

İSLÂM - TÜRK HUKUKUNDA EKSOĞAMI¹

Prof. Dr. Fındıkoğlu

I

MUKAYESELİ SOSYOLOJİ ZAVİYESİNDEN BAZI DÜŞÜNCELER

1. — Mutlaklık ve sınırlılık bakımından:

Mukayeseli hukuk ilmine yardım eden mukayeseli hukuk tarihi ve mukayeseli hukuk sosyolojisinden beklenebilecek hizmete küçük bir nümune olmak üzere islâmî hukuk ile 1917 ve 1926 kanunlarının bahsimizle alâkalı taraflarını karşılaştırmak mümkündür. Yukarıda da söylediğimiz veçhile islâm hukukunda aile eksogamisini tayin eden âyet muhtevası ile 1917 deki küçük tedvinin 13 - 18 inci maddeleri arasında hiç bir fark yoktur. Evlenme yasağına tâbi akrabalık çevreleri aynıdır. Medenî kanunumuz ise bu yasak çevrelerini oldukça daraltmıştır. Mantikî ifade ile söylemek lâzım gelirse islâm hukuku ve onu takip eden 1917 kararnamesi, evlenme yasağına tâbi derecelerde *mutlak* davranmışlardır. Halbuki Medenî kanun mefhumları *sınırlandırmıştır*. Bir misal ile izah edelim: İki evvelki hukuk rejiminde meselâ evlâd olsun, torun olsun bütün erkek ve kız kardeşlerin kızları yasak kadrosuna dahil iken T. M. K. m. 92 ye göre bir şahıs ile yeğeni arasındaki evlenme memnuiyeti yeğenin çocukların şâmil bulunmamakta, diğer dereceler için de vaziyet aynı kalmaktadır. Her şeyden önce, Medenî kanunumuzun bu tahdidiliğinin ne nisbette reel hukukî hayatımızın ifadesidir? 92 nci maddedeki evlenme yasağı kadrosu ile bugünkü Türk ailesinin teamülî evlenme yasak kadrosu birbirine tekabül ediyor mu? Tekabül etmiyorsa eksiklik ve fazlalık hangi akrabalık derecelerine rastlıyor? Yekten İsviçre Kodununun 100 üncü maddesinin realitemiz için çok elverişli olduğu taklitçi veya yanlış anlaşılan bir rasyonalist sosyoloji çukuruna düşmeksizin iddia edilemeyeceğine göre burada hukuk politikacısı için mühim bir meselenin bu-

[1] Birinci etüd «Hukuk Fakültesi Mecmuası» nın 1947 senesi 1 ci nüshasında intişar etmiştir.

lunduğu şüphesizdir. Sosyolojik anket usulü bu hususta Türk hukukçusu için kıymetli bir rehber olabilir.

2. — Süt münasebeti bakımından :

Medenî kanunumuz 1926 da kabulü sıralarında İsviçre Medenî kanununun 100 üncü maddesi [2], «süt ana ve kardeşler arasında» ilâvesile islâm hukukundaki ve 1917 aile karranemesindeki süt akrabalığını da göz önüne almış idi. Bir hukukçumuzun Türk Medenî kanununun İsviçre Medenî kanununu olduğu gibi kabul etmediğimizi ispat yolunda bir delil diye ileri sürdüğü bu ilâve [3], kanunun kabulünden bir kaç ay sonra Borçlar kanununa bağlı düzeltmeler ile kaldırılmıştır. İlâvenin yapıldığı da göz önüne alınan örfün bu suretle bertaraf edilmesinin ne gibi sebeplere dayandığı hakkında bir bilgiye sahip değiliz. Bildiğimiz bir şey varsa o da canlı hukukî örfler arasında bu «ilâve» muhtevasının reel varlığıdır. Binaenaleyh bize göre sonradan yapılan düzeltme, gerek hukuk sosyolojisi zaviyesinden ve gerek buna müstenit bir hukuk politikası görüşü ile temelsiz görünmektedir. 1926 dan bugüne kadarki yirmi yıllık tecrübelerin ne netice verdiğini, İsviçre'deki mümasil hukukî örflerin neticesi olan 100 üncü maddenin bizde bahsi geçen ilâveden kurtulmuş 92 nci madde haline geldikten sonra hukukî bir kaide olarak içtimai ahlâk düsturu ile çarpışıp çarpışmadığını ilmi usullerle yapılmış monografilere dayanarak göstermek lâzımdır. Başka bir ifade ile söyliyelim: Anadolunun bazı yerlerinde «emişme» ismi ile anılan bu âdetin tatbiki neticesinde hâsıl olan süt kardeşlik, ne nisbette bugünkü Türkiyede muteberdir ve müspet hukuk mevzuatına rağmen ne derecede teamüli kaide halinde yaşamaktadır? Bütün Türkiyeye şâmil hukukî bir anketin verdikleri ile karşılaştırılmadıkça bu hususta umumî bir hükme varılamaz. Bununla beraber cas-type - tipik hal» lerden bir kaçı üzerinde düşünmekten de geri kalamayız. Meselâ Ankara civarındaki köylerden bazılarında dikkate değer müşahedeler yapan bir sosyoloji hocası şu malûmatı veriyor: «Kendilerine emişik denen süt kardeşlerin kardeşliği daha ziyade yakın akraba arasında olur. Büyüdükleri zaman süt kardeşlerin evlenmeleri memnurdur. ... köyünde emişmeler vardır. Bunlar kardeş sayılırlar. Hattâ kar-

[2] Bk. İ. M. K. m. 100: «Usul ve fûru' öz veya ana veya baba bir kardeşler, amca, dayı, hala, teyze ile yeğenler, kanundaki türlü sebeplerden birle evlenme sona ermiş olsa bile, karının usul ve fûruu ile koca, karının usul ve fûruu ile de karı, evlâtlık ile evlât edinilen ve bunlardan biri ile ötekinin koca veya karısı arasında evlenme yasaktır.»

