

## CEZA HUKUKU BAKIMINDAN SUN'İ İLKAH

Dr. Öztekin TOSUN

### I — SUN'İ İLKAH HAKKINDA UMUMİ MALÛMAT.

Sun'î ilhak, erkek tohumunun kadın tohumu ile cinsi münasebet olmaksızın birleştirilmesini temin eden tıbbî bir müdahaledir. Bu usûl, tamamen yeni olmaktan uzaktır; meselâ, daha IV'üncü asırdan evvel Arapların sun'î ilkahı tatbik ettikleri bilinmektedir<sup>1</sup>. Fakat bu hususta il-mî çalışmalara ilk başlayan kimse olarak İtalyan Lazzaro Spallanzi gösterilmektedir. Bu zat hayvanlar üzerinde yapmış olduğu denemelerle 18'inci asrın sonlarında bu sahada muvaffakiyet kazanmıştı<sup>2</sup>. Aynı teşebbüsü köpek üzerinde değil de insanlar üzerinde başaran ilk şahıs, yeni zamanlarda, İngiliz John Hunter olarak görülmektedir; bu zat, bir adamdan aldığı tohumu aynı adamın karısına sun'î olarak tatbik ederek 1799 yılında kadına ilk sun'î ilhakı yapabilmisti. Bundan sonra bir çok kimseler, bu arada Amerikalı Cary, İtalyan Alfieri bu sahada çalışmışlar, sözü geçen usûlü inkışaf ettirmişlerdir.

Bugün sözü geçen usûle bilhassa kadının kısırlığı halinde başvurulmaktadır. Kadın bakımından sun'î ilkahın kullanılmasını gerektiren haller arasında şunlar sayılmaktadır:

a) Ağır vajinizm, vagina'nın anatomik tagayyüratı, uterus'un vaziyetindeki kusurlar, v.s. gibi sebeplerle spermanın kadın tenasül yollarında duramaması; b) Spermatozoi'lerin ilerlemesine müsait bir müddetle spermaların tenasül yollarında kalamaması; c) Vagina biyo-kimyasının spermatozoi'lerin hareket veya hayatını tehdit veya mutazarrır etmesi.

Bazı hallerde de erkek bakımından sun'î ilkah yoluna gidilmek gerekmektedir; bu halleri iki kısımda mütalea edebiliriz:

a) Anatomik veya fonksiyonel sebeplerle cinsi münasebete muk-

1) Domenici, Folco : La medicina legale per il medico pratico. Milano, 1950, sh. 875.

2) Righi, Fulvio : Aspetti della fecondazione artificiale (La giustizia penale, 1959, fasc. III, Parte Prima, col. 111).

tedir olamama: penis'in kâfi derecede katılaşmaması, vagina'ya girmesine mani teşekkülât bozuklukları bulunması, erken inzal olması, ileri derecede fimosi hali gibi...; b) İlkah kabiliyetsizliği : erkeğin cinsî mukarenete muktedir olmasına rağmen spermanın kadın yumurtasını ilkah edecek durumda olmamasıdır. Bu haller azoospermia (kısır sperma), oligospermia (fakir sperma) ve necrospermia (ölü sperma) halleridir<sup>3</sup>.

Bu gibi haller bulunduğu takdirde, istimna tarikile (diğer usûller tavsiyeye şayan görülmemektedir) alınan erkek sperması bir Petri kapsülüne koyulmakta, bir kaç dakika 37 derecede muhafaza edildikten sonra beş santimetre küplük bir şıngaya takılan 8-10 santimetre uzunluğunda ve oldukça ince bir madeni boru ile emilmek suretile kadın servikal boşluğuna damlatılmaktadır. Kadın bir veya iki saat kadar arka üstü vaziyette ve kalçasının altında bir yastıkla yatmak suretile netice alınmağa çalışılmaktadır. Bu usûl müteaddid defalar tecrübe edilmek gerekmektedir; sayısı hususunda müellifler müttelik değillerdir<sup>4</sup>.

