

1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu'nda Irz ve Namus Kavramlarının Kodifikasyonu ve Toplumsal Cinsiyet

Codification of Honor and Gender in the 1858 Ottoman Penal Code

Başak Tuğ Onaran*

Öz: Bu makale, Tanzimat dönemi kodifikasyon hareketi içerisinde çıkarılan Osmanlı ceza kanunnamelerinde ırz kavramının hukuki dönüşümüne bakarken, “hetk-i ırz” üst başlığı altında cinsel suçlara en kapsamlı şekilde yer veren 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu’na özel olarak odaklanmakta ve ırz kavramının cinsiyetçi açılımlarının yeni ceza hukuku anlayışında tezahürlerini incelemektedir. Söz konusu ceza kanunnamesi, Napolyon’un 1810 yılında yayınlamış olduğu ve 1832’de yenilenen Code Pénal’inden uyarlanmış bir kanunname olması dolayısıyla Tanzimat ceza kanunnameleri içinde en tartışmalı yere sahip olan kanunname dir. Bu sebeple, makale öncelikle literatürdeki bu tartışmalara yer vermekte ve yerli-yabancı ikiliği ekseninde yapılan bu tartışmaların, Tanzimat kanunlarının küresel düzlemde modern devletlerin yasalştırma dalgası içinde analiz edilmesine engel olduğunu iddia etmektedir. Fakat, bu çalışma esas olarak Ceza Kanunname-i Hümayunu’nun “Hetk-i ırz edenlerin mücâzâtı beyanındadır” başlıklı bölümündeki cinsel suçları ilgilendiren maddeler ile Code Pénal’in “Ahlaka Saldırı” (Attentats aux Moeurs) başlıklı ilgili bölümündeki maddeleri kültürel ve hukuki uyarlama açısından karşılaştırmaktadır. Bu karşılaştırma ile Code Pénal’den dahil edilen, uyarlanan ve dışarıda bırakılan noktalara dikkat çekilerek, 19. yüzyıl Fransız ahlak ve cinsiyet anlayışının Osmanlı kültürel ve hukuki coğrafyasında var olan “ırz” kavramı yoluyla adaptasyonu ve yerlileştirilmesi esnasında geliştirilen cinsiyetçi ve ahlakçı vatandaşlık/teba’ tanımına işaret etmektedir. Dolayısıyla makale, 1858 ceza kanunnamesinin Fransız cinsiyetçi ahlâk normlarının Osmanlı toplumsal cinsiyet düzenine adapte edilebilmesini sağlayarak esasında cinsiyetli ve evrensel olmayan bir vatandaşlık tanımının oluşturulmasında kurucu bir role sahip olduğunu iddia etmektedir.

Anahtar Kavramlar: 1858 Osmanlı Ceza Kanunnamesi, Hetk-i Irz, ahlak, Toplumsal Cinsiyet, Ta’zir.

Abstract: This article looks at the transformation of the notion of *ırz* (honor) in the Tanzimat penal codes. Yet, it specifically focuses on the 1858 Penal Code which covered the sexual crimes most extensively under the section of “hetk-i ırz” and analyzes the gendered manifestations of *ırz* in the new penal laws. The 1858 Penal Code has been the most controversial Tanzimat penal code since it was adapted from the revised version (1832) of the 1810 Code Pénal of Napoleon. The article, first, looks at the debates around this penal

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Tarih Bölümü, E-Posta: basak.tug@bilgi.edu.tr.

ORCID: 0000-0003-0818-9875.

code in the available literature and argues that the debates around the binary of foreign-versus-indigenous sources of the law undermine the global dimension of this codification movement, and obstruct analyzing the Ottoman penal law within this codification wave of the modern states. Then, the article turns its focus on the cultural and legal comparison of the articles on sexual crimes under the section of “Hetk-i ırz edenlerin mücâzâtı beyanındadır” in the 1858 Penal Code and the section of *Attentats aux Moeurs* in the Code Pénal, from which the former has been adapted. This comparison points to a gendered and moral construction of an Ottoman subjecthood/citizenship through the adaptation and indigenization of the French notions of gender and morals into the Ottoman cultural geography via the notion of *ırz*. Thus, the article claims that the 1858 Penal Code played a constitutive role in the construction of an Ottoman/Turkish gendered and non-universal citizenship/subjecthood thanks to the adaptation of the French gendered moral norms into the Ottoman gendered social order.

Keywords: 1858 Ottoman Penal Code, Honor, Discretion, Gender, Sexual Crimes.

Summary

This article analyzes the notion of “honor” (*ırz*) in the Ottoman penal legislation of the Tanzimat in the 19th century. It focuses particularly on the “Ceza Kanunname-i Hümayûnû” (The Imperial Penal Code) of 1858 since this is the first criminal code of the nineteenth century which devoted an entire section to “The punishment for persons who violate honor” (*Hetk-i ırz edenlerin mücâzâtı beyanındadır*). While the earlier penal codes of 1840 and 1851 have made a vague categorization of crimes based on the protection of “life, honor and property” of the Tanzimat Edict, it was the 1858 Penal Code that codified *hetk-i ırz* in a comprehensive section to cluster sexual assaults and public outrage.

The Imperial Penal Code of 1858 has particular importance in the history of Ottoman legislation since it was the first penal code that was adapted from a “foreign” code, that is, the revised version (1832) of the Napoleonic Code Pénal of 1810. The indigenous (adherence to the shari’a principles) or foreign (European-thus-secular) character of the Imperial Penal Code has been a source of polarized and unproductive controversy in legal historiography. Yet, recent scholarship emphasized the syncretic nature of the Ottoman legislative and judicial reforms of the nineteenth century and highlighted the global dissemination of codification, mostly based on the French codification, according to local needs. In this line of discussion, the current article first reviews the debates around this penal code in the available literature and argues that the debates around the binary of foreign-versus-indigenous sources of the law undermine the global dimension of this codification movement and obstruct analyzing the Ottoman penal law within this codification movement of the modern states.

Finally, this article focuses on the discourse of honor (*ırz*) by closely examining the articles on sexual crimes under the section of “Hetk-i ırz edenlerin mücâzâtı beyanındadır” in the Imperial Penal Code of 1858. It focuses on the cultural and legal comparison of the articles on sexual crimes under the section of “Hetk-i ırz” in the 1858 Penal Code and the section of *Attentats aux Moeurs* in the Code Pénal of 1832, from which the former has been adapted. While most of the articles were direct translations and adaptations of the related section of the Code Pénal, the change in the order of articles, selection of specific terms and crimes from the available *ta'zir* repertoire, the omission of certain articles and the inclusion of some of them after two years with amendments point to the indigenization of French notions of honor, morality, and gender into the Ottoman context. Thus, the article claims that the 1858 Penal Code played a pivotal role in the construction of an Ottoman/Turkish gendered and non-universal citizenship/subjecthood thanks to the very notion of *ırz* which enabled adapting the French notion of honor into the available Ottoman moral and legal geography. This gendered notion of citizenship established upon the notion of honor codified by the 1858 Penal Code has remained in force until the promulgation of the 1926 Turkish Penal Code. The latter has even adopted the very notion of honor as one of the main tenants of unequal treatment of genders.

Giriş

Bu makale, Tanzimat dönemi kodifikasyon (yasalaştırma) hareketi çerçevesinde 19. yüzyıl ortalarında çıkarılan Osmanlı ceza kanunnamelerinde ırz kavramının hukuki kullanımına ve bu kullanım ışığında kavramın cinsiyet ilişkileri bağlamında toplumsal ve kültürel dönüşümüne odaklanmaktadır. Bu kapsamda, ilk olarak 1840, 1851 ve 1858 ceza kanunnameleri yakından incelenerek ırz kavramının yirmi yıllık bir dönemde geçirdiği dönüşüme dikkat çekilecektir. Sonrasında “hetk-i ırz” kavramını kullanarak cinsel suçları bir başlık altında toplayan ve bu sayede ‘ırz’ kavramına en kapsamlı yeri veren 1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu’na (CKH)¹ özel olarak odaklanılacak ve ırz kavramının cinsiyetçi açılımlarının yeni ceza hukuku anlayışındaki tezahürleri incelenecektir. 1858 Osmanlı Ceza Kanunnamesi’nin ilgili bölümünün, Napolyon’un 1810 Ceza Kanunu’nun (Code Pénal) 1832’de yenilenmiş versiyonundaki benzer suçları kapsayan ‘Ahlaka Saldırı’ (*Attentats aux Moeurs*) bölümünün çevirisi olması sebebiyle, “Hetk-i ırz edenlerin mücâzâtı beyanındadır” başlıklı bölüm altındaki maddeler, Code Pénal’in ilgili maddeleri ile karşılaştırılacaktır.

Bu karşılaştırmanın amacı, Fransız Ceza Kanunu’ndan alınan, çıkartılan ve yeniden yorumlanan noktalara odaklanarak “yabancı” bir kanundaki ahlak, cinsiyet ve teb’a/vatandaşlık

¹ Makalede bundan sonra çoğunlukla CKH kullanılacaktır.

anlayışının Osmanlı toplumsal cinsiyet ilişkileri ve ceza düzenine adaptasyonuna dikkati çekmektedir. Bu adaptasyonda, “ırz” kavramı, devlet ve erkek teb’a/vatandaş arasındaki cinsiyetçi anlaşmanın kurulmasında önemli bir rol oynamıştır. Hatta Fransız Ceza Kanunu gibi çoğu açıdan oldukça yabancı bir suç ve ceza anlayışını anlamlandırma ve yerileştirme açısından merkezi bir öneme sahiptir. Tanzimat reformları çerçevesinde *evrensellik* prensibi ekseninde bir vatandaş-devlet ilişkisi kurulması hedeflenirken, “ırz” kavramı 19. yüzyıl Fransız cinsiyetçi ahlâk normlarının Osmanlı toplumsal cinsiyet düzenine adapte edilebilmesini sağlayarak *cinsiyetli* ve evrensel olmayan bir vatandaşlık tanımının oluşturulmasında kurucu bir rol oynamıştır.

Tanzimat Fermanı: Can, İrz, Namus ve Mal

18. yüzyıl boyunca arzuhallerde ve bu arzuhallere karşılık olarak Divan-ı Hümayun tarafından yazılmış olan hükümlerde sıkça rastladığımız “hetk-i ırz” (ırza saldırı) kavramı ile birlikte devletle tebâ’a arasında ırz kavramı üzerinden bir adalet söylemi gelişmeye başlamıştır (Tuğ, 2014). Fakat ırzın korunması ilk defa Gülhane Hatt-ı Hümayun’unda (1839) “toplumsal sözleşme” çerçevesinde bir siyasi taahhüt olarak tanımlanmıştır. Ferman yapılacak kanun reformlarının içinde en başta “emniyet-i can ve mahfûziyyet-i ırz u nâmûs u mal”ı saydıktan sonra “dünyada can ve ırz u nâmûsdan e’azz (değerli) bir şey olmadığından” bir kişinin bunların emniyetinden emin olmadığına endişe ve ıstıraptan dolayı devlet ve milletine ısınamayacağını, emin olduğunda ise devlet ve milletine sadık olup vatan muhabbeti geliştireceğini belirtir (Kili & Gözübüyük, 1985).

Devletin nizam ve adaleti sağlaması karşılığında tebâ’asından vergi alabileceği ve asker besleyebileceği fikri döngüsel bir ilişki olarak “daire-i adliye” tahayyülünde Osmanlı siyasi düşüncesinde yüzyıllardır mevcuttur (Darling, 2008: 39-43; 2013; Ergene, 2001; Sariyannis, 2011; Tuğ, 2014). Fakat Tanzimat “can, mal ve namus” emniyeti vurgusuyla nizamdan ziyade refah ve güvenlik ön plana çıkarılarak (Darling, 2008: 25; Reinkowski, 2005: 200) modern devlet ile vatandaş arasındaki “anayasal sözleşmeye” çok daha yakın bir tanımlama yapılmaktadır. Ayrıca, bu “cân ve ırz ve namus ve mâl maddeleri” hususundaki emniyet, refah ve adalet haklarına “tebe’a-i saltanat-ı seniyye”den olan “ehl-i İslâm ve milel-i sâire’nin ‘bilâ-istisnâ mazhar” (Kili ve Gözübüyük, 1985: 12) olacağını vurgulayan Tanzimat Fermanı, *evrensel* bir hukuk ve vatandaşlık taahhütünde de bulunmaktadır. Başka bir deyişle, Tanzimat Fermanı Osmanlı topraklarında yaşayan Müslüman ve gayrimüslim teb’anın can, mal ve namusunu korumak karşılığında askerlik ve vergi mükellefiyetleriyle devlete bağlı kıldığı bir *evrensel* vatandaşlık fikrine dayanmaktadır. Fakat bu soyut prensiptir tabii. Tanzimat’ın hukuk, mülkiyet, askerlik ve vergi pratiklerine bakıldığında Müslümanlar ve gayrimüslimler arasında keskin ayrımlar olduğu görülür.

19. Yüzyıl Ceza Kanunnamelerinde “İrz u Namus”

Tanzimat Fermanı’ndaki bu soyut “ırz u nâmûs” kavramı, dönemin ceza kanunnamelerinde somut anlamlar kazanmaya başlar. Her ne kadar düzenleme prensibi, suçların ve cezaların tanımı, kategorize edilişi açısından 1840 ve 1851 kanunnameleri, 1858’dekinden radikal bir biçimde ayrılıyorsa da üçünde de ‘ırz’ kavramı giderek artan bir biçimde yer alır. Tüm bu kanunnameler, erken-modern dönemdeki kanunnamelere benzer bir şekilde, devlet erkinin ta’zir yetkisini genişletmek yönünde adımlar olarak görülebilir (Barkan, 1952; Cin ve Akgündüz, 1989; Tuğ, 2017). Örneğin, 1840 (1256) Ceza Kanunname-i Hümayûnu, hem katl (adam öldürme) hem de hadd suçlarını (ırz ve namus’a saldırı, sai bi’l fesad olmak, hırsızlık, yol kesme gibi), devletin yetkisinde olan rüşvet, vergi, devlet görevlileri arasındaki hiyerarşi, imtiyaz ve suç meseleleri ile birleştirerek yeni bir düzenleme getirmiş ve tüm bu suçlara İslam hukukuna göre ta’zir cezaları olan kürek, nefy ve hapsi uygun görmüştür. 1851’de (1267) yayınlanan Kanun-ı Cedid ise, Gülhane Hatt-ı Hümayunu’na açık bir referansla, kanunnamedeki suçları *fasl-ı can*, *fasl-ı ırz ve namus* ve *fasl-ı mal* olmak üzere üç bölüme ayırmıştır. Aynı zamanda, bir önceki kanunnameden farklı olarak bu bölümler altında yer alan suçların şer’an ya da kanunen görülmesi ve cezalandırılması konusunda ayrıntılı bir şekilde hukuki prosedür tarifi yapmıştır (Akgündüz, 1986: 809-831). 1858 CKH ise 1810’da Napolyon’un hazırlattığı Code Pénal’inden uyarlanmış olduğu için yabancı bir suç-ceza kategorizasyonunun İslam hukukundaki ta’zir prensipleri çerçevesine oturtulma çabasıdır.