[3] Elk. H. Veldet: Hukukun umumî esasları, 1945, sf. 131.

deşten farklı olarak nazariyede bunların çocukları da birbirile evlenemez. Fakat fiiliyatta bu derecesine riayet edildiğini zannetmiyoruz. Bundan başka emişmek iki aile arasında samimiyete sebep olabilir. Bunun mikınlık hiç bir zaman evlât ve kardeşlik derecesinde değildir. Bunun mirasa da hiç bir tesiri olmaz. ... köyünde söylendiğine göre, süt akrabalığı oldukça mühimdir. Süt evlât hiç olmazsa yarı evlât sayılır. Uzak bir akrabalık varsa onu kuvvetlendirmeğe yarar. Süt akrabalığı kan akrabalığı derecesinde olmasa bile yine bir akrabalıktır. Ananın karakterinin ve bazı hususiyetlerinin sütü vasıtasile çocuklara geçtiği kabul edilir. Ebeveyni ölmüş olan bir çocuk süt akrabalarından az çok bir yardım bekleyebilir. ... köyünde emişmeler çoktur. Süt evlât sevilir, lâkin asıl evlât gibi olamaz [4]». Başka bir monografide süt kardeşler arasındaki evlenme yasağı memnuiyetine karşı gelmenin teamüli hukuk şe'niyetin de uyandırdığı akislerin şiddetinden bahsedilmektedir [5]. Hulâsa muhakkak olan nokta, kanonik aile hukukunda bir mesele teşkil etmeyen süt münasebeti, hıristiyan İsviçre'nin örfleri arasında da yer bulmamış, binnetice İsviçre'li kadifikatörlerce de böyle bir şey düşünülmemiştir. Nitekim memleketimizdeki hıristiyanların hukukî teamülelerinde de böyle bir mesele mevcut olmadığı içindir ki 1917 deki aile hukuku tedvininde bu cihet, müslüman ve hıristiyanları birbirlerinden ayıran farklardan birini teşkil etmiştir [6]. 1926 daki değişiklik, bir bakıma Türkiye'de hıristiyan akalliyetlerin teamüli hukuk kaidelerinden bu bahse ait bulunanı yazılı hukuk vasıtasile te'yid etmeğe yaramış, onu İsviçre kodu vasıtasile Türkiyeye sokmuş bulunuyor. Yirmi senelik bir tatbikattan sonra yazılı hukukun bu sahada yeni bir ahlâk kaidesi, yani süt kardeşler arasında evlenmenin gayri ahlâkî, binnetice gayri hukukî bir hâdise teşkil etmeyeceği hakkında bir tasavvur ve bir itikat yaratmış olup olmadığı, böyle bir tasavvur ve itikadı yaratmanın lüzumu bulunup bulunmadığı, teamül ile kanun arasındaki inhirafın ne zaman ortadan kalkabileceği meseleleri ise mevzuumuzun kadrosu haricinde kalmaktadır.

3. — Evlâtlık müessesesi itibarile :

Hukuk tarihimizin muayyen bir hâdise ile alâkalı mutâları karşısında bir başka mukayeseli düşünce evlâtlık müessesesi itibarile varidir. Nasıl süt kardeşliği bakımından islâmî hukuk ve 1917 kararnamesi ile 1926 Medenî kanunu arasında bir ayrılık varsa evlâtlıklarla evlât edi-

[4] Bk. N. B.: Bazı Ankara köyleri üzerinde bir araştırma, 1942, Ankara, sf. 151.

[5] Bk. M. Ş.: Anadolu'da Eksogami Âdetleri, 1943, Köye Doğru Mecmuası.

[6] Bk. Hukuku Aile Kararnamesi, m. 27 - 32.

nenler arasında evlenme yasağının bulunması noktasından da bir ayrılık mevcuttur. Fakat buradaki fark başka türdür: İlk iki devrede evlâtlık ile aralarında evlenme memnuiyeti bulunan akrabalık arasında bir mesele yok iken 1926 tedvininde böyle bir mesele ortaya çıkmaktadır. Bizi, iki ayrı medeniyeti, iki ayrı kültür çevresini Şark ile garbı, Roma ile Mekke'yi mukayeseye kadar götürecektir olan bu ayrılığın yalnız bugünkü sosyal şartlarımızda arzettiği vaziyete işaret ile kalacağız.