İngiltere'de sun'î ilkah meselesini etüd eden bir mütehassıslar heyeti iki nevi sun'î ilkah tefrik etmişti: asıl kocanın spermaları ile sun'î ilkah (inseminazione artificiale omologa), ve kocadan gayrı bir erkeğin spermaları ile sun'î ilkah (inseminazione artificiale eterologa)<sup>5</sup>. Asıl kocanın sperması ile sun'î ilkah meselesinin üzerinde dahi durulmağa değmez; bütün meseleler kocadan gayrı kimselerinde meydana çıkmaktadır.

## II — SUN'İ İLKAHIN ZİNA SUÇUNU TEŞKİL EDİP ETMEDİĞİ.

Kocanın rızası olmaksızın kendisine kocasından gayrı bir kimsenin spermasını aşılatacak kadının bu fiilinin zina sayılıp sayılmıyacağı hususunda gerek doktrin ve gerekse tatbikatta birbirine zıt neticelere varıldığı görülmektedir. İtalyada ilk defa Ceza Mahkemesine akseden bir sun'î ilkah hâdisesini Padova Sulh Ceza Mahkemesi (Pretura di Padova) 7 Kasım 1958 tarihli hükmü ile zina olarak kabul etmemiş ve beraat kararı vermiştir<sup>6</sup>. Fakat istinaf yolu ile hükmün tetkiki sonunda Padova Asliye Ceza Mahkemesi (Tribunale di Padova) sanığın fiilinin zina suçunu teşkil ettiğini kabul etmiş ve faili 16 şubat 1959 tarihli karar ile mahkûm etmiştir<sup>7</sup>.

3) Bu kelimelerin manaları için, bk. Pellegrini, Rinaldo: Sessuologia, III. edizione, Padova, 1956, adlı kitabın sonundaki "Dizionario esplicativo" kısmı.

4) Tafsilat için, bk. Domenici: s.g.e. sh. 878-879.

5) Padova Asliye Ceza Mahkemesi kararından (Giustizia penale, 1959, fasc. VI, parte II, col. 747).

6) Karar için, bk. (Giustizia penale, 1959, fasc. I, parte II, col. 101).

7) Hâdiseyi kısaca anlatalım: Faedda Antonio isminde bir şahıs 1956

Görüldüğü gibi, aynı dâvada bir mahkeme fiilin suç teşkil ettiğini, diğeri ise suç teşkil eylemediğini beyan etmişlerdir. Sun'i ilkah ameliyesinin oldukça yaygın bir şekilde tatbik edildiği Şimali Amerika'da ve Şimal Avrupa memleketlerinde de mahkemelerin bu hususta müttefik olmadıkları söylenmektedir<sup>8</sup>.

İtalyan doktrinde de meselenin hâlâ münakaşalı olduğu görülmektedir. Daha yukarda işaret edilen hâdise zuhur etmeden evvel, Camillo Valentini böyle bir fiilin zina suçunu teşkil edemeyeceğini beyan etmiş, bu hususta kanuna ilâve yapılması temennisini izhar eylemişti<sup>9</sup>. Buna mukabil, gene sözü geçen hâdiseden evvel, Chiarotti, fiilin ayrıca tasrihine lüzum kalmadan zina suçunun tarifi şümûlüne gireceğini ileri sürmüştü<sup>10</sup>. Bundan sonraki ve hattâ bizim elimize yazıları geçmeyen daha evvelki müellifleri bu iki kategoriden birine sokmak mümkündür; meselâ, Limoncelli<sup>11</sup>, Battaglini<sup>12</sup>, Ventura<sup>13</sup>, Giarmoleo<sup>14</sup>, sun'i ilkah'ın zina suçunu teşkil ettiğini kabul eylemekte, buna mukabil, Orlando<sup>15</sup>, Manzini<sup>16</sup>, Pisapia<sup>17</sup> sun'i ilkah'ın zina suçuna mahal veremeyeceğini ileri sürmektedirler.

mart ayından beri ayrı bulunduğu karısının 26 mayıs 1957 tarihinde bir kız çocuğu doğurduğunu, binaenaleyh zina suçundan mahkûm edilmesini istemiştir. Kadın, kocasının iddia ettiği gibi 1956 mart ayındanberi cinsî münasebette bulunmadıklarının doğruluğunu tasdik etmiş, Milano'da ismini vermek istemediği bir jinokolog'un kendisine 12 ve 15 ağustos tarihlerinde iki defa sun'i ilkah tatbik ettiğini, bunun üzerine hamile kaldığını itiraf etmiş, kadının erkek kardeşi de bu ifadeyi teyiden, kardeşini Milano'ya götürdüğünü ve bu tasavvurundan onun kendisine bahsettiğini söylemiştir.

