

ZİNA CÜR MÜ

Asistan Naci Şensoy

I. Eski zamanların zina telâkkisi. — II. Türk Ceza Kanununda zina: A) Zinanın tarifi; B) Karı koca zinasında müsterek unsurlar ve karının zinası: a) Nikâhın mevcudiyeti, b) Cimanin maddeten vukuu, c) Kast; C) Kocanın zinası: a) Karı koca zinasının tecriminde yapılan müsavatsızlık ve bu baptaki mülâhazalar, b) birlikte ikamet edilen evde veya herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek üzere nikâhsız kadın tutmak. — III. Zina, suç olmalı mıdır, olmamalı mıdır? — IV. Zina cezaları: A) Kanunumuzdaki hükümler; B) Cezayı hafifletici sebep (ayrılık kararı, terk). — V. Zinada cezai takibat — VI. Zinanın sübutu. — VII. Zinada dâvadan feragat.

1 — Çok eski zamanlarda olduğu gibi bugün dahi aile, cemiyet hayatının bir hücresi, bir rüknü olmak vasfını muhafaza etmektedir. Cemiyet hayatının selâmeti aile müessesesinin beka ve selâmetiyle çok yakından ilgilidir. Bu itibarla hukuk, ta eski zamanlardan beri aile birliklerinde bulunması meşrut istimrar, disiplin, maddî ve manevî bağlılık bakımından bu müessese ile esaslı bir şekilde alâkadar olmuş ve aile müessesesinin himaye ve bekası zımında birçok tedbirler vaz ve ittihaz etmiştir. Meselâ, bir taraftan Medenî Hukuk aile teessüsüne taallûku itibariyle evlenme müessesesini tanzim eylemiş, diğer taraftan Ceza Hukuku bu evlenmenin taraflara tahmil ettiği sadakat vecibesinin ihlâlinden mütevellit muhtelif suçların takip ve tecziyesini bazı esaslara bağlamıştır. Biz «nizamı aile» ye mütaallik ve evlilikteki sadakat vecibesinin ihlâlinden münbais muhtelif suçlardan zinayı zikir ve izah edeceğiz.

I. ESKİ ZAMANLARIN ZİNA TELÂKKİSİ

2 — Zinanın evlilik rabitasını ihlâl eden bir vâkıa olduğu yeni bir düşünce mahsulü değildir. Bu telâkki çok eski zamanlardan beri

mevcuttur. Yalnız birçok eski kanunlara göre evlilikteki sadakat ve-cibesini ihlâl eden sadece karının zinasıdır. Bu, eski zamanların karı ile koca arasındaki müsavatsızlık düşüncesine teferru eden bir esastır. Bu esas ve bu telâkki tarzı muasır mevzuat tarafından terk edilmiş bulunmaktadır. Her ne kadar yeni İsviçre Ceza Kanunu istisna edilecek olursa, muasır mevzuatta kocanın zinası ile karının zinası arasında suçun teşekkülü ve bu suça terettübeden cezalar bakımından koca lehine bazı farklar varsa da, zina artık kariya has bir fiil olmaktan çıkmış, kocanın zinası da evlilikteki mütekebil sadakat ve-cibesini ihlâl eder mahiyette telâkki edilmiştir.

Bu mebhaste söylediklerimizin daha iyi anlaşılabilmesi için eski zamanların zina telâkkisi üzerinde biraz durmamız icabetmektedir.

Romada kocanın karısı üzerindeki salâhiyetlerinin hudutsuz bulunduğu cumhuriyet devrinde zina kariya has telâkki edilmekte idi. Bu suça aile mahkemesi (1) bakar, zinadan suçlu kadın hakkındaki hükmü ve bu hükme terettübeden cezayı, kadının yakın akrabalarının rey ve mütalâasını da almak suretiyle koca verirdi. Bu suretle suçu tespit edilen karı bir nevi nefiy cezasıyla tecziye edilirdi.

Bu vaziyet Romada Auguste zamanında neşredilen «Lex Julia» ya kadar devam etti. Lex Julia zina suçu bakımından bazı yenilikler ihtiva ediyordu. Bu kanuna göre zinadan mütevellit ceza dâvası karının, boşanmasını takibeden 60 gün içinde, kocası (2) ve babası tarafından ikame edilebilir, bu müddet geçtikten sonra zinayı itham keyfiyeti bütün vatandaşlara tanınırdı. Bu vaziyetlerde karının suçu tespit edildiği takdirde cezası relagatio in insulam (nefiy) idi; bundan başka suçlu kadının cihazının yarısıyla mamelekinin üçte biri musadere olunurdu. Bu cezaların ve bilhassa musaderenin tatbik olunamayacağı fakir tabakaya mensup karı, cismanî bir ceza ile tecziye edilirdi (3). Bu cezalara, zinadan suçlu kadının evlenmesi memnuiyeti de ilâve olunurdu (4).

Julia kanunu, dar bir telâkkiye sahip olduğu düşüncesiyle, daha sonraları, Constantin zamanında değiştirildi. Hıristiyanlığın tesiri altında zina çok ağır bir cürüm telâkki edilerek, zinadan suçlu karı ölümle tecziye, ve fakat onu itham hakkı da en yakın akraba-

(1) Aile mahkemesini «Tribunal Domestique» karşılığı olarak kullandık.

(2) Karısını meşhut suç halinde yakaladığı halde boşamayan koca bir suç işlemiş olurdu.

(3) *Theodor Mommsen, Droit Pénal Romain, c. 2, s. 426.*

(4) *Theodor Mommsen, sözü geçen eser, c. 2, s. 426.*

larına tahsis olundu (5). Nihayet Justinien, karının şeriki hakkındaki ölüm cezasını ipka etmekle beraber, karının tecziye şeklini değiştirdi: suçlu kadın evvelâ dövülür ve bilâhare bir manastıra kapatılır, fakat koca, manastıra kapatıldığı gün mebde ittihaz edilmek suretiyle, karıyı iki sene içinde manastırdan alabilirdi. Bu, kocanın karıyı affetmesi demektir. Koca bu af hakkını kullandığı takdirde, zinadan suçlu karı rahibe olurdu.

3 — Romanın zinaya mütedair bu esaslarından Fransız Ceza Hukuku geniş miyasta mülhem olmuş ve mebadide Fransız Hukuku dahi zinayı kariya has bir suç telâkki etmiştir. Ancak 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunudur ki bazı kayıt ve şartlar altında kariya, koca aleyhine zinadan mütevellit bir takip hakkı tanımıştır. İlâve etmek gerektir ki bu kanun dahi gerek suçun teşekkülü ve gerekse tecziyesi bakımından koca lehinde daha müsamahakâr davranmıştır.

4 — Zina İslâm Hukuku bakımından tetkik edilirse — çok şayanı dikkattir ki — bu hukukta evlilik rabitasını ihlâl edenin sadece karının zinası olmadığı görülür; erkeğin zinası da tecziyeyi mucip bir suçtur. Yalnız İslâm Hukukundaki zina telâkkisi eski Garp ve muasır mevzuat telâkkisinden farklıdır. Bu hukuka göre zina çok daha geniş bir mânada alınmak lâzımdır: Allahın Hukukuna mütaallik suçlardan olan (6) zina sıhhi, ahlâkî, hukukî, içtimaî (7) bakımlardan çok muzır ve muharrip, binnetice çok büyük bir günahdır (8). Bu itibarla evli olsun olmasın zina eden herkes tecziye edilir (9). Fakat bu fiil evli bir erkek veya kadın tarafın-

(5) *Garçon*, Code Pénal Annoté, s. 898.

(6) *Tahir Taner*, Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 167.

(7) Cinsi münasebetin meşru yolu zina değil, nikâhtır; nikâhta kesret içtimaî bünyenin sıhhati, zina ve onun şüyu bu bünyenin çürümesidir. Bak: *Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır*, Hak Dini Kur'an Dili, yeni mealli Türkçe tefsir, c. iv. s. 3470.

(8) Zina kebirlerden daima katli takibeder, yani zinada adam öldürmek derecesinde bir şenaat mevcuttur. Hazreti Peygamber bir hadisinde zinada üçü ahrete (suhut, hesabın kötülüğü, narda hulût), üçü dünyaya (ömür kısalmak, fakru zarurete duçar olmak, bahayı gidermek) taallük etmek üzere altı haslet olduğunu söylemiştir. «Binaenaleyh insanlara re'fet ve merhamet» zinaya teşvikte değil ondan men ve zecir ile kurtarmaktadır; bu noktalar için bak: *Ebül'ulâ Mardin*, Medenî Hukuk Takrirleri; *Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır*, sözü geçen eser ve cilt, s. 3471.

(9) Buna haddi zina denir. Zina haddini icra farzdır. Bak: *Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır*, sözü geçen eser ve cilt, s. 3478.

dan irtikâbolunursa, bu halde verilen ceza daha ağırdır. Şu halde İslâm Hukukunda zinaya terettübeden ceza, zina edenin sıfatına göre değişmektedir: zina eden evli değilse kendisine 100 celde (10) vurulmak suretiyle dayak cezası verilir, evli ise muhsan (11) olmanın şartlarından birini teşkil eden bu keyfiyet cezanın şiddetlendirilmesini istilzam eder ve kendisi recmolunur; recmolunacak kim-
senin kadın olması, göğsüne kadar toprağa gömülmesini ve cezasının o şekilde verilmesini icabettirir.

İslâm Hukukunda zina edenler için evlenmek haramdır (12). Mü'minler için zinadan tevakki gibi, zâni ve zâniye (13) nikâhından içtinap da farzdır.

Bir de İslâm Hukukunda remiy veya kazif tâbir olunan zina isnadetmek suçu vardır. Bu, namuslu olanlara, beyyinesiz isnatta bulunmak demektir. Namuslu bir kimseyi zina ile itham etmek, onun canını almaktan ağır telâkki edilmiştir. Bu isnadı ispat ede-

(10) İslâmda deriye, cilde vurmağa celd, her vuruşa celde denir; celdde elem, lâhme tecavüz ettirilmemek, kelimenin de ifade ettiği veçhile cilt duyacak kadar olmak lâzımdır. Celdden maksat bir işkence veya itlâf olmadığı gibi bir eğlence de değil, zecir ve tediptir. Binaenaleyh celd eti çürütmiyecek ve tehlikeye sebep olmayacak şekilde «hafife yakın mutedil» olacaktır. Fıkıhta celdin ne ile ve nasıl yapılacağı keyfiyeti şu şekilde tafsil olunmuştur:

1. Değnek ne iri ne de çöp gibi ince olmayacak, parmak kalınlığında düz ve budaksız olacaktır.
2. Vuran kimse değneği omuzu hizasını geçirmeyecek kadar kaldıracak ve öyle vuracaktır (yani değnek omuzdan arkaya aşmayacaktır).
3. Çıplak bedene vurulmayacak ve fakat vurma kaba elbise üzerinden de olmayacaktır.
4. Yüz, karın... gibi nazik ve tehlikeli âzaya vurulmayacaktır.
5. Vurma muhtelif âzalara lâyıki veçhile tefrik edilecektir.