Gerçekten Türk hukuku, hiç değilse mevzu hukuk bakımından 1926 yılı bu meselede de bir dönüm noktası olarak gösteriyor. Bu dönüm, acaba sırf kaynağımız olan İsviçre Medeni kanunu passif bir taklidin neticesi midir, yoksa Türk kanun koyucusu bir nevi *normal ölçüsünü* mu kullanmıştır? Bu ihtimallerden birini veya diğerini kabul etmek için 1926 da *kabul* hâdisesinin her maddeye taallük eden ameliyelerini iyice bilmek lâzımdır. Bugünkü canlı teamüli kaidelere bakılırsa İsviçre için sosyal bir mesele teşkil eden, binnetice hukukî hayatına akseyleyen evlâtlık müessesesinin Türkiye için aynı çap ve ehemmiyette bir problem olmadığı iddia edilebilir. Garb cemiyetlerindeki *adoption*, Roma'nın *Adoptio*'sundan ve çözülmez monogamik evlenme prensipini dinî itikat ve tasavvurlarla M. S. III. cü asrı takip eden zaman içinde bütün Avrupaya aşılıyan hıristiyanlıktan gelme bir hukukî müessesedir [7]. Binaenaleyh ne Roması, ne de hıristiyanlığı bulunmayan müslüman şark için böyle bir müessesenin başlı başına bir hukuk meselesi teşkil etmeyeceği aşikârdır. Bununla beraber insan hayatının her zaman ve mekân için tabii olan bazı icaplarından doğan *evlâtlık almanın* şarkta ve bizde - gerek islâmdan evvelki çeşitli Türk teamüli hukuk çevrelerinde, hattâ islâmdan sonraki devirlerde ve bugün - bulunmadığı da söylenemez. Netekim günlük müşahedelerimiz, içtimai realiteyi tarassut eden anket usullerimiz bize dağınık bilgiler vermektedir. Ankara köylerinden bir kaçında yapılan mü-

[7] Roma hukukunun Garbdaki devamını takip eden dinamik bir hukuk sosyolojisi, Roma'dan Garba geçen *adoption*'yu daha iyi aydınlatır. Kanaatimize göre Roma ailesi, daha doğrusu Roma *familiası* ile reisinin hâkimiyeti altındaki bütün şahısları aynı mülkiyet kadrosuna soktuğu, asıl çocuklarla evlâtlıklar arasında nisbi bir ayniyet görüldüğü, binaenaleyh evlâtlığın ve evlât edinenin ruh hâletleri bir içtimai ahlak içinde yoğurulduğu, hıristiyanlıkta zeval bulmaz nikâh bağı ile monogomiyi tesis eylediği için her iki amilin tesiri altında kalan Avrupa, binnetice İsviçre, Medeni kanununun 100 üncü maddesinin son fıkrasına malûm şekli vermiştir. Bu hususta Roma hukukuna alt kaynaklara baş vurulabilir. Bilhassa Bk. A. B. Schvvarz: Roma Hukuku Dersleri, 1945, Ş. R. tercemesi, sf. 242. Hıristiyanlığın tesiri hakkında Bk. W. Kappers: Ehe und Familie, «Handwö. d. soz., 1931» sf. 112-122.

şahedeleri ilmi bir usulle derleyen ve evvelce de kaynak olarak kullandığımız bir eserin altı köy hakkındaki notlarından şu hulâsaya çıkarıyoruz: A. köyünde yalnız bir evlâtlık varsa da asıl evlât muamelesine tâbi tutulmamaktadır; B. köyünde hiç bir evlâtlık yoktur, evvelce bir evlâtlık var idi ise de analık ve babalığın bırakıp yabana gitmiş tir; İ. köyünde bir evlâtlık varsa da analık ile arasında bir itimat bağı yoktur; H. köyünde iki yaşında alınmış ve kendisine evlâtlık olduğu bildirilmeyecek bir evlâtlık vardır; K. köyünde çocuksuz bir ailenin bir evlâtlığı vardır; M. de hiç bir evlâtlık olmayıp yalnız yakın şehre üç evlâtlık kız vermiştir, bunlardan yalnız birinin durumu iyicedir. Bu *cas-type*'lerin muhasebesi olan bir düşünceyi, Türkiyedeki evlâtlık vaziyetini aydınlatacak bir araştırmanın *idare edici fikri* olarak ele almak yanlış olmayacaktır. Bu düşünce şudur: Bizde ne Garb Medenî kanunlarının, dolayısıyla İsviçre Medenî kanununun tasarladığı şekilde bir evlâtlık müessesesi vardır, ne de bu müessesenin icabı olarak evlât edinenlerle edilenler arasında bir evlenme yasağı meselesi mevcuttur. Gerek yukarıdaki altı misalin ihtiva ettiği sekiz evlâtlık, gerek etrafımızda müşahede edilmesi güç olmıyan mümasil-leri hukukî bir müessese olacak bir evlâtlık misali teşkil edemez. Ne evlât edinenin psikolojisi, ne edilenin haleti ruhiyesi, bu müessesenin taleplerine cevap verememektedirler. Bu hal, Garbdaki evlât edinen tipi ile edilen tipin Şarktakinden ve bizdekinden *başka bir insan* olduğuna delâlet etmez. İrkçı veya psikolojist bir sosyoloji çıkışı üzerinde yürümek bizi belki böyle bir hatâyâ düşürebilirdi. Asıl mesele iki ayrı medeniyet ve kültür çevresinin sosyo-psikolojisinde ve bu sosyo-psikoloji neticesi olarak o çevrelerin insanlarında hüküm süren ruh hâletinde mündemiç bulunmaktır. Son zamanlarda Türk hukuk tarihi etrafında intişar eden bir denemede bu mündemiç noktalardan birine işaret edilmek isteniyor: «İslâm dininde atalara tapmak olmadığı ve mezarda ölümlerin yiyip içmediklerine inanılmadığı için evlât edinme müessesesine rastlanamaz [8]». Daha objektif bir izahı şu satırlarda buluyoruz: «Öyle görünüyor ki evlâtlık ile çok karılılık arasında bir münasebet vardır. Bunlar makûsen mütenasiptirler. Şimdiye kadar tesbit ettiğimize göre çok karılılığın revaçta olduğu yerlerde evlâtlık alınmıyor. Olmadığı yerlerde ise evlâtlığa daha sık rastlanıyor. İhtimal ki ileride poligami büsbütün ortadan kalkınca ve evlâdı olmıyan erkekler bir kadın daha almaktan ümidini kesin-

