

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

OSMANLI CEZA HUKUKUNDA ADİL YARGILAMA
İLKESİ

Müge VATANSEVER

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi İrem KARAKOÇ

İZMİR - 2018

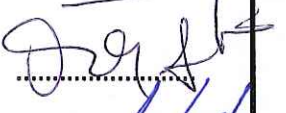
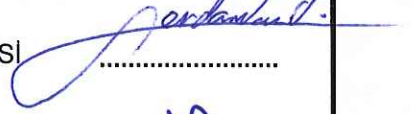
DOKTORA
TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Müge VATANSEVER
Öğrenci No : 2011800695
Tez Başlığı : Osmanlı Ceza Hukukunda Adil Yargılama İlkesi

Savunma Tarihi : 02/05/2018

Danışmanı : Dr.Öğr.Üyesi İrem KARAKOÇ

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Dr.Öğr.Üyesi İrem KARAKOÇ	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Veli ÖZER ÖZBEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Yrd.Doç.Dr.Serdar NART	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Mustafa AVCİ	SELÇUK ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Fethi GEDİKLİ	İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ	

Müge VATANSEVER tarafından hazırlanmış ve sunulmuş olan bu tez savunmada başarılı bulunarak oy birliği  oy çokluğu() ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Metin ARIKAN
Müdür

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “**Osmanlı Ceza Hukukunda Adil Yargılama İlkesi**” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

30/03/2018

Müge VATANSEVER

ÖZET

Doktora Tezi

Osmanlı Ceza Hukukunda Adil Yargılama İlkesi

Müge VATANSEVER

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Kamu Hukuku Doktora Programı

Adil yargılama fikri insan haklarının temelini oluşturmaktadır. Adil yargılama ilkesi, bütün insan haklarını koruyucu nitelikte bir ilkedir. Adil yargılama ilkesinin ihlali durumunda diğer bütün haklar yok olma tehlikesiyle karşılaşabilir. Bu sebeple, sanık gerçekten suçlu da olsa adil yargılama hakkına sahiptir. Adil yargılama ilkesi, adil bir yargılama için gerekli olan unsurları güvence altına alarak, yargılamanın hakkaniyete uygun ve adil bir biçimde yerine getirilmesini amaçlamaktadır. Adil yargılama hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından kişilere tanınan temel ve evrensel bir insan hakkıdır. Adil yargılama ilkesi, günümüzdeki şekliyle hukuki metinlerde yer almadan önce çeşitli tarihi süreçlerden geçmiştir.

Eski Türklerin sahip olduğu “devletin temelini adaletle dayandığı” anlayışı, İslâmiyet’in kabul edilmesinden sonra kurulan Türk devletlerinde ve özellikle Osmanlı Devleti’nde benimsenmiştir. Türk devlet geleneğinin önemli ilkelerinden biri olan “adaletle hükmetme”, “halka adil davranma” kuralı Osmanlı Devleti’nin yönetim felsefesinin temelini oluşturmuştur. Osmanlı Hukuku’nun en önemli amaçlarından biri adaletin yerine getirilmesidir.

Osmanlı ceza muhakemesinde adil yargılama, konulan ilkelerle gerçekleştirilmiştir. Buna göre, Osmanlı Devleti’nde yaşayanların hak arama hakları ile tarafsız ve bağımsız mahkemelerde yargılama hakları vardı. Osmanlı Hukuku’nda sanıkların alenî ve kanunî bir şekilde makul sürede yargılama hakları da bulunmaktaydı. “Herkesin suçsuzluğunun asıl olması”, “şüpheden sanığın yararlanması” ve “hakkaniyete uygun yargılama hakkı”

gibi ilkeler de Osmanlı ceza yargılamasında adaleti gerçekleştirmeye, haksızlığı ve hakkın kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik ilkelerdir. Osmanlı Devleti'nde, hem Klasik Dönemde hem Tanzimat Dönemi'nde yargılamalarda adaletin gerçekleştirilmesi sağlanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Adalet, Osmanlı Yargılaması, Kadı, İlkeler, Tanzimat.

ABSTRACT
Doctoral Thesis
Doctor of Philosophy(PhD)
Fair Trial Principle in The Ottoman Criminal Law
Müge VATANSEVER

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Public Law Doctoral Program

The idea of fair trial is the basis of human rights. The principle of fair trial is a primitive principle that protects all human rights. In the event of a violation of the fair trial principle, all other rights may face the danger of extinction. For this reason, even if the defendant is really guilty, he has the right to a fair trial. The fair trial principle aims at ensuring the fairness of the judiciary in a fair and equitable manner by securing the elements necessary for a fair trial. The right to a fair trial is a fundamental and universal human right afforded to persons by the European Convention on Human Rights.

The idea that “the foundation of the state is based on justice” which the ancient Turks possessed was adopted in the Turkish states established after the acceptance of Islam and especially in the Ottoman State. The Turkish state tradition, which is one of the important principles of “to judge with justice”, “to be fair to the public” rule formed the basis of the philosophy of the administration of the Ottoman State. One of the most important aims of Ottoman Law is fulfillment of justice.

Fair trial in the Ottoman criminal procedure was carried out with the principles of the put. According to this, those living in the Ottoman State had the right to search rights and to be trial in impartial and independent courts established by law. In Ottoman Law, the defendants also had the right to publicly and lawfully be tried within a reasonable time. The principles such as “be the main of everyone’s innocence”, “the defendant benefits from doubt”

and “right to fair trial” are principles for realizing justice in Ottoman criminal proceedings and preventing abuse of right and wrong. In the Ottoman Empire, justice was tried to be realized both in the Classical Period and in the Tanzimat Period.

Keywords: Justice, The Ottoman Trial, Qadi, Principles, The Tanzimat.

OSMANLI CEZA HUKUKUNDA ADİL YARGILAMA İLKESİ

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xvii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ADİL YARGILAMA İLKESİNE İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER VE ADİL YARGILAMA İLKESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

I. GENEL ÇERÇEVE	5
II. ADİL YARGILAMA İLKESİNE İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER	5
A. Adil Yargılama Kavramı	5
B. Adil Yargılama İlkesinin Kapsamı	10
C. Adil Yargılama İlkesinin Unsurları	11
III. ADİL YARGILAMA İLKESİNİN TARİHÇESİ	13
A. Genel Olarak	13
B. İlk Çağ'daki Gelişmeler	13
C. Orta Çağ'daki Gelişmeler	16
Ç. Roma Hukuku'ndaki Gelişmeler	18
1. Genel Olarak	18
2. Eski Hukuk Devri	19
3. Klâsik Hukuk Devri	21
4. Klâsik Sonrası (Postklâsik) Hukuk Devri	22
D. Adil Yargılama İlkesini Düzenleyen Tarihi Belgeler	24

1. Genel Olarak	24
2. Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı)	25
3. Alman Köylülerinin Mektupları	27
4. Haklar Dilekçesi	28
5. Habeas Corpus Act	28
6. Haklar Bildirisi (Bill Of Rights)	30
7. İhanet Suçu Yargılaması Kanunu	30
8. Act Of Settlement (İskân Kanunu)	31
9. Virginia Haklar Bildirgesi	31
10. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi	32
E. Uluslararası Belgelerde Adil Yargılanma Hakkı	33
1. Genel Olarak	33
2. Birleşmiş Milletler Örgütünün Çalışmaları	34
a. Genel Olarak	34
b. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	35
c. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966 İkiz Sözleşmesi)	36
3. Avrupa'da Yürütülen Çalışmalar	37
a. Genel Olarak	37
b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	38
c. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı ve Teşkilâtı	40
4. Evrenselleşme Sürecinde Bölgesel Gelişmeler	41
IV. İSLÂMİYET ÖNCESİ TÜRK HUKUKU'NDA ADİL YARGILAMA İLKESİ	42
A. Genel Olarak	42
B. Adalet ve Kanun Hâkimiyeti	43
C. Ceza Hukuku	45
Ç. Yargılama ve Adil Yargılamaya Ait İlkeler	47

İKİNCİ BÖLÜM
KLÂSİK DÖNEM OSMANLI CEZA HUKUKU SİSTEMİNDE ADİL
YARGILAMA İLKESİ

I. GENEL ÇERÇEVE	51
II. KLÂSİK DÖNEM OSMANLI CEZA YARGILAMASI İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER	52
A. Genel Açıklama	52
B. Osmanlı Ceza ve Ceza Yargılaması Hukukunun Kaynakları	54
1. Genel Olarak	54
2. Şer'i Kaynaklar	55
3. Örfî Kaynaklar	56
C. Osmanlı Ceza Muhakemesi Sistemi	57
Ç. Osmanlı Ceza Yargılamasının Amacı	58
D. Osmanlı Şer'iyye (Kadı) Mahkemelerinde Ceza Yargılaması	60
1. Genel Olarak	60
2. Ceza Yargılamasının Şartları	63
3. Soruşturma	65
4. Yargılama ve Hüküm	66
E. Divân-ı Hümayûn'da Ceza Yargılaması	71
1. Genel Olarak	71
2. Yargılama Usûlü	73
F. Osmanlı Hukuku'nda Özel Yargılama Usûlleri	74
1. Genel Olarak	74
2. Askerîlerin Yargılanmasındaki Usûl	75
3. Gayrimüslimlerin Yargılanmasındaki Usûl	78
4. Seyyid ve Şeriflerin Yargılanmasındaki Usûl	79
5. Kapitülasyonların Getirdiği Özel Usûller	80
a. Genel Olarak	80
b. Aynı Tabiiyette Olanlar Arasında	82
c. Farklı Tabiiyette Olanlar Arasında	83
ç. Osmanlılar ile Yabancılar Arasında	84

III. KLÂSİK DÖNEM OSMANLI CEZA HUKUKU'NDA ADİL YARGILAMA İLKESİ	85
A. Genel Açıklama	85
B. Osmanlı Devleti'nde Adalet Geleneği ve Osmanlı Yargılama Hukuku'nda Adalet İlkesi	88
1. Genel Olarak	88
2. İslam Hukuku'nda Adalet ve Eşitlik İlkeleri	90
3. Osmanlı Devleti'nde Adalet Geleneği	96
4. Osmanlı Hukuku'nda Adalet ve Eşitlik İlkeleri	99
C. Kanunîlik İlkesi	103
1. Genel Olarak	103
2. Had ve Kısas Suçlarında Kanunîlik İlkesi	105
3. Tazir Suçlarında Kanunîlik İlkesi	107
a. Tazir Suçunun Tanımı	107
b. Tazir Suçlarında Kanunîlik İlkesinin Geçerliliği	109
c. Osmanlı Sisteminde Siyaset Cezaları ve Kanunîlik İlkesi	110
4. Kanunîlik İlkesinin Sonuçları	116
a. Kıyas Yasağı	116
b. "Geçmişe Etkili Olmama" Kuralı	116
(1) İslam Hukuku'nda "Geçmişe Etkili Olmama" Kuralı	116
(2) Osmanlı Hukuku'nda "Geçmişe Etkili Olmama" Kuralı	119
Ç. Suç ve Cezada Orantılılık	119
D. Mahkemeye Başvurma Hakkı	122
1. Genel Olarak	122
2. Kişi Bakımından Mahkemeye Başvurma Hakkı	122
3. Suçlar Bakımından Mahkemeye Başvurma Hakkı	123
a. Genel Olarak	123
b. Takibi Şikâyeteye Bağlı Suçlar Bakımından Mahkemeye Başvurma Hakkı	124
c. Kovuşturmanın Kamusalılığı İlkesi'nin Suçların Takibine Etkisi	125

ç. Kamu Haklarına Yönelik Suçlar Bakımından Mahkemeye Başvurma Hakkı	127
4. Osmanlı Hukuku'nda Hak Arama Hakkı	128
E. Yargılamanın Kadı Tarafından Yapılması, İstiklâl-i Mahkeme ve Bîtarafılık İlkesi (Kanunla Kurulmuş Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı)	129
1. Genel Olarak	129
2. Yargılamanın Kadı Tarafından Yapılması	131
3. Adil Bir Yargılama İçin Kadıda Bulunması Gereken Nitelikler	135
4. "Kadı Kararı Olmadan Kimsenin Cezalandırılmayacağı" İlkesi	137
5. İstiklâl-i Mahkeme/Muhakeme İlkesi (Yargı Bağımsızlığı İlkesi)	139
a. Genel Olarak	139
b. İslam Hukuku'nda Yargı Bağımsızlığı İlkesi	140
c. Osmanlı Hukuku'nda Yargı Bağımsızlığı İlkesi	141
ç. Osmanlı Devleti'nde Kadıların Denetimi	145
d. Osmanlı Devleti'nde Kadıların Azil Usûlü ve Görev Teminâtı	149
e. Bağımsızlık İlkesinin Sağlanabilmesi İçin Kadıda Bulunması Gereken Şartlar	150
6. Bîtarafılık İlkesi (Tarafsız Yargılama İlkesi)	151
a. Genel Olarak	151
b. Osmanlı Devleti'nde Kadıların Tarafsızlığını Sağlamak İçin Alınan Tedbirler	152
c. Tarafsızlık İlkesinin Sağlanabilmesi İçin Kadıda Bulunması Gereken Nitelikler ve Tarafsızlığı Zedeleyebilecek Durumlar	154
F. Berâet-i Zimmet İlkesi (Masumiyet Karinesi)	157
1. Genel Olarak	157
2. İslam Hukuku'nda Berâet-i Zimmet İlkesi	158
3. Osmanlı Hukuku'nda Berâet-i Zimmet İlkesi	159
G. "Şek ile Yakîn Zâil Olmaz" İlkesi (Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi)	163
1. Genel Olarak	163
2. "Şek" ile "Yakîn" Kavramları	164

3. Had ve Kisas Suçları Bakımından	165
4. Tazir Suçları Bakımından	167
Ğ. Cezaların Şahsîliği İlkesi	168
1. Genel Olarak	168
2. Âkile ve Cezaların Şahsîliği	170
3. Kasâme ve Cezaların Şahsîliği	173
a. İslam Hukuku'nda Kasâme	173
b. Osmanlı Hukuku'nda Kasâme	174
4. Para Cezaları ve Cezaların Şahsîliği İlkesi	176
H. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı	177
1. Hakkaniyete Uygun Yargılanma ve Dürüstlük Kuralı İlişkisi	177
2. Dürüstlük Kuralının Yargılama Hukukundaki Yeri	178
a. Genel Olarak	178
b. Taraflar Bakımından Dürüstlük Kuralının Uygulanması	179
c. Hâkim Bakımından Hakkaniyetle Hükmetme	180
ç. Mahkeme Görevlileri Bakımından Dürüstlük Kuralının Uygulanması	182
d. Şahitler Bakımından Dürüstlük Kuralının Uygulanması	183
I. Aleniyet ilkesi (Alenî Yargılanma Hakkı)	186
1. Genel Olarak	186
2. İslam Hukuku'nda Aleniyet İlkesi	186
3. Osmanlı Hukuku'nda Aleniyet ve Kamu Vîcdânı	187
4. Şühüdül-hâl Kurumunun Aleniyet İlkesinin Sağlanmasındaki Yeri	189
5. Yargılama Mahallinin Aleniyet İlkesinin Sağlanmasındaki Yeri	190
İ. Muhakemede Çabukluk ve Ucuzluk İlkesi (Makûl Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı)	191
1. Genel Olarak	191
2. İslam Hukuku'nda Çabukluk ve Ucuzluk İlkesi	192
3. Osmanlı Hukuku'nda Çabukluk ve Ucuzluk İlkesi	193
4. Osmanlı Hukuku'nda Yargılamanın Gecikmemesi için Alınan Tedbirler	195

J. Sanığa Tanınan Asgarî Hak ve Güvenceler	196
1. Genel Olarak	196
2. Osmanlı Hukuku'nda Sanık Kavramı	197
3. Sanık Beyanı ve Beyanın Alınması	199
4. Sanık Hakları	201
a. Genel Olarak	201
b. Ahz ü Kabz (Yakalama) ve Ahz ü Kabz Halinde Sanık Hakları	201
c. Habs-i İhtiyâtî (Tutuklama) ve Habs-i İhtiyâtîde Sanık Hakları	204
(1) İslam Hukuku'nda Tutuklama	204
(2) Osmanlı Hukuku'nda Tutuklama	206
ç. İşkence (Örf-i Maruf) ve Onur Kırıcı Muamelelere Tabi Olmama Hakkı	210
(1) Genel Olarak	210
(2) Doktrinde İşkence	211
(3) Uygulamada İşkence	213
d. Osmanlı Ceza Yargılamasına Özgü Bir Kurum "Kefalet"	216
e. Sanığın Bizzat veya Vekili Aracılığıyla Savunma Hakkı	219
(1) Genel Olarak	219
(2) Sanığın Bizzat Savunma Hakkı	220
(3) Vekil Aracılığıyla Savunma Hakkı ve Osmanlı'da Vekillik Uygulaması	221
(i) Genel Olarak	221
(ii) İslam Hukuku'nda Vekillik	221
(iii) Osmanlı Hukuku'nda Vekillik	224
f. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı	227
g. Gıyapta Yargılama Yasağı	228
ğ. Tercümandan Yararlanma Hakkı	230
h. Şüpheliye veya Sanığa Tanınan Diğer Haklar	231
IV. KLÂSİK DÖNEM'İN GENEL DEĞERLENDİRMESİ	232

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI CEZA HUKUKUNDA ADİL
YARGILAMA İLKESİ

I. GENEL ÇERÇEVE	235
II. TANZİMAT DÖNEMİ'NDE OSMANLI CEZA YARGILAMASI İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER	236
A. Genel Açıklama	236
B. Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeleri ve Ceza Yargılamasına Hâkim Olan İlkelerin Hukukî Metinlerde Yer Almasını Zorunlu Kılan Sebepler	239
1. Genel Olarak	239
2. Kanunlaştırma Hareketleri	241
3. Geleneksel Yargı Teşkilâtının Yetersiz Kalması	244
4. Batılı Ülkelerin Baskıları	245
5. Yeni Gelişmeler Karşısında Eğitim Sisteminin Yetersiz Kalması	248
6. Adalet İlkesine Aykırı Uygulamaların Çoğalması	250
a. Genel Olarak	250
b. Osmanlı'da Adâletnâme Geleneği	251
c. Klâsik Dönem'deki Adâletnâmelerde Yer Alan Hukuka Aykırı Uygulamaların Tanzimat Dönemi Düzenlemelerine Etkileri	252
C. Tanzimat Dönemi Yargı Teşkilâtının İkili Yapısı	255
Ç. Tanzimat Dönemi Ceza Yargılaması Hukukunda İkili Yapı	258
III. TANZİMAT DÖNEMİ DÜZENLEMELERİNDE ADİL YARGILAMAYA İLİŞKİN İLKELER	260
A. Genel Açıklama	260
B. Hak Arama Özgürlüğü	264
C. "Yargılamasız Kimseye Ceza Verilemez" İlkesi	266
Ç. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi	268
1. Genel Olarak	268
2. Yargı Bağımsızlığı İlkesi	271
3. Tarafsızlık İlkesi	277
4. Yargı Denetimi Bağlamında Hükmün Temyizi	283

D. Kanunîlik İlkesi	284
1. Genel Olarak	284
2. Anayasal Belgelerde Kanunîlik İlkesi	286
3. Tanzimat Dönemi Ceza Kanunlarında Kanunîlik İlkesi	287
a. 1840 Tarihli Ceza Kanunu'nda Kanunîlik İlkesi	287
b. 1851 Tarihli Kanun-ı Cedid'de Kanunîlik İlkesi	289
c. 1858 Tarihli Ceza Kanunu'nda Kanunîlik İlkesi	291
E. Eşitlik İlkesi	293
1. Genel Olarak	293
2. Tanzimat Fermanı'nda Eşitlik İlkesi	294
3. Ceza Kanunlarında Eşitlik İlkesi	295
4. Islahat Fermanı'nda Eşitlik İlkesi	297
5. Kanun-ı Esasî'de Eşitlik İlkesi	298
F. Cezaların Şahsîliği İlkesi	298
G. Masumiyet Karinesi	300
Ğ. “Şek ile Yakîn Zâil Olmaz” (Şüpheden Sanık Yararlanır) İlkesi	303
H. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı	304
I. Aleniyet İlkesi	309
İ. Makûl Sürede Yargılanma Hakkı	311
J. Sanık Hakları	313
1. Genel Olarak	313
2. Tutuklamada Sanık Hakları	314
3. Savunma Hakkı	318
4. Gıyapta Yargılama Yapılmaması	321
5. Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı	323
6. İşkence Yasağı	324
IV. TANZİMAT DÖNEMİ'NİN GENEL DEĞERLENDİRMESİ	326
SONUÇ	330
KAYNAKÇA	334

KISALTMALAR

AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
b.	Beyit
BOA	Başbakanlık Osmanlı Arşivi
c.	Cilt
Çev.	Çeviren
DEÜ	Dokuz Eylül Üniversitesi
DİA	Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
Ed.	Editör
E.T.	Erişim Tarihi
H.	Hicri
Haz.	Hazırlayan
H.z.	Hazreti
İŞSA	İstanbul Şer'iyye Sicilleri Arşivi
No:	Numara
m.	Madde
M.	Miladi
Mec.	Mecelle
M.Ö.	Milattan Önce
M.S.	Milattan Sonra
s.	Sayfa No
ss.	Sayfadan Sayfaya
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
v.	Varaka
vd.	ve devamı

GİRİŞ

Adil yargılama ilkesi, adil bir yargılama için gerekli olan unsurları güvence altına almaktadır. Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından kişilere tanınan temel ve evrensel bir insan hakkıdır. Bu hak, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir sürede, hakkaniyete uygun olarak, alenî bir biçimde yargılanma hakkını garanti altına almaktadır. Bununla birlikte bu hak, masumiyet karinesi, suç isnadını öğrenme, duruşmada hazır bulunma, müdafiden yararlanma ve ücretsiz tercüman hakkı gibi pek çok haktan oluşan bir bütünlük taşımaktadır. Bu kurallarla, kişinin hak arama özgürlüğü ve adil bir şekilde yargılanması güvence altına alınmaktadır.

