

'ENSEST İLİŞKİ' SUÇ OLMALI MIDIR?

Dr. Erkan Sarıtaş ([1])

11 Eylül Pazartesi

<http://www.hukukihaber.net/makale/ensest-iliski-suc-olmali-midir-h97746.html>

Yakın zamanda magazinsel bir hadise ile kamuoyu gündemine gelen ensest, evvela basına yansıyan bir araştırmanın olağandışı görülen sonuçları ile çokça tartışılmış, bilahare İstanbul Milletvekili Metin Külünk'ün verdiği kanun teklifi ile yeni bir boyut almıştır.

Resmi metnine ulaşamamakla birlikte, basına yansıdığı kadarıyla TCK'nın “Reşit olmayanla cinsel ilişki” suçunu düzenleyen 104. maddesinden sonra gelmek üzere “Hısım ile cinsel ilişki” başlıklı 104/A maddesinin eklenmesini öngören yasa teklifi ile “cebir, tehdit ve hile olmaksızın, 18 yaşını doldurmuş, üstsoy ve altsoy hısımları, kardeşi, amcası, dayısı, halası, teyzesi veya yeğeni ile cinsel ilişkide bulunan” kişinin, şikayet aranmaksızın “8 yıldan 12 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması”nın öngörülmekte olduğu anlaşılmaktadır.

Konuyla ilgili bilimsel literatürde *ensest* olarak ifade edilen ve bu haliyle kamuoyuna yansıyan “yakın akraba ile cinsel ilişki”, hukuk literatüründe uzun zamandır tartışılan bir konudur ve temelde tartışma, bu tarz bir fiilin hukuken yaptırıma bağlanıp bağlanamayacağı, eğer yaptırıma bağlanacaksa bunun ceza hukuku yaptırımı biçimine bürünüp bürünemeyeceği noktasında ortaya çıkmaktadır. En basit tabiriyle ensest, aralarında evlenme yasağı olan yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkidir[2]. Bu ilişkinin cebir, tehdit veya iradeyi etkileyen başkaca bir yöntemle gerçekleştirilmesi ya da çocuklar üzerinde herhangi bir şekilde icrası zaten Cinsel saldırı (TCK m.102), Cinsel istismar (TCK m.103) ve Reşit olmayanla cinsel ilişki (TCK m.104) suçları kapsamında değerlendirildiğinden hukuken tartışma konusu olan ensest, bu kapsama girmeyecek suretle icra edilen “yakın akrabalar arasındaki cinsel ilişkiyi” ifade etmektedir. Buna göre örneğin her ikisi de erişkin olan ve rıza açıklama ehliyetine sahip olan dayı ile yeğen arasında, ikisinin de rızası dahilinde gerçekleştirilen cinsel ilişki bu kapsamdadır.

Şüphesiz, toplumsal değer yargılarına son derece aykırı ve bu nedenle son derece rahatsız edici nitelikte olan yakın akraba ile cinsel ilişki fiilinin, toplumsal kınanabilirlik açısından da ağır bir pozisyonda olduğu açıktır. Bu durum bu fiilin, hem Türk toplum yapısının bilinen en eski dönemlerinden beri şiddetle yaptırıma bağladığı bir fiil olması hem de dini açıdan söz konusu fiilin net şekilde yasaklanmasının da tabii sonucudur. Teklif gerekçesine de yansıdığı üzere bu tarz fiillerin aile düşüncesine ve buna bağlı sosyal yapılanmaya dair toplumsal algılara zarar verdiği de şüphesizdir. Ahlaki kınanabilirliğin üst düzeyde olması, bu tarz fiillere gösterilen toplumsal reaksiyonun da şiddetli olmasını sonuçlamaktadır ve pek çok hadisenin toplumsal infiale sebebiyet verme riski barındırdığı da bir realitedir.