Tanzimat ceza kanunnameleri içinde ırz kavramına en ayrıntılı biçimde yer veren 1858 CKH kaynakları ve namusla ilgili suçlar tartışmasına geçmeden önce, 1840 ve 1851 kanunnamelerinde ırz kavramının nasıl kullanıldığına kısaca değinmekte fayda var. 1840 ceza kanunnamesi, 18. yüzyıl arzuhâl etme pratiğinde sıklıkla karşımıza çıkan *hetk-i ırz* (Tuğ, 2017: 127-154) kavramına benzeyen “namusunu hetk etmek” ifadesini kullanmaktadır. İrz ve namus meselesine ayrılan üçüncü faslın başında Tanzimat Fermanı’nda yer alan “ırz ve namus dahi kişinin canı gibi aziz ve muhterem olarak” tabirini tekrar ettikten sonra, “bir adamın itibarına dokunacak söz söylemek ve bir adamı döğmek ve bir şahsa sövmek, onun namusunu hetk etmek demek olduğundan” diyerek kavramı açıklığa kavuşturur. Sonrasında ise birkaç maddede toplumun farklı zümrelerinden (devlet memuru, asker, ulema ve avam-ı nas) şahısların bu suçtan hangi mahkemelerde ve ne derece yargılanacağını açıklar (Akgündüz, 1986: 812-813). Görüldüğü gibi 1840 kanunnamesinde namus, bir “adamın” itibarı ve haysiyeti olarak tanımlanmakla birlikte herhangi bir cinsel saldırı ya da hakaretle özdeşleştirilmez. Namusun sahibi her ne kadar erirse de namusun lekelenmesi şimdilik cinsiyetli/çi anlamlar içermez.

1851 yılında yayınlanan Kanun-ı Cedid de namusa yönelik suçları içeren ikinci fasılda yukarıdaki Tanzimat mottosunu tıpatıp tekrarladığı gibi 1840 kanunnamesindeki namusa hetk etmek tanımı da aynen alır. Fakat, ilginç bir biçimde “hetk-i namusa mütecasir olan kesânın cünhası” yani başkasının namusunu lekelemeye cesaret eden kişilerin suçunun şer‘an sabit (belirlenmiş) olduğunu ve dolayısıyla şer‘an sabit olan hadd cezasının verilmesi gerektiğini söyler (Akgündüz, 1986: 825). Her ne kadar “bir adamın itibarına dokunacak söz söylemek” ve “bir şahsa söğmek” terimleri açıkça cinsel çağrışımlar içermese de bu suçların hadd-i şer‘isinin olduğunun belirtilmesinden anladığımız kadarıyla bu eylemlerden İslam hukukunda var olan kazf yani “zina iftirası” suçu kastedilmektedir (Gayretli, 2008: 137). Başka bir deyişle, kanunname eğer itibara dokunacak şekilde sövmek fiili bir zina iftirası içeriyorsa suçlunun had cezası yani seksen değnek darb ile, içermiyorsa, daha sonraki maddelerde açıklandığı gibi ta‘zirle cezalandırmasını önermektedir. Nitekim sonraki maddeler suç şer‘an sabit değilse, aynen 1840 Ceza Kanunnamesi’nde olduğu gibi suçlunun rütbesi ve statüsüne göre farklı mahkemelerde yargılanmasını ve farklı derecelerde ta‘zirle (nefiy/sürgün ya da hapis) cezalandırılmasını ister. 1840 ceza kanunnamesinde hetk-i namus söz konusu olduğunda şer‘an had cezası ihtimalinden bahsedilmediğini burada hatırlatmakta fayda var. Fakat bu, hetk-i namus suçunun bir önceki kanunname ‘cinsel’ bir çağrışımının olmamasından mı yoksa kanunnamenin genel olarak had cezalarını ihmal etmesinden mi kaynaklanıyor bilemiyoruz. Her ne olursa olsun, 1840 kanunnamesinin hetk-i namus fiilini cinsiyetlendirme konusunda daha çekimser olduğu söylenebilir.

Ayrıca, 1851 Ceza Kanunnamesi’nde, yine 1840’takinden farklı olarak, ırz ve namusu içeren ikinci fasıl içinde “şuna buna sarkıntılık eden sekrânın (sarhoşların)” ve “bu surette bulunan edepsiz ve kumarbazların” (5. madde) ve “evlenmek vaadiyle kız kaçırın”ların (6. madde) da cezalandırılması gündeme gelmiştir. Sövme fillinde olduğu gibi, kanunname sarkıntılık eden sarhoşları şer‘i usule göre suçları sabit olursa hadle, edepsiz ve kumarbazları ise şeriatın izin verdiği ölçüde değnekle ve nihayet bu suçu işlemekte ısrarcı olanları da kürek yahut pranga ile cezalandırır (Akgündüz, 1986: 825). Bu maddede söz konusu olan ayırım, sarkıntılıktan ziyade sarhoşluğun yani alkol tüketiminin şer‘an sabit cezasının olması ile ilgilidir. Edepsizlik ve kumarbazlık ise şeriata göre had suçları içinde sayılmadığı için ancak ta‘zirle cezalandırılır.

Görüldüğü gibi, 1851’de yayınlanan Kanun-ı Cedid şeriata uygunluk konusunda 1840 Ceza Kanunnamesi’ne göre çok daha dikkatlidir. Fakat aynı oranda namus ve ırza saldırı tanımını genişletir. Hatta, 1840 kanunnamesinde var olmayan kız kaçırma maddesini eklemek suretiyle ırz ve namusu net bir biçimde cinsiyetlendirir. Bu maddeye (6. madde) göre, “gerek ehl-i İslam ve

gerek reâya kızlarının buldukları memleketin mahkemesinden başka kazaen âher mahkemesinde akdetmek zu'muyla (iddiasıyla) kaçırarak veyahut memlekette harice çıkarmak misillü vaz'-ı ma marzîye (hoş olmayan duruma) cesaret edenler” yakalandıkları yerde yargılanarak tedbiren 6 ay hapse mahkûm edilecektir (Akgündüz, 1986: 827). Kaçırıldığı kızla kendi kazası dışında bir mahkemede nikah kıymak isteyen kişilerin hakimler tarafından engellenmesi ve kendi kazalarına gönderilmesi de bu maddeye eklenmiştir (Akgündüz, 1986: 826).

Bu maddenin aleni bir şekilde *fasl-ı ırz ve namus* bölümüne eklenmiş olması gayet ilgi çekicidir. İslam hukukunda kız kaçırma kızın buluğa ermesi ve yapılan fiile rızasının olması durumunda kendi başına bir suç teşkil etmez. Fakat, Osmanlı İmparatorluğu'nda yüzyıllardır devam eden bir pratik olan kız kaçırma, 16. yüzyıl kanunnamelerinde de örfi bir suç olarak tanımlanmış ve cezalandırılmıştır. Dolayısıyla, 19. yüzyıl kanunlaştırma hareketi, yalnızca İslam hukuku prensiplerinin değil, daha önceki yüzyılların örfi pratiklerinin ve kanunlarının da içerilmesine dayanan bir reform hareketidir. Bu kanunnamelerde can ve mal güvencesinin yanında ırz ve namusun korunmasıyla ilgili hükümleri içeren ayrı bölümlerin olması da bu devamlılığın göstergesidir. Code Pénal'den uyarlanan CKH bizlere bu konuda çok daha net bir fikir vermektedir.

1858 Ceza Kanunname-i Hümayunu: Napolyon, Cevdet Paşa, Mehmed Ali Önderliğinde Kodifikasyon

1858 Ceza Kanunname-i Hümayûnû yapılan çeşitli eklemelerle 1926'da ilan edilen ilk Türk Ceza Kanunu'na kadar yürürlükte kalmıştır. Hem Tanzimat döneminin en uzun ve kapsamlı ceza kanunnamesi olması, hem de ilk olarak “yabancı” bir kaynağa dayanılarak hazırlanmış olması sebebiyle, Osmanlı ve Türkiye hukuk tarihinde en çok tartışılmalı ceza kanunnamesidir. Uzun yıllar Batıcı-muhafazakâr karşıtlığı eksenine sıkışmış olan bu tartışma (Bozkurt, 1996; Cin & Akgündüz, 1989), son yıllarda karşılaştırmalı bir bakış açısıyla küresel bir düzleme oturtulabilmiş ve böylece 1858 CKH 19. yüzyıldaki benzerleri gibi evrensel bir kodifikasyon hareketi içinde incelenmeye başlamıştır (Rubin, 2016). Bu makale de bu çerçevenin çeperlerini bir derece daha genişleterek, ırz ve namus kavramlarının kanunname kapsamında kullanımını evrensel ve yerelin patriyarka ekseninde buluşması açısından tartışmaya açmaktadır.

Fakat, ırz ve namusla ilgili ceza maddelerinin kapsamlı bir biçimde anlaşılabilmesi için kanunnameyi öncüllerinden ayıran özelliklerin açıklığa kavuşması gerekmektedir. Zira, cinsel suçların toplandığı “Hetk-i ırz edenlerin mücazati beyanındadır” başlıklı alt bölüm, bu kanunnamenin öncülerden ayrılmasının ana sebeplerinden ve en tartışmalı bölümü olan “Eşhas hakkında vuku bulan cinayet ve cünhalar” kategorisi altında yer almaktadır. Dolayısıyla, her ne kadar ırz ve namusa saldırı bir suç çeşidi olarak devamlılık gösterse de suçun sınıflandırılması ve

bu suçlar üzerinde devletin ceza yetkisinin tanımı açısından radikal bir değişiklik göstermektedir. Öncelikle şeriata göre temel olarak “Allah’a karşı işlenen suçlar”dan olan ve dolayısıyla hadd cezası alan zina fiili, bu kanunnamede “kişiye karşı işlenen suçlar” kategorisine alınmıştır. İkinci olarak da kişiye karşı işlenen suçlar, ancak o kişi tarafından şikayetçi olduğunda şeriata göre kısas ve diyetle cezalandırılırken 1858 kanunnamesinde devlet tarafından ta’zir ile yargılanabilir hale gelmiştir.

Kanunnamede hiçbir şekilde ifade edilmemiş olsa da CKH, Napolyon’un 1810’da yayınladığı Code Pénal’in yani Fransız Ceza Kanunu’nun 1832’deki gözden geçirilmiş versiyonundan uyarlanmıştır (Heinzelmann, 2014: 295). Bu uyarlama, birçok maddenin birleştirme, kısaltma ve değiştirme yoluyla çevrilmesi, belli maddelerin de toptan göz ardı edilmesi şeklinde tezahür eden seçici bir uyarlamadır (Heinzelmann, 2014). Fakat, suçların ve cezaların sınıflandırılması açısından, 1858 CKH, daha önceki Tanzimat kanunnamelerinden çarpıcı bir biçimde ayrılmakta ve Code Pénal’deki sınıflandırmayı benimsemektedir. Fransız Ceza Kanunu’ndaki gibi hem suçlar hem de cezalar dereceli bir sınıflandırmaya tâbi tutulmuştur. İlk olarak suçlar, önceki kanunnamede olduğu gibi can, mal ve ırz u namus fasılları şeklinde sınıflandırılmamıştır. Bilakis, “zarar-ı amm” ve “eşhas hakkında vuku bulan” cinayet ve cünha olarak iki gruba ayrıldıktan sonra, üçüncü bir kategori olarak “zabıtaya muhtelif” kabahatler eklenmiştir. Böylece, suçlar her ne kadar İslam hukukunda var olan kamu ve özel hukuk kategorilerine benzer bir ayrıma tâbi tutulmuş gibi görünse de aslında Code Pénal’de var olan üç dereceli suç ve ceza tanımlamasına göre sınıflandırılmıştır. Yani Code Pénal’deki ağır suç (*crime*), suç (*délit*), kabahat (*contravention*) ayrımını, 1858 kanunnamesi suçların devletle ilişkisi ve ta’zirin derecesi çerçevesinde önce umuma karşı cinayet (ağır suçlar) ve cünha (suçlar), sonra şahıslara karşı vuku bulan cinayet ve cünha ve nihayet zaptiye konularındaki kabahatler şeklinde uyarlamıştır. Kanunname, giriş bölümünde cinayet olarak tanımladığı ağır suçların cezasını, idam, kürek, kalebentlik, sürgün, rütbe ve memuriyetten men olarak belirtirken; cünhaların cezasını bir aydan fazla hapis, süreli kürek, süreli sürgün, memuriyetten uzaklaştırma ve para cezası; kabahatin cezasını ise yirmi dört saatle bir hafta arası hapis cezası ve para cezası olarak tanımlar (Akgündüz, 1986: 835). Böylelikle kamuya ve şahıslara karşı işlenen suçların karşılığı olarak ağır ve orta dereceli cezalar tanımlanırken, zaptiye alanına giren kabahatlere hafif cezalar layık görülmüştür. Başka bir deyişle suç ve ceza arasında rasyonel bir derecelendirme yapılarak daha önceki kanunnamelerde mevcut olmayan bir rabıta kurulmuştur.