Adil yargılama ya da adil yargılanma ilkesinin, bugün ceza muhakemesinin temel ilkesi haline geldiği kabul edilmektedir. Bu ilke sadece yargılamayı değil, suçun belli bir kimseye isnadından itibaren gerçekleşen tüm yargılama işlemlerini ve aşamalarını kapsamaktadır.

Adil yargılama ilkesi, sadece millî anayasa hukuku ve muhakeme hukukunun önemli bir parçası değil, aynı zamanda Avrupa ortak anayasal düzeninin temel bir değeridir. Hem insan haklarının ve adil yargılanma hakkının hem de bu hakların etkin şekilde korunmasını isteme hakkının güvence altına alınması gerekli ve önemlidir. Bugün devletler, adil yargılanma hakkını, ya anayasalarının temel haklara ilişkin bölümünde ayrıca belirterek ya da hukuk devleti kavramını geniş yorumlayarak güvence altına almaktadırlar.

Modern ceza hukuklarında mevcut olan, adil yargılama ilkesinin kapsamında bulunan birçok ilke, İslam Hukuku'nun ana kaynakları olan Kur'an ve Sünnet'te yer alarak uygulanmaya başlamıştır. Özellikle suç ve cezada kanunîlik, orantılılık, cezaların şahsiliği, eşitlik ve adalet ilkelerinin İslam hukuku ile gündeme geldiği bilinmektedir. İslam ve Osmanlı Hukuku'nda, adalete büyük önem verilmiş ve adaletin gerçekleşmesi için hâkimlerin uyması gereken ahlakî davranış kuralları dahi belirlenmiştir.

Günümüzde geçerli olan ve en çok tartışılan ilkelerin aslında Osmanlı Devleti'nde uygulanmakta olduğu çalışmamızda görülecektir. Fıkıh kitapları ile

şer'iyce sicillerinde yer alan bu ilkeler daha sonra Mecelle'de ve diğer kanunlarda düzenlenmiş, yazılı hale gelmiştir.

Bireylerin adil yargılanma hakkının varlığı, insanlığın ortak aklının, ahlâkî değerlerinin ve temel hukuk ilkelerinin bir gereğidir. Mahkemelerin yargılamayı adalet ilkelerine uygun bir biçimde yapıp bitirmeleri için, adil yargılanma hakkı, doğal ve olağan bir gerekliliktir. Bu sebeple Osmanlı Devleti'nde de benimsenen adil yargılama ilkesinin hukukî metinlerde ayrıca düzenlenmesine ihtiyaç duyulmamıştır. Adil yargılama ilkesinin bir ülkenin anayasa veya kanunlarında açıkça yer almaması, o ilkenin var olmadığı anlamına gelmez; ancak ilkenin hukukî metinlerde düzenlenmiş olması, o ülkede yaşayan bireylerin adil yargılamaya ilişkin temel haklarının teminat altına alınması bakımından önemlidir.

Tezimizin başlığının “Osmanlı Ceza Hukukunda Adil Yargılama İlkesi” olmasının sebebi anakronizme düşmek değil, günümüzde oldukça önemli bir yeri olan bu ilkenin Osmanlı Hukuku'nda temellerinin bulunduğu dikkat çekmektir. Böyle bir başlık seçilmesinin başka bir sebebi ise, hukuk tarihine özel ilgisi olmayan hukukçuların ve diğer araştırmacıların “Osmanlı'da adil yargılama ilkesi var mıydı?” sorusunu kendilerine sorarak konuya ilgilerini çekmek ve hukuk tarihi araştırmalarının daha çok kişiye ulaşmasının sağlanmak istenmesidir.

Bu tezi yazmamızın amacı, günümüzde kanunlar, anayasalar ve uluslararası sözleşmelerde yer alan adil yargılama (fair trial) ilke ve kurallarının bizim Cumhuriyet öncesi hukukumuzda yabancı olmadığını ve adil yargılama ilkesinin temellerinin Türk hukuk tarihinde var olduğunu göstermektir. Ayrıca İslam-Osmanlı hukuk teorisinin pratiğe ne ölçüde yansıdığını göstermek de hedeflenmiştir. Hukuk kuralları ile ilkeleri insanların ortak ihtiyaçlarının ürünüdür ve bir anda bunların kabul edilip, benimsendiğini düşünmek gerçeklikten uzak bir yaklaşım olup, bunların köklerinin tarihte araştırılıp ortaya çıkartılması toplum ve hukuk bilinci açısından bir gerekliliktir.

Adil yargılama ilkesinin tarihi gelişimi ile ilgili, modern hukukta adil yargılanma hakkı ve ilkesini konu alan tezler ve kitapların giriş bölümlerinde ilkenin tarihçesine kısaca yer verilmiş olmasına karşın (üstelik bunlar genelde sadece batı hukuklarındaki tarihi gelişimi içermektedir), Türk hukuk tarihinde adil yargılama ilkesinin temellerini başlı başına ve ayrıntılı ele alan bir çalışma yapılmamıştır.

Araştırma konumuzla ilgisi bulunan ve yararlanmış olduğumuz en kapsamlı çalışmalar; Nasi Aslan'ın "İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeler" ile Mustafa Avcı'nın "Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler" adlı kitapları, Mehmet Akman'ın "Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması" adlı kitabı ile "Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukukuna Hâkim Olan İlkeler" adlı makalesi ve Hasan Sınar'ın "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Yönünden Ceza Muhakemesinde Adil Yargılanma Hakkının Tarihsel Temelleri" adlı makalesidir. Ancak bunlar daha genel nitelikli bilgiler veren eserler olup Osmanlı ceza hukukunda adil yargılama ilkesinin varlığını ortaya koymak için kapsamlı olarak ele alınmış çalışmalar değildir. Tüm bu açıklanan sebepler bizi bu tezi yazmaya yöneltmiştir.

Araştırmanın kaynakları; fıkıh kitapları, arşiv belgeleri ve alanla ilgili olarak yapılmış İslam ve Osmanlı hukuku araştırmaları ile modern hukuk araştırmalarından oluşmaktadır. Klâsik Dönem Osmanlı Hukuku'nun teori ve uygulaması anlatılırken özellikle mühimme defterleri, Üsküdar Şer'iyye Sicilleri, Umumî Osmanlı Kanunnameleri ve adâletnâmelerden yararlanılmıştır. Tanzimat Dönemi Osmanlı Hukuku anlatılırken de, fermanlar, anayasal belgeler, Tanzimat Dönemi ceza ve ceza muhakemesi kanunları, Mecelle ve padişahlara sunulan layihalar kullanılmıştır.

Konunun sınırları; adil yargılama ilkesiyle ilgili genel bilgiler, Osmanlı Klâsik Dönem ve Tanzimat Dönemi Ceza Muhakemesi Hukuku ve her iki dönemde ceza yargılamasına ilişkin temel insan hakları, muhakeme ilke ve kurallarından oluşmaktadır. Araştırmamızın Klâsik Dönemi içeren bölümü genel olarak İslam ve Osmanlı hukuk teorisi açısından (Hanefi içtihatları ve örfî düzenlemeler ışığında) ele alınmış olup uygulamada bu teoriyi destekleyen ve aykırı olan durumlardan örnekler verilmeye çalışılmıştır. Tanzimat Dönemi'ni içeren bölümde ise adil yargılamayla ilgili kurallar ve ilkeler; fermanlar, anayasal belgeler ve kanunlarla sınırlı olmak üzere teorik açıdan incelenmiş olup uygulamadaki aksaklıklara kısaca bölümün sonundaki değerlendirme kısmında yer verilmiştir. Çalışmada Osmanlı Devleti'nin tüm dönemlerinin ele alınmış olmasının nedeni, Osmanlı Hukuku'nda adil yargılama ilkesinin temellerinin her dönemde farklı şekillerde de olsa var olduğunu göstermek ve bu konuda bütünüyle fikir sahibi olunmak istenmesidir. Çalışmamızın kapsadığı dönemin oldukça geniş olması sebebiyle bazı konularda ayrıntıya girilmekten

kaçınılmıştır. Çalışmamızda yöntem olarak modern hukuk araştırmaları esas alınmış olup, başlıklandırmalar bunlara paralel yapılmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde; adil yargılama ilkesine ilişkin temel bilgiler, adil yargılama ilkesinin tarihçesi ile adil yargılamayla ilgili tarihî belgeler ve İslâmiyet'ten önce Türk Hukuku'nda adil yargılama ilkesinin gelişimi yer almıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, Tanzimat Dönemi'ne kadar Osmanlı Ceza Hukuku'nda adil yargılama ilkesine yer verilmiştir. Bu bölümde öncelikle Klâsik Dönem Osmanlı ceza yargılaması ile ilgili genel bilgiler anlatıldıktan sonra Klâsik Dönem Osmanlı Ceza Hukuku'nda adil yargılama ilkesinin varlığı incelenmiştir. Bu kapsamda, adil yargılama ilkesiyle bağlantılı olan adalet, kanunîlik, orantılılık, doğal hâkim, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı, cezaların şahsîliği, aleniyet ilkeleri ve masumiyet karinesi, makul sürede, hakkaniyete uygun yargılanma ve savunma hakkı gibi sanık haklarının o dönemdeki gerek şer'i kayıtlar gerek kanunnameler incelenerek Osmanlı Hukuku'ndaki durumu ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku'nda adil yargılama ilkesine yer verilmiştir. Bu bölümde öncelikle Tanzimat Dönemi'nde yargı teşkilâtındaki gelişmeleri ve Tanzimat yeniliklerini zorunlu kılan sebepler ile yeni kurulan mahkemelerde yapılan ceza yargılamalarıyla ilgili genel bilgiler anlatıldıktan sonra Tanzimat Dönemi düzenlemelerinde adil yargılamaya ait ilkelere yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ADİL YARGILAMA İLKESİNE İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER VE ADİL YARGILAMA İLKESİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

I. GENEL ÇERÇEVE

Adil yargılama ilkesi, adil bir yargılama için gerekli olan unsurları güvence altına alarak, yargılamanın hakkaniyete uygun ve adil bir biçimde yerine getirilmesini amaçlamaktadır. Adil yargılanma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından kişilere tanınan temel ve evrensel bir insan hakkıdır. Adil yargılama hakkı ve bu hakkın kapsamındaki hak ve ilkelerle, kişinin hak arama özgürlüğünün ve adil bir şekilde yargılanmasının güvence altına alınması amaçlanmaktadır¹.

Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle adil yargılama kavramı, adil yargılama ilkesinin kapsamı, unsurları gibi adil yargılama ilkesine ilişkin temel bilgilere yer verilmiştir. Daha sonra, adil yargılama ilkesinin tarihçesi, İlk Çağ ve Orta Çağ'daki gelişmeler, Roma Hukuku'ndaki gelişmeler, adil yargılama ilkesini düzenleyen tarihi ve uluslararası belgeler incelenmiştir. Son olarak İslâmiyet'ten önceki Türk Hukuku'nda adil yargılama ilkesine yer verilmiş ve eski Türk uygarlıklarında bu ilkenin varlığına delil olabilecek bazı unsurlar değerlendirilmeye çalışılmıştır.

II. ADİL YARGILAMA İLKESİNE İLİŞKİN TEMEL BİLGİLER

A. Adil Yargılama Kavramı

Adil yargılama ilkesi ve adil yargılanma hakkını incelemeden önce, kullanılan bir takım kavramların ne anlama geldiğinin açıklanması gerekmektedir. “*Adalet*” ve “*adil olma*” kavramları konunun anlaşılması bakımından önemli olduğundan, açıklanacak kavramların başında “*adalet*” gelir. Adalet, herkesin

¹ Şeref Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, TBMM Basımevi, Ankara, 2001, s. 165; Hüseyin Turan, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 1; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 16.

hakkını tanıma; herkesin hakkına tamamiyle saygı gösterme; karşılıklı zıt yararlar arasında hakka uygun olan eşitlik veya denge; zulmetmeme; insafli davranma anlamına gelmekte²; ayrıca adaletin, “davranış ve hükümde doğru olmak, hakka göre hüküm vermek, eşit olmak, eşit kılmak (Allah hakkında kullanıldığında şirk koşmak)” gibi farklı anlamları da bulunmaktadır³. Adalet, hukukun amacıdır; adaletin temeli hak, yapısı da hukuktur. Adalet, insanlığın var olduğundan beri tartışılan bir kavramdır. İlk zamanlardan bu yana değişik “adalet” tanımlamaları yapılmasına rağmen, tek bir tanım üzerinde birleşilmesi zordur. Ulpianus, adaleti, “herkese kendi hakkını vermek konusundaki kesin ve sürekli irade” olarak tanımlamıştır. Aristo’ya göre adalet, “fazilet”; Hugo Grotius’a göre, “söze bağlılık”tır⁴. Her hâlde adalet kavramı temelde hukuk kurallarına uygunluğu içermektedir.

Adil yargılamanın ikinci unsuru “yargılama” kavramıdır. Yargılama, muhakeme; dava için tarafların mahkemeye başvurusu, hâkim karşısında mürâfaa olunmaları; tarafları dinleyip hükmetme; bir hukukî uyuşmazlığı çözmek üzere yargı organlarının faaliyeti yüzünden oluşan hukukî ilişkilerin öznelere tarafından yapılan işlemler demektir⁵. Yargılama, davanın tarafları arasındaki uyuşmazlığı çözmeye ve sonuçlandırmaya yardımcı bir faaliyettir. Yapılan yargılama, adil bir yargılama olmalıdır; adil olmayan bir yargılamayla adalet tam olarak gerçekleşemez. Yargılama usûllerinin ve yargılama sürecinin de adil olması önemlidir; ancak yargılama usûl yönünden adil olsa bile, mutlaka haklıyı haksızı kesin olarak ortaya çıkarmayabilir. Bu yüzden, adil bir yargılamanın sonucunun da adil olması gerekmektedir.

Adil yargılamanın üçüncü unsuru “hak” kavramıdır. Adil yargılama ilkesi, adlî makamlar bakımından riâyet edilmesi gereken bir usûl olmakla birlikte, bu makamlara başvuran kişiler bakımından ise bir haktır. Hak, “adalet”, “hukuken korunan menfaat”, “insaf”, “doğruluk”, “hakkaniyet”, “kişilere tanınan yetki”,

² Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türkî*, (Haz. Raşit Gürdoğdu, Niyazi Adıgüzel ve Ebul Faruk Önal), 5. Baskı, İdeal Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 721; Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 21.

³ Mustafa Çağırıcı, “Adalet”, *DİA*, Cilt:1, Ankara, 1988, s. 341.

⁴ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 14. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2017, (Hukuka Giriş), ss. 262, 263; Muhammet Özkes, *Sorular-Şemalar-Örneklerle Temel Hukuk Bilgisi*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, ss. 38, 39; Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 17. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2016, s. 200; Yekta Güngör Özden, *Hukukun Üstünlüğüne Saygı*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1990, ss. 26, 32.

⁵ Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, s. 749; Gözler, *Hukuka Giriş*, s. 86; Fahrettin Atar, “Mürâfaa”, *DİA*, Cilt:32, Ankara, 2006, (Mürâfaa), s. 38; Turan, s. 46.

“edinebilme, sahiplik ileri sürebilme yetkisi”, “kanunen tanınan ayrıcalık” anlamlarına gelmektedir⁶. İslam Hukuku’nda hak kavramı, dinin ve hukuk düzeninin tanıdığı “yetki ve ayrıcalık” olarak anlaşılmaktadır⁷. İslâmî kaynaklarda hak kelimesinin, “Tanrı veya insanlara karşı ödev, hukuk, imtiyaz”, “korunması, gözetilmesi ya da sahibine ödenmesi gerekli olan maddî veya mânevî imkân, pay, eşya ve menfaatler; görev, sorumluluk, borç” gibi anlamları da bulunmaktadır⁸. Hak kelimesi, kişilerin birtakım davranışlarda bulunabilmesi veya bazı ayrıcalıklardan yararlanabilmesi için hukukten tanınan yetki veya özgürlük; kişilere irade kudreti tanınmak suretiyle hukuk düzeni tarafından korunan menfaat anlamında kullanılmaktadır. Hak kavramı hukukun temel kavramlarından birisi olarak, daha çok özgürlüğün usûlî güvencesi ve özgürlüğün gerçekleşme aracıdır⁹.

Adil yargılama ilkesi, adil bir yargılama için gerekli olan tüm unsurları güvence altına almaktadır. Adil yargılama ilkesi, yargılamanın hakkaniyete uygun bir şekilde, adil bir biçimde yerine getirilmesini amaçlar. Adil yargılama hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi tarafından da tanınmış temel ve evrensel bir insan hakkıdır. Bu hak, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, makul bir sürede, hakkaniyete uygun olarak, alenî bir biçimde yargılama hakkını garanti altına almaktadır. Adil yargılama ilkesi, kişinin hak arama özgürlüğünün ve adil bir şekilde yargılanmasının güvencesidir¹⁰.

Adil yargılama ilkesi, birçok bölgesel ve uluslararası belgede yer alan temel, evrensel ve yerleşik bir ilkedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesinde düzenlenen ve tüm hakları güvence altına alan bu ilke “adil yargılama” kavramıyla ifade edilmektedir¹¹.

⁶ Kâmûs-ı Türkî, s. 434; Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 249.

⁷ Ali Bardakoğlu, “Hak”, *DİA*, Cilt:15, 1997, (Hak), s. 139; Turan, s. 92.

⁸ Mustafa Çağrı, “Hak”, *DİA*, Cilt:15, Ankara, 1997, (Hak), ss. 137, 138.

⁹ Bilge Umar, *Hukuk Başlangıcı*, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1997, s. 147; Gözler, *Hukuka Giriş*, ss. 268, 269; Özden, s. 108; Ö. İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 5. Baskı, Afa Yayınları, İstanbul, 1998, s. 13; Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 57; Özekes, s. 31; Güriz, s. 49; Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s. 153; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, 28. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 210; Bülent Tanör, *Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*, 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul, 1994, (İnsan), s. 13.

¹⁰ Ünal, s. 165; Tanör, İnsan, s. 217; Turan, s. 1.

¹¹ A. Şeref Gözübüyük ve A. Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 266.

Sözleşme'nin Resmi Gazete'de yayınlanan ilk çevirisinde maddenin içinde geçen "fair hearing" kavramının Türkçe karşılığı olarak "hakkaniyete uygun dinlenme" kavramı kullanılmıştır¹². Ancak bu kavram, 6'ncı maddede yer alan birçok haktan sadece birisini ifade etmektedir. "Fair trial" esas terim, "fair hearing" ise durumu açıklayan unsurlardan birisidir; bu nedenle maddenin bütünü ele alınırken "fair trial" kavramı kullanılmaktadır. Adil yargılanma hakkı süreç içerisinde İngilizce ve Fransızca'dan yapılan tercümelerde farklı kavramlar ile ifade edilmeye çalışılmış ise de zamanla en yaygın tabiri ile "adil yargılanma hakkı" olarak yaygın kabul görmüştür¹³.

Madde hükmü önceleri, "sağlıklı adalet yönetimi isteme hakkı" ve "adaletin tam olarak dağıtılması hakkı" olarak adlandırılan, sonra da "adil yargılama" kavramı ile belirlenen bir hakkı güvence altına almaktadır. 6'ncı maddeye Avrupa Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında kullanılan deyim ve nitelemelere atfen verilen bu ad, 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11'inci Protokol'le, bir anlamda, "kanunîlik" kazanmış ve maddeye "başlık" olarak yerleştirilmiştir¹⁴.

Doktrinde, adil ya da hakkaniyete uygun yargılama yanında, İngilizce kavram benimsenerek "doğru yargılama" (right to a fair trial) veya "dürüst ve güvenli

Adil yargılanma hakkı, ilk olarak, Amerikan Anayasası'nın 1791 tarihli değişiklikle eklenen haklar bildirisinde "zorunlu kanunî yargılama" (due process of law) şeklinde ifade edilmiştir. Daha sonra "adil yargılanma" (right to a fair trial) şeklinde 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 10'uncu maddesinde "*herkes ...adil ve ahenk olarak tam bir eşitlikle yargılanma hakkına sahiptir*" denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Bu hak, aynı şekilde ancak daha kapsamlı olarak 1950 tarihli AİHS'nin 6'ncı maddesinde; daha sonra 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 14'üncü maddesinde ve 1969 tarihli Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinde düzenlenmiştir (Vesile Sonay Evik, "Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Haz. Yener Ünver, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 284).

¹² Resmi Gazete, 19.03.1954, Sayı:8662, s. 8691, <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf>, (E. T. 26.02.2018).

¹³ Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 3; Hakan Karakehya, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2007, (Adil), s. 17.

¹⁴ Gözübüyük/Gölcüklü, ss. 265, 266. Günümüzde devletin resmi kurumlarının internet sitelerinde yer alan çeviri metinlerde, 6'ncı maddeyle ilgili AİHM tarafından ülkemiz hakkında verilen kararların Türkçe'ye tercümesinde ve daha önemlisi pozitif hukuk metinleri ile AİHM'nin resmi sitesindeki sözleşmenin Türkçe metninde, adil yargılanma hakkı terimi kullanılmaktadır (Karakehya, Adil, s. 17; Turan, s. 60).

yargılama” deyimi de kullanılmaktadır¹⁵. Schroeder, Sözleşme’nin 6’ncı maddesinin başlığı olan “fair trial” ile maddenin içinde geçen “fair hearing” kavramlarının esas itibarıyla aynı şey olduğunu ancak aralarında bir tanımlama farkı bulunduğunu belirtmekte ve kavramın kökünün Anglo Amerikan Ceza Muhakemesi Hukuku’ndaki “kanunlara uygun olarak bir davanın yürütülmesi” (due process of law) kuralı olduğunu eklemektedir¹⁶. Zabunoğlu’na göre, “adil yargılama” hakkı, öznesi yönünden edilgen bir yapıya sahip olduğundan belirsizlik taşımaktadır. Birey için bir “temel hak” niteliğini vurguladığından ve “doğru bir yargılama” ifadesini de içerdiğinden, “adil yargılanma” teriminin tercih edilmesi gerekmektedir¹⁷.

