

Osmanlılarda zyna etmiş i we jezasy

Category: Kitapcy,Taryhy makalalar

написано kitapcy | 24 января, 2025

Osmanlılarda zyna etmiş i we jezasy OSMANLILARDA ZİNA SUÇU ve CEZASI



Karahanlıların X. asırda İslamiyet'i kabulünden itibaren XX. asrın başlarında Osmanlı Devleti'nin yıkılmasına kadar kurulmuş olan Türk Devletleri, bazı adet ve geleneklerini korumakla birlikte İslam hukukunu esas almışlardır. En uzun yaşayan Türk Devletlerinden birisi olan Osmanlı'da da İslam hukuku uygulanmıştır.[1] Osmanlı padişahları çeşitli dönemlerde toplu olarak veya münferit olaylar için Şer'i hukukun kendilerine verdiği yetkiyi kullanarak kanunnameler yayınlamışlardır. Bu kanunnameler Osmanlı hukukunun incelenmesi için en önemli hukuki malzemeyi oluşturur.[2] Dolayısıyla burada en fazla üzerinde duracağımız konu Osmanlı Kanunnamelerinin ilgili maddeleri ve onların yorumu olacaktır. İslam hukukunun teorik çalışmaları diyebileceğimiz fıkıh kitapları az çok her devirde yazılmış ve İslam ülkelerinin ortak kültürü olmuştur. Osmanlılar da kendilerini bu ortak kültürün dışında görmemişlerdir.[3]

Yüksek Otorite makamındaki Divan-ı Hümayun ve padişah, İslam hukukunun kendilerine verdiği yasama yetkisi ile bazı sahalarda kanunname adı altında önemli hukukî düzenlemeler

yapmışlardır. Osmanlı kanun koyucusu, özellikle arazi rejimi, zaman aşımı ve ta'zir cezaları gibi konularda ayrıntılı hükümler içeren 750'den fazla Kanunname hazırlamıştır. Fatih Kanunnameleri, Kanunî'ye ait Kanunnameler ve III. Murat Kanunnamesi bunların genel ve en meşhur olanlarıdır.[4]

Osmanlıların, kamu hukuku alanında İslamî esaslar yanında kanunnameleri, özel hukuk sahasında ise fıkıh ve fetva kitaplarını kanun seviyesinde değerlendirdikleri[5] söylenebilir. Böylece mahkemelerde, kanunnameler ile fetva kitapları, kâdıların müracaat kaynağını oluşturmuştur.

İslam hukuku, Osmanlı Devleti'nde resmî hukuk sistemi olarak kabul edilmekle birlikte,[6] Türklerde devlet geleneğinin kendisine mahsus özelliklerinden de ister istemez etkilenmiştir. Genellikle İslam hukukunun açıkça hüküm vazettiği alanlarda, Hanefî ekole ait görüşler esas alınarak uygulamaya gidilmiştir.[7] Açıkça hüküm bulunmayan, dolayısıyla da "ulü'l-emr"e yasama yetkisi tanınan sahalarda, belli bir yasama prosedürü takip edilerek, "örfî hukuk" diye bilinen kanunnameler düzenlenmiştir.[8] Fıkıh kitaplarındaki cezaî hükümler, genellikle nazariyatta kalmış ve tatbikatta örfî hukukun da kaynağı olan padişahın iradesine bağlı olarak yerini alma şansına sahip olabilmıştır. Dolayısıyla bir Osmanlı fakihi tarafından yazılmış herhangi bir fikhî eserdeki cezaî hükümlerin her halükarda Osmanlı ceza hukuku olduğu söylenemez. Özellikle ceza davalarında, kâdıların hüküm verirken kaynak olarak kullanacağı kanun maddeleri/kanunnameler, Fatih'ten sonraki dönemde daha açık ve net bir şekilde ortaya konmuş[9] ve Kanunî devrinde de resmen kadılarına tebliğ edilmiştir.[10]

Osmanlı Devleti'nin gerçek manada içte ve dışta tanınan devlet haline gelmesi ve örfî hukukun gelişmesinin dönüm noktası, Fatih Sultan Mehmet (II. Mehmet 1451-1481) devri ile başlar. Bu sebeple kanunname tedvini bu dönemden itibaren ciddi manada mevcuttur.[11] Fatih öncesi devre ait tetkikler de bu görüşü doğrular mahiyettedir.[12] Bu döneme ait bazı kanun ve layihalar olsa da konumuz ile ilgili ilk yazılı kanun maddeleri, Fatih'in Umumî Kanunnamesi'nin ilk faslında karşımıza çıkmaktadır.[13]

Fatih'ten sonraki devirde yapılan kanunlar -Tanzimat Devri'ne kadar- birbirine benzer, aralarında çok az fark vardır.

Fatih'in hazırlamış olduğu bu kanunname daha sonraki kanunnamelere de öncülük etmiştir.[14] Bu sebeple biz, Fatih Sultan Mehmed'in "Kanun-ı Padişahî"[15] adlı kanunnamesinin konumuzla ilgili bölümlerini esas alarak, değerlendirmeler yapacağız.

I. Fatih-Tanzimat Devri Arası Kanunnamelerdeki Zina Suçu ve Cezası

A. Fatih Devri

Birçok kanun metninde olduğu gibi, Osmanlı kanunnamelerinde de zina suçunun tarifi yapılmamıştır. Zina ve zinaya yol açan sebepler faslının birinci maddesinde: "Eğer bir kişi zina kılrsa, şeriat huzurunda sabit olsa." [16] ifadesinden zina suçunun İslam hukukunda tarif edildiği şekilde yorumlandığını anlayabiliriz. Genel hatlarıyla İslam hukukuna göre zina suçu: "Mükellef bir kimsenin cinsel birleşmeyi meşru kılacak hukukî bir akit olmaksızın karşı cinsten bir şahıs ile cinsel ilişkide bulunmasıdır." [17] şeklinde tarif edilebilir. Hanefî mezhebine göre ise zina suçu; "Nikah, mülkiyet veya mülkiyet şüphesi olmaksızın bir adamın bir kadınla normal yolla cinsel birleşmede bulunmasıdır." [18] biçiminde tarif edilir. Hanefî mezhebi, homoseksüellik ve livata fiilini zina suçunun dışında ayrı bir suç olarak telakki ettiği için Osmanlı kanun koyucusu da zina ile benzer diğer cinsel suçların cezalarını birbirinden ayırmıştır. Suçun tarifindeki diğer unsurları fıkıh kitaplarının ilgili bölümlerine havale ederek konumuza dönüyoruz.