Nitekim, 1810 Fransız Ceza Kanunnamesi’nin en çarpıcı özelliği, ceza ve suç arasındaki bu bağlantının net bir biçimde kurulmuş olmasıdır. Aslında Napolyon’un hazırladığı bu ceza kanunnamesinin arkasında da Fransız Devrimi’nin ilk ceza kanunu olan 1791 Code Pénal’i

bulunmaktadır. 18. yüzyılın Aydınlanma prensipleri doğrultusunda Cesare Beccaria ve Jeremy Bentham'ın klasik ceza anlayışının etkisinde hazırlanan devrimin ilk ceza kanunu, bireylerin özgür iradesini temel alıp, cezanın suçlunun statüsü, karakter özellikleri ya da özel şartlarına göre değil suçun mahiyetine bakılarak belirlenmesi gerektiğini öne sürmüştür. Bu sebeple, her suçun cezasının hâkimin yorumuna bırakılmayacak kadar net bir şekilde belirlenmesini amaçlamıştır. 1810 Ceza Kanunnamesi de aynı prensibi takip ederek suç ve ceza eşleştirmesini net bir biçimde yapmakla birlikte her suç için verilebilecek cezayı minimum ve maksimum derece aralığında tanımlayarak hâkimin yorumuna bir nebze alan açmıştır (Donovan, 2010: 47-48).

Napolyon'un ceza kanunnamesini sadece Osmanlılar için değil, 19. ve 20. yüzyıllarda modern devlet sath-ı mailine girmiş birçok imparatorluk ve ulus devlet için çekici kılan tam da bu standardizasyondur. Aslına bakılırsa, küresel düzeydeki bu standardizasyon ve reform arzusu, sadece ceza düzenlemeleriyle sınırlı değildir. Avi Rubin'in ayrıntısıyla gösterdiği gibi, İspanya'dan Japonya'ya kadar uzanan Avrasya coğrafyasında ve Kuzey ve Latin Amerika'da medeni kanun, anayasa, ticaret hukuku, ceza hukuku ve muhakeme usulleri alanlarında 19. yüzyıl boyunca ve 20. yüzyıl başlarında bir kodifikasyon (yasalaşma) dalgası olmuştur (Rubin, 2016: 833-834). Napolyon'un çeşitli alanlarda hazırlattığı kanunlar bu kodifikasyon hareketinde önemli bir yapı taşı teşkil etmiş olmakla birlikte küresel düzlemdeki bu süreci 'batılılaşma' olarak tanımlamak, modern devletlerin geçirdiği farklı süreçleri basite indirgemek olacaktır. Her ne kadar Max Weber, Napolyon'un Fransası gibi Avrupa toplumları için kodifikasyonun burjuva sınıfı, merkezileşen hükümdarlar ve memur sınıfının çıkarlarının buluşmasının bir sonucu olduğunu söylese de Avi Rubin'e göre 19. yüzyılda farklı bağlamlarda küresel düzeyde gerçekleşen kodifikasyon hareketinin asıl itici gücü, özel ve kamusal hukuk ayrımı üzerine oturan bütünsel bir hukuk anlayışına dayalı bir hukuki formalizmdir (Rubin, 2016: 834-836). Ayrıca, genelleştirilmiş ve basitleştirilmiş bir kanunlar bütünü olarak kodifikasyon, bu dönemde merkezi devletin bir alamet-i farikası olmuştur (Rubin, 2016: 839).

Osmanlı İmparatorluğu'nda Tanzimat Fermanı ile başlayan ve 1858 Ceza Kanunnamesi'ni de içine alacak şekilde ivme kazanan nizamname ve kanun hareketini de bu bağlamda değerlendirmek gerekmektedir. Nitekim ister modernist bir Batılılaşma perspektifinden ister İslam hukukunun siyasi otorite tarafından yasalaştırılması perspektifinden olsun, Osmanlı hukuk tarihi alanında yapılmış araştırmaların çoğu Tanzimat dönemindeki yasalaştırma dalgasının önceki dönemlerden farkını teslim etmektedir. Bir taraftan, 16. ve 17. yüzyıllarda yayınlanmış olan Osmanlı kanunnameleri sultanın İslam hukuku çerçevesinde (ve bazen de ötesinde) siyasi otoritesini kullanması ve merkezi otoritenin kuvvetlendirilmesi açısından Tanzimat kanunlarına benzemektedir. Ayrıca, önceki dönemlerde yayınlanan bu kanunnameler, çeşitli vilayet

kanunlarının bazı hükümlerinin genelleştirilmiş halleri olduğu için Rubin'in 19. yüzyıldaki kodifikasyon tanımına da uymaktadır. Öte yandan, Tanzimat öncesi kanunnameler imparatorluk çapında aynı şekilde uygulanması hedeflenen bütünsel ve tek bir kanun kaynağı yaratmayı amaçlamamıştır. Kanunnamelerin varlığına rağmen kadılar ve mahkemeler, kaynağını belirtme ihtiyacı duymadan çeşitli şeriat ve kanun prensiplerini verdikleri kararlara uygulamışlardır. Bu sebeple, Osmanlıların 19. yüzyıldaki kodifikasyon hareketi, söylemsel düzeyde kalsa dahi hukukun üstünlüğü ve evrensellik prensipleriyle daha önceki kanunnamelerden radikal bir biçimde ayrılmaktadır.

Ayrıca, kodifikasyonun kendisinin bir değer olarak hedeflendiği bir yasalştırma hareketinden söz ettiğimizi akıldan çıkarmamakta fayda var. Nitekim, birçok Tanzimat kanunnamesinin mimarı, 'kanunlaştırma' hareketinin önderlerinden saydığı Ahmet Cevdet Paşa'nın medeni hukuka katkılarını tartışan Ebül'ulâ Mardin'e göre, "Mustafa Reşit Paşa, Tanzimatın esaslarını hazırlarken adeta hükümleri kanunlaştırma aşkını, tabir caizse Cevdet Paşa merhuma aşlamıştır" (Mardin, 1946: 33). Hatta Mardin, *Medeni Hukuk Açısından Ahmet Cevdet Paşa* adlı eserinin ilk bölümlerini Cevdet'in hukuk alanındaki inkâr edilemez katkılarının fıkıh alanında uzmanlığından değil, "ulum-ı aklıye" dediği müsbet ilimlere olan merakı ve çok yönlü bir alim olmasından kaynaklandığını anlatmaya ayırmıştır. Cevdet Paşa'nın fıkıh alanındaki eksikliklerine dair itirafını kabul eden Mardin, onun fıkıh tahsilini ve bir süre kadılık mesleğine hizmet etmesini dahi hukuk-severliğine delil olarak kabul etmez. Ona göre Cevdet Paşa'yı bir hukuk adamı yapan onun "kanunlaştırma aşkıdır" (Mardin, 1946: 7-33).

Aslına bakılırsa, Cevdet Paşa'nın da içinde bulunduğu bir grup Tanzimatçı aydının "kanunlaştırma aşkı"nı, Rubin'in işaret ettiği küresel kodifikasyon dalgasından kopuk müstakil bir hareket olarak tahayyül etmek meseleyi Batıcılık-yerellik ekseninde bir kısır döngüye hapsedmektedir. Tanzimat kanunlaştırma hareketleri çerçevesindeki tarihyazımı, Cevdet Paşa özelinde tüm bir kodifikasyon hareketinin ne ölçüde İslamcı ne ölçüde Batıcı olduğunu tartışmaktan kendini alamamıştır (Bozkurt, 1996; Cin & Akgündüz, 1989; Gayretli, 2008; Şentop, 2005). Bu çerçevede, çıkarılan kanunların "dış dayatma"dan mı "iç zaruretler"den mi kaynaklandığı üzerine bugüne kadar uzanan bir tartışma zemininden büyük ölçüde çıkılamamıştır (Şentop, 2005). Fakat bu minvalde bir tartışma, hangi cepheden olursa olsun hem Tanzimatçıların zihin dünyasını hem de küresel düzlemde siyasi, ekonomik ve sosyal değişimleri göz ardı ettiği için bizi kanunlaştırma olgusunu çeşitli yönleriyle ele almaktan alıkoymaktadır. CKH'yi küresel kodifikasyon hareketi içinde farklı açılardan ele alan çalışmalar az da olsa mevcuttur (Aykut, 2017; Schull, 2016; Roman, 2021). Benim de 1858 kanunnamesinin ırzı ilgilendiren suçlar bölümü özelinde yürüteceğim tartışmada ayrıntısıyla inceleyeceğim gibi, bu dönemde yürütülen

kanunlaştırma, İslam hukuku-Batı hukuku karşıtlığının ötesinde topyekûn bir harekettir. Bu sebeple, aynı Cevdet Paşa ticaret, arazi ve ceza alanlarında Avrupa kanunlarının uyarlanmasını rahatlıkla kabul ederken, medeni hukuk alanında Fransız Medeni Kanunu'nun model olarak kullanılmasına karşı çıkabilmektedir. Bu da Cevdet Paşa ve Tanzimat bürokratları için kanunlaştırmanın ve kanun reformunun, kanunların kaynaklarından çok daha önemli olduğu anlamına gelmektedir.

Christoph Neumann'ın Tarih-i Cevdet üzerine çalışması, bu gerçeği çok net bir biçimde ortaya koyar. Neumann'ın çarpıcı bir biçimde ifade ettiği gibi, Tarih-i Cevdet'te 'araç tarih, amaç Tanzimat'tır. Ebül'ulâ Mardin'i doğrular bir biçimde Neumann da Ahmet Cevdet'in en büyük amacının Mustafa Reşit Paşa gibi Tanzimat'ın esaslarını uygulamak olduğunu vurgular ve asli hedefinin, Osmanlı İmparatorluğu'nun ayakta kalmasını sağlamak olduğuna dikkat çeker. Bu sebeple Cevdet ne şeriatı ya da hukukun üstünlüğünü, ne de "seküler" bir devlet anlayışını savunmaktadır (Neumann, 2000: 208-221). Cevdet'in savunduğu en önemli şey, "devletin her şeyin üzerinde olan bir bütünlük" olarak nizamı sağlaması arzusudur ve kanun alanındaki reformlar da buna hizmet etmektedir (Neumann, 2000: 186). Neumann, yeni medeni kanun yani Mecelle'nin hazırlanması tartışmalarında Cevdet'in Fransız medeni kanununun model alınmasına karşı oluşunu ise şeriatı korumaktan ziyade hakimlerin İslam hukukuna aşinalığı ve teba'anın Müslüman kimliğinin zedelenmemesi kapsamında açıklar (Neumann, 2000: 212). Her ne kadar bu açıklama daha ayrıntılı bir Mecelle araştırması gerektiriyorsa da Neumann'ın Tarih-i Cevdet'te şeriatın önemli bir yer tutmadığı gözlemi önemlidir. Neumann'ın aktardığı gibi Cevdet, "naklettiği bir karar veya bir önlemin şer'î hukuka ne derece uygun olduğu konusunda hiçbir zaman kafa yormaz". Ona göre şeriat, sadece gerekçelendirmeye yararlı olacak yerlerde devreye girer. Örneğin reformları meşrulaştırmak gerektiğinde şer'î hukuk bilgisini kullanır (Neumann, 2000: 213).

Aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklayacağımız gibi 1858 kanunnamesinin giriş bölümünde şeriata referansla yapılan açıklama da tam bu kapsamda değerlendirilmelidir. Fakat bu tartışmaya geçmeden önce CKH'nin kaynakları konusundaki kısıtlı bilgiyi zikretmekte fayda var. Mehmet Gayretli'nin ortaya çıkardığı ve yayınladığı kanun müsveddesi hazırlık aşamasına dair ilk somut kanıttır. Ahmet Cevdet'in kendisi de bir müsveddenin varlığından bahsetmektedir (Mardin, 1946: 45). 1857 yılında Reşit Paşa yeniden sadrazam olduğunda Ahmet Cevdet'e Meclis-i Ali-i Tanzimat azalığı tevcih buyurulmuş ve "andan sonra artık kavanin ve nizam layihalarını kaleme almakla meşgul" olmuştur (Cevdet Paşa, 1991b: 21). Cevdet'in *Tezâkir*'deki cümleleriyle: "Ol vakit Meclis'ce elde cezâ kanûnnamesi müsveddesi olup takım takım anı tashih ile fasıl fasıl havâss-ı vükelâ huzurunda kiraâtle kabul olundukça tebyîze verirdim. Bu suretle cezâ kanûnname-i hümâyûnu hitâm bularak arz u isti'zân ile irade-i seniyyesi bi'l-istihsâl ta'b u temsil

ettirilmiştir”(Cevdet Paşa, 1991a: 73). Bu müsveddenin Gayretli'nin bahsettiği müsvedde olup olmadığını bilmemekle birlikte, sonradan yayınlanmış olan kanunnameden büyük ölçüde farklıdır (Gayretli, 2008: 1-8). Fakat, cezaların derecelendirilmesi açısından Code Pénal'le ve devlete karşı işlenen suçlar açısından da 1858 kanunnamesiyle ortaklıklar göstermektedir. Ayrıca, daha sonra ayrıntısıyla inceleyeceğimiz Gayretli'nin tespit etmiş olduğu şeriat ve kanun ilişkisi hakkında kanunnamenin yine 1858'de yayınlanan mukaddimesinin başındaki madde, bu müsveddeye derkenar olarak eklenmiştir. Dolayısıyla, Code Pénal büyük ölçüde adapte edilmeden önce kısıtlı bir adaptasyon girişiminin olduğunu ve girişim esnasında dahi kanunnamenin şeriatla ilişkisinin dert edilmiş olduğunu gözlemliyoruz.

