar verememiş ve amaçların hangilerinin kanuni tip ile bağdaşıp bağdaşmadığı, ulaşıp ulaşılmadığı veya nasıl ulaşıldığı konusunu saptamamıştır. Kanun koyucu bu ceza normunu yıllardır yürürlükte tutmasına rağmen, anlamı konusunda ya hiç açıklama yapmamış ya da net olmayan açıklamalarda bulunmuştur. Kanun koyucunun neyi gerçekten korumak istemiş olduğu veya istediği ve bu nedenle normun kanun koyucunun beklentilerini yerine getirip getirmediği güvenilir şekilde tespit edilememektedir.

99.

Hüküm mevcut lafzı ile -ceza hukuku literatürünün geniş bir kısmının da belirttiği gibi (*Dippel, Leipziger Kommentar zum StGB, 11. Aufl., Rn. 4, 14*)- belirli bir hukuki menfaati değil sadece mevcut olan veya tahmin edilen ahlaki düşünceleri göz önüne almaktadır. Son olarak halkın kardeş ensestinde hukuka aykırılık görmesi ve normun kalkması durumunda davranışın anormal olduğu bilincinde zayıflama olabileceğinden yola çıkarak, kanun koyucu kardeş ensestinin kaldırılmasına karar vermek istememiştir.

100.

Ancak değerler üzerine toplumsal bir uzlaşmanın -burada kardeşler arası cinsel ilişkinin yasak olması- oluşturulması veya muhafazası bir cezai hükmün doğrudan amacı olmamalıdır. Son çare (ultima ratio) ve cezai yaptırımların Anayasal kısıtlaması olarak orantılılık ilkesi gereğince, başka ve daha uygun araçlar bulunmaktadır. Ahlaki düşüncelerin kuvvetlendirilmesi her halükarda -dolaylı olarak- adil, açık, rasyonel ve istikrarlı ceza yargılamasının uzun süreli bir sonucu olarak beklenebilmektedir.

101.

Aslında İkinci Daire de esas itibariyle bu durumu farklı görmemektedir. Daire, norm ile izlenilen düzenleme amaçlarını belirtmekte ve ceza hukukunun sadece ahlaki düşünceleri koruduğu bir olayın söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Ancak Daire çoğunluğu tarafından açıklanan düzenleme amaçları, bir hukuki menfaatin korunmasını sağlayamamaktadırlar. Bu sebeple Daire, çareyi, “norm ile izlenilen düzenleme amaçlarının bütünlüğünde” veya “benimsenebilen ceza amaçlarının özetinde” aramaktadır. Bu husus bir taraftan her bir amacın, kendi açısından ve Daire çoğunluğunun da görüşü uyarınca, Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2’nin kanun koyucusu için kanuni bir amaç olarak hizmet edemeyeceğini açıklamaktadır. Ancak Dairece benimsenen, ceza normunun eksik, yetersiz, somut lafzından anlaşılmayan ve kabul edilebilir olmayan amaçları, neden bu normu Anayasaya uygun hale getirdiği sorusunu cevaplamamaktadır. Son olarak Daire “kültürel tarihe dayalı ensestelin cezai liyakatine yönelik toplumsal inanç”ın cezai korunmasına karşı itirazda bulunamayacağını gizlememektedir. Bu durumu toplumsal ahlaki düşüncelerin korunması olarak görmekteyim.

II. 102.

Daire ile birlikte Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2 ile izlenen amaçların bütününde aynı maddenin Anayasal olarak meşru bir amacı görmek istense dahi normun Anayasa bakımından desteği olmazdı.

103.

Daire çoğunluğunun, kardeş encestinin cezalandırılmasının hedeflenen başarıya ulaşma kapasitesinden yoksun olmadığı varsayımı kanunun lafzı karşısında tutunamamaktadır. Kanuni tip tarafından sağlanan araçlar belirtilen amaçlara uymamakta olup bir taraftan dar kapsamlı diğer taraftan ise başka istikametlere yönelmektedir.

104.

Daire çoğunluğu dahi kendisi tarafından norma atfedilen amaçların somut kanuni tip ile bağdaştığını kabul etmemektedir. Dolayısıyla uygunluğun denetiminde varsayılan her bir amaçtan uzaklaşan bir hedef tanımlamasına başvurmaktadır. Ailenin korunmasından, ceza normunun öjenik açıdan hukuka uygunluğundan sadece genelleştirilmiş biçimde bahsedilmektedir. Çocukların ve gençlerin cinsel kişiliklerinin bireysel olgunlaşması için gereken özgürlük alanı ile kadınların cinsel özgürlüğünün muhafazası ifade edilmiştir ki bu iki konu birbirlerinden çok ayrılmaktadır. Kanun amaçlarının bu mobil ve belirsiz tasviri, kanunun gerçekte ne istediğini ve ne işe yaradığı sorusunun kesin ve somut denetlenmesine yardımcı olamamaktadır.