Fatih Kanunnamesinde yer alan maddeler, çok az değişiklikle 1839 yılına kadar yürürlükte kalmıştır. Asıl nüshasını göremediğimiz kanunnamenin birinci maddesinde; zina eden evli bir erkeğin suçu sadece para cezası ile belirlenmiştir.[19] II. Beyazıt Kanunnamelerinde de -bunun asıl metni elimizde mevcuttur- ibare aynı şekildedir. Ancak Yavuz Sultan Selim'in (1512-1520) Kanunnamesi[20] ile birlikte, zina cezasını düzenleyen birinci maddenin metnine; "siyaset olunmadığı takdirce" [21] ibaresi girmiştir. Kanunî'ye ait Kanun-ı Sultanî'de ise bu ibare; "lakin ala vechi's-Şer'

recm kılmalu olmasa"[22] şeklini almıştır. Hatta bu ibare bazı Kanunî Kanunnamelerinde bile yoktur.[23] Fatih ve II. Beyazıt kanunnamelerinde bu ibarelerin olmayışını, gerek görülmediği için konulmamıştır, şeklinde yorumlamak, iyimser bir yaklaşımdır. Kanaatimizce mesele bu kadar izahla halledilebilecek olmaktan öte olup tartışmaya açıktır.[24] Diğer maddelerde zina iftirası halinde[25] takdir edilen ceza yine para cezasıdır. Fıkıh kitaplarında zina iftirası suçu (kazf) için formüle edilmiş olan cismanî cezadan[26] (sopa) söz edilmemektedir. İslam hukukçularının (klasik fıkıh kitaplarında) takdir ettiği zina suçundan mahkum olmuş olan evlilere verilen recm cezasının ilk kanunname metinlerinde hiç zikrinin geçmemesi, kanunnamelerde yer alan cezaların recm cezasının yerine ikame edildiği fikrini desteklemektedir. Ayrıca birinci maddenin metninde yer alan "Şeriat huzurunda sabit olsa" kaydıyla birlikte zina suçuna para cezasının takdir edilmesi de bu fikre destek vermektedir. Fatih Kanunnamesinden itibaren Tanzimat'a kadar bütün kanunnamelerde zina suçunun cezasını düzenleyen birinci faslın birinci maddesinde yer alan kanunda yapılan bir diğer küçük değişiklik; bin akçeye gücü yeten bir kişinin zina suçundan mahkum olması halinde 300 akçe cürm olan para cezası, Kanunî devrinden itibaren 400 akçeye çıkarılmış olasıdır.[27] Kâdıların takdir yetkisi içine giren ta'zir[28] cezaları, padişahın emri ile ve sadece para cezası formunda değiştirilerek takdir edilmektedir. Bu yaklaşım, İslam Hukuk nazariyesi açısından şekil ve içerik bakımından kuşkusuz bir yeniliktir.[29]

Kanunnamelerde, zina suçunu işleyenlerin cinsiyetlerine, medenî hallerine ve gelirlerine göre sınıflandırılarak ayrı ayrı cezalar takdir edilmiştir: Bekar bir erkek ile bekar bir kızın zina suçları için takdir edilen ceza aynıdır.[30] Evli bir kadın zina ettiğinde, mali durumuna göre değişen para cezaları takdir edilmiştir. Zengin ise evli erkeğe uygulanan para cezasına, fakir veya orta halli ise derecesine göre bekarlara uygulanan para cezasına çarptırılacağı belirtilmiştir.[31]

Fatih Kanunnamesi'nin ilk üç maddesinde takdir edilen cezalar para cezası niteliğindedir. Cismanî herhangi bir ceza mevcut değildir. Klasik fıkıh kitaplarında zikredilen recm (taşlayarak öldürmek) veya celde (sopa veya kırbaç benzeri şeylerle dövmek) gibi cezalardan bahis yoktur. Sadece bazı maddelerde "kadı ta'zir ura" ifadesi kullanıldıktan sonra "ağaç başına bir akçe cürm alına" veya "ağaç başına iki akçe cürm alına"[32] gibi ifadelerle kâdının takdir edeceği sopa cezası da hemen para cezasına çevrilerek infaz edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

İslam hukukçularınca üzerinde fazla durulmayan zina suçuna teşebbüs fiilinin cezası, kanunnamelerde yer almıştır. Zina suçuna tam teşebbüs, zina suçu gibi telakki edilerek, zina suçu için takdir edilen cezanın aynısı ile tecziye edilmiştir.[33] Kölelerin zina suçu işlemeleri halinde, hürlere verilen cezanın yarısı ile cezalandırılmaları hükme bağlanmıştır. Yine medeni hali ile mali durumu gözetilerek para cezası ona göre takdir edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.[34] Sözlü cinsel taciz ile zina teşebbüsü aşamasına ulaşmayan fiilî tacizler de suç kabul edilip ceza tayin edilmiştir. Bu durumda cezanın tayini kâdıya havale edilerek tayin edeceği ta'ir cezasının karşılığında her bir sopa için bir akçe para cezası tespit edilmiştir.[35]

Buraya kadar tadat edilen suçları, Osmanlı tebaasından bir Müslüman değil de bir gayrimüslim işlerse, medeni hali ve diğer durumlara göre Müslüman için yukarıda takdir olunan cezaların yarısı ona uygulanacağı ifade edilmiştir.[36]

B. II. Beyazıt'tan Tanzimat Devrine Kadar Yürürlükte Kalan Kanunnamelerdeki Zina Suçu ve Cezası İle İlgili Hükümler

Fatih'ten sonraki devirlerde mantık ve metot aynı kalmak üzere, konumuzla ilgili kanunlar detaylandırılmıştır. Fatih'in Kanun-ı Sultanî'sinde yer alan zina suçu ve cezası ile ilgili hükümler hemen hemen Tanzimat Devrine kadar çok az değişikliklerle aynı fasılda yerlerini korumuşlardır. Daha sonraki padişahlarca yapılan kanunnamelerde zina suçuna

ilişkin hükümler ilave niteliğindedir. Adından da anlaşılacağı üzere, bu konudaki uygulamalarıyla dikkat çeken padişah Kanunî Sultan Süleyman'dır.[37]

Bu devirde konumuzla ilgili en dikkate değer kanun maddeleri, zorla ırza geçen kişilere uygulanacak olan cezaların para cezası olarak değil de cismanâ ceza olarak tayin edilmiş olmasıdır. Rızası olmaksızın kız veya kadın kaçırıp onunla cinsel birleşmede bulunan erkeğe ceza olarak cinsel organının kesilmesi takdir edilmiştir. Bu duruma razı olup sırf cinsel birliktelik için erkeklerle beraber kaçan kadın veya kıza da ceza olarak cinsel organının dağlanması cezası öngörülmüştür.[38] Burada cebir yoluyla kadının teslim alınması durumunda ona herhangi bir cezanın gerekmeyeceği kanun metninde belirtilmiştir.