8) Padova Asliye Ceza Mahkemesi kararından (s.g. mecmua, col. 747).

9) Valentini, Camillo : Fecondazione artificiale e adulterio (Giustizia penale, 1950, fasc. VI, parte II, col. 567-572).

10) Chiarotti: Riflessioni giuridiche sulla fecondazione artificiale della donna (Archivio penale, 1945, sh. 258 ve devamı).

11) Limoncelli, Mattia: Fecondazione artificiale (Rivista penale, 1959, I, sh. 40 ve devamı)

12) Battaglini: Fecondazione artificiale e adulterio (Gius. Pen. 1959, fasc. III, Parte I, col. 107).

13) Ventura, Sebastiano: Sullâ fecondazione artificiale come causa di adulterio (Diritto criminale e criminologia, 1958, fasc. IV, sh. 289).

14) Giarmoleo, Antonino: In tema di adulterio (Gius. Pen. 1959, fasc. V, Parte II, col. 614).

15) Orlando, V. E.: La fecondazione artificiale della donna (Temi, 1949, 396. - Pisapia'dan naklen).

16) Manzini: Trattato di diritto penale italiano, Torino, 1951, cilt 7, sh. 681. not 2).

17) Pisapia, Domenico: Delitti contro la famiglia, Torino, 1953, sh. 520/ not 3.

Evvelâ sun'î ilkah'ın zina suçu teşkil etmiyeceği hususundaki delilleri gözden geçirelim:

1 — Zina suçu çok failli (plurisoggettivo) bir suçtur, halbuki sun'î ilkah halinde fail sadece kadındır, tekdir<sup>18</sup>. Erkek meydanda olmadıkça şehvî arzu, cismanî temas vuku bulmamaktadır. Kanunun "Kannın evli olduğunu bilerek bu fiilde ortak olan kimse" yi yani erkeği de bahis konusu etmesi, fiilin muhakkak bir erkeğin mevcudiyetini gerektirmesindedir; aksi takdirde, yani iştirak eden kimsenin cezalandırılabilmesi için, hiç de bir kayıt konulmasına lüzum yoktur, bu hususta umumî iştirak kaideleri ile erkeğin tecziyesi zaten mümkündür. Kanun muhakkak bir erkeğin mevcudiyetini aramaktadır; nitekim, kadınla kadının münasebeti (Lesbizm = sevicilik) zina olarak kabul edilememektedir.

2 — Sun'î ilkah yaptıran kadın çocuk sahibi olmak istemekte, zina eden kadın ise şehvî arzularını tatmin etmekten kendisini menedememektedir; zina eden kadının çocuk sahibi olmak istemesi pek istisnaîdir, hatta ekseriya bu husus önlenmek istenmektedir. Kısacası zina halinde kadın şehvî hislerle hareket etmektedir, sun'î ilkahta böyle bir kast olmadığından fiil zina olmamaktadır<sup>19</sup>.

Görüldüğü gibi sun'î ilkah halinde aşağı yukarı aile içine yabancıdan alınma bir çocuğu dahil etmek gibi bir hususî kastın umumî, alelâde kasda ilâve edilmesi gerekmektedir<sup>20</sup>. Müelliflerden Pisapia bu fikri şu şekilde ifade etmektedir: "... suçun (yani zinanın) maddî unsuru ilkah veya ilkah imkânı olmayıp diğer eş karşısında bir eşin seksüel inhisar hakkının ihlâl edilmesidir."<sup>21</sup>.