Kanunnamenin hazırlanmasına dair bir diğer belge ise kanun tasarısını hazırlayan komisyonun mazbatasıdır. Akgündüz bu mazbatayı ve mazbatada zikredilen ve kanunnamenin kaynaklarından sayılan Men-i İrtikâb Kanunnamesi'ni ayrıntısıyla incelemiştir (Akgündüz, 1987). 21 Zilhicce 1274 (2 Ağustos 1858) tarihli kanunnameyi hazırlayan komisyonun Sadaret'e sunduğu mazbata, kanunnamenin kaynakları olarak 1855 yılında yayınlanan Men-i İrtikâb Kanunnamesi'ni ve diğer ceza kanunnamelerini göstermektedir. Nitekim, Akgündüz'ün belirttiği gibi CKH'deki “260 küsur maddenin 30 küsur maddesi bu kanunnameden alınmıştır” (Akgündüz, 1987: 159). Bu maddeler, ceza kanunnamesinin memuriyet ve rüşveti ilgilendiren maddelerini teşkil etmektedir. Mazbatada bahsedilen diğer ceza kanunnamelerinden kasıt ise, daha önceki Osmanlı ceza kanunnameleridir. Burada Code Pénal'den hiç bahsedilmez. Ayrıca, mazbata görüş almak için şeyhülislamlığa da bildirilmiştir. Bütün bunlar Akgündüz için kanunnamenin şeriata uygunluğunu kanıtlamak için kullanılmış olmakla birlikte mazbatada Fransız Ceza Kanunu'nun zikredilmemesi, CKH'nin geri kalan 230 maddesinin önceki kanunnamelerden büyük ölçüde farklı olduğu ve Code Pénal'den uyarlandığı gerçeğini değiştirmemektedir.

Bu makalede bir bölümünü inceleyerek göstermeye çalışacağım gibi CKH'nin bizzat kendisi, maddelerinin düzenlenişi ve içerikleriyle Code Pénal'in bir uyarlaması olduğunun en açık kanıtıdır. Üstelik CKH ve Code Pénal'in çeviri açısından karşılaştırıldığı bir doktora çalışması da mevcuttur (Öner, 2013). Ayrıca, kanunnamenin hazırlanmasında Code Pénal'den faydalandığını dolaylı bir şekilde gösteren birkaç belge de vardır. Bunlardan ilki yine Ahmet Cevdet'in *Tezakir*'de ceza kanunnamesine girmeyen bir hükümden bahsederken söyledikleridir. Cevdet, “Avrupa kavânini hükmünce” hükümdara karşı suikast girişiminde bulunanların idam olunmasının lazım geldiğini ve CKH'nin layihasının da bu yolda hazırlandığını söyler ve ekler: “ve fakir bu işin memur-u mahsusu olup madde be madde bu layihayı havass-ı vükelâ komisyonunda kırâatle verilen karar üzerine tashih ederdim”. Fakat Cevdet Paşa, bu maddeyi okuduğunda Tanzimat azasından Şevket Paşa, padişaha suikastın kimsenin aklına gelmemesi gerektiğini söyleyerek ilgili

maddeyi kanunnameden çıkarttırmıştır. Yine Cevdet'in anlattığına göre, bundan bir yıl sonra 1859'da Kuleli Vakası diye anılan padişaha suikast girişimi sonrasında suikastı planlayanların idam ettirilebilmesi için bir ceza maddesi aranırken, kendisi Ali ve Fuad Paşa'lara Şevket Paşa'ya hikayesini hatırlatmış ve paşalar da bu maddeyi dışarıda bıraktıklarına teessüf etmişlerdir (Cevdet Paşa, 1991b: 83; Onaran, 2018: 247-248). Bu küçük anekdot, Cevdet'in sanıldığı aksine ceza kanunnamesinin hazırlanmasında Avrupa kanunlarından faydalanmak konusunda bir tereddüdü olmadığını apaçık göstermektedir². Bilakis, padişaha suikast girişiminde bulunanların idam edilmesi meselesinde olduğu gibi belli maddelerin Avrupa kanunlarından alınmamış olmasını eleştirebilmektedir.

Burada bahsi geçen Avrupa kanunlarının Fransız Ceza Kanunu olduğu konusunda herhangi bir ibareye Cevdet'in notlarında ya da kanunnamenin yayınlanması öncesinde herhangi bir yerde rastlamıyoruz. Fakat açıkça Fransız Ceza Kanunu'na yapılan ilk atıf, CKH'ye 1860 (1277) yılında eklemeler yapılırken Meclis-i Âli-i Tanzimat'ın yazdığı mazbatadadır (Şentop, 2004: 90-91). Son olarak da 1906 yılında CKH'i Fransızca'ya tercüme eden Young (Young, 1906: 1-54) ve 1913 yılında İngilizce'ye tercüme eden Bucknill ve Utidjian (Bucknill & Utidjian, 1913) ceza maddelerinin Code Pénal'deki hangi maddelere tekabül ettiğini karşılaştırmalı olarak göstermişlerdir. Bu makalede kanunnamenin diğer bölümlerini ayrıntısıyla incelemeyecek olsam da "Hetk-i ırz" bölümünün incelemesi Code Pénal'in ne şekilde uyarlandığını gözler önüne serecektir.

Esasında CKH üzerine yapılan araştırmaların hiçbirinde bahsi geçmeyen fakat kanunnameye öncülük eden önemli kaynaklardan biri de Mısır'da Mehmed Ali Paşa'nın hazırlattığı ceza kanunnameleridir. Mısır üzerine araştırma yapan hukuk tarihçileri Tanzimat döneminde Osmanlı Mısır'ı ve İstanbul'u arasında reformlar açısından etkileşimi gösteren çok değerli çalışmalar yapmışlardır (Peters, 1990: 2007; Baer, 1963). Oysa Osmanlı İstanbulu'nu reformların kaynağı olarak gören ve merkeze odaklanan tarihçiler, Mehmed Ali Paşa'nın hukuk alanındaki reformlarına İstanbul'a etkileri açısından yaklaşmamıştır. Bunda Türkiye merkezli Osmanlı tarihçilerinin milliyetçi ve devletçi bakış açıları kadar, Tanzimat bürokrat ve aydınlarının devletçi reflekslerinin de payı olduğunu düşünüyorum. İstanbul'da reformları gerçekleştiren Tanzimat bürokratları ve aydınları, 1830'larda Mısır ile Suriye'nin kontrolü konusundaki savaştan

² Akgündüz, "Avrupalı kanunlar mı, yerli-İslami kökenli kanunlar mı tartışmasına yerli-İslami kökenli kanunlar tezi lehine karışan" Ahmet Cevdet Paşa'nın ceza kanunnamesini hazırlayan Tanzimat komisyonunun başkanı olması sebebiyle, Ceza Kanunnamesi'nin şeriata aykırı olamayacağını savunmaktadır. Akgündüz, A. (1987). 1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men'-i İrtikab Kanunnamesi. *Belleten*, 51(199), 153-191. Sadece böyle bir ön-kabul üzerinden geliştirilen kanıt yetersiz olduğu kadar da yanlıştır. Zira, Cevdet'in yerli-İslami kökenli kanunları savunduğu mecra, 1858 ceza kanunnamesi hazırlıkları değil, 1868-1876 yılları arasında çıkarılmış olan Mecelle'nin hazırlık tartışmalarıdır.

ötürü, Mehmed Ali Paşa'nın hazırlattığı kanunlardan faydalanmış olsalar dahi bunu açıkça dile getirmemiş olabilirler. İstanbul'daki bürokratların Mehmed Ali'nin Code Pénal'in çevrilmesi konusundaki çalışmalarından ve bu kanunnamenin önemli maddelerinin 1845 yılında Mısır'daki ceza kanunnamesine uyarlandığından haberdar olmamaları mümkün değildir. Bu durumda, Mısır kanunnamelerini zikretmeseler dahi bunlardan faydalanmış olmaları ihtimalini göz önünde tutmak gereklidir.

Mısır'da Mehmed Ali dönemi ve sonrasında çıkan ceza kanunlarını ayrıntısıyla inceleyen Gabriel Baer (1963) ve Rudolph Peters (2007) Tanzimat dönemi Osmanlı ceza kanunnamelerinde gözlemlediğimiz devletin ta'zir yetkisinin cezalandırma alanında artırılması eğiliminin Mısır'da İstanbul'dan çok daha önce başladığını göstermektedir. Mehmed Ali'nin 1828 yılında Fransa'ya hukuk tahsili için gönderdiği öğrenciler üç yıl sonra Mısır'a geri döndüklerinde hızla Fransız kanunlarını çevirmeye başlamıştır. Mehmed Ali, 1830'larda Osmanlı sultanlarına paralel ama kendi egemenliğini kuvvetlendirecek bir modernizasyon hareketine girişir. Hatta, 1937 yılında, Tanzimat Fermanı'nın yayınlanmasından iki yıl önce merkezi kontrolünü güçlendirme arzusuyla Avrupa hükümet etme pratiklerini hayata geçirmek üzere Fransız danışmanlar eşliğinde *Qanun al-Siyasetname* diye bilinen kapsamlı bir reform programı hazırlar (Hallaq, 2009: 103-105). Nitekim, Mehmed Ali'nin 1829 ve 1830 yıllarında hazırlattığı ilk ceza kanunnameleri, büyük çoğunluğu ta'zir cezası olan idam, hapis, kırbaç gibi cezaların miktarlarını ve limitlerini kesinleştirmeyi ve bu şekilde keyfi cezalandırmanın da önüne geçmeyi amaçlamaktadır (Peters, 2007: 213-218). Bu erken reformasyon hamleleri sebebiyle, 1839'da Gülhane Hatt-ı Şerifi Mehmed Ali'ye gönderilip yaygınlaştırması istendiğinde, kendisi hatt-ı şerifin ilkelerini birkaç yıldır kanunlar yoluyla uyguladığını ve yeni reformlarla da devam ettireceğini bildirmiştir (Baer, 1963: 30; Hallaq, 2009: 103-105).

Ancak, *Qanun Muntakhah* (Seçilmiş Kanunlar) olarak anılan ve çeşitli kanunların bir araya getirilmesiyle oluşturulmuş 203 maddelik kanunname Mehmed Ali'nin hazırlattığı diğer ceza kanunlarından radikal bir biçimde ayrılır. Bu o zamana kadar hazırlanmış en kapsamlı kanunnamedir. Kanunnamenin yarısı 1830 ve 1837 kanunnameleri ile 1837-1844 yıllarında çıkarılan köy hayatı, rüşvet, memuriyet, kamu mülkiyetinin korunması gibi 'yerel' konuları ve cezaları içermektedir. Kanunnamenin diğer yarısı ise çeşitli konulardaki suçlara ayrılmıştır. Peters'in karşılaştırmalı olarak gösterdiği gibi bu maddelerin çoğu 1810 Code Pénal'inden çeviri ve uyarlamasıdır (Peters, 2007: 218-221, 230-231). Fransız Ceza Kanunu'ndan uyarlanan maddeler, kalpazanlık, cinsel şiddet ve tecavüz, ıskat-ı cenin, zehirlenme, hırsızlık, gasp, kazara adam öldürme, hile, yalancı şahitlik, devlet görevlilerine hakaret gibi suçlarla ilgilidir. Kanunname, kazara adam öldürme ve ıskat-ı cenin maddeleri dışında şeriat hükümlerine herhangi bir atıf

yapmaz. Fransız kanunnamesindekilerle her zaman örtüşmemekle birlikte bu bölümdeki suçlara verilen tüm cezalar, ta‘zir kategorisindeki idam, nefy, kalabendlik, kürek, hapis, kırbaç ve para cezalarıdır (Peters, 2007: 219-220).

Ayrıca, Baer bu kanunnamenin özel mülkiyeti koruması, keyfi cezalandırmayı ortadan kaldırması açısından teb‘anın haklarını devlete karşı güvenceye alan ve şeriat sınırlarını ihlal eden ilk kanunname olduğunu ve Avrupalılar tarafından *Code de Mehemed Ali* olarak tanımlandığını belirtmiştir. Hatta, Baer, ırza saldırının (*taaddin ‘ala ‘ird*) 1830 kanunnamesinde kadı tarafından görülmesi gereken şer‘i bir suç iken 1845 kanunnamesinde kadı ve şeriatı bahsedilmeden kalebentlik ya da kürek ile cezalandırılan bir suça dönüştüğünü özellikle belirtir (Baer, 1963: 31). Fakat bu kanunname uzun süre yürürlükte kalamamış, Hidiv Abbas Paşa’nın, dedesi Mehmed Ali Paşa’nın reformlarına karşı olması ve İstanbul’dan gelen baskılar sebebiyle 1852 yılında *al-Qanunname al-Sultani* adıyla 1851 Osmanlı Ceza Kanunnamesi uygulamaya konulmuştur.

Mehmed Ali Paşa’nın 1845 yılında hazırlattığı ceza kanunnamesi ile 1858 Osmanlı Ceza Kanunnamesi arasındaki paralellik, iki kanunnamenin de kaynağının 1810 Code Pénal’i olmasının ötesindedir. Yukarıdaki ırza saldırı örneğinde olduğu gibi Fransız kanunnamesinden çeviri yapılırken kullanılan kavramlar ve uyarlanan suçlar ve cezalar arasında büyük benzerlikler söz konusudur. İki kanunnamede de şeriat ceza hukuku öncelikle kıyasla belirgin bir biçimde az yer kaplar, hatta yakından bakıldığında şeriat prensiplerinin ötesine geçen uygulamaların söz konusu olduğu görülür. Her ne kadar bunlar İslam hukukuna dayalı Osmanlı hukuk pratiğinin her iki coğrafyada hüküm sürmüş olmasıyla ilişkili benzerlikler olarak görülebilirse de yabancı bir kanunun adaptasyonu çerçevesinde terminoloji ve ceza kategorileri arasındaki aşikâr paralellik iki reform hareketi arasında bir etkileşim olduğunu gösterir niteliktedir. Fransız Ceza Kanunu’nun uyarlanması konusunda Mehmed Ali’nin reform girişimlerinin kronolojik olarak İstanbul’dakileri önceliyor olması, bu rüzgârın Mısır’dan İstanbul’a doğru estiğine işaret etmektedir.

Kanunname, Şeriat, Ta‘zir: Yeni bir İlişki mi?