Önceki kanunnamelerde sözlü sarkıntılığın cezası tayin edilmişti. Daha sonra fiilî sarkıntılık da kanunnamelerde suç olarak tespit edilmiş ve taciz'in derecesine göre ceza takdir edilmiştir. Fiilî cinsel taciz boyutuna ulaşan sarkıntılık suçlarında cezanın bir kısmı kâdının takdirine bırakılmış, geri kalan kısmın cezasının tayini için olayın padişaha havale edilmesi hükme bağlanmıştır. Burada diğer cezalardan farklı olarak hapis cezası ile karşılaşmaktayız. Fiilî cinsel tacizi tespit edilen şahıs; ta'zir cezasına çarptırıldıktan sonra hapsedilecek, sonra da bu durum padişaha bildirilecektir.[39] Sözlü veya fiilî sarkıntılık cariyeye yapıldığında bu fiil de suç kabul edilmiş ve sadece para cezası takdir edilmiştir.[40]

Dul bir kadının zina suçu işlemesi halinde, bekar erkeklerle takdir edilen cezanın aynısı ile tecziye edileceği,[41] evli Müslüman bir bayanın zina etmesi ve suçunun sabit olması halinde, Fatih Kanunnamesi'nin birinci maddesinde evli erkekler için tayin edilen para cezalarına çarptırılacağı kaydedilmiştir.[42] Zina eden kişi bekar kız olursa, onun cezası da bekar erkeklerin cezası gibidir.[43] Zina eden kişilerden biri bekar diğeri evli ise, herkesin kendi medeni durumu için takdir edilmiş cezaya çarptırılacağı belirtilmiştir.[44] Görüldüğü gibi, kadınların zina suçunun

cezası erkeklerden ayrı olarak tespit edilmekle birlikte büyük oranda erkek için takdir edilen cezanın aynısı kadın için de takdir edilmiştir. Hatta kadının suçunun cezası erkeğe izafe edilerek karara bağlanmıştır.

Genellikle erkekler üzerinden tespit edilen cezalandırma yönteminde erkeklerin lehine denilebilecek bir iki madde vardır. Kendi evinde karısını başka bir erkekle zina halinde yakalayan erkek, karısını ve suç ortağını orada öldürür ve bu halin tespiti için hemen mahalledeki sakinleri çağırıp olaya şahit tutarsa, bu durumda koca aleyhine herhangi bir ceza davası açılmaz.

Öldürülen suç ortağı erkeğin ve kadının yakınları da dava açma hakkına sahip değildir.[45] Evinde yabancı bir erkeği gören şahıs, silahla o kişiyi yaralasa ve bu durumu tespit için mahalle sakinlerini çağırıp olaya şahit tutarsa, yaralayan adamın aleyhine dava açılmayacağı belirtilmiştir.[46]

Evli bir kadın hakkında başka bir erkekle beraber olduğuna dair şayia yayılsa, bunun üzerine kocası kadını boşasa, kadın da adının çıktığı erkekle evlenmek istediği takdirde bu nikahın kıyılmaması gerektiği, eğer kıyıldı ise kâdının bu evliliği zorla sona erdireceği ve bu nikahı kıyan kişiye de kâdının takdirine bağlı olarak ciddi bir ta'zir cezası verileceği hükme bağlanmıştır.[47] Bir erkekle beraber olduğuna dair adı çıkan kadını, suç ortağı ile halvet[48] halinde gördüklerini kâdı huzurunda şahitler ifade etseler, halvet halinde yakalanan kişilerin zina suçları sabit olmuş olup durumlarına göre, diğer maddelerde belirtilen zina suçu cezalarına çarptırılacakları ifade edilmiştir.[49]

Başka bir kimseye zina suçu isnadında bulunan bir kimse, para cezasıyla değil, sadece kâdının takdirine göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Kâdının takdir edeceği ceza ayrıca para cezasına çevrilmeyecektir.[50]

Zina ve zinaya yol açan sebepler de cezalandırılmış, hatta homoseksüel ilişkiler ile diğer tabii olmayan cinsel ilişkiler suç kabul edilerek ceza tayin edilmiştir. Hayvanlarla cinsel ilişkiye girdiği tespit edilenlerin cezası kâdının takdirine bırakılarak ta'zir ile cezalandırılması istenmiş, kâdının

takdir edeceği sopa cezası da her sopa başına bir akçe olmak üzere para cezasına çevrilmiştir.[51] Homoseksüel eğilimi çağrıştıracak bir tutum ile genç bir erkek çocuğa sarkıntılık edip onu öpen veya sözlü tacizde bulunan şahsa da kâdının takdirine bağlı olarak verilecek sopa cezasının karşılığında her bir sopa için bir akçe para cezası alınması ve yine kâdının gerekli görmesi halinde hapis cezası dahi verebileceği ifade edilmiştir.[52]

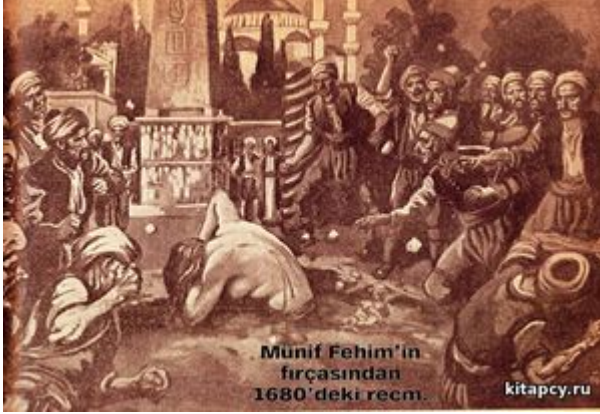
Zina fiilinde olduğu gibi, livata (homoseksüel/sodomy ilişkiler) da suç sayılarak ceza takdir edilmiştir. Bir bakıma livata suçu zina suçuna kıyaslanarak ceza takdir edilmiştir. Zina suçlarından mahkum olanlara verilen cezaların benzerleri durumlarına göre livata suçunu işleyenlere de verilmiştir. Livata suçunun failleri de medenî halleri ve maddî imkanlarına göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Evli olup da bu suçu işleyenlerden zengin olanlar 300 akçe, orta halli olanlar 200 akçe, fakir olanlar 100 akçe ve çok fakir olanlar da 50 akçe para cezası vermeleri gerektiği belirtilmiştir.[53] Bu suçu işleyenlerin bekar olması halinde, zengininden 100, orta hallisinden 50 ve fakirinden de 30 akçe para cezası tahsil edileceği bildirilmiştir.[54]

Zina suçu ve cezasıyla ilgili üzerinde durduğumuz kanunname maddeleri, Tanzimat Devri'ne kadar uygulamada kalmıştır. Genellikle Fatih'le başlayan kanun yapma faaliyeti çok fazla değişmeden gelişerek sürmüştür.

Günümüzdeki anlamıyla da örtüşen zina suçları sadece para cezası ile cezalandırılmış, bu suçun yanında herhangi bir cebir veya şiddet olması halinde suçlu tarafa cismanî cezaların da takdir edildiği görülmüştür. Bu devirdeki zina suçlularına hapis cezasının takdir edilmesi yok denecek kadar azdır.