Ancak mesele, hukuk sisteminin bu tarz bir fiile vereceği karşılığın biçimi olunca bunu, salt toplumsal kınanabilirliğin derecesi ile açıklamanın imkansız olacağı da su götürmez bir gerçektir. Hukuk sisteminin özelleşmiş her bir parçasının kendine has sistem ve ilkeleri, herhangi bir toplumsal fiilin, mevzu hukuki düzenlemeler olunca, belirli bir süzgeçten geçirilmesini gerektirmektedir. Bu süzgeç şüphesiz, yaptırımların kademelenmesi aşamasında, söz konusu fiillere yönelik belirlenecek normatif sistem açısından da önemlidir.

Nitekim yukarıda sınırlandırdığımız anlamıyla yakın akraba ile cinsel ilişkiye yönelik olarak hukuk sisteminin genelinde -bu fiillerle eğer somut bir hukuksal değer ihlal edilmiş ise- buna yönelik yaptırımlar öngörülmemiş de değildir. Örneğin zina bir boşanma sebebi olduğu gibi zinanın ispatlanamadığı hallerde yakın akraba ile cinsel yakınlık, kesin bir boşanma sebebi olarak konumlandırılan haysiyetsiz hayat sürme kapsamında değerlendirilebilecektir (TMK m.163). Bu suretle sadakat talep etme hakkı ihlal edilen eş, yakın akrabası ile zina boyutuna varmayan cinsel bir yakınlık yaşayan eşine karşı sırf bu nedenle boşanma davası açabilecektir. Şüphesiz talebin söz konusu olması halinde bu fiilin tazminat yaptırımı ile karşılaşması da kaçınılmazdır. Bu tarz bir fiil açık bir ahlaka aykırılık olduğundan, bunun medeni hukuk anlamında ahlaka aykırılığın yaptırıma bağlandığı her durum için hukuki bir karşılığı olacağı da açıktır. Bu nedenle esasen yakın akraba ile cinsel ilişki, belki somut olarak bu fiile özgü olmasa da “ahlaka aykırılık” genel başlığı altında medeni hukukta zaten yaptırıma bağlanmaktadır.

Ancak konu ceza hukuku yaptırımı meselesine gelince, herhangi bir fiilin ceza yaptırımı ile karşılaşmasının, ancak *cezaya liyakat* ve *cezaya muhtaçlık* niteliklerinin taşınması halinde söz konusu olabileceğini belirtmemiz gerekmektedir. Konuya bu açıdan bakıldığında, bu tarz bir fiilin suç haline getirilip getirilemeyeceği sorunu açısından da daha sağlıklı bir sonuca varmamız mümkün olabilecektir.

Sosyal yapı, bir normlar bütünü ile sarılmıştır. Temelde rasyonel bir şekilde bir sistemin parçası olması gerekmeyen bu normlar, toplumsal hayatın her bir parçasının temel standartlarını belirler. Şüphesiz norm kavramının mantığı gereği her bir normun bir yaptırımının olması da kaçınılmazdır[3]. Bu, mevzu bir ahlak normu olduğunda toplumsal kınama ya da tamamen toplumsal dışlamayı kapsayabilir ya da daha farklı bir yaptırım biçimini içerebilir. Ancak bu tarz bir yaptırımın temel karakteri belirli bir “sistemden” yoksun olmasıdır. Bu da hiç şüphesiz, sisteme ait rasyonalitenin bu tarz yaptırımlarda bulunmamasını sonuçlar. Basit bir ifadeyle ahlaka aykırılığın yaptırımı *sistemsiz* ve *irrasyonel*dir. Oysa hukuksal yaptırım, belirli bir sistemin yeknesak ve rasyonel yaptırımını ifade eder. Bu nedenle hukuksal yaptırımın kendine has ilkeleri vardır ve tamamen belirli amaçlar dahilinde sistematize edilirler. Bu amaçlar, hukuk sisteminin de temel karakterini belirler. Bunun doğal sonucu olarak bir hukuk normu rastgele ve örneğin toplumsal tepkiye konu her fiili konu edinmez. Bir fiil, ancak hukuk sisteminin genel mantığı için yaptırıma bağlanması gerekli görülürse bir hukuki düzenlemeye konu olur. Bu nedenle söz gelimi, her ahlaka aykırılık hukuki yaptırımla karşılaşmaz.

