

ZİNA

Prof. Dr. Faruk EREM

I. ZİNANIN CEZALANDIRILMASI SEBEBİ

1. Evlenmenin âmme müessesesi sayılması — 2. Sadakat vazifesinin ihlali — 3. Halk efkârı — 4. Ceza siyaseti mülâhazaları (a. Cezanın testirsizliği, b. Sübut güçlüğü, c. Diğer hareketler, ç. İlgada mahzur olmadığı) — 5. Boşanma ile zina arasındaki münasebet — 6. Eşin rızası — 7. Karı ile kocanın zinaları arasındaki fark (a. Farkı haklı bulan düşünceler, b. farkı haksız bulanlar).

1. *Evlenmenin âmme müessesesi sayılması* : Evlilik âmme karakterini haiz bir hukuk müessesesidir. Zina bu müesseseyi sarsar. Aileler cemiyetin molekülü, hücreleridir (1). Zina suçu bakımından cezaî himayenin mevzuu evlenme nizamıdır (2). Zinanın hususî menfaatlere de zarar verdiği aşikârdır. Fakat bu zarar âmme nizamına da tesir eder. Evlenme müessesesi tarihteki tecrübelerin, siyasi ve hukukî basiretin muhassalasıdır. Bu müessese bütün medeniyetlerde mevcut olabilmiş, sosyal felâketlere, siyasi ihtilâllere mukavemet etmiştir. Aile «beşerî tabii» nin ilk tezahürüdür (3).

Bir iki memleket hariç, bütün kanunlar zinayı suç saymaktadır. Bu münhasıran şerefi ve hisleri rencide olmuş eşi tatmin

(1) Bk. Garraud, V, n. 2146; Manzini, VI, n. 2326.

(2) «Zina, dini bir tâbirdir. Dini hükümlere göre zinanın şekli başkadır. Bir taraftan şer'î hükümleri mevzuatımıza sokmayacağız derken, şer'î terimleri ceza mevzuatına sokup kullanmanın, mefhumu uygun olmayan yerlerde kullanmanın prensibe uygun olmadığı» ileri sürülmüştür, bk. (Cezmi) Türk, 6123 sayılı K. nun Meclis müzakereleri, 22.6.1953, s. 178.

(3) Carrara (Programma...), III, § 1859.

için değildir, bilhassa evliliğin samimiyet ve vakarını korumak içindir. Aile nizamı, cemiyetin nizamı için şarttır.

Boşanma ceza yerine geçemez. Boşanma sadece eşler arasındaki münasebete taallük eder, husule gelen «sosyal zarar» ı tamir edemez, bilâkis bu zararı arttırır. Dönmezer, taraflardan birinin sadakatsızlığı dolayısıyla aile birliğinin bozulması halinde hakiki dâva ve çarenin boşanma olduğunu kabul etmekle beraber «meselenin mahallî sosyal şartlardan mücerret olarak mütalâasında fayda olmadığı, memleketimiz gibi kadın, erkek münasebetlerinde an'anevî telâkkilerin cari bulunduğu, nazarı bakımdan ne suretle mülâhaza edilirse edilsin memleketimizin bugünkü sosyal şartlarının zinanın suç olmasını icap ettirdiği» kanaatindedir (4). Şensoy da bu kanaattedir (5). Chanvean - Hélie'ye göre, eğer bir suçun vahameti, münhasıran neticelerinin ağırlığı ile ölçülecek ise, zina en ağır ve feci suçlar arasında yer almalıdır. Zina yalnız evliliğin kudsiyetine zarar vermekle kalmaz, cemiyetin temeli olan aileyi de sarsar, ahlâkı bozar, kin uyandırır, intikama sebebiyet verir ve bu suretle ağır suçların en aktif sebeplerinden biridir (6).

2. *Sadakat vazifesinin ihlâli*: Evlilik müessesesi eşleri sadakat vazifesile bağlar. Zina bu vazifenin ihlâl edilmesinden dolayı suç sayılmıştır. Bu vazife kanundan gelir. Vazifenin ihlâlinin suç sayıldığı haller pek çoktur. Zina evlilikte sadakat borcunun ihlâlidir (7). Sadakat, hukukî bir vazife sayılınca ceza müeyyidesi dışında bırakılamazdı (8). Cezalandırılan sevgi değildir, cinsî birleşmedir (9). Medenî Kanunda sadakat vazifesine bu kadar ehemmiyet verildiği halde, bunun ihlâlini suç saymamak tenakuz teşkil ederdi. Sadakat vazife olduğuna göre, diğer eşin buna riayet edil-

(4) Dönmezer (umumî âdab ve aile nizamı aleyhine cürümler, İstanbul 1950) .n. 266.

(5) Şensoy (Zina cürmü, HF. Derg. VIII, n. 1-2), s. 89.

(6) Chanvean - Hélie, IV, s. 343.

(7) Tuozi (Enciclopedia del diritto penale italiano, IX), s. 52; Frisoli (Paolo), La relazione adulterina nel codice penale italiano (Milano 1932), s. 6.

(8) Tuozi (s. g. e.), s. 55.

(9) Tuozi (s. g. e.), s. 55.

mesini istemekte hakkı vardır (10). Ancak monagami halindeki evlilik müessesesinde zinanın suç sayılması mümkündür

3. *Halk efkârı*: Sadece boşanmanın, sadakatsizliğin müeyyidesi sayılmasını, buna ayrıca ceza ilâvesine lüzum olmadığı izah eden düşünceleri halka kabul ettirmek imkânsızdır. Çoğunluk, zinanın suç kalmasına ve hattâ cezasının, kanunlardakinden daha ağır olmasına taraftardır. Şiddete götüren sosyal bir tesanüdün en fazla üzerinde toplandığı suçlardan biri de zinadır.

4. *Ceza siyaseti mülâhazaları*: Zinanın yalnız «boşanma sebebi» olarak kalması ve suç sayılmaması fikri üzerindeki münakaşalarda ekseriya hukuki alandan çıkıldığı doğrudur. Zina, bazan tek cephesile kötü gözükabilir. Sevginin, ahlâk kaidelerinden kuvvetli olduğu hâdiseler yok değildir. Fakat zinaya dayanan sevginin kötü ve iyi tarafını tefrik imkânsızdır ve ekseriya kadın için başkaca maksatlara da hizmet eder. Manzini'nin işaret ettiği gibi (11) kocanın kusurları, zinayı mazur gösteremez, bu kusurlar kocadan nefrete sebep sayılmış olsalar dahi, başkasının bu sebepten sevildiği iddia edilemez, bu sadece bir intikam duygusudur (12).

a) *Cezanın tesirsizliği*: Ceza tehdidi, bir tek zina hâdisesini dahi önleyememiştir, bu suçun pek fazla işlenmesine rağmen bir kaç nadir dâva sosyal ve ailevi bakımdan zararlı skandallardan başka bir şey tevlit etmemiştir.

Zinanın tarihçesi, cezanın mütemadiyen azaldığını göstermektedir. Bu müşahede şahsî duyguya tabi tepkiyi cezanın önleyemeyeceğini gösterir. Zina karı - koca münasebetini ve sevgiyi nihayetlendirir, bundan sonrası sadece intikamdır ve kanun an'aneye sadakat uğruna şahsî intikama alet olmamalıdır. Yeni kanunlar (meselâ İsviçre CK. 214) zinayı pek fazla şarta bağlamak suretile takibini güçleştirmek yoluna gitmiştir ki (13) bu dahi zinanın gelecekte suç olmaktan çıkarılacağına dalâlet eder.

Eğer zinanın suç sayılması aile müessesesini himaye etmek ise yapılan istenilenin aksidir. Meselâ «aynılık kararı» bir tedbirdir

(10) Bk. Carrara (Programma...), III, § 1872.

(11) Manzini, VI, n. 2329.

(12) Manzini, VI, n. 2329; Logoz, II, s. 399; Fautier, Contre la répression pénale de l'adultère (Rev. pé. Suisse) 1944, s. 355.

(13) Logoz, II, s. 399.

ve kanun bir süre devam eden ayrılmadan sonra birliğin yeniden kurulabileceğini ümit ettiği için bu tedbiri kabul etmiştir. Halbuki cezada, aileyi koruyucu tedbir mahiyeti yoktur, mahkûmiyet bu birliğe son verir, eğer son vermemiş ise bu daha gayrı makul bir haldir. Diğer taraftan, ana, babası hakkında çocukların bütün ihtilâflara rağmen temiz insan olduklarına dair küçükten teessüs eden inancın, hükmen yıkılması, neticelerinin tahmini pek güç bir harekettir (14).

b) *Sübut güçlüğü* : Bir fiilin suç sayılması bahis mevzuu olduğunda sübut imkân ihmal edilemez. Meşhut suç hariç, zinanın isbatı kolay değildir. Kanunun hâkime tanıdığı takdir hakkı üzücü adli hatalara sebep olabilir (15). Ceza görmemek ümidi fazla olan hallerde ceza suçu önleyemez (16). Mahiyeti icabı, ekseriya cezasız kalacak fiilleri suç saymak doğru değildir (17). Sübutu tesadüfe, tecziyesi fertlerin iradesine bu kadar bağlı fiiller suç olmamalıdır.

c) *Diğer hareketler* : Kanun, zina fiilini cinsî temas olarak kabul eder. Bu itibarla diğer cinsî hareketler ve hattâ en müstehcen olanları suçun dışında kalmaktadır. Halbuki bu hareketler aile nizamını aynı derecede ihlâl ederler. Bu hareketlerin suç sayılmaması sebebi şöyle izah edilmek istenmiştir : Bu hareketler, başkasının ailesine hileli çocuk ithaline sebep olmazlar. Eğer böyle ise halen ilkaha mani tedbirler o kadar malûm ve cemiyetin muhtelif sınıflarında o kadar yaygındır ki çocuk ihtimali olmayan hallerde fiilin zina sayılmaması icap ederdi (18).

ç) *İlgada mahzur olmadığı* : Manzini kanaatini şöyle ifade etmektedir : Zinanın suç olmaktan çıkarılması Becceria'nın, Filangieri'nin, Pessina ve Lucchini'nin ve diğerlerinin kanaatine uygundur, bu fikir bir gün galip gelecektir. Bundan cemiyet için hiç bir mahzur doğmayacağı emniyetle söylenebilir. Medenî bir topluluk halinde yaşamak için, suç sayılması kat'i surette zaruri olan fiiller

(14) Bk. Manzini, VI, n. 2329; Dönmezer (s. g. e.), n. 266.

(15) Manzini, VI, n. 2329.

(16) Majno. m. 353, n. 1532.

(17) Bk. Beccaria, Dei delittie dellepene (Delitti di prova difficile)

(18) Manzini, VI, n. 2329.

den gayrısının cezalandırılmaması yolundaki ceza hukuku prensibi bu konuda da tatbik olunmalıdır (19).

Zinanın suç halinden çıkarılmasile cemiyet zarar görmeyecektir. Zina dolayısıyla hakkında boşanma kararı verilen eş hakkında çok sert medenî hukuk müeyyideleri ihdas etmek, suçlu eş ile ortağı aleyhine ağır tazminat imkânları yaratmak gibi usullerle (20) ihtiyacı kolaylıkla karşılamak mümkündür.

«Karısının sadakatını muhafaza için ihtiyatlı bir koca ceza kanunu maddelerinden daha başka şeylere güvenmelidir» (21) sözünde hakikat payı büyüktür. Her zina dâvası sosyal bir rezalet haline gelmektedir. Böyle bir dâvanın, sosyal bakımdan, aile müessesesine hizmet ettiği iddia edilemez. Ailede sadakat, kanun işi değildir. Esasen suçun adedine göre, dâva adedinin fevkalâde düşük olmasının mânası araştırılmak lâzımdır.