İnceoğlu, AİHS’nin 6’ncı maddesini tanımlarken “justice” (adalet, hukuka uygunluk) kavramından değil de “fairness” (hakkaniyet, doğruluk, adil yargılama) kavramından yola çıkıldığını, bu kavramın Türkçe karşılığının “hakkaniyet” olduğunu, dolayısıyla “fair trial” kavramının tam Türkçe karşılığının “hakkaniyete uygun yargılama” olduğunu belirtmektedir. Ancak pratik olması açısından madde bütününden söz ederken “adil yargılama” teriminin kullanılmasının daha uygun olacağı görüşündedir¹⁸. Çünkü “adil” kelimesi içerisinde hem hukuka uygunluğu (justice) hem de hakkaniyeti (fair trial) barındırmaktadır.

Adil yargılama kavramı, hukukun üstünlüğü (hukuk devleti) ilkesinin doğal bir uzantısı olarak yargılama yetkisine sahip olan devletin, bu faaliyetinde uyması gereken tüm kuralları ve unsurları içermektedir. Bu yüzden adil yargılama, demokratik toplum düzeninin temel unsurlarından birisi olarak kabul edilmektedir¹⁹.

Adil yargılanmanın sadece şüpheli veya sanık bakımından bir hak olarak kabul edilmemesi gerekir. Adil yargılanma bir hak ise adil yargılama da soruşturma ve kovuşturma makamları bakımından bir yükümlülüktür. Devlet (yargılama makamları aracılığıyla), bireylere adil bir şekilde yargılama yapmak ve bunun

¹⁵ Sulhi Dönmezer, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2000, s. 339; Serhat Kaşıkara, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 87; Evik, s. 284.

¹⁶ Friedrich Christian Schroeder, “Ceza Muhakemesi’nde “Fair Trial” İlkesi, **Adil Yargılanma Hakkı**, Ed. Feridun Yenisey, Global Hukuk Eğitimi Programları Direktörlüğü (IGUL), Yayın No: 4, İstanbul, 2004, ss. 145, 146.

¹⁷ Yahya Zabunoğlu, “Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2000, s. 314; Kaşıkara, s. 88; Turan, s. 61.

¹⁸ İnceoğlu, s. 3; Kaşıkara, s. 89; Turan, s. 61.

¹⁹ Çetin Aşçıoğlu, “Yargıda Temel Sorun, Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkı”, **Yeni Türkiye Dergisi İnsan Hakları Özel Sayısı**, Cilt:2, Sayı:22, Ankara, Temmuz-Ağustos 1998, s. 926; Özden, ss. 152-155; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 266; Turan, s. 66.

yöntem ve usullerini bulmak ödeviyle yükümlüdür. Bu yönüyle adil yargılanma hakkı, adil yargılama ilkesine dönüşmektedir. Adil yargılama ilkesi, yararlanılan açısından adil yargılanma hakkını, muhatabı ve ödevlisi açısından adil yargılama yükümlülüğünü içeren üst bir kavram olarak kullanılmaktadır²⁰.

B. Adil Yargılama İlkesinin Kapsamı

Adil yargılama ya da adil yargılanma ilkesi, bugün ceza muhakemesinin temel ilkesi haline gelmiştir. Bu ilke sadece yargılamaya değil, muhakemenin bütününe ilişkindir. Adil yargılama ilkesi, suçun belli bir kimseye isnadından itibaren tüm yargılama süreçlerini kapsamaktadır.

AIHS'nin 6'ncı maddesindeki düzenlemeye göre, "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir". 6'ncı maddeye göre, adil yargılanma hakkının kapsamı, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar ve ceza davalarına ilişkin yargılamalarla sınırlı tutulmuştur²¹.

Gerçek veya tüzel kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerinden, medenî hukuk, borçlar hukuku ve ticaret hukuku alanındaki işlemlerden kaynaklanan anlaşmazlıklar ve ceza hukuku alanındaki suç fiilleri AIHS'nin 6'ncı maddesinin kapsamındadır. Divan, 6'ncı maddenin, medenî hak ve borçlara ilişkin idarî işlemlerden doğan anlaşmazlıklara da uygulanacağı görüşündedir. Buna karşılık, medenî hak ve borçlarla ilgisi olmayan kamu hukuku işlemleri (örneğin siyasal haklar, vergilendirme, devlet memurluğuna alınma) nedeniyle ortaya çıkacak anlaşmazlıklar 6'ncı maddenin kapsamında yer almamaktadır²².

²⁰ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017, s. 51; Said Vakkas Gözlüğü, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 213.

²¹ Güney Dinç, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006, ss. 10, 11; Serkan Erşen, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2007, s. 15; Donna Gomien, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi El Kitabı**, çev. Serkan Cengiz ve Utku Kılıç, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2008, s. 58; Turan, s. 91.

²² Safa Reisoğlu, **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001, ss. 104, 105; Gözübüyük/Gölcüklü, ss. 266, 267; Gülnur Erdoğan, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**

Ceza yargılaması alanında, 6'ncı maddenin uygulanabilmesi için öncelikle kişiye yapılmış bir "suç isnadı" ve resmî bildirim gerekmektedir. Isnadın suç olup olmadığının iç hukuka göre belirlenmesi gerekmele birlikte, komisyon ve divan "suç isnadı"nı iç hukuk nitelemelerinden bağımsız olarak değerlendirmektedir. Divan, kişinin bir suç işlediğinden şüphelenip, bu nedenle yakalanıp, tutuklanması veya hakkında soruşturma açılmasını suç isnadı saymakta ve 6'ncı madde kapsamında görmektedir. İlgili devlet, hangi davranışların suç olarak değerlendirileceğine karar vermekte özgürdür; ulusal hukukun suç saydığı fiil sözleşmeye göre de suçtur. Ancak, iç hukukun suç saymadığı bir fiil sözleşmeye göre suç sayıldığı zaman problem çıkmaktadır. Çünkü iç hukuk, fiili suç saymıyorsa, sözleşmenin 6'ncı maddesine karşılık gelen kural uygulanamamaktadır (cezaevi ile ilgili düzenlemeler ya da askerî disiplinle ilgili durumlarda olduğu gibi). Bu durumları divan genellikle ceza ile ilgili kabul ederek, 6'ncı maddenin uygulanması gerektiğine karar vermektedir²³.

Adil yargılanma hakkının sağladığı güvenceler esas itibariyle tek dereceli mahkemeler açısından söz konusu ise de, yargı örgütünün ilk derece dışında istinaf mahkemesi ve temyiz mahkemesi gibi birden fazla dereceli olarak düzenlenmiş olması halinde, ilgili kişilerin, her mahkeme ve derecede adil yargılanma hakkından yararlandırılması gerekir. Bu çerçevede ülkemizde yapılan yargılamalarda, ilk ve üst derece mahkemelerinde kişilerin AIHS'nin 6'ncı maddesinin sağladığı yargı güvencelerinden yararlandırılması gerekmektedir²⁴.

C. Adil Yargılama İlkesinin Unsurları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi, tamamıyla adil yargılanma hakkına ve bu hakkın unsurlarına ayrılmıştır. 6'ncı maddede adil yargılanma hakkının kapsamına nelerin dâhil olduğu teker teker sayılarak koruma

Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 30; Gomien, s. 58; Turan, ss. 99-101.

²³ Ünal, s. 166 vd; Reisoğlu, s. 105 vd; Dinç, s. 13; Gomien, s. 59; Turan, ss. 112-122.

²⁴ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rıfat Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 149; Turan, s. 137.

altına alınmıştır²⁵. AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının temel unsurlarını şu şekilde sıralanabilir:

- Mahkeme Önünde Hak Arama (Dava hakkı)
- Kanunla Kurulmuş Yetkili, Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı
- Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı (Adil Duruşma Hakkı)
- Makul Süre İçerisinde (Gereksiz Gecikme Olmaksızın) Yargılanma Hakkı
- Alenî Yargılanma Hakkı (Davaların Alenî Surette Görülmesi ve Kamuya Açık Yargılama Hakkı)
- Masumiyet Karinesi (Suçsuzluk Karinesi)
- Sanığın, Suçlamadan Haberdar Olması (Sanığın, İsnadın Niteliğini ve Nedenini Geciktirilmeksizin Anladığı Dilde Öğrenme Hakkı)
- Sanığa Savunmasını Hazırlamak İçin Yeterli Zaman ve İmkân Sağlanması
- Sanığın, Bizzat veya Müdafî Aracılığıyla Kendini Savunma Hakkı (Avukat Tutma ya da Avukat Yardımından Faydalanma Hakkı)
- Tanıkların Dinlenmesinde Eşitliğin Sağlanması (Tanık Dinletme ve Sorgulama Hakkı)
- Sanığın, Tercümandan Ücretsiz Yararlanma Hakkı²⁶.

Adil yargılanma hakkının, içeriğinde birçok hak ve ilkeyi de barındırdığı görülmektedir. Adil yargılama hakkının unsurlarından bir kısmı maddede açıkça belirtilmiş; diğerleri ise, kavramın zorunlu sonuçları sıfatıyla, madde hükmüne zımnen dâhil unsurlar olarak kabul edilmiştir²⁷. Adil yargılanma hakkı, Türkiye'nin AİHS'e taraf olması sonucunda Anayasa (m. 36/1) ile korunan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

²⁵ Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 151; Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 116.

²⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, ss. 51, 52; Dinç, s. 10; Gözübüyük/Gölcüklü, s. 267.

²⁷ "Dava hakkı", "silahların eşitliği", "yargılamada çelişiklik" gibi unsurlar, zımî unsurlar arasında sayılabilir (Gözübüyük/Gölcüklü, ss. 266, 267; Erdoğan, ss. 30, 31; Dinç, s. 133).

III. ADİL YARGILAMA İLKESİNİN TARİHÇESİ

A. Genel Olarak

İnsan hak ve özgürlükleri konusunda insanlığın günümüzdeki anlayışa ulaşması pek kolay olmamıştır. Eski çağ toplumlarının bugünkü anlamda hak ve özgürlük düşüncesine yabancı olduğu belirtilmelidir. Geline şü anki nokta, insanlığın uzun süren uğraşları sonucunda kazanılmıştır.

İlk Çağ ve Orta Çağ'da bir "adil yargılama" ilkesinden bahsetmek mümkün olmasa da, bu çağlarda, adil yargılamayla ilgili kavramların ortaya çıkması söz konusudur. O dönemlerdeki ceza hukuku uygulamaları ve bu uygulamaların yargılama ilkeleriyle olan ilişkisi, adil yargılama ilkesinin gelişimi bakımından önemlidir. Adil yargılama ilkesi, bu ilkeyi düzenleyen tarihî belgelerle birlikte, 17'inci yüzyılda ortaya çıkmaya başlamıştır. Ancak bu ilkenin tüm unsurlarıyla tanınip, uluslararası alanda kabul edilmesi 20'inci yüzyılda olmuştur. Bu yüzyılda uluslararası belgelerle adil yargılanma hakkı tanınmış ve güvence altına alınmıştır.

B. İlk Çağ'daki Gelişmeler

İnsan hakları konusundaki düşünceler ve adaleti gerçekleştirme çabaları, ilk çağlara kadar uzanmaktadır²⁸. Eski çağlardan beri ceza yargılamaları usûlü, bütün milletlerde benzer esaslar göstermiştir. Romalılar zamanına kadar milletlerin kanunlarında ceza hukuku ve muhakemesiyle ilgili az ve basit hükümlere rastlanmaktadır. Yargılama usûlleri her millette zamanla benzer şekilde çeşitlenip, gelişerek en iyi ve adil ceza yargılaması usûlü elde edilmiştir²⁹.

Milattan önce 2500 yılında, Babil Kralı Hammurabi tarafından ilân edilen "Hammurabi Kanunları" ile yargılamada adaletin gerçekleştirilmesi için bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu kanunlarda, davaya bakan hâkimin yanlış karar vermesi

²⁸ Milattan önce 4000 yıllarından itibaren Mezopotamya, Mısır, Çin ve Hint'te uygarlıklar gelişmiştir; ancak bu uygarlıklarda bireyin devletle ilişkilerinde bazı haklarının bulunabileceği anlayışına ulaşılammıştır (Niyaz'ül Hak Han, s. 40'dan aktaran Hasan Tahsin Fendoğlu, **Hukuk Tarihimizde Temel Haklar**, Mimoza Matbaası, Konya, 1994, (Temel), s. 95).

²⁹ İsmail Ratib, "Usul-i Cezaiyye Tedkikatı", **Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:1, Sayı:4, İstanbul, 1332 (1914), <http://ktp.isam.org.tr/?url=makaleosm/findrecords.php>, (E.T. 04.12.2017), s. 399.

halinde, görevden uzaklaştırılacağı ve para cezasına mahkûm edileceği (m. 5), şahit bulunması için hâkimin azami 8 ay süre tanıyabileceği (m. 12) gibi hükümler yer almıştır. Bu düzenlemelerin yapıldığı döneme göre oldukça ileri bir seviyede olduğu söylenebilir³⁰.

Milattan önce 1075 yılından itibaren İbranilerde, ceza yargılamaları sözlü ve alenî bir şekilde yapılırdı. İbranilerin usul hukuku, bulunduğu döneme göre oldukça gelişmişti. Sanığa savunma hakkı tanınması, hükmün her türlü şüpheden uzak bir şekilde verilmesi, hâkimin tarafsız olması, tek şahitle hüküm verilmemesi, gerçeğin ortaya çıkarılması için her türlü araştırmanın yapılması gibi bugün dahi kabul edilen birçok usûl kuralı o zaman İbranilerde uygulanmaktaydı³¹.

İlk Çağ düşünürleri, egemen gücün keyfî uygulamalarına karşı çıkarak siyasî iktidarı sınırlandırmaya çalışmışlardır. İnsan haklarıyla ilgili kavramlar düşünce hayatına girmeden çok önceleri düşünürler, devlet iktidarını keyfilikten kurtarma yollarını aramışlardır. Kimi, adalet ve hakkaniyet ilkelerini sınır olarak göstermiş kimi, ahlak ve fazilet ölçülerinden bahsetmiş kimi de, iktidarı gökyüzü kanunları ve Tanrı iradesine bağlamak istemiştir. Mutlak rejim taraftarı düşünürler bile zulüm ve keyfiliğe karşı çıkmışlardır. Aristo, güçler ayrılığının gerekliliğini savunmuş; yargı görevini mahkemelerin yerine getireceğini ve her mahkemenin yetki alanına giren uyuşmazlıkları çözeceğini belirtmiştir³².

İlk çağlardan beri birçok düşünür adalet kavramını tartışmış ve tanımlamaya çalışmıştır. Aristo'ya göre adalet, "fazilet" demek olup, kanunlara uygunluk, eşitlik ilkeleriyle gerçekleştirilir³³. Fazilet ise, kişinin insanlık için gereken görevleri yerine getirmesidir. Roma hukukçusu Ulpianus adaleti, herkese ait olanı vermek, başkasına

³⁰ Hammurabi Kanunları, http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/magna-carta/hamurabi.htm, (E.T. 23.02.2018); Erdoğan, s. 10.

³¹ İsmail Ratib, ss. 399, 400.

³² Mehmet Akad ve Bihretin Vural Dinçkol, **Genel Kamu Hukuku**, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2002, s. 26; Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, ss. 3-14; Münci Kapanı, **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 249; Hasan Tahsin Fendoğlu, **İslam ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı**, Umut Matbaacılık, İstanbul, 1996, ss. 44, 45; Niyazi Öktem, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1988, s. 112; Tanör, İnsan, s. 258.

³³ Aristo adaleti, "dağıtıcı adalet" ve "denkleştirici adalet" olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Denkleştirici adalet, insanların kişisel ve özel durumlarına bakılmaksızın aynı muameleye tabi tutulmasıdır. Burada mutlak bir eşitlik düşüncesi bulunmaktadır. Denkleştirici adalet düşüncesi gereğince, suç işleyen kişi işlediği suç oranında cezalandırılmalıdır. Dağıtıcı adalet ise, değerlerin dağıtılmasında herkesin yeteneğine ve toplum içindeki durumuna göre pay almasıdır. Burada nispi bir eşitlik düşüncesi bulunmaktadır. Kişinin hakları ve yükümlülükleri, durumuna, niteliğine, yaptığı işe göre farklı olmalıdır (Gözler, Hukuka Giriş, ss. 265, 266; Güriz, s. 200; Özkes, s. 40)

zarar vermemek olarak tanımlamıştır. Konfüçyus ise adaleti, “kendine yapılmasını istemediğin şeyi başkasına yapma” şeklinde ifade etmiştir. Konfüçyüs, tüm insanların eşit olduğunu, insanların bir arada yaşatılması ve adaletin toplumda hâkim kılınması gerektiğini belirtmiştir³⁴.

Milattan önce beşinci yüzyılda Sofistler, dördüncü yüzyılda Stoacılar, “doğal hukuk”, “adalet” ve “eşitlik” düşüncesini açıkça ifade etmişlerdir. İlk Çağ’da, yazılı hukuktan önce gelen ve ondan üstün olan, insanın doğuştan sahip olduğu haklar demek olan doğal hukuk anlayışı benimsenmiştir. Doğal (tabii) hukuk, insan haklarının kaynağını oluşturmaktadır. Doğal hukuk anlayışında hukuk, adaletle tanımlanır. Pozitif hukuk ancak adaletin gereklerine uyduğu ölçüde geçerlidir³⁵.

Adil bir yargılamada “eşitlik” önemli bir kavramdır; adalet, herkesin hukuk karşısında eşit olmasıyla, yargı önünde herkese aynı kurallar uygulanmasıyla gerçekleştirilir. Eski Yunan döneminin en önemli düşünce akımlarından birisi olan Stoa okulunun kurucusu olan Zenon, insanların eşit olduğunu ve sadece insan olmaları sebebiyle eşit haklara sahip olduklarını vurgulamıştır. Eski Yunan’da vatandaşlar, kanun önünde eşittirler; ancak bu eşitlik köle olmayan kişiler, erkekler ve vatandaşlar arasında söz konusudur. Bu yüzden, ceza yargılamaları bakımından da tam bir hukukî eşitlik bulunmamaktadır³⁶.

İlk Çağ hukuklarında, vatandaşların devlete karşı ileri sürebilecekleri hiçbir sübjektif hakları olmadığından kişi, bütün varlığıyla devlete ait kabul edilmektedir. Eski Yunanlılar için hak ve özgürlüğün, sadece siyasal faaliyetlere katılabilmekten ibaret olduğu bilinmektedir³⁷.

³⁴ Gözler, Hukuka Giriş, s. 262; Güriz, s. 200; Özekes, s. 39; Tanör, İnsan, s. 258.

³⁵ Gemalmaz, ss. 9, 10; Gözler, Hukuka Giriş, ss. 262, 263; Fendoğlu, Temel, s. 95; Tanör, İnsan, s. 258; Hasan Sınar, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Yönünden Ceza Muhakemesinde Adil Yargılanma Hakkının Tarihsel Temelleri”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı:21, Nisan 2015, s. 171.

³⁶ Gemalmaz, s. 9; Akad/Dinçkol, ss. 4-7, 30; Tanör, İnsan, ss. 258, 259; Sınar, s. 172; İsmail Ratib, s. 402. Eski Yunanlılar, ceza muhakemesi usûlüyle ilgili gelişmiş kuralları koyamamışlardır. Atina halkıyla yabancılara ve aynı sınıfa mensup olmayan kişilere farklı hukuk uygulanmıştır. M.Ö. 800-M.Ö. 600 yıllarında Eski Yunan’da uygulanan ve hukukî eşitsizliğe dayanan kanunlardaki cezalar çok aşırı, ceza yargılamaları ise hiç insancıl değildi. Yaptığı reformlarla Atina demokrasisinin temelini attığı kabul edilen Solon’un (M.Ö. 640-M.Ö. 560) kanunları ise daha insancıl ve eşitlikçi olmuştur. Sınıf farkını azaltan bu kanunlarla yabancılara da bazı haklar tanınmıştır. Tüm vatandaşlara mahkemelerde dava açma hakkı tanınması, yargılamada tarafların davet edilmesi, şahitliğe dayanarak hüküm verilmesi, sanığa itiraz ve savunma gibi haklar tanınması M.S. 5’inci yüzyıla kadar uygulanmış olan Solon Kanunları’nın yargılamayla ilgili dikkat çeken hükümlerindendir (İsmail Ratib, ss. 402, 403).

³⁷ Kapani, s. 21; Tanör, İnsan, s. 258; Sınar, s. 173.

Adil bir yargılama, devletin mahkemeleri tarafından yerine getirilebilir. Bu yüzden kişisel intikam, kişinin yargılamayı kendisinin yapıp ceza vermesi adalete aykırıdır. Eski Yunan'da ise, kişisel intikam serbesttir. Eski Yunan hukukuna göre, intikamın uygulanmasını gerektiren şartlar ve aşırılıklar zaruret gereğidir³⁸.

Adil yargılama ilkesine göre, cezalarda şahsîlik ilkesi geçerlidir; kimse başkasının işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulamaz. İlk çağda Roma, Yunan, Fars ve Babil hukuklarında hem insanlar, hem hayvanlar hem de cansız varlıklar cezaî sorumluluğun konusu olabilmekteydiler. O dönemde cezada şahsîlik ilkesi geçerli değildi; suçu işleyen kişinin yanında onun ailesinden suçla ilgisi olmayan diğer fertler de sorumlu tutulurdu. Özellikle tehlikeli suçlar sayılan topluma ihanet ve din suçlarında failin aile fertleri ve akrabaları da cezalandırılırdı. Hatta failin ailesine ait hayvanların ve diğer varlıkların da yıkma, yakma, el koyma gibi işlemlere maruz kaldığı bilinmektedir³⁹.

Keyfi cezalandırmalar, önceden belirli olmayan suç ve cezalara dayanılarak yapılan yargılamalar ve cezalandırmalar adil yargılama ilkesine aykırıdır. Suçlar ve cezalar önceden ilân edilip duyurulmadığı için, ilk çağlarda kanunilik ilkesinden de söz edilemez. Güç ve yetki sahibi kişiler, hoş görmedikleri fiilleri her zaman suç kabul edip, cezalandırabilirlerdi; başka bir deyişle bu dönemde keyfilik hâkimdi⁴⁰.