Kur'an bu cezanın tatbikatında suiistimali önlemek için aleniyeti âmir-dir. Aleniyet müminlerden bir taifenin huzuru ile müemmendir. Bu noktalar üzerinde daha etraflı ve geniş malûmat için bak: *Elmalılı Muhammed Hamdi Yazır*, sözü geçen eser ve cilt, s. 3472, 3473.

(11) Muhsan olmanın diğer şartları şunlardır: âkil olmak, baliğ olmak, İslâm olmak, hür olmak.

(12) Bu husustaki fikir ihtilâfları için bak: *Muhammed Hamdi Yazır*, sözü geçen eser, c. IV. s. 3474 ve müt.

(13) İslâmda zâni zina eden erkek, zâniye zina eden kadındır. Bir de mezniye vardır ki bu, cebir ve ikrahla zina edilen kadını ifade eder. Meznîyeye haddi zina tatbik olunmaz. Bak: *M. Hamdi Yazır*, sözü geçen eser ve cilt, s. 3468.

miyenlere seksen celd vurulduğu gibi, bunlar ilelebet şahitlik hakkını da kaybederler (14).

5 — İslâm Hukukunun diğer cezaî hükümleri gibi zinaya mütedair bu ahkâmı da Osmanlı Devletinin teessüs ve teşekkülü anlarından itibaren benimsenmiş ve lâyük esaslar üzerine müesses 1274 tarihli kanunumuzun kabulüne kadar bu hükümlerle amel olunmuştur; her ne kadar Kanunî Süleyman devrinde tanzim olunan Ceza Kanununun birinci babının birinci faslı ile muhtelif şahısların sıfatları göz önünde bulundurularak muhtelif para cezaları vazeylenmesi İslâm Hukukunun zinaya mütedair ahkâmının terkedildiği zannını verebilecek mahiyette ise de, biz bu kanunla Kur'anda mezkûr o ahkâmın terkedilmiş olduğunu zannedemiyoruz. Bu olsa olsa, ulûl emrin şer'an tâzir hakkını kullanmış olmasının bir şekli ve zina hadleri yanında ve onlardan ayrı para cezalarıdır (15).

6 — Tanzimattan sonra tedvin edilmiş olan 1256 ve 1267 tarihli Ceza Kanunlarımız zinaya taallük eden hiç bir hüküm ihtiva etmemektedirler. Hattâ 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunundan alınmış olan 1274 tarihli Ceza Kanunumuz da mehazinin zinaya taallük eden ahkâmını, ilk tedvini sıralarında almamış, bu kanunun ikinci babının «hetk-i ırz edenlerin mücazâtı» başlıklı üçüncü faslındaki 202 nci maddesine bilâhare yapılan bir zeyil ile zina, yukarıda izah ettiğimiz telâkkilerden farklı bir şekilde evlilik rabitasını ihlâl eden bir suç olarak tespit ve tâyin olunmuştur.

1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu gibi ondan ilham almak suretiyle yapılan bu zeyil de (16) zinayı kariya has bir suç olarak kabul etmemiş olmak ve kocanın zinasını da bir suç telâkki etmekle

(14) «... Kazif cürmünü fırlatan dilin ilelebet yani ölünceye kadar bu suretle hükmünü iskat etmek, bu da bu haddin tetimmesidir. Celdin elemi cismanî, bunun elemi ise ruhanîdir. Zinada cismanî cihet kazifte ruhanî cihet galip olduğundan, kazfin celdi haddi zinadan dun ve lâkin bu mânevî cezadan efzundur, çünkü müebbettir.» *M. Hamdi Yazır*, sözü geçen eser ve cilt, s. 3479.

(15) Bu kanunun zina cürmüne taallük eden birinci faslının birinci babının tam metni için bak: Tarih-i Osmanî Encümeni Mecmuası ilâveleri, Kanunname-i Âl-i Osman, s. 1 ve sonrakiler.

(16) 202 nci maddeye 1277 tarihlerinde yapılan bu zeyil dahi 1329 senelerinde tadil edilmiştir. Muaddel zeyil gerek kocanın zinasına terettübeden cezayı ağırlaştırmak ve gerekse zaniyenin şerikini evli olup olmaması bakımından mütalâa ile ona göre ceza tertibetmek suretiyle ileride temas edilecek olan bazı yenilikleri ihtiva etmektedir.

Roma Hukukundan ayrılmış ve fakat gerek suçun teşekkülü ve gerekse tecziyesi bakımından, koca lehinde daha müsamahakâr davranmıştır.

7 — 1274 tarihli Ceza Kanunumuzun zinaya mütaallik hükümleri yeni Ceza Kanunumuzun meriyet mevkiine girmesine kadar tatbik edilmiştir. Türk Ceza Kanunu 1274 tarihli kanundan farklı olarak, her ne kadar karının zinasıyla kocanın zinasının teşekkül tarzı bakımından bazı farklar gözetmişse de, muasır telâkkilere uygun olarak tarafların zinasını tecziyede ileride temas ettiğimiz esaslar dahilinde bir müsavat tesis eylemiştir.

II. TÜRK CEZA KANUNUNDA ZİNA

A) Zinanın tarifi:

8 — Birçok eski ve yeni kanunlar gibi Türk Ceza Kanunu da zinayı tarif etmiş değildir (17). Müellifler de ekseriyet itibariyle zinayı tarif eylememişlerdir.

Fransız cezacılarından Goyet (18), zinayı, «evli bir kimsenin kocasından veya karısından başkasıyla cinsî münasebette bulunması» diye tarif etmektedir. Bu tarif, eşler arasında suçun teşekkülü itibariyle fark gözeten Fransız Ceza Kanunundaki zina fiilinin bütün unsurlarını ihtiva etmekten uzaktır.

Kanunumuz 440 ve 441 inci maddelerinde, karı kocanın zina fiillerini ayrı ayrı mevzuubahsetmektedir. Bu maddelerin muhtevalarını göz önünde bulundurarak biz zinayı şöyle tarif ediyoruz: «Zina, evli bir kadının kocasından başka bir erkekle, evli bir erkeğin de karısıyla birlikte ikamet etmekte olduğu evde, yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için tuttuğu evli olmıyan bir kadınla cinsî münasebette bulunmasıdır.» Tariften de anlaşıldığına göre, Kanunumuz da, yeni İsviçre Ceza Kanunu istisna edilecek olursa, diğer bütün memleketler kanunları gibi, karı ile kocanın zinasını, suçun teşekkülü bakımından farklı

(17) Boşanmanın muayyen sebeplerinden biri olan zina Medenî Kanunumuzda da tarif edilmemiştir. Fakat Medenî Hukuk bakımından, kanunun tatbik tarzına göre, zina «evli bir erkeğin veya kadının cinsen kendisine muğayir bir kimse ile beytutet etmiş olması» diye tarif olunduğu gibi, bir de örfî bakımdan «zina bir kimsenin eşinden başkasıyla cinsî münasebette bulunmuş olmasıdır» diye tarif edilir. Bak: *Ebü'l-ulâ Mardin, Medenî Hukuk Takrirleri*.

(18) *Francisque Goyet, Précis de Droit Pénal Spécial, s. 233.*

esaslara bağlamakta ve kocanın zinasını karıya nispetle mahsus şartlara tâbi tutmaktadır. Böyle olmakla beraber her ikisine taallük eden müşterek unsurlar mevcuttur. Bu müşterek unsurlar aynı zamanda karının zinasında fiilin tekevvünü için aranan unsurlar olduğundan, bunların mütalâasıyla karının zinasını da tekkik etmiş olacağız; bilâhare suçun teşekkülü bakımından kocanın tâbi olduğu mahsus şartların nelerden ibaret bulunduğunu zikredeceğiz.

B) Karı koca zinasında müşterek unsurlar, karının zinası:

a) Nikâhın mevcudiyeti:

9 — Suçluların veya hiç olmazsa birisinin, fiilin işlendiği sırada evli olması lâzımdır. Bu itibarla nikâha takaddüm eden ve boşanmadan sonra vukuagelen gayrimeşru cinsî münasebetler zina mefhumuna ithal edilemez (19). Nikâh, suçun teşekkülü için aranan en mühim unsurdur (20). Nikâhın yokluğu, zina fiilini ortadan kaldırır (21). Binaenaleyh maznun, her zaman, evli olmadığını, nikâhın feshedilmiş bulunduğunu veya evlenmenin batıl olduğunu ileri sü-

(19) 1274 tarihli kanunumuza göre «talâktan dört ay geçmeden vukua gelen gayrimeşru cinsî münasebetler» de zina telâkki edilmiştir. Bu hüküm kanunumuzun mehazi 1810 Fransız Ceza Kanununda yoktur.

(20) Nikâhın tamamen sahih olması icabeder mi? Buna cevap verebilmek için bizce bu mevzuda mühim olan Medenî Kanunun 124 üncü maddesi hükmünü hatırlamak lâzımdır. Bu maddeye göre «evlenmenin butlânı ancak hâkimin kararı ile hüküm ifade eder. Evlenme mutlak bir butlân ile malûl olsa bile hâkimin kararına kadar sahih bir evlenmenin bütün hükümlerini haizdir». Mutlak butlânda «butlân dâvası müddeiumumî tarafından resen, veya alâkadarlardan her biri», nisbî butlânda karı kocadan biri tarafından ikame edilmeden, ceza mahkemesinde zina dâvası ikame edilmişse bu dâva mesmudur. Fakat dâva esnasında evlenmenin bâtil olduğu dermeyan edilirse, yapılacak ilk iş bu butlânın mevcudiyet veya ademi mevcudiyetini tespittir. Bu tespitin ceza mahkemesince mi yoksa hukuk mahkemesince mi yapılması lâzımgeldiğine biraz ileride temas edilmiştir. Burada yalnız şunu söyleyelim ki, zina dâvası esnasında bu mesele bir suretle mevzuubahsolmaz, binnetice zina maznunu muhakeme sonunda mahkûm edilip hüküm de kat'iyet kesbettikten sonra, cezanın infazına başlandığı sırada hukuk mahkemesinde evlenmenin butlânı dâvası açılır ve bu butlân sabit olursa, zinanın bir unsuru tahakkuk etmemiş olduğundan, iadei muhakeme yolu ile, mahkûmun be-raeti cihetine gidilmek ve binnetice cezanın infazından vazgeçilmek lâzımdır.

(21) Temyiz Mahkemesi 4 üncü Ceza Dairesinin 13/2/929 tarihli ve 1312 sayılı kararına göre «zina dâvasında vücudu iddia olunan nikâhın sabit olmaması dâvanın reddini müstelzimdir».

rerek def'i dâvada bulunabilir (22). Acaba böyle bir vaziyette ceza mahkemesince ne yapılacaktır? Ceza mahkemesi bunu halledebilecek, yani maznunun evli olup olmadığını veya nikâhın mefsuh bulunup bulunmadığını tetkik edebilecek midir, yoksa bu baptaki itirazları bir meselei müstehire telâkki ederek işi hukuk mahkemesine havale ile oraca verilecek karara mı intizar edecektir?