Ceza müessir olmadığı gibi, kanunu hor görme itiyadı da uyarır. Aile mefhumunun manevî ve ahlâki tesirinin önleyemediği zınayı cezanın önleyebileceği iddia edilemez. Mağdurun dahi çok kerre gizlemek zorunda kaldığı fiillerin suç sayılmamasında isabet vardır.

Zina, monagam aile müessesesinde karşılıklı sadakat vazifesinin ihlâlidir. Fakat cinsî ahlâk bakımından fena görülen ve tevlit ettiği sosyal zararın hiç de hafif olmadığı muhakkak olan nice fiiller vardır ki suç sayılmamıştır. Bu itibarla onlarla mukayesesinde zinanın suç sayılmasında isabet görülemez. Bugünkü cemiyette zina pek yaygın bir fiildir ve bu fiilin, mağdur eşin dışında ciddi bir sosyal tepki doğurduğu da iddia edilemez (22). Voltaire'in «azı-çok günahla büyük sevap» hikâyesi düşündürücüdür (23). Halk efkârının, ceza hukukunda ölçü kabulüne imkân yoktur, kaldı ki halkın tenviri imkânsız değildir (24).

5. *Boşanma ile zinâ arasındaki münasebet*: Bazı memleketlerde dinî sebepler gereğince boşanma mevcut değildir. Öyle olan

(19) Manzini, VI, n. 2329; Beccaria, (Delitti di prova difficile).

(20) Bk. Garraud, V, s. 567, nt. 2, n. 2149.

(21) Garraud (-dan naklen), V, n. 2150.

(22) Bk. Tuozzi, s. 288.

(23) Voltaire, Hikâyeler (çev. Baldaş, Fehmi), s. 68.

(24) Logoz, II, s. 399.

memleketlerde boşanmanın imkânsızlığı yüzünden zina hâdiseleri mevcuttur. Fakat sadece boşanmanın güç olduğu memleketlerde zinaya münhasıran bu güçlüğü sebep olduğu, bütün hâdiseler için, doğru bir iddia değildir. Fakat tatbikatta imkânsızlık haline gelen boşanma güçlüğü zina suçunu arttırdığı da aşikârdır.

Ferri'nin boşanmayı, ceza yerine kaim olan bir tedbir telâkki-si (25) uğradığı tenkide rağmen, doğrudur. Boşanmanın, ceza tehdidi yerine kaim olamayacağı zinanın sadece boşanma sebebi haline getirilmesinin bu suçu arttıracığı iddiası da doğru değildir. Kaldı ki zinanın isbatı güçlüğü karşısında, boşanmadığı için, kendiliğinden hak alma mânasına gelen hâdiselerin ender olduğu iddiası iddia edilemez.

Buna mukabil Garraud, boşanmanın 1884 kanunu ile Fransa'da yeniden ihdası zina suçlarında hissedilir bir azalmaya sebep olmadığı kanaatindedir (26). Fakat Ferri'nin, zina dâvaları ile zina sebebinden boşanma dâvaları arasında istatistiklere dayanarak çıkardığı neticeler daha muhtemeldir (27).

6. *Eşin rızası* : Bu rızanın, böyle bir suçu kaldıracığını kabul zarureti karşısında zinanın suç sayılmasını izah pek müşkül hale gelmektedir. Zinanın suç sayılması, evliliğin âmme müessesesi olmasına istinat ediyorsa eşin rızası ile suçun kalkacağını kabul kolay değildir. Fakat, gerçeğin bazen ne kadar soysuzlaştığını gösteren hükümlere kanunda rastlamak mümkündür, kocanın kanyı fuhşa teşvik etmesi gibi (TCK. 435, f 5). İsviçre Ceza Kanunu (m. 214) zinaya rıza gösteren eşin şikâyet hakkı olmadığını sarahaten zikretmiştir (28). Böyle hallerde kadın ile ortağının suçlu sayılmaması kocanın rızasının mevcut olduğundandır. Bununla beraber Türk Temyiz Mahkemesince «önceden karı, koca arasında yekdiğerine karşı dâva hakları olamayacağı suretinde aktedilmiş mukaveleye müstenit beraat kararı verilemeyeceği, böyle bir mukavelenin unumi adaba ve kanun hükümlerine muhalif olduğundan muteber ol-

(25) Ferri (Sociologia...), I, s. 520, nt. 1.

(26) Garraud, V, n. 2150; Fransa bakımından = kşz. Ferri (s. g. e.), s. 524.

(27) Ferri (s. g. e.), I, ss. 520; bk. Şensoy (s. g. makale), s. 89, nt. 43.

(28) Bk. Logoz, II, s. 401; kşz. Garraud, V, n. 2187.

madığı» neticesine varılmıştır (29). Bu ise düşündürücü bir haldir. Kadının, kocasının rızasına rağmen zina etmemesini, kadının evli olduğunu bilen suç ortağının, kocanın razı olduğuna vakıf bulunmasına rağmen suçu işlememesini gerektirecek, evlilik müessesesi masuniyetini kat'i olarak sağlayacak kanun yapılamadığına göre zinanın suç sayılması daima mütereddit bir kanaat olarak kalacaktır.

Kocanın rızasının mevcudiyeti hakkında bir kanaatin dahi kasdı kaldıracağı yolunda doktrinde yer alan fikir (30) haksız görülen mahkûmiyetlere sebep olmamak isteğinden ileri gelmekte ise de her halde zinanın suç sayılmasındaki tereddüdün de ifadesidir.

Diğer taraftan kanun şikâyet hakkını eşe tanımıştır. Aile müessesesinin kamu düzeni ile alâkasından dolayı zinanın suç sayıldığı kabul edilirse bu suçu şikâyete bağlı tutmak müşküldür, her ne kadar evlilik müessesesinin ve dolayısıyla âmme menfaatinin ihlâl edilip edilmediğini eşin takdirine bırakmanın zaruri olduğu yolunda bir izah şekli tercih edilmiş (31) ise de buna haklı bir izah denemez. O halde zinanın resen takibini kabul skandal korkusunu tevhit eder, mağdur eşe şikâyet hakkını tanımak ise, böyle bir fiili şikâyetteki manevî müşkülâtı ortaya koyar. Görülüyor ki zinanın suç sayılmasında bu bakımdan da müşkülât vardır.

Garraud'nın kanaatine göre, zinayı cezalandırmak Devletin hakkıdır, fakat vazifesi değildir, ceza takibinin münasip olup olmayacağını mağdur eş takdir eder, bu suretle zina yarı - hususî suç halinde kalmıştır (32). Bu düşünce, «şikâyet hakkı» nı izah eden fikirlerle bağdaşmamakta ve «yarı - hususî suç» gibi (!) bugünkü ceza hukuku anlayışına aykırı bir mefhumu dayanmaktadır.

Diğer taraftan zina «aile nizamı aleyhine cürüm» sayıldığına göre, münhasıran diğer eşin bu suçun mağduru sayılması ve neticede yalnız ona şikâyet hakkı tanınması tenakuz teşkil eder, baba

(29) 4 CD. 6.12.1956, e. 11011, k. 16139; bk. Tosun (Öztekin), evvel-den zinaya muvafakat ettiğini beyan eden eş, sonradan şikâyet ederek takibat yaptırabilir mi? (Ankara Baro Derg. 1955, s. 614).

(30) Manzini, VI, n. 2328.

(31) Manzini, VI, n. 2329.

(32) Garraud, V, n. 2150.

veya annenin zinadan mahkûmiyetinin, ailenin diğer unsurlarını teşkil eden çocuklara tesir etmeyeceği iddia edilemez. Şikâyet hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan sayıldığına ve mümeyyiz küçüklere bu hak tanındığına göre şikâyet hakkının zinada çocuklara da teşmili icap edecektir ki bu her halde pek garip bir netice olacaktır.

7. *Karı ile kocanın zinaları arasında fark*: Ekseri ceza kanunları tek fiille kadının zinasını kabul ve kocaya ise karısından başka bir kadınla «karı - koca gibi yaşamak» şeklini suç saymışlardır.

a) *Farkı haklı bulan düşünceler*: Bu düşünceler pek çeşitlidir.

aa. *Aileye hile karıştırmak*: Kadının hareketinin neticesi daha vahimdir, zira zinası ile, kanunun baba olarak kabul ettiği kimseden gayrisına ait bir çocuğu meşru aileye ithal etmektedir (33). «Ayrıca bir tek münasebetle kadının gebe kalması ve nesep rabitalarını bozması tehlikesi vardır» (34). Kocanın, başka kadından olma çocuğunu, menşeiini izah etmeksizin aileye sokmasına maddî imkân mutasavver değildir. Fakat «karının, zina mahsulü çocuğu kocasına mal etmesi kolaydır» (35). Tabiat kanununun çocuğa tanıdığı haklardan (36) onu mahrum etmeğe ananın hakkı yoktur. Kadın, erkek müsavatına rağmen, kadının zinası ile erkeğin zinasının neticeleri arasındaki gayri kabül mukayese farklar inkâr edilemez. Böyle olunca erkeğin zinasını farklı şartlara bağlamak taraf tutmak değildir (37).

bb. *Efkârı umumîye*: Kanun efkânı umumiyeden tecerrüt edemez, efkânı umumîye ise aldatılmış kocayı şerefsiz ve gülünç bulur (38). Dönmezer şu kanaattedir: «Kadın ve Erkeğin zinasının ayrı şartlara tabî tutulmasının daha muvafık olacağı fikrinde bulunuyoruz. Bir kere memleketimizin sosyal şartları kadın ve erkeğin tabî olduğu cinsiyet kotlarını ayrı surette tanzim etmiştir: Kocasından başkası ile münasebette bulunan kadın hem muhitce bütün

(33) Garraud, V, n. 2151.

(34) Dönmezer (s. g. e.), n. 267.

(35) Şensoy (s. g. e.), s. 85.

(36) Carrara (Programma...), III. § 1863.

(37) Carrara (Programma...), III. § 1876.

(38) Garraud, V, n. 2151.

şerefini kaybetmiş olur ve hem de koca ve çocuklarını küçük düşürür» (39). Manzini de aynı şekilde düşünmekte ve kocanın zinasının zararlı ve tahrik edici bir dereceye varmadıkça suç sayılmasına «kollektif vicdan» ın müsaait bulunmadığını ileri sürmektedir (40).

cc. *Tabiat kanunları* : Sosyal telâkkilerden ayrı olarak : «fiilin tecrimi hususunda farklı bir vaziyet ihdasına âmîl olan tabiat kanunları vardır» (41). «Kadın ile erkek arasındaki müsavâtı bozan hilkat olmuştur. Tabiat ve hilkat kanunları karşısında mevzu kanunların ne hükmü olabilir» (42). Kaldı ki normal, yani ceza kanununun esas tuttuğu kadın, gerek fizik yapısı gerekse sosyal münasebetleri bakımından, cinsî tahriklere erkeklerden daha az maruzdur (43). «Erkek yaradılışı itibarile başkasile vaki cinsî münasebetten sonra da karısı için duyduğu şefkat ve muhabbeti muhafaza edebilmek kudretine sahiptir. Kadına gelince, bir vak'aya da mahsus olsa, o bu fiili işledikten sonra artık müvazenesini kaybeder» (44).

b) *Farkı haksız bulanlar* : Bu düşüncede olanlara göre kadın ile erkeğin zinası arasında ne suç unsurlarında ve ne de cezada fark olamaz. Zira ceza hukukunda kadın, erkek müsavâtı utopya değildir.

aa. *Atlesiz çocuk yapmak* : Karının, ailesine yabancı çocuğu hile ile sokmağa hakkı yok ise de kocanın da ailesiz çocuk yapmağa hakkı yoktur. Kaldı ki kadın için «iddet müddeti» içindeki fiilleri zina sayılmamıştır. «Talâkdan dört ay geçmeden vukua gelen gayrimeşru cinsî münasebetler» i zina sayan 1274 tarihli ceza kanununun mehazı olan 1810 Fransız kanununda böyle bir hüküm yoktu (45).

bb. *Eşitlik* : Kanun önünde eşitlik, kadın - erkek farkını red eder. Esasen ceza kanununun bir suçun faili olmak bakımından,

(39) Dönmezer (s. g. e.), n. 267; bk. Şensoy (Zina cürmü, İstanbul HF. Derg. 1942, VIII, n. 1 - 2), s. 84, 85.