3 — Zina suçunun maddî unsuru hususunda kanunda hiç bir sarahat yoktur; fakat bunun cinsî münasebet olduğu şüpheden varestedir. Sun'î ilkah da cinsî münasebet değildir; suçların kanunîliği prensibi icabı bir fiil benzetme yolu ile suç sayılamıyacağına göre sun'î ilkahı zina kabul ederek cezalandıramayız. Kanun bir boşluk arzetmektedir, bunu, zina suçunu tarif eden maddeye ilâve yapmak suretile tamamlamak yahut ta bu hususta kanuna müstakil bir hüküm ilâvesi lâzımdır<sup>22, 23</sup>.

18) Padova Sulh Ceza Mahkemesi kararından (Gius. Pen. 1959, sy. I. Parte II, col. 101) ve (aynı dergi, sy. VI, Parte II, col. 746).

19) Manzini: s.g.e. cilt 7, sh. 681/not 2.

20) Valentini, Camillo: Ancora in tema di adulterio per inseminazione artificiale (Gius. Pen. 1959, sy. VI, Parte II, col. 747).

21) Pisapia: s.g.e. sh. 520/not 3.

22) Valentini, Camillo: Fecondazione artificiale e adulterio (Gius. Pen. 1950, fasc. VI, Parte II, col. 568).

23) Valentini: s.g. makale, col. 572.

Buna mukabil, sun'î ilkah fiilinin zina suçunu teşkil ettiğini söyleyen müellifler aksini iddia edenlerin delillerini şu şekilde çürütmeğe çalışmaktadırlar:

1 — Zina suçunun çok faili olduğunu söylemek doğru değildir<sup>24</sup>. Çünkü, zina suçunun cezalandırılabilmesi için, hukuken, diğer şerikin de cezalandırılmasına lüzum yoktur. Meselâ, eğer kadın bir kimse ile cinsî münasebette bulunursa ve bu kimse de kadının evli olduğunu bilmezse, kadının fiili suç teşkil etmekten çıkmaz.

Halbuki bir suçu çok faillidir diyebilmek için, o suçu işleyen kimselerin birden ziyade ve hepsinin de tecziye edilebilir olmaları lâzımdır.

Bundan başka, bir an için zinayı iki taraflı suç olarak kabul etsek bile, sun'î ilkah halinde sperma'nın sahibi olan erkeği taraflardan biri olarak kabul etmemek için sebep yoktur; bu şekilde, o erkek kanunun aradığı "... bu fiilde ortak olan kimse..." olur. Zinanın tecziye için, ortak erkek muhakkak tecziye edilmek lâzımgelmediğine göre, sun'î ilkah hallerinde de sperma sahibi erkek şartları varsa cezalandırılacak, bulunmadığı takdirde sadece kadın zinadan mahkûm edilecektir<sup>25</sup>.

2 — Zinanın tecziyesinin sebebi, eşlerden birinin şehvî hislerinin tatminini sadece eşine hasretmek vazifesinin, mecburiyetinin ihlâl edilmesi değildir; zinanın cezalandırılması sebebi, gerek cinsî münasebette bulunmak ve gerekse çocuk sahibi olmak hususunda sadakat vazifesini ihlâl etmiş olmaktır.

3 — Zinanın an'anevi anlamı, bir kadınla bir erkeğin cinsî münasebette bulunması fiili şeklinde olabilir; çünkü, o zamanlar tıp şimdiki kadar ileri bulunmamaktadır. Fakat zamanımızda ailevi sadakat'ın bu tarzda ihlâl edilmesi mümkün bulunduğundan, artık eskiler zinayı böyle tarif etmiyorlardı, denememelidir; müterakki tefsir yolu ile, bu fiilin zina tarifi içinde kabul edilmesi mümkün ve lâzımdır<sup>26</sup>; çünkü, ceza kanunu zinayı İspanyol kanununun yaptığı gibi, "cinsî münasebettir" şeklinde tarif etmemiştir.