[8] Bk. Dr. Ö. Coşkun: Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 1945, sf. 83. Müellifin biraz müphem kalan ve genişletilmek ihtiyacında bulunan bu izahını ileride etraflı şekilde ele alması beklenir.

ce yetim çocukları evlâtlık olarak almak cereyanı başlıyacaktır [9].

4. — Evlâtlık müessesesi ve Poligami :

İlmî bir usul ile yapılmış müşahedelerin dikkatli bir tahliline dayanan bu son izahın iki noktası ele alınmağa değer. Bunlardan biri evlâtlık ile çok karınlık müesseselerinin bir taraflı münasebetidir. Böyle bir münasebet her ne kadar kendi realitemiz için doğru görünüyorsa da, poligaminin bulunduğu yerde evlâtlık müessesesinin mevcut olamayacağı tarzında bir umumileştirme ameliyesi için mukayeseli bilgilere sahip olmak lâzımdır. Poligaminin ortadan kalkmağa yüz tuttuğu yerlerde evlât edinmelerin vukuunu ise, bazı büyük şehirlerimizdeki misallerle ispat etmek belki güç olmayacaktır. Fakat kısırlığın boşanma sebebi olarak kabulünü isteyen, bir çok gayrimeşru, daha doğrusu Medenî kanuna uymama mânasında gayrimedenî ikinci ve üçüncü evlenmelerin böyle bir sebebe yer verilmemesinden doğduğunu iddia eden hukuk politikası cereyanlarının mevcudiyeti, «bir kadın daha almaktan ümidi kesme» nin neticesi olarak teessüs edecek zoraki bir evlât edinme örfünden bahsetmeği güçleştirmektedir.

Muhakkak olan bir şey varsa o da şudur: İ. M. K. nun 100 ve T. M. K. 92 nci maddelerinin son fıkralarından biri kendiliğinden mevcut ve carî olan bir teamüle yer vermenin, diğeri ise nihayet ancak bir kaç büyük şehrin münferit ailelerinde rastlanabilecek hakiki, yani hukukî formalitelere uyularak teessüs etmiş evlât edinme hâdisesinin evlenme memnuiyetine ait neticelerini peşinden iktibas yolu ile formüllemenin mahsullelidir.

5. — Netice :

Görülüyor ki sadece yakın akraba arasında evlenme yasağı müessesesi itibarile islâmî, 1917 ve 1926 merhalelerine ait medenî hukuk mevzuatımızın şöyle basit bir tetkiki bile, bizi gerçekten mühim ve sosyoloji

[9] Bk. N. B.: A. g. e. sf. 149. Müellif, müşahedelerde bulunduğu köylerin sakinlerine mahsus ve evlâtlıklara müteveccih ruh haletini şöyle anlatıyor: «Niçin evlâtlık almadığını sorduğumuz zaman: «Köy yerinde kimse çocuğunu vermez, ver-se de el sıpasından hayır gelir mi?» cevabını verdiler. Köy zihniyetinde bir çocuktan ancak kendi anasına babasına hayır gelir, kendi kanından olmiyanlara asla. Her halde evlâtlık alındığı ahvalde fiilyatta da böyle olsa gerektir. Çocuğun kendisi de bu zihniyetin adamı olduğundan hakiki olmiyan bu analığını ve babalığını hiç bir zaman benimsemez. Analığını, babalığını terkedip yabana çalışmağa gitmiş evlâtlıklar bulunduğunu duyduk. Analık ve babalık da bunu pek tabii karşılıyorlar, müteessir olmuş gözüküyorlardı.»