(40) Manzini, VI, n. 2340.

(41) Şensoy, (s. g. e.), s. 84.

(42) Onat (Burhanettin), 6123 sayılı K. müzakere zabıtları, 22.6.953, s. 174.

(43) Manzini, VI, n. 2340.

(44) Şensoy (s. g. e.), s. 84.

(45) Şensoy (a. g. makale), s. 79, nt. 19.

kadın ile erkek arasında fark görmesinde isabet mevcut değildir. Nitekim diğer suçlarda böyle bir fark gözetilmemiştir. «Türk kadın ve erkeği niçin yalnız bu madde muvacehesinde farklı duruma düşürülmüşlerdir? Bunda hâkim olan zihniyetin eski harem zihniyetinin son bir kalıntısı olduğunda şüphe yoktur» (46). Erkeğin zinasını farklı gören hüküm «erkeğin polizam olduğu esasına dayanan bir maddedir» (47).

cc. *Efkârı umumîye*: Kadının da gülünç vaziyette bırakılmasına cevaz verilemez. Kocanın bir tek hareketinin ailenin dağılmasına sebep olamayacağı yolunda bir kaide yoktur, «aile nizamı», Medenî Kanununun koyduğu «sadakât borcu» bakımından, tek veya mütevali fiil arasında fark görmeğe müsait değildir. «Kollektif vicdan» ın kocanın zinasını farklı kabul ettiğini bu vicdanı pek geri cemiyetlere bağlı kabul etmekle mümkündür. MK. nun mehazı kanunun müeyyidesini vaz'eden İsviçre Ceza Kanunu (m. 214) karının zinası ile erkeğin zinasını aynı şartlarla cezalandırmakta mahzur görmemiştir (48). Kaldı ki zinanın değil de, temadî eden bir durumun (= kan, koca gibi yaşama halinin) suç sayılması, tek ve münferit fiillerin cezasızlığı, dolayısıyla kocaya mübah bir sahanın kabul edilmesi demektir ki bu hukukî bir düşünce sayılamaz.

Kaldı ki zina halinde yakalama neticesinde adam öldürme bakımından kanun vazı, gerek erkek, gerek kadın için «cinsî münasebet» i kâfi saymış iken erkeğin zinasında farklı unsurlar kabul etmek insicama uygun değildir (kşz. TCK. 441, 462). Kocada ancak «itiyadî sadakatsızlık» ın cezalandırılabilceğini (49) iddia* pek gariptir. Kadın aynı ise «itiyat» dan bahsedilmesi değişik kadınlarla yaşamakta böyle bir itiyadın kabul edilemeyeceği kanaati ise (50) tamamen samimiyetten uzak bir düşüncedir.

çç. *Aile mefhumu*: Zinanın suç sayılmasında, «aile nizamı» mefhumu esas tutulduğuna göre bu nizama uygun neticelere var-

(46) Boran (Kâmil), 6123 sayılı K. Meclis müzakeresi 22.6.1953, s. 173.

(47) Arat (Pertev), 6123 sayılı K. Meclis müzakeresi 22.6.1953, s. 174.

(48) Bk. Logoz, II, s. 400.

(49) Bk. Carrara (Programma...), III, § 1870.

(50) Bk. Carrara (Programma...), III, § 1870.

mak doğru olur. Bu nizam karı - koca arasında «müsavat» fikrine dayanır. Kocanın reyinin hâkim olduğu istisnaların bu mevzu ile alakası yoktur. Medenî Kanunun boşanma sebebi olarak kadın ve erkeğin zinası arasında fark görmemesine (51) mukabil Ceza Kanununda, aile mefhumuna müsteniden zina suçunu izahta güçlük vardır. Zinayı aile nizamını ihlâl mefhumu ile izah ve buna rağmen zina bakımından kadın erkek farkını kabul eden düşüncelerin ilmi sayılması pek meşküktür. «Müsavat» fikrinin «ahlâken güzel, fakat beşerî münasebetler gerçeğine aykırı» (52) olduğu kanaati, zannımıza göre tamâmile yersizdir. Bu suç bakımından karı ile koca arasında fark görmek, kadını sosyal bakımdan aşağı görmek (53) temayülünün tezahüründen ibarettir.

II. KADININ ZINASI

- b. Suçun faili (a. Asli fail, b. İştirak, c. Asli failerin şahsi durumları, ç. tabiiyet) — 2. Suçun maddî unsuru (a. Suçun ön şartı, b. Zina faili, c. Zinanın isbatı, ç. İktidarsızlık, d. fiilin terası) — 3. Suçun manevî unsuru.

TCK. nun 440. maddesine göre : «zina eden karı» cezalandırılır. «Karının evli olduğunu bilerek bu fiilde ortak olan kimse hakkında da aynı ceza hükmolunur.»

Bu hüküm zinanın tarifini vermemektedir. «Bir çok eski ve yeni kanunlar gibi Türk Ceza Kanunu da zinayı tarif etmiş değil-

(51) Oğuzoğlu, II, s. 94; Rossel - Mentha, I, s. 236; Saymen - Elbir, II, ss. 242; «Medenî Kanun erkeğin zinası ile kadının zinası arasında hiç bir fark gözetmediği halde TCK. nun 440. maddesi erkeğin zinasını ağır bir takım şartlara tâbi tutarken erkekle kadının zinası arasında bir fark gözetmiş ve erkeğin zina hallerini tahdit etmiştir. Zinanın mutlak bir boşanma sebebi olması için zina suçunun değil, fakat zina fiilinin vaki olması lâzımdır. MK. na göre zina kararı, kocanın birbirlerine karşı mükellef buldukları sadakat vazifesinin ihlâlidir. Bu itibarla Medenî Kanun zina hususunda karı ile kocayı müsavi muameleye tâbi tutmaktadır».

(52) Manzini, VI, n. 2340.

(53) Tuozzi, s. 296.

dir» (54). Bunun sebebi, zamanla değişen telâkkilere çok bağı bir konuda kanun vazının «müterakki yorum» a yer verilmesini istemesinden olsa gerektir.

1. *Suçun faili* : Biri evli kadın olmak üzere, ayrı cinsten iki kişinin birleşmesiyle bu suç işlenebilir. «Sevicilik» zina sayılmamıştır (55).

a) *Asli fail* : Evli kadın ve diğer suçlu, her ikisi de maddi-asli faildir. Zira zina her ikisinin bedenî birleşmesi ile işlenmiş olabilir. Bununla beraber, kadının suç ortağının malûm olması şart değildir, kaldı ki ekseriya bu şahıslar birden ziyadedir. İtalyan Temyiz Mahkemesince de kabul edildiği üzere kadının cinsî temasta bulunduğu şahısların kimler olduğunun tâyini, zinanın teşekkülü için zaruri sayılmamıştır. Evli kadının fuhşu, zinanın ağır bir şeklinden ibarettir (56).

Zinanın kadın bakımından, bazı itiraf, gebelik vesaire gibi hallerde, aşıkâr surette sübuta ermiş olması, buna mukabil suçluluktan şüphe edileñ muayyen bir şahıs bakımından ise sübutun kifayetsiz kalmış bulunması mümkündür (57). Gebeliğin zinanın delili olduğuna, ortağın bilinememesinin karının cezadan kurtulmasına yol açmayacağına » karar verilmiştir (58).

b) *İştirak* : Zinaya üçüncü şahısların «fer'i iştirak» i mümkündür (59). Bununla beraber üçüncü şahısların, sadakat borcuna yabancı olmalarından dolayı cezalandırılmamaları lâzım geldiği de iddia edilmiştir. Bu düşüncede isabet yoktur. Eğer böyle olsa idi, kadının suç ortağı olan erkeğin de (ve kocanın zinasında diğer kadının da) cezalandırılmaması lâzım gelirdi (60).

(54) Şensoy, zina cürmü (İstanbul HF. Mec, VIII, n. 1 - 2), s. 78 bk. nt. 17; Hâker (Hakkı) mevzuatımıza göre zina tekevvün şartları (Ad. Derg. 1942), s. 1208.

(55) Bouché (A.), Etude sur l'adultère (Paris 1893), s. 200; bk. Şensoy (a. g. makale), s. 81.

(56) Manzini, VI, n. 2328, s. 660, n. 2.

(57) Manzini, VI, n. 2328; Goyet, s. 412.

(58) 4 CD. 29.6.1948, e. 7953, k. 8201.

(59) Carrara (Programma...), III, § 1906, ksz. Bouché, s. 216 bk. Logoz, II, s. 400. ũ

(60) Tuozzi, s. 305.

e) *Aslı faillerin şahsî durumları* : Bu durumlar suçun husulüne mani değildir. Yaş küçüklüğü, kanunun umumî hükümlerinde nazara aldığı hallerde, sadece cezayı azaltıcı sebeptir. Aslı faillerden birinin cezaen mes'ul olmaması (aklı malûliyeti) veya cezayı azaltan şahsa bağlı bir sebepten istifadesi, diğerine sirayet etmez. Sarhoşluk halinde, ait olduğu hüküm (TCK. 48) tatbik olunur. Yaşlılık hali, ilkah kabiliyetini kaldırmış olsa bile, zinanın husulüne mani değildir (61).

Faillerin hususî sıfat veya rabitaları (üvey oğlu ile zina eden kadın, fücür münasebetini de ihtiva eden zina gibi) kanunda ayrıca şiddet sebebi sayılmamış ise de bu gibi hallerin hâkimin «umumî takdir hakkı» na müessir olacağı tabiidir. «Karınnn haksız terk edilmesi tahfif sebebinden (TCK. 442) istifade ettirilmesi halinde suç ortağına aynı hükmün tatbik edilmemesi» yolsuz sayılmıştır (62). Bu karar, tahfif sebeplerinin ortaklar arasında ademi sirayeti kaidesine aykırıdır (bk. Erem, I, § 115 A).

ç) *Tabiiyet* : Mağdur ve suçluların yabancı tabiiyetinde olmalarının suça müessir olup olamayacağı üzerinde de durulmuştur. Zina suçunun aile müessesesi ile olan alâkası ve bu müesseseye taallük eden meselelerin de «ahvali şahsiye» ye taallük hasebile yabancılar arasında zina fiilinin suçun işlendiği memleket ceza kanununa tabi olmayacağı iddia edilmiştir. Buna rağmen, Fransız Temyiz Mahkemesi, kendisine intikal eden bir dâvada tabiiyetin bütün suçlar gibi, zinaya da müessir olamayacağı gerekçesi ile bu iddiayı red etmiştir (63).