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuz, hangi hallerin birer meselei müstehire teşkil edebileceğini tasrih etmemiş, umumî bir hükmü ihtiva eden 255 inci maddesinin birinci fıkrasında, «bir fiilin suç olup olmaması, âdi hukuka mütaallik bir meselenin halline bağlı ise, ceza mahkemesi bu meseleye dahi ceza işlerindeki usul ve deliller için mer'i kaidelere göre karar verir» dedikten sonra aynı madde ikinci fıkrasıyla ceza hâkimine, «muhakemeyi talik ve hukuk dâvası açılması için alâkadarlara bir mehil» verebilmek hususunda salâhiyet bahşeylemiştir. Görülüyor ki bu vaziyete göre ceza mahkemesi bir muhayyerlik karşısındadır: isterse bu meseleyi ceza işlerindeki usul ve deliller için mer'i' kaidelere göre kendisi tetkik edip karar verecek, isterse alâkadarlara bir mehil vermek suretiyle işi hukuk mahkemesine gönderecektir.

Sayın Profesör Tahir Taner'in kanaatine göre ceza mahkemesi bekletici ve esasen kendi vazifesi dahilinde bulunmayan meselelerde «ancak halli basit olanları tetkik ile iktifa etmeli, kanunî mevzuatın mahsus hükümlere çok dikkatli bir surette tâbi kıldığı derinleşmeğe bağlı olan işleri» halle kalkışmamalıdır.

Ceza mahkemesinin tetkik ile karara bağlamaktan tevakki etmesi lâzımgelen meselelerden biri de (23) zina dâvasında ileri sürülen evli bulunmamak veya evliliğin boşanma ile ortadan kalkmış olması meselesidir. Evli bulunmamak veya boşanmış olmak ekseri hallerde nüfus kayıtlarıyla tevsik edilebilirse de, mesele her zaman bu kadar kolay olmaz ve bazan şüpheli haller bulunabilir. İşte böyle vaziyetlerde ceza mahkemesinin yapacağı iş, alâkadarlara bir mehil

(22) İşaret etmek gerektir ki henüz boşanma hükmü istihsal edilmeden zina vukua gelmiş ve zina dâvası ikame edilmişse, boşanma hükmü dâvanın, hüküm verilmişse cezanın sukutunu mucip değildir. Bunu müeyyet Temyiz Mahkemesi 4 üncü Ceza Dairesinin 25/10/933 tarih ve 8536 sayılı kararına bakınız. Mahkeme tarafından verilen ayrılık kararı — ki bu halde nikâh bakidir — zina dâvasının ortadan kalkmasına evleviyetle sebep olamaz.

(23) Bu söylediklerimiz ve bekletici olması lâzımgelen diğer meseleler hakkında daha etraflı izahat için bak: *Tahir Taner*, *Ceza Muhakemeleri Usulü* tavrileri.

vermek suretiyle işi hukuk mahkemesine havale etmek ve oradan verilecek hükme kadar dâvayı talik eylemektir (24).

b) Cimain maddeten vukuu:

10 — Bu, suçun maddî, aynı zamanda lâzım bir unsurudur. Binaenaleyh, sarkıntılık, en lâübali hareketler, öpüşmek; bunun gibi, karı veya kocanın kendilerine yapılan hayâsızca hareketlere müsamaha etmeleri, hattâ kendilerine cinsin mugayir olmıyanlarla cismî münasebetleri (sevicilik, livata) zina fiilini vücuda getiremez. Her ne kadar bazı müellifler bu saydığımız fiil ve hareketlerin zina-yı husulegetirebileceğini ileri sürmekte iseler de, bu düşünceler kabul edilemez. Muhtelif memleketlerin ve ezcümle Temyiz Mahkememizin içtihadı, «zina suçunda cimain maddeten vukuu» nu «suçun tekevvünü için elzem» addetmektedir (25).

11 — Diğer taraftan, cinsî münasebetin bir çocuk veya bir ihtiyarla vukuu, suçun vücudunu ortadan kaldıramıyacağı gibi, bu nevi münasebetlerde, karı, koca veya suç ortaklarında gebe kalmak

(24) Mehaz 1889 İtalya Ceza Kanunu şarihlerinden Majno da bu bahiste şunları söylemektedir: «Usulü Muhakematı Cezaiyeye Kanununun 30 uncu ve 32 nci maddeleri ancak aynı haklara taallük eden mesailde işin hukuk mahkemesine havalesini mecburiyet altına almıştır. Diğer mesailde ceza hâkimi, işi hukuk mahkemesine havale edip etmemekte muhtardır. Böyle olmakla beraber mevzu bahis meselede işin hukuk mahkemesine havalesi daha muvafıktır.»

Fransada bu nokta etrafında fikir ihtilâfları mevcuttur. Bazı müellifler, Fransız Medenî Kanununun 326 ncı maddesinde mevcut «nesep dâvalarını halletmeğe sadece bu mahkemeler salâhiyetlidir» diyen fıkrasına istinaden burada da kanunen hukuk mahkemelerine verilen bir mesele olduğunu ileri sürerler. Garraud bu fikri iltizam etmemekte ve evliliğin mevcudiyet veya sıhatinden mütevellit ihtilâfların ceza mahkemelerince tetkik edilmesi lâzım geleceğini söylemektedir. Garraud'ya göre Fransız Medenî Kanununun mezkûr fıkrası tahsisen evlâtlığa taallük etmektedir; ve bu metne aile nizamını alâkadar eden bütün meselelere şamil bir prensip vasfını vermek yanlıştır. Bundan başka istisnai bir hüküm mevcut olmadığı zaman, umumî kaideye tebaan, bir suçun teşhisine memur hâkimi, bu suçu vücuda getiren bütün anâsırı ve binaenaleyh bu anâsıra taallük eden bütün meseleleri tetkik ile karar altına almak salâhiyetiyle teşhiz etmek lâzımdır: *Garraud, Traité de Droit Pénal, c. v. s. 576 ve sonrakiler.*

(25) Temyiz Mahkemesi 4 üncü Ceza Dairesinin 26/1/940 tarih ve 132 sayılı kararına bakınız.

Fransız Temyiz Mahkemesi İçtihatları için bak: *Garçon*, sözü geçen eser, s. 894 ve mütaakıp.

veya bırakmak hususundaki malûliyet de suçun teşekkülü bakımından haizi ehemmiyet değildir (26).

12 — Zinanın tekevvünü için cimain maddeten vukuu lâzım-geldiğine göre, bundan zinaya teşebbüsün mevzuubahsolamayacağı keyfiyeti çıkarılabilir mi? (27)

1810 tarihli Fransız Ceza Kanununa göre cinayetlere teşebbüs mutlak surette, cünhalara teşebbüs kanunda sarahat bulunan hallerde tecziye olunur. Şimdi, Fransız Ceza Kanunu zinayı cünha olarak telâkki ettiğiinden ve zinaya teşebbüsün cezalandırılacağını tasrih eylemediğinden, mezkûr kanuna göre zinaya teşebbüs tecziye olunamaz (28). Bu esası göz önünde bulundurarak Fransız cezacılarından Garraud, zinaya teşebbüsün mevzuubahsolamayacağını ileri sürmektedir.

13 — Bu düşünce, kanunumuz bakımından mevzuubahsolamaz. 63 üncü maddenin ilgasından sonra Ceza Kanunumuza göre kendilerinde kast bulunan cürümlere teşebbüs, mutlak surette tecziye edilmek lâzımdır. Zina da kendisinde kast bulunan cürümlerden biridir ve bu itibarla cezalandırılmak lâzımdır. Her ne kadar kanunumuz zinaya taallük eden maddelerinde, teşebbüs cezası bakımından, hususî bir hüküm ihtiva etmiyorsa da, bu nevi sarahat bulunmayan hallerde 61 ve 62 nci maddelerdeki umumî hükümlerin icabıyla amel olunmak gerektir.

Kanunumuzun izah ettiğimiz şu esasları, zinaya teşebbüsün mevzuubahsolacağını tazammun etmektedir. Filhakika, kanaatimizce, zina kast ve niyetinin ispatı mümkün olabilen her halde — di

(26) *Garçon*, sözü geçen eser, s. 894.

(27) Medenî Hukuk bakımından bu suale verilecek cevap müspettir. Boşanmanın muayyen sebeplerinden biri olan zinaya teşebbüs hâdisede sebebi tecelli ettiremez. Zinanın madunu kalan fiillere daavi-i vatiî denir. Bu nevi fiiller boşanmanın diğer muayyen sebeplerinden belki bir cürüm veya haysiyetsizliktir; veyahut da boşanmanın gayrimuayyen sebebi imtizaçsızlığın esasıdır. Fakat her halde zina değildir; *Ebül'ulâ Mardin*, Medenî Hukuk Takrirleri.

(28) 1274 tarihli eski Ceza Kanunumuzda da aynı esaslar câri olduğundan zinaya teşebbüs cezalandırılmamakta idi. 1274 tarihli kanunumuzun 3 üncü, muaddel 102 nci maddelerine ve muaddel 46 ncı maddesinin son fıkrasına bakınız.

ğer şartların da bulunması kaydıyle — zinaya teşebbüs mevzuu-bahsolabilir (29).

c) *Kast:*

14 — Müşterek üçüncü unsur kasdın mevcudiyetidir (30). Bu, suçun mânevî unsurudur. Diğer şartlar da bulunmak kaydıyle, fail bilerek ve isteyerek fiili ika etmelidir ki zina meydana gelebilsin; bu itibarla cimaa cebredilen kadın fiili irtikâbetmiş sayılmaz (31). Bunun gibi fiil karının kendisini hataen (32) teslim etmesinden neş'et eylemişse zina yine yoktur. Her ne kadar bu gibi hallerde maddî fiil mevcutsa da, kasdın yokluğu suçu ortadan kaldırmaktadır.

C) *Kocanın zinası:*

16 — 441 inci maddesiyle kocanın zinasından bahseden kanunumuza göre, koca bakımından fiilin tekevvünü için yukarıda izah ettiğimiz üç unsur lâzımsa da kâfi değildir. Bu üç unsurdan başka, kocanın karısıyla birlikte ikamet ettiği evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek için nikâhsız bir kadını tutması şarttır.

Demek oluyor ki evli bir kadın, yukarıdaki unsurların içtimai ile, fiili nerede irtikâbederse etsin, zina etmiş telâkki olunduğu halde, evli bir erkek ancak karısıyla ikamet ettiği evde veya herkesçe malûm olan başka bir yerde nikâhsız kadın tuttuğu takdirde fiili ika etmiş telâkki edilmektedir.