İlk çağlarda her ne kadar bazı kavramlar tanımlanmaya çalışılmış ve insan hakları, adaletle ilgili fikirler ortaya atılmış olsa da yapılan ceza hukuku uygulamaları adil değildir. Bu dönemde henüz adil yargılama ilkesinden bahsetmek mümkün görülmemektedir.

C. Orta Çağ'daki Gelişmeler

Orta Çağ'da insan hakları alanında birtakım gelişmeler olsa da, bu gelişmeler bu çağda hızlı bir şekilde yayılan Hristiyanlık anlayışının da etkisiyle sadece Hristiyan kesimden olanlar için söz konusu olmuştur. Tüm insanlık için geçerli

³⁸ Mahmud Esad Efendi, **Tarih-i İlm-i Hukuk**, (Haz. Fethi Gedikli, Mahmud Esad Kalıpçı, Ebru Kayabaş, Sevtap Metin, Ayhan Ceylan, Abdullah Demir, İrem Karakoç, Ali Adem Yörük), Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 247; Veli Özer Özbek, **Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, (Mağduriyet), ss. 17, 26.

³⁹ Hüseyin Esen, **İslam'da Suç ve Ceza**, Yeni Akademi Yayınları, İstanbul, 2006, ss. 36, 37.

⁴⁰ Esen, s. 37.

kabul edilen evrensel ilkelere ve adil yargılama ilkesine, Batı dünyası açısından, bu dönemde de ulaşamamıştır⁴¹.

Orta Çağ'da insan haklarının dinî yönü üzerinde durulmuş ve insan haklarının ilahi kanunlardan kaynaklandığı görüşü benimsenmiştir. Bu dönemde insan haklarıyla ilgili gelişmelerin görülmesinin nedeni, Hristiyanlığın insanın kişiliğine değer vermesidir. Hristiyan doktrini, her insanın Tanrı'nın bir yansıması olarak yaratılmış olması sebebiyle yüksek bir haysiyet taşıdığı, bu haysiyet gereği kişiliğine bağlı bazı haklara sahip olabileceği fikrini ortaya koymuştur. Hristiyan Tanrı anlayışı, hukukun ve kanunların kaynağını oluşturan, kilisenin gücünü arttıran önemli bir etkidir. Kilise ve devlet arasındaki çatışmalar da insan hakları düşüncesine yeni bir boyut kazandırmıştır⁴².

Orta Çağ'da, feodal örgütleniş biçimi ve siyasî çıkar çatışmaları merkezî iktidarı parçalamıştır; bu bölünmüşlükten doğan çıkar çatışmaları, sınırlı bir kesimde de olsa, bazı hak ve özgürlüklerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Örneğin, İngiltere'de hak ve özgürlüklerin gelişimi, krallık ve parlamento arasındaki çatışmalardan kaynaklanmıştır⁴³.

Adil yargılama ilkesi ve bu ilkeyle bağlantılı olan eşitlik, kanunilik, cezaların şahsiliği gibi ilkelere bu dönemde de rastlanmamaktadır. Orta Çağ toplumlarında sınıf sistemi egemen olduğu için, suç faillerinin ait oldukları toplumsal tabakaya ve konumuna göre uygulanan cezalar da kişilere göre farklılık göstermiştir. Cezalandırmada eşitlik ilkesi hâkim değildir. Zengin ve soylu kesim ya hiç ceza almaz veya hafif bir ceza alırken, sıradan vatandaşlar ağır cezalara mahkûm olmuşlardır⁴⁴. Orta Çağ'da cezaların şahsiliği ilkesi de geçerli değildir; suç işleyenlerle birlikte suçlunun ailesi de cezalandırılabilir. Orta Çağ Avrupa'sında bir kişinin fiili yüzünden bir topluluğun cezalandırıldığı olmuştur. Örneğin 1547 yılında Cenova hâkimi, bir suçlunun kendisiyle birlikte çocuklarının ve torunlarının idamına karar vermiştir. Bu tür uygulamalar 1789 tarihli Fransız İhtilali'ne kadar yürürlükte olmuştur. Bu ihtilal sonrasında cezalandırma konusundaki anlayışlar değişmiş,

⁴¹ Gemalmaz, ss. 20-22; Akad/Dinçkol, s. 187; Kapani, ss. 30, 142; Tanör, İnsan, s. 259; Sınar, s. 179.

⁴² Akad/Dinçkol, ss. 37-40, 187, 188; Kapani, s. 22; Gemalmaz, s. 18; Fendoğlu, Temel, s. 96; Tanör, İnsan, s. 259; Sınar, s. 177.

⁴³ Akad/Dinçkol, ss. 37-40, 187, 188; Gemalmaz, ss. 18, 19; Kapani, ss. 22-23; Fendoğlu, Temel, s. 96; Tanör, İnsan, s. 260; Sınar, s. 177.

⁴⁴ Michel Foucault, **Hapishanenin Doğuşu**, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2000, ss. 34-45, 144.

sadece yaşayan insanların cezaî sorumluluğu olacağı ve cezaların şahsiliği ile kanunîliği ilkeleri kabul edilmiştir⁴⁵.

Orta Çağ'ın sonları ile Yeni Çağ'ın başlarında insanın doğuştan ve devredilmez haklara sahip olduğu anlayışı, insan haklarının anayasalarda yer almasıyla yerini pozitif hukuk alanına bırakmıştır. İnsan hakları doktrini, 17'inci yüzyılda ortaya çıkmıştır⁴⁶.

Ç. Roma Hukuku'ndaki Gelişmeler

1. Genel Olarak

Roma Hukuku'nda, adalete önem verilmiş ve yargılamada nispeten adalet sağlanmaya çalışılmıştır. Roma'da çıkarılan kanunlarla yargılamalardaki adalete aykırı durumlar önlenmek istenmiştir. Roma Hukuku'nda da tam anlamıyla bir adil yargılama ilkesinden bahsedilemese de, adil yargılamanın gerçekleşmesi yönünde atılan adımlar o dönem için hiç önemsenmeyecek nitelikte değildir.

Roma'da hukuk (*ius*) adaletle ilişkilendirilmiş ve adalet, “herkese kendi hakkını tanıma konusunda istikrarlı ve devamlı irade” olarak tanımlanmıştır⁴⁷. Hak (*ius*), hukuk tarafından tanınan yetki olup, dava (*actio*) ile doğrudan ilgiliydi. Roma'da dava olmadan hak olmaz ve hakkı çiğnemenen kişi, dava yoluyla hakkını talep edebilirdi⁴⁸.

Roma Hukuku'nda, suçlar ve cezalar kesin bir şekilde düzenlenmemiş; ayrıca ceza davalarına bakma hakkına sahip olan hâkim ve mahkemelerin yetkileri de kesin olarak belirlenmemiştir. Roma Hukuku'nda yargılama için öncelikle, belirlenen günde belli bir ceza davasına bakmak için atanan hâkim, sanığı huzuruna çağırır, açık bir şekilde soruşturma yapar ve sanığı sorguya çekerdi. Bu soruşturma en az iki celsede olurdu. Birkaç gün geçtikten sonra yargılama yapılırdı. Ceza davalarında

⁴⁵ Gemalmaz, ss. 17-22; Esen, ss. 37- 39; Abdülaziz Bayındır, **İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)**, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1986, s. 71.

⁴⁶ Gemalmaz, ss. 22-33; Akad/Dinçkol, s. 187; Kapani, ss. 30, 142; Tanör, İnsan, s. 179.

⁴⁷ D. 1, 1, 10 pr. Ulpianus (Bülent Tahiroğlu ve Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, 6. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2010, s. 120).

⁴⁸ Tahiroğlu/Erdoğan, ss. 126, 127; Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, 13. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, ss. 121, 122; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 148.

yapılması zorunlu hareketler ve söylenmesi gereken sözler bulunmazdı. Sanık, mahkemeye beraberinde yardımcıları getirebilirdi. Duruşmada taraflar ve sanığın yardımcıları tarafından sanığın lehinde ve aleyhinde nutuklar söylenir ve sonrasında hâkim kararını verirdi. Hâkim, beraat kararı verirse dava kapanırdı. Eğer karar mahkûmiyet ve verilen ceza idam ise mahkûm, davanın yeniden görülmesini isteyerek bu konuda yetkili olan halk meclisine başvururdu⁴⁹. Cezanın infaz edilip edilmeyeceğine meclis karar verirdi. Roma'da halk meclislerinden biri tarafından onaylanmadıkça hiçbir vatandaşa ağır bir ceza uygulanamazdı⁵⁰.

Roma'da krallık, cumhuriyet, ilk imparatorluk ve son imparatorluk olmak üzere dört siyasi dönem yaşanmıştır. Roma Hukuku ise, Eski Hukuk Devri (M.Ö. 753-M.Ö. 2. yüzyıl ortaları), Klâsik Hukuk Devri (M.Ö. 2. yüzyıl ortaları-M.S. 3. yüzyıl), Postklâsik Devir (3. yüzyıl-4. yüzyıl) olmak üzere üç dönemden geçmiştir. Bu dönemlerin her birinin yargılamayla ilgili farklılıkları bulunmaktadır⁵¹. Her dönemde yargılamada adaletin sağlanması için yeni önlemler getirilmiş ve adil yargılama ilkesinin gerçekleşmesi için adımlar atılmıştır.

2. Eski Hukuk Devri

Eski hukuk devrinde kral, hukukun ve adaletin tek kaynağı olduğu için mutlak yargı yetkisine sahipti. Kral, ceza davalarında bizzat hâkimlik yapmakta ve suç işleyenlere her tür cezayı verebilmekteydi. Roma'nın eski hukuk devrindeki en önemli yazılı kanunu olan On İki Levha Kanunu'nda⁵² bireysel hürriyet, konut dokunulmazlığı ilkeleri kabul edilmiş ve otorite karşısında mülkiyete saygı ilkesi

⁴⁹ Halk meclisleri, özgür Roma vatandaşlarının belli bir düzen içinde bir araya gelerek devlet işlerini konuştukları topluluklardır. Roma vatandaşları bu meclislerde, kendilerine sunulan projeleri kanun haline getirirler ve devletin bazı meselelerini karara bağlarlardı (Umur, s. 6).

⁵⁰ Sadri Maksudi Arsal, **Umumi Hukuk Tarihi**, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1948, ss. 267-278; Bayındır, s. 53; Tahiroğlu/Erdoğan, 17; Fendoğlu, ss. 58, 59.

⁵¹ Tahiroğlu/Erdoğan, ss. 2, 43; Gemalmaz, s. 11; Karadeniz Çelebican, ss. 39-40; Umur, s. 5.

⁵² Romalılar yürürlükteki hukuku değiştirmek istemezlerdi; ancak sosyal sorunların zorladığı, devletin dirlik ve düzeninin tehlikeye girdiği durumlarda kanuna başvurulur ve yazılı hukuk yaratılırdı. On İki Levha Kanunu da o döneme ait toplumsal sorunları çözmek, hafifletmek için çıkarılmıştır. Özellikle *patricii-pelbs* çekişmesi, bu kanunun yapılmasına sebep olmuştur. Savaşta ele geçirilen yerlerin bir hukukî statüye kavuşturulması, oradaki *pleblerle*, Romalı *particilerin* ortak yaşamlarını sağlayacak bir hukuk statüsünün gerçekleştirilmesi amaçlanınca, tüm imparatorluk sınırlarını kapsayacak ve herkes için geçerli olacak, onlara kendini kabul ettirecek bir hukuk ve kanun anlayışı ortaya konmuştur. Bu anlayış sonucu On İki Levha Kanunu ortaya çıkmıştır (Akad/Dinçkol, s. 32; Tahiroğlu/Erdoğan, ss. 43, 44).

benimsenmiştir. Kanunun ceza ile ilgili hükümleri çoktur. Kanunda işkence yasaklanmış ve cezaların herkes için aynı olduğu belirtilmiştir. Yargılamada adaletin sağlanabilmesi için, yalancı şahitlik ve hâkimin rüşvet alması gibi suçlara karşılık ağır cezalar öngörülmüştür. Kişisel öç almanın önüne geçilmeye çalışılmış ve suçları devletin cezalandıracağı kabul edilmiştir⁵³. Kısas, ancak tarafların anlaşamaması halinde geçerli olabilmektedir⁵⁴. Kanunda bazı suçlar ve cezalar açık bir şekilde düzenlenmiş⁵⁵; böylece keyfiliğin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bu dönemde Senatus'un ceza davalarındaki yetkileri çok geniş olup kanunlarda öngörülmemiş cezaları vermek, kanunî cezaları azaltmak veya çoğaltmak bu yetkinin kapsamındadır⁵⁶.

Adil bir yargılama için gereken makul sürede yargılanma hakkı bu dönemde Roma Hukuku'nda bulunmaktadır. On İki Levha Kanunu'na göre, gece dava görülmediği için akşama kadar karara varılması veya davanın başka zamana ertelenmesi gerekmektedir⁵⁷.

Roma'da eşitlik ilkesinin uygulandığı söylenemez. Halk, *patricius* ve *pleb* olmak üzere ikiye ayrılmıştır. *Patricius*, Roma'nın soylu sınıfı olarak toprak mülkiyetine sahip olan, bütün haklardan tam olarak yararlanan üst sınıftır. *Pleb* ise, küçük çifti, köylü ve zanaatkârlardan oluşan tüm haklara sahip olamayan alt sınıftır. On İki Levha Kanunu, bu iki sınıf arasındaki çatışmayı önlemek için hazırlanmış ve bu sebeple kanun önünde herkesin eşit olduğu anlayışını benimsemiştir. Kanunda, "hukuk kuralları belli kişiler için değil, herkes için çıkarılır" demek sûretiyle eşitlik ilkesi düzenlenmiştir⁵⁸.

⁵³ Kapani, s. 17; Gemalmaz, s. 11; Tahiroğlu/Erdoğan, ss. 47-49; Karadeniz Çelebican, ss. 40, 249; Umur, ss. 77, 78; Özbek, Mağduriyet, ss. 29, 30.

⁵⁴ Bir kimse diğerinin organını kullanılamaz hale getirmişse bu bir *iniuria* suçu oluşturmaktadır ve buna kısas uygulanmaktadır. Kısas, intikam duygusunu karşılar ama emredici değildir, taraflar diyet üzerine de anlaşabilir (Tahiroğlu/Erdoğan, s. 49; Karadeniz Çelebican, s. 249).

⁵⁵ 12 Levha Kanununa göre, el veya sopayla kemik kırılmışsa ve zarar gören hür bir kimseyse 300, köleyse, 150 as (Roma parası) ödenir; hafif yaralamalarda ise ceza 25 as ödenir. Vatana ihanetin cezası ölümdür. Suçüstü hırsızlığın cezası ölümken, suçüstü olmayan hırsızlığın cezası, çalınan malın değerinin iki katını ödemektir. Sihir ve büyücülüğün cezası da ölümdür (Tahiroğlu/Erdoğan, s. 49).

⁵⁶ Başlangıçta bir danışma kurulu olarak kurulan Senatus, Cumhuriyet döneminin başlarında halk meclislerinin yetkilerini de alarak oldukça önemli bir kurum haline gelmiştir (Karadeniz Çelebican, ss. 49, 50; Umur, s. 88).

⁵⁷ Tahiroğlu/Erdoğan, s. 234; Umur, s. 228.

⁵⁸ Tahiroğlu/Erdoğan, ss. 13, 52, 56; Umur, ss. 18, 19.

Roma'daki hür-köle ayrımı da eşitlik ilkesine aykırıdır⁵⁹. Köleler, işledikleri kamu suçlarından dolayı kamu makamlarınca cezalandırılmaktaydı; kölelere verilen cezalar, hür kişilere verilen cezalara oranla oldukça şiddetliydi. Bu cezalar köleler kişi sayıldığı için değil, toplumu korumak için verilmekteydi. Eşitliğe aykırı bir başka durum da, kadınlara kamu hukuku alanında hiçbir hakkın tanınmamış olmasıdır⁶⁰.

Roma'da aile fertleri arasında da eşitlik hâkim değildi. Aile babasının (*pater familias*) hakları ilk dönemlerde oldukça genişti; hatta aile fertleri üzerinde hayat ve ölüm hakkına sahipti. Aile reisinin, suç işleyen aile fertlerini yargılama ve cezalandırma yetkisi de bulunmaktaydı. Ancak ileriki devirlerde (MS. 274-337'de yaşayan Constantinus'tan sonra) ölüm hakkı kaldırılmış ve çocuğunu öldüren kimseler idamla cezalandırılmıştır⁶¹.

Eski hukuk devrinde, On İki Levha Kanunu ile getirilen kişisel intikamın, işkencenin yasaklanması, keyfiliğin önlenmesi, yalancı şahitliğin ve rüşvetin yasaklanması gibi tedbirler ile yargılamada eşitlik ve kanunîlik gibi ilkeler adil yargılamanın sağlanması açısından oldukça önemli gelişmelerdir. Bu gelişmelere rağmen, Roma'daki sınıf farklılıklarından dolayı eşitlik ilkesi sağlanamamış ve adil yargılamaya aykırı uygulamalar sürmüştür.

3. Klâsik Hukuk Devri

Klâsik hukuk devrinde, davalıya yeni savunma imkânları tanımak ve adaleti sağlamak yargı faaliyetleriyle görevli ve yetkili *magistraların* (kral, consul, praetor veya vali gibi yüksek devlet görevlileri) önemli bir işi olmuştur. O dönemde "Özel Mahkeme Nizamı"⁶² bulunur ve dava iki safhadan oluşurdu. Magistra, davacıya dava

⁵⁹ Köleler haksız fiillerinden sorumludur; kölenin haksız fiilinden dolayı efendisine dava açılırsa efendi köleyi ya zarar görene verir, ya da suçu kendi işlemiş gibi ceza öderdi. Bir efendinin kendi kölesine zarar vermesi haksız fiil sayılmazdı; çünkü efendinin köle üzerinde, öldürmeye kadar uzanan geniş yetkileri vardı (Tahiroğlu/Erdoğan, s. 142; Karadeniz Çelebican, s. 139).

⁶⁰ Karadeniz Çelebican, ss. 138, 168; Umur, s. 161; Gemalmaz, ss. 13, 14.

⁶¹ Tahiroğlu/Erdoğan, s. 155; Karadeniz Çelebican, ss. 163, 164; Umur, s. 174.

⁶² Özel mahkeme nizamı, Legis Actiolar Usûlü ve Formula Usulü olmak üzere ikiye ayrılmaktaydı. Legis Actiolar Usûlünde, söylenen sözler, kanunen belirlendiği için değiştirilemezdi. Bu usûlde, tarafların davada hazır bulunması gerekirdi; gıyapta yargılama yapılamazdı. Davada temsil ve vekâlet söz konusu değildi. Davacıya, davalıyı mahkeme önüne zorla getirme imkânı tanınmıştı. Formula Usûlünde ise formulayı oluşturan kelimeler, her davaya göre ayrı ayrı düzenlendiği için şekilcilikten uzak, ihtiyaçlara uyum sağlayan bir usûldü. Bu usûlde tarafların mahkemeye vekil gönderebilecekleri

hakkı tanır ve tarafların katılımıyla hâkim seçip⁶³, hâkimin uygulayacağı kuralları belirlerdi. Taraflar, hâkim önünde iddialarını delillerle kanıtlamak zorundaydı. Hâkim, magistra veya praetor⁶⁴ tarafından son şekli verilen yazılı dava programına (*formula*) göre karar verirdi; verilen bu karar, kesin hüküm niteliğindeydi. Hakkında karar verilmiş olan bir uyuşmazlık konusunda iki kere dava açılmazdı⁶⁵.

Kanaatimizce adil yargılama açısından, Klâsik hukuk devrinde meydana gelen gelişmeler, davalının savunma hakkının genişletilmesi ve suçu delillerle sabit olmadıkça kişiye ceza verilememesidir.

4. Klâsik Sonrası (Postklâsik) Hukuk Devri

Postklâsik devirde, davaların devlet mahkemeleri tarafından görülmesi esasına dayanan Nizam Harici Usûl, tek muhakeme usûlü haline gelmiştir. Daha önce hakların korunması özel bir iş olarak görülmekteydi. Nizam harici usûlde dava, tek safhada görülmektedir. Davalara sadece devletten maaş alan, imparatorun atadığı hâkimler tarafından bakılması esası getirilmiştir. Bu usûlde yapılan işlemler yazılı olmaya başlamıştır, artık eskisi gibi yargılama tamamen sözlü değildir. Mahkûmiyet, herhangi bir şey üzerine olabilmektedir. Bu usûlde hâkimlere takdir hakkı tanınmış ve karara karşı çıkma, istinaf, davanın yeniden görülmesi imkânları getirilmiştir. Bu dönemde imparator, yargı dâhil bütün devlet fonksiyonlarını tam olarak üstlenmişti. Adalet, imparator adına dağıtılır ve dava açmak isteyenler imparatora başvurabilirdi. Bu durumda ya imparator davaya kendisi bakar ve karar verir ya da konuyu hâkimlere iletirdi. Bu dönemin en önemli gelişmesi, *Corpus Iuris Civilis* adı verilen ve dört bölümden (*Codex, Digesta, Institutiones, Novellae*) oluşan kanunnamenin hazırlanarak yürürlüğe girmesidir⁶⁶.

kabul edilmişti. Formula Usûlünde mahkûmiyet mutlaka paraya ilişkin olmak zorundaydı. (Tahiroğlu/Erdoğan, ss. 232, 240; Karadeniz Çelebican, ss. 277-280; Umur, ss. 245, 246).

⁶³ Hâkim veya hakemler, ilk zamanlar rahip hukukçulardan sonraları ise, senatus üyeleri arasından seçilirdi; ayrıca hâkimin Roma vatandaşı olması zorunluydu. Hâkimlik, şerefli ancak ücretsiz bir işti. Karardan sonra hâkimlik görevi ve sıfatı sona ererdi (Tahiroğlu/Erdoğan, ss. 230, 251; Karadeniz Çelebican, ss. 285, 286).