### III — KANAATİMİZ.

Sun'î ilkah'ın zina suçunu teşkil edip etmediği hususunda bir ne-

24) Pisapia: s.g.e. sh. 511; Petrocelli: Principi di diritto penale, Napoli, 1950, sh. 233 (Pisapia'dan naklen).

25) Padova savcısının mütaleasından (Gius. Pen. 1959, sy. VI, Parte II, col. 742).

26) Battaglini: Fecondazione artificiale e adulterio, (Aynı mecmua, III. Parte I, col. 110).

ticeye varabilmek için, zinanın maddî unsurunun ne olduğunu tespit eylememiz icap etmektedir.

Bu hususta iki görüş olduğu anlaşılmaktadır. Müelliflerden bazıları zinanın maddî unsurunun cinsî münasebet olduğunu, bir kısmı ise cinsî münasebetten başka, ona pek yakın olan ırza tasaddiyi mütazamın hareketlerin de maddî unsuru teşkil edebileceğini kabul etmektedirler.

Zinanın maddî unsurunun cinsî münasebet olduğunu kabul eden müellifler de aralarında iki kategoriye ayrılabilirler: Bunlardan bir kısmı ancak normal cinsî münasebetin unsur olabileceğini, bir kısmı ise anormal, zahri cinsî münasebetin de unsur teşkil edebileceğini kabul etmektedirler.

Ancak normal cinsî münasebetin unsur teşkil edebileceği fikrinde olanları da gene iki kategoride toplamak mümkün olmaktadır. Oldukça eski bir telâkkiye göre, "immissio seminis" yani erkek spermasının kadında yerleşmesi aranmakta, normal münasebette bulunulsa bile koruyucu tedbirler alındığı yani prezervatif kullanıldığı takdirde failer cezalandırılmamak gerekmektedir<sup>27</sup>. Çünkü bu durumlarda zinanın cezalandırılması sebebi olan nesep kanışması (turbatio sanguinis) tehlikesinden bahsedilememekteydi. Fakat müelliflerin çoğu normal cinsî münasebeti, cezalandırmak için, kâfi görmekte, muhakkak spermanın kadında bulunmasını aramamaktadırlar. Bu sonuncular ancak anormal, zahri münasebeti zinanın unsuru olarak kabul edememektedirler. Bu fikrin en tanınmış müdafii meşhur İtalyan cezacı Carrara, arkadan cinsî münasebet halinde zinadan bahsedilememesinin sebebini bu durumda kocanın ihlâl edilmiş bir hakkı olmamakla izah etmektedir; ona göre, koca arkadan münasebette bulunmak hakkını haiz olmadığından, kadının böyle bir hareketi başkasile ika etmesi halinde kocanın bir hakkının ihlâl edildiğinden bahsedilemez<sup>28</sup>. Anormal cinsî münasebeti zinanın unsuru olarak kabul etmeyen bir diğer müellif de, bu fikrini, sözü geçen durumda "seminatio intra vas" yani erkek spermasının kadında çocuk yapacak durumda kalmaması ile izah etmektedir<sup>29</sup>. Bu müelliflere göre, arkadan münasebet halinde, koca ancak hakaret dâvası açabilmelidir. Türk doktrininde Dönmezer de zinanın maddî unsuru olan cinsî münasebeti bu şekilde anlamakta ve "... zinada mevzubahis cinsî münasebet

27) Antolisei: Manuale di diritto penale (Parte speciale), cilt I, Milano, 1954, sh. 322.

28) Carrara: Programma, cilt III. § - 1884.

29) Lucchini: Adulterio (Digesto italiano, cilt II, sh. 231 - Pisapia'dan naklen, s.g.e. sh. 520).

tamamile normal olan cinsî münasebetlerdir. Yoksa zahri olan münasebetler, ne kadar müstehçen olurlarsa olsunlar cinsî münasebete varmak maksadile girişilmiş olan münasebetler, zina suçunu teşkil etmezler”<sup>30</sup> demektedir. İtalyan doktrininde<sup>31</sup> Vannini, Maino, Puglia; Almanyada ekseri müellifler<sup>32</sup> bu fikirde görünmektedirler.