Hukuki yaptırımlar ise kendi içinde kademelenmiştir ve bu kademelenmede kişi hak ve özgürlükleri açısından daha ağır etkiler doğuran yaptırımlar, daha istisnai olarak başvuru normlarında yer almaktadır. En basit tabiriyle bir fiil, eğer medeni hukuk yaptırımı ile de çözümlenebilecek bir uyuşmazlık tipine sebebiyet vermekte ise henüz bu aşamada ceza hukuku yaptırımına başvurulamaz (*ultima ratio*)[4].

Ceza hukuku yaptırımları ise ancak bir *hukuksal değer ihlalinin* söz konusu olması halinde gündeme gelebilecek nevi şahsına münhasır yaptırım biçimleridir. Burada bahsi geçen hukuksal değer, hukuk tarafından kendisine bir değer atfedilen ve bu nedenle de koruma altına alınan *bireysel menfaatleri* ifade eder[5]. Bu bireysel menfaatler, hukuk tarafından koruma altına alınınca *hak ve özgürlüklere* dönüşür. Örneğin bir kimsenin sahip olduğu eşya üzerindeki menfaatleri *mülkiyet hakkı*, serbest bir şekilde toplumsal hayata dahil olma *kişi özgürlüğü* halini alır. İşte ceza hukuku münhasıran bu hak ve özgürlükleri koruma mantığı üzerine bina edilir. Çünkü ceza yaptırımları, toplumdaki en sert ve şiddetli, buna bağlı olarak da etkileri bakımından en güçlü yaptırımlardır[6] ve belirli nitelikte bir eyleme karşılık, neden bu derece ağır yaptırımların uygulandığı meselesini herkesi tatmin edecek bir şekilde izah edebilmek zordur. İşte modern demokratik hukuk devletlerinde kişilerin hak ve hürriyetlerinin başka türlü korunmalarının mümkün olmaması, ceza hukuku yaptırımlarının meşru ve makul kabul edilebilmelerinin yegâne temelini teşkil eder[7]. Gerçekten bu şekilde bir yaptırım, ancak hukukun temel amacı olan hukuksal değerlerin korunması yolunda bir araç olarak kullanılıyorsa meşru kabul edilebilir[8]. Bu nedenle bir hukuk devletinde tüm ceza hukuku sistemi “hukuksal değerlerin korunması” anlayışı üzerine bina edilir[9]. Bir başka ifade ile hukuka içkin modern anlayış açısından ceza hukukunun yegâne amacı hukuksal değerlerin korunmasıdır[10]. Eğer bir hak ve özgürlük ihlali söz konusu değilse, bir hukuksal değer ihlalinin söz edilemeyeceğinden maddi anlamda bir suçtan da bahsedilemeyecektir. Haliyle hukuksal değer ihlalinin söz konusu olmadığı bir fiilin ceza yaptırımı ile karşılanması, hukuksal değerlerin korunması ilkesi ve haliyle bu ilkeye temel teşkil eden hukuk devleti ilkesi ile çelişecektir.

Bu çelişkiyi ilk elden, herhangi bir hukuksal değer ihlalinin söz konusu olmadığı *salt ahlaka aykırı fiillerin* ceza normu ile karşılanmasının doğuracağı tabiidir. Gerçekten, toplumsal olarak bizi rahatsız eden hatta halk tabiriyle “midemizi bulandıran” bir fiilin söz konusu olması, tek başına, bunun bir ceza yaptırımı ile karşılanmasını haklı kılmaz. Söz konusu fiil, eğer hiçbir hukuksal değeri ihlal etmemekte ise *cezaya layık* olduğundan söz edilemeyecek ve haliyle bir ceza normunun konusu da olamayacaktır.