⁶⁴ Praetorluk, önemli yargı işlerine bakmak için M.Ö. 367'de kurulan bir kurumdur. Bir magistra olan praetor, insanlar arasında çıkan uyuşmazlıklarda hangi hukuk kuralının uygulanacağını belirlemekle görevliydi; bu kurallara *praetor beyannamesi* denirdi. Ayrıca praetor, bazı ceza davalarında mahkemelerde başkanlık yapmaktaydı (Tahiroğlu/Erdoğan, ss. 59-61; Umur, s. 22).

⁶⁵ Tahiroğlu/Erdoğan, ss. 57-77, 229; Karadeniz Çelebican, ss. 273, 274; Umur, s. 39.

⁶⁶ Tahiroğlu/Erdoğan, ss. 79, 85; Karadeniz Çelebican, ss. 66, 274; Umur, ss. 40, 284.

Roma Ceza Hukuku, kamu ceza hukuku ve özel ceza hukuku olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kamu ceza hukuku, kamu yararına aykırı görülen haksız fiillerin (*delicta publica*) kovuşturulup cezalandırılmasını düzenlemektedir. Devletin son dönemlerine doğru bu gruba giren haksız fiillerin sayısı artmıştır. Özel ceza hukuku ise sadece özel yararlaraya aykırı görülen haksız fiillerin (*delicta privata*) kovuşturulması ve cezalandırılmasıdır. Bu yüzden Roma Özel Hukuku'nda, bazı haksız fiiller için tazmin ettirici yaptırımların yanında cezaî yaptırımlar da yer almaktadır⁶⁷.

Roma Hukuku'nda kamu davası, ceza davası demektir. Vatana ihanet, zina, cinayet, kamu paralarının zimmete geçirilmesi gibi suçlar için kamu davası açılabilirdi. Bu tür suçlar (*crimina*) devlet organlarınca kovuşturulup devlet adına cezalandırılırdı. Her suç için kamu davası açılmazdı; bazı suçların kovuşturulmasına ilişkin kurallar özel hukuk alanı içindeydi. Roma'da haksız fiillerden⁶⁸ genellikle ceza davaları (*actio poenales*) doğar; fail verdiği zararın üç veya dört katını ödemeye mahkûm edilirdi. *Ius Civile*'nin (Roma vatandaşlarına uygulanan hukukun) tanıdığı haksız fiiller; hırsızlık (*furtum*)⁶⁹, gasp (*rapina*)⁷⁰, mala verilen zarar (*damnum iniuria datum*)⁷¹ ve şahsa verilen zarar (*iniuria*)⁷² olmak üzere dört tanedir. Roma hukukunda haksız fiil ile suç arasında bir ayrım gözetilmemiştir; bütün suçlar aynı zamanda haksız fiil sayılırdı. Aynı haksız fiilden dolayı hem ceza hem tazminat davası birlikte açılabilirdi. Hem ceza, hem tazminatı kapsayan davalara karma

⁶⁷ Karadeniz Çelebican, ss. 248, 249; Umur, s. 10.

⁶⁸ Roma Hukuku'nda genel nitelikte hukuk kurallarına aykırı olan fiillere haksız fiil denilmiştir. Ceza hukukunun suç niteliğinde görüp yaptırım sonucu bağladığı hukuka aykırı fiillerden bir zarar meydana gelirse, bu fiiller özel hukuk bakımından haksız fiil sayılarak tazmin edilmesi esası benimsenmiştir (Karadeniz Çelebican, s. 247; Umur, s. 390).

⁶⁹ Suçüstü yakalanan hırsız, malın değerinin dört katını ödemeye mahkûm edilir; hırsızlık suçüstü değilse, malın değerinin iki katını ödemekle yükümlü sayılırdı (Umur, s. 392).

⁷⁰ *Gasp*; cebir, şiddet kullanarak başkasının malının elinden alınmasıdır; eşkıyalık, soygunculuk, yol kesicilik suçları *gasp* kapsamındadır. Bu suçun mağduru, *gasp* yapıldığı sene içinde dava açarsa, fail malın değerinin dört katını ödemeye mahkûm edilirdi. *Gasp* davası bir sene sonra açılırsa, failin malın değerini ödemesi yeterliydi (Umur, s. 393).

⁷¹ *Mala verilen zarar*, başkasına ait bir köle veya sürü hayvanının öldürülmesidir; faile malın o sene içindeki değerinin en üstün olduğu miktara karşılık gelen bir ceza verilirdi (Umur, s. 394).

⁷² On İki Levha Kanunu'ndan beri düzenlenen bu haksız fiil zamanla çok genişletilmiş ve şahsa karşı yapılabilecek her türlü saldırıyı içine almıştır. Örneğin, bir kişinin kendisine ya da karısına hakaret edilmesi, bir genç kızı takip etmek gibi suçlar *iniuria* sayılmıştır. Bu suç ağırlaştırıcı şartlar içinde işlenirse, hâkim takdir edeceği para cezasının miktarını arttırdı (Umur, ss. 395, 396).

davalar (*actiones mixtae*) denilmekteydi. Ceza davaları failin mirasçılarına karşı açılmaz, ancak fail ölmeden önce dava açılmışsa ona devam edilirdi⁷³.

Roma Hukuku'nda, tüm devirlerde olduğu gibi, bu devirde de makul sürede yargılanma, aleniyet, tarafsızlık gibi adil yargılamaya ait ilkelerin ilk şekillerine rastlanmaktadır. Roma Hukuku'nda makul sürede yargılanma hakkı vardı. Yargılamalar hızlı bir şekilde sonuçlandırılırdı. Hâkim kararını aynı gün içinde verirdi; ancak duruşma gün batımına kadar bitmemişse, yargılama ertesi gün sonlandırılırdı⁷⁴.

İlk dönemlerde hâkim, duruşmayı herkese açık (alenî) olarak yapardı. Ancak Nizam Harici Usûle geçilmesiyle birlikte mahkeme, artık herkese açık değildi. Bu usûlde, davalar kapalı salonlarda görülür, karar açık okunurdu. Duruşmada sadece taraflar ve avukatlar hazır olarak bulunabiliyordu. Dava sırasında halk mahkemeden tahta ya da bez bir perdeyle ayrılır; bu perde, hüküm okunurken açılır ve aleniyet sağlanırdı⁷⁵. Bu devirde aleniyet ilkesinin sınırlandığı görülmektedir. Adil ve tarafsız bir yargılama için gerekli olan aleniyet, sadece karar açıklanırken aranmıştır.

Roma Hukuku'nda hâkim rüşvet alır veya görevini ihmal ederse, para cezasına çarptırılır, genellikle davanın değerini ödemek zorunda kalırdı. Hâkimin sorumluluk derecesi çok ağır olduğundan, kusuru olmasa da yanlış kararlarından sorumlu olurdu. Hatta rüşvet aldığı tespit edilen hâkim idam bile edilebilirdi⁷⁶. Bu düzenlemeler ve cezalar hâkimin tarafsızlığını ve bağımsızlığını sağlamak açısından oldukça önemlidir.

D. Adil Yargılama İlkesini Düzenleyen Tarihi Belgeler

1. Genel Olarak

İnsan, tarih boyunca birey olarak kendisi için hep en iyi olanı aradığından, her dönemde “adalet” denilen üst değere ulaşmanın çabası içinde olmuştur. Bu yönde devlet ile kişi/insan arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi önemlidir. Bu ilişkinin

⁷³ Tahiroğlu/Erdoğan, ss. 239, 257; Karadeniz Çelebican, ss. 114, 247; Umur, ss. 10, 389-391.

⁷⁴ Tahiroğlu/Erdoğan, s. 234; Umur, s. 228.

⁷⁵ Tahiroğlu/Erdoğan, ss. 249, 264; Karadeniz Çelebican, s. 315.

⁷⁶ Umur, s. 397.

belirlenmesi ile ilgili olarak ortaya atılan teoriler, bugünkü insan hakları sözleşmelerinin de kaynağını oluşturmaktadır⁷⁷.

17'inci yüzyılda, Locke ve Montesquieu gibi düşünürler yönetimde parlamento yanlısı olmuşlar, güçler ayrılığını ve egemenliğin halka ait olduğunu savunmuşlardır. Rönesans, bireyi yeniden keşfetmiştir. Bu dönemde bireyin, sırf insan olduğu için, doğuştan devredilmez, vazgeçilmez haklara sahip olduğu anlayışı yerleşmeye başlamıştır⁷⁸.

İnsanların siyasî iktidarlar karşısında dokunulmaz ve vazgeçilmez haklara sahip olduğunu ortaya koyan bu düşüncenin ilk yazılı metinlerinin İngiltere’de ortaya çıktığı görülmektedir. Bu alandaki belgelerden ilki, Batı hukukunda, 1215 tarihli “Magna Carta Libertatum” olarak kabul edilmektedir. Aslında halka belli özgürlükler tanımaktan çok, dönemin siyasî iktidarını sınırlayan bu belgeden sonra sırasıyla 1628 tarihli “Haklar dilekçesi”, 1679 tarihli “Habeas Corpus Act”, 1689 tarihli “Haklar Bildirisi (Bill Of Rights)” ve 1701 tarihli “İşkân Kanunu (Act Of Settlement)” ile hak ve özgürlüklerin sınırlarının genişletildiği görülmektedir. Genel olarak İngiliz özgürlük belgeleri, kral ve parlamento arasında yüzyıllar süren üstünlük çatışmalarının sonucu kabul edilmiştir. Belgelerin amacı, kralın yetkilerinin parlamento lehine sınırlanmasıdır. Bu belgelerin ortak noktası, hem adil yargılamaya dair hükümler içermesi, hem kişi hak ve özgürlüklerini etkili bir biçimde güvence altına almasıdır.

İngiliz özgürlük belgeleri dışında adil yargılamaya dair hükümler içeren diğer belgeler; 1525 tarihli Alman Köylülerinin Mektupları, Amerika’da kabul edilen 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi ve 1879 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’dir.

2. Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı)

Orta Çağ’da kralın yetkilerini kısıtlayan ve vatandaşların (özellikle soyluların) hürriyetlerini arttırmayı amaçlayan ilk önemli belge İngiltere’de ilân

⁷⁷ Kaşıkara, s. 34; Akad/Dinçkol, s. 107 vd; Özden, s. 110; Tanör, İnsan, ss. 259, 260.

⁷⁸ Gemalmaz, s. 52; Fendoğlu, Temel, s. 97; Akad/Dinçkol, s. 107; Kapani, ss. 30-33; Foucault, ss. 325, 331; Server Tanilli, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası*, Cilt:3, 3. Baskı, Adam Yayınları, İstanbul, 1999, ss. 351-356; Tanör, İnsan, s. 259.

edilen 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum*'dur⁷⁹. *Magna Carta Libertatum*, adil yargılama ilkesi bakımından da önemli bir belge olarak kabul edilmektedir. Batıda insan haklarının korunması ve sanıklara ceza kovuşturması sırasında bazı hak ve güvencelerin tanınması ile ilgili ilk hükümlerin sınırlı da olsa 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum*'da yer aldığı görülmektedir. Bu düzenlemelere göre, kraliyet hâkimlerinin bakması gereken davalara hiçbir şekilde memurlar bakamayacak, özgür kişilerin can ve mal güvenliklerine, bağlı bulundukları mahkemelerin kanunlara uygun bir kararı olmaksızın dokunulamayacak; başka bir deyişle, mahkeme kararı dışında tutuklama, hapis, sürgün, mal müsadereyi yapılamayacak, cezalar suçun ağırlığı ile orantılı olacaktır⁸⁰.

Magna Carta Libertatum'un 39'uncu maddesine göre, "kendi eşitlerinin (soyluların) verdiği kanunî bir karar ya da ülkenin bu konuda bir kanunu olmadıkça hiçbir özgür insan yakalanmayacak, hapse atılmayacak, sürgüne yollanmayacak ya da herhangi bir şekilde kötü muameleye maruz bırakılmayacaktır. Krallık da bu kişiye karşı zor kullanmayacak, zor kullanılmasına izin vermeyecektir". Ancak bu maddede yer alan güvenceler soyluları kapsamaktadır; başka bir deyişle, toplumun tamamı için geçerli değildir⁸¹.

Magna Carta Libertatum, feodal sınıf bakımından özel bir yargılama getirirken, sıradan vatandaşlar da memleketin kanunlarına göre yargılanma hakkını elde etmiştir. Adil yargılanma adına bir adım olarak değerlendirilen 24'üncü maddede "hâkimin bakması gereken anlaşmazlıklara başka kimse bakamayacaktır" denilmektedir. Bu maddenin kabul edilmesinin sebebi, daha önce davalara hâkim

⁷⁹ İngiltere'de 11'inci yüzyılda Norman İstilası'ndan sonra oluşan toplumsal dengede, soylu sınıf çıkarları karşılığında kralı desteklemekle; bu denge, 13'üncü yüzyıl başlarında Kral Yurtsuz John'ın sürekli savaşlarda yenilgiye uğraması sonucu bozulmuştur. Kralın bu güçsüz durumundan yararlanan soylular, haklarının güvencede olmadığı gerekçesiyle isyan etmişlerdir. Bunun üzerine Kral, 1215'te soyluların istediği *Magna Carta*'yı imzalamak zorunda kalmıştır (Akad/Dinçkol, s. 190).

⁸⁰ *Magna Carta Libertatum*'un yargılamaya ilişkin hükümleri ise şu şekildedir: "Kontlar ve baronlar, ancak kendi eşitleri tarafından verilen ve suçlarına orantılı olan para cezalarına çarptırılacaklardır (m. 20), Krallık hâkimlerinin gördükleri davalara, hiçbir şerif, adli memur, memur ya da bir başka memurumuz bakamayacaktır (m. 24), İleride hiçbir memur, bu amaç için inandırıcı tanıklar bulunmadıkça, sadece kendi açıklamasına dayanarak mahkeme önüne çıkmayacaktır (m. 38), Hakkı ya da adaleti hiç kimseye satmayacak, kimse için reddetmeyecek ya da geciktirmeyeceğiz (m. 40), Hâkim, bölge amirleri, şerif ve diğer memurları, ülkenin kanunlarını bilen ve bu kanunlara tümüyle uyacak kişiler arasından atayacağız (m. 45)" (Gemalmaz, ss. 25-26); Akad/Dinçkol, s. 190; Sınar, s. 184; **Magna Carta**, <http://www.bl.uk/magna-carta>, (E.T. 12.03.2015).

⁸¹ *Magna Carta*, <http://www.bl.uk/magna-carta>, (E.T. 12.03.2015); Gül Akyılmaz, "Osmanlı Hukukunda Masuniyet-i Şahsiyye İlkesi", **I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 164; Sınar, s. 185.

dışında şerif, adli memur, sivil memur gibi kanunları tam olarak bilmeyen kişilerin bakmasıdır. Ancak İngiltere’de 1215 yılında Baronlar ve kilise yetkilileriyle Kral Yurtsuz John arasında yapılan Magna Carta Libertatum, hemen arkasından onu imzalayan Kral tarafından ortadan kaldırılmaya çalışılmış, sonraları da çok defa amacından saptırılmıştır. Ancak Magna Carta, çok geniş yorumlanabilecek hükümler içerdiğinden, sonraki yüzyıllarda onun bu esnek ilkeleri yeniden yorumlanarak, yeni ve demokratik özgürlük belgelerine kaynaklık etmiştir⁸².

3. Alman Köylülerinin Mektupları

16’ncı yüzyılda yükselmeye başlayan kapitalizm, Alman köylüleri için bir yandan vergi yükünün artması, diğer yandan ekonomik güvencelerinin azalması sonucunu doğurmuştur. Martin Luther, Alman prenslerini Kilise topraklarına el koyma konusunda yönlendirince, köylüler, bunu kendileri için bir imkân olarak değerlendirip geniş katılımlı bir isyan başlattılar. Mart 1525’te devrimci hareket yaygınlaşınca, köylüler demokrasi ve toprak reformu istemlerini dile getirmeye başladılar; bunun sonucunda insan haklarıyla ilgili hükümler içeren bir belge ortaya çıkmıştır⁸³.

Alman köylülerinin 1525 yıllarında haksız vergilerin kaldırılması, demokrasi ve toprak reformu taleplerini içeren mektuplarına tarihte “köylülerin mektupları” veya “istemde bulunulan program” denilmiştir. Toplam on iki maddeden oluşan metnin yargılama ve cezalandırılma ile ilgili 9’uncu maddesi, “*Bugün bize artık mevcut şartlara dayanarak ceza verilmemektedir. Ama cezalandırılmamızın sebebi, kimi zaman bize duyulan nefret kimi zaman da bazı insanların korunması ve bu korunmadan cesaret almalarıdır. Bundan böyle bize ceza verilirken otoritelerin himayesinde olmaktan değil yazılı kanunlara dayanmaktan ve koşulları göz önünde tutmaktan hareket edileceğini tahmin ediyoruz*” şeklinde olup, Alman köylülerinin adil yargılanma ve cezalandırmaya ilişkin taleplerini içermektedir⁸⁴. Onlar için adil yargılanma, yazılı kanunlara dayanılarak yargılama yapılmasını istemekten ibaretti.

⁸²Erdoğan, s. 10; Kaşıkara, s. 35; Akad/Dinçkol, s. 191; Kapani, s. 41; Sınar, s. 185; Magna Carta, <http://www.bl.uk/magna-carta>, (E.T. 12.03.2015).

⁸³Gemalmaz, ss. 30, 31.

⁸⁴Tanilli, ss. 136-143; Gemalmaz, ss. 30-32.

Kanaatimizce bu örnek, adil yargılama hakkının kanunlara uygunluk olarak tezahür ettiği bir olaydır.

4. Haklar Dilekçesi

7 Haziran 1628 tarihli Haklar Dilekçesi (*Petition of Rights*), İngiliz hak ve özgürlük bildirileri arasında ikinci önemli belgedir. Haklar Dilekçesi, Kral I. Charles'la parlamento arasındaki uzlaşma sonucu ortaya çıkmıştır⁸⁵. Bu belgede adil yargılanma hakkı ile ilgili olarak şu ifadeler yer almıştır: “Hiç kimse, bağlı olduğu hâkimin, ülke kanunlarına uygun bir kararı bulunmadıkça, mal ve can güvenliğinden yoksun bırakılmayacak, kanunî bir hüküm olmadan kişiler tutuklanmayacak, hapsedilmeyecek, mallarına el konulmayacak ve miras haklarından mahrum bırakılmayacaktır”. Ayrıca bu belgeye göre, suçlulara sadece kanunların öngördüğü cezalar verilebilir; özel bir takım yargılama usûlleri uygulanamaz. Haklar Dilekçesi'nin önemi, belgede tanınan hakların sadece soylular sınıfına değil, bütün İngiliz halkına yönelik olmasıdır⁸⁶.

Haklar Dilekçesi'nde yer alan şartlarda, hâkim tarafından yargılanmadan ve kanunlara uygun olarak hükmedilmeden alınan kararların uygulanamayacağı belirtilmektedir. Ancak metinde açık bir şekilde yargılamanın adil olması ve hakkaniyete uygun yürütülmesiyle ilgili bir kural yer almamıştır. Bu belgede yer alan ifadeler, adil yargılama ilkesine doğru atılan önemli adımlar olarak değerlendirilebilir.

5. Habeas Corpus Act

İngiltere'de Kral II. Charles döneminde basit bir yasama işlemiyle yürürlüğe giren, 26 Mayıs 1679 tarihli “Habeas Corpus Act” kişi güvenliğiyle ilgili önemli bir

⁸⁵ Kral I. Charles döneminde genel eğilim, krallığı güçlendirme, parlamentonun yetkilerini azaltma yönündeydi. Kral ile parlamento arasında vergi konusunda çıkan anlaşmazlık sonucu parlamento, Krala karşı mücadele etmeye başladı; bunun üzerine Kral, parlamentoyu dağıttı. Daha sonra tekrar toplanan parlamento, o sıralar Fransa'yla sürdürülen savaşta, Krala malî destek sağlamak karşılığında Haklar Dilekçesi'ni Krala kabul ettirmiştir (Tanilli, s. 204; Akad/Dinçkol, s. 191).

⁸⁶ Gemalmaz, s. 60; Kaşıkara, s. 36; Akad/Dinçkol, ss. 191, 192; Fendoğlu, Temel, s. 97; Sınar, s. 186; Akyılmaz, ss. 164, 165; *Petition of Rights*, <http://www.constitution.org/eng/petright.htm>, (E.T. 12.03.2015).

belgedir. Bu belgeyle keyfi tutuklanmanın yasaklanması, adil yargılama bakımından ciddi bir adım olarak nitelendirilebilir. Belgede, hâkim kararı olmaksızın kimsenin tutuklanamayacağı, suçüstü hali dışında, hâkim kararı olmaksızın tutuklanmanın ancak, suçluluğu hakkında güçlü belirtiler bulunan kişinin, kaçması ihtimalini gösteren vakıaların olması veya delillerin yok edilmesi, değiştirilmesi, gizlenmesi, şahitlerin yalan şahitliğe veya şahitlikten kaçınmaya yöneltilmesi gibi sebeplerin zorunlu kılması hâllerinde yapılması; tutuklunun veya sanığın en geç kırk sekiz saat içerisinde hâkim önüne çıkarılması ve tutuklamanın en kısa sürede, tutuklananın yakınlarına bildirilmesi esasları düzenlenmiş olup sanık ve tutuklu hakları güvence altına alınmıştır⁸⁷.

Habeas Corpus Act'a göre, vatana ihanet ve cinayet suçundan tutuklanan kişiler mahkemeye başvurarak hızlı yargılama talep ederlerse, yargılamanın yirmi gün içinde başlaması gerekmektedir. Mahkeme, kendisine başvuran şahsın yirmi gün içinde mahkemeye getirilmesini ceza evi müdürüne bildirmek zorundadır; aksi halde görevini yapmayan hâkim ve ceza evi müdürü ağır para cezalarına çarptırılır. Belgede, suçluların bazı ağır suçlar dışında kefaletle salıverilmeleri, yargılamanın tutuksuz sürdürülmesi, sanığın tutuklu olduğu hallerde de davaların kısa sürede bitirilmesi ilkeleri yer almıştır. Kişiler, kralın keyfi işlemlerine karşı korunmuş ve bu ilkelerin teminatı olarak hâkimlere önemli sorumluluklar yüklenmiştir⁸⁸.