Kanunnamelerde zina suçuna takdir edilen cezalar klasik Hanefi fıkıh kitaplarındaki zina suçuna takdir edilen cezalara göre daha uygulanabilir gözükmektedir. Fatih'ten itibaren genellikle zina suçu davalarında cezalandırma yöntemi, kanunnamelerdeki cezalar esas alınarak gerçekleştirilmiştir. Bu devirde çok fazla ve köklü değişiklik olmadığı için

değişiklikleri genel hatlarıyla değerlendirmeyi uygun bulduk. Bu süre içerisinde, salt zina suçu için fıkıh kitaplarında ifade edilen cismanî cezalardan özellikle recm'e (zinadan suçlu bulunan şahsı taşlayarak öldürmek) rastlanmaz. Fatih'ten Tanzimat'a kadar geçen sürede nazarî hukuk anlayışına dayanarak Osmanlı tarihi boyunca ilk ve son recm cezası 1091/1680 tarihinde uygulanmıştır.[55] Önemine binaen bu olayı ilgili kaynaktan iktibas etmeyi faydalı görüyoruz.



Silahdar Fındıklı Mehmet Ağa'nın naklettiğine göre, hadise şöyle cereyan etmiştir: "Aksaray'da Murat Paşa Camii civarında oturan ve ayakkabıcılık yapan emekli bir yeniçerinin karısı, evlerine yakın bir yerde ipek dükkanı sahibine aşık olur. Bir gün etrafta kimse yok iken kadın fırsatını bulup adamı evine alır. Durumdan haberdar olan mahalle sakinleri kadının evini basarlar (sorumluluk ve günahını şahitler çeksin). Onlar topluca; cinsel birleşme halinde bulduk diye iftira edip, kadınla adamı apar topar bir alay kalabalık ve gürültü ile Rumeli Kazaskeri Beyazîzade Ahmet Efendiye getirirler. O da gördük diyenlerin şahitlikleriyle kadının recmedilmesine, dükkanın sahibinin de öldürülmesine hükmedip baş vezire gönderir. O da konuyu özetleyerek padişaha arz eder. Gereği yerine getirilsin diye hattı hümayun sadır olur.

Osmanlılarda zina suçuna recm cezasının uygulanması Osmanlı Devleti'nin zayıfladığı bir döneme rastlaması ilgi çekici bir noktadır. Zina davalarında ilgili kanunname maddelerine dayanılarak o tarihe kadar ya cezalar para cezası şeklinde tatbik edilmiş, ya da recm cezası uygulanıyor olduğu halde bu cezayı gerektirecek bir suçla kimse kâdı karşısına çıkarılmamıştır. Birinci şıkkın daha kuvvetle muhtemel olduğu kanaatindeyiz. Zira kanunnamelerde çok detaylı bir şekilde

zina suçunu işleyenlere tatbik edilecek cezalar tasnif edilmiştir.[56]

II. Tanzimat Sonrası Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası

Osmanlı hukuk tarihi boyunca ceza hukuku alanında en fazla değişiklik Tanzimat sonrası dönemde olmuştur. Bu sebeple sözü geçen devirde ceza hukuku alanında konumuzla ilgili bölümler üzerindeki değişikliklerin daha detaylı ele alınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

3 Kasım 1839'da padişah adına Mustafa Reşit Paşa'nın okuyup ilan ettiği Gülhane Hatt-ı Hümayunu ile Tanzimat hareketi başlayınca, ilk adım olarak bir ceza kanunu yapılmıştır.[57] Bu kanun, fermanın okunmasından yaklaşık yedi ay sonra 3 Mayıs 1840 tarihinde kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Kanun, Sultan II. Mahmut zamanında yapılan ve sadece memurları ilgilendiren ceza kanununun aksine bütün vatandaşları içine alıyordu. Ayrıca bu kanunla hem şer'î hem de örfî cezalar birleştirilerek ceza hukukunda bütünlük sağlanmıştır.[58] Tanzimat'ın bu ilk ceza kanunu; mukaddime, hatime, 13 fasıl ve 41 maddeden oluşmaktadır.[59] Ancak hazırlanan bu kanun metninde konumuzla – zina suçu- ilgili hükümler yer almamıştır. Burada ceza hukuku açısından en önemli gelişme; Tanzimat'la birlikte padişahların sırf kendi iradelerine dayalı ceza verme yetkilerine bir sınırlama getirilmiş ve “cezaların kanunîliği ve hakimın hükmüne müstenit bulunması” prensibi ortaya konulmuştur.[60]

Kısa bir süre sonra 14 Temmuz 1851' de bu ilk kanunun yerine, yeni bir kanun (Kanun-ı Cedid) yapılarak yürürlüğe girmiştir. Bu kanun ile suçlar şahsîlikten çıkıp mülkîliğe doğru yönelmeye başlamıştır. Örneğin, daha önceki kanunlara göre, kısas gerektiren bir suçu mağdur tarafın varislerinin affetmesi ile tamamen düşebilirken, bu yeni kanunla birlikte benzer suçlarda suçluyu, devletin takip etmesi hükme bağlanmış oldu. Yine de zina suçunu düzenleyen kanunlar, eski hükümlere tabi olmaya devam etti. Dolayısıyla Tanzimat'ın ilk yıllarında düzenlenen 1840 ve 1851 tarihli ceza kanunları zina suçunun cezasını içermiyordu.[61]

Daha sonra 9 Ağustos 1858’de, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanan “Ceza Kanunname-i Hümayunu” yürürlüğe girdi.[62] Fransız Ceza Kanunu’nun bazı yerleri aynen Türkçe’ye çevrilerek yeni ceza kanununa aktarılmış, bazı yerleri de şer’î hukuka göre düzenlenmiştir. Fakat ne mehzat kanunun ne de şer’î hukukun zina suçu ile ilgili hükümleri, yeni kanuna alınmıştır. Kanun yürürlüğe girdikten iki yıl sonra 1860 yılında, kanunun ikinci babının “hetk-i ırz edenlerin mücazâtı” başlığını taşıyan üçüncü faslına zina suçunun cezası ilave edilmiştir. Zina davalarında eşlere eşit davranmayan Fransız Ceza Kanunu’ndan[63] esinlenilerek yapılan bu ilavede, koca lehine daha müsamahakar davranılmıştır.[64] Şunu da açıkça belirtmek gerekir ki, zina davalarında tarih boyunca hep kadın daha fazla suçlanmış ve ilk ceza verilen kadın olmuştur. Bu durum, neslin sağlıklı bir şekilde devam etmesi ilkesi ile izah edilmeye çalışılmıştır. Fakat bu suç tek failli bir suç değildir. Erkek de bu suçta en az kadın kadar kusurludur. Zina davalarında hukuk önünde eşitliğin sağlanması prensibi hala problem olarak varlığını devam ettirmektedir.