Mehazi 1889 İtalya Ceza Kanunu gibi, kanunumuzun karı koca

(29) Hemen işaret edelim ki zinaya ancak nâkıs teşebbüs mevzuubahsolabilir. Tam teşebbüste icra hareketlerinin bitmiş olması lâzımgeldiğine ve zinada icra hareketlerinin bitmesi duhul ile vaki olacağına göre, zinada tam teşebbüs vaziyeti mevcut olamaz. Nâkıs teşebbüsün nasıl ve hangi halde mevzuubahsolabileceğini düşünmek güçlük arzuetmez.

(30) Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyetinin 15/7/930, 1/12/930 tarih ve 802, 145 sayılı kararlarına bakınız.

(31) Burada karıyı cinsî münasebete cebreden erkek bakımından cehren ırza geçmek cürmü mevcuttur. Bak: Ceza Kanunu, madde 416.

(32) Karısı uykuda iken yatağını terketmiş olan kocasının yerine bir başkasının girerek karı ile cinsî münasebette bulunması halinde karının kendisini hataen teslimi mevzuubahistir. Bu nevi hâdiseler Fransada sık sık vukua gelmiş ve Fransız Temyiz Mahkemesi böyle hallerde karı için zinayı sabit görmiyerek faili ırza geçmekle tecrim etmiştir.

zinası bakımından ihdas etmiş olduğu bu müsavatsızlık biraz üzerinde durmayı icabettirmektedir.

a) *Karı koca zinasında müsavatsızlık:*

17 — Yukarıda zinanın tarihçesine taallük eden tetkiklerimizde eski Garp mevzuatında zinanın tek taraflı bir suç olup kadına has telâkki edildiğine ve bu suretle büyük bir müsavatsızlığa meydan verilmiş olduğuna temas eylemiştik. Muasır mevzuat bu düşünceyi terk ile zinanın, evlilik rabitasındaki karşılıklı sadakat esasına muvazi olarak, iki taraflı bir suç olduğu hususunda ittifak etmiş ve bu suretle eski zamanların karı koca arasında yapmış olduğu müsavatsızlığı ortadan kaldırmıştır. Ancak muasır mevzuat da fiilin teşekkül ve tecziyesi bakımından karı koca arasında yine bazı müsavatsızlıklar ihtiva etmektedir. Tecriminde olduğu gibi, bilhassa suçun tecziyesinde de ihdas edilen farklı vaziyet birçok itirazları davet etmektedir.

Karı koca zinasında cezalandırma bakımından müsavatı gözetilen kanunumuz her ne kadar bu itirazlara hedef olmaktan uzak bulunmakta ise de onun, onun gibi diğer kanunların, fiilin tecrimi hususunda ihdas etmiş oldukları fark, iptina ettirildikleri esaslar bakımından herkesçe kabul olunmamıştır.

Tecrimde fark gözetenlere göre sosyal bakımdan karının zinası erkeğe nispetle çok daha ağırdır; çünkü karının zinası âmmenin efkâr ve kanaatinde kocayı gülünç bir mevkie şerefsiz bir vaziyete sokar. Bundan başka fiilin tecrimi hususunda farklı bir vaziyet ihdasına âmil olan tabiat kanunları vardır. Bunun başında karının, aileye, nesep bakımından babaya ait olmıyan bir çocuk mal etmesi zikredilebilir. Bunun gibi, erkek yaratılışı itibariyle başkasıyla vaki cinsî münasebetten sonra da karısı için duyduğu şefkat ve muhabbeti muhafaa edebilmek kudretine sahiptir. Kadına gelince, bir defaya da mahsus olsa, o bu fiili işledikten sonra artık muvazenesini kaybeder. Kendisini kuvvetli bir ihtimal dahilinde olarak tamamen o yabancı erkeğe terkeder. Nitekim hâdisat ve müşahedeler, zina eden kadının kendisini kocasına, aile birliğine bağliyan bağları, ekseriya büsbütün koparıp attığını ve cemiyet içinde eriyip gittiğini göstermiştir.

Bu düşünceleri kabul etmiyenlere göre, ahlâk, karı kocanın zinasını aynı plânda görmeği âmirdir. Her ne kadar sosyal bakımdan karının zinası erkeğe nispetle âmme efkâr ve kanaatinde bir ağırlık arzederse de, bu keyfiyet kocanın, kanunun tasrih ve tâyin ettiği

şekiller dışında başkalarıyla vaki cinsî münasebetleriyle evlilik rabitasından mütevellit mütekabil vecibe ve sadakati ihlâl edemiyeceğini, bu itibarla karının da şerefsiz ve gülünç bir mevkie düşemiyeceğini tazammun edemez. Bundan başka kanunun tespit ve tâyin ettiği haller dışında, başkalarıyla cinsî münasebette bulunan kocanın, bu fiillerinin ailenin inhilâl ve dağılmasını müeddi olamayacağı kolayca iddia olunamaz. Zinanın tecziyesinden gaye, aile nizamını vikaye olduğuna ve ailenin vikayesinde sosyetenin menfaati bulunduğu göre, onu tezelzüle uğratmağa matuf bu nevi fiiller de kanunun dışında kalmamak gerektir.

Biz, birinci fikre taraftar olanların mülâhazalarını, bilhassa memleketimiz telâkkiyatı bakımından, tercihe şayan bulmaktayız. Bir fiili tercimdeki esas, onun sosyetede, âmme efkâr ve vicdanında husule getirebileceği in'ikâsla ölçülmek lâzımgelir. Âmme efkârında karının zinasının daha derin akisler uyandırdığı düşünülecek olursa, bunun erkeğin zinasına nispetle daha ağır olduğunu söylemek yanlış bir şey olmaz. Kaldı ki kocanın, kanunun tasrih ve tâyin ettiği şekiller dışındaki zinasını tecrimde içtimai fayda yoktur. Bilâkis içtimai fayda, karının zinasını kayıtsız ve şartsız tecrimi âmirdir. Bunun böyle olmasını biraz da kadının hilkatinde aramak lâzımdır; onun fizik yapısı kocadan olmıyan bir çocuğu aileye mal etmeğe her zaman müsaittir. Kanunun tâyin ve tasrih ettiği şekillerde veya bu şekiller dışında kocanın zinası mahsulü bir çocuğun nikâhli karısından olmadığı mütalâa ve mülâhaza ne kadar kolaysa, karının zinası mahsulü çocuğu kocasına mal etmesi de o kadar kolaydır.

18 — Karı koca zinasında suçun teşekkülü itibariyle farklı hükümler ihtiva eden kanunlar bu hükümleri bakımından bir ittirat arzetmezler.

1810 Fransız Ceza Kanunu (33), onun gibi 1274 tarihli eski Ceza Kanunumuz (34), kocanın zinasının tecziyesini karısıyla birlikte ikamet ettiği evde nikâhsız bir kadın tutmasına vabeste bulundurmışlardır.

Görülüyor ki bu kanunlarda karı bakımından yapılan müsavatsızlık daha büyüktür. Bu hal dışında, bu kanunlara göre, koca-

(33) Bak: Fransız Ceza Kanunu, madde 33.

(34) Bak: 1274 tarihli kanunumuzun 202 nci maddesi, muaddel 1 inci zeyil.

nın bir başka kadınla cinsî münasebette bulunmasını zina mefhumuna ithal eylemek mümkün değildir.

Mehaz 1889 İtalya Kanunu (35) gibi bizim kanunumuz ve yeni İtalya Ceza Kanunu (36) mezkûr müsavatsızlığı bertaraf etmek yolunda bir adım daha atmışlar, kocanı nzinasında, karısıyla birlikte ikamet ettiği evde karı koca gibi geçinmek için nikâhsız kadın bulundurmak şeklinden gayrı, başka yerde herkesçe bilinecek surette olmak kaydıyla nikâhsız kadın tutmayı da tecziye etmişlerdir (37).

19 — Yukarıda zikrettiğimiz bu kanunların telâkkisi bugün yeni İsviçre Ceza Kanunu tarafından tamamen terkedilmiş, ve bu kanun, nerede vukua gelirse gelsin karı kocanın zinasını tecziye etmek suretiyle bu bapta mutlak bir müsavat esası vazetmiştir. Bu esasiyle İsviçre Kanunu bize hudutları aşmış gibi görünmektedir.

b) *Nikâhsız kadın tutmak:*

20 — Yukarıda kanunumuz noktai nazarından kocanın zinasının tekevvünü için, karısıyla birlikte ikamet ettiği evde veya herkesçe bilinecek surette başka yerde karı koca gibi geçinmek üzere nikâhsız kadın tutması lâzımgeldiğine işaret etmiştik; karı koca gibi geçinmek üzere nikâhsız kadın tutmak ne demektir?

Karı koca gibi geçinmek üzere kocanın nikâhsız kadın tutması onunla daimî münasebette bulunması demektir. Binaenaleyh kanunun gösterdiği şekiller içinde vukua gelen tek cinsî münasebet zi-

(35) Bak: 1889 İtalya Ceza Kanunu, madde 354.

(36) Bak: 1930 Yeni İtalya Ceza Kanunu, madde 560.

(37) 1889 İtalya Ceza Kanununun tedvini sırasında, 1887 lâyihasına müstenit Nezaret Mazbatası bu bapta şunları ihtiva etmektedir: «... Zevç ancak karısıyla birlikte ikamet ettiği hanede veya herkesçe bilinecek veçhile ayrı bir mahalde karı koca gibi yaşamak üzere kadın tuttuğu takdirde ceza görür... Zevcin kendi evinde veya herkesçe malûm olan başka bir yerde alenen karı koca gibi yaşayacak şekilde kadın tutmasını şayanı müsamaha görmek ikinci bir aile teşkil etmesini kabul etmek olur ki bu suret asıl zevce hakkında müsavatsızlığın son derecesi olur. Filhakika zevce bu mevzuda... tek hatasından dolayı mes'ul olurken, beriden kocanın nikâhsız karıyı mücerret evine getirmeyip de başka bir evde tutmakta olduğu için cezasız kalması asla doğru olmaz.» *Majno*, sözü geçen şerh, c. 3, s. 199, 200.

Sözü geçen lâyihaya müstenit Âyan Mazbatası da bu hususta şöyle demektedir: «Yabancı bir kadınla karı koca gibi yaşayan zevç, aile hukukunu ihlâl etmiş olduğu gibi, kadınla çocuk yapması da muhtemeldir. Bu suretle varidatını ikinci bir aile ile taksim etmek mecburiyetinde kalır. Bu hal evinin haricinde yabancı kadın tutan kimse hakkında da varittir...» *Majno*, sözü geçen eser, s. 200.

nayı vücuda getirmez. Bu nokta üzerinde bütün müellifler ittifak ettikleri gibi, Temyiz Mahkememize göre de «nikâhsız karı koca gibi yaşama suçu temadi ile teşekkül edeceğinden cinsî münasebetlerin taaddüdü» lâzımdır (38).

İlave etmek gerektir ki nikâhsız kadın tutmak hâdisesinde kocanın, kendisiyle daimi münasebette bulunmak gayesiyle eve veya herkesçe malûm olan yere getirmiş olduğu kadın anlaşılmamak, mezkûr mahallerde, hizmetçi, mürebbiye, ilh... gibi her ne nam altında olursa olsun koca ile nikâhsız yaşayan her türlü kadın anlaşılmak lâzımdır.