CKH’nın şeriat ceza hukuku açısından en tartışmalı yanı ve eski kanunnamelerden en önemli farkı, suçların sınıflandırılması ve farklı kategorilerdeki suçların cezalandırılmasında devletin ta‘zir yetkisini kullanma derecesidir. Daha önce de belirttiğimiz gibi kanunname Code Pénal’daki suç derecelendirmesini örnek alarak, suçları cinayet, cünha ve kabahat olarak tanımlamakla birlikte, içerik açısından da üç bölüme ayırmıştır. Bunlardan birincisi “zarar-ı ‘amm olan cinayet ve cünha” yani kamuya karşı işlenen suçlar iken, ikincisi “eşhas hakkında vuku‘ bulan cinayet ve cünha” yani şeriata göre kişiye karşı işlenen suçlardır. Üçüncü bir bölüm olarak da “umur-ı tahaffuziye ve tanzifiye ve zabıtaya muhalif hareket edenlerin ashab-ı kabayih” yani

sıhhat, hijyen ve zabıtaı ilgilendiren konularda suç işleyenlerin cezaları gelmektedir. Tüm bu bölümler, Code Pénal'deki suç ayrımlarına tekabül etmektedir.

Kanunnamenin yukarıda bahsedilen birinci ve üçüncü bölümleri, kamu hukuku alanını ilgilendiren suçları içerdiğinden şeriat ceza muhakemesine göre de siyasi otoritenin yetki alanına girmekte ve siyaseten ta'zir ile cezalandırılabilir. Dolayısıyla Code Pénal'den bu bölümlerin uyarlanması Osmanlı ceza kanunnamesi mantığı içinde bir sorun teşkil etmemektedir. Fakat, “eşhas hakkında vuku' bulan cinayet ve cünha” başlıklı ikinci bölüm, şeriat açısından şahıslar arasındaki ilişkileri düzenleyen özel hukuk alanına girdiği için teoride devlet yöneticisi tarafından değil şer'an cezalandırılması gereken bir alandır.

Fıkha göre siyasi otoritenin ayrıca cezalandırma yetkisine sahip olmadığı alanlar, adam öldürme ve yaralama suçlarıdır. Bu suçlar sabit olduğunda kısas ve diyet ile cezalandırılır. Siyasi otoritenin yetkisi konusunda başka bir tartışmalı alan ise şeriatdaki had suçları ve cezalarıdır. Zina, zina iftirası, yol kesme, hırsızlık, sarhoşluk ve irtidad, Allah'a karşı işlenmiş sabit suçlardan sayılır. Dolayısıyla şeriata göre bu suçlara verilen sabit (had) cezalar değiştirilemez, azaltılamaz. İşte, CKH'nin ikinci babında yer alan “eşhas hakkında vuku' bulan cinayet ve cünha”, yukarıda sayılan ve şeriata göre sabit cezaları olan adam öldürme, yaralama ve çeşitli had suçlarından oluşmakta ve bu suçlar için kanunname siyasi otoritenin yetkisinde olan çeşitli ta'zir suçları tayin etmekteydi. Yine, bu bölüm altında yer alan suçların, Code Pénal'in “*crimes et délits contre des particuliers*” başlıklı benzer suçlardan oluşan bölümün belli ölçülerde şer'i terminoloji kullanılarak Osmanlı hukuk literatürüne çevrilmiş hali olduğunu hatırlatmakta fayda var.

Kanunnameyi hazırlayan komisyonun, kanunnamenin bu bölümünün Tanzimat'ın ilk iki kanunnamesinden farklı olduğunun ve önemli ölçüde şeriatın siyasi otoriteye verdiği yetkiyi aştığının farkında olmaması mümkün değildir. Nitekim, “eşhas hakkında vuku' bulan cinayet ve cünha” başlıklı bölüm henüz olmamasına rağmen müsvedde nüshada derkenar olarak bulunan şeriat ve kanun arasındaki ilişkiyi betimleyen madde, kanunnamenin ana metnine girmiş ve mukaddimenin ilk maddesi halini almıştır. Şeriat terminolojisine dikkatli atıflarla hazırlanan bu madde aşağıdaki gibidir:

Doğrudan doğruya hükümet aleyhine vuku bulan cerayimin icrây-ı mücazâtı devlete ait olduğu gibi, bir şahıs aleyhinde vuku bulan cerayimin âsayiş-i umumiye ihlal eylemesi ciheti dahi kezalik devlete ait olduğundan, tayin ve icrası şer'an emr-i ulül-emre ait olan ta'zirin tayin-i derec'atını dahi işbu Kanunname mütekeffil ve mutazammın olup ancak herhalde şer'an muayyen olan hukuk-ı şahsiyeye halel gelmeyecektir (Akgündüz, 1986: 834).

Yukarıdaki paragrafta görüldüğü gibi, bu açıklama kamu hukuku ve özel hukuk açısından şeriatla var olan net ayrımın dışına çıkmakta ve şahıslara karşı işlenen suçların da kamu düzenini ihlal ettiği nispette devletin kontrolünde olması gerektiğini söylemektedir. Bu anlamda, şahıslara karşı işlenen suçların cezalarının da kamu otoritelerinin yetkisi altında olan ta'zirin çeşitli dereceleri olduğu ve kanunnamenin hem hükümete karşı hem de şahsa karşı işlenen suçların cezalarını düzenleyeceği belirtilmektedir. Fakat bu yetkinin hiçbir şekilde şeriatın özel hukuk kurallarına zarar vermeyeceği de maddenin sonuna not düşülmüştür.

Burada görülen çelişki, kanunnameyi hazırlayan komisyonunun, devletin önceki kanunnamelerden çok daha kuvvetli bir biçimde şeriatça özel hukuk olarak tanımlanan ve siyasi otoritenin yetki alanına girmeyen alanı düzenlediğinin farkında olduğunu göstermektedir. Yani Meclis-i Tanzimat, “eşhas hakkında vuku' bulan cinayet ve cünha” bölümünün altında bulunan adam öldürme ve yaralama suçlarına “kanunen idam”, “siyaseten katl” ya da hapis ve kürek gibi diğer ta'zir cezaları vermiştir. Bununla birlikte, bu suçlar normalde şer'an kısas ve diyet ile cezalandırıldığından, bu bölüm altındaki Madde 171 “hükm-i kanunî hukuk-u şahsiyeyi iskat edemeyeceğinden” maktulün akrabaları kısas isterlerse öncelikle bu davanın şer'î mahkemede görülmesini tavsiye etmektedir (Akgündüz, 1986: 861). Fakat, adam öldürme ve yaralama suçlarının şer'an cezalandırılması mümkün olmadığında dahi kanunen ve siyaseten cezalandırılmasının yolunu açmaktadır.

Aynı zamanda, önceki Tanzimat kanunnamelerinden farklı bir biçimde CKH “eşhas hakkında vuku bulan” suçlar kategorisini gözle görülür bir şekilde genişletmiş ve bu bölüm altındaki tüm suçlar için istisnasız ta'zir cezaları belirlemiştir. Bunun ilk sebebi, bu bölümün Code Pénal'de var olan suçlardan teşekkül etmesidir. Bunların bir kısmı, şeriatla mevcut olan had suçlarına tekabül etmekte ya da çeviri yoluyla bu benzetme sağlanmaktadır. Sirkat (hırsızlık) gibi bazı had suçları şer'î terminolojide olduğu gibi kanunnameye eklenirken, şeriatla zina olarak anılan cinsel suçlar ise “hetk-i ırz” ve “fî'l-i şeni” gibi dolaylı tabirlerle tanımlanmıştır. İki durumda da CKH yüzyıllardır süren Osmanlı siyasi yöneticilerinin kanunname geleneğini tekrarlamaktadır: Şeriatla göre tanımlanmış had suçlarının kanıt şartlarını hafifleterek bu suçlar için sabit had cezaları vermek yerine bu suçları kamu otoritesinin yetki alanına giren ta'zir cezaları ile yargılamak. Başka bir deyişle, Allah'ın temsilcisi olan siyasi otorite, şeriatla göre kanıtlanması epey güç olan fakat kamu düzenini ilgilendiren had suçlarını bazen kullanılan terminolojiyi bazen de kanıt şartlarını değiştirerek ta'zir yetkisi ile cezalandırılmıştır. Osmanlı sultanlarının erken-modern dönem kanunnamelerinde sıklıkla yaptıkları da budur. Bu bağlamda, CKH, kamu düzenini sağlamak amacıyla şer'î suçlardan olan öldürme ve yaralama suçlarının yanında had suçlarını da siyasi otoritenin ta'zir yetkisi ile cezalandıracağını açıklamaktadır.

Böylece Mukaddimenin birinci maddesi, esasen erken-modern Osmanlı kanunnamelerindekine benzer bir biçimde *ulu'l-emr*'in ta'zir yetkisi ile kamu düzenini kontrol edeceğini açıklamaktadır. Bu anlamda Meclis-i Tanzimat'ın yaptığı bu açıklama, şeriatın sınırlarını zorlayan kanunnamenin ve kanunlaştırma hareketinin meşrulaştırılması amacını taşımaktadır. Fakat, Heinzelmann'ın 1858 kanunnamesinin dili ve içeriği üzerine yapmış olduğu ayrıntılı çalışmasında iddia ettiğinin aksine, mukaddimede yazılanlar “hükümdarın ya da siyasi otoritenin kanunnameyi geleneksel şeriat-kanun dengesini bozmayarak oluşturduğu bir metin olarak pazarlama ve meşrulaştırma” (Heinzelmann, 2014: 321) girişiminin ötesinde bir özgüvene sahip olduğunu göstermektedir. Başka bir deyişle, bu açıklama savunmacı bir refleksle sınır aşımını inkâr etmek için yaratılmış bir “retorik”ten ziyade, yüzyıllardır süregelen bir hukuki pratiğin modern-devletin merkezîyetçi refleksleriyle kodifiye edilmiş bir deklarasyonudur. Bu anlamda siyasi otoritenin kamu düzenini tesis etmek için ta'zir yetkisini kullanımını ve bir sonraki bölümde açıklayacağım gibi yer yer bu yetkiyi aşması, mukaddimede devletçi-merkezîyetçi bir özgüvenle savunulmaktadır.

“Hetk-i İrz Edenler” ya da “Ahlaka Saldırı” (*Attentats aux Moeurs*)

Siyasi otoritenin yetki alanını genişletmek amacıyla CKH'nin şeriatın sınırlarını zorladığı en önemli kısımlardan biri “Eşhas hakkında vuku bulan cinayet ve cünhalarla ilgili mücazat-ı müterettibeleri” başlıklı ikinci babın üçüncü faslı olan “Hetk-i ırz edenlerin mücazâtı beyanındadır” bölümüdür. Bu bölüm, 1832 Code Pénal'inin altıncı bölümü olan “*Attentats aux Moeurs*” (Ahlaka Saldırıları) bölümünden uyarlanmıştır. Code Pénal'de var olan cinsel suçların uyarlanması için şeriatdaki zina terimi yerine şer'i olmayan fakat Osmanlı hukuk pratiğinde var olan bir kavram olan “hetk-i ırz” teriminin seçilmesi gayet dikkat çekicidir. Bunun da ötesinde, Code Pénal'den hangi maddelerin ne şekilde uyarlandığı ve hangilerinin dışarıda bırakıldığı da kanunnamenin mantığını ve cinsiyetçi “hassasiyetlerini” açık eder.

Code Pénal de bulunan “*Attentats aux Moeurs*” bölümündeki on bir maddenin ancak altısı ilk aşamada, yani 1858'de CKH'ye alınmıştır. “Hetk-i ırz” bölümü bunların yanı sıra Code Pénal'den alınmayan bir başka maddeyle birlikte toplam yedi maddeden oluşur. Fakat 17 Aralık 1860 (3 Cemaziü'l-ahir 1277) tarihinde “*Attentats aux Moeurs*” bölümünün geriye kalan beş maddesinin dördü birleştirilerek kanunnameye bir zeyl olarak eklenmiştir (Bucknill ve Utidjian, 1913: 149-157). Böylece, 1860 itibarıyla Code Pénal'in ilgili bölümü sadece bir madde dışında CKH'ye dahil edilmiştir. Code Pénal'den uyarlanmayan tek madde, İslam hukukuna hiç uymayan çok-eşliliğin cezalandırılması ile ilgili maddedir. Makalenin bu son kısmında “Hetk-i ırz” bölümündeki maddeleri ayrıntısıyla inceleyerek ırz kavramının hem terminoloji hem toplumsal ve

hukuki hassasiyetler açısından kanunnameler arasında nasıl kültürel olarak tercüme edildiğine odaklanacağım.

İlk olarak 1858’de CKH, “*Attentats aux Moeurs*” maddelerini uyarlarlarken bir sıra değişikliği yapmıştır. Kanunname, ilgili bölümün “kamusal ahlaksızlık” (*outrage public à la pudeur*) üzerine olan ilk maddesini atlayıp, bu maddeyi takip eden “cinsel taciz” ya da “ırza saldırı” (*attentat à la pudeur*) ile ilgili maddeleri alarak “Hetk-i ırz” bölümüne başlamıştır. Bu bölümün aşağıda alıntılanan ilk üç maddesi, 1832 yılında yenilenerek yayınlanan Code Pénal’in benzer üç maddesinden uyarlanmıştır:

Madde 197: Her kim on bir yaşından aşağı bir çocuğa fi’l-i şeni’ icra eyler ise altı aydan ekall olmamak üzere muvakkaten habs cezasıyla mücazat olunur.³

Madde 198: Bir adam bir kimseye *cebren* fi’l-i şeni’ icrâ eder ya’ni *ırzına geçer* ise muvakkaten küreğe konulur.⁴

Madde 199: Cebren fi’l-i şeni’ icrâsı, buna dâcâr olanların üzerlerine hükümleri cârî olan mürebbileri veyahud velileri veyahud aylıklı hizmetkârları taraflarından vuku’ bulur ise beş seneden ekall olmamak üzere muvakkat kürek cezası hükmolunur⁵ (Akgündüz, 1986: 865).