1858 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’nda Zina Suçu ile İlgili Ceza Maddeleri

Bab-1 Sani Üçüncü Fasl

(Hetk-i Irz Edenlerin Mücazâtı Beyanındadır)

Madde 197- Her kim on bir yaşından aşağı bir çocuğa fiil-i şenî icra eyler ise, altı aydan ekal olmamak üzere muvakkaten hapis cezasıyla mücazat olunur.

Madde 198- Bir adam bir kimseye cebren fiil-i şenî icra eder, yani ırzına geçer ise muvakkaten küreğe konulur.

ZEYL (3 Cemaziyeluhra 1277)

Böyle cebren fiil-i şenî icrasına tasaddi edip de yed-i ihtiyarında olmayan esbab-ı mania haylületiyle fiile çıkamamış

ise üç aydan ekal olmamak üzere hapis cezası ile mücazat olunur.

Madde 199- Cebren fiil-i şenî icrası, buna düçar olanların üzerlerine hükümleri cari olan mürebbileri veyahut velileri veyahut aylıklı hizmetkarları tarafından vuku bulur ise, beş seneden ekal olmamak üzere kürek cezası hükmolunur.

Madde 200- Eğer böyle cebren fiil-i şenî henüz bir ere tezviç olunmamış kız hakkında vuku bulur ise, buna mütecasir (cesaret eden) olan kimse kürek cezasından başka tazmin vermeye dahi müstehak olur.

ZEYL

Tezevvüç edeceğim diye iğfal ile bikr-i baliğanın bikrini izale edip de sonra almaktan istinkaf eden kimse kendisinden bedel-i tazmin-i bikr alındıktan sonra bir haftadan altı aya kadar hapsolunur. Fakat bu hükmün suduru izdivaç vaadi ile iğfali ya erkeğin ikrar ve itiraf eylemesine veyahut kız tarafının isbat etmesine menuttur.

Madde 201- Her kim zükûr ve inasdan genç kimseleri idlâl ve iğfal ederek fuhşiyata tahrik ve iğra ve esbab-i husulünü teshil etmeyi itiyat ederek âdâb-ı umumiyeye münafi harekete cesaret eyler ise bir aydan bir seneye kadar hapis ile mücazat olunur. Ve eğer bu suretle idlâl ve iğfal kaziyesi baba yahut ana veyahut vasi olan kimselerden zuhur eder ise altı aydan bir buçuk seneye kadar hapis ile mücazat kılınır.

ZEYL

Bir hatun aleyhine ırz davası mutlaka zevcine ve zevci olmadığı halde velisine ait olup bu suretle lede'd-dava (dava esnasında) irtikab-ı fiil-i şenî-i zina eylediği tahakkuk eden hatun, üç aydan ekal ve iki seneden ziyade olmamak üzere hapis ile mücazat olunur. Şu kadar ki zevç tekrar zevcesini almağa razı olarak bu cezanın hükmünü iskat edebilir. Böyle fiil-i şenî ile mahkûme olan hatunun bu fiilde şeriki olan şahıs dahi

kezalik üç aydan iki seneye kadar hapis ile cezalanır.

Ve bundan başka kendisinden beş mecdiye altınından yüz mecdiye altınına kadar ceza-i nakdî alınır. Ve bu şerik-i töhmet aleyhinde kabule şayan olabilecek delaîl, fiil-i mezkuru icra halinden veyahut bir müslümanın harîminde bulunmaklıktan veyahut kendi tarafından yazılmış olan mekâtîp ve evraktan dahi istinbat olunabilir. Ve bu maddenin hükmü ancak bir hatunun irtikab-ı fiil-i şenî-i zina edip de zevci veya velisi tarafından ırz davası vukuuna muallak olup Devlet-i Aliyenin bu misüllü fuhşiyat hakkında el'yevm mer'î olan zaptiye nizamâtı ahval-i âdiyyede kemâ-kân cari olacağından ona kat'î şumulü yoktur. Zevcesiyle birlikte sakin olduğu hanede diğer hatun ile zina fiil-i kabihine me'luf olan ve zevcesinin şikayet-i vakıası üzerine fiil-i mezkuru irtikabı tahakkuk eden zevc beş mecdiye altınından yüz mecdiye altınına kadar ceza-i nakdî ahzı ile mücazat olunur.

Madde 202- Mugayir-i ar ve haya alenen fiil-şenî icrasına ictisar eden şahıs üç aydan bir seneye kadar hapis olunur ve bir mecdiye altınından on mecdiye altınına kadar ceza-i nakdî alınır.

ZEYL

Zükûr ve inasdan genç kimselere harf-endazlık edenler (söz atan) bir haftadan bir aya kadar ve elleriyle sarkıntılık eyleyenler bir aydan üç aya kadar hapis olunur. Nisa kıyafeti ile makarr-ı nisvan olan mahallere girenler mücerred bu fiilden dolayı üç aydan bir seneye kadar hapis olunurlar ve böyle tebdil-i heyetle girmiş oldukları yerde kanunen işbu cezadan eşed bir cezayı mucip olan bir cinayet veya cünhaya ibtidar (teşebbüs) etmiş ise ol fiilin cezası ile cezalanırlar.[65]

Bu devirde, zina ve benzeri suçlar için takdir cezalar para cezası olmaktan çıkmış, hapis ve kürek cezasına çevrilmiştir. Konumuzla ilgili en dikkate değer gelişme: Zina davalarının sadece mağdur olan aile bireyleri tarafından açılması ile zina suçunun ispatında karinelerden hareketle kâdıya suçu tespit

etme yetkisinin verilmiş olmasıdır.

Batılı hukuk sistemlerine geçiş, sanayi inkılabı ve benzer olayların etkisiyle Tanzimat sonrası Osmanlı ceza hukukunda, değişim hız kazanmıştır. Ceza Kanunname-i Hümayunu 1911 ve 1914 yıllarında iki defa daha değişikliğe uğramıştır.[66] 1911 yılında yapılan değişiklikle; zina yapan kocanın cezası sadece para cezası olmaktan çıkarılmış, yeni değişiklikle erkeğin de kadın gibi hapis cezası ve aynı derecede cezaya çarptırılması hükme bağlanmıştır.[67] Bu tarihten itibaren, zina ile ilgili hükümler T.C.K'nın yürürlüğe girdiğı 1926 yılına kadar uygulanmıştır.[68]

Sonuç olarak Osmanlılar, zina suçlarının cezalandırılmasında kendilerine has bir tutum takip etmişlerdir. Her zaman İslam dinine göndermede bulunan Osmanlı idarecileri, zina suçu ve cezası konusunda devrin şartlarına ve hukuk anlayışına uygun olarak hükümler vazetmişler, bunu yaparken de İslam kültüründen tamamen uzaklaşmamışlardır. İslam hukukunun fakihlerce kendi şartları içerisinde yorumlanmasından ibaret olan fıkıh kitaplarındaki hükümlere uyma konusunda daha hür davranmışlardır. Böylece ceza hukuku alanında çok ciddi gelişmeler olmuştur. Yapılan alışmalar/kanunnameler genel hatları itibarıyla İslam hukukunun felsefesine uygundur. Fıkıh kitaplarına uymaması İslam hukukuna yakırı olduğunun kesin bir göstergesi değildir. Zira onlar da İslam hukukunun temel kaynaklarından esinlenerek yapılmış yorumlardır.