21 — Acaba karı kocanın birlikte ikamet ettikleri ev neresidir? Bu ev «kocanın ikamet eylediği ve karısını ikamete icbar edebileceği, bilmukabele karının kendisini kabul ettirebileceği» (39) her evdir.

Fransız Temyiz Mahkemesi içtihatlarına göre, koca, işlerinin icabatı olarak veya her hangi başka bir sebeple ikamet ettiği her yerde karısını kabul etmekle mükelleftir. Bu itibarla karı kocanın birlikte ikamet ettikleri ev, eşlerin sadece her zaman birlikte oturdukları ev olmadığı gibi, kocanın kanunî ikametgâhı (40) da değildir. Kocanın zinasının, eşlerin her zaman ikamet ettikleri evle, senenin ancak birkaç ayını geçirmek üzere gittikleri ve meselâ bir sayfiye mahallindeki evde vukua gelmiş olması farklı bir vaziyet ihdas etmiş olmaz. Bunun gibi kocanın zinası, nikâhsız kadın tuttuğu meskende eşinin filhal ikamet etmiş olmasına vabeste değildir. Diğer taraftan kocanın nikâhsız kadın tuttuğu evde eşlerin birlikte hiç ikamet etmemiş bulunmaları da bahis mevzuu olamaz. Elhasıl bu evin kocanın halihazır ikametgâhı olarak mülâhaza edilmesi lâzım ve kâfidir.

Bir izaha lüzum göstermiyecek surette açık ve vâzih olan kanunumuzdaki «herkesçe bilinecek surette başka yerde» tâbiri de bu düşüncelerimizi teyid etmektedir.

(38) Bak: Temyiz Mahkemesi 4 üncü Ceza Dairesi 18/4/935 tarih ve 2419 sayılı kararı; yine bu mevzuda bak: Temyiz Mahkemesi 4 üncü Ceza Dairesi 13/11/935 tarih ve 6336 sayılı kararı, Temyiz Ceza Umumi Heyetinin 10/10/938 tarih ve esas 4/170 kararı.

(39) *Garraud*, sözü geçen eser ve cilt, s. 582.

(40) Fransada Dijon Mahkemesi 30 mayıs 1887 tarihli bir kararında kanunî ikametgâhı Pariste bulunan ve fakat başka bir mahalde bir iş almış olan bir mütaahhidin karısıyla birlikte ikamet edeceği evin o mahalde olduğunu karar altına almıştır.

22 — İşte kocanın zinası, yukarıda mezkûr umumî unsurlara kanunun tespit ve tâyin ettiği bu hususî eşkâlin inzımamiyle vücut bulur.

III. ZİNA, SUÇ OLMALI MIDIR, OLMAMALI MIDIR ?

23 — Bu bahse nihayet vermezden önce, zinayı Ceza Kanununun ihtiva ettiği suçlar listesinden çıkarıp zinadan mütevellit ihtilâfları hukuk mahkemelerine bırakmak yolunda bazı temayüller mevcut olduğuna ve bu temayüllerin mahiyetinin neden ibaret bulunduğuna kısaca işaret edelim:

Zinayı tecrime taraftar olmıyanlara göre (41) zina Ceza Kanunlarının hükümlerine tâbi bulunan fiillerden olamaz. Çünkü umumî bir rezalet tehlikesi ve takibattan mütevellit mahzurlar suçun sosyeteye iras ettiği zararı tecavüz eder.

Bundan başka zina cezası önleyici bir mahiyeti de haiz değildir. Evlilik rabitasında bulunması mefruz çok kutsî ve yüksek mülâhaza ve düşüncelerin önliyemediği zinayı, kanunlarla tespit edilen ceza mı önliyecektir?

Nihayet, zina fiilini saklamak her iki tarafın da menfaati icabı olduğundan cezaî müeyyidenin faydası da yoktur. Evlilik rabitasının ihlâlinde hakikî ve tabii bir tazmin ve tamir şekli olan ayrılık kararı, boşanma müessesesi gibi medenî müeyyideler dururken cezaî müeyyidelere neden lüzum hissediliyor? Bu lüzumsuzluğun en bariz delili zina dâvalarının diğer dâvalara nispetle çok az olmasıdır. Çünkü zina dâvaları namus, haysiyet bakımından gerek müşteki ve gerekse ailesine zarar iras etmekten hâli kalmamaktadır.

Bir iki memleket mevzuatı müstesna (42), zinanın bütün memleketler mevzuatınca tecziye edilmesi bu düşünce ve mülâhazaların zinanın bir suç olması mahiyetini değiştiremediğini göstermektedir.

Filhakika evlilik rabitasının zina gibi bir fiil ile ihlâlinden mütevellit ceza, şeref, haysiyet, namus gibi duyguları rencide edilmiş

(41) Bu mesele Holanda Ceza Kanunu ile me hazimiz 1889 İtalya Ceza Kanununun tanzimi sırasında mevzuubahsedilmiştir.

(42) İngilterede zinadan mütevellit ihtilâflar bir cürüm vücuda getirmez. Zina ancak boşanmaya bir zemin teşkil eder. Ve bu itibarla zina ihtilâfları hukuk mahkemelerinde rüyet olunur. Ancak karısının zinası sebebiyle boşanma talebinde bulunan koca aynı zamanda karısının şerikini itham ve takiple mükelleftir. Bu nokta üzerinde daha etraflı malûmat almak için bak: *Garraud*, sözü geçen eser ve cilt, s. 571, altındaki not 13.

olan eş bakımından değil, cemiyet hayatının rüknü, onun esas ve şartı olan evlilikteki sadakat ve resanet bakımındandır. Sosyete, zina gibi ekseriya bir ailenin inhilâl ve dağılmasını tazammun eden bir fiil karşısında bigâne ve lâkayıt kalamaz. Aile, cemiyetin temeli olarak telâkki ve kabul edildikçe, onun dağılmasını, ortadan kalkmasını müeddi olan bir fiili tecziyede de sosyetenin menfaati bulunduğu kabul olunmalıdır.

Zinayı tecrim ve tecziyeye taraftar olmıyanlar, Medenî Hukukun boşanma müessesesine istinadederek, bunun kâfi bir ceza olduğunu ve daha ileriye gidilmesinde fayda bulunmadığını ileri sürüyorlar. Bu hukukî müeyyidenin zinanın tecziyesi yerine kaim olmayacağı bedihîdir; çünkü bir tazmin, tamir ve telâfi vasıtası olan boşanma, sadece eşler arasındaki münasebetlere taallük etmekte, sosyetenin zararını durdurmak, âmmenin intizam ve sükûnunu muhafaza için bir tedbir olmak şöyle dursun, bilâkis onu teşdidetmektedir (43).

İlâve etmek gerektir ki, «boşanmanın zina cezası yerine kaim olmak bakımından tesirleri bu müessesenin mevcut bulunduğu bütün memleketlerde resmen tekzibedilmiş» tir (44).

Zina cezalarının önleyici bir mahiyeti haiz olmaması meselesine gelince: eğer bu düşüncede isnadolunan nokta cezanın zinayı ortadan kaldırmadığı ise, bu varit olamaz. Ceza Kanunları, hırsızlık, dolandırıcılık, adam öldürme... fiilleri için de ayrı ayrı cezalar tespit ve tâyin etmişlerdir. Buna rağmen bu nevi fiiller yine işlenmektedir. Fakat bu keyfiyet, bu fiiller için verilen cezanın suç işlemek meyil ve istidadında olanları suç işlemekten alıkoymadığını tazammun etmez. Zaten ceza sadece önleyici bir tedbir olarak mütalâa ve mülâhaza edilmemek, cezanın hususî bir önleme tedbiri olduğu da göz önünde bulundurulurken, onun bizzat suç failini korkutucu ve onu uslandırıcı mahiyeti de nazarı itibara alınmak lâzımdır.

(43) Enrico Ferri de ceza yerine kaim olacak önleyici tedbirler arasında hukukî bir müeyyide olan boşanmayı iltizam etmekte ve bazı istatistiklere istinaden şu neticeye varmaktadır: 1865 ten 1878 e kadar boşanma adedi 337 den 564 e çıkmış olduğu halde, takibata maruz bulundurulmuş zina failleri 195 ten 135 e inmiştir. Fransız cezacılarından Garraud, Ferri'nin bu mülâhazası için şöyle demektedir: «Burada mesele mevzuubahis boşanmaların sureti kat'iyyede ve ekseriyet itibariyle zina fiilleri hakkında talebedilip edilmediğidir.» *Garraud*, sözü geçen eser ve cilt, s. 572 altındaki nota bakınız.

(44) *Garraud*, sözü geçen eser ve cilt, s. 572.

Zinada cezaî takibattan tevellüdedecek mahzurlar evvelce, bu fiil için re'sen takibatı tecviz eylemiş memleketler bakımından vâridolabilir (45). Bugün zina fiilinde re'sen takibat sistemi hemen bütün memleketlerce terkedilmiş ve zina, takibi şikâyete bağlı bir suç olarak kabul olunmuştur. Fiilden müteessir olan, dâvayı ikame ve takipte tamamen muhtardır.

Her ne kadar eşlerden birinin zinadan şikâyeti üzerine hukuku âmme dâvası ikame edilince, serdedilen mahzurlar ve ezcümle umumî bir rezalet tehlikesi başgösterirse de, zina fiiline müsteniden hukuk mahkemesinde talebedilen boşanma dâvasının ikamesi üzerine de aynı mahzurların ortaya çıkmıyacağı kolayca izah olunamaz.

IV. ZINA CEZALARI

24 — Muasır kanunlar zina cezalarını eski zamanlardaki şiddeti bakımından tahfif etmişse de, karı koca zinasının tecziyesinde, karı aleyhine farklı hükümler ihtiva eden mevzuat mevcuttur (46).

(45) Bu noktaya ileride yeniden temas edilecektir.

(46) Bu mevzuda en ileri giden Fransız Ceza Kanunudur. Bu kanuna göre zina eden kadın 3 aydan az 2 seneden çok olmamak üzere hapisle tecziye olunur (Fransız Ceza Kanunu, madde 337). Zina eden kocanın cezası ise 100 franktan 2000 franga kadar para cezasıdır. Karı koca zinasının tecriminde Fransız Ceza Kanunundaki mevcut müsavatsızlığa — bazı ihtirazî kayıtlar dermeyaniyle — taraftar görünen Garraud, sözü geçen eserinde, mezkûr kanunun karı kocaya mütaallik cezalar sistemini şiddetle tenkidetmektedir. Garraud'ya göre, kocanın suçu ile bu para cezasının hiçbir alâka ve münasebeti yoktur. Kanun kocayı da hapisle tecziye etmeliydi; bunu yapmamış olması bazı adaletsizliklere yol açabilir; şöyle ki zina eden zengin bir koca muayyen bir meblâğ vermek suretiyle cezadan kurtulacak, buna mukabil fakir bir zâni kanunen muayyen bir meblâğı veremediği takdirde hapis ile tecziye olunacaktır. Garraud bu mütalâalarına cezalar bakımından yapılan bu müsavatsızlığın hiçbir hukukî esasa istinadetmediğini, binnetice karı kocanın aynı cezalarla tecziyesi lâzımgeldiğini ilâve ediyor.