Habeas Corpus Act, sanığın vakit geçirmeksizin mahkeme önüne çıkarılmasını bildirmesi bakımından ilk sayılabilecek bir metindir. Bu metin adil yargılama ilkesinin gelişimi bakımından oldukça önemlidir; çünkü bu belgede kişi özgürlüğü ve güvenliğinin bir mahkeme kararı olmadan ihlâli halinde, söz konusu ihlâli yapanların cezalandırılacağı da açıkça belirtilmiştir⁸⁹. İlk kez hak ihlallerinde bir yaptırım söz konusudur. Ancak uygulamada sadece soylular bu haklardan yararlanabilmiştir; çünkü hâkim genellikle tutukludan serbest bırakılması için yüklü bir para istemiştir⁹⁰.

⁸⁷ Tanilli, s. 213; Gemalmaz, s. 61; Erdoğan, s. 11; Akad/Dinçkol, s. 192; Akyılmaz, s. 165; Habeas Corpus Act, http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/a1_9_2s2.html, (E. T. 12.03.2015).

⁸⁸ Gemalmaz, ss. 56-62; Akyılmaz, s. 165; Recai Galip Okandan, *Umumi Amme Hukuku*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968, s. 254.

⁸⁹ Kaşıkara, s. 37; Akyılmaz, s. 165; Sınar, s. 188.

⁹⁰ Tanilli, s. 214.

6. Haklar Bildirisi (Bill Of Rights)

İngiltere’de Kral II. Jacques’ın parlamentonun yetkilerini sınırlandırma çabaları sonucunda, kral-parlamento çatışması yeniden başlamıştır. Bu çatışma 1688 İhtilali’ne sebep olmuş; bunun üzerine Kral Fransa’ya kaçmıştır. Tahta geçen Kralın kızı ve onun kocası ile parlamento arasında, 1689 tarihinde “Bill of Rights” kabul edilmiştir. Bu belge, Kral ve parlamento arasında bir anlaşma niteliği taşımaktadır⁹¹.

1689 tarihli bildiride, kişilerin yargılanması hâlinde, yargılamayı yapacak olanlar ile yargılananın eşit statüde olması kabul edilmiştir. Böylece iktidardan pay isteyen, daha doğrusu iktidar karşısında kendi iktidarlارının da tanınmasını sağlamaya çalışan aristokrat kesimler, bu sürecin bir parçası olarak yargılama alanında da kendilerini daha güvenceli konuma getirmek çabasını (kendi sınıflarından hâkimler talep ederek) göstermişlerdir⁹². Ayrıca bu belgeye göre, yargı kararı olmadan kişiler cezalandırılmayacak, tutukluların salıverilmesi için aşırı kefalet istenmeyecek, kişilere aşırı cezalar verilmeyecektir⁹³.

İngiltere’de 14-17’üncü yüzyıllarda, genellikle kral ve parlamento arasında çatışma yaşanmıştır. Bu tür çatışmanın sebebi her zaman, kralın parlamentonun yetkilerini sınırlandırma çabaları olmuştur. Adil yargılamaya dair kazanımlar getiren tüm İngiliz özgürlük belgelerinin amacı, kralın yetkilerini parlamento lehine sınırlandırmaktır.

7. İhanet Suçu Yargılaması Kanunu

İngiltere’de, Kral III. William döneminde çıkartılan 1696 tarihli İhanet Suçu Yargılaması Kanunu (Treason Trials Act) ile ihanet suçlaması yöneltilen kişilerin bile eşit ve adil savunma hakkına sahip oldukları ve bu imkândan yoksun bırakılmamaları gerektiği kabul edilmiştir. İhanet suçlaması yöneltilen kişilerin, haklarındaki suçlamayı içeren iddianamenin, şahitlerin isimleri hariç, tam bir metnini buna ilişkin yargılamadan en azından beş gün önceden edinme hakları ve bu yolla bu

⁹¹ Gemalmaz, s. 62; Akad/Dinçkol, s. 193; Tanilli, s. 214; Sınar, s. 188.

⁹² Gemalmaz, s. 62; Kaşıkara, s. 38; Akad/Dinçkol, s. 193.

⁹³ Gemalmaz, ss. 62, 63; Akyılmaz, s. 165; Bill of Rights, <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/revolution/overview/billofrights/>, (E. T. 12.03.2015).

kişilerin avukatları ile görüşüp onların tavsiyelerinden yararlanabilmelerine imkân sağlanmıştır. Bu kanunla, ihanet suçlaması ile yargılananlar bakımından adil yargılanma hakkına dair kısmî nitelikli bazı güvenceler getirilmiştir⁹⁴.

8. Act Of Settlement (İşkân Kanunu)

1701 tarihinde İngiltere’de ilân edilen Act of Settlement (İşkân Kanunu) isimli belge ile hâkim güvencesi getirilmiştir. Bu belgeyle, hâkimlerin belirli bir maaş alacakları, hukuka uygun hareket ettikleri sürece görevden azledilemeyecekleri ve görevden azletmenin yalnızca parlamentonun iki kanadına yöneltilen istek üzerine kral tarafından yapılabileceği kabul edilmiştir. Böylece, adil yargılanma hakkı kapsamında yargı bağımsızlığı yolunda önemli bir adım daha atılmıştır⁹⁵.

9. Virginia Haklar Bildirgesi

Amerika’da vatandaşların temel hak ve özgürlüklerine yer veren ilk düzenleme olan 1776 tarihli Virginia Haklar Bildirgesi’nin, adil yargılanma hakkını kayıt altına alan ilk belgelerden biri olduğu söylenebilir. Bu bildirge, bütün insanların eşit, bağımsız ve doğuştan bir takım haklara sahip olduğunu (m. 1), iktidar yetkisinin halkta bulunduğunu (m. 2) ve yasama, yürütme ile yargının birbirinden ayrı düşünülmesi gerektiğini (m. 5) belirtmiştir. Bu bildirgenin adil yargılanma hakkına yer veren 8’inci maddesinde; herkesin ceza davalarında hakkındaki suçlamayı öğrenme, suçlamayı yapanlarla ve şahitlerle yüzleşme, kendi lehine olan delilleri gösterme, tarafsız bir jüri önünde hızla yargılanma haklarına sahip olduğu ifade edilerek, hiç kimsenin kendi aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağı belirtilmiştir. Bildirgenin 9’uncu maddesinde, aşırı kefalet istenemeyeceği ve kişilere çok yüksek para cezalarıyla, zalim, olağandışı cezalar verilemeyeceği düzenlenmiştir⁹⁶.

⁹⁴ Gemalmaz, s. 64; Akyılmaz, s. 166.

⁹⁵ Gemalmaz, s. 64; Kaşıkara, s. 39; Act of Settlement, <http://www.parliament.uk/about/living-heritage/evolutionofparliament/parliamentaryauthority/revolution/overview/actofsettlement/>, (E. T. 12.03.2015); Sinar, s. 189.

⁹⁶ Kaşıkara, ss. 40-41; Gemalmaz, ss. 66-68; Akad/Dinçkol, ss. 195, 196; Kapani, ss. 44, 45; Fendoğlu, Temel, s. 98; Sinar, ss. 190, 191; Akyılmaz, s. 166; Virginia İnsan Hakları Bildirisi, <http://www.dusuncetarihi.com/makale/virginia-insan-haklari-bildirisi-1776.html> (E. T. 12.03.2015).

1787 tarihinde hazırlanan Amerikan Anayasası'na, 1791 yılında Virginia Haklar Bildirisi'nden daha geniş bir "Haklar Bildirisi" eklenmiştir. Bu Haklar Bildirisi'nde, adil yargılamayla ilgili hak ve kurallar (due process of law) tek tek sayılarak anayasal güvenceye kavuşturulmuştur⁹⁷.

10. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi

1789 Fransız Devrimi sonucunda, 26 Ağustos 1789 tarihinde ilân edilen İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, insan haklarının evrensel olduğu anlayışını kabul etmesi açısından oldukça önemli bir belgedir. Artık insan hakları, küçük bir azınlığın ayrıcalığı olmaktan çıkarılarak kamulaştırılacaktır. Bildirinin ilk maddesinde, tüm insanların özgür ve eşit olarak doğdukları; ikinci maddesinde de, insanların doğal ve zamanaşımına uğramayan hakları olduğu belirtilmiştir. Bu bildirge, kendisinden sonra hazırlanan anayasalara önderlik etmiş ve aynı zamanda ilânından 150 yıl sonra hazırlanan 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ne temel olmuştur. Bu bildirgede yer alan hak ve özgürlükler evrensel nitelik kazanmıştır⁹⁸.

1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, Türk kamu hukukunu da etkileyen bir bildirge olarak yargılamaya ilişkin hükümler içermektedir. Bildirgenin 6'ncı maddesinde, tüm vatandaşların hiçbir fark gözetilmeksizin kanun karşısında eşit oldukları düzenlenmiştir. Bildirgenin 7, 8 ve 9'uncu maddeleri "adil yargılanma hakkı" ile ilgilidir. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin, 7'inci maddesinde tutuklamanın kanuna uygun olmasından, 8'inci maddesinde suç ve cezada kanunîlik ilkesinden, 9'uncu maddesinde de masumiyet karinesinden bahsedilmiştir⁹⁹.

⁹⁷ Sınar, ss. 192, 193.

⁹⁸ Gemalmaz, s. 81; Erşen, s. 32; Akad/Dinçkol, ss. 141, 365; Foucault, s. 144; Kapani, ss. 49-52; İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, <http://Insan-ve-Yurttas-Haklari-Bildirisi--k1-Declaration-of-the-Rights-of-Man-and-of-the-Citizen.-La-D-e2-claration-des-droits-de-l-h-Homme-et-du-citoyen-k2-.htm>, (E. T. 10.04.2105); Sınar, s. 194.

⁹⁹ Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi m. 7; "Hiç kimse kanunun belirlediği haller ve emrettiği şekiller dışında itham edilemez, tutulamaz ve tutuklanamaz. Keyfi emirlerin verilmesini isteyen bu çeşit emirleri veren, yerine getiren ya da getirenlerin cezalandırılması gerekir. Ancak kanun gereğince çağrılan ya da yakalanan her yurttaş derhal itaat etmelidir, direnirse suçlu olur". m. 8; "Kanun ancak sıkı ve aşikâr biçimde zorunlu olan cezalar koymalıdır. Bir kimse ancak suçun işlenmesinden önce kabul ve ilân edilmiş olan ve usûlüne göre uygulanan bir kanun gereğince cezalandırılabilir." m. 9; "Herkes, suçlu olduğu açıklanmaya kadar masum sayıldığından tutuklanması gerekiyorsa ele

1791’de Fransız Anayasası hazırlanmış ve bu anayasada da temel hak ve özgürlükler ile bunlara paralel olarak adil yargılama ilkesiyle ilgili gelişmeler devam etmiştir. 1791 tarihli Fransız Anayasası’nın 1-27’inci maddeleri arasında adil yargılanma hakkına ilişkin olarak; “diğer erklerin yargıya müdahale edemeyeceği, doğal hâkim ilkesi, kanunun uygulamasının hâkimin elinde olduğu, alenî yargılama yapılacağı, sanığın avukattan yararlanmasının reddedilemeyeceği” gibi hükümler yer almaktadır. Adil yargılama ile ilgili bu gibi hükümlerin anayasada bulunması bakımından 1791 tarihli Fransız Anayasası da ayrı bir öneme sahiptir¹⁰⁰.

Bildirgeler dışında 18’inci yüzyılın sonları ve 19’uncu yüzyılda hazırlanan 1791 Fransız, 1831 Belçika ve 1851 tarihli Prusya Anayasalarında; 1810 Fransız Ceza Usûl Kanunu ile 1853 tarihli Avusturya Ceza Usûl Kanunu’nda “yargılama yapılmadan kimseye ceza verilmeyeceği” ilkesine ve adil yargılamayla ilgili bazı ilkelere yer verilmiştir. 1846 tarihli Prusya Ceza Usûl Kanunu’nda, açık olarak yapılacak yargılamada sanığın ve savcının birbirlerini dinleyeceği, delil sunacağı ve sanığa savunma hakkının verileceği sözlü bir duruşmanın mutlaka yapılması gerektiği belirtilmiştir¹⁰¹.

E. Uluslararası Belgelerde Adil Yargılanma Hakkı

1. Genel Olarak

İnsan hakları konusu, uzun yıllar bir iç hukuk sorunu olarak ele alınmıştır. İkinci Dünya Savaşı’nın sonuna kadar kişiyle devlet arasındaki ilişki, sadece ulusal yetkiyi ilgilendiren bir konu olarak kabul edilmekteydi. İkinci Dünya Savaşı’nın doğurduğu acı sonucunda insanın insan olarak değerini, insanlar arasındaki eşitliği yeniden ve daha güçlü bir biçimde sağlamak için insan haklarına saygılı bir düzenin kurulması gerekli görülmüştür. İnsan hakları konusunun, ulusal sınırları aşarak

geçirilmesini sağlamak için zorunlu olmayan her türlü davranışı, kanun ağır bir biçimde cezalandırmalıdır.” (Gemalmaz, s. 82; Akad/Dinçkol, s. 366; İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi, <http://Insan-ve-Yurttas-Haklari-Bildirisi--k1-Declaration-of-the-Rights-of-Man-and-of-the-Citizen.-La-D-e2-claration-des-droits-de-l-h-Homme-et-du-citoyen-k2-.htm>, (E. T. 10.04.2105).

¹⁰⁰ Gemalmaz, ss. 85-87; Kaşıkara, ss. 43-44.

¹⁰¹ H. S. Sanford, *The Different Systems of Penal Codes in Europe*, Washington, 1854, http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Lieber_Collection/pdf/penalCodes-in-Europe.pdf, (E. T. 12.10.2016), ss. 42, 93, 128; Gemalmaz, ss. 74-92; Akyılmaz, ss. 167, 168.

uluslararası bir sorun ve dava halinde ortaya çıkışında geniş bir kamuoyu hareketi etkili olmuştur. İkinci Dünya Savaşı'nın yol açtığı acılardan sonra, insan haklarını bir iç hukuk sorunu olarak görme anlayışı geride bırakılarak uluslararası koruma ve denetim mekanizmaları geliştirilmiştir. Böylece birey, hakları çiğnendiği zaman uluslararası denetim mekanizmalarını harekete geçirebilen, haklarının korunmasını sağlayabilen bir kişi hâline gelmiştir¹⁰².

İnsan hakları alanındaki gelişmeler ve ulusal nitelikli metinler zaman içinde insan hakları hukukunu etkilemiş ve evrensel değer taşıyan uluslararası belgelere kaynaklık etmiştir. Bu belgeler, Birleşmiş Milletler Örgütü'nün ve Avrupa Konseyi'nin çalışmaları olmak üzere iki başlık altında incelenmiştir.

2. Birleşmiş Milletler Örgütü'nün Çalışmaları

a. Genel Olarak

İlk çağlardan itibaren artarak çoğalan hak ve özgürlükler mücadelesinde 20'inci yüzyıl bir dönüm noktası olmuştur. 20'inci yüzyıla kadar devletlerin anayasa ve kanunlarında yer alarak ulusal hukuk süjesi sayılan insan haklarının, bu dönemde evrenselleşerek uluslararası anlamda korunması anlayışı kabul edilmiştir. İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması için bir araya gelen devletler, 1945'de Birleşmiş Milletleri kurmuşlardır¹⁰³. Bu gelişmenin ardından, devletlerin taraf olduğu uluslararası belge ve sözleşmeler yoluyla insan hakları ve temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmak istenmiştir. Adil yargılanma hakkı da temel bir insan hakkı olması sebebiyle bu uluslararası belgelerin konusunu oluşturmuştur.

¹⁰² Doğan Soyaslan, "Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Ceza Yargılaması", **Adil Yargılanma Hakkı**, Ed. Feridun Yenisey, Global Hukuk Eğitimi Programları Direktörlüğü (IGUL), Yayın No: 4, İstanbul, 2004, s. 292; Erdoğan, s. 8; Kaşıkara, s. 44; Kapani, s. 60; Gözübüyük, s. 199; Özden, s. 105.

¹⁰³ Gözübüyük, ss. 199, 200; Özden, ss. 105, 110. BM Örgütü'nün kuruluş çalışmaları 1944 Sonbaharında hız kazanmış ve 3-11 Şubat 1945'te Churchill, Roosevelt ve Stalin arasında, Yalta'da kurulacak olan BM Örgütü'nde 5 büyük devlete (ABD, Sovyetler Birliği, Çin, İngiltere, İtalya) veto hakkı tanıyan anlaşma imzalanmıştır. BM Antlaşması 24 Ekim 1945'te yürürlüğe girmiştir (Gemalmaz, ss. 337-343; Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s. 267).

b. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul ve ilân edilmiştir. “İdeal hak ve özgürlüklerin” yer aldığı bu evrensel belge, hukuken bağlayıcılığa sahip olmamakla birlikte, kendisinden sonra düzenlenen uluslararası sözleşmelere ilham kaynağı olmuştur. Aynı zamanda bu belge, devletlerin anayasa ve kanunlarındaki insan haklarına ilişkin düzenlemeler bakımından uluslararası standart olarak kabul edilmiştir. Beyannamenin başlangıç bölümünde de ifade edildiği gibi hedef, “bütün insanlık için insan haklarının gerçekleştirilmesinde ortak bir başarı ölçütü” belirlemektir. Bu belge, Birleşmiş Milletler üyesi devletler tarafından ortaya konulan en kapsamlı insan hakları listesini içermektedir¹⁰⁴.

Türkiye, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ni 6 Nisan 1949 tarihinde Bakanlar Kurulu kararıyla kabul etmiştir. Belge, 27 Mayıs 1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde yargılama faaliyetleriyle ilgili olarak kişilere tanınan başlıca temel hak ve özgürlükler; kanunlar önünde eşitlik (m. 7), mahkemeler önünde hak arama hürriyeti (m. 8), bağımsız ve adil mahkemeler önünde yargılanma hakkı (m. 10) ve savunma hakkı (m. 11) dır¹⁰⁵.

Beyanname’nin 10’uncu maddesinde açıkça adil yargılanma hakkından bahsedilmektedir: “Herkes, hakları ve yükümlülükleri ile hakkındaki bir suç isnadının karara bağlanmasında bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve alenî olarak tam bir eşitlikle yargılanma hakkına sahiptir”. Yine Beyanname’nin 11’inci maddesinin 1’inci fıkrasında, “hakkında suç isnadı bulunan bir kimse, savunması için gerekli bütün güvencelere sahip olarak alenî bir yargılama sonunda hukuka göre suçluluğu kanıtlanıncaya kadar suçsuz sayılır” denilmek sûretiyle açıkça masumiyet karinesinden bahsedilmiştir¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Gemalmaz, s. 348; Kaşıkara, s. 46; Erdoğan, s. 11; Özden, ss. 111, 166; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, <http://www.danistay.gov.tr/upload/insanhaklarievrenselbeyannamesi.pdf>, (E.T. 15.03.2015); Akad/Dinçkol, s. 246; Kapani, ss. 62, 63.

¹⁰⁵ Kapani, ss. 63-65; Gemalmaz, ss. 350, 351; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, <http://www.danistay.gov.tr/upload/insanhaklarievrenselbeyannamesi.pdf>, (E.T. 15.03.2015).

¹⁰⁶ Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler*, Bilgi Yayınları, Ankara, 1995, s. 18; Gemalmaz, s. 351; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, <http://www.danistay.gov.tr/upload/insanhaklarievrenselbeyannamesi.pdf>, (E.T. 15.03.2015); Özden, s. 166.

Birleşmiş Milletler, daha sonra insan haklarının ve özgürlüklerinin üye devletlerin iç hukuklarında da uygulanabilir olması için birçok sözleşmeler hazırlamış ve yürürlüğe koymuştur. Bunların en önemlileri “Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”; “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme”; “İşkence ve Diğer Zalimce, İnsanlık Dışı veya Küçültücü Davranış veya Cezaya Karşı Sözleşme”; “Soykırım Suçunun Önlenmesine ve Cezalandırılmasına Dair Sözleşme” gibi sözleşmelerdir¹⁰⁷.

c. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966 İkiz Sözleşmesi)

23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nde insan kişiliğine bağlı klâsik nitelikteki kişisel ve siyasal haklar ile temel hürriyetler ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş ve güvence altına alınmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, uluslararası hukuk anlamında bir anlaşma veya sözleşme kapsamında olmamasına karşılık, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi uluslararası hukukun güvencesi altındadır¹⁰⁸.

Sözleşmede mahkemeler önünde yargılanmayla ilgili olarak yer alan temel hak ve özgürlükler başlıca, savunma hakkı (m. 14) ve kanun önünde eşitlik hakkıdır (m. 26). Sözleşmenin özellikle 14’üncü maddesi adil yargılanma hakkının unsurlarını içermesi bakımından önemlidir. Sözleşmenin 14’üncü maddesinde, adil yargılanma hakkı bakımından tarafsız ve bağımsız mahkeme önünde alenî olarak yargılanma ilkesine, masumiyet karinesine ve sanığın savunması bakımından sahip olması gereken asgarî güvencelere dair ayrıntılı düzenlemeler yer almıştır. Bunun dışında sözleşmenin 26’ncı maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi de mahkeme

¹⁰⁷ Erdoğan, ss. 12-13; Akad/Dinçkol, s. 247; Kapani, s. 66; Özden, s. 111. Maalesef, bu uluslararası antlaşmalara taraf olan her devletin uygulamada insan haklarına saygılı davrandığını söylemek mümkün değildir. Örneğin, BM’e 1955 tarihinde üye olan ve bu antlaşmaların çoğunu imzalayan Bulgaristan, ahde vefa (sözleşmeye uyma zorunluluğu) kuralını hiçe sayarak ülkesinde azınlık statüsünde olan Türklere ve diğer topluluklara (Çingeneler, Pomaklar gibi) karşı bir kültür soykırımı uygulamış, azınlıkları Bulgarlaştırmaya çalışmış ve ağır insan hakları ihlalleri yapmıştır. Bulgaristan’da yaşanan adil yargılama ilkesini hiçe sayan ve insan haklarını çiğneyen uygulamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız, Ahmet Şerif Şerefli, **Türk Doğduk Türk Öldük**, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2002, ss. 232, 261, 335-467, 536.