Ensest meselesi açısından da farklı bir şekilde düşünmeye olanak yoktur. Temelde eğer ensest teşkil eden fiil cebir veya tehditle gerçekleştirilmişse zaten *cinsel özgürlüğü*, bir çocuk üzerinde gerçekleştirilmiş ise *çocuğun cinsel sömürüden korunma hakkını* ihlal edecektir. Bu

nedenle bu fiillerin cezaya liyakatı sağladığı açıktır. Esasen cinsel saldırı ya da cinsel istismar veya reşit olmayanla cinsel ilişki fiillerinin yakın akraba tarafından icrası daha kolay ve sonuçları itibariyle mağdur üzerinde daha ağır sonuçlar doğurabilecek mahiyette olduğundan fiilin yakın akraba olmasının cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi de mümkündür ve nitekim cinsel saldırı açısından TCK m.102/f.3-c; cinsel istismar açısından 103/f.3-c; reşit olmayanla cinsel ilişki açısından 104/f.2’de bu mahiyette nitelikli hollere yer verilmiştir. İster yakın akraba arasında isterse de bu niteliği taşımayan kişiler arasında olsun, cinsel ilişkinin “alenen” gerçekleştirilmesi, kişilerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını ihlal edeceğinden bu fiilin de suç haline getirilmesinde bir beis yoktur ve nitekim anılan fiil “hayasızca hareketler” başlığı altında TCK m.225’de düzenlenmiştir. Ancak bu maddeler kapsamına girmeyecek şekilde, yani karşılıklı olarak rıza dahilinde ve alenen olmayacak biçimde cinsel ilişkiye giren, her ikisi de on sekiz yaşından büyük yakın akrabaların bu fiillerinin, ne bu fiilin taraflarından birinin ne de diğer kişilerin “hak ve özgürlüklerini ihlal etmediği” de açıktır. Gerçekten kişilerin, aralarında evlenme yasağı olsa bile cinsel ilişkiye girmelerinin, bunu aleni yapmadıkları müddetçe, toplumu ne derece rahatsız etse de bir hak ve özgürlük ihlaline sebebiyet verdiğinden söz etmek mümkün değildir. Dolayısıyla bu halde bir hak ve özgürlük ihlalden söz edilemeyeceği için haliyle bu fiilin cezaya liyakatından söz etmeye olanak da yoktur. Esasen bu, salt ahlaka aykırılık teşkil eden tüm fiiller için geçerlidir[11].

Bu tespitimiz, karşılıklı olarak rıza dahilinde ve alenen olmayacak biçimde cinsel ilişkiye giren her ikisi de on sekiz yaşından büyük yakın akrabaların bu fiillerinin, bir hukuk devletinde suç olarak düzenlenmesinin olanaklı olmadığını zira bu halde bir hukuksal değer ihlalden söz edilemeyeceğini[12], bir hukuksal değer ihlali olmadığı müddetçe de ceza yaptırımının meşruluk dayanakları bulamayacağını ifade etmemizi gerektirmektedir.

Nitekim modern anlamda pek çok hukuk sistemleri açısından belirttiğimiz anlamda yakın akraba arasındaki cinsel ilişkinin suç olarak düzenlenmediği görülmektedir. Bu istisnalardan Alman Ceza Kanunu m.173’de yakın akrabalar arasında cinsel ilişki suç olarak düzenlenmiş ise de bunun Alman doktrininde çok ciddi tartışmalara sebebiyet verdiği bilinmektedir[13]. Hatırlatmamız gerekir ki bu hukuk sisteminde, tarihsel gelişimin bir ürünü olarak, hiçbir hukuksal değer ihlaline sebebiyet vermemesine rağmen elverişsiz teşebbüs halleri de cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla bu fiilin yaptırıma bağlanmasına dair bu istisnanın, hem Carolina’dan bu yana Alman ceza hukukuna özgü genel bir bakış açısının ürünü olduğu hem de hukuki zemini açısından tartışmalı olduğu açıktır.