1274 tarihli Ceza Kanunumuz da, 203 üncü maddesine 1277 de yapılan ilk zeyilde Fransız Kanunundaki ceza sistemini aynen almış ve katıyı «3 aydan ekal ve 2 seneden ziyade olmamak üzere hapis ile», kocayı «5 mecdiye altunundan 100 mecdiye altununa kadar cezayı nakdî ahzı ile» tecziye etmiştir. 1329 da tadil edilen bu zeyil Fransız kanununun bu mevzudaki ceza sistemini terk ile zaniyeyi «3 aydan 2 seneye kadar hapis», zâniyi de «3 aydan 2 seneye kadar hapis ve 5 Osmanlı altunundan 100 Osmanlı altununa kadar cezayı nakdî ahzı ile» tecziye etmiştir. Eski kanunumuz bu hükmiyle Fransız Ceza Kanununa yapılan itirazlara hedef olmaktan uzaklaşmıştır.

A) Knunumuzun hükümleri:

25 — Knunumuz, mehazî 1889 İtalya Ceza Kanunu gibi, yeni temayüllere uygun olarak eşlerin zinasını tecziyede fark gözetmemiş, 440 ve 441 inci maddelerinde zina mürtekibi karı veya kocayı 3 aydan 30 aya kadar hapisle cezalandırmıştır (47). Fakat bu müsavat, esasta mutlak değildir. Şöyle ki, karının tek fiili tecziyesini icabettirdiğinden ona terettübeden ceza bu bakımdan daha ağırdır. Bunun gibi Ceza Kanunumuzun 69 uncu maddesi (48) cinsi münasebetlerin devamı hasebiyle karıyı daha şiddetli cezalara maruz buldurmuştur (49). Halbuki 69 uncu madde kocaya tatbik edilemez, çünkü onun cinsi münasebetlerinin devamlılığı tecziye bakımından şarttır. Bu nisbî müsavatsızlık karı koca zinasının tecrimindeki farklılığın tabii bir neticesidir.

26 — Bu cezalar zinada karının cürüm ortağı ile kocanın nikâhsız tuttuğu kadına da tatbik edilir. Yalnız, bunların tecziyesi için, kadının cürüm ortağının «karının evli olduğunu», kocanın nikâhsız tuttuğu kadının da «erkeğin evli olduğunu» bilmeleri lâzımdır. Aksi takdirde bunların tecziyesi mümkün değildir. Bu noktada kanunumuzun mehazinden ayrılmış olduğu görülür. 1889 İtalya Ceza Kanununda böyle bir tefrik yoktur. Karının veya kocanın suç ortağı, onların evli olduklarını bilsin bilmesin, mutlaka cezalandırılır. Kanunumuzun bu bapta yapmış olduğu tefrik, bize daha âdilâne görünmektedir. Çünkü kanun, bizatihi cinsi münasebeti değil, onun bazı muayyen şekiller altında ve hususiyle muayyen kimselele vukuunu tecziye etmiştir.

(47) Mehaz kanuna göre zinadan mahkûm olan koca ayrıca velâyet hakkını da kaybeder. Kanunumuz bu hükmü almamıştır.

930 tarihli yeni İtalya Ceza Kanununa göre, zina eden karı bir seneye kadar ağır hapisle cezalandırılır. Cinsi münasebetlerin taaddüdü halinde bu ceza 2 seneye kadardır. Zina eden kocaya gelince: ona verilen ceza da fiilinin teşekkül ve tekevvünü cinsi münasebetlerinin devamlılığına bağlı olduğundan, karının cinsi münasebetlerinin taaddüdündeki aynı, yani 2 seneye kadar ağır hapistir.

Yeni İsviçre Ceza Kanunu bu bapta hiçbir tefrik yapmamış, tercimde olduğu gibi tecziyede de karı kocayı bir tutmuş, her ikisini de en çok bir sene hapisle tecziye etmiştir.

(48) Yukarıda not 38 de zikrettiğimiz Temyiz Kararlarına bak:

(49) Temyiz Mahkemesi Ceza Umumi Heyetinin 5.V.930 tarih ve 149 sayılı kararına göre, «kocalı kadının iki kimse ile zinası müteselsil bir cürüm olmadığından içtimaî ceraim kaidesinin tatbiki lâzım olup 80 inci madde tatbik edilmez».

27 — Burada şu noktaya da temas etmek isteriz ki, zinada, cürmün teşekkülü behemehal mütehalif cinsiyette iki kişinin mevcudiyetini âmîr bulunduğuna, zarurî bir birlik ve beraberlik icabettirdiğine göre, «iştirak» vaziyeti mevcut değildir (50). Binaenaleyh karı veya koca ile suç ortağı hakkında kanunumuzdaki iştirak hükümleri cereyan etmez (51).

28 — Fransız Ceza Kanununun zina eden karı ve suç ortağına farklı cezalar vermiş, kocanın tuttuğu nikâhsız kadını hiç tecziye etmemiş olması bakımından, bu mesele mevzuubahsolmakta ve bazı ihtilâflara yol açmış bulunmaktadır (52).

(50) *Tahir Taner*, Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 510-a bak.

(51) Bu itibarla Ceza Kanunumuzun zinaya mütaallik 440, 441, 442, 443 üncü maddelerindeki «şerik» tabirini yerinde kullanılmış bir tabir olarak kabul edemiyoruz.

Şu noktayı da kaydedelim ki, zina edileceğini bildiği halde bilfarz yer temin eden, veya zinayı teshil veya ona teşvik eden, elhasıl suçlulara bilerek suçu irtikâp vasıta ve çarelerini gösterenler, bunların fiilleri 435 inci maddeye uymadığı hallerde, iştirake ait umumî hükümlere tâbi olurlar.

(52) Fransız Ceza Kanunu zina eden karıyı 3 aydan 2 seneye kadar hapis, şerikini de bu haptisten başka 100 franktan 2000 franga kadar para cezasıyla tecziye etmiştir. Kocanın nikâhsız tuttuğu kadına gelince: Fransız Ceza Kanunu, zina eden kocayı 100 franktan 2000 franga kadar para cezasıyla tecziye ettiği halde, kocanın şeriki hakkında hiç bir hüküm ihtiva etmemektedir. İşte, bazı Fransız müellifleri, gerek karınıkinden farklı olarak şeriki için mevzu cezayı ve gerekse kocanın şerikinin hiç cezalandırılmamış olmasını Fransız Ceza Kanununun 59 uncu maddesindeki iştirake mütaallik umumî hükmüne muhalif görmekte dirler. Diğer taraftan, Fransız Temyiz İçtihatları, bu sonuncu halde, yani kocanın şerikinin cezası bakımından kanunun hiçbir sarahati ihtiva etmemiş olmasında 59 uncu maddedeki umumî hükmün tatbikini kabul etmek yolundadır. Bu içtihatlarda ve zinada iştirak hükümlerinin tatbikine taraftar olanların fikirlerinde isabet görmiyen Garraud'ya göre, vaziyet şu şekilde kabili izahtır: zinada iştirak suçun mahiyetinden inbias eden hususî bir seciye arzeder ve bu itibarla zina umumî hükümlerin dışında bırakılmıştır. Vâzı, karının şerikini hususî ve daha şiddetli bir hükümle tecziye etmekle — ki Garraud'ya göre, cezadaki bu şiddet şerikinin kendisini iğfal etmiş olması ihtimalinden ileri gelir — umumî hükümlere hiçbir atıf yapmadığını göstermiştir. Bundan çıkan birinci netice kocanın tuttuğu nikâhsız kadın kendisinin şeriki olarak tecziye edilemeyecektir; zaten o evli bir erkeğin iğfalâtı neticesinde dâvanın takibi ve umum muvacehesindeki rezalet bakımından cezasını oldukça çekmiştir. İkinci netice de, Ceza Kanununa göre, zinayı teshil, ona teşvik eden kimseler cezalandırılmıyacak, bunlar cezasız kalacaktır.

Garraud mülâhazalarına şöyle devam ediyor: «Ben, kocanın tuttuğu nikâhsız kadınla kadın eşin şerikinden başka kimseler için dâva ikame edildiğinin misalleri olduğunu zannetmiyorum. Binaenaleyh tatbikatta iştirake mü-

B) Cezayı hafifletici sebep:

29 — Kanunumuzun 442nci maddesine göre «karı koca birbirinden nikâh bâki olduğu halde hâkimin hükmiyle ayrılmış veya biri diğerini terketmiş ise her birinin cezası 3 ay kadar hapidir».

a) Ayrılık kararının istihdaf ettiği gaye eşleri ayrı ayrı yerlerde ikamet ettirmeğe matuftur. Bu müddet içinde karı veya kocanın zinası suç olmak vasfını kaybetmez. Bu, ayrılık kararında nikâhın ortadan kalkmamış olmasının tabii bir neticesidir (53).

Burada ayrılık kararının karı veya kocadan birinin kusurundan tevellüdetmiş olması onun bu hafifletici sebepten istifade edememesini tazammun etmez; maddenin ihtiva ettiği hüküm mutlak-
tır.

b) Terke gelince: zina eden karı veya kocanın cezasının tenzil edilebilmesi için terkte haklı olması lâzımdır. Temyiz Mahkememizin içtihatları da bu merkezdedir (54). Karı koca, müteakiben evliliğin kendilerine tahmil ettiği vazife ve vecibeleri ifa ile mükelleftirler. Binaenaleyh muhik bir sebep olmaksızın bu vazife ve vecibeleri ifadan sarfınazar edip evini terkeden eş 442nci maddedeki tenzili cezadan istifade edemez.

Yeni İtalya Ceza Kanunu «diğerinin kusuru yüzünden verilen ayrılık kararı üzerine ayrılmış veyahut haksızca terkedilmiş eş» in zinasının tecziye edilmeyeceğini tasrih etmiştir. Bizce, bu gibi hal-
lerde zinayı cezalandırmıyan yeni İtalyan Kanununun bu telâkkisi kabul edilemez.

taallik hükümler zinaya kabili tatbik değildir. 331inci maddede mevzuubahsolan zarurî bir birlik ve beraberlikten neşet eden hususî bir iştiraktır... Sadece kadının şerikidir ki tecziye olunacaktır...» *Garraud*, sözü geçen eser ve cilt, s. 586 daki not 36 ya, s. 587 ve 588 daki not 37 ye bakınız.

Aksi kanaat için: *F. Goyet*, sözü geçen eser, s. 244.