Yukarıdaki maddelerde dikkati çeken ortak özellik, *fi’l-i şeni’* olarak adlandırılan eylemin rızaya dayalı olmayan bir cinsel saldırı içermesidir. Kanunnamede *fi’l-i şeni’* terimi, Code Pénal’deki *attentat à la pudeur* teriminin karşılığı olarak kullanılmıştır. Bu terim, Fransız ceza hukukunda bir kişinin cinsel bütünlüğüne zarar veren ya da saldırı şeklinde gerçekleşen cinsel eylem anlamına gelmektedir. Bu eylemin suç olması için kasıtlı bir biçimde mağdura karşı gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Ayrıca, yetişkin olmayanlara karşı yapıldığında, rıza içeriyor olsa dahi cinsel saldırı addedilmektedir⁶. *Fi’l-i şeni’* kavramı Osmanlı hukuk pratiğinde yüzyıllardır benzer fiilleri adlandırmak için kullanılan bir kavramdır. Şer’i bir kavram olmayan *fi’l-i şeni’*, cinsel saldırıları da içerecek bir biçimde çeşitli cinsel suçları üstü örtülü bir biçimde tanımlamak için kullanılagelmiştir. Bu kavrama kadı sicillerinde sıkça rastlanmasının sebebi, şeriatı göre kanıt şartları oldukça katı ve zor olan *zina* suçlarını başka bir kavramla tanımlamak suretiyle siyasi otoritenin ta’zir yetkisiyle yargılanabilmesini sağlamaktır (Tuğ, 2017: 156-179). Yukarıdaki maddelerde olduğu gibi, cinsel eylemin zor kullanarak rıza dışı gerçekleştiği vurgulanmak istendiğinde ise belgelerde *cebren fi’l-i şeni’* terimi kullanılmaktadır. Her ne kadar,

³ Article 331.Code Pénal Annoté: Édition De 1832, (1833).

⁴ Article 332. A.g.e.

⁵ Article 333. A.g.e.

⁶ <https://coutureetassocies.com/viol-attentat-pudeur/> ve *La Fédération des Centres de Planning familial des Femmes Prévoyantes Socialistes* (The Federation of Family Planning Centers of Prévoyantes Socialist Women), <https://www.planningsfps.be/nos-dossiers-thematiques/dossier-violences-sexuelles/attentat-a-la-pudeur/>.

Madde 197'de on bir yaşından küçük bir çocuğa karşı *fi'l-i şeni'* durumunda zor kullanma belirtilmemiş olsa da kanunnamenin bu vurguyu yapmamasının sebebi Fransız kanunnamesinde olduğu gibi yaşı küçük olan çocuğun cinsel eyleme rızasının gerçek bir rıza sayılmaması ve fiilin bir saldırı olarak görülmesidir.

Code Pénal uyarlanırken CKH'de cinsel saldırı maddelerinin kamusal ve aleni ahlaksızlık maddesinin önüne geçmesi bu noktada önem kazanmaktadır. Osmanlı ahlak ve hukuk sisteminde, bireylerin haysiyeti, namusu ve ırzına saldırı, kamusal olarak icra edilen ahlaksızlık ve fuhuştan çok daha tehditkâr bir meseledir. Namus söz konusu olduğunda bir kişinin hanesine, mahremine ve özel alanına saldırı, kamusal ahlaksızlıkla kıyaslandığında çok daha büyük bir suç olarak algılanmaktadır (Tuğ, 2017: 145-154). Bu bağlamda Code Pénal'deki "*Attentats aux Moeurs*" (Ahlaka Saldırı) başlıklı bölümün CKH'ye 'hetk-i ırz' olarak çevrilmesi ile kamusal ahlaksızlıktan ziyade ırza saldırı suçlarının ön plana çıkarılması birbirleriyle uyumlu olan bilinçli tercihler olarak okunabilir. Nitekim, daha önceki yüzyıllarda arzuhaller ve Divan-ı Hümayun belgelerinde sıklıkla karşılaştığımız "hetk-i ırz" kavramı, buradaki kullanıma çok benzer bir biçimde kişinin ırz, namus ve haysiyetini tehdit eden cinsel içerikli saldırılara işaret etmek için kullanılmış ve çoğunlukla ta'zirle cezalandırılmıştır. Bu anlamda, "hetk-i ırz" üst başlığı altında toplanan cinsel fiiller içinde karşılıklı rızaya dayalı olmayan ihlallerin ön plana çıkarılması ve bu ihlallerin şeriat prensiplerine göre zina olarak adlandırılmadan ta'zir ile cezalandırılabilir olmaları CKH'yi hazırlayan komisyonun önemli bir tercihi gibi görünmektedir. Code Pénal'in ilgili bölümünde ilk madde olan kamu ahlakına aykırı davranışların—ki bunlar rızaya dayalı zina ve fuhuş gibi cinsel suçları içerir—en sona atılması da bu tercihin önemli göstergelerinden biridir.

İlk iki maddede açıklanan çocuğa (197. madde) ve yetişkin bir bireye karşı (198. madde) işlenen ırza saldırı suçu, üçüncü maddede (199. madde) saldırıyı gerçekleştiren suçlunun kurbanı yakınlığı açısından değerlendirilmiştir. Bu madde de Code Pénal'den çevrilmiş olmakla birlikte Fransız Ceza Kanunu'nda zikredilen "suçlunun kamu görevlisi ve dini görevli olması ya da bir ya da daha fazla suç ortağının bulunması"⁷ durumunda cezasının ağırlaştırılması ibaresi dahil edilmemiştir. Sadece kurbanın velisi, mürebbsi ve aylıklı hizmetkârı tarafından gerçekleştirilen ırza saldırı fiillerinin cezalarının artırılması tercih edilmiştir. Başka bir deyişle, CKH, yine hane içi ırza saldırı fiilini, kamu otoriteleri tarafından ya da organize suç olarak işlenen bir cinsel saldırı fiilinden daha büyük bir suç olarak tanımlamıştır. Bu "kültürel çeviri", daha ziyade kanunu hazırlayanların ahlak dünyasında hane içinden gelen ırza saldırının devlet görevlileri, din

⁷ Article 333. Code Pénal Annoté: Édition De 1832, (1833).

görevlileri ya da yabancılar tarafından organize edilen bir ırza saldırıdan çok daha ciddi bir tehdit ve ahlaksızlık olarak görülmesiyle ilgilidir.

Bu kültürel adaptasyon, CKH'de ırza saldırı suçlarına Code Pénal'de var olmayan bir maddenin eklenmesinde de kendisini gösterir. Devlet ve din görevlilerinin ırza saldırısının Osmanlı ahlak sisteminde herhangi bir karşılık bulmamasının yanı sıra belli ki evli olmayan bir kızın cinsel saldırı yoluyla bekaretinin bozulması da Osmanlı ahlak ve hukuk sistemi içerisinde özel olarak yer verilmesi gereken bir hususiyete sahiptir:

Madde 200: Eğer böyle cebren fi'l-i şeni', henüz bir ere tezvic olunmamış kız hakkında vuku bulur ise, buna mütecasir olan kimse iş bu kürek cezasından başka tazmin vermeye dahi müstehak olur (Akgündüz, 1986: 865).

Yukarıdaki maddede görüldüğü gibi, henüz evlenmemiş bir kıza karşı bir cinsel saldırı gerçekleştiğinde suçlu, cebren fi'l-i şeni' suçu sebebiyle kürek cezasına çarptırıldığı gibi bekaret kaybını tazmin etmek için şeriata uygun bir biçimde para cezası da verecektir. Bu maddede kamu otoritesinin uygulayacağı ta'zir cezası ile şahsın kaybını karşılamak için verilen tazminat yani şer'i diyet cezasının bir araya geldiğini görüyoruz. Bu, kanunnamenin mukaddime kısmında bahsedilen, kanun hükümlerinin “şer'an muayyen olan hukuk-ı şahsiyeye” zarar vermeyeceği taahhüdüyle uyumlu bir uygulamadır. Nitekim, Tanzimat öncesi şeyhülislam fetvalarında ve Osmanlı hukuk uygulamasında da bakire kıza karşı işlenen tecavüz suçunun hem ta'zir hem de diyet ile cezalandırıldığını görüyoruz (Peirce, 2008; Sonbol, 1997; Tuğ, 2017). Bu anlamda, Osmanlı kültürel coğrafyasında ırz anlayışı açısından önemli bir yere sahip olan bekaret, şeriat ve kanunun yüzyıllardır hukuk geleneğinde harmanlanarak uygulandığı şekliyle 1858 kanunnamesinde yerini almıştır.

Code Pénal'den ayrı olarak Osmanlı kanunnamesine eklenen bu maddenin, hukuki açıdan daha da ilginç olan kısmı, 1860 yılında bu maddeye getirilen ektir. Bu ek madde, evlilik öncesi gerçekleşen cinsel ilişkinin evlilik vaadiyle yani rızaya dayalı olma ihtimalini gündeme getirmektedir:

Zeyl: Tezevvüc edeceğim deyu iğfal ile bir biker-i bâliğanın bikerini izale edip de sonra almaktan istinkâf eden kimse, kendisinden bedel-i tazmin-i biker alındıktan sonra bir haftadan altı aya kadar hapsolünür. Ve fakat bu hükmün sudûru izdivac vaadiyle iğfalı ya erkeğin ikrar ve itiraf eylemesine veyahut kız tarafının isbat etmesine menûttur.

Bu madde iki açıdan önem taşımaktadır. Birincisi, yukarıda belirtildiği gibi her ne kadar iğfal (kandırma) olarak nitelense de evlilik öncesi rızaya dayalı cinsel ilişkiyi suç olarak tanımlayarak saldırı barındırmayan zina eylemini ilk defa kanun çerçevesine sokmuştur. Bu

şekliyle, devlet otoritesi şer'an zina olarak tanımlanması ve kanıtlanması gereken alana bu kanunname kapsamında ilk defa müdahale etmiş ve cinsel fiili had cezası yerine ta'zir ve para cezası ile cezalandırmıştır. Rızaya dayalı gayr-i meşru ilişkinin kanun yoluyla cezalandırılması Osmanlı kanun geleneğine yabancı bir uygulama olmamakla birlikte (Peirce, 2003; Tuğ, 2017), 1858'de çıkarılan haliyle kanunnameye rızaya dayalı hiçbir cinsel suçun dahil edilmemesi hazırlayan heyetin şeriatın ta'zir yetkisi çerçevesinde kalma hassasiyetlerine işaret etmektedir. Dolayısıyla, 1860 yılında eklenen bu madde ve ileride açıklayacağım rızaya dayalı zina maddeleri bu sınırın da iki yıl sonra aşıldığının göstergeleridir.

İkinci olarak, bakire kızın evlilik vaadiyle kandırılarak bekaretinin izale edilmesi 'hafifletici' bir sebep olarak tanımlanmış ve ırza saldırı suçunun cezası kürekten kısa süreli hapis cezasına indirilmiştir. Bu, CKH'de halihazırda bulunan buluğa ermemiş bir kızı kaçırın şahsın kürek cezasının kaçırıldığı kızla evlenmesi durumunda düşmesi maddesiyle⁸ (Akgündüz, 1986: 867) ile paralel bir niteliğe sahiptir. Başka bir deyişle, ırzı ilgilendiren örfi-şer'î uygulamalar Fransız Ceza Kanunu'nda olmadığı halde yeni kanunnameye eklenmiştir. Bu maddede, evlilik vaadiyle kendi rızasıyla cinsel ilişkiye giren kızın cezalandırılmasına dair herhangi bir hükmün olmaması ise ileride ayrıntısıyla tartışacağım gibi zina eden kadını öldürme ya da ona karşı dava açma hakkının tamamen kocası ya da velisine havale edilmesiyle ilgilidir.

CKH'nin "Hetk-i ırz" bölümünün ırza saldırı suçunun farklı şekillerini açıklayıp cezalandırdığı bu ilk dört maddesini, genel ahlak ve adaba aykırı suçları barındıran iki madde takip etmektedir. Bunlar da 1858 yılında Code Pénal'den uyarlanmıştır.

Madde 201:

Her kim zükûr ve inâsdan genç kimseleri idlâl ve iğfâl ederek fuhşiyâta tahrik ve iğra ve esbab-ı husûlünü teshil etmeyi itiyad ederek adab-ı umumiyeye münâfî harekete cesaret eyler ise bir mahdan bir seneye kadar habs ile mücâzât olunur. Ve eğer bu şüretle idlâl ve iğfâl kaziyesi baba yahud ana veya vasî olan kimselerden zuhûr eder ise altı mâhdan bir buçuk seneye kadar habs ile mücâzât kılınır.⁹

⁸ Madde 206: *Her kim sinn-i bülüğa varmamış bir çocuğu cebr veya hile ile bir tarafa kaçırır ise üç aydan bir seneye kadar hapis olunur. Ve eğer bu suretle kaçırılan çocuk, hadd-i buluğa varmamış bir kız ise, kaçırın şahıs muvakkaten küreğe konulur. Ve eğer kaçırılan kız hakkında fi'l-i şeni' icra olunmuş ise bunu mürtekib olanlar haklarında o fiil için muayyen olan cezanın müntehay-ı derecesi icra olunur. Ve bir kız kaçırıldığı halde nikah vuku bulmuş ise, iktizay-ı şer'isi üzere hareket olunur.*

⁹ Article 334. Code Pénal Annoté: Édition de 1832, (1833).

Madde 202:

Mugâyir-i ar ve hayâ alenen fi'l-i şeni' icrâsına ictisâr eden şahıs üç aydan bir seneye kadar hapis olunur. Ve bir mecrediye altınından on mecrediye altınına kadar cezâ-yı nakdî alınır (Akgündüz, 1986: 865-866)¹⁰.

Görüldüğü gibi 201. madde kandırma yoluyla genç kızları ve erkekleri fuhşiyata tahrik ederek kamu ahlakına aykırı davrananlara verilecek cezaları içerirken, Code Pénal'in ilgili bölümünün ilk maddesinden uyarlanan 202. madde ise ahlaka mugayir bir şekilde alenen fi'l-i şeni' icra edenlerin cezaları hakkındadır. Bu iki maddenin sıralaması dahi kanunnamenin genel mantığının önce “cebren”, sonra “kandırma yoluyla” ve en nihayetinde “aleni ve rızayla” işlenen fi'l-i şeni' suçlarının cezalandırılması şeklinde kurgulandığını gösterir. Dolayısıyla, 1858'de hazırlandığı şekliyle kanunnamenin “Hetk-i ırz” bölümü, şahsa ve haneye saldırıyı, Code Pénal'de bulunan kamusal ahlaksızlıktan daha fazla ön plana çıkaran ve bu tür saldırıların cezalandırılmasında devletin ta'zir yetkisi kullanımını meşrulaştıran bir anlayışa sahiptir.