Bu itibarla Osmanlıların zina suçuna ceza olarak para cezası vb. takdir etmeleri, suçluların cezalandırılması konusunda kolaylık sağlamıştır. Konumuzla ilgili suçların cezalandırılmasında mümkün olduğunca cismanî cezalardan kaçınmaları evrensel hukuk normlarına yaklaşmanın ifadesi olarak değerlendirilmelidir.

Yrd. Doç. Dr. İsmail ACAR,

Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakóltesi / Türkiye

Alıntı Kaynağı: Türkler, Cilt: 10 Sayfa: 83-90.

Dipnotlar:

- [1] Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu-Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Ankara 1996, s. 45-47; Halil Cin-Ahmet Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, İstanbul 1995, I, 101.
- [2] Abdulkadir Şener, "İctimaî Usul-i Fıkh Tartışmaları", AÜİFİİE Dergisi, (1982), C. V, s. 231.
- [3] Halil İnalçık, Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet, İstanbul 2000, s. 39.
- [4] Ahmet Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, İstanbul 1990, I, 15.
- [5] Hayreddin Karaman, İslam Hukuk Tarihi, İstanbul 1989, s. 276.
- [6] Cin-Akgündüz, a.g.e., I, 86-87; İnalçık, Osmanlı'da Devlet, 39; İbrahim Halebî'nin Mülteka'l-Ebhur adlı eseri 1648 ve 1687 yıllarında kâdılar için resmî müracaat kaynağı olarak kabul edilmiştir. (Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri, I, 46-49.).
- [7] İsmail Hakkı Uzunçarşılı, Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilatı, Ankara 1965, s. 83, 89, 173; İnalçık, Osmanlı'da Devlet, s. 40; Joseph Schacht, İslam Hukukuna Giriş, çev. Mehmet Dağ-Abdulkadir Şener, Ankara 1977, s. 90.
- [8] Cin-Akgündüz, a.g.e., I, 148-149.
- [9] Elimizde mevcut en eski kanunname Fatih'e ait olanlardır. Ondan önce Osmanlı Kanunnamesi adı altında elimize ulaşmış belge mevcut değildir. Bkz., Ö. Lütfi Barkan, "Kanunname", İA., VI, 186, 194; Halil İnalçık, "Türk Devletlerinde Sivil Kanun Geleneği", Türkiye Günlüğü, S. 58, s. 9.
- [10] İnalçık, Osmanlı'da Devlet, s. 33.
- [11] İnalçık, Osmanlı'da Devlet, s. 32; Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri, I, 266.
- [12] Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri, III, 85.
- [13] Uriel Heyd, "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", çev. Selâhâddin Eroğlu, AÜİFD., S. XXVI, s. 635-636.
- [14] Uriel Heyd, Studies in Old Ottoman Criminal Law, London 1973, s. 33.
- [15] Eserin asıl nüshası ülkemiz kütüphanelerinde yoktur. Asıl nüsha Viyana Kütüphanesinde 554 numarada kayıtlıdır. Geniş bilgi için bakınız: Heyd, "Osmanlıda Kanun ve Şeriat" s.

635-636; Aynı yazar, Criminal Law, s. 7; İnalçık, Osmanlı'da Devlet, s. 33-34. Bu kanunnamenin aslı ile ilgili karşıt görüş için bakınız: Ali himmet Berki, Fatih Sultan Mehmet Han, ts. Ankara, s. 230-240.

[16] Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri, I, 347-348; Ömer Lütfi Barkan, XV. Ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Ziraî Ekonominin Hukukî ve Mâlî Esasları (Kanunlar), İstanbul 1943, s. 387-388.

[17] İsmail Acar, İslam Hukukunda Zina Suçu ve Cezası Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, DEÜ Sos. Bil. Ens. Yayınlanmamış doktora tezi, İzmir 1999, s. 63-64.

[18] Mavsılî, el-İhtiyar, VI, 79; İbrahim Halebî, Mülteka'l-Ebhur, Beyrut 1989, I, 330.

[19] Birinci Fasl (Zina ve Zinaya Yol Açan Sebepler) Madde 1: "Eğer bir kişi zina kılrsa, şeriat huzurunda sabit olsa, ol zina kılan evlü olsa ve dahi bay olursa ki bin akçeye dahi ziyadeye gücü yeterse, cürm üç yüz akçe alına. Evsatü'l-hal olursa kim altı yüz akçeye malik ola, cürm iki yüz akçe alına. Andan aşağı gücü yeterse, cürm yüz akçe alına. Andan dahi aşağı halli olursa, elli akçe; andan daha aşağı ki gayette fakirü'l-hal olursa, kırk akçe cürm alına." (Osmanlı kanunnamelerindeki cezaî hükümler şu eserlerden karşılatırma sureti ile elde edilmiştir: Akgün düz, Osmanlı Kanunnameleri, I, 347-348; Ö. Lütfü Barkan'ın, XV. ve XI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğu'nda (Kanunlar), 387-388; Heyd, Ottoman Criminal Law, s. 56, 95. Bu itibarla bundan sonraki maddelere sadece tezimiz kaynak gösterilecektir.) Acar, Zina Suçu, s. 28.

[20] Uriel Heyd'in tespitine göre, bu ilave Kanunî'nin Kanunnamesi ile başlar. Heyd, Ottoman Criminal Law, s. 56, 1/6 nolu dipnot.

[21] Akgündüz, Kanunnameler, III, 89.

[22] Akgündüz, Kanunnameler, IV, 296.

[23] Kanun-ı Padişahî, Topkapı Sarayı, Revan No: 1935, vrk: 106-40/a. (Akgündüz, Kanunnameler, IV, 336, 403'ten naklen).

[24] Bkz. Coşkun Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Hukukuna Aykırı Hükümler" C. IV, s. 61-68; İn alçık, Osmanlı'da Devlet, s. 21-22, 32, 104 Heyd, Kanun ve Şeriat.,

s. 636; Ayrıca bakınız, Joseph Schacht, İslam Hukukuna Giriş, çev., M. Dağ-A. Şener, Ankara 1977, s. 97-101.

[25] Madde 10: "Eğer bir avret veya kız, bana zina kıldun dese, er inkâr eylese, bu mezkurların sözüne itibar olunmaya. Ere and vereler; avrete kadı ta'zir ura. İki ağaca bir akçe cürm alına." Madde 11: "Eğer avrete er, ben sana zina kıldum dese, avret münkire olsa, avret and içe. Ere kadı ta'zir ura. İki ağaca bir akçe cürm alına." Acar, Zina Suçu, s. 29.