Bir çok müelliflerin cinsî münasebet normal de olsa, anormal de olsa, onu zina suçunun unsuru olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır. İtalyada bu fikrin en kuvvetli mümessili olan Manzini, bazılarının, kocanın tenasüli hakkından veya kadının yabancı bir erkekten çocuk yapma ihtimalinden bahsedilemeyeceğine göre, anormal cinsî münasebeti zinanın unsuru olarak kabul etmediklerini ve fakat bunun yanlış olduğunu, çünkü bu şekilde düşünüldüğü takdirde prezervatif kullanılması veya kadının kısır olması halinde fiili cezalandıramamak gerektiğini söylemektedir<sup>33</sup>. Almanyada da ekalliyette kalan bir kısım müelliflerin bu fikirde oldukları görülmektedir<sup>34</sup>. Doktrinimizde Naci Şensoy’un bu fikirde olduğunu zannetmekteyiz; muhterem profesöre göre, “... kendilerine cinsî mugayir olmayanlar ile cinsî münasebet...” zina fiilini vücuda getiremez<sup>35</sup>. Biz bu ibarenin mefhumu muhalifinden, müellifin, cinsî mugayir olanlarla cinsî münasebeti, anormal cinsî münasebeti suç unsuru olarak kabul etmiş bulunduğu mânâsını çıkarıyoruz. İslâm Hukukunda da ön veya arkadan münasebetin zinanın mevcudiyeti bakımından farketmediği anlaşılmaktadır<sup>36</sup>.

Şimdiye kadar zinanın maddî unsurunun cinsî münasebet olduğunu kabul eden görüşler üzerinde durduk. Bu görüşlerin birleştiği nokta ırza tasaddiyi mutazammın hareketlerin zinanın unsuru sayılmamasıdır. Hatta İslâm Hukukunda bile bu telâkkinin hâkim olduğu görülmektedir. Ömer Nasuhi Bilmen, eserinde, “Müşahaka = tenasül uzuvlarının biri birine temas ettirilmesi, aralarında nikâh veya mülki rakabe ile cariyelik

30) Dönmezer: Umumî adap ve aile nizamı aleyhinde cürümler. İstanbul, 1950, sh. 265.

31) Vannini: Manuale di diritto penale italiano. Parte speciale Milano, 1951, sh. 250. Maino: Commento, III, § - 1534; Puglia: Dei delitti di libidine, 1897, sh. 203.

32) Schönke: Strafgesetzbuch. München und Berlin. 1949. sh. 384; Wachenfeld: Lehrbuch, sh. 454; Liszt-Schmidt: Strafrecht, 572, vs. (Pisapia'dan naklen: sh. 520/not 1).

33) Manzini: s.g.e. ve cilt, sh. 680.

34) Meselâ: Wachen, Olshausen, v.s. Pisapia'dan: sh. 517/not.

35) Şensoy, Naci: Zina cürmü (Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1942, cilt VIII, sh. 31).

36) Bilmen, Ö. N.: Hukuku İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, cilt 3, İstanbul, 1950, sh. 210.

bulunmayan kimseler hakkında haramdır. Maahaza bu zina değildir. Çünkü bunda ilâc = idhal yokdur, bunu irtikâp eden kadınlar veya erkekler hakimin içtihadına göre te'dip edilirler" demektedir<sup>37</sup>.