ile hukukun müşterek olduğu meselelere sevk ediyor. Şe'nîyet ile mevzuat arasındaki inhırafları göstermeğe çok iyi yarıyan bu meselede varabileceğimiz netice şudur: Her şeye rağmen modern Türk ailesi *umumî* veya *vasatî* olarak değil, fakat *ıçtımâî* olarak modern Avrupa ailesine daha çok benzemeğe temayül ediyor. Bu temayül, büyük şehirlerimizde realite haline gelmektedir. Modern aile tipi ise gittikçe kemmiyetinden (âza sayısından) kaybetmekte, buna mukabil keyfiyetçe (âza arasında sevgi ve sempaticce) derinleşmektedir. Bir Türk sosyoloğunun dediği gibi: «Bugünkü ailede gaye, fertlerinin dinî, iktisadî, manevî ve maddî hayatına tahakküm olmayınca ancak onların hissiyat birliği [10]» olabilecektir. Bu hissiyat birliği ise ancak âzası azalan yeni aile çevresinde mümkündür. Büyük şehirlerimizde bu aile tipi zuhur ettiğine ve gittikçe daha çok yayıldığına göre aralarında evlenme yasağı olan akraba dereceleri «ahkâmî islâmîyede olduğundan daha mahdut olan [11]» İsviçre Medenî kanunu XX. ncî asır Türk ailesindeki bahsi geçen yasak kadrosuna pek yabancıdır denemez. Fakat ne de olsa evlenme memnuiyetine tâbi tutulan akrabalar, teamülî hukuku yakından tetkik edilmiş bir cemiyetin kendi kodifikatörleri tarafından tesbit edilmediği için muktebes kanun ile ıçtımâî realite arasında tam bir intibakın mevcudiyetini iddia etmek zannedildiği gibi kolay olmayacaktır. Bütün mesele bu intibakı imkân nisbetinde temin edecek bir hukuk mücadelesine zemin ihzarında toplanmaktadır.

II

CEZA HUKUKU İTİBARİLE EKSOĞAMI

I. — Yeni Ceza Kanununun neşrine kadarki vaziyete bir bakış

Her şeyden evvel şunu söyleyelim ki Tanzimat'tan önceki hukukî mevzuatın ne şer'î (kur'anî) sahasında, ne de teamülî kısmında fücûr meselesi başlı başına bir mesele olarak görülmez. İslâm hukukiyatına ait tasvirî bir eserin müellifi olan bir Rus âlimi 1855 de neşrettiği bir eserde şer'î hukukun fücûra ait telâkkisinin zina ile beraber ve yanyana düşünüldüğünü gösteriyor. Zina ise 1) Celd - değnek, 2) Recm - taşlama, 3) Katl - öldürme ile cezalandırılır. Yüz değnekten ibaret olan birinci ceza aielâde zinaya hattâ zinasız olan öpme, kucaklama gibi hallere, *recm*

[10] Bk. M. İzzet: Yeni İçtimaliyat Dersleri, 1928, sf. 11.

[11] Bk. Mustafa Resit: Türk Kanunu medenisi şerhi, 1933. Aile Hukuku, sf. 21. Müellif bu meselede mukayeseli hukuk ilminin usulünü kullanarak İslâm, hıristiyan, Alman, İsviçre, Türk hukukunun alâkalı mesele hakkındaki telâkkilerini karşılaştırmaktadır.

böyle bir zinadan sonra lâzım gelen kefarette bulunmaksızın zina edenlerin evlenmesi halinde, nihayet *katl*, aralarında evlenme yasağı bulunan kimselerin zinası ne tatbik edilecektir [12]. Teamüli sahaya, yani Tanzimata kadarki tedvin hayatımızın vesikaları sayılan ve «Kanunname», «Defter kanunu» denen kaynaklara gelince bunların - yahut bizim bildiğimiz dahilinde olanların - hiç birinde fücür tezahürlerinin cezalandırılmasından bahsedilmiyor. Meselâ hukuk tarihçilerimizce ikinci sayılan Fatih *kanunnamesi* ile aynı kanunun ilâveli tekrarı görünen Kanunî Sultan Süleyman *kanunnamesinin* zina işine hasredilen ilk fasıllarında aile eksoгамisine tecavüz ve cezalandırılması hakkında hiç bir işaret mevcut değildir [13]. Tanzimat sonrası devrenin 1840 - 1256, 1851 - 1267 tarihli ceza kanunlarında fücûru bahis mevzuu eden bir madde bulmak şöyle dursun, dolayısıyla alâkadar olduğu zinaya taallük eden hiç bir işaret yoktur. Ancak bu ikinci kanunun neşrinden on sene sonra, yani 1871 - 1277 de 202 nci maddeye yapılan bir zeyilde yalnız zinadan bahsedilmiş olup

[12] Bk. No. v. Tornauw: Moslimiche Recht, 1855, Leipzig, sf. 234: «Die Strafe katl wird für den Ehebruch ausgesprochen, wenn die Ehe mit der Frauensperson, dem Ehebrecher nach dem Scher' untersagt ist, z. B. mit der Mutter, Schvvester, Tochter... u. s. w.» Bu hususta su kaynaklara da bakınız: M. Hamdi: Hak dini, Kur'an dili, c. IV, sf. 347; Kz. Bk. Naci Şensoy: Zina suçu, 1943 (Hukuk Fakültesi Mecmuasından çıkarılmış ayrı risale), sf. 76. Hukuk tarihimiz hakkında bir deneme neşreden Dr. O. Coşkun, İslâm hukukundaki zina cezasının Yahudi hukuku ile sosyal şer'iyetin devamlılığı bakımından da yadırganmaması lâzım gelen alâkasına işaret ediyor. Bk. Türk Hukuk Tarihi, 1946 İstanbul, sf. 69.