Bu çerçevede, son derece rahatsız edici olduğu açık olmasına ve toplumu oluşturan kişiler açısından son derece kınanabilir bir davranış olmasına rağmen, karşılıklı olarak rıza dahilinde ve alenen olmayacak biçimde cinsel ilişkiye giren, her ikisi de on sekiz yaşından büyük yakın akrabaların bu fiillerinin suç olarak öngörülmesinin, modern ceza hukukunun kurum ve ilkeleri ile uyumlu olmayacağı kabul edilmelidir. Bu fiiller, zaten ahlak normları çerçevesinde

toplumsal anlamda son derece ağır yaptırımlarla karşılanmakta ve bunlar için toplumsal kınanabilirliğin son derece yüksek olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Toplumdaki ensest oranını olağandan katlarca yüksek gösteren ve herhangi bir bilimsel çalışmaya dayanmayan spekülatif iddialar bir tarafa bırakılırsa, -cinsel istismar mahiyetinde olup da zaten cezalandırılan fiiller hariç- söz konusu fiillerin cezaya muhtaçlığını gösteren bir veri de söz konusu değildir.

Esasen basına yansıyan teklife bakılırsa, bunun gerekçesinin de ensestın önlenmesi ya da söz gelimi Almanya’da dile getirildiği gibi[14] ailenin veya genetik sağlığın korunması olmadığı ve tamamen anılan fiillerin medyaya yansması nedeniyle oluşan toplumsal tepkilerin nazara alındığı görülmektedir. Hatta gerekçede isabetle belirtildiği gibi bu tepkiler nedeniyledir ki C. Savcısı, hayasızca hareket suçu nedeniyle soruşturma başlatabilmiştir. Oysa, dikkat edilirse zaten suç teşkil eden ve ciddi bir toplumsal sorun olan, örneğin çocukların yakın akrabaları tarafından istismar edilmesi gibi hadiselerde maalesef bu derece üst perdeden ortaya çıkmayan bu infial, olayın taraflarının ünlü olmasına bağlı olarak medyanın gündeminde uzun süre yer alması nedeniyle ortaya çıkmış yani olaya kamusal ilgi “fiil” nedeniyle değil “failer” nedeniyle söz konusu olmuştur.

Bu çerçevede, dikkat edilirse teklife gerekçe teşkil eden kamusal tepki de bunun doğmasına neden olan olay sathında bizatihi görüntülerin alenileşmesine bağlı olarak oldukça ağır olmuştur[15]. Esasen alenen cinsel ilişkiyi düzenleyen hayasızca hareketler suçu (TCK m.225) bizatihi aleni olarak gerçekleşen fiiller için geçerlidir ve haberlere konu olan olayda cinsel ilişkinin aleni gerçekleşip gerçekleşmediği belirli değildir. Bu husus bir tarafa bırakılıp soyut düzlemde bir değerlendirme yapılırsa, bir cinsel ilişkinin herkesin görebileceği şekilde aleni olarak gerçekleştirilmesinin kişilerin sağlıklı ve dengeli bir sosyal çevrede yaşama hakkını ihlal edeceği konusunda bir tereddüt yoktur[16]. Zira bir toplumsal ve hukuksal süje olarak “kişi”, kendisine bu vasfı veren örgütlenmiş toplum içinde var olmakla “belirli temel etik değerleri benimsemekte” ve haliyle bu etik değerleri ihlale yönelmiş fiillere “doğrudan şahit olma” kişiyi rahatsız edebilmekte ve hatta gelişim çağındaki çocuklar açısından ciddi psikolojik sorunlara sebebiyet verebilmektedir. Dolayısıyla kişilerin, kendilerinin ve çocuklarının bu şekilde bir duruma şahit olmayacak şekilde yaşamayı ve daha genel tabiriyle bu tip fiillerle karşılaşmayacakları bir sosyal çevrede yaşamayı talep etme hakları vardır. Bu nedenledir ki cinsel ilişkinin somut olaydaki çeşitli faktörler nedeniyle (örneğin taraflarının medeni durumlarına göre), toplumun geri kalan kısmı açısından “salt ahlaka aykırılık” mahiyetinde olduğu söylenebilir ise de bunun aleni olarak icra edilerek insanların katlanmak zorunda bırakılmasının artık bir hukuksal değer ihlaline sebebiyet verdiği açıktır. Bu gerçeği göz önüne alan kanun koyucu, alenen cinsel ilişki fiilini TCK m.225’de “hayasızca hareketler” başlığı altında suç olarak düzenlemiştir. Söz konusu bu madde ve bu maddenin düzenleme mantığı nazara alındığında, ensest teşkil eden fiillerin “aleni olarak” gerçekleştirilmesinin bu hukuksal değeri yani sağlıklı ve dengeli bir sosyal çevrede yaşama hakkını daha ağır şekilde ihlal ettiğini ifade etmek kabul edilebilir bir önerme olacaktır. Bu çerçevede değerlendirildiğinde, hayasızca