(53) Fransız Ceza Kanunu ve 1274 Ceza Kanunumuza göre, karı, fiili nerede ika eylerse eylesin zâniye, koca karısıyla birlikte ikamet ettiği evde nikâhsız bir kadın tutarsa zâni addedilir. Bu kanunlara göre ayrılık karardan sonra kocanın ikametgâhı müşterek ikametgâh vasfını kaybettiğinden, onun zinasını ne suretle olursa olsun tecziye mümkün değildir. İşte bu noktada yeniden eşler arasındaki müsavatsızlık mevzuubahsolur. Kanunumuzdaki «veya herkesçe bilinecek surette başka bir yerde» tabiri ayrılık kararında, bu nevi müsavatsızlığın mevzuubahsedilmesine mânidir.

(54) Temyiz Ceza Umumi Heyetinin 11.II.1932, 9.VII.934 tarih ve 22, 143 sayılı kararlarına, Temyiz 4 üncü Ceza Dairesinin 15.I.1936 tarih ve 332 sayılı, 10.X.938 tarih ve 184 sayılı, 9.III.1938 tarih ve 2184 sayılı kararlarına bakınız.

30 — Mehaz kanuna göre «müşteki zevç ise, karısı şikâyet olunan fiilin vukuundan geriye doğru beş sene zarfında kocasının dahi» kanunun tespit ve tâyin ettiği şekiller tahtında zina ettiğini «veyahut kendisini fuhşiyata teşvik ve tahrik eylediğini ispat ederse», onun gibi, «müşteki zevç ise, kocası bu müddet zarfında karısının dahi» zina ettiğini ispat eylerse cezadan muaftır.

Yeni İtalya Ceza Kanununda zina eden kadın «kocasından fuhşa teşvik veya tahrik edilir veyahut her hangi suretle olursa olsun karısının fuhşundan faydalanırsa» cezalandırılmaz.

1810 Fransız Ceza Kanununa göre de, zina eden kadın takibat esnasında, kocasının da, kanunun tarifati çerçevesinde evvelce zından mahkûm olduğunu ve hükmün kat'iyet kesbettiğini dermeyan ve ispat edense kocanın şikâyeti mesmu olmaz. 1274 Kanunumuz mehazinin bu hükmünü almamıştır.

Diğer taraftan, yeni İsviçre Ceza Kanunu dahi eşleri müteakiben, müştekinin de zina etmiş olması halinde, cezadan muaf adetmiştir.

31 — Kanunumuzda mehazın yukarıda mezkûr hükümleri mevcut olmadığı gibi, muhtelif memleketlerin mevzuatında mevcut cezadan muafiyete mütaallik farklı hükümlerden hiç biri yoktur. Her ne kadar Ceza Kanunumuz karısını fuhşa teşvik eden kocayı tecziye etmişse de, zina eden eşlerden biri veya diğerine, takibat sırasında, karısının veya kocasının zinasını veya zinaya teşvikini mevzuubahsedebilmek, binnetice cezadan muaf olabilmek salâhiyetini vermemiştir. Karı ve kocanın suçu karşılıklı olarak ve aynı zamanda ika eylemiş bulunmaları halinde, bu tarzda bir hükmün tatbiki bize de mülâyim gelmektedir. Bizce zina hasebiyle namus ve şerefinde tecavüze, duygu ve efkârında hicaba uğramış olan karı veya koca «telâfii hak ve haysiyet» bakımından müstahak olduğu derecede ve nispette kanundaki yollardan istifade etmelidir. «Bu gibi ahvalde ceza muafiyeti gayet âli bir hissi ahlâkiye müstenittir. Ve hukuk mesailinde gayet meşru bir müdafaa âletidir» (55).

V. ZİNADA CEZAI TAKİBAT

32 — Zina, takibi şikâyete bağlı suçlardan biridir ve bu yeni bir telâkkidir. Evvelce, bazı memleketlerin mevzuatınca, zinada re-

(55) *Majno*, sözü geçen tercüme, c. III. s. 206.

sen yani tarafların takibi olmaksızın mahkeme tarafından takibat usulü tervicedilmişti. Ezcümle, 1804 Fransız Ceza Kanunu bu sistemi kabul etmişti. Bazı İsviçre Kantonları da re'sen takip sistemiyle, şikâyete bağlı takip sistemini mezcetmek suretiyle muhtelit bir sistem kabul etmişler, ve hususiyle, umumî bir rezaleti tazammun eden ağır hallerde re'sen takibatı tecviz eylemişlerdi.

Bugünkü yeni Ceza Kanunumuzda olduğu gibi 1274 tarihli kanunumuz ve mehazi Fransa kanunu, eski ve yeni İtalya Ceza Kanunları, yeni İsviçre Ceza Kanunu, zinayı, takibi şikâyete bağlı bir suç olarak kabul etmekte müttefikler.

33 — Bazıları zinada takibatın şikâyete bağlı olmasını sadece eşler arasındaki münasebetlere taallüku bakımından mütalâa ederler ve derler ki, zinayı takipte mağdur eşten başka kimsenin menfaati yoktur.

Bu düşünce kabul edilemez. Kanun zinayı sadece, şeref ve namusu itibariyle tecavüze uğramış eş bakımından değil, aynı zamanda sosyetenin esası, temeli addettiği evliliği teminat altına almak bakımından tecziye etmiştir. Binaenaleyh zina, sosyetenin sü-kûn ve nizamını da ihlâl eden bir suçtur ve bu bakımdan sosyetenin zinayı tecziyede menfaati vardır. Fakat, unutmamak gerektir ki, sosyetenin bu menfaatine muvazi, ailenin ve çocukların menfaati de vardır ki bu keyfiyet sözün mağdur eşe bırakılmasını ve o şikâyet ettiği takdirde harekete geçilmesini âmirdir.

34 — Zinada takibatın şikâyete bağlı olmasını kanunumuz, 443 üncü maddesinde şu şekilde ifade etmiştir: «Geçen maddelerde yazılı olan cürümlerden dolayı takibat icrası karı kocadan biri tarafından şahsî dâva (56) ikamesine bağlıdır. Bu keyfiyet cürümde şerik olanlar için de şarttır». Bu şikâyet, «yazı ile veya bir zabıt varakasına dercedilecek beyanla» (57) yapılacaktır. Binaenaleyh hukuk mahkemesinde, bilfarz zinaya müsteniden ikame edilmiş olan ayrılık veya boşanma müddeiumumiliğe takibata salâhiyet veren bir şikâyet olarak telâkki edilemez.

Yukarıda zikrettiğimiz maddenin son fıkrasına göre şikâyet,

(56) Buradaki şahsî dâva Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 344 üncü maddesinde musarrah sekiz zümreden biri değildir. Bu tabir, aynı kanunun 151 inci maddesinin son fıkrasına göre zarar görenin şikâyeti demektir.

(57) Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, madde 151.

«cürümde şerik olanlar için de şarttır». Bu fıkranın tazammun ettiği mâna şudur ki, eğer karı veya kocanın suç ortağı hakkında şikâyet ve dâva, yoksa takibat yapılamaz. Temyiz Mahkemesi IV üncü Ceza Dairesinin muhtelif tarihlerde verdiği kararlar bu merkezde olduğu gibi, yine Temyiz Mahkemesinin 7. VI. 1935 tarihli ve 77/20 sayılı tevhidî içtihat kararına göre «zina dâvalarında takibat yapılabilmesi erkek ve kadın aleyhine şikâyetname verilmesiyle meşrut» tur (58).

İşaret etmek gerektir ki bu son fıkra aslından yanlış nakledilmiştir. 1889 İtalya Ceza Kanununun 356 ncı maddesinde bu hüküm, şikâyetname verilmesi «cürümde şerik olan tarafa ve tutulan nikâhsız kadına da şamildir» şeklinde sevk edilmiştir. Yani me haz kanuna göre karı veya koca hakkındaki şikâyet bunların suç ortağını şikâyeti de tazammun eder. Hattâ me haz kanunun tatbikatına göre zinada takibatın cereyanı karı veya kocanın suç ortağının taayyün etmesine bağlı değildir; suç ortağı tâyin edilmeksizin dahi dâva ikamesiyle cezaî takibata girişilebilir.

Kanunumuz ve Temyiz Mahkememiz ise, takibat yapılabilmesi için her ikisi hakkında da şikâyet beklemektedir. Her ne kadar Temyiz Mahkemesi Umumî Heyeti 9. III. 1936 tarih ve 16 sayılı bir kararında «asil suçlu ile suç ortağı hakkında ikametgâh ve hüviyetinin meçhuliyeti gibi bazı zarurî haller» de bunun nazarı itibara alınmayacağını söylemekte ise de, bizce, bu hal yalnız kararda mezkûr vaziyetlere inhisar ettirmek lâzımdır. Bu, Ceza Kanunumuzun 99 uncu maddesindeki esasa da uygun değildir. Mezkûr son fıkra tashih edilmek lâzımdır.

35 — Acaba bu şikâyetler her zaman, bizzat karı veya koca tarafından mı yapılmak lâzımdır? İtalyan müelliflerinden Carrara, mağdur eşin, bilfarz akıl hastalığına müptelâ olması hasebiyle şikâyete muktedir bulunamaması halinde dahi zinanın karı kocadan birinin şikâyetine bağlı olması prensibinin muhafaza edilmesi lâzımgeldiği fikrindedir (59). Çok yerinde olan bu düşüncenin tazammun ettiği mâna, böyle hallerde dahi re'sen takibatın yapılamıyacağıdır.

(58) Aynı mânada Temyiz Ceza Umumî Heyetinin 24. VI. 1935 tarih ve 209 sayılı kararına, Temyiz Mahkemesi Umumî Heyetinin 9. III. 1936 tarih ve 16 sayılı kararına da bakınız.

(59) *Majno*, sözü geçen tercüme, c. III. s. 202.

Fakat bazan re'sen takiple karıştırılmaması lâzımgelen ve şikâyetin karı veya kocadan başkası tarafından yapıldığı haller bulunabilir. Meselâ sözü geçen malûliyet hasebiyle işlerini tedvirden âciz bulunan ve bu itibarla kendisine bir vasi tâyin edilen evli bir erkek veya kadının eşi zina etse, böyle bir vaziyette mağdur eşi temsil eden vasinin şikâyeti âmme dâvasını tahrik etmelidir. Çünkü taarruz edilen taraf bu malûliyet dolayısıyla, «aile harimine vukubulan çirkin tecavüzün mahiyetini tâyin ve takdirden» âcizdir (60).

36 — Salâhiyettar kimse tarafından şikâyet ne kadar zaman içinde yapılmalıdır? Kanunumuzun, zinayı tecrim ve tecziye eden maddeleri bu mevzuda hususî bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bu itibarla 108 inci maddemizdeki umumî hükümle amel olunmak lâzımdır. Bu maddeye göre «takibi ancak şahsî dâva ikamesine bağlı olan fiil hakkında salâhiyettar kimse 6 ay zarfında dâva ikameetmediği takdirde takibat yapılamaz» (61).