[13] Bk. Fatih Kanunnamesi, Fasil 1, m. 1 - 12 (F. Kraelitz'den naklen: Ömer Lûtfi: Osmanlı İmparatorluğunda ziral ekonominin hukuki ve mali esasları, C. I, sf. 387) Kz. Bk. Kavanini örfiyel Osmanîye (Yıldız yazması: 5826 Üniversite Kütüphanesi). Dilkkate şayandır ki şer'î hukukun zinayı tecziyesi ile teamüli (yani Kanunnamelere göre) hukukun cezalandırışı arasında büyük farklar vardır. «Kanunname»lerdeki ceza prensipli sadece mali bir esasa, içtimal tabaka temelne dayanmaktadır. Lisanca birinci kaynaktan ayrılan fakat birinciyi tekrar eden ikinci kaynaktan naklettiğimiz şu maddeye bakınız: «Bir müslüman zina kılssa şer' ile sabit olsa zina kılan evlü olsa bay (yani zengin) olsa ki bin akçeye ya dahi ziyade gücü yetse üçyüz akçe cürm alına - Evsatülhal olsa ikiyüz akçe cürm alına - Andan aşağı dörtyüze malik ise yüz akçe cürm alına - Andan ki fakir olsa kırk akçe cürm alına...» Bu nokta hukuki hayatımızın İslâmdan sonraki ikiliği üzerinde durmak isteyenleri, Prof. Ömer Lûtfi'nin sosyolojik bakımdan da çok isabetli olan bir görüşünün takviyesini düşünenleri alâkalandırabilir. Bk. Ö. Lûtfi: A. g. e., sf. XVI).

aynı zeyl 1913 - 1329 da ayrıca bir tadile tâbi tutulmuştur [14]. Nihayet şimdi bahis mevzuu edeceğimiz 1926 tarihli yeni ceza kanunumuzun da fücûr suçuna temas etmemek itibarile aynı alâkasızlığı devam ettirdiği görülecektir.

II. — Bugünkü Ceza Kanunumuza göre vaziyet

a. — «Nizamî aile» endisesi :

Türk Ceza kanununun bahsimizle alâkası kısmen 237 nci maddede, kısmen ve dolayısıyla «nizamî aile aleyhinde cürümler» faslında aranmalıdır. 237 nci maddeye göre:

Kanunun evlenmelerini menettiği kimselerin bu memnuiyetleri bildikleri halde akitlerini yapan evlenme memurlarile bu suretle evlenenler ve bunları evlenmeye sevkeden veya evlenmelerine rıza gösteren veli veya varisleri üç aydan iki seneye kadar hapis olunurlar [15].

Bu maddede bizi alâkalandıran taraf «kanunun evlenmelerini menettiği kimselerin bilerek evlenme» unsurunda toplanmaktadır. Fakat bu unsur, modern aile eksogamisinin düşündüğü 1) yakın akraba arasındaki cinsî münasebet ile, 2) yakın akrabanın evlenmesi şıklarından her ikisini de hedef harici bırakmıştır. Bir defa birinci şıkkın düşünülmediği muhakkaktır. İkinci şıkkın doğrudan doğruya göz önüne alınmadığını da maddenin «nizamî aile» faslında değil, vazifelerini sulistimal eden memurlar faslında bulunmasından istidlâl etmek mümkündür. Kaldı ki kanunun menettiği evlenmenin sebebi evlenmeye ehliyetsizlik de olabilir. Herhalde muhakkak olan şu ki Türk kanun koyucusu bu noktada herhangi bir *yakın akraba arasındaki evlenme yasağı* düşüncesine yabancı görünmekte, Medenî kanunun 92 nci maddesi ile sarîh bir bağılık düşünmemektedir.

[14] Bu hususta etraflı malûmat için Bk. Naci Şensoy: Zina suçu, (H. Fakültesi Mecmuasından çıkarılmış risale) 1943, sf. 78.

[15] Bu maddenin eski şekli şöyledir: «Evlenmeleri kanun memnu kimselerin memnuiyetlerini bilerek akitlerini icra eden belediye reisi veya vekilleri, ve bunları tehhüle sevkeyleyen veli veya vasileri üç aydan iki seneye kadar hapis olunur.» 3038 sayılı ve 1-10-1936 tarihli kanun ile «bu suretle evlenenler» unsuru ile «veli veya vasilerin rızaları» unsuru fazla olarak mevcuttur. Birinci unsurun ilâvesinde kanun vazunun aile ekzogamisini düşündüğüne dair bir delille sahip değiliz. Tadil tarihi olan 1936 yılındaki çok karışıklık hâdisesi etrafında resmî muhtlilerin hassasiyeti düşünülecek olursa daha çok bu hâdisenin önlenmesinin düşünüldüğü akla gelmektedir.

b. — Bu endişenin yetersizliği :