hareketlere ilişkin TCK m.225'e, "fiilin aralarında evlenme yasağı olan yakın akrabalarca gerçekleştirilmesinin" daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli hal olarak eklenmesi mümkündür. Bu ihtimalde zaten belirli bir hukuksal değer ihlaline sebebiyet veren "alenilik", aynı hukuksal değerın daha ağır bir şekilde ihlaline sebebiyet verecek mahiyetteki "yakın akraba arasındaki cinsel ilişki"nin bir nitelikli hal olarak düzenlenmesine temel teşkil edecektir. Dikkat edilirse burada da daha ağır cezalandırma konusu olmasını önerdiğimiz husus, salt "yakın akraba arasındaki cinsel ilişki" değil, bunun "aleni olarak icrası"dır. Hatta fiilin gizli olmasına rağmen bilahare bu ilişkiye ilişkin "görüntülerin" kasten ya da taksirle alenileşmesine sebebiyet verilmesi de aynı fıkrada ayrıca ceza yaptırımını ile karşılanabilir ki burada da cezalandırılan fiil cinsel ilişki değil bunun "görüntülerinin" bilahare alenileşmesi olacaktır. Keza bu ihtimalde ilişkinin tarafları dışındaki kimselerce söz konusu görüntülerin ifşa edilmesi fiilleri de aynı mantık dahilinde ceza yaptırımını ile karşılanabilir. Bu ihtimalde özel hayatın gizliliğın korunmasına ilişkin suçlarla, bahsettiğimiz bu tip bir suçlar arasındaki içtima ilişkilerine dair özel bir norma yer verilmesi de mümkündür[17].

Belirttiğimiz tüm bu hususlar çerçevesinde; son derece rahatsız edici ve ahlak normlarına ağır bir şekilde aykırı olduğu açık olan yakın akrabalar arası cinsel ilişkinin, salt bu haliyle, bir hukuksal değer ihlaline sebebiyet vermemesi nedeniyle bağımsız olarak cezalandırılabilen bir fiil olmadığını düşünüyoruz. Bizce, salt ahlaka aykırı mahiyetteki fiiller yalnızca ahlaki yaptırımların sahasına bırakılmalıdır. Birer hukuksal değer ihlaline sebebiyet veren çocuklara yönelik bu tip fiiller ile cebir ve tehditle herkese karşı işlenen aynı mahiyetteki fiiller ise zaten ceza yaptırımını ile karşılanmaktadır. Söz konusu fiillerin aleni olarak icrası ya da bunlara ilişkin görüntülerin alenileşmesine neden olunması ise artık salt ahlaka aykırılık boyutundan çıkacağı ve bir hukuksal değer ihlaline sebebiyet vereceği için cezalandırılabilir alana girecektir. Bu nedenle hayasızca hareketleri düzenleyen TCK m.225'e buna dair yeni fıkraların eklenmesi daha isabetli olacaktır.

DİPNOTLAR:

[1] Avukat, İstanbul Barosu.

[2] Kavramın çeşitli anlamları ve buna göre yapılan çeşitli tanımlamalar için bkz. Türkan Yalçın Sancar, Tuğçe Nimet Yaşar, "Ensest, 'Genel Ahlak' ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin Kararı", TBB Dergisi, Sayı 80, ss.245-297, Ankara, 2009, s.245-246.