105.

1. Belirtilenlere rağmen, Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2 bir çok görüş açısından Anayasal tereddütlere yol açmaktadır.

106.

Ceza hukuku vasıtalarının, ailenin cinsel davranışlardan kaçınmasını sağlamak ve böylece zararlı etkileri engellemek veya önemli derecede azaltmak için uygun araçlar olup olmadığı tartışmalıdır. Max-Planck-Enstitüsü'nün raporunun B.I.3. bölümünde de belirtildiği üzere, kardeş encestinin açık bir şekilde sosyal bakımdan zayıf ve bozulmuş aile birliklerinde vuku bulduğu durumu ihmal edilmemelidir. Rapor, normun muhataplarının ceza tehdidinin psikolojik etkilerine

karşı çok az duyarlı olduklarını ispat etmektedir. Bu husus ensest yasağı gibi bir ceza normunun uygunluğu için temel ama olumsuz bir kriterdir.

107.

Tek başına bu durum -Daire çoğunluğunun da işaret ettiği üzere- ceza normunun uygunluğunu kural olarak sorgulayamamaktadır. Ancak ensest yasağının cezai uygulamasının yoluna çıkan başka bir zorluk daha vardır.

108.

Uyuşturucu madde suçundan farklı olarak ensest yasağında, ceza kanunu koyucusunun amacı eksiksiz devlet kontrolünün cezai muhafazası olmamalıdır. Cezalandırmanın cinsel davranışın sadece bir kısmını kapsaması durumu ve cezanın uygulanmasını müteakip cezalandırılmayan cinsel davranışlara riayet edilmesi gerekliliği dahi ceza normunun yönlendirme fonksiyonunu kesin olarak zayıflatmaktadır. Daire çoğunluğu -uygunluk denetimi çerçevesinde kesin olarak benimsememiş olsa da- bunu gözden kaçırmamış, fakat başka bir yerde normun cezalandırdığı dar alanı aşan etkisi ile tanıtıcı, hukuki istikrarı sağlayıcı ve genel önleyici fonksiyonu ifa ettiğini bildirmiştir. Temel hakların derinden kısıtlandığı ve sosyal etik değerlerin insanların aleyhine döndüğü durumlarda ceza hukukunda normun uygulama alanı dışındaki bir etkiye Anayasal meşruiyet kazandırma gibi tehlikeli bir düşünce oluşmaktadır.

109.

Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2, fiilin işlendiği sırada henüz 18 yaşında olmayan kardeşler için kişisel cezayı ortadan kaldıran bir neden öngörmektedir. Buna göre kardeşler arası cinsel ilişkinin cezalandırılması, ailenin birlikte yaşama süreci nedeniyle zayıfladığı veya sona erdiği zaman elverişli hale gelmektedir. "Aile" (çocukların cezalandırılması ile), ev ve yaşam birliği olmamasına ve onun için zararlı etkiler beklenilmemesine rağmen korunmaktadır. Diğer taraftan kardeşlerden birinin reşit olmaması nedeniyle, o kardeşin cezalandırılmaması ve sadece reşit olan kardeşin cezalandırılması, geleneksel anlamda ailenin cezai korunması ile bağdaşmamaktadır. Kanun koyu-

cu yasama serbestisine sahip olsa bile, bu tür bir norm yapısı ile ailenin korunması amacına ulaşamamaktadır.

110.

Kan bağı ile bağlı kardeşlerin cezalandırılmasının aileyi zararlı etkilerden korumak için uygun olup olmadığı, Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin boşluklu lafzı gereğince tartışılmaktadır. Daire çoğunluğunun varsaydığı gibi üvey, evlatlık veya koruyucu (süt) kardeşler arasındaki cinsel ilişkinin dar ölçüde geleneksel aile modeline aykırı olması, ailede doğabilecek muhtemel olumsuz etkinin, cezalandırılan davranışın etkisinden değişik veya daha hafif olmayacağı hususunu değiştirmemektedir. Ayrıca kan bağı ile bağlı kardeşler arasındaki bağımlılığın kan bağı ile bağlı olmayan kardeşler arasındakine oranla daha fazla olduğunu doğrulayan dayanak bulunmamaktadır.

111.

Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin, ayrı cinsten olan kardeşler arası cinsel ilişkiyi cezalandırması ile getirdiği kısıtlama, ailenin cinsel davranışların yaratabileceği zararlı etkilere karşı korunmasını sağlayabilecek durumda değildir. Aynı hasarı meydana getirebilecek olan davranış biçimlerini cezalandırmadığı ve ilaveten kan bağı ile bağlı olmayan kardeşleri olası fail olarak ele almadığı için hüküm çok sınırlı kalmaktadır. (Artık) aile birliği için zararlı olmayacak davranışları kapsadığı için de hüküm çok geniştir; davaya konu olan olayda da bu husus açıkça görülmektedir. Kanun koyucunun hukuku düzenlemesindeki serbest alan da dikkate alındığında, cezai hüküm baştan itibaren amacına ulaşamamaktadır.

112.

2. Hüküm, kan bağı ile bağlı kardeşlerin sakat çocuklarının olma ihtimalini önlemek için “uygun” görülse de –yukarıda da belirtildiği üzere-, bu etki yönünde Anayasal meşru bir amaç izlememektedir. Ancak kanuni tipin çocuk yapamayacak (kısır) olanların fillerini cezasız bırakmayan açık lafzı sakat zürriyetin önlenmesi amacı ile bağdaşamamaktadır. Norm, kendisine atfedilen amaçlara başka nedenlerden dolayı ulaşılmış olması durumlarında dahi ceza tehdidini sürdürmektedir.

113.

3. Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin, kadınların veya çocuk ve gençlerin cinsel özgürlüğünün özel muhafazasına hizmet etmeye uygun olmaması, cezalandırılan fiilin incelenmesi sonucu kendiliğinden anlaşılmaktadır. Fiilin böyle bir koruma konusuyla ilişkisi bulunmamaktadır.

114.

Cinsel özgürlük hukuki menfaati için de genellikle aynı şey geçerlidir. Kan bağı ile bağlı kardeşler arasındaki cinsel ilişki yansımaları olarak bir tarafın cinsel özgürlüğünü zedeleyen o veya bu olayı da kapsayabilmektedir. Ancak kanuni tipin lafzı bunu amaçlamamış ve bu hukuki menfaati planlamamıştır. Ensest bu durumlar gereğince de doğal olarak cinsel özgürlüğe karşı suçların arkasında kalmaktadır. Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2, Ceza Kanunu'nda cinsel özgürlüğün korunmasını sağlayan diğer ceza normlarından aşağıdaki farklılığı göstermektedir: Normlar Ceza Kanununda ayrı ve açık şekilde belirtilen baplarda bulunmakta ve cinsel özgürlüğü koruyan ceza tehditleri ise (Ceza Kanunu madde 174 vd.) madde 173'ten tamamen farklı olarak, koruma amaçlarını ve cezalandırma koşullarını dikkati çeken tüm nitelikleriyle, ustaca ve kapsamlı biçimde koruma tekniğine uygun bir bağlantı içinde düzenlemektedir.

III. 115.

İkinci Daire çoğunluğunun, Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin, kendisine atfedilen amaçlara ulaşabilmesi için gerekli olduğu varsayımı, kabul edilemez niteliktedir. Kardeşler arası ensestin cezalandırılması, ailenin aynı ve hatta daha iyi bir şekilde korunmasını sağlayabilecek diğer tedbirler göz önüne alındığında, orantılılık ilkesi açısından Anayasal tereddütlere neden olmaktadır.

116.

Max-Planck- Enstitüsü'nün hazırladığı rapor sadece gençliği geliştirici ve destekleyici tedbirlere değil aile ve vesayet hukukuna dair, ensest sonucu doğmuş çocuklar ile onların ebeveynleri için söz konusu olan çözüm olanaklarına da işaret etmektedir (bkz. A.I.6). Bu araçlar, ceza normu reşit olmayan çocukları kapsamadığı için sadece belirli bir zamanda harekete geçebilmektedirler. Gösterilen olanak-

ların her zaman sosyal pedagojik bir kriz girişimine izin verdiği ve terapatik önlemlerin alınmasına yol açabilecek çeşitliliği (Max-Planck-Enstitüsü'nün Raporu B.I.8 altında) istenmeyen saldırıların neticeleri ile birlikte engellenmesi, tasfiyesi ve azaltılmasıyla Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'ye göre önceden daha fazla ve etkin çocuk ve aile koruması sağlamaktadır.

117.