Büyük aile müessesesi içinde onun âdeta temelini teşkil eden küçük aile eksogamisi müessesesine karşı, «nizamı aile» bakımından gösterilen bu ihmâl ceza ve medeniye hukukçularımızın dikkatini celbetmekten geri kalmamıştır. Bunlardan biri vazı kanunun bu noktayı unuttuğu kanaatinde [16], bir diğeri Türkiyede «bu gibi hâdiselerin yok denecek kadar nadir olması» ile «esasen efkârı umumiyenin bu vaziyetteki kimselere karşı takınmakta bulunduğu menfi vaziyeti dolayısıyla ayrıca bir cezai müeyyideye lüzum hissettirilmemesi» nin kanun koyucuyu bu hususta lâkayt kalmağa sevkeylediği düşüncesinde [17] dir. Hakikatte ne bir unutmama, ne de bilerek bir tarafa bırakma vardır. Unutmama nasıl olabilir ki bahis mevzuu olan Türk ceza kanununa modellik yapmış 1889 tarihli İtalyan ceza kanununda bu nokta açık ve sarîh bir şekilde ele alınmış, hattâ yalnız yakın akraba arasında evlenme yasağına karşı gelenler değil, sadece yakın akraba arasındaki cinsî münasebet suçu bile cezalandırılmıştır. Bu noktadan hareket eden bir hukukçu, herhangi bir unutmamanın asla vaki olamayacağına işaret ettikten sonra eksogami kaidesine tecavüz hâdiselerinin nedretini ele alıyor: «Bu fiil (yani yakın akraba ile cinsî veya evlenme münasebeti) hakikaten nadir dahi olsa bu nedret onun ceza müeyyidesi tehdidinden kurtulmasına kâfi bir sebep teşkil etmemelidir. Mademki bu fiil, vukuu takdirinde, âmme vicdanını kuvvetle rencide etmekte, aileyi ve sosyeteği tehlikeye sokmaktadır, ceza da bir önleyici tedbir olarak mevcut olmalıdır. Hattâ böyle bir suçu kanuna ithal ederken, kanuncunun gayesi, yakın akrabalar arasında cinsî münasebetten doğacak, sıhhatçe zararlı çocukların husule gelmesini önlemekten ziyade aile içersinde muayyen bir ahlâk seviyesi muhafaza etmek olmalıdır [18].»

c. — Ferdîyetçiliğin tesiri :

Ceza kanununun asıl «umumî âdâp ve nizam aile aleyhindeki suçlar» faslında *aile eksogamisi* kaidesine ve buna tecavüz neticesindeki cezalara dair hiç bir iz yoktur. Halbuki faslın adı, yekden bu izin bulunacağı

[16] Bak. A. Muammer Aksoy: Kötü durumda evlilik dışı çocuklar, 1943 Ankara, sf. 96.

[17] Bk. Sulhi Dönmezer: Allenin ceza hükümleri ile himayesi ve aile hukukundan münbais mükellefiyetlerin tecrimi (İstanbul 1940 Baro Mecmuası).

[18] Bk. Halit Kemal: Evlenmesi memnu akrabalar arasında cinsî münasebetin tecziyesi meselesi, Hukuk Dünyası Mecmuası 1946, (Birinci kısmı intişar eden bu değerli etüdün ikinci kısmı neşredilmek üzeredir. Bu satırları neşredilmeyen kısımdan alıyoruz.)

hissini vermektedir. Anlaşıyor ki kanunun iktibas edildiği zamanın Türkiyesi bir zamanlar Garbda hükmünü icra etmiş olan ferdiyetçi hukuk cereyanının tesiri altında bulunuyor. Nihayet 237 nci madde, aile ekzogamisine aykırı bir evlenmeye hukukî bir kıymet vermiyor ve müteşebbisleri, yahut veli veya vasilerini cezalandırıyor. Bu kâfi değil midir? Maamafih 414 - 447 nci maddeler, zorlandıkları takdirde, bazı müphem mesuliyetlerle karşılaşmak mümkündür. Meselâ «ırza geçmek [19]» ırz ve namusa tasaddi etmek [20],... gibi hareketler içinde ekzogamik kaideye karşı gelmenin mündemiç bulunduğu ileri sürülebilir. Bu takdirde mesele usul veya fûrû, dan reşit olmıyanların cinsî münasebet suçunu işlemelerine müncer olur ise de bu hal ne kanun koyucunun hedefi ile, ne de cezaî mevzuatta eksogamik kaideye tecavüzün akislerini arayan içtimaiyatçının dileği ile uzlaşmıyor. Hele cemiyetteki bu neviden suçları müşahede eden ve kanunda da cezalarını bulamıyan ceza hukuku siyasetçisi hiç tatmin edilmemiştir.

Ceza kanununun, 237 nci maddesinde doğrudan doğruya, 414 - 447 maddelerinde de dolayısıyla ve tefsir zorlamaları tariki ile belirtilecek ve bir çok zarif eksogami cezaiyatının bulunduğu müşahede ile kalıyoruz.