¹⁰⁸ Senem Özyavuz, “Medeni Siyasal Haklar Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma Hakkı: Sanık Haklarına Genel Bir Bakış”, **Nurullah Kunter’e Armağan Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ankara, 2004, s. 430; Kapani, s. 66; Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, <https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2015/05/a-5-1966-dec-16-mshs.pdf>, (E.T. 15.03.2015).

önünde yargılanmayla ilgili olarak sözü geçen temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir hükümdür. Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve bağlı protokol ile getirilen en önemli yenilik; sözleşmede yer alan insan haklarına, taraf devletlerce saygı gösterilip gösterilmediğini denetlemek ve sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerin uygulanmasını sağlamak amacıyla, İnsan Hakları Komitesi'nin kurulmuş olmasıdır¹⁰⁹.

3. Avrupa'da Yürütülen Çalışmalar

a. Genel Olarak

Avrupa Konseyi, Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra harabeye dönen Avrupa'da yeniden yok edici bir savaşın olmaması ve Avrupa'nın birleştirilmesi amacıyla 10 Avrupa ülkesi tarafından 5 Mayıs 1949'da Londra'da kurulmuştur. Türkiye, Konsey'e, yapılan çağrı üzerine Yunanistan ile birlikte 11 ve 12'inci üye olarak 13 Nisan 1950 tarihinde katılmıştır. Konsey'in, üyeleri arasında ekonomi, kültür, bilim açısından ve siyasî, hukukî, idarî açıdan dayanışmayı sağlamak, insan hak ve özgürlüklerinin korunması, üye devletlerde hukukun üstünlüğü ilkesine uygun bir yönetimin gerçekleştirilmesi ve her vatandaşın insan haklarından ve temel özgürlüklerden faydalanmasının sağlanması gibi amaçları bulunmaktadır. Avrupa Konseyi, insan hakları alanında başlangıçtan beri sahip olduğu hassasiyeti devam ettirmektedir¹¹⁰.

Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan, uluslararası insan haklarını içeren ve koruyan en önemli uluslararası metin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Avrupa Konseyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dışında insan hakları konusunda birçok sözleşme hazırlamış ve yürürlüğe koymuştur. Bunlardan bazıları, "İşkencenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi", "Avrupa Sosyal Şartı" ve "Avrupa Sosyal Güvenlik Sözleşmesi"dir¹¹¹.

¹⁰⁹ Özyavuz, ss. 430-437; Pazarcı, s. 203; Kapani, ss. 67, 68; Özden, s. 118; Sınar, s. 208; Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, <https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2015/05/a-5-1966-dec-16-mshs.pdf>, (E.T. 15.03.2015).

¹¹⁰ Gemalmaz, ss. 685-689; Kaşıkara, s. 50; Gözübüyük, s. 200; Turan, s. 11; Sınar, s. 201.

¹¹¹ Kaşıkara, ss. 52-53; Akad/Dinçkol, s. 260 vd; Tanör, İnsan, s. 29; Turan, s. 13.

b. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

21'inci yüzyılın insan hakları açısından en önemli gelişmesi, insan haklarının uluslararası düzeyde tanınması ve insan haklarının korunması için uluslararası düzeyde denetim mekanizmaları geliştirilmesidir. Uluslararası toplumda insan haklarıyla ilgili birçok uluslararası anlaşma ve sözleşme kabul edilmiştir; ancak uluslararası insan haklarını içeren ve koruyan en önemli uluslararası metin, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), aralarında Türkiye'nin de bulunduğu on beş ülke tarafından, 4 Kasım 1950'de kabul edilerek Roma'da imzalanmış, 3 Eylül 1952'de yürürlüğe girmiştir. Ancak Türkiye, 18 Mayıs 1954 tarihinde sözleşmeyi onaylamıştır. AİHS'e sadece Avrupa Konseyi'ne üye olan devletler taraf olabilmektedir¹¹². Sözleşmeyle güvence altına alınan haklar sadece kişisel ve siyasal haklardan oluşmaktadır.

AİHS, özellikle adil yargılanma hakkından bahseden ilk ve en önemli uluslararası belge niteliğini taşımaktadır. Sözleşme, değişik tarihlerde çıkarılan protokollerle genişletilmiştir. Sözleşme ve sözleşmenin genişlemesi sonucunu doğuran ek protokollerde kabul edilen temel hak ve özgürlükler, uluslararası hukukun güvencesi altına alınmıştır¹¹³.

Sözleşmenin getirmiş olduğu en büyük yenilik, bireyin uluslararası hukukta hak sahibi olabilmesidir. AİHS, getirmiş olduğu temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak amacıyla bir denetim mekanizması kurmuştur. Bu mekanizmada, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu¹¹⁴, Avrupa İnsan Hakları

¹¹² Diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sadece vatandaş için değil, sözleşmeye taraf olan devletin ülkesinde bulunan vatandaş ya da yabancı herkes için uygulanacaktır. Sözleşmenin 1'inci maddesi, taraf devletleri, kendi yetki alanında bulunan herkes için sözleşmede belirtilen temel insan hak ve özgürlüklerini uygulama yükümlülüğü altına sokmaktadır (Gemalmaz, s. 695); Akad/Dinçkol, s. 252, 253; Kapani, s. 69, 70; Özden, s. 238; Gözübüyük, s. 201.

¹¹³ Kaşıkara, s. 51; Kapani, ss. 69-71; Gözübüyük, s. 201; Sınar, s. 202.

¹¹⁴ İnsan Hakları Komisyonu, AİHS ile getirilmiş güvence sisteminin en önemli kuruluşudur. Yarı yargısal nitelikte bir kuruluş olan Komisyon, ilgililerin şikâyetlerini ilk planda inceleyerek bir çeşit ön soruşturma yapar. Başvuruların ilk incelemesini yaparak başvurunun kabul edilebilir nitelikte olup olmadığına karar verir. Komisyon, başvuruyu kabul veya reddedebilir. Ret kararı kesin olup başvuruyu sonuçlandırır. Komisyon, taraflar arasında dostça çözüm olasılığını da araştırır. Taraflar arasında Komisyon'un da onaylayacağı bir uzlaşma sağlanırsa dostça çözüm yoluna gidilir. Komisyon incelemesinden sonra, dava Divan önüne götürülebilir. Divan, yargısal görev olarak kendisine gönderilmiş olan sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları, zorunlu ve kesin olarak karara bağlayan bir

Mahkemesi (Divanı)¹¹⁵, Bakanlar Komitesi¹¹⁶ olmak üzere üç organ bulunmaktadır. Sözleşmenin üstünlüğü, yargı denetimine yer vermiş olmasından kaynaklanır.

Türkiye, 22 Ocak 1990 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini tanımıştır. Bu tarihten sonra da Türkiye aleyhine, insan hakkı ihlallerine ilişkin çok sayıda karar çıkmaya başlamıştır. Türkiye aleyhine açılan davaların çoğu, adil yargılanma hakkının ihlâl edilmesine ilişkindir¹¹⁷.

Adil yargılanma hakkı, ilk kez açık bir ifade ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde yer almıştır. Adil yargılanma hakkı, günümüzde tüm bireylerin, mensubu oldukları devletlerden talep edebilecekleri ve uluslararası alanda güvence altına alınmış olan en temel haklarından birisidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "adil yargılanma hakkı"nı düzenleyen 6'ncı maddesi şu şekildedir:

"1. Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezaî alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak demokratik bir toplumda genel ahlâk, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selâmetine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.

yargı organı niteliğindedir. Divan önünde izlenen yöntem, tam bir yargılama yöntemidir. Kamuya açıklık (aleniyet) ilkesine dayanır (Kaşıkara, s. 51; Turan, s. 24).

¹¹⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konseyine üye olan devletlerin sayısı kadar hâkimden oluşan ve önüne getirilen uyuşmazlıkları kesin olarak karara bağlayan bir yargı organıdır. Ancak mahkemenin yargı yetkisini tanıyıp tanımamak her devletin kendi takdirine bırakılmıştır (Kapani, s. 71; Turan, s. 27).

¹¹⁶ Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin Dışişleri Bakanları'ndan kurulu siyasal bir organ niteliğindedir. Komisyonca dostça çözüme kavuşturulamayan ve Divan'a götürülmeyen konular, Bakanlar Komitesi'ne sunulur. İnsan haklarının ihlâl edildiği karara varılırsa ilgili devlete bu aykırılığı gidermek üzere gerekli önlemler alınmazsa ne yapılacağı, Komite tarafından saptanır. 1 Kasım 1998'de yürürlüğe giren 11 numaralı Protokol ile bahsedilen ilk iki organın yerini, tam zamanlı çalışan tek bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi almıştır. Bakanlar Komitesi'nin yargısal işlevi de ortadan kaldırılmıştır (Kaşıkara, s. 51; Turan, s. 25).

¹¹⁷ Gemalmaz, s. 701; Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 23 vd; Serap Akipek, "Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar İle Uyumlaştırılması Sorunu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:1-4, Cilt:48, 1999, ss. 16, 18-22.

2. Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu kamunî olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır.

3. Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgarî haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak ve eğer avukat tutmak için malî olanaklardan yoksunsa ve adaletin selâmeti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek;

d) İddia tanıklarının sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

e) Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmak¹¹⁸.

Yukarıdaki hükümlerde de görüldüğü gibi, 6'ncı madde, bireyin medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi veya suçlanması durumunda adil ve açık yargılanma hakkını güvence altına almaktadır. Burada adil yargılanma hakkı, medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar ve ceza davalarına ilişkin yargılamalarla sınırlı tutulmuştur.

c. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı ve Teşkilâtı

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK) sürecinin çıkış amacı olan Batı ve Doğu blokları arasındaki “soğuk savaş” dönemini sona erdirmeyi amaçlayan süreç, daha sonra Paris Zirvesi ile yeni bir düzen için kalıcı bir barışı sağlamaya yönelik çok önemli belgelerin kabûlüyle yeni bir boyut kazanmıştır. Karşılıklı bloklar arasında yürütülen görüşmeler sonucunda 1 Ağustos 1975'te Helsinki'de

¹¹⁸ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, (E. T. 16.07.2016).

“doruk” toplantısında bir araya gelen devletler, “Nihai Senet” olarak bilinen “Helsinki Sonuç Belgesini” imzalamışlardır¹¹⁹.

Yapılan toplantılar içerisinde 19-21 Kasım 1990 tarihleri arasında 34 ülkenin katılımıyla toplanan AGİK toplantısı, “Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı”nın onayıyla yeni bir boyut kazanmıştır. Paris Şartı’nda, “tüm insanların adil ve açık yargılanma hakkına sahip olduğu” ilkesi kabul edilmiştir. AGİK’e mensup ülkeler 1994’te Budapeşte’de yapılan toplantıda Konferansın örgüte dönüştürülmesini kararlaştırmışlardır. Bu süreç sonunda AGİK, örgütlenme sürecini tamamlayarak 4 Aralık 1994 tarihinde AGİT (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilâtı) adını almıştır¹²⁰.

4. Evrenselleşme Sürecinde Bölgesel Gelişmeler

Evrenselleşme sürecindeki önemli bölgesel gelişmelerden biri, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’dir. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, 30 Nisan 1948 tarihinde Bogota’da yapılan konferans sonucunda, Amerika kıtasındaki 21 devlet tarafından imzalanarak kabul edilmiştir. Aynı konferansta Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirgesi de yayınlanmıştır. Amerika Devletleri Örgütü üyesi devletler daha sonra 1969 yılında Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi’ni imzalamışlar ve bu sözleşme 1978’de yürürlüğe girmiştir. İnsan hakları ihlallerini incelemek için Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerikan İnsan Hakları Komisyonu’ndan oluşan iki denetim mekanizması kurulmuştur. Üye devlet temsilcilerinden oluşan bu mahkeme ve komisyon, insan hakları ihlallerine ilişkin şikâyetleri inceleyerek karara bağlama yetkisine sahiptir. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8’inci maddesinde adil yargılanma hakkına ve adil yargılanma hakkı kapsamında sanığa tanınan güvencelere yer verilmiştir¹²¹.

Evrenselleşme sürecindeki önemli bölgesel gelişmelerden bir diğeri, Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi’dir. 1963’de Afrika Birliği Örgütü Şartı ile Afrika Birliği Örgütü’nü kurarak bölgesel düzeyde örgütlenme yoluna giden Afrika devletleri, 27 Haziran 1981’de Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’nı

¹¹⁹ Bu belge, Arnavutluk dışında tüm Avrupa Devletleri ile ABD ve Kanada’nın katıldığı bu zirve sonucunda imzalanmıştır (Gemalmaz, s. 792); Kapani, ss. 74, 75.

¹²⁰ Kaşıkara, s. 53; Paris Şartı, https://www.tbmm.gov.tr/ul_kom/agit/paris_sarti.htm, (E.T. 18.11.2016).

¹²¹ Gemalmaz, ss. 839-853; Akad/Dinçkol, ss. 249, 250; Kapani, s. 74; Sınar, s. 203; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, <https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2015/05/02.pdf>, (E.T. 18.11.2016).

imzalamışlardır. Afrika Şartı'nda adil yargılanma hakkıyla ilgili olarak; “masumiyet karinesi, savunma hakkının dokunulmazlığı (m. 7) ve makul sürede yargılanma hakları (m. 8)” konusunda düzenlemeler yapılmıştır¹²².

IV. İSLÂMİYET ÖNCESİ TÜRK HUKUKU'NDA ADİL YARGILAMA İLKESİ

A. Genel Olarak

Adil yargılama ilkesinin temeli “adalet” kavramına dayanır. Eski Türk devletlerinden başlayarak adalet (könilik) kavramını devletin temeli sayan Türkler, kurdukları bütün devletlerde adalet ilkesine büyük önem vermişlerdir¹²³. Avrupa’da yaşayan halkların devlet kurmaya alışmalarının, aralarında barış ve adaletin yerleşmesinin Hunların eğitici ve adil idareleri altında yaşamaları sayesinde olduğu söylenebilir; bu da Türklerin adalet anlayışının ne kadar geliştiğini göstermektedir¹²⁴.

İslâmîyet öncesi Türk Hukuku’nda hâkimiyetin esasının adalet ve doğruluğa dayandığı söylenebilir¹²⁵. Türk devlet geleneğine göre, hakanın en önemli görevi adil davranmaktır. Hakan, tahtta kaldığı süre boyunca halkına iyi bakar; onu adalet içinde yaşatır. Hakanın otoritesini koruması ve halkının fakirleşmemesi, onun adil olmasıyla mümkündür. Adalet dağıtmak, hakanın birinci görevidir; hakan, bu görevi tarafsızlıkla yerine getirmelidir. Herkes kanun önünde eşittir; hüküm verilirken fark gözetilmez. Eski Türklerde, eşitlik ilkesine önem verilmiştir; Türklerin en eski devirlerinde bile Türk teşkilâtında devlet kademeleri ve kişileri birbirine eşit görülmüştür. Hakanın ailesi ve yüksek görevli beyler bir tarafa bırakılırsa, halkın

¹²² Gemalmaz, ss. 909, 910; Kaşıkara, s. 55; Sınar, ss. 206, 207; Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı, <https://burakgemalmaz.files.wordpress.com/2015/05/01-1981-june-27-af-ihhc59f.pdf>, (E. T. 18.11.2016).

¹²³ İbrahim Kafesoğlu, **Türk Millî Kültürü**, 5. Baskı, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, 1988, s. 235; Halil Cin ve Gül Akyılmaz, **Türk Hukuk Tarihi**, 9. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2017, s. 39.

¹²⁴ Ziya Gökalp, **Türk Medeniyeti Tarihi**, Toker Yayınları, İstanbul, 2007, s. 152.

¹²⁵ Yusuf Has Hacıb, **Kutadgu Bilig I Metin**, (haz. Reşid Rahmeti Arat), Tıpkıçekimle yapılmış 2. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1979, b. 819, s. 99.

“Han diyor ki, ben adalet ve kanunum... (b. 800) Benim varlığım adalettir. Haksızla haklı, eğriyle doğru benim huzuruma gelirse, ben onların işlerini adalet esasına göre hallederim (b. 808). Önüme gelen bey midir, kul mudur? Ben hiç fark gözetmem... (b. 809) Benim mahkememe gelen oğlum olsun ya da geçici bir misafir olsun hepsi için kanunum birdir (b. 817). Bunlardan hiçbirini bende adaletten başka bir şey bulamazlar (b. 818)” (Kutadgu Bilig, ss. 68-70; Sadri Maksudi Arsal, **Türk Tarihi ve Hukuk**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1947, (Türk), s. 101).

bütün kesimleri hukuken eşittir. Türk illerini oluşturan aşiretlerin birbirine eşit olması da Türk kavimlerinin eşitlik anlayışını gösteren bir durumdur¹²⁶.

Türk hukuk tarihinin en eski kaynakları Hunlar'a (M.Ö. III. Yüzyıl/ M.S. V. Yüzyıl) dayandığından, adil yargılama ilkesinin varlığını, ilk izlerini Hun hukukundan başlayarak, Göktürk (M.S. 552/745), Uygur (M.S. 745/845) ve diğer Türk devletlerinin hukuklarını inceleyerek ortaya koymak gerekir. Adil yargılama ilkesinin, günümüzdeki anlamıyla olmasa da, Eski Türk Devletleri'nde var olduğunu kanıtlamak için öncelikle Eski Türklerdeki adalet ve kanun hâkimiyetinden, adalet verilen değerden bahsedilmelidir. Daha sonra bu devletlerin ceza ve yargılama hukuku anlatılarak, adil yargılama ilkesiyle ilişkili kurallarının değerlendirilmesi gerekir.

B. Adalet ve Kanun Hâkimiyeti

İslâmiyet'ten önce Hunlarda, Göktürklerde ve diğer Türk devletlerinde görülen ve insanı merkez alarak ona birtakım hak ve özgürlükler tanıyan kurallar bulunurdu. Hunlarda, suç işleyenleri cezalandırmak devletin yetkisindeydi. Hakan, adalet teşkilâtının başkanı sıfatıyla devlet içerisinde adalet ve huzurun sağlanmasından sorumluydu. Hâkimiyet kavramı adaletle sıkı sıkıya bağlı olduğu için, adalet, halkın üzerindeki zulmü gidermek, güçlünün zayıfı ezmesini engellemek olarak görülmekteydi. Mahkemelerde davalar hâkimler tarafından görüşüldükten sonra, verilen cezalar infaz edilmeden önce hakanın onayına sunulurdu. İdam cezası gibi ağır cezaların infazı için, hakanın başkanlığında yılda iki kez divan kurulurdu. Türklerde önemli bir ceza kuralı da yeni ele geçirilmiş olan memleketlerin halkına ve özellikle misafirlere, hapisten başka bir ceza usûlünün uygulanmamış olmasıdır. Misafir, adam öldürse bile onu idam etmezler, sadece hapsederlerdi. Eski Türklerin

¹²⁶ Arsal, Türk, ss. 101, 102; Gökalp, ss. 125, 169; Muharrem Ergin, **Orhun Abideleri**, 37. Baskı, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 43; Cin/Akyılmaz, ss. 39, 42; Halil İnalcık, "Kutadgu Bilig'de Türk İdare Geleneği ve Adalet", **Adalet Kitabı**, (Ed. Bülent Arı ve Selim Aslantaş), Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2015, (Adalet), s. 19; Ekrem Buğra Ekinci, **Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk**, Arı Yayınları, İstanbul, 2008, s. 65; Mustafa Avcı, **Türk Hukuk Tarihi**, 6. Bası, Atlas Akademi Yayınları, Konya, 2017, (Türk), ss. 12, 13.

köni dediği yargı müessesinin Göktürklerde de ileri düzeyde olduğu anlaşılmaktadır¹²⁷.

Bütün eski Türk devletlerinde kanuna ve hukuka karşı saygı duyulurdu. Tüm hakanlar, hem kendisinin ve idarecilerin hem de halkın uyması gereken kurallardan oluşan kanunlar yapmışlardır. Kanuna karşı gelmek en büyük suçtu; kanuna karşı gelen, hakan bile olsa, azledilirdi. Eski Türk Hukuku'na göre, kanunu yani töreyi terk etmek günahıdır; devletin varlığı töreye bağlıdır. Töre, hakanı da bağlayan objektif hukuk kurallarının bütününü oluşturmaktadır¹²⁸.

Törenin üç kaynağı bulunur; bunlardan ilki halktan kaynaklanır; halkın örf ve adetlerinden çıkan hukuka *yusun* denir. İkincisi kurultay, yani beylerin kararlarıdır. Üçüncüsü hakan (kağan) olup, onun yasama faaliyetleri sonucunda oluşturduğu kurallar bütünüdür. Yasama, yürütme ve yargı yetkileri hakanda toplanmıştır; bu yüzden, hakan yeni kanunlar koyabilir, hâkim gibi yüksek memurlar atayabilir ve yargılama yapabiliyordu. Eski Türkler hakkındaki eski yazılı kaynakların en önemlisi olan Orhun Kitabeleri'nde, Bumin Han'ın devleti kurduktan sonra Türk töresini düzenlediği belirtilmiştir. Orhun Kitabeleri'ne göre han, hâkimiyetini ancak ve ancak töre koyup onu uygulayarak sağlayabiliyordu¹²⁹. Kutadgu Bilig'e göre de; Bey, kanun, adalet, nizam, örf ve âdetin kaynağıdır; beyler örf ve kanuna nasıl bağlı kalırsa, halk da aynı şekilde itaat eder¹³⁰. Adalet, törenin değişmez kurallarından biridir. Moğollarda da *yargucı* denen hâkimler, uyuşmazlıkları adil bir şekilde çözüme bağlar ve Cengiz Han Yasası'na dayanarak hüküm verirlerdi¹³¹.