Bu husus, hükmün, Daire çoğunluğu tarafından varsayılan ve kaldırılması ile sona eren hukuki istikrarı sağlayıcı ve dolayısıyla genel önleyici etkisine rağmen geçerlidir. 19 yaşından sonra cezalandırmanın başlaması nedeniyle ancak genel önleyici etki sınırlı bir şekilde mevcut olmaktadır. İlaveten kardeşlerin büyümesi ve ebeveynlerin evinden ayrılmaları karşısında ailenin korunması için *"tanıtıcı etkisi"* olan bir ceza normuna ihtiyaç duyulup duyulmadığı tartışmalıdır. Daire çoğunluğunun kabul ettiği gibi, enstest yasağının toplumun kültürel tarihsel inancına dayandığı varsayılırsa, ceza hükmünün kaldırılmasıyla halkta kardeş enstestinin normatif olarak *"serbest bırakıldığı"* düşüncesinin ortaya çıkabileceğinden de korkmamak gerekmektedir.

118.

Daire çoğunluğunun, ceza davasının mağdur için pozitif etkiler yaratabileceği düşüncesi kişileri yanılığa sürüklemektedir.

119.

Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2 gereğince, kan bağı ile bağlı kardeşler arasında cinsel ilişki ile tanımlanmış ve cezalandırma için başka hiçbir koşulu olmayan kardeş enstestinde, fail ve mağdur şeklindeki rol dağılımı, taraflardan birine vakitsiz ve asılsız sorumluluk isnat edilmesi için tehlikeli bir yoldur. Bu fail - mağdur rol dağılımı, bazı somut olaylarda haklı olabilir; ancak tipik değildir, çünkü kardeş enstesti irza geçme gibi fail-mağdur-suçu değildir. Enstestte bu tür atipik (fail - mağdur) rol dağılımının mevcut olması durumunda, cinsel özgürlüğe karşı suçları düzenleyen ceza normları gibi diğer ceza hükümleri uygulanmaktadır.

120.

Diğer taraftan ceza hukuku ile bağlantısı olan ve kendi açısından hukuki menfaat ihlallerini derinleştiren *"ikincil kurbanlaşma"*yı önle-

me görevinden bahsedilmektedir. Bu görev Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin düzenlediği cinsel ve hassas durumlarda yerine getirilemeyecektir. Bu durumlarda ceza soruşturması ve yargılama aşamasında söz konusu kişilerde sonradan yoğun tedavi gerektiren zararlar meydana gelmektedir (bkz. *Max-Planck- Enstitüsü'nün raporu B.I.9*). Cezai araçların kullanımı da mağdurlar için ayrıca tehdit oluşturmaktadır. Bu nedenle kardeş enstesinde gereklilik ilkesi gereğince cezai müdahaleler katı ölçütlere tabi tutulmalıdır.

IV. 121.

Sonuç olarak Alman Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2'nin cezai hükmü, Anayasal ilke olan “aşırılılık yasağına” aykırı düşmektedir. Korunan amaçlar için tehlikeli olmayacak davranışların cezalandırılmasının kanuni sınırı hükümde eksiktir; tehlikeye yol açan suç olarak düzenlenmiş ve çok geniş kapsamlıdır.

122.

1. “Ailenin korunması” amacı için, failin reşit yaşa ulaşması bakımından ev ve yaşam birliği anlamında somut aile birliğinin olmadığı belirli bir zamanda cezai korumanın başlaması önem taşımaktadır. Her halükarda, zarar görme veya tehlikeye maruz kalabilecek aile sayısı azaldıkça, ailenin cezai korunması daha az gerekli olmaktadır. Bu cezai amaca dayanan ve bu suretle kendini meşrulaştıran bir ceza normu ailedeki bu gelişmeleri dikkate almak zorundadır. Kısırlık veya güvenilir gebelik kontrolü nedeniyle üremenin mümkün olmadığı durumlarda “genetik bozuklukların önlenmesi” amacı cezai girişimler olmadan da güvence altına alınabilmektedir. Cinsel özgürlüğün ihlal edilmediği, örneğin kardeşler arasında devamlı olan bir ilişkinin var olduğu ve bu nedenle kişiliği serbestçe geliştirme hakkının önemli olduğu, eğer mümkünse çocukların doğumunu müteakip kendisinin de Alman Anayasası'nın 6. maddesinin birinci fıkrası gereğince korunmasını talep edebileceği yeni bir ailenin kurulduğu durumlarda cezayı ortadan kaldıran tedbirler alınmalıdır.

123.