[3] Bkz. Erkan Sarıtaş, "Toplumsal Norm ve Ceza Yaptırımının Doğası Üzerine", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (İHFİM)- Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan*, Cilt: LXXI, S:1, ss.1051-1108, İstanbul, 2013, s.1052 vd.

[4] Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin, 2003, s.692 vd.; Sarıtaş, a.g.e., s.1095-1097.

[5] Sarıtaş, a.g.e., s.1092-1093.

[6] Nils Joreborg, “Criminalization As Last Resort”, in: *Ohio State Journal Of Criminal Law*, Vol:2:2004-2005, Ohio, USA, 2005, s.526.

[7] Saritaş, *a.g.e.*, s.1094.

[8] Ünver, *a.g.e.*, s.792.

[9] Stefano Canestrari, Luigi Cornacchia, Giulio De Simone, *Manuale di Diritto Penale Parte Generale*, Bologna, Il Mulino, 2007, s.204; Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, s.18-19; Bernd Schünemann, “The System of Criminal Wrongs: The Concept of Legal Goods and Victim-based Jurisprudence as a Bridge Between the General and Special Parts of the Criminal Code”, in: *Buffalo Criminal Law Review*, vol:7, 2004, New York, s.552; Adem Sözüer, *Suçta Teşebbüs*, İstanbul, Kazancı, 1994 s.147; Ünver,*a.g.e.*, s.440; Saritaş, *a.g.e.*, s.1094.

[10] Kimmo Nuotio, “Theories of Criminalization and the Limits of Criminal Law:A Legal Culturel Approce”, in: *The Boundaries of The Criminal Law*, Ed: R.A. Duff vd., New York, Oxford Univesty Press, 2010., s.260.

[11] Bu konuda bkz. Sancar, Yaşar, *a.g.e.*, s.250 vd.

[12] Krş. Sancar, Yaşar, *a.g.e.*, s.249.

[13] Örneğin bkz. Carl Constantin Lauterwein, *The Limits of Criminal Law A Comparative Analysis of Approaches to Legal Theorizing*, New York, Routledge, 2016, s.15-16.

[14] Bkz. Lauterwein, *a.g.e.*, s.15.

[15] Esasen Basın Kanunu m.21’de bu tarz görüntülerin yayınlanmasını da kapsayacak şekilde bu tip olaylarda “kişilerin kimliklerini ya da tanınmalarına yol açacak şekilde” yayın yapılmasını yasaklayan ve yaptırıma bağlayan bir norm mevcuttur. Ancak bunun haberlere konu olayda uygulanıp uygulanmadığı belirli olmadığı gibi ve bunun soyut olarak ne derece caydırıcı olduğu da tartışmaya açıktır.

[16] Söz konusu suç tipi “Genel Ahlaka Karşı Suçlar” kısmında yer almakla birlikte esasen “genel ahlak” bir menfaat biçimini tarif etmediğinden böyle bir hukuksal değerden bahsetmeye olanak bulunmamaktadır. Failin ahlaki kişiliğini rahatsız edecek aleni mahiyette zararlı etkilerden korunma hakkı daha genel bir menfaatin özel bir görünümüdür ki bu menfaatin “sağlıklı ve dengeli bir sosyal çevrede yaşama hakkı” şeklinde formüle edilebilmesi mümkündür.

[17] Dikkat çekmek isteriz ki burada ceza yaptırımına konu olabileceğini belirttiğimiz husus fiilin haber konusu yapılması değil, cinsel ilişkiye dair görüntülerin yayınlanmasıdır. Yoksa, basının haber verme hakkı genel bir hukuka uygunluk nedeni olduğu gibi özellikle cinsel şiddet mahiyetindeki fiillerin siyah sayı olarak kalmaması noktasında basının oldukça önemli bir fonksiyon icra ettiği de yadsınamaz bir gerçektir.