İtalyada da, memleketimizde de, kanaat bu merkezdedir<sup>38</sup>. Fakat, son zamanlarda İtalyan Temyiz Mahkemesi ırza tasaddiyi mutazammın hareketleri de zinanın maddî unsuru olarak kabul etmiştir<sup>39</sup>. Müelliflerden Maggiore, suçun maddî unsurunu sadece cinsî münasebete hem de normal cinsî münasebete yani erkek tenasül uzvunun kadın tenasül uzvuna girmesine hasredenlere şiddetle çatmakta, böyle bir tefsir halinde, meselâ kansını âşığının tenasül uzvunu ağzına almış durumda (fellatio) yakalayan kocanın tahammül göstererek "kolay gelsin" demekten başka bir çaresi olmadığını söylemektedir. Ona göre, cinsî münasebetten gayri hareketler yani ırza tasaddiyi mutazammın hareketler de, bila şüphe ve pek müstehçen olmak şartile, zina teşkil edebilmelidirler<sup>40</sup>. Antolisei de sadece cinsî münasebetin değil, fakat alelâde ırza tasaddiyi mutazammın hareketlerin ve evleviyetle gayri tabii cinsî mukarenetin zinanın maddî unsurunu teşkil edebileceği fikrindedir<sup>41</sup>. İtalyan Temyiz Mahkemesinin bir çok kararlarında da artık bu son fikirler kabul edilmiş bulunmaktadır. Bunlardan bazılarını dercediyoruz: "Kadının kendi vücudunu suç ortağının şehvî isteklerine terketmesi kâfidir. İki sanığın yakalandıkları bir otelin karanlık odasında yarım saat kadar kaldıkları ve ister çiftleşme ister tasaddi şeklinde olsun bedenî temas (contatti carnali) ları tespit edildikten sonra, fiil suç teşkil eder." (10 aralık 1936); "Zina suçu bakımından tasaddi ve cinsî mukarenet hareketleri arasında tefrik yapmak tamamen fuzulîdir..." (4 ocak 1937)<sup>42</sup>; "Zina suçunu teşkil bakımından karnın kendi vücudunu, velev basit tasaddi hareketleri için olsa bile, kocasından gayri bir kimseye arzetmesi kâfidir"<sup>43</sup>.

Görüldüğü gibi, ortazamanlardaki bazı müelliflerin aksine olarak, artık hiç kimse, öpmek, okşamak, hafifçe temas etmek gibi hareketleri zina suçunun unsuru olarak kabul etmiş değildir. Hatta müelliflerin bunları sarahaten istisna ettikleri görülmektedir.

Görüldüğü gibi, zinanın tecziye sebebi yabancı bir erkekten çocuk

37) Bilmen: s.g.e. sh. 210.

38) Şensoy ve Dönmezer'in zikredilen eserlerine bk.

39) Mahkeme kararları için Pisapia, sh. 518/not 2.

40) Maggiore: Diritto penale. Volume II, Tomo secondo. Bologna, 1948, sh. 647/not 2.

41) Antolisei: s.g.e. sh. 322.

42) Pisapia'dan naklen: s.g.e. sh. 518/not 2.

43) İtalyan T. M. nin II Daire, 10 ocak 1958 (Gius. Pen. 1958, V. P. II. Col. 443).

sahibi olmak değildir, çünkü bu takdirde ırza tasaddi hareketlerinin cezalandırılmaması gerekirdi; bunun gibi prezervatifle münasebet veya kısır kadının fiili de suç teşkil etmemek icap ederdi. Zinanın cezalandırılması sebebi, kanaatimizce, karnın şehvî hislerini erkeğine hasretmesi mecburiyetinin ihlâl edilmiş olmasıdır yahut hiç olmazsa şimdiye kadar bu böyle anlaşılmıştır. Sun'î ilkah halinde bu nevi bir şehvî haz bahis konusu değildir; bu bakımdan mahkemeler fiili suç saymıyacaklar ve beraat yoluna gideceklerdir. Nitekim yabancı memleketlerdeki tatbikatın daima sun'î ilkahı suç sayıp cezalandırmak yolunda olmaması bunu ispat etmektedir. Sun'î ilkah muamelesinin cezalandırılmaması zinanın en kuvvetli delili olan koca ile temas etmeden hamile kalma hâdisesini de kapatmak için bir sebep teşkil edecek, zina eden kadın bu durumda kendisine ismini vermek istemediği bir kimse tarafından sun'î ilkah muamelesinin tatbik edildiğini söylemekle suçsuzluğunu ispat ediverecektir. Kanaatimizce, kanuna sun'î ilkah'ın kocanın rızası haricinde yapılmasını cezalandıran bir hüküm ilâvesile meselenin halledilmesi en doğru yol olsa gerektir.

Öztekin TOSUN