Bu münasebetle şu noktaya da temas edelim ki, 108 inci maddemizdeki takibi şikâyete bağlı fiiller hakkında mevzu 6 aylık müddet zinanın takibi müruru zamanını değil, şikâyetin yapılması lâzımgelen müddeti teşkil eder. Buna sukutu hak müddeti denir. Binaenaleyh kanunumuz bakımından müştekinin 6 ay zarfında müracaatı üzerine hukuku âmme dâvası açılacak olursa, bu halde dâva müruru zamanı mevzuubahsolabilir (62).

Aynı maddeye göre «bu müddet dâvaya hakkı olan kimsenin fiilden ve failin kim olduğundan haberdar bulunduğu günden baş-

(60) Temyiz Mahkemesi 4.üncü Ceza Dairesinin 5.IV.938 tarih ve 621 sayılı kararına bakınız. 1274 tarihli Kanunumuzun 201 inci maddesinin 1 numaralı muaddel zeyline göre karının zinası, zevcinin ve zevci olmadığı yani halen fiilin irtikâp edildiği yerde bulunmadığı takdirde velisinin şikâyetine muallâktır.

(61) Mehazin 443 üncü maddesine tekabül eden 356 ncı maddesi, takibi şikâyete bağlı olan zinada hususî bir hükmü ihtiva etmekte ve «taarruz edilen tarafın fiilden haberdar olduğu günden 3 ay sonra şikâyeti kabul edilmez» demektedir.

(62) *Tahir Taner*, Ceza Hukuku Takrirlerine, Temyiz 4.üncü Ceza Dairesinin 15.VI.1938 tarih ve 5528 sayılı kararı, Temyiz Ceza Umumî Heyetinin 11.IV.1938, 10.X.1938 tarih ve 178, 311 sayılı kararlarına bakınız.

lar» (63). Binaenaleyh, bilfarz koca karısının zinasından 7 ay sonra haberdar olmuşsa, bu, şikâyet hakkının sukutunu müstelzim değildir. Yalnız kanun bu haberdar olmayı bir müddetle takyit etmiştir; o da müruru zaman haddini geçmemekle mukayyet olmaktadır. Kanunumuzun 102nci maddesinin IV.üncü bendine göre, zinada dâva müruru zamanı (64) beş senedir. Bu vaziyette koca karısının zinasından, meselâ beş sene bir ay sonra haberdar olmuşsa artık harekete geçilemez.

VI. ZİNANIN SÜBUTU

37 — Ceza Kanunumuz zinanın ispatını gerek eşler ve gerekse bunların suç ortağı (65) bakımından hiçbir tahdide tâbi tutmamış-

(63) «Buradaki günden maksadı, fiilin vukuuna kanaat kesbeylediği (emin) gün anlamalıdır; yoksa (şüphe) ettiği gün değildir. Hak ve namusuna taarruz edildiğini zanneden tarafın dâva hakkını kaybedeceği mülâhazasıyla hiçbir vasıtai ispat bulmadan dâvaya icbar edilmesi, ahlâksız ve gayrihukukî bir hal teşkil eder.» *Majno*, sözü geçen tercüme, c. III. s. 203.

(64) Zinada dâva müruru zamanının mebdei, karı ve koca bakımından ayrı ayrı mütalâa edilmek gerektir. Kocanın zinasında dâva müruru zamanı devamlılığın bittiği günden itibaren başlar. Karının zinasına gelince dâva müruru zamanının mebdei, 103 üncü maddeye göre «fiilin vukuu gününden» itibar olunur.

Bu mevzuda, Temyiz Mahkemesi 4 üncü Ceza Dairesinin 13. XI. 1935 tarih ve 6336 sayılı kararına bakınız.

(65) 1810 Fransız Ceza Kanunu, onun gibi 1274 kanunumuz karı koca zinasının sübutuyla, karının suç ortağının zinasının ispatını bu sonuncu hakkında hususî hükümler koymak suretiyle bir tefriğe tâbi tutmuşlardır. Bu kanunlara göre, karının suç ortağının zinası, bazı muayyen hallerde mevcut addedilir. Bu haller, her iki kanuna da müşterek olmak üzere, suçun meşhuden işlenmiş bulunması veya zina keyfiyetinin karının suç ortağı tarafından yazılan «mektuplar vesair evraktan» istinbat olunmasıdır. 1274 kanunumuza göre bunlara ilâveten, karının suç ortağının zinası, «bir Müslümanın hariminde bulunmaklık» tan da istinbat olunur. Eşlere gelince, her iki kanun da bunların zinasının her türlü delil ile ispat edilebileceğini kabul etmiştir. 1810 Fransız Ceza Kanununun 335 inci maddesinin 2 nci fıkrası, 1274 kanunumuzun 201 inci maddesi, muaddel 1 numaralı zeyli.

Mehaz kanundan evvel İtalyada câri olan Sardunya Ceza Kanunu bu bakımdan büsbütün farklı esaslar ihtiva etmekte, zinamn, meşhut suç hali müstesna, mektup vesair vesaikle ispatı lâzımgelceğini kabul eylemekte idi. *Majno*, sözü geçen tercüme, s. 898.

Mehaz kanunla, yukarıda işaret ettiğimiz gibi, kanunumuz, yeni İtalya ve İsviçre Ceza Kanunları gerek eşlerin ve gerekse bunların suç ortağının zinasını, fiilin ispatı bakımından ne tefrik ne de takyide tâbi tutmamışlardır.

tır (66). Bu itibarla zina hâkime kanaat verebilen her nevi delille ispat olunabilir (67).

38 — Bu münasebetle şu noktaya da işaret edelim ki, hukuk mahkemesince zina sebebine müsteniden verilmiş bir ayrılık veya boşanma hükmü, bu hüküm kat'iyet kesbetmiş olsa bile, ceza mahkemesini, zinanın sübutu bakımından takyit etmez.

VII. ZİNADA DÂVADAN FERAGAT

39 — Takibi şikâyete bağlı suçlarda Ceza Kanunumuzun 99 uncu maddesindeki umumî hükme göre, müddeti zarfında suçtan zarar gören şikâyet eder, bilâhare bu şikâyetinden vazgeçerse, hukuku âmme dâvası düşer. Vazgeçme, bu madde hükmünce, kai'deten, hükme kadardır. Hüküm verildikten sonra vazgeçme, ancak kanunda tasrih edilmiş hallerde müessir olur. Meselâ 489 uncu madde mucibince hakaretle sövmeye dâvadan vazgeçme «hüküm kat'ileşinciye kadar» dır. Zina dâvasına gelince; 444 üncü maddede tasrih edildiği veçhile feragat «hükümden sonra dahi makbuldür. Bu halde hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarfınazar olunur» (68).

40 — Acaba dâvadan vazgeçmenin delâlet ettiği mâna nedir? Bu, karı koca arasında bir uzlaşmayı veya müşteki eşin diğer eşi affını tazammun eder. İlâve edelim ki, bu feragat bilâhare irtikâ-

(66) İslâm Hukukunda bu bakımdan bazı hükümlere tesadüf olunur. İslâm'da, kanunî delil usulü câridir; zinanın ispatı ya ikrarla veya şahitle olur. İkrar dört kere olmak, yani zina edenin fiili irtikâp eylediğini dört yerde dört defa tekrar etmesi lâzımdır. Zinanın şahitle ispat olunması şeklinde gelince: bu da en az dört şahide ihtiyaç gösterir, ayrıca bu dört şahidin zina hakkında sorulacak her türlü sualde lâfzan ve mânen ittifak etmeleri ve rüyete müstenit ifadeye bulunmaları icabederdi. Bu hususta o kadar titiz davranılmıştı ki, bir hâdisede Hazreti Ömer üç şahidin lâfzan ve mânen ittifak edip de bir şahidin bocalaması üzerine zinayı sabit addetmemişti.

Bu noktalar hakkında daha etraflı malûmat almak için bakınız: *Tahir Taner*, Ceza Hukuku ve Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 119, *Ebû'lulâ Mardin*, Medenî Hukuk Takrirleri, *Muhammed Hamdi Yazır*, sözü geçen tefsir, c. IV, s. 3468 ve sonrakiler.

(67) Temyiz Mahkemesi 4 üncü Ceza Dairesinin 21. VI. 938 tarih ve 621 sayılı, 26. I. 1940 tarih ve 132 sayılı kararlarına bakınız.

(68) Şu hale göre zinada dâvadan feragat, fiili ortadan kaldırmaktadır. Bu itibarla hakkında hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarfınazar olunan kimse ileride yeniden zina eder ve mahkûm olursa, evvelki fiili teker-rür bakımından cezanın ağırlaştırılmasında âmîl olamaz.

bedilen zina fiilleri hakkında dâva ikamesine engel olamaz. Bunun gibi vazgeçme, mağdurun hukuk mahkemesine müracaatla zina sebebine müsteniden ayrılık veya boşanma talebetmesine de mâni olamaz. Dâvadan feragat halinde, karı veya kocanın suç ortağı ile, varsa diğer şeriklerin cezaî takibattan, hüküm verilmişse cezanın neticelerinden vazgeçilip geçilmediği hakkında maddede sarahat mevcut değildir. Bu halde Ceza Kanunumuzun 99 uncu maddesindeki umumî hüküm nazarı itibara alınmak lâzımgelir. Bu hükme göre «maznunlardan biri hakkındaki dâva veya şikâyetten vazgeçme diğerlerine de sirayet eder.»

41 — 444 üncü maddenin son fıkrası hükmünce «karı kocadan birinin ölümü dâvayı iskat eder». Karı kocadan birinin ölümü halinde iki ihtimali mevzuubahsetmek lâzımdır:

a) Dâva devam etmekte ve henüz kat'i bir hükme iktiran etmemiş bulunmakta iken karı kocadan biri ölürse dâva sukut eder.

b) Şayet hüküm verildikten ve kat'iyet kesbettikten sonra cezanın infazına başlanmışken karı kocadan biri ölürse o zaman cezanın infazına devam olunmak lâzımgelir; çünkü 444 üncü maddenin son fıkrası karı kocadan birinin ölümünün ancak dâvayı iskat edeceğini tasrih etmiş bulunmaktadır. Esasen mezkûr hüküm aslından farklı olarak alınmış, bu keyfiyet mehzaz kanunda «karı veya kocadan birinin ölümü şikâyetten feragat hükmündedir» ibaresiyle ifade olunmuştur. Bu ibare olduğu gibi kabul edilmiş bulunsaydı karı kocanın birinin ölümü halinde dahi cezanın infazından vazgeçilmek lâzımgelirdi. Öyle zannediyoruz ki vâzı kanunumuz bu neticeden kaçınmak gayesiyle ölüm vâkiasının ancak dâvayı iskat edeceği şeklinde bir hüküm kabul etmiş bulunmaktadır. Bu itibarla biz, Adliye Vekâletinin «karı kocadan birinin ölümü, feragatte olduğu gibi, hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarfinazar olunmasını icabeder» yolundaki mütalâasına iştirak edemiyoruz (69).

Asistan Naci Şensoy