III. — Umumi Netice

1926 dan evvel ve sonraki cezaî mevzuatın karşılaştırılmasından çıkan netice şu olabilir: Belki de 1926 daki Türk kanun koyucusu, bu neviden bir cezaiyatın bizde an'anesi bulunmadığını düşünmüş, kanunun kaynağı olan 1889 tarihli İtalyan ceza kanununun alâkalı maddesini de ona göre tadil eylemiştir. Bu cihet, Türk tedvin sosyolojisinin pek alâka verici problemlerinden birini teşkil etmektedir. Garb medeniyetinin hukukî müesseselerini yaratan eski Romanın yerindeki Yeni İtalyanın ceza hukukundan Türk kanun koyucusunun - bu kanun koyucu ister bir iki fert, ister bir heyet olsun - bu inhirafını izah etmek çok güçtür. Olsa olsa iktibas esnasında, Türk cemiyetinin bahis mevzuu olan kaideye tecavüz karşısında yetesiye bir içtimai, dinî ve ahlâkî müeyyideye sahip olduğu yolunda gurur verici, İtalyan cemiyeti aleyhine ve Türk cemiyeti lehine bir kıymet hükmünün rehberlik etmiş olması muhtemeldir. Diğer taraftan islâmî hukuk kaidelerinin hâkimiyeti altında bulunan zina cezaiyatına karışmanın imkânsızlığını ve şer'î otoriteye uğrayacağı mukavemet de akla gelebilir. Netekim aynı sebeplerden dolayı Türk aile hukuku da tedvin mevzuu olabilmek için 1917 senesini beklemişti. Bununla beraber mu-

[19] Bk. T. C. K. m' 414.

[20] Bk. Kz. m. 415.

cip sebepleri ne olursa olsun işaret ettiğimiz neticenin tarihi seyri itibarıyla mantıklı doğruluğu, içtimai bakımdan doğruluğunu icap ettirmez. Zira cezayı icap ettiren hukukî hâdiselerin realitesi ile bu realitenin merkezinde bulunan aile müessesesi ne islâmiyetin Türkler arasında intişar ettiği ve islâmî hukukun benimsendiği devrin, ne de Tanzimat devrinin içtimai realitesi ve aile müessesesidir. Alelilâk zina karşısında müsamahalı ve mülâyim davranan bugünkü hukuk vicdanını, aile aksogamisine tecavüz karşısında da aynı müsamahayı gösteriyorsa, bugünkü Türk ahlâk telâkkisi ve hukuk vicdanı bu müsamahaya iştirak etmeli midir? Kur'anın tedvin edildiği devirde fücûr ile zina beraber düşünülebilirdi. Kaldı ki yukarıda işaret edildiği veçhile zinanın aynı zamanda fücûr teşkil ettiği hallerde *celd* cezası *katl'e* inkılâp etmekte idi. Böyle bir inkılâp göz önüne alınmasa dahî zamanın hukukî vicdanının zina ile fücûr karşısında aynı reaksiyonu gösterdiği şüphesizdir. Garbda güzel san'atların doğuş asrı ve hümanizm çağı diye karşılanan XVI nci, keza büyük asır diye yâd edilen XVII nci ve aydınlık devri diye adlandırılan XVIII inci asırlarla, aynı asrın küçük çapta bizde tekerrürü demek olan XIX ve XX nci asırların toplayıp biriktirdiği sosyal şartların neticesi olan bugünkü geniş ve fertçil ve dinî ahlâktan sıyrılmış ahlâk telâkkimiz ise zina ve fücûr hallerini birbirinden ayırıyor, böylece aksüâmellerimiz ikileşiyor [21]. Binaenaleyh ceza hukukçusu ile caza hukuku politikacısının bu ikileşmeye lâkayt kalması doğru olmasa gerektir. Diğer taraftan Medenî kanunumuzun gayrimeşru çocukların durumunda, bu çocuklara meydan veren serbest cinsî münasebet faillerini 1) eksogami kaidesine tâbi olanlar ile, 2) ol-

[21] Zamanımızın siyasi ideolojilerinden birisi bu ikileşmenin yalnız muayyen bir içtimai sınıf için mevcut olduğunu iddia etmektedir ki bu sınıf ta burjuvazidir. İdeoloji mensuplarına göre hakikatte evlilik dışı ve içi zina karşısındaki geniş ve *hür* telâkki, fücûra da teşmil edilmeli, bu suretle artık yaşamayan ve yaşamaması lâzım gelen bir sınıfın eksogami ahlâkına nihayet vermeli imiş: «Der Vater kann in *tatsächlicher Ehe* seine eigene Tochter heiraten, der Bruder die Schwvester... - Baba oldu bitti tarzındaki evlenme ile kendi kızını alabilir, keza birader de hemşiresini.» Bk. H. Halm: *Liebe und Ehe in Sowjetrussland*, 1933 Berlin, sf. 26. Aynı menbain verdiği malûmata göre 1926 da Moskova müddeiumumisi Krylenko, kendi kızından üç çocuğu olan bir babayı mahkûm etmiş ise de bu mahkûmiyet büsbütün başka sebeptendir. Mahkûmiyet kararından: «... dass von einer bestrafung wegen *Inzest* keine Rede sein könne, da wir nicht in der Nachhut des bürgerlichen Aberglaubens und Vorurteils marchieren dürfen.» Mamafih daha ziyade 1917 - 1927 merhalesinin inkılâp hezeyanları ve dalâletleri serisine giren bu anarsist telâkkinin bugünkü Rus aile kanununda yerli yoktur.

sup olanların sonradan vaki olacak evlenmelerle ile ortada bir neseb meselesinin çıkacağını düşünmek de ceza kanunu vazını harekete sevk edebilir. Ceza kanunumuzun aile aksogamisine tecavüz meselesini ayrıca ele almasını ileri süren hukukçuları ceza sosyolojisi bakımından da desteklememek imkânsızdır.

Z. F. FINDIKOĞLU