2. *Suçun maddî unsuru* : Kanunda, maddî unsur «zina etmek» şeklinde gösterilmiş, bu tabirin muhtevası açıklanmamıştır.

a) *Suçun ön şartı* : Kadının «evli» olması lâzımdır. «Nişanlanma» kâfi değildir. «Karı, kocalık sıfatı nikâhla başlar, zifafın vu-

(61) Bouché (s. g. e.), s. 201; Manzini, VI, n. 2328; Şensoy (a. g. makale), s. 81; Garraud, V, n. 2154.

(62) 4 CD. 30.1.1953, e. 9, k. 958.

(63) Bu hususta bk. Tuozzi, s. 326.

kua gelmemesi müessir sayılmaz» (64). Nikâh sahîh olmalıdır (65). «Dinî nikâh» nazara alınmaz.

aa. *Nikâhın sıhhati*: İhtilâf halinde bunun bir «ön mesele» (= meselei müstehire) teşkil etmesi lâzım gelmektedir. «Ceza mahkemesinin nikâhın sıhhat ve butlanını tesbite ve ona istinat ederek zinanın kanunî unsurları bulunmamasından dolayı beraat kararı vermeğe salâhiyetli olmayacağı ve hâdisede karı koca arasındaki nikâhın MK. hükümlerine aykırı olduğu zehabı hasil olduğu takdirde nikâhın sahîh olup olmadığının tesbiti için meselei müstehire suretile işin hukuk mahkemesince halli için sanık kadına münasip mehil verilmesi ve neticeye göre işin karara rabtı iktiza ederken zuhul edilmesi yolsuz» sayılmıştır (66).

Fransız Temyiz Mahkemesi de evliliğin sıhhati hakkında tereddüt hasil olursa meselenin hukuk mahkemesinde halli gereken bir «ön mesele» sayılması içtihadındadır. Bu içtihada nazaran «ahvali şahsiye» ye ait her mesele hukuk mahkemesinde halledilmelidir (67). Carrara ceza mahkemesinin hukuk mahkemesi kararını beklemesi ve eğer hukuk mahkemesinde nikâhın butlanına karar verilirse ceza dâvasının düşmesine ceza mahkemesince karar verilmesi karâatındadır (68).

Meselenin CMUK. bakımından halledilmesi doğru olur. Nikâhın mevcudiyeti «bir fiilin suç olup olmaması» yolunda bir «ön mesele» ye vücut verdiğinden bunun da diğerleri gibi, CMUK. hükümlerine göre (m. 255) halledilmesi icap eder. Eğer mahkeme, hukuk mahkemesinde dâva açılması için mehil verecek ise, bu yoldaki talebin ciddi vakalara dayanıp dayanmadığına bakmak zordur (69).

«Butlan» bakımından Medenî Kanun hükümlerini ceza hukukuna intikal ettirmekte isabet yoktur. «MK. nun 124. maddesinin,

(64) CGK. 16.10.1944, e. 243, k. 243.

(65) Bk. Olcay (Fethi), zina suçu hakkında tahlili bir etüd (Ad. Derg. 1949, n. 3), s. 327; Acar (Mahmut Bedri) Zina (Ankara Baro Derg. 1951, s. 42).

(66) 4 CD. 12.3.1936 e. 8812, k. 2060; bk. Tuozzi, 295.

(67) Bk. Vidal - Magnol, (8. bası), s. 788, nt. 2; Bouché, s. 293; kşz. Garraud, V. nn. 2155.

(68) Carrara (Programma...), III, § 1884 ve 1930; bk. Tuozzi, s. 323.

(69) Goyet, s. 410.

mutlak butlan ile malûl bir evlenmenin sahih bir evlenmenin bütün hükümlerini haizdir, fıkrasını ancak medenî netice ve hükümler bakımından mütalâa edip cezaî vasıf taşıyan işbu hâdiseye teşmili müesses ceza prensiplerine uygun düşmeyeceğine karar verilmiştir (70).

bb. *Evlenmenin devamı* : Fiilin işlendiği zamanda evlenmenin sona ermemiş olması lâzımdır. Evlenmenin sona ermesi sebebinin (ölüm, butlan, boşanma vesaire) ehemmiyeti yoktur. «Boşanma kararı» kesinleşinceye kadar karılık sıfatı devam eder.» Boşanmadan sonra işlenen zinadan mahkûmiyet kararı verilemez (71).

a') *Boşanma dâvası* : Boşanma, zina suçu bakımından bir kaç yönden, incelenmesi gereken bir konudur.

b') *Dâva zarureti* : Zinadan şikâyet için aynı zamanda boşanma dâvasının açılmış olmasının şart koşulması icap edip etmediği üzerinde de durulmuştur (72).

Hukuk mahkemesinde boşanma dâvası açmaksızın, ceza dâvasını tahrik etmekte samîmiyet yoktur. Bu itibarla her iki dâvanın hiç olmazsa birlikte açılmasına dair âmîr bir hükme ihtiyaç vardır. İsviçre Ceza Kanunu (m. 214) zinanın cezalandırılması için, boşanmaya veya ayrılığa zina sebebi ile karar verilmiş bulunmasını şart koşturmaktadır. Hattâ başka bir sebeple boşanma fiilin cezalandırılmasına kâfi sayılmamaktadır. Şartın sebebi şöylece izah edilmektedir : Ceza tabiki, bilhassa çocukların zararına bir skandal tevlihtir eder. Kaldı ki zinadan mahkûm ettirdiği eşi ile evliliği devam ettirmek salâhiyetinin eşe tanınması doğru değildir (73). İsviçre Ceza Kanunu, umumî kaideden bu suç bakımından ayrılarak, üç aylık şikâyetlinin zinadan dolayı boşanma veya ayrılık kararının kesinleştiği tarihten başlamasını kabul etmiştir (74).

c.) *Hükmin tesiri* : Ceza ve hukuk hâkimlerinin kararlarının birbirlerine tesiri, bu meseleye ait umumî kaidelerde zina bakımın-

(70) CGK. 16.1.1956, e. 298, k. 8.

(71) CGK. 12.5.1947, e. 64 k. 76.

(72) Bk. Curti - Forrer, s. 115.

(73) Bk. Logoz, II, s. 400.

(74) İsviçre CK. 29, 214; bk. Logoz, II, s. 401.

dan bir fark görmeği gerektirmez. «Temyiz Mahkemesi zina sebebi ile boşanmada, hâkimin ceza kararını da nazara almakta serbest olduğunu içtihat etmiştir. Ceza kararı, zina fiili hâdisesinin isbatı bakımından tam ve mükemmel bir delil teşkil eder ve hukuk hâkimi bunu nazara almağa mecburdur. Nitekim 2. Hukuk Dairesi, Af Kanunu ile ortadan kaldırılmış olan ceza dâvasındaki zina dosyasında toplanmış delillerin hukuk hâkimi tarafından nazara alınmamasını yolsuz telâkki etmiştir» (75).

İki mahkemeden birinin evvelce verilmiş kararının diğerini bağlayıp bağlamıyacağı hususunu sübut ve tavsif bakımından ele almak bu husustaki içtihadı uygundur. Fiilin sübutuna dair mukaddem karar zinâyı kabul eden karar hukuk mahkemesi kararı olsa (76) diğer mahkemeyi bağliyacaktır. Fakat bilhassa erkeğin zinasında ceza ve hukuk mahkemelerinin tavsif bakımından ayrı neticelere varmaları tabiidir. Beraat kararları için de böyle düşünmek lâzımdır. Vasıftan beraat diğer mahkemeyi takyit edemez.

ç) *Boşanmadan sonraki şikâyet*: Boşanmanın, evvelce verilmiş şikâyet üzerine açılmış dâvayı (ve hattâ cezayı) düşürmesine dair kanunda hüküm yoktur. Bununla beraber evlilik bağının infisahundan sonra dâva ve cezanın mesnedini bulmak kolay değildir.

Evlilik devam ederken işlenmiş zina hakkında boşanmadan sonra şikâyet kabul edilemez. Zira kanun şikâyet hakkını «karı» veya «koca» ya tanımıştır (TCK. 443). Boşanmadan sonra bu sıfatlar mevcut değildir. «Hukuk mahkemesinde boşanma kararı verildikten sonra vuku bulan zina suçundan dolayı kocanın dâva açmaya hakkı bulunmadığına» (77) ve «şikâyet tarihinin boşanma kararının kesinleşmesinden önce olması itibariyle ceza tâyininin doğru olduğuna» (78) karar verilmiştir. Bununla beraber «boşanmanın, kesinleşme tarihinden değil, boşanma kararının verildiği tarihten hükmedeceği» yolundaki içtihat daha isabetlidir (79).

(75) Saymen - Elbir (s. g. e.), II, s. 243, nt. 32; bk. 2 HD. 14.4.1953, e. 1324, k. 1968 (Saymen - Erman - Elbir, külliyat, VII, n. 18); 2. HD. 1.10.1951, e. 4976, k. 6186 (aynı külliyat, IV, n. 1729); bk. Sensoy (a.g. makale), s. 80.

(76) Bk. Logoz, II, s. 401.

(77) 4 CD. 24.12.1948, e. 13785, k. 13912.

(78) 4 CD. 15.2.1952, e. 1615, k. 1615.

(79) 4 CD. 11.11.1944, e. 8233, k. 11246.

b) *Zina fiili*: Kanunda, zina etmekle nasıl bir fiil murat olduğu açıklanmamış olmakla beraber tatbikat bu fiili, «cinsî temas» şeklinde anlamaktadır. Bu hale göre zina, evli kadının kocasından gayri bir erkekle iradî surette cinsî temasta bulunmasıdır. Cinsî temasın tam veya kısmî, fakat duhûl şeklinde anlaşılması pek fazla daraltıcı bir yorumdur. Kanunun sadece «zina etmek» ibaresini kullanmış olması, bilâkis «genişletici yorum» a müsade ettiği mânâsına alınmak lâzım gelir.

Cinsî temasın tabiata aykırı yoldan icrasının zina olmayacağı, zira ilhâmın bu yoldan mümkün olmadığı fikri ileri sürülmüştür. Carrara, böyle bir fiilin ancak kocaya hakaret sayılabileceği, kocalık haklarının ihlâl edilmemiş olduğu, zira kocanın dahi böyle bir fiile hakkı olmadığı kanaatindedir (80). Manzini ise, mese'enin bu noktai nazardan çözülemeyeceği, suçun hukukî (evlilik nizamının ihlâli) ve fiilî mahiyetinin (cinsî birleşme) nazara alınması gerektiği fikrindedir (81).

Kadının zinası, âni suçlardandır, aynı erkekle fiilin devamı «müteselsil suç» (TCK. 80) olur. Teselsül varsa 80. madde mut'aka nazara alınmalıdır (82). Zinadan mahkûmiyet kararından sonra fiilin aynı erkekle tekrarlanması yeni bir suçtur (83). Erkeğin değişmesi halinde, ayrı ayrı suçlar husule gelir. Zira her defasında başka erkek için yeni ve müstakil bir «suç kararı»na ihtiyaç vardır. Mağdurun (kocanın) aynı şahıs olması fiilleri müteselsil suç saymağa kâfi değildir. Temyiz içtihadı da böyledir (84).

c) *Zinanın isbatı*: Kanun, zina fiilini tâyin müşkülâtı içindedir. Esasen yaklaşmayı ifade eden hareketler arasında herhangi bir hududun çizilmesi şekilden ibaret kalır. Bir çeşit «ahlâkî zina» cezası müstelzim şahayı pek genişletecektir. Tatbikatta, ihtimale müstenit kararlara rastlanmaktadır. Tahmine dayanan adalet fevkalâde tehlikelidir.