2. Cezalandırma dışında diğer tedbirleri kanun koyucu dikkate almamış, takdiri indirimler veya usulü yollar ile ceza adaletinin sağlanacağını farz etmiştir (bkz. *Deutscher Bundestag, Protokolle der Beratun-*

gen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Bd. 1, 34. Sitzung, S. 1251 vd.). Bu koruma tekniği sonunda aşırı koruma tehdidine ve adil olmayan cezalandırmaya yol açmaktadır.

124.

Şüphesiz uygunluk, ceza vermeme veya cezanın takdirinde özel durumların dikkate alınması nedeniyle davanın düşmesi, somut olayda fiil ve kusura uygun sonuç elde etmek için yardımcı olabilecektir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarında yer alan aşırılık yasağının, adli makamlara hukuka aykırılığın ve kusurun az olduğu münferit durumlarda Anayasaya uygun karar verme için yeterli olduğu görüşü -Daire çoğunluğunun dayandığı gibi- doğrudur (bkz. BVerfGE 90, 145 <189 vd.>).

125.

Ancak bu ilke, baştan itibaren ve geniş anlamda cezalandırılmayacak davranışları kapsayan ceza normlarının durumlarına erişememektedir. Burada -her somut olayın ötesinde- belirli olay biçimleri için kanuni tipikliği düzeltici ve cezalandırmayı kısıtlayıcı etki gösteren cezai adaletin düzeltme yapması beklenmektedir. Böyle bir düzeltme adaletin değil kanun koyucunun görevidir.

126.

Fiilin suç olup olmadığının tespit edilip edilmeyeceğini ve kanun koyucunun görüşü çerçevesinde hüküm verilip verilmeyeceğini mahkemelerin görüşüne bırakmak, Alman Anayasası'nın 103. maddesinin 2. fıkrasında ifade edilen kuvvetler ayrılığına aykırı olarak, cezalandırmanın olup olmayacağı kararını yetkisiz yargı erkine devretmek anlamına gelmektedir. Kanun koyucu, bu durumlarda maddi hukukun kesin şekilde çerçevesini çizmeli, suç oluşturmaması gereken davranışı uygulama alanından çıkarmalı ve sadece usul hukuku düzenlemelerine güvenmemelidir. Kanun koyucuya bu yol kardeş enstesinde kapatılmamıştır; sadece kanun koyucu bu yolu seçmemiştir.

127.

Ensest cezasının yasama sürecinde de birbirleriyle yetişkin iken tanışmış ve cinsel ilişkiye girmiş üvey kardeşlerin olayı görüşülmüştür. -Davaya konu olan durum gibi- ensest utancının olmadığı, reşit

yaşlarda meydana gelen ve bir aile birliğinin olmaması nedeniyle ailenin tehlikeye uğramasının da mümkün olmadığı bu olayda, o zamanki Federal Hükümet görüşüne göre mahkûmiyete değil, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu madde 153 gereğince davanın düşmesi kararı verilmiştir. Kanun koyucu, bir ceza hükmünde suç oluşturmamayan eylemlerin cezalandırılmış olduğunu kabul ederse ve bu eylemlerin somut olayın yargılama aşaması sonunda cezasız bırakılacağına güvenirse, aşırılık yasağını ihlal etmiş olacaktır. Aşırılık yasağı nedeniyle, kanun koyucunun, suç oluşturmaması gereken fiilleri kapsam dışı bırakan farklı bir maddi düzenleme yapması gerekirdi. Onun yerine Ceza Kanunu madde 173 fıkra 2 cümle 2 –bir ceza normu için ender biçimde– açık şekilde kan bağı ile bağlı kardeşlerin cinsel ilişkisini kapsamakta ve ceza mahkemesi de bu açık normun tutarlı uygulaması ile görevini yerine getirmektedir.

128.

Son olarak ceza hükmünün aşırılık yasağına uygunluğunu, normun *“kişisel yaşam biçiminin sadece dar bir alanına dokunduğu”* ve çok az kişinin yasaktan sınırlayıcı olarak hissedilir şekilde etkilenmesi nedeniyle meşrulaştırmamak gerekmektedir. Bu tür argümanlar öteden beri özel şekilde insanlara yöneltilmiş olan ceza hukukunda kinik etki yaratabilmektedir: *Ensest yasağından kim etkilenmekte ise, yaşam biçiminin merkezi alanına dokunulmakta ve bu dokunma onu derinden ve uzun süreli etkileyebilmektedir.*



Türkiye Barolar Birliği Dergisi'ne
abonelik için;

arayın: **[0212] 210 0 110**

ya da tıklayın:

www.abonet.net

abonet

istediğiniz dergi kapak fiyatıyla adresinize teslim

tel: (0212) 210 0 110 ❖ faks: (0212) 222 27 10