[26] Mavsılî, el-İhtiyâr, IV, 93-96; Halebî, Mültekâ, I, 239-241.

[27] Heyd, Criminal Law, s. 56.

[28] İslam hukukunun temel kaynaklarında (Kur'an ve Sünnet) cezası tayin edilmemiş olan suçlara, kâdının takdiri esas olmak üzere, verilen cezalara "ta'zir" denir. Bkz. Cürcânî, Ali b. Muhammed b. Ali s-Seyyid ez-Zeyn Ebi'l-Hasen, et-Ta'rîfât, Beyrut 1987, s. 91; Abdulaziz Amir, et-Ta'zîr fi'-Şeriati'l-İslâmiyye, Mısır trz., s. 177-187.

[29] İnalçık, Osmanlı'da Kanun, s. 32-33.

[30] Madde 6: "Eğer zina eden kız olursa, onun cürmü ergen gibi ola, azlıkta çoklukta ona itibar edeler."

[31] Madde 2: "Eğer zina kılan ergen (yetişkin bekar) olursa, bin akçeye dahi ziyadeye gücü yeterse, cürm yüz akçe alına. Eğer orta hallü olursa, altı yüz akçeye gücü yeterse, cürm elli akçe alına. Andan aşağı dört yüze gücü yeterse, kırk akçe; gayet fakir olsa otuz akçe cürm alına." Madde 3: "Eğer avret zina kılrsa, şariat katında sabit olsa, gani olsa, er kınlığın (zina işleyen erkek için takdir edilen para cezası) vere. Orta hallü yahud fakîre olsa, ergenler gibi olur; kınlığın vere." Acar, Zina Suçu, s. 28.

[32] Bkz. 25 ve 35. dipnot.

[33] Madde 7: "Eğer biregünün (birinin, başkasının) evine girse, zina kasdına olursa, evlü cürmün vere. Eğer ergen ise, ergen cürmün vere; ol zina eden gibi. Yukarı tafsîl üzere ki beyan olundu" Acar, Zina Suçu, s. 29.

[34] Madde 8: "Eğer kul-karavaş (köle-cariye) zina kılrsa, hür ve hürrenin nısfın vere. Adet cihetince bayağıleyin, baylıkda ve yoksullukda." Acar, Zina Suçu, s. 29.

[35] Madde 9: “ğer biregünün avretin öpse yahud dilese yahud yapıssa, kadı ta’zir ura. Ağaç başına bir akçe cürm alına. “Acar, Zina Suçu, s. 29.

[36] Madde 13: “Eğer zikrolunan ceraim kâfirden sadır olsa, ganisinden gani müslümanın cürmünün nısfı alına ve mutavassıtu’l-halinden mutavassıtu’l-hal müslümandan alınan cürmün ve fakirden fakir müslümandan alınan cürmün nısfı alına.” Acar, Zina Suçu, s. 31.

[37] Schacht, İslam Hukukuna Giriş, s. 98-99; İnalcık, Osmanlı’da Kanun, s. 21.

[38] Madde 24: “Eğer bir kişi avret veya kız kapsa, avretin ve kızın rızası olmasa, erin zekerini keseler. Avrete ve kıza nesne demeyeler, cürm almayalar. Eğer avret veya kız razı olup evinden taşra gitse, onların ferclerin dağılayalar.” Acar, Zina Suçu, s. 32.

[39] Madde 16: “Bir kişi avretin yoluna varup yahud evine girip saçın çekse veya donun veya destarin alsa, bade’s-sübut muhkem ta’zir edüp dahi haps edüp Dergah-ı Muallaya arz edeler.” Acar, Zina Suçu, s. 31.

[40] Madde 31: “Eğer bir kişi bir kişinin cariyesine söylese veya öpse, muhkem ta’zir olunup iki ağaca bir akçe cürm alına.” Acar, Zina Suçu, s. 33.

[41] Madde 18: “Eğer zina eden dul avret olsa, ergenler gibi cürm vere; azlıkta çoklukta ona itibar edeler.” Acar, Zina Suçu, s. 31.

[42] Madde 20: “Eğer evlü müslime avret zina etse, gani ise, ba’des-sübut gani cürmün vere. Eğer orta hallü ise, ol hallü er cürmün vere.” Acar, Zina Suçu, s. 32.

[43] Madde 19: “Eğer zina eden kız oğlan ise, onun dahi cürmü heman ergen cürmü gibidir.” Acar, Zina Suçu, s. 32.

[44] Madde 22: “Eğer zina edenlerden biri evlü biri ergen olsa, evluden evlü cürmü, ergenden ergen cürmü alına; hallerine göre.” Acar, Zina Suçu, s. 32.

[45] Madde 26: “Ve bir kimesne kendi avretin bir kimesne ile zina ederken bir yerde bulsa, ikisini bile katletse, heman evi içine cemeat getirip işhad etse, ol maktüllerin varislerinin davaları istima olunmaya.” Acar, Zina Suçu, s. 33.

[46] Madde 27: “Veya bir kimesne kendi evinde bir ecnebiyi bulup alet-i harp ile çalup mecruh etse, mecruh ettiğine cemeat işhad etse anun dahi siyaseti sorulmaya.” Acar, Zina Suçu, s. 33.

[47] Madde 29: “Eğer avretin biregü ile adı çekilse, (anu eri boşasa) ol adı çekilen avreti ol ere nikah etmeyeler, eğer nikah akdi olmuş ise filhal kâdı tefrik ede cebren ve kahren, ve nikah eden danişmendi dahi ta’zir-i belîğ edip muhkem hakkından gele.” Acar, Zina Suçu, s. 33.

[48] Halvet: Issız yer. Karı ile kocanın, i izinleri olmadıkça üçüncü bir şahsın muttali olamayacaklarından emin bulundukları bir yerde baş başa kalmalarıdır. (Mehmet Erdoğan, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, İst. 1998, s. 137).

[49] Madde 30: “Eğer bir avretin bir er ile adı çekilse ikisini bir halvet yerde görüp şahadet etseler, kâdı ta’zir ede. Zina kınlığın kemâ-kân alalar.” Acar, Zina Suçu, s. 33.

[50] Madde 33: “Ve dahi bir kişi ahar kimesneye; sen benim avretime veya cariyeme zina ettin dese, ispat edemese, ta’zir edip cürm alınmaya.” Acar, Zina Suçu, s. 33.

[51] Madde 15: “Eğer bir kişi hayvana varsa, muhkem ta’zir edüp, ağaç başına bir akçe cürm alına.” Acar, Zina Suçu, s. 31.