(80) Carrara, III, § 1884; bk. Tuozzi, s. 294; Majno, m. 353, n. 1534.

(81) Manzini, VI, s. 668, nt. 1; Curti - Forer, s. 115; bk. Rossel-Mentha, I, s. 236.

(82) 2 CD. 17.4.1948, e. 4114, k. 4151.

(83) Bk. Manzini, II, (1933), n. 495; aynı kanaat: 4 CD. 23.1.1946, e. 1138, k. 989.

(84) CGK. 5.5.1930 (bk. Erem, I, müteselsil suç, § 119, s. 513).

«Kırda beraber gezme ve diğerinin boynuna kol atmanın ancak âşıkane münasebete delâlet edip zinanın vukuunu ve hattâ teşebbüs derecesine vardığını isbat edemeyeceğine» (85), «evli bir kadının evine bir erkeği almasının zinanın kat'i delili olamayacağına» karar verilmiş halbuki «gecenin geç saatlerinde ev içinde bir erkekle bulunmanın zinaya ve hiç olmazsa zina teşebbüsüne açıkça delâlet edeceği» neticesine varılmıştır (86). Bu haksızlık ihtimalini kabul eden bir karardır. Zinanın «zahiri delil» ile kabulü yolundaki içtihat ise (87) ceza hukukunun inkârınâ eşit bir düşüncüdür. Diğer taraftan, bir memlekette bir kimseyi zinadan mahkûm ettirmek, boşanmadan daha kolay olursa, tatbikat kanuna bazı şeyler ilâve ediyor, demektir. Bununla beraber, Fransız Temyiz Mahkemesi dahi «karine yolile isbat» a cevaz vermektedir (88). Zannımıza göre karine ihtiyacı şunlardır: Eğer zina sadakat vazifesinin ihlâli ise, zinaya kadar sadakatın muhafaza edildiğine inamak garip olur, esasen bu ana kadar eşi sadık addetmek ahlâkın pek fazla fizyolojik bir şeklidir. Fakat bu neticeyi kabul için zina karinesine lüzum yoktur, sadakat vazifesini ihlâl eden her hareketin zina veya zinaya teşebbüs sayılması mantıklı olur (89). Bu çeşit hareketlerde sadece ahlâksızlık sayılan fiillerle suç teşkil eden fiillerin nerede başlayıp biteceğinin münakaşasına girmekte fayda yoktur. Frisoli'ye göre (90), gerek kadının gerek kocanın zinasında, suç, eş ile üçüncü şahıs arasında cinsî sempati fiillerinin husulü ile tekemmül etmiş olur, zira bu suretle sadakat borcu ihlâl edilmiştir. Hareketleri tefrike ve hattâ tabii ve gayritabii temas veya benzeri hareketlerde fark görmeğe lüzum yoktur.

Zinanın isbatı bakımından «kan muayenesi» usulü bazan kuvvetli delil olabilir. «Çocukla dâvacının kanlarının muayenesi ile babaya izafesi mümkün olup olmadığının tesbitinin zarurî oldu-

(85) 4 CD. 11.11.1948, 10480/11674.

(86) 4 CD. 3.1.1951, 2/2.

(87) 4 CD. 15.5.1952, 1632/1623, «kapının içerden kapatılmasının zinanın zahiri delili olduğu» (4 CD. 15.5.1952, e. 1623, k. 1623).

(88) Vidal - Magnol, s. 833, nt. 4; bk. Tuozzi, s. 324; kşz. Carrara (Programma...), III, § 1836.

(89) Bu hususta bk. Frisoli (s. g. e.), s. 9, nt. 2.

(90) Frisoli (s. g. e.), s. 13.

ğuna» karar verilmiştir (91). Böyle bir muayenenin menfi netice vermesi karının zinasına delil olabilir. Fakat kadının suç ortağı olduğu iddia edilen erkeğin kan muayenesine muvafakat etmemesi halinde bu sanık üzerinde zor kullanmasına usul hukuku müsait değildir. Diğer taraftan kan muayenesi hakkındaki kaidelerden, her hâdisede kat'i neticeye varmak da mümkün olamamaktadır.

c) *Iktidarsızlık*: Eğer suçun maddî unsuru «cinsî temas» olarak anlaşılacaksa izahı imkânsız tatbikat husule gelecektir. Nitekim «erkeklik kudretinden mahrumiyetin fennen sübutu» halinde faillerin beraatı, lüzumuna karar verilmiştir (92). Halbuki iktidarsızlık bakımından, müellifler, bilhassa Manzini şöyle düşünmektedir: Her kadın, bedenen zina suçunu işlemeğe muktedirdir, hattâ normal yoldan duhule müsait olmasa dahi. Erkeğe gelince, hiç bir erkek mutlak iktidarsızlık halinde dahi, karısından başka kadına yaklaşmaya gayrimuktedir sayılamaz. Zira cinsî yaklaşıma için normal ve tam bir temas şart değildir (93).

d) *Fülûn icrası*: Zina, başka bir suç ile birlikte husule gelmiş olabilir. Buna ekseriya mesken masumiyetini de ihlâl suretiyle zinada rastlanır. Böyle hallerde iki ayrı suç vardır. Kocasına zührevî hastalıklardan birini aşlayan kadın hakkında ayrıca «hastalık aşılama» dan ceza verilecektir (bk. Umumî Hıfzıssıhha K. 110, 290, TCK. 459) (94).

Zinaya «teşebbüs» imkânsız değildir. «Her ne kadar kanunumuz zinaya taallük eden maddelerinde, teşebbüs cezası bakımından, hususî bir hüküm ihtiva etmiyorsa da, bu nevi sarahat bulunmayan hallerde 61^a ve 62. maddelerdeki umumî hükümlerin icabatıyla amel olunmak gerektir» (95). Fakat burada «icra hareketleri» ile «ihzar hareketleri» ni tefrik güçtür (96). Sadece öpüşme, âşıkane mükâleme, zina itirafını ihtiva etmeyen mektuplar gibi ha-

(91) 4 CD. 10.3.1953, e. 1505, k. 2496.

(92) 4 CD. 28.3.1951, 2191/2191.

(93) Manzini, VI, n. 2330.

(94) Bu hususta bk. Manzini, VI, n. 2331.

(95) Şensoy (s. g. makale), s. 82.

(96) Bk. Carrara (Programma...), III, § 1907; Şensoy (s. g. makale), s. 83, nt. 29

reketler «icra hareketi» sayılamaz. Tefrik güçlüğünden dolayı kanunun zinaya teşebbüsü cezalandırmadığı iddiasında olanlar da vardır (97).

3. Suçun manevi unsuru :

Bu suç için «umumî kast» kâfidir. Kadının zorla ırzına geçilmiş olmasında «kast» dan bahsedilemez. Evlilik bağının nihayete ermiş olduğu hususunda hata veya «şahısta hata» kasdı kaldırmaz. Kadının hatası, diğer faile sâri değildir.

Erkeğin, diğer sanık kadının evli olduğunu bilmemesi yalnız onun hakkında kasdı kaldırmaz tesir icra eder. Kadının evli olup olmadığını tahkik etmemiş olmak «kusur» olabilir, fakat kusur «kast» yerine geçemez. «Evlilik kaydının nüfusa geçmemiş olmasına ve kadının evli olduğunu bilerek sanığın suça iştirak ettiği hakkında kesin deliller gösterilmeden mahkûmiyet kararı verilmesini» Temyiz yolsuz bulmuştur (98).

Zinada, iki tarafın iradelerinin birleşmesi tabii olduğundan kadının iradesi haricindeki bir temas (uyku, baygınlık, narkoz vesaire) kasdı değildir. Sarhoşluk, zina suçunda da, umumî hükümlere (TCK. 48) tabidir. Kadının ceza mes'uliyetine sahip bulunmaması (akıl malûliyeti gibi) erkeğin suçunu kaldırmaz.

Kadın için «haksız tahrik» hükmünün tatbik edilemeyeceği iddia edilemez (99). Şartları mevcut ise, umumî hükümler arasında yer alan haksız tahrik hükmünün (TCK. 51) kadın lehine tatbik edilmemesine sebep yoktur.

III. KOCANIN ZINASI

1. Suçun faili - 2. Suçun maddî unsuru (a. Kadın tutmak, b. Mekân şartı) - 3. Suçun manevi unsuru.

TCK. nun 441. maddesine göre; «Karı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahut herkesçe bilinecek surette başka yerde

(97) Bk. Goyet, s. 405; Garraud, V, n. 2154.

(98) 4 CD. 19.4.1949, e. 4492, k. 6015.

(99) kşz. Carrara (Programma...), III, § 1895.

karı koca gibi geçinmek için başkası ile evli olmayan bir kadını tutmakta olan koca hakkında» zina eden kadına verilen ceza hükümlenir. «Erkeğin evli olduğunu bilerek bu fiile şerik olan kadın hakkında da aynı ceza verilir» (TCK. 441).

1. Suçun faili :

Bu suçu evli erkek ve onun suç ortağı kadın, müştereken işlemiş olurlar. Kanunumuz her iki ortağa «aynı ceza» yı vermektedir. Mevaz kanununda (m. 354) karı - koca gibi yaşamak suçunun ortağı kadına, evli erkeğe verilen cezadan daha az ceza tâyin olunmuştur.

Kocanın münferit fiilleri suç değildir, kanun başka bir kadınla karı - koca gibi yaşamak halini cezalandırmıştır, o halde kocanın fiilinin suç sayılmasının «sadakat vazifesi» ile alâkası yoktur, kanun vazı ancak karı - koca gibi yaşamak halini, «aile nizamı» na muhalefet saymıştır.

Kocanın zinasında, suç ortağı olan kadının hüviyeti meçhul kalabilir. «Evli kadının zinasında hüviyeti belli olmayan erkeğin bulunmaması ceza verilmesine mani bir sebep sayıldığı halde, karı koca gibi geçinme suçlarında kadının belli olmaması, erkeğin mes'uliyetini kaldırır» (100). Fakat böyle düşünmemek de mümkündür. Diğer bütün şartlar mevcut ise faillerden birinin meçhul kalması, diğerinin cezasız bırakılmasına sebep olmamalıdır. Fakat hiç şüphesiz diğer failin meçhul kaldığı bir hâdise zina şartlarının sübutu pek de mümkün görülemez.

2. Suçun maddi unsuru :

Kocanın, karsından gayri bir kadını «kansı ile birlikte ikamet etmekte olduğu evde yahutta herkesçe bilinecek surette başka yerde karı - koca gibi geçinmek için tutması» (TCK. 441) suçun maddi unsurunu meydana getirir. Reşit olmayan kadınla zinada 79. maddenin tatbiki lüzumlu görülmüştür (101).

(100) Olcay (Fethi), (s. g. makale), s. 331.

(101) Bk. Kut (Turhan), Kocanın reşit olmayan bir kadınla zinası (Ad. Derg. 944, s. 258).

a) *Kadın tutmak*: Bu tâbir «itiyadî zina» mânâsıdır. Bu unsurun tahkiki için herhalde cinsî münasebetin isbatı şarttır. Madde hükmünün yazılışı vazih değildir, cinsî münasebetin şart olmadığı yolunda bir netice çıkarmağa da müsaittir. Fakat «maddenin dahil bulunduğu fiil serlevhasının zina olması ve maddede, karı - koca gibi geçinmek üzere tâbirlerinin istimal edilmiş bulunması» (102) cinsî münasebetin şart olduğunu gösterir. Fakat «kudreti tenasüliyeye sahip olmayanın bu suçu işleyemeyeceği» yolundaki içtihatla isabet yoktur (103). Fakat bu görüşü «hakkaniyet» e uygun gören müellifler de vardır (104).