Rızaya dayalı cinsel fiillerden olduğu için 1858 yılında hazırlanan ceza kanunnamesine Code Pénal'in karı-kocanın birbirine karşı işlediği aldatma/zina suçunu ilgilendiren maddeler eklenmemiştir. Zira, bu suçlar daha önce de açıkladığımız gibi şeriata göre Allah'a karşı işlenen suçlardan olup kanıtlanmaları halinde sabit had cezası verilmesi gereken ve kamu otoritesi tarafından ta'zir cezalarına çevrilemeyen suçlardan sayılmaktadır. Her ne kadar eski Osmanlı kanunnameleri, zina suçlarının kanıt şartlarını yumuşatarak, cezalarını da sabit para ve ta'zir cezalarına çevirmişlerse de ceza kanunnamesinin 1858 yılında yayınlanan nüshası şahıslar arası cinsel ilişkiyi suç kapsamında tanımlamamıştır. Başka bir deyişle, Tanzimat erki rızaya dayalı zina konusunda 1860 yılına kadar sessiz kalmayı tercih etmiş ve bu özel alana dokunmamıştır.

Fakat, “iğfal ve idlal yoluyla fuhşiyata tahrik” suçuna ilişkin yukarıda zikredilen 201. maddeye aynı yıl yapılan ekleme ile “rızaya dayalı gayr-i meşru cinsel ilişki” net bir biçimde kanunnameye dahil edilmiştir. Bu ek, 1832 Code Pénal'inde karı-kocanın birbirine karşı işlediği aldatma/zina suçunu ilgilendiren ve 1858'de CKH'ye eklenmeyen dört maddenin uyarlamasıdır:

Zeyl: Bir hatun aleyhinde ırz davası mutlaka zevcine ve zevci olmadığı halde velisine ait olup bu suretle leded-dava irtikâb-ı fi'l-i şeni'i zina eylediği tahakkuk eden hatun, üç aydan ekall ve iki seneden ziyade olmamak üzere hapis ile mücazat olunur. Şu kadar ki zevc tekrar zevcesini almaya razı olarak bu cezanın hükmünü iskat edebilir. Böyle fi'l-i şeni' ile mahkume olan hatunun bu fiilde şeriki olan şahıs dahi kezalik üç aydan iki seneye kadar hapis ile cezalanır. Ve bundan başka kendisinden beş mecrediye altınından yüz mecrediye altınına kadar cezay-ı nakdi alınır. Ve bu şeriki

¹⁰ Article 330. A.g.e.

töhmət aleyhinde kabule şayan olabilecek delail, fiil-i mezkuru icra halinden veyahut bir müslümanın haremde bulunmaktan veyahut kendi tarafından yazılmış olan mekatib ve evraktan dahi istinbat olunabilir. Ve bu maddenin hükmü ancak bir hatunun irtikab-ı fi'l-i şeni' zina edip de zevci veya velisi tarafından ırz davası vukuuna muallak olup Devlet-i Aliyyenin bu misillu fuhşiyat hakkında elyevm meri olan zaptiye nizamati ahval-i adiyede kemakan cari olacağından ona kat'an şümülu yoktur.

Zevcesiyle birlikte sakin olduğu hanede diğer hatun ile zina fiil-i kabihine meluf olan ve zevcesinin şikayet-i vakıası üzerine fiil-i mezkûru irtikab-ı tahakkuk eden zevc, beş mecdiye altından yüz mecdiye altınına kadar ceza-yı nakdi ahziyle mücazat olunur (Akgündüz, 1986: 865-866)¹¹.

1832 Code Pénal'inin "*adultère*" üzerine olan maddelerinin çevirisi sırasında yapılan küçük değişiklikler, Fransız ahlak anlayışının Osmanlı'ya "tercüme" edilmesini en iyi şekilde örnekler niteliktedir. Code Pénal'de aldatan kadına karşı dava açma hakkı sadece kocasına ait iken kanunname bunu "bir hatun aleyhine ırz davası mutlaka zevcine ve zevci olmadığı halde velisine ait olup" şeklinde genişletmiştir. Bu değişiklik, Fransız ahlak anlayışından farklı olarak İslam hukukunda evli olmayan kadının herhangi bir cinsel ilişkisinin "zina" olarak tanımlanmasıyla ilgilidir. Kanunname koca ile veliye verilen dava etme hakkıyla evli olan ve olmayan tüm kadınlara karşı zina davası açılabilmesine olanak sağlanmıştır. Bu maddeyle birlikte, kadın ilk olarak cinsel suç kurbanı olmaktan çıkarak zina yapan aktif bir "suçlu" olarak tanımlanmıştır.

Ayrıca, Code Pénal'de var olduğu şekliyle kadının suç ortağı olan zâni erkek için de hapisle birlikte para cezası tanımlanmıştır. Fakat Code Pénal'de bu suç ortaklığı kişinin itirafı dışında sadece yazmış olduğu mektup ve evraklarla kanıtlanabiliyorken, CKH'de "fiil-i mezkuru icra halinden veyahut bir Müslümanın haremde bulunmaktan" yani zina fiilinin kendisi ve bir erkeğin başkasının haremde bulunması da kanıtlar arasında sayılmıştır. Dolayısıyla, Fransız Ceza Kanunu'nda sadece kocanın şikayetiyle ve kesin delillerle kısıtlı olan zina şikâyeti, CKH'de hanenin reisi erkeğin (koca veya veli), "haremin sahibi" olarak hem o hanede yaşayan karısı ya da kızına hem de suç ortağı olabilecek erkeğe karşı sadece aynı mekânda bulunmaktan dolayı dahi zina davası açabileceği bir yetkiye dönüşmüştür. Son olarak, kocasının "tekrar zevcesini almaya razı" olması durumunda davanın düşeceği ibaresi, Fransız Ceza Kanunu'nda da mevcuttur ve meselenin kamu hukukundan ziyade özel hukuku ilgilendiren yapısını açıkça göstermektedir.

Bütün bunlar Osmanlı-İslam ahlak tahayyülünde bulunan, haneye ve hareme müdahale ile ırza saldırı (hetk-i ırz) arasındaki yakın ilişkinin Code Pénal'in ahlaka saldırı bölümünün çevirisine yansıyan izdüşümleridir. Nitekim, CKH'de zâni kocaya karşı dava da ancak karısı tarafından ve zina fiili birlikte yaşadıkları hanede vuku bulmuşsa açılabilir. Code Pénal'de var olan

¹¹ Article 336, Article 337, Article 338, Article 339. A.g.e.

şekliyle “eşiyle yaşadıkları evde cariye/metres barındıran” ibaresi CKH’de “zevcesiyile birlikte sakin olduğu hanede diğer hatun ile zina fiil-i kabihine meluf olan” şeklinde değiştirilmiştir. İslam hukukuna göre, bir erkeğin cariyesinin olması ve bu mülkiyet ilişkisinin cinsel ilişki ihtimalini meşru kılması, maddenin “diğer hatun ile zina” olarak çevrilmesini gerektirmiştir. Benzer bir biçimde, Code Pénal’in *adultère* bölümünün CKH’ye dahil edilmeyen tek maddesi de nikah üzerine başka bir nikah yapmanın yani çökeşliliğin cezalandırıldığı maddedir¹². İslam hukukunda belli şartların yerine getirilmesi şartıyla erkek için çökeşlilik serbest olduğu ve Osmanlı toplumunda yaygın olmasa da görülen bir aile formu olduğu için CKH bu maddeyi dahil etmemiştir. Erkeğin ve kadının zina şartlarının farklı olması gibi, hem Code Pénal’de hem de CKH’de zâni kadına hapis cezası verilirken, zâni erkeğe sadece para cezası verilmektedir.

Son olarak ahlaka mugayir alenen fi’l-i şeni’ suçunu kapsayan yukarıda zikredilen son maddeye (202. madde) de 1860 yılında bir ek yapılmıştır (Bucknill ve Utidjian, 1913: 156-157). Bu zeyl, gençlere söz atan ve elle sarkıntılık edenler ile kadın kıyafetine girerek kadın mekanlarına girenlere verilecek cezalarla ilgilidir (Akgündüz, 1986: 866). Ekin amacı ve kaynağı hakkında kesin bir bilgiye sahip olmamakla birlikte, önceki 1851 kanunnamesinde de edepsizlik ve sarkıntılık suçunun bulunmasından dolayı eski kanunnamelerden uyarlandığı düşünülebilir. Bu ekleme ile Fransız Ceza Kanunu’nda eksik olan ve evlilik vaadiyle “bekaret bozmak” suçuna benzer bir biçimde Osmanlı toplumunda var olan ırza ilişkin diğer meselelerin de kanunname kapsamına alınmak istenmiş olması ihtimali yüksektir.

Bu noktada son olarak “Hetk-i ırz” başlığı altında olmamakla birlikte CKH’de ırz kavramının kullanıldığı diğer bölümlere göz atmak, Code Pénal’in adaptasyonu esnasında Osmanlı ahlak repertuarının oynadığı rolü görmek açısından aydınlatıcı olacaktır. Esasında ırz kavramı ilk olarak, “Hetk-i ırz” faslının da içinde bulunduğu “Eşhas Hakkında Vuku Bulan Cinayet ve Cünhalar” babının birinci faslı olan “Katl ve cerh ve ihafeye dair” (adam öldürme ve müessir suçlar) bölümünde kasıtlı ve kasıtsız katl ve darp fiilleri tartışması altında ortaya çıkar. Bu babda, 186. madde, meşru müdafaa hakkını içerir ve bu fiili aynen Code Pénal’de olduğu gibi suç olmaktan çıkarır¹³. Fakat Code Pénal’de kendisini ve başkasını müdafaa sebebiyle adam öldürme ve yaralama fiili affedilirken, CKH bu maddeye ırz kavramını eklemektedir: “Müdâfa‘a ve muhâfaza-i nefis ve ırz için vukû bulan katl ve cerh fi‘lleri mu‘afdır”(Akgündüz, 1986: 863).

Bu maddeyi takip eden iki madde de nefis-i müdafaa fiiline ırz kavramının neden eklendiğini açıklar niteliktedir. Yine Code Pénal’den uyarlanan 187. madde, bir kişinin hanesine,

¹² Article 340. A.g.e.

¹³ Article 328. A.g.e.

dükkanına ve odasına “geceleyin” gizlice ya da zorla girmeye çalışan kişiyi öldürme ve yaralama fiillerinin cezadan muaf tutulmasına ilişkindir¹⁴. 188. madde ise karısını ya da mahreminden bir kadını zina halinde yakalayıp öldüren erkeğe verilecek ceza indirimine dairdir. Esasında söz konusu bu ikinci madde, Code Pénal’de nefs-i müdafaa kapsamında olmaması sebebiyle daha önceki bir bölümde ceza muafiyeti yerine ceza indirimi hak eden “bağışlanabilir suçlar” arasında bulunan karı-kocanın birbirini öldürmesini içeren bir maddeden alınmıştır. Code Pénal’in 324. maddesi eşlerin birbirlerini öldürmesi durumunda bir ceza indirimi olmadığını belirttiğinden sonra,¹⁵ sadece kocanın karısını birlikte ikamet ettikleri hanede sevgiliyle zina halinde yakalaması ve öldürmesi durumunda bağışlanabileceğini belirtir¹⁶. Code Pénal’de kadının kocasını zina halinde yakalayıp öldürmesi durumunda ceza indirimi söz konusu edilmez.

CKH’deki 188. maddenin uyarladığı kısım ise sadece erkeğin zina halindeki karısını öldürmesiyle ilgili bölümdür ve bu bölümde kadının zinası mekânsal olarak haneyle kısıtlanmamıştır. Başka bir deyişle, Code Pénal’de koca zâni karısını yalnızca hane içinde yakalayıp öldürürse ceza affına tâbi olurken, CKH’de hem yerin hem zanlıların tanımı öldüren erkek lehine genişletilmiştir. 188. madde, “bir kimse” olarak tanımladığı erkek failin, karısını ya da mahreminden birini başkasıyla (hane içinde ya da dışında olmasına bakmaksızın) zina ederken görüp ikisini birden öldürmesi durumunda ceza indirimi alacağını belirtir¹⁷. Code Pénal’de erkeğin ırzını ve nefsinin müdafaası sadece fiziken hane içinde olup biteni kapsarken, Osmanlı ahlaki haritası erkeğin hanesini, kadının ve mahremin başka erkeklerin tehdidi altında olduğu tüm alanlar olarak genişletmektedir.

Sonuç

Tanzimat Fermanı’nın Osmanlı teb’asına vadettiği “can, ırz u namus ve mal” emniyeti, hukuk alanında yapılan düzenlemelerle somut bir projeye dönüşmüştür. Tanzimat bürokratları aralarında ceza kanunlarının da bulunduğu arazi, vergi, eyalet sistemi, ticaret gibi alanlarda topyekûn bir kodifikasyon hareketine girişmiştir. Bu kodifikasyon hareketi, Osmanlı devletini imparatorluk çatısı altında ayakta tutabilmek için Osmanlı bürokratlarının merkezi devletin denetleme mekanizmalarını güçlendirme arzusuyla şekillenmekle birlikte müstakil bir hareket değildir. Bilakis, 19. yüzyılda başlayan ve küresel düzeyde gözlemlenebilen modern devlet

¹⁴ Article 329, A.g.e. ve CKH, Madde 187, Akgündüz, A. (1986). *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

¹⁵ Code Pénal, Article 324: Code Pénal Annoté: Édition de 1832, (1833).

¹⁶ A.g.e.