[52] Madde 32: “Eğer bir kişinin oğlu (a) n öpse veya yoluna varıp söylese, muhkem ta’zir edip ağaç başına bir akçe cürm alına. Eğer haps dahi etseler kâdı maslahat gördüğü yerde ede.” Acar, Zina Suçu, s. 33.

[53] Madde 34: “Ve eğer akıl ve baliğ bir kişi livata kılrsa, evlü olup gani olsa, üç yüz akçe cürm alına. Mutavassıtu’l-hal olandan iki yüz akçe cürm alına. Fakirü’l-halden yüz akçe cürm alına. Ve dahi aşağı halliden elli veya kırk akçe cürm alına.” Acar, Zina Suçu, s. 33.

[54] Madde 35: “Ve eğer livata eden ergen olsa, ganisinden yüz, vasatından elli, fakirinden otuz akçe cürm alına.” Acar, Zina Suçu, s. 34.

[55] Joseph Von Hammer, Osmanlı Devleti Tarihi, çev. Vecdi Bürün, İstanbul 1986, XII, 33.

[56] Kanunnamelerdeki cezaî kanunlardan zina suçu ve cezası

ile ilgili olanlarının İslam Hukuku açısından değerlendirilmesi hakkında geniş bilgi için bkz. İsmail Acar, "Osmanlı Kanunnameleri ve İslam Ceza Hukuku (I)", DEÜ. İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. XVI, Yaz-Sonbahar 2001, s. 53-68.

[57] Üçok-Mumcu, a.g.e., s. 271.

[58] Üçok-Mumcu, a.g.e., s. 282.

[59] Tahir Taner, Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku Kanunları, (Tanzimat'ın yüzüncü yıl dönümü münasebetiyle neşredilen kitaptan ayrı bası) İstanbul 1940, s. 6.

[60] Taner, Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku, s. 4.

[61] Naci Şensoy, "Zina Cürmü", İÜHF Mecmuası., İstanbul 1942, c. VIII, s. 77.

[62] Ahmet Gökçen, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul 1989, s. 14.

[63] Zina davalarında kadın aleyhine olan tutum; ilk ortaya çıktığı günden 19. asrın başlarına kadar gayet etkili bir şekilde Fransız Ceza Hukukunda kendisine yer bulmuştur. 1810 tarihli Fransız Ceza kanununda bu keyfiyet giderilmeye çalışılmışsa da, yine kocanın lehine bir düzenleme yapılmıştır. Bu tarihten itibaren, zina suçu sadece karıya has bir cürüm olmaktan çıkmış, bazı kayıt ve şartlar altında karıya, koca aleyhine zinadan mütevellit takip hakkı tanınmıştır. (Şensoy, "Zina Cürmü", s. 75) Ancak, Fransız Ceza Kanunu'na göre, zina suç olduğu müddetçe (1975 yılında zina suç olmaktan çıkarılana kadar) cezada eşitsizlik devam etmiştir. Geniş bilgi için bkz; Acar, Zina Suçu, s. 18-19, 51.

[64] Şensoy, "Zina Cürmü", s. 77;.

[65] Gökçen, a.g.e. s. 151-152; Ahmet Akgündüz, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuk Külliyatı, Diyarbakır 1986, s. 864-866.

[66] Gökçen, a.g.e., s. 14.

[67] Serpil Çakır, Osmanlı Kadın Hareketi, İstanbul 1994, s. 140.

[68] Tanzimat'tan sonra en büyük ve köklü değişiklik, 1926 yılında TCK'nın yürürlüğe girmesiyle olmuştur. 1889 tarihli eski İtalyan Ceza Kanunu esas alınarak oluşturulan bu yeni ceza kanunu halen yürürlüktedir. Zina suçu ve cezasını

düzenleyen kanun maddeleri; 440-444. maddelerdir. Bu dört madde mehzaz kanuna göre çok az değişiklikle TCK'da yerini almıştır.

İlgili kanunlardan 440, 441. maddeler 20. 06. 1933 tarihinde ve 440, 441, 442. maddeler de 09. 07. 1957 tarihinde az da olsa değişikliğe uğramış, 441. madde 27. 12. 1996 tarihinde iptal edilmiştir. (27. 12. 1997 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nin 23. 9. 1996 tarih ve 1996/15 Esas ve 1996/34 karar numaralı kararı gereğince evli erkeğin zinasını öngören TCK'nın 441. maddesi yürürlükten kalkmıştır.) Gereklı süre içinde yeni kanun çıkarılamayınca yeni tasarı kadük kalmıştır. Böylece 441. maddenin iptal sebebini oluşturan "kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık" durumu daha vahim boyutlara ulaşınca 440. madde de Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının 13. 03. 1999 tarihli Resmî Gazetede yayımlanmasıyla yürürlükten kalkmıştır. (Kocanın zina suçunun düzenlendiği TCK'nın 441. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin 23. 9. 1996 günlü, Esas: 1996/153 Karar: 1996/34 sayılı kararıyla, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "eşitlik" ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiş ve iptal nedeni ile oluşan hukuksal boşluğın doldurulabilmesi için de kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. İptal kararının 27. 12. 1996 günlü, 22860 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmasına ve yayım tarihinden itibaren bir yıl geçmesine karşın, yasa koyucu tarafından yeni bir düzenleme yapılamadığından, kocanın zinası suç olmaktan çıkmış, buna karşılık, TCK'nın 440. maddesi uyarınca karının zinası suç sayılmaya devam etmiştir.

TCK uygulamasında kocanın, korunana taraf olması nedeniyle karıya göre ayrıcalıklı duruma geldiği, bunun Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı düştüğü ileri sürülerek iptali istenen 440. madde Anayasa Mahkemesi'nin 23. 6. 1998 günlü, Esas: 1998/3, Karar: 1998/28 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. (13 Mart 1999 günlü 23638 sayılı Resmi Gazete).

İptal edilen bu iki kanunla hukukî boşluk meydana gelmiş, ayrılık ve terk halinde ceza indirimini belirleyen kanun

anlamını yitirmiştir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi, 442. maddenin uygulama olanağı kalmadığı gerekçesiyle onu da iptal etmiştir. Böylece zina suçuna ait cezaları düzenleyen maddelerin tamamı iptal edilmiştir. Geri kalan iki madde de zaten şikayet formu ve affetme ile ilgili hükümlerdir.

Ceza Kanunu'nu baştan sona yeniden düzenlemeyi amaçlayan Dönmezer ve Yenisey'in beraber hazırladıkları yeni ceza kanunu tasarısı da henüz kanunlaşmamıştır. Bu tasarıda zina suçu ve cezası 329 ve 330. maddeler olmak üzere iki maddeye indirgenmiştir. Önceki maddelerin iptal nedenini oluşturan eşitsizlik giderilmiştir. (Sulhi Dönmezer-Feridun Yenisey, Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, Alkım Yayınları, İstanbul 1998, s. 319-320, Gerekçeler için bkz. aynı eser, s. 637-640). Taryhy makalalar