Cinsî münasebet haricinde kalan münasebetler bu suçun dışındadır. Sadece birlikte yaşamak, cinsî münasebete her zaman delil teşkil edemez.

Çeşitli hükümlerin tatbiki bakımından bu suç «mütemadi suç» sayılır (bk. TCK. 103) (105). Üçüncü şahısların temadinin devamı sırasında suça iştirakleri mümkündür. «Mütemadi mahiyette olan karı, koca gibi yaşamak suçunda, ancak hükmün kesinleşmesiyle hukuken inkita hasıl olacağına, bu itibarla mahkûmiyet kararı ile kararın kesinleşmesi tarihi arasındaki fiilin müstakil suç olamayacağına» karar verilmiştir (106). Bu kararda yer alan «hukukî inkita» mefhumu isabetsizdir (107). Kadının münhasıran aynı erkeğin cinsî inhisarında olmasının icap etmediği, aynı kadının birde ziyade şahsa hizmet etmiş olabileceği, bu şahısların birbirlerinden haberdar olup olmadıklarının ehemmiyeti olmadığı ileri sürülmüştür (108). Fakat bu gibi hâdiselerde «karı - koca gibi geçinmek» halinin nası¹ tahakkuk etmiş olacağını düşünmek güçtür.

(102) Dönmezer, (s. g. e.), n. 271 b.

(103) 4 CD. 15.4.1948, e. 4057, k. 4571.

(104) Kônü (Ömer), Kocanın zinası hakkında Yargıtayın bir kararını münasebetiyle (Ad. Derg. 1948, n. 8, s. 562).

(105) Goyet, s. 410.

(106) CGK. 21.2.1955, e. 78, k. 77; bk. Kıyak (Fahrettin), Zina cürmünün yenilenmesi (inkita) meseleleri, (Ankara Baro Derg. s. 706).

(107) Bk. Huguney, Adultère du mari au cours d'une instance en divorce (chronique), Rev. pénitentiaire et de dr. pé. 1931, n. 1 - 6, s. 94.

(108) Manzini, VI, n. 2341.

Başka başka kadınlarla zina, bu suçu meydana getiremez, kadın tutmakta aynı kadının bahis mevzuu olması icap eder (109). Kocanın, kirası ile de yaşamakta devamı veya diğer kadının kendi kocası ile aynı şekilde devamı, suçun husulüne mani değildir (110).

Karı, koca gibi geçimnek şartının tahkiki için, kadının ihtiyaçlarının koca tarafından karşılanması zarurî değildir (111).

b) Mekân şartı: Kanun, maddî unsurun muayyen bir mekânda icrasını lüzumlu görmüştür. Kocanın «karısı ile birlikte ikamet ettiği evde» (TCK. 441) diğer kadınla karı-koca gibi yaşaması veya «herkesçe bilinecek surette başka yerde» (TCK. 441) suç işlemesi icap etmektedir. Bu iki şekilden birincisinde fiilin «herkesçe bilinecek surette» olması şartı aranmamıştır. Zira bu birinci şekilde, karının mütemadi bir şekilde ta'zibi ve aile birliğinin devamı tahribi bahis mevzuudur. Kanun ikinci şekilde, bir çeşit «aleniyet» lüzumunu hissetmiştir. Fakat bir şeyin «gizli» olunca suç sayılamayacağını kanunda ifade etmek ihtiyatlı ve doğru bir hareket olmasa gerektir. Esasen kanunun aile meskeninden gayri yerleri mekân şartına kâfi saymasındaki maksatlardan biri de, ayrılık halinde aile meskeni olamayacağından kocanın zinasını cezalandırmanın imkânsız hale gelebileceği endişesidir. Bu sebeple «aleniyet şartı» nı yorumlarken makul olmak lâzımdır.

aa. Aile meskeni: Kanun, karı, kocanın «ikamet ettiği ev» tâbirini kullanması isabetli değildir (112). Kastedilen mâna karı, kocanın «mesken» ithiraz ettiği mahal olmak lâzımdır. «Mesken» birden ziyade mahale de delâlet edebilir. «Müştemilât» mesken mefhumunun vahdeti içinde kabul edilmelidir. Fakat her hâdisenin hususiyetinin nazara alınacağı tabiidir. Bu mevzuda, «mülkiyet» veya «kiracılık» gibi sıfatların önemi yoktur.

Aile meskeninde karının huzuru şart değildir. «Ayrılık halinde» eski aile meskeni, bu vasfını kaybeder ve «herkesçe bilinecek su-

(109) Manzini, VI, n. 2341.

(110) Manzini, VI, n. 2341.

(111) Tuozzi, s. 301; Bouché, s. 212; kşz. Goyet, s. 405.

(112) Bk. Desart (J.), La notion de la maison conjugale dans le délit d'entretien de concubine (Rev. de dr. pé. et de crim. 1936, s. 1199).

rette olmak» şartı aranır (113). Esasen aile meskeni, kocanın karısını ikamete mecbur tutabileceği (114) ve karının kendini kabul ettirebileceği (115) mahaldir.

Suç ortağı kadının, aile meskeninde, başka bir sıfatla da (hizmetçilik, akrabalık vesaire) bulunması mekân şartını ortadan kaldırmaz (116).

bb. Başka yerler: Aile meskeni dışında ve fakat «herkesçe bilinecek surette başka yerde karı-koca gibi geçinmek» mekân şartı bakımından, ikinci çeşidi meydana getirir. Bu mahal, zinaya iştirak eden kadının meskeni de olabilir (117).

Kanunun aradığı şart, «herkesçe bilinecek surette» karı-koca gibi yaşamak halidir. Bu şartın mevcut olabilmesi için (skandal husule gelmiş olsun veya olmasın, zira bu ayrıca şart koşulmamıştır), karı-koca gibi yaşamak vakiasının mevcudiyetini, çok adette kimselerin muhakkak saymış olmaları icap eder. Sadece birlikte yaşamamanın sübutundan, herkesçe bilinmiş olmak şartı istihraç edilemez. Diğer taraftan herkesçe bilinmek hususu, dedikodudan ileri olmak lâzımdır, herkesçe bilinmek şartı hâkimin takdir edeceği maddî meselelerdendir (118).

Kocanın muvakkaten ikamet ettiği mahaller (otel gibi) de karı, koca gibi yaşamak şartının kabulü her zaman mümkün değildir. Bunun hiç bir zaman zinaya müsait mekân şartı olarak kabul edilemeyeceği kanaatinde olanlar da vardır (119). Bununla beraber aldatıcı tedbirlere (kocanın mesken ittihaz ettiği yerle kadının harice karşı müstakil mesken sahibi olduğu zannını verecek bina kısımları arasında bir ara kapısı bulunması gibi) göre değil, gerçek duruma göre hâkim takdirini kullanmalıdır (120).

(113) Manzini, VI, n. 2341; Şensoy (s. g. makale), s. 87.

(114) Bouché, s. 213.

(115) 4 CD. 18.4.1935, e. 2419 (Bu hususta bk. Şensoy, s. g. makale, s. 87).

(116) Bk. Tuozzi, s. 301.

(117) Manzini, VI, n. 2341; Dönmezer (s. g. e.), s. 268

(118) Manzini, VI, n. 2341.

(119) Bk. Bouché, s. 213; ksz. Goyet, s. 406.

(120) Bk. Goyet, s. 406.

3. Suçun manevî unsuru :

Her iki suçlu hakkında «umumî kast» kâfidir. «Saik» kanunî unsur olarak nazara alınmamıştır.

IV. MÜŞTEREK HÜKÜMLER

A. AYRILIK VE TERK :

TCK. nun 442. maddesine göre : Kadının veya kocanın zina suçunun «işlendiği sırada karı ve koca birbirinden nikâh baki ka'dı-ğı halde hâkimin hükmü ile ayrılmış veya biri diğerini terk etmiş ise» haklarında daha az ceza tertip olunur.

1. Hükümün mahiyeti :

Gerek «ayrılık», «terk» hali, «suçun vasfında değişiklik» husule getirmez (CMUK. 258), kanunda müstakilen ceza tertip edilmiş gibi bir ifade tarzı ihtiyar edilmiş ise de her iki hal «cezaı azaltan kanunî sebepler» dendir.

Bu sebepler, «isnadiyet» e taallük eder, zira ayrılık veya terk zınada suç iradesinin aşması icap eden engelleri kaldırmak suretiyle «kast» ı hafifletmiştir. Aynı sebepler «mes'uliyet» ile de alâkalıdır, kanun hâdisede ailenin hukukî nizamının daha az ihlâl edilmiş olduğunu kabul etmiştir, zira ayrılık veya terk ile bu nizam esasen sarsılmıştır (121).

2. Ayrılık :

Suçun işlendiği sırada «ayrılık kararı» (MK. 138) verilmiş ve bu halin de sona ermemiş (MK. 139) olması lâzımdır.

Ayrılığa kimin kusuru ile karar verilmiş olmasını kanun nazara almamıştır. Mehzaz kanunda kusuru sebebiyle ayrılığa karar verilmiş olan eşin, diğeri aleyhine şikâyetinin kabul edilmeyeceğine dair sarîh bir hüküm mevcuttur (Mehzaz K. 356, f3). Bununla beraber evvelce ayrılığa zina suçlusu eşin kusuru sebebiyle karar

(121) Bk. Manzini, VI, n. 2333.

verilmiş olsa bile bu eş yine de tahfif sebebinden istifade eder (122). Bütün bu hükümleri mantıkan izah pek güçtür. Cinsî isteğin doğurduğu zaruretten mütevellit oldukça kuvvetli bir mazeretin mevcudiyeti şeklinde bir izah (123) ayrılık müessesesinin cinsî bir serbesti sağladığı mânasına gelecektir ki bu müessesenin böyle bir maksatla ihdas edildiği iddia edilemez. Evlilik bağının devamını kabul, diğer taraftan ayrılık da cezayı azaltıcı vasıf görmek mantıkî değildir. Bu mantıksızlık ayrılık müessesesinin gayri ahlâkî bir müessese olduğu yolundaki fikri de haklı çıkarması mümkündür. Filhakika Mevaz Kanun hazırlanırken, ayrılık halinde iken işlenen zinanın suç sayılmaması dahi teklif olunmuştu. Fakat böyle bir hükmün kabulünün ayrılık müessesesinin mahiyetine aykırı düşeceği, zira bu müessesenin evlilik bağını kaldırmadığı ileri sürüldü (124). Fakat ayrılığın, evlilik bağını kaldırmadığına göre nasıl olup da cezayı azaltıcı tesire sahip olduğunu izah da kolay değildir. Bununla beraber sebebi ne olursa olsun, müşterek hayat sona ermiş ise, fiilin zina sayılmasının güçlüğü kabul edilebileceği hâdiseler yok değildir. İsviçre Ceza Kanunu (m. 214), zinanın müşterek hayatın sona erdiği zamanda işlenmiş olması halinde hâkimin, suçluyu cezadan muaf tutabileceği hükmünü vaz'etmiştir (125).

Temyiz Mahkemesince «ayrılık kabahatinin diğer tarafa ait olduğu tesbit edilmeden sanık eş hakkında tahfife gidilemeyeceğine» karar verilmiştir (126).