¹⁷ CKH, Madde 188: *Bir kimse zevcesini yahud diğer mahariminden birini bir şahıs ile fi'l-i şeni icrâ ederken görüb de ikisini birden katl eylese kezâlik ma'zurdur*. Akgündüz, A. (1986). *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

ayıtlarının ve kontrol etme mekanizmalarının daha etkili bir biçimde devreye sokulabilmesinin aracı olan bir yasalaştırma dalgasından söz etmek mümkündür.

Bu küresel kodifikasyon dalgasının en önemli kaynağı da Fransız Devrimi sonrasında merkezi otoritesini tesis etmek amacıyla Napolyon'un çıkardığı kanunlar olmuştur. Nitekim, Tanzimat dönemi ceza kanunlarının en kapsamlısı olan 1858 Ceza Kanunu'nun büyük bir bölümü, dönemin önceki kanunlarından farklı olarak Napolyon'un Code Pénal'inden uyarlamadır. 1858 ceza kanunnamesinin Osmanlı hukuk tarihçileri tarafından uzun yıllar Batıcı-muhafazakâr karşıtlığı üzerinden analiz edilmesi sebebiyle Code Pénal'in tercümesi esnasında yaşanan kültürel adaptasyona yeterince dikkat edilmemiştir. Benzer bir biçimde, CKH'nin Mısır'da Mehmed Ali Paşa önderliğinde İstanbul'dan daha önce başlatılan çeviri ve adaptasyon yoluyla hazırlanan 1845 Ceza Kanunnamesi'ne benzerliği de göz ardı edilmiştir.

1858 Ceza Kanunnamesi Mısır'daki muadiline benzer bir biçimde, devlete karşı işlenen kamu suçları dışında çoğunluğu Code Pénal'den uyarlanmış olan şahıslar arası hukuku düzenleyen maddeler de içerdiği için şariat açısından en tartışmalı ceza kanunnamesi olagelmıştır. Bu makale bu çelişkiyi ve sınır aşımını teslim etmekle birlikte, CKH'nin İslam hukukunun siyasi otoriteye verdiği ta'zir yetkisini Osmanlı yönetici elitinin erken modern dönem kanunnamelerinde ve uygulamalarında geniş bir biçimde kullanmış olmasından kaynaklanan bir bilgi ve özgüvenle hazırlandığını iddia etmektedir. Dolayısıyla, kanunnamenin girişine eklenen şariatla kanun arasındaki ilişkiyi açıklayan madde de bu sınır aşımını inkâr etmek ya da örtbas etmek amacıyla değil, kanunun özel hukuku neden düzenlemesi gerektiğini devletçi bir anlayışla izah etmek ve savunmak amacıyla yazılmıştır.

Tanzimat'la birlikte söylemsel düzeyde devletin güvencesi altına giren teba'anın ırz'ının CKH'de "hetk-i ırz" başlıklı bölümde nasıl "korunduğunu" ayrıntısıyla incelemek, devletin özel alana müdahalesinin sınırlarını ve mahiyetini göstermektedir. Aynı zamanda, 19. yüzyıl Fransız burjuva toplumu ahlak anlayışının Osmanlı ahlaki coğrafyasına adaptasyonunu görebilmek için de manidardır. Code Pénal'de "ahlaka saldırı" başlıklı bölümün Osmanlı hukuk pratiğinde var olan "hetk-i ırz" kavramıyla karşılanmasıyla birlikte, bir erkeğin mahrem'i olan kadınların—ve belli ölçüde çocukların—ırzına yapılan saldırının veyahut cinsel sınır aşımının erkeğin namusunu zedelediği anlayışına kültürel bir geçiş sağlanmıştır. Nitekim, uyarlama esnasında cinsel saldırı maddelerinin kamusal ve aleni ahlaksızlık maddelerinin önüne alınması tercihi, bu anlayışın bir izdüşümüdür. Benzer bir biçimde, kız kaçırma, henüz evlenmemiş bir kıza karşı işlenen cinsel saldırı filli gibi suçlar da Fransız Ceza Kanunu'nda yer almadığı halde CKH'ye eklenmiştir.

Esasen “hetk-i ırz” bölümünde yapılan bu tür uyarlamalar, kültürel olduğu kadar hukuki bir uyarlamadır da. Zira, “hetk-i ırz” ve “fi‘l-i şeni” kavramlarının bu bölümde bir araya gelmesi, Osmanlı hukuk literatüründe ve uygulamasında gayr-ı meşru cinsel ilişkiyi şeriatın katı zina tanımından kaçınarak hukuki ve siyasi otoritenin ta‘zir yetkisi kapsamında yargılayabilmek amacıyla kullanılmıştır. Bu anlamda, 1858 yılında hazırlanan kanunnamenin cinsel saldırıyı, kamusal ve aleni ahlaksızlıktan daha fazla ön plana çıkaran ve rızaya dayalı cinsel ilişki ihtimalini gündeme getirmeyen yaklaşımı, rızaya dayalı ‘zina’ alanına müdahale etmeyerek kanunun sınırlarını cinsel saldırı fiillerinin cezalandırılabilceği ta‘zir çerçevesinde tutma çabasına işaret etmektedir. Bu da Fransız Ceza Kanunu’nu uyarlarken CKH’yi hazırlayan komisyonun, şeriata göre özel hukuk alanına giren meselelere müdahale ederken ne derece bilinçli olduklarını göstermektedir. Diğer bir deyişle, kamu düzenini korumak amacıyla yaptığı bu müdahaleyi giriş kısmında açıklayan kanun, devletin tazir yetkisi ile kolayca cezalandırılmayacak olan ve şer‘an zina cezası gerektiren rızaya dayalı cinsel ilişki suçlarına, Code Pénal’de bulunmasına rağmen 1858 kanunnamesinde yer vermemiştir.

Fakat sadece iki yıl sonra yani 1860 yılında yapılan eklemelerle hem evlilik vaadiyle “kandırılıp” bekaretini kaybeden genç kızların rızaya dayalı olma ihtimali olan cinsel ilişkisi, hem de kadın ve erkeğin rızaya dayalı zinası kanunnameye dahil edilmiştir. Üstelik, Code Pénal’de Fransız genel ahlak anlayışıyla uyumlu olarak kadının zinasından yalnızca kocası şikayetçi olabiliyorken, bu alan da Osmanlı namus anlayışına “çevrilerek”, kadına karşı “ırz davası” açma hakkı, kendisinin ırzından mesul olan kocası ya da velisine verilmiştir. Ayrıca zina kanıt şartları da epeyce esnetilerek namahremle aynı mekânda olmak dahi yeterli kanıt olarak kabul edilerek, kadının bedeni, cinselliği ve “ırz”ının kontrolü devletin esas muhatap kabul ettiği ve namusunu korumak istediği erkeğe teslim edilmiştir. Böylelikle, Tanzimat’ın teba’sına verdiği can, mal ve namus güvencesi, *evrensellik* prensibiyle hiç örtüşmeyecek bir şekilde kadının “ırz”ının kontrolü yoluyla erkek teba’nın namusunun korunması şeklinde tezahür etmiştir. Bu anlayış 1926’daki ilk Türk Ceza Kanunu’na kadar yürürlükte kaldığı gibi, 1926’dan 2005’e kadar yürürlükte kalan Türk Ceza Kanunu da cinsel dokunulmazlığı, ailenin namusu ve ahlak çerçevesinde değerlendirmeye devam etmiştir. Bu bağlamda 1858 Ceza Kanunnamesi, geç Osmanlı ve modern Türkiye vatandaşlık anlayışının cinsiyetçi temeller üzerine inşa edilmesine olanak sağlayan ilk ceza kanunnamesidir.

Kaynakça:

- Akgündüz, A. (1986). *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı*. Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Akgündüz, A. (1987). 1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukuki Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men’-i İrtikab Kanunnamesi. *Belleten*, 51(199), 153-191.
- Aykut, E. (2017). Judicial Reforms, Sharia Law, and the Death Penalty in the Late Ottoman Empire. *Journal of the Ottoman and Turkish Studies Association*, 4(1): 7-29.
- Baer, G. (1963). Tanzimat in Egypt: The Penal Code. *Bulletin of the School of Oriental and African Studies*, 26(1), 29-49.
- Barkan, Ö. L. (1952). Kanunnameler. *İslam Ansiklopedisi* (Cilt. 6, s. 185-195). Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları.
- Bozkurt, G. I. I. (1996). *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci, 1839-1939*. Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- Bucknill, J. A. S., & Utidjian, H. A. S. (1913). *The Imperial Ottoman Penal Code: A Translation from the Turkish Text*. H. Milford (haz.), Oxford University Press.
- Cevdet Paşa. (1991a). *Tezâkir-i Cevdet* (40-Tetimme). Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- Cevdet Paşa. (1991b). *Tezâkir-i Cevdet* (13-20). Türk Tarih Kurumu Basımevi.
- Cin, H., & Akgündüz, A. (1989). *Türk Hukuk Tarihi*. Selçuk Üniversitesi Basımevi.
- Darling, L. T. (2008). Islamic Empires, the Ottoman Empire and the Circle of Justice . S. A. Arjomand (haz.), *Constitutional Politics in the Middle East: With Special Reference to Turkey, Iraq, Iran, and Afghanistan* (s. 11-32). Hart Pub.
- Darling, L. T. (2013). Circle of Justice. In K. Fleet, G. Krämer, D. Matringe, J. Nawas, & E. Rowson (haz.), *Encyclopaedia of Islam, Three*. Brill Online.
- Donovan, J. M. (2010). *Juries and the Transformation of Criminal Justice in France in the Nineteenth & Twentieth Centuries*. The University of North Carolina Press.
- Code Pénal Annoté: Édition de 1832, (1833).
- Ergene, B. A. (2001). On Ottoman Justice: Interpretations in Conflict (1600-1800). *Islamic Law and Society*, 8(1), 52-87.

- Gayretli, M. *1858 Osmanlı Ceza Kanununun Kaynağı Üzerindeki Tartışmalar ve Bu Kanuna Ait Bir Taslak Metnin Bir Kısmıyla İlgili Değerlendirmeler*. <http://www.e-akademio.org/makaleler/mgayretli-2.pcf>.
- Gayretli, M. (2008). *Tanzimat Sonrasında Cumhuriyet'e Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Çalışmaları* (Doktora tezi). Marmara Üniversitesi.
- Hallaq, W. B. (2009). *An Introduction to Islamic Law*. Cambridge University Press.
- Heinzelmann, T. (2014). The Ruler's Monologue: The Rhetoric of the Ottoman Penal Code of 1858. *Die Welt des Islams*, 54, 292-321.
- Kili, S., & Gözübüyük, A. S. (1985). *Türk Anayasa Metinleri: Senedi İttifaktan Günümüze* (1. baskı). Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Mardin, E. (1946). *Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, 1822-1895*. Cumhuriyet Matbaası.
- Neumann, C. K. (2000). *Araç Tarih Amaç Tanzimat: Tarih-i Cevdet'in Siyasi Anlamı*. Tarih Vakfı Yurt Yayınları.
- Onaran, B. (2018). *Padişahı Devirmek: Osmanlı Islahat Çağında Düzen ve Muhalefet: Kuleli (1859), Meslek (1867)*. İletişim Yayınları.
- Öner, S. (2013). *Çeviri Yoluyla Kanun Yapmak: 1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunu'nun 1810 Tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan Çevrilmesi* (Doktora tezi). Yıldız Teknik Üniversitesi.
- Peirce, L. (2003). *Morality Tales: Law and Gender in the Ottoman Court of Aintab*. University of California Press.
- Peirce, L. (2008). Rape: The Ottoman Empire. S. Joseph (haz.), *Encyclopedia of Women and Islamic Cultures*. Brill. http://www.brillonline.nl/subscriber/entry?entry=ewic_COM-0141
- Peters, R. (1990). The Codification of Criminal Law in Nineteenth Century Egypt: Tradition or Modernization? J. M. Abun-Nasr, U. Spellenberg, & U. Wanitzek (haz.), *Law, Society, and National Identity in Africa* (s. 211-225). H. Buske.
- Peters, R. (2007). Between Paris, Istanbul, and Cairo: The Origins of Criminal Legislation in Late Ottoman Egypt (1829–58). R. G. A. Christmann (haz.), *Studies in Islamic Law: A Festschrift for Colin Imber* (s. 211-232). Oxford University Press.
- Reinkowski, M. (2005). The State's Security and the Subject's Prosperity: Notions of Order in Ottoman Bureaucratic Correspondance (19th Century). H. Karateke (haz.), *Legitimizing the Ottoman Sultanate: A Framework for Historical Analysis* (s. 195-212). Brill.

- Roman, N. A. (2021). World of Conflicts: Youth and Violence towards Parents in the Family in Rural Wallachia, 1716–1859. G. Yılmaz and F. Zachs (haz.), *Children and Childhood in the Ottoman Empire: From the 15th to the 20th Century* (s. 151-173). Edinburgh University Press.
- Rubin, A. (2016). Modernity as a Code: The Ottoman Empire and the Global Movement of Codification. *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, 59, 828-856.
- Sariyannis, M. (2011). The Princely Virtues as Presented in Ottoman Political and Moral Literature. *Turcica*(43), 121-144.
- Schull K. (2016). Criminal Codes, Crime, and the Transformation of Punishment in the Late Ottoman Empire. K. Schull and M. S. Saracoglu (haz.) *Law and Legality in the Ottoman Empire and Republic of Turkey* (s. 156-178). Indiana University Press.
- Şentop, M. (2004). *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku*. Yayıncılık Matbaası.
- Şentop, M. (2005). Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü. *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, 3(5), 647-672.
- Sonbol, A. E. A. (1997). Rape and Law in Ottoman and Modern Egypt. M. C. Zilfi (haz.), *Women in the Ottoman Empire, Middle Eastern Women in the Early Modern Era*. Brill.
- Tuğ, B. (2014). Gendered Subjects in Ottoman Constitutional Agreements, ca. 1740-1860 *European Journal of Turkish Studies [Online]*, 18. <http://ejts.revues.org/4860>
- Tuğ, B. (2017). *Politics of Honor in Ottoman Anatolia: Sexual Violence and Socio-Legal Surveillance in the Eighteenth Century*. Brill.
- Young, G. (1906). *Corps de droit Ottoman* (Cilt. VII).