Suçun, ayrılığın devamı sırasında işlendiği hususunun isbatı, tahfif sebebini talep eden tarafa düşer. Bu husus «maddî meseleler» dendir (127).

3. Terk :

Kanun bir fiili terk durumunu cezayı azaltıcı sebep saymıştır. Herhangi bir durumun «terk» sayılıp sayılmıyacağını hâkim tak-

(112) Bk. Manzini, VI, n. 2333.

(123) Tuozzi, s. 306.

(124) Bk. Majno, m. 355, n. 1542.

(125) Bk. Logoz, II, s. 399.

(126) 4 CD. 7.5.1948, e. 5404, k. 5569.

(127) Bk. Manzini, VI, n. 2333.

dir edecektir. Evlilik vazifelerinin sadece «ihmalı» kâfi değildir. Birlikte yaşamının fiilen sona ermiş olması lâzımdır.

Hangi sebeple olursa olsun, hattâ gayri ahlâkî sebeple de olsa, sürekli olmayan terkte tahfif sebebi görülemez. Fakat sürekliliğin muayyen bir zaman geçmiş olması ile kabulü iddia edilemez, diğer hallerden de süreklilik istihraç olunabilir (eşin başkası ile kaçması gibi) (128).

Kanun «terk edilmiş eş» in durumunu nazara almak istemiştir. Bu itibarla terkin diğer eşin ihtiyarı ile olması icap eder, düşmanından kaçmak, tevkif edilmek, askerlik, fena muameleden dolayı kaçmak gibi eşin ihtiyarı dışındaki hallerde, bu hallere sebebiyet vermekte eş kusurlu dahi olsa terk mevcut değildir.

Terkin zina eden eşden değil, diğerinden gelmiş olması ve diğer eşin, terkte haksız olması lâzım geldiği münakaşası kabil hususlardandır (129). Gayri ahlâkî hareketleri sebebiyle evinden kovulan karının zinasında, terk tahfif sebebinden istifadesi makul değildir. Bununla beraber gerek ayrılık, gerek terk halinin tahfif sebebi sayılması, aile nizamının esasen sarsılmış olmasından ileri geliyorsa, tahfiften istifade için diğer tarafta bir «haksızlık» aramak doğru değildir (130).

«Kocası askerde iken kaynanası ile geçinemiyen kadının evi terk etmesinde» (131) Temyiz Mahkemesi haklı terk vasfı görmemiştir. «Nikâhtan sonra düğün hazırlığı yapılmak üzere tarafların kendi evlerinde kalmaları umumî örf halinde bulunduğundan bu halin kocanın haksız hareketi sayılamıyacağına» karar verilmiştir (132). Buna mukabil kocanın «eve kadın getirmesinin sebep olduğu terkin haksız sayılamıyacağı» neticesine varılmıştır (133). Terkin haksızlığının sübutu şarttır. «Hükümle ayrılık veya dâvacının kusurundan dolayı haklı terk sabit olmadığı halde karı - kocanın nikâhtan sonra bir araya gelmemiş olmaları» tahfif sebebinin tatbikine kâfi sayılmamıştır (134).

(128) Bk. Manzini, VI, n. 2333.

(129) Bk. Şensoy (s. g. makale), s. 93.

(130) Kşz. Manzini, VI, n. 2333.

(131) 4 CD. 13.9.146, e. 8598, k. 9565.

(132) 4 CD. 27.5.1949, e. 6766, k. 8158.

(133) 4. CD. 9.6.1950, e. 6276, k. 7456.

(134) 4. CD. 2.10.1953, e. 7607, k. 9360.

Buna mukabil «müstekinin katil suçundan mahkûm olarak ceza evinde bulunduğu sırada işlenen zina» için tahfif sebebi kabul edilmiştir (135). Bu içtihat haklı olarak tenkit edilmiştir. Kônü'nün kanaatine göre : «Bir cürüm sebebi ile ceza evine düşmüş ve mahkûm olmuş bir insanın bu hali eşine zina cürümünde bulunmasını ve bu halde terk halini düşünmemiz varit olamaz. Ceza evine düşmede irade bahis mevzuu olamaz» (136).

B. ŞİKÂYETTEN VAZGEÇME :

TCK. nun 443. maddesine göre, şikâyetten «vazgeçmek hükümden sonra dahi makbuldür. Bu halde hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarfınazar olunur».

1. Hükümün mahiyeti :

Her iki çeşit zinanın takibi şikâyete bağlıdır (TCK. 443). Her ne kadar 443. maddesinde, suç ortağı hakkında da şikâyetin şart olduğunu zikretmekte ve Temyiz İctihadı bu hükme hususî bir mâna vermekte ise de (137) haddizatında, «şikâyetin sirayeti» umumî hükümler gereğince zarurî görüldüğü mütalâasına (bk. Erem, § 25) nazaran bu hüküm lüzumsuz tekrardan sayılmamıştır. Zannımıza göre şikâyet dilekçesinde «suç ortağı hakkında dâva açılmamış olmasının» dâvanın sukutuna sebep olacağı yolundaki içtihat (138) isabetsizdir. Tek suçludan bahseden şikâyet diğerine sâri addedilmesi, diğer sanığı sarahaten dâva dışı bırakan dilekçe ise şikâyet olarak kabul edilmemelidir.

Şikâyetten vazgeçme ile dâvanın düşmesi umumî hükümler gereğince (TCK. 99) tabiidir. Vazgeçmede «hukuku şahsiye» mahfuz tutulmazsa bilâhare tazminat istenemez (TCK. 99) (139).

(135) 4. CD. 14.6.1957, e. 5628, k. 8434.

(136) Kônü (Ömer), Yüksek Yargıtay 4. Ceza Dairesinin TCK. nun 442. maddesi hakkındaki iki kararı üzerine inceleme (Ad. Derg. 1946, n. 2, s. 145).

(137) Bk. Şensoy (s. g. e.), s. 96.

(138) 4. CD. 21.2.1957, e. 114, k. 2609; Bu hususta Tev. İct. (7.6.1935, e. 77 k. 20), kararı mevcuttur; «suç ortağının vefatı halinde diğeri hakkında şikâyet kabul olunur» (CGK. 7.12.1936, e. 172, k. 176).

(139) Ceza mahkemesinden, hukuk mahkemesinden tazminat istemek, mânevî tazminatın miktarı (TCK. 38), tazminatın azal-

Kanun zina bakımından, hükmün kesinleşmesinden sonra dahi şikâyetten vazgeçmeye yer vermekle umumî hükümlerden ayrılmıştır. Bu mühim istisnaya sebep olarak şu fikir ileri sürülmüştür: Bu sahada, mağdurun iradesi ceza adaletine üstün tutulmalıdır. Bu suretle mağdura âdetâ bir «af hakkı» tanınmıştır (140). Bu sebeple vazgeçme yalnız dâvayı değil, mahkûmiyet ve neticelerini ortadan kaldırır (141). Eşlerin, karşılıklı olarak haiz buldukları bu «af hakkı» Devlet Reisinin (veya Meclisin) af selâhiyetini bertaraf etmiş değildir (142). Her ne kadar vazgeçmenin zinanın ademi vukuu hakkında «kanunî delil» olarak izahı yolunda bir fikir varsa da (143) bunu, kesin hükümden sonra da vazgeçmeyi kabul eden kanunlara göre kabul imkânsızdır.

2. Vazgeçmenin şartları :

Evvelce şikâyetten vazgeçme müessesesi hakkında verilen izahat zinadan vazgeçme için de varittir. Bu itibarla barışmaya delâlet eden vakialara dayanarak «şikâyetten zımnî vazgeçme» muteber değildir. Esasen barışmanın ciddi olabilmesi için bu halin esasen şikâyet mehli kadar devam etmiş olması icap eder, mehil dolduktan sonra ise şikâyet mümkün olamayacaktır. Bu suretle karı, kocanın barışması kanunen nazara alınmış demektir. Meselâ bir gün devam eden bir barışma haline hukukî neticeler tanımak mümkün değildir (144). Bununla beraber İsviçre Ceza Kanunu (m. 214) «af» eden eşin şikâyet edemeyeceğini sarih bir hükümle bildirmiştir. Bu suretle af iradesine delâlet eden bir hal (zinaya vakuf olan eşin müşterek hayata devamı gibi), zımnî bir vazgeçme sayılabilecektir (145).

Zinanın faillerinden biri hakkında şikâyetten vazgeçme, diğer faille de sirayet eder (TCK. 99). Fakat zina, takibi şikâyete bağlı diğer bir suç ile murtabit ise (mesken masuniyetini ihlâl gibi)

tilması mefhumları için bk. Tuğsavul (Muhsin), Zina suçu ve manevî tazminat meselesi (Ad. Derg. n. 2, s. 95).

(140) Sangar (Nuri), Zina suçları (Ad. Derg. 1944, s. 171).

(141) Bk. Tuozzi, s. 321; Goyet, s. 408, 409.

(142) Tuozzi, s. 321.

(143) Carraud, V, n. 2168.

(144) Tuozzi, s. 319.

(145) Bk. Logoz, II, s. 214.

(TCK. 193) zina hakkında şikâyetten vazgeçme diğer suça sâri değildir (146).

Evvelce şikâyetten vazgeçilmiş olması yeniden işlenen zina fiillerinin şikâyet edilmesine mani değildir. «Ferağatten sonra sanıkların zinaya devam etmeleri üzerine yeniden şikâyet edilmiş olmasına göre eski feragate dayanarak dâvanın düşmesine karar verilmesi» Temyiz Mahkemesince yolsuz sayılmıştır (147). İtalyan Temyiz Mahkemesi, şikâyetten vazgeçmenin birden ziyade olması halinde dahi müteakip fiiller hakkında şikâyet hakkının kullanılabilceği içtihadındadır (148). Fakat bu sahada «af itiyadı» düşündürücü bir haldir. Kocanın rızası ile müayyen bir kimse ile gayrimeşru şekilde birleşmiş olan kadının bir başka erkekle aynı fiili işlemesi halinde kocaya şikâyet hakkı tanınmanın doğru olup olamayacağı münakaşa edilmiştir (149). Kadın üzerinde böyle bir «tasarruf hakkı» tanımağa ceza hukukunun müsait olduğu iddia edilemez. Diğer taraftan çocukları olmadığı için, kocasına ikinci bir kadın bulup eve getiren karının bilâhare şikâyet edemeyeceğine Temyiz Mahkemesince karar verilmiştir (150).

C. ŞİKÂYET MEHLİNİN KAÇIRILMASI :

Şikâyet mehlinin kaçırılması zina suçlarında bazı tereddütlere sebep olmaktadır. Mehil, şikâyetin umumî mehli olan (TCK. 108) altı aydır. Mehzaz Kanun (m. 356) zinada üç aylık bir mehil kabul etmiştir.

Zinada «hak düşümü» mehlinin kabulü sebebi, mağdur eşin fiil ve failden haberdar olmasına rağmen müddeti içinde şikâyet hakkını kullanmamış olmasının daha ziyade affa, vaktinden sonra şikâyetin ise hukuken makbul sayılması imkânsız sebeplere delâlet edeceğindedir.

«Fiilden haberdar olmak», suçtan sarîh surette haberdar olmak mânâsındır. Şüphe, emare kâfi değildir. Şikâyet mehlinin ka-

(146) Manzini, VI, n. 2336.

(147) 4. CD. 29.12.1948, e. 14023, k. 14180.

(148) Bk. Manzini, VI, s. 680, nt. 5.

(149) Bk. Carrara (Programma...), III, § 1917.

(150) CGK. 10.1.1949, e. 3725, k. 5787; bk. Tosun, evvelden zinaya muvafakat ettiğini beyan eden eş, sonrada şikâyet ederek takibat yaptırabilir mi? (Ankara Baro Derg. 1955, s. 614).

çırılması endişesi ile esassız şikâyetlere sebebiyet vermiyecek bir içtihat ile «haberdar olmak» mefhumunun mânalandırılması icap eder.

Sarahaten haberdar olunmasından itibaren şikâyet mehli geçmiş ise, zinadan mütevellit netice ne olursa olsun (gebelik gibi) şikâyet kabul edilmez (151).

Bir usul mehli bahis mevzuu olmadığından şikâyet mehlinin kaçırılmasında «eski hale getirme» yoluna gidilemez. Zinanın yabancı memlekette vatandaş tarafından işlenmiş olması halinde dahi böyledir. Millî kaza mercilerinde dâvanın fiilen rüyet edilmesinin o anda mümkün olmaması, şikâyetin verilmesine mani değildir (152).

«Fiil ve failden haberdar olmak» hali «maddî mesele» lerdendir, dâvayı gören hâkimin takdirine bırakılmıştır, Temyizin murakabesi dışındadır (153). «Şeriki cürmün tâyin edilemediğinden bahs ile dâvanın müddetinde açılmaması makbul ve kanunî bir sebep teşkil etmez. Yeter ki dâva dilekçesinde hüviyeti meçhul olan bir şerikten bahsedilmiş olsun» (154). Bununla beraber «failden haberdar olmak» (TCK. 108) ibaresinin her iki failden haberdar olmak şeklinde de anlaşılması mümkündür.

Müteselsil zinada şikâyet mehlinin teselsülün nihayetinden başlayacağı umumî kaideye uygun ise de, makul olmayan bir tarafı da vardır. Fiilden haberdar olmaz ve fiillerin devamına rağmen eşin şikâyet mehlini geçirmiş olması halinde, kendisine son fiilden itibaren şikâyet mehlini tanımak doğru gözükmeyebilir (155). Bununla beraber mütemadî suç olan kocanın zinasında, müteselsil (aynı erkekle) ve mütevali (başka erkekler) karının zinasında mehlin son hareketten başlaması hukuken zaruridir. Zira suç devam ederken, suçlu lehine bir mehlin de işlemeğe devam etmesi doğru değildir. Fakat şikâyetçinin «sankıların fiiline muvafakatte bulunduğu, karı koca gibi yaşamının başladığı tarihe, nazaran şikâyet

(151) İtalyan temyiz mahkemesi kararı (Bk. Manzini, VII, s. 682, nt. 4).

(152) Bk. Manzini, VI, n. 2337.

(153) Manzini, VI, n. 2337.

(154) Olcay (s.g. makale), s. 329.

(155) Bk. Tuozzi, s. 315.

mehli dolmuş ise karının şikâyet hakkı olamayacağına» karar verilmiştir (156).

«Çifte zina» da (kadının ve erkeğin evli olması) iki tarafın şikâyetçilerinin mehil durumu ayrı ayrı tetkik olunacaktır. Esasen «müşterek şikâyet» şart değildir. Temyiz Mahkemesi «441. maddede-ki suç unsurunun tekevvün edebilmesi için zina eden kadının evli olmaması haline meşrut olup evli bulunan kadının kocası tarafından şikâyet vuku bulmadıkça zina eden kocanın karısının şikâyet hakkı olmayacağı» neticesine varmıştır (157). Fakat «çifte zina» da bir tarafın şikâyet hakkını kullanmamış olmasının, diğer tarafın şikâyet hakkını nasıl olup da kaldırdığı izahsız bırakılmıştır. Filhakika evli erkeğin «serikinin kocalı olmasına göre suç kadının zinasıdır» (158) yolundaki kararlar bir izah şekli bulunmak istenmiş ise de bu izah mukni sayılamaz.

Ç. EŞİN ÖLÜMÜ :

TCK. nun 444. maddesine göre : «karı kocadan birinin ölümü dâvayı iskat eder».

1. *Hükmün mahiyeti* : Kanunun böyle bir hüküm koymuş olmasının gerekçesi, ölümün vazgeçme için kanunî bir «karine» (159) koymak hususunda, ceza siyaseti mülâhazalarıdır (bk. Erem, I, § 138. cc.). Diğer taraftan, bu çeşit, hissi cephesi hâkim suçlarda, ne kadar geç olursa olsun, affın kat'i surette ihtimal dışı olmadığı ve ölümün bu imkânı kaldırmış olmasının suçlu aleyhine kabul edilmemesi gibi düşünceler hükmün mahiyetini izah eder. Ayrıca affın ölüme yaraşır bir tasarruf olduğu da düşünülmüştür.

Ölüm ile evlilik bağının çözüldüğü ve cezaî himayenin bu suretle sona ermesi bu hükmün sebebi olarak gösterilmiş ise de (160) hükmün şikâyetçi eşe münhasır olması bu izah şeklini kabule manidir.

2. *Şikâyetçinin ölümü* : TCK. nun 444. maddesi bu hususta sarıh değildir. Mevaz Kanunda (m. 358) ise «şikâyetçi eşin ölü-

(156) 4. CD. 11.9.1952, e. 7383, k. 7915.

(157) 30.4.1948, e. 4103, k. 5229.

(158) 4 CD. K. I. 1946, e. 466, k. 489.

(159) Bk. Carrara (Programma...), III, § 1923.

(160) Manzini, VI, n. 2335.

mü şikâyetten vazgeçmenin neticelerini tevlit eder» şeklindedir. Bununla beraber «bir suçlunun ölümü hiç bir vakit serikinin cezasının iskatını mucip olmayacağı» gerekçesile Temyiz Mahkemesi madde hükmünü «şikâyetçi eşin ölümü» ne hasretmiştir (161). Bu isabetli bir yorumdur.

3. *Ölümün neticeleri*: TCK. nun 444. maddesinde şikâyetçi eşin ölümünün ancak «dâva» yı düşüreceği bildirilmiş olmasına mukabil mehzaz kanunda şikâyetçinin ölümünün, şikâyetten vazgeçmenin tesirlerini tevlit edeceği kabul olunmuştur (162). Bu itibarla kanunumuza göre şikâyetçi eş hükmün kesinleşmesinden sonra ölecek olursa «hükmün icrasından ve cezanın neticelerinden sarf-nazar» olunamayacaktır (TCK. 444). Maddede «dâva» nın düşeceği tasrih edilmiştir. Bu sebeple madde hükmü «kesinleşmekle dâva safhası haricine çıkan hükümlere teşmil edilemez» (163).

Kanunun bu bakımdan mehzazdan ayrılması sebebi kolaylıkla izah edilemez. Mehzazdan yapılan ilk tercümede, aslına uygun olarak «zevceyden birinin vefatı şikâyetten feragat hükmündedir» kaydı mevcut iken, TCK. lâyihasında mer'i hüküm yer almıştır. Eskişehir Temyiz Mahkemesi Ceza Kanunu Komisyonu zabıtlarında sarahat yoktur (164). Eğer şikâyetçi eşin ölümünün cezaî sahada tesiri, ölümün vazgeçme karinesi tevlit etmiş olması ise hayatta iken vazgeçme ile kanunî karine gereğince vazgeçme arasında neticeleri bakımından fark olmamak lâzım gelir.

Mehzaz kanunda şikâyetçi eşin ölümünün vazgeçmenin tesirlerini tevlit edeceği bildirilmiş olduğundan, vazgeçme müessesesine ait kaideler gereğince (bk. TCK. 99) sanık eş ile ortağının, masumiyetlerini isbat edebilmek için, bunu kabul etmemelerinin, dolayısıyla dâvanın devamının mümkün olduğu ileri sürülmüştür (165).

(161) CGK. 9.6.1945, e. 6141, k. 6168; Bk. Manzini, VI, n. 2335.

(162) Tuozzi, s. 322.

(163) 4. CD. 21.6.1945, e. 6542, k. 6557; Aynı kanaat: Şensoy (s. g. makale), s. 100; Aksi: Adalet Bakanlığı Tamim (bk. 86 sayılı Ad. Ceridesi).

(164) Bk. Adliye Nezareti, Ceza Kanunu lâyihası (İstanbul 1325) m. 358; Adliye Vekâleti, TCK. lâyihası (Ankara 1925), m. 481; Eskişehir CK. Komisyon zabıtları (20 Eylül 341 tarihli toplantı).

(165) Bk. Manzini, VI, n. 2335.

Kanunumuzda şikâyetçi eşin ölümü «kamu dâvasını düşüren» kanunî sebep olarak ele alındığından böyle bir imkân mevcut değildir.

4. *Ölüm sebebi*: Kanun, eşin ölümünün sebeplerinde fark görmemiştir. Şikâyetçi eşin, diğer eş veya ortağı veya bunların tesiri ile başkaları tarafından öldürülmesi halinde dahi dâva sükut etmiş olacaktır. Yalnız bu gibi hâdiselerde dâvanın düştüğünü kabul adam öldürme failinin «kendisinin veya başkasının cezadan kurtulmasını temin maksadile» (TCK. 450, b 9) işlendiğinin sübutu halinde makul gözükebilir ve ancak böyle olan hâdiselerde adam öldürme cürmünün, zinaya belîğ ettiği kabul olunabilir (166).

V. TÜRK CEZA KANUNUNDA YER ALMAYAN HÜKÜMLER

Yabancı kanunlar zina suçunda cezayı kaldırıcı çeşitli sebepler kabul etmişlerdir. Mevaz Kanun «karşılıklı zina» yı, «kocanın karısını fuhşa teşvik etmesi» halini cezayı kaldırıcı sebep olarak kabul eder. Bunlarda müşterek vasıf diğer eşin de kusurlu görülmesi olmasıdır.

1. *Karşılıklı zina*: Mevaz Kanuna göre (m. 357) sanık eş, zinaya takaddüm eden beş sene içinde, diğer eşinde zina ettiğini isbat edecek olursa ceza görmeyecektir.

Karşılıklı olmak halinin, kanunun suç saydığı bir fiilin cezasını kaldırabileceğini kabul etmek pek güçtür. Bu hüküm kanunumuza, alınmamıştır. Esasen müdafaası imkânsızdır. Zina diğer tarafın şerefsiz olmasından dolayı fiilin cezasız kalmasını izah imkânsızdır, meselâ ırza geçmede, mağdurun şerefsiz bir kimse olması fiili suç olmaktan çıkarmaz. Bu sebeple «karşılıklı zina» da cezasızlığın kabulü, esasen zinanın suç sayılmasında âmme menfaatî olmadığının itirafından ibarettir (167).

2. *Fuhşa teşvik*: Mevaz Kanuna göre, sanık eşin, evlenmeden sonra, fakat ne kadar zaman evvel olursa olsun kocası tarafından

(166) Kşz. Manzini, VI, n. 2335.

(167) Bk. Tuoizzi, s. 309.

fuşsa sevk ve teşvik edildiğini isbat ederse ceza görmez. Bu hüküm de kanunumuza alınmamıştır. Bununla beraber «fuşsa tahrik» suçunun koca tarafından işlenmiş olması halinde (TCK. 436) kadının zinasından bahsedilemeyecektir. «Karımın, kocası tarafından diğer erkeğe tevdi halinde şikâyet hakkı olamayacağına» Temyiz Mahkemesince karar verilmiştir (168).

(168) 4. CD. 11.3.1949, e. 2686, k. 3906.