¹²⁷ Arsal, Türk, ss. 206-208; Kafesoğlu, s. 220; Halil Cin ve Ahmed Akgündüz, **Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku**, Cilt:1, 3. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1995, ss. 62, 70, 71; İnalçık, Adalet, ss. 19, 20; Hatice Palaz Erdemir, "Tarihi Gelişim Sürecinde İnsan Hakları ve Osmanlı Modeli", **Makaleler**, www.academical.org/DERGI/MAKALE/9-10_sayı_/Erdemir.htm, (E. T. 10.04.2008), s. 6; Feda Şamil Arık, "Eski Türk Ceza Hukukuna Dair Notlar I Suçlar ve Cezalar", **Ankara Üniversitesi Tarih Araştırmaları Dergisi**, Sayı:28, Cilt:17, Ankara, 1995, s. 14.

¹²⁸ Töre, devlette hakanın kut ile aldığı meşruiyet ve otoriteyi sınırlayıcı bir işleve sahiptir. Hun töresini anlatan bir Macar yıllığında şu ifade yer almaktadır: "Eğer hâkim töreye aykırı bir hüküm verirse, bu hüküm halkın şikâyetiyle geçersiz sayabilir ve halk isterse töreye aykırı davranan yöneticiyi ve hâkimi görevden uzaklaştırabilir. Bu uygulama kamundur ve Hunlar arasında sıkı bir şekilde uygulanır" (Simon of Keza, **The Deeds of the Hungarians**, Budapest 1999, <https://books.google.com.tr/books>, E. T. 10.12.2016, s. 109). Kafesoğlu, ss. 233, 234; Avcı, Türk, s. 14.

¹²⁹ "...Öyle kazanılmış, düzene sokulmuş ilimiz, töremiz vardı... Türk milleti, ilini, töreni kim bozabilecekti?"; "...Bilgili kağan (Bilge Kağan)...ili tutup töreyi düzenlemiş..." (Ergin, ss. 17, 33).

¹³⁰ Kafesoğlu, ss. 221, 234; Cin/Akgündüz, I, ss. 59, 60, 71, 88; Cin/Akyılmaz, s. 39; Halil İnalçık, **Devlet-i Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-I**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009, (Devlet-i Aliyye), s. 119; Avcı, Türk, s. 14.

¹³¹ Kafesoğlu, s. 235; Cin/Akgündüz, I, ss. 92, 93.

Eski Türkler'e göre hükümdar, kanunu tarafsız bir biçimde uygularsa, ancak o zaman adalet sağlanabilirdi. Töreyle, başka bir deyişle kanuna verilen önem Kutadgu Bilig'de, "Beylik, kanun ve adalet ile ayakta durur" (b. 5285); "Zulümle halk ve devlet bozulur"; "Hangi bey memlekette adalete uygun kanun koyduysa o, memleketini düzenlemiş ve gününü aydınlatmıştır" (b. 2015); "Adil kanunlar koyma ve onları tarafsızlıkla uygulama suretiyle, bir hükümdar uzun süre hâkimiyetini koruyabilir" (b. 2033); "Beylik iyi bir şeydir; fakat daha iyi olan kanundur ve onu doğru uygulamak lazımdır" (b. 454) biçiminde ilke haline getirilmiştir¹³².

Adaletin sağlanmasında hukuk kurallarının belirgin ve bilinir olması önem taşımaktadır. Kişiler, kendilerine uygulanacak kurallardan haberdar olmalıdır. Eski Türklerde kanunilik ilkesinin ilk biçimlerine daha bu dönemlerde rastlanmaktadır. Suç ve cezalar, önceden hakanın emirnameleriyle ilân edilir ve halkın bunları bilmesi sağlanırdı. Hukuk kurallarının taş kitabelere işlenmesi ve halkın görebileceği meydanlara dikilmesi bu uygulamanın bir örneğidir¹³³.

C. Ceza Hukuku

Türkler, daha tarihin ilk dönemlerinde düzenli bir devlet teşkilâtı kurmuşlardır. Devletin aşiretten farkı, kan davasını kaldırmasıdır; bir siyasî grup kan davasını yasaklamışsa, o, devlet niteliğini kazanmış olur¹³⁴. Türklerin örf ve âdetleri, eski devlet ilkeleri ile Cengiz Han'ın kararlarından oluşan Cengiz Yasası'nda¹³⁵, kan meselelerinde cezalandırma yetkisi sadece devlete tanınmıştır. Cengiz Yasası, kişisel intikam hakkını yasaklayarak, onun yerine, devlet adına ve onun emriyle uygulanan cezalandırmayı getirmiştir. Türklerde en eski zamandan beri cezanın kamu hukukundan kaynaklandığı, bu kanunlardan anlaşılmaktadır. Hem Hunlarda hem Göktürklerde cezanın devlet adına ve kamu menfaatleri göz önüne alınarak belirlenip uygulandığı bilinmektedir. Kişilerin canını, namusunu, malını korumak ve bunlara

¹³² Kutadgu Bilig, ss. 59, 219, 220, 526; Arsal, Türk, ss. 101, 102; Kafesoğlu, s. 245; İnalcık, Adalet, ss. 28-30.

¹³³ Mehmet Akif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017, s. 69; Ekinci, s. 67; Avcı, Türk, s. 17.

¹³⁴ Gökalp, s. 153.

¹³⁵ Cengiz Yasası, Cengiz'in buluşu olmayıp eski Türk gelenek hukukunun kuşaktan kuşağa geçerek yerleşen kurallarını bir araya toplamak suretiyle oluşturulan millî bir kanundur. Cengiz Yasası, yargı ve usûl hukukunu da düzenlemektedir (İnalcık, Adalet, ss. 34, 35).

karşı yapılacak saldırıların suçlularına ceza verip uygulamak devletin görevi olarak kabul edilmiştir. Hunlar ve Göktürkler, kişisel intikamı yasaklamıştır; suçtan zarar gören kimsenin herhangi bir ceza belirleyip uygulama yetkisi yoktur. Öldürme, yaralama gibi olaylarda diyet verip anlaşmak, kamu hakkına saldırı olması bakımından yasaklanmıştır¹³⁶.

İslâmiyet öncesi Türklerde cezayı *yargucu* denilen hâkim verir, *yargan* denilen memurlar da infaz ederdi. İdam cezası uygulandıysa, suçun delilleri otuz sene boyunca saklanır ve gerektiğinde suçlunun yakınlarına gösterilirdi¹³⁷.

İslâmiyet öncesi Türk Hukuku'na bakıldığında, özellikle Kırgızların ceza sisteminin çok sert olduğu görülmektedir. Suç ve cezada orantılılık ilkesine aykırı bir cezalandırma sistemi bulunmaktadır. Örneğin Kırgızlarda, halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçunu işleyenler ve haydutluk edenlerin cezası idamdı. Hırsızlık yapan çocukların başları kesilir ve babasının boynuna takılırdı; baba, bu kuru kafayı ömrünün sonuna kadar çıkaramazdı¹³⁸. Burada işlenen suça karşılık verilen cezaların ağırlığı dikkat çekmektedir. Cezanın aynı zamanda babaya da çektirilmesi, cezaların şahsîliği ilkesinin henüz tam olarak yerleşmediğinin göstergesidir. Cengiz Han Yasası'nda bazı suçlara karşılık verilen cezaların oldukça ağır olduğu görülmektedir. Cengiz Yasası'na göre; kasten yalan söylemek, sihirbazlık, kavga eden iki kişiden sadece birine yardım etmek, suya veya küle işlemek gibi suçların cezası ölümdü¹³⁹.

Eski Türk devletlerinde cezalar büyük ölçüde şahsîleşmiştir. Genel uygulama bu yönde olmakla birlikte, bazen cezanın suçluya değil de, suçlunun yakınlarına uygulandığı da görülmektedir. O dönemin anlayışına göre; oğullar, kızlar, eşler aile başkanının doğrudan doğruya velayeti altında olduklarından, cezanın onlara uygulanması, aile başkanına uygulanmış gibi kabul edilirdi. Örneğin, Göktürklerde bir kimsenin gözünü kör eden bir adam, kızını veya eşinin mallarını mağdura vermek zorundaydı¹⁴⁰. Bu istisnâ uygulamalar, cezanın her alanda kişiselleşmemiş olduğunu

¹³⁶ Aarsal, Türk, ss. 206, 285, 286; Kafesoğlu, ss. 221, 280; Gökalp, ss. 153, 154; Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 32; Cin/Akgündüz, I, s. 71; Cin/Akyılmaz, s. 30; Arık, s. 14; Özbek, Mağduriyet, s. 42.

¹³⁷ Aarsal, Türk, ss. 261, 285, 286; Kafesoğlu, s. 280; Ekinci, s. 67; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 24, 33; Cin/Akgündüz, I, ss. 61, 62, 71; Cin/Akyılmaz, s. 43; Arık, ss. 13-25.

¹³⁸ Bahaeddin Ögel, **İslâmiyetten Önce Türk Kültür Tarihi, Orta Asya Kaynak ve Buluntularına Göre**, 5. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2003, s. 209; Aarsal, Türk, ss. 161, 162.

¹³⁹ Cin/Akgündüz, I, s. 93; Arık, s. 37.

¹⁴⁰ Aarsal, Türk, s. 286; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 32, 33; Cin/Akyılmaz, s. 30; Cin/Akgündüz, I, s. 71; Aydın, s. 15; Ögel, s. 165; Hüseyin Namık Orkun, **Eski Türk Yazıtları**, Türk Dil Kurumu Yayınları,

gösterir ve cezanın şahsiliği ilkesine aykırıdır. Ancak bunu gözü kör edilen mağdura hayatını sürdürmesi için bir yardımcı vermek şeklinde değerlendirerek, bu cezanın adalet fikrine aykırı olmadığını düşünenler de vardır. Hunlarda da hırsızlık yaptığı sabit olan suçlunun ailesinin tüm malvarlığının müsadere edilmesi ve eşkıyalık yapan kimselerin aile efradının hürriyetlerinin kısıtlanması şeklinde cezanın şahsiliğine aykırı uygulamalar bulunmaktadır¹⁴¹.

Ç. Yargılama ve Adil Yargılamaya Ait İlkeler

İslâmiyet öncesi Türk devletlerinde adli teşkilât, hakanın başkanlığındaki yüksek mahkeme (*yargu*) ile hakan adına kanunları uygulayan hâkimlerden oluşurdu. Yargı makamı, makamların en yükseğiydi. Hakan, belli günlerde bizzat halkın şikâyetlerini dinleyip doğrudan adaleti yerine getirirdi. Ayrıca hakana yönelik isyan, suikast teşebbüsü gibi siyasî suçlarda yargılamayı doğrudan hakan yapardı. Ancak bu istisna dışında yargılama genellikle, hakanın tayin ettiği hâkimler tarafından yapılırdı. Hâkimlerin verdiği kararlar da hakana şikâyet yoluyla getirilebilirdi. Hâkimler, en büyük ceza olan idam cezasını önce hakana arz ederler, hakanın onayından sonra kanun gereği infaz ederlerdi¹⁴². Hakanın vekilleri olan hâkimler, belli bir hukuk bilgisine sahip kimselerden seçilirdi. Eski Türk devletlerinde hâkimlik, oldukça itibarlı ve önem verilen bir meslek olarak kabul edilirdi¹⁴³. Özellikle Hunlarda han sülâlesinden gelen bazı soylu kimselerin hâkim olduğu ve Göktürklerin ünlü veziri

Ankara, 1987, s. 15; Adem Tutar, “İslam Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı”, **Türkler Ansiklopedisi**, Cilt:2, Ankara, 2002, s. 870; Avcı, Türk, s. 17.

¹⁴¹ Arsal, Türk, s. 286; Cin/Akgündüz, I, s. 72; Cin/Akyılmaz, s. 43; Kafesoğlu, s. 280; Ögel, s. 89; Arık, s. 21; Tutar, ss. 869, 870; Ömer Lütfi Barkan, “Türk Hukuk Tarihine Giriş”, **Belgelerle Türk Tarih Dergisi**, Sayı:14, Ankara, 1986, s. 15; Cevat Türkeli, “Hunlarda İnsanî Değerler ve Hukuk”, **Türklerde İnsanî Değerler ve İnsan Hakları**, Cilt:1, Türk Kültürüne Hizmet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1992, s. 86; Louis Ligeti, **Bilinmeyen İç Asya**, Çev. Sadrettin Karatay, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1986, s. 46; Avcı, Türk, ss. 17-19.

¹⁴² Hezarfen Hüseyin Efendi, “Tenkîh-i Tevârih-i Mülûk” adlı eserinde, eski Türklerin idam cezasını nasıl uyguladıkları hakkında bilgi vermektedir. Buna göre, idam cezasına çarptırılan suçluların sorgulanması için hakan yılda bir kere divan kurardı. Sanıklar, hakanın huzuruna getirilirler ve hakan gerçeği bilir diye inandıkları için suçlarını itiraf ederlerdi. Haklarında kesin idam kararı verilenlerin başlarına kızıl bayraklar takılır ve gruplar halinde idam yerinde boyunları vurulurdu. İdam cezasına çarptırılanların isimleri ve idam kararları bir sandığa konur ve 30 yıl boyunca saklanırdı (Cin/Akgündüz, I, s. 62).

¹⁴³ Uygurlara ait belgelerden, hâkimler sınıfının bazı vergilerden (askerî ve posta teşkilatlarındaki harcamalar için alınan “kalan vergisi” gibi) muaf tutulduğu ve hâkimlere güvenceler tanındığı anlaşılmaktadır (Özkan İzgi, **Uygurların Siyasî ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre)**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1987, s. 111).

Bilge Tonyukuk'un da vezirlikten ayrıldıktan sonra hâkimlik yaptığı bilinmektedir. Bu örnekler adil yargılama ilkesinin alt ilkelerinden olan tabii hâkim ilkesinin eski Türk devletlerinde var olduğunu göstermektedir¹⁴⁴.

Kazaklara ait yusunlarda (kanunlarda), İslâmiyet öncesi Türklerin yargılama usûlü hakkında bilgiler bulunmaktadır. Bu yusunlarda öncelikle, kaza (yargılama) hakkının han veya han tarafından atanan hâkimlere ait olduğu belirtilmiştir. Hâkim, davacı ve davalının bulunduğu yerin hâkimi olup, yargılama için her iki tarafın vekillerini duruşmaya davet ederdi. Eğer sanık veya davalı hâkimin tarafsızlığından şüphe ederse onu reddedebilirdi. Sanık mahkemeye gelmezse, akrabalarından veya bulunduğu köyden mahkemeye getirilmesi talep edilirdi. Bir suçun ispatı için iki şahit yeterlidir; ancak bazı hallerde ikiden fazla şahit gerekebilirdi. Kadınların, hizmetçilerin ve esirlerin şahitliği kabul edilmezdi. Şahit bulunamazsa, taraflar adına yemin edecek namuslu kişiler bulunur; sanık veya davacı yemin edemezdi. Sanık hakkında kimse yemin etmek istemezse, aleyhine hükmedilirdi¹⁴⁵. Yusunlarda bulunan bu kurallardan, Eski Türklerde sanığın duruşmada hazır bulunma, şahit gösterme, savunma ve hâkimi reddetme gibi haklara sahip olduğu anlaşılmaktadır. Sanığa bu tür hakların tanınması, yargılamada adaletle önem verildiğini göstermektedir.

İslâmiyet öncesi Türk devletlerinde adil yargılama ilkesi bakımından şüphesiz en iyi ve açık bir şekilde uygulanan ilke, makul sürede yargılanma hakkıdır. Bu devletlerde yargılamanın genellikle süratle yapıldığı ve suçlu bulunan kişilerin derhal cezalandırıldıkları görülmektedir. Örneğin, Hunlarda yargılama on günden fazla sürmemektedir. Hunlar, yargılamanın çok hızlı yapılmasına dikkat ederler ve şüphelileri yargılamaya kadar hapisanede tutarlardı. Ancak hiçbir şüpheli on günden fazla hapiste kalamazdı; bu süre içinde yargılanması gerekirdi. Bu sebeple, Hun hapisanelerinde tutuklular az bulunurdu¹⁴⁶. Kutadgu Bilig'de "han diyor ki" diye başlayan yerde bulunan, "...Ben davacıları uzun süre bekletmem (b. 811). Halkımdan bir mazlum benim kapıma gelirse, o benim yanımdan derdine deva

¹⁴⁴ Kafesoğlu, ss. 220, 280; Aydın, ss. 15, 16; Ekinci, s. 65; Cin/Akgündüz, I, s. 61; Avcı, Türk, s. 20.

¹⁴⁵ Arsal, Türk, ss. 164, 165.

¹⁴⁶ Arsal, Türk, ss. 206, 208; Aydın, s. 16; Tutar, s. 870; Avcı, Türk, ss. 19, 21.

bularak gider (b. 812)” şeklindeki ifade makul sürede yargılanma hakkına verilen önemi göstermektedir¹⁴⁷.

Adalet, eşitlik ilkeleri ile makul sürede yargılanma ve hak arama hakkı gibi adil yargılamayla ilgili ilkelerin eski Türklerde var olduğunu bize gösteren diğer bir kaynak da Kutadgu Bilig’dir. Kutadgu Bilig, İslâmiyet öncesi Türklerin adalet, ahlak ve devlet yönetimiyle ilgili fikirlerini gelecek nesillere ulaştırmak ve devlet adamlarına bu gelenekleri aşılama amacı taşımaktadır¹⁴⁸. Kutadgu Bilig’in dört kahramanından biri olan Küntoğdu, adaleti temsil eder. Beyliğin temeli adalet yoludur¹⁴⁹. Kutadgu Bilig’e göre devlet gümüş bir taht gibidir; bu tahtın birbirinden bağımsız üç ayağı vardır. Üç ayaklı tahta oturan hükümdarın elinde büyük bir bıçak, solunda bir acı ot, sağında şeker bulunmaktadır. Kuvvetler ayrılığı ilkesine göre yasama, yürütme ve yargı organı şeklinde ifade edilen bu üç ayak düz durdukça taht sallanmaz. Tahtın ana direği adalettir. Hükümdarın elindeki bıçak, işleri bıçak gibi kestiğine, hak arayan kişilerin işlerinin uzamadığına işarettir. Bu da makul sürede yargılanma hakkının önemsendiğini göstermektedir. Sağdaki şeker, zulme uğrayarak devletin kapısına gelen ve adaleti orda bulanların tatlı bir şekilde ayrıldığını gösterir. Acı ot, cezalandırılan zalimleri anlatır. Kısaca bey, kul, yolcu, hancı kim olursa olsun herkes kanun karşısında eşittir ve hüküm verilirken fark gözetilmez. Beyliğin temeli adalet ve doğruluktur; beyler doğru olursa, dünya huzura kavuşur. Hâkimiyetin esası adalettir¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Kutadgu Bilig, s. 98; Arsal, Türk, s. 101.

¹⁴⁸ Kutadgu Bilig, 1609/1670 yıllarında Kaşgar şehrinde yaşayan Balasagunlu Yusuf Has Hacib adındaki bir Türk tarafından yazılmıştır. Kutadgu Bilig, edebi ve felsefi bir eser olmasının yanında, o dönemdeki Uygur toplumu, devlet teşkilâtı ve kamu görevlileri hakkında bilgiler verir. Kutadgu Bilig, İslâmiyet’i kabul eden Türk devletlerinde Orta Asya Türk kültürünün nasıl ve ne dereceye kadar devam ettiğini gösteren en zengin yazılı kaynaklardan biridir (İnalcık, Adalet, s. 32).

“Devlet idaresi ilmi” veya “siyasî hâkimiyet ilmi” anlamına gelen Kutadgu Bilig, öğretici nitelik taşıyan bir eserdir; içeriğinde olması gereken ideal toplum ve devlet tasvir edilmiştir. Eserde, soyut kavramlar kişileştirilerek konuşturulmuştur. Eserin başlıca dört kahramanı vardır. Bunlar, kanun ve adaleti temsil eden hükümdar Küntoğdu Han, siyasi egemenliği temsil eden vezir Ay Toldu, aklı, bilimi, çalışmayı temsil eden Ay Toldu’nun oğlu vezir Öğdülmiş ve dünyadan vazgeçmeyi, yalnızlığı temsil eden Odgurmuş’tur. Eser, bu dört kahramanın birbirleriyle konuşma ve tartışmaları üzerine kuruludur (Arsal, ss. 90-95; Cin/Akyılmaz, s. 35).

¹⁴⁹ “*Bu beglik köki ol könilik yolu*” b. 821 (Kutadgu Bilig, Tıpkıbasım II, Fergana Nüshası, Türk Dil Kurumu, İstanbul, 1942, s. 69; Kutadgu Bilig, s. 99).

¹⁵⁰ Kutadgu Bilig, b. 765-822, ss. 93-99; Arsal, Türk, ss. 101, 102; Barkan, s. 18; Cin/Akgündüz, I, s. 90; Cin/Akyılmaz, s. 39; İnalcık, Adalet, ss. 16, 24; Tutar, ss. 869-871.

Bulunan Uygurca belgeler, Kutadgu Bilig'deki bilgileri doğrular niteliktedir. Şahitlik, dilekçe ve mahkeme ilamları gibi yazılı belgelerin bulunuşu, Uygurlarda yargı kurumunun ulaştığı yüksek düzeyi göstermektedir¹⁵¹.

¹⁵¹ İzgi, ss. 52, 62, 64, 110; Arsal, Türk, s. 79; Cin/Akgündüz, I, s. 90; Tutar, s. 871; A. Zeki Velidi Togan, **Umumi Türk Tarihi'ne Giriş**, Enderun Kitabevi, İstanbul, 1981, s. 99; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 46; Özkan İzgi, **Çin Elçisi Wang Yen-Te'nin Uygur Seyahatnamesi**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1989, (Çin), ss. 14, 22; Reşit Rahmeti Arat, "Eski Türk Hukuk Vesikaları", **Makaleler I**, haz. Osman Fikri Sertkaya, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1987, ss. 543 vd; Gülçin Çandarlıoğlu, **Uygur Devletleri Tarihi ve Kültürü (Çin Kaynakları ve Uygur Kitabelerine Göre)**, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2004, s. 46.

İKİNCİ BÖLÜM

KLÂSİK DÖNEM OSMANLI CEZA HUKUKU SİSTEMİNDE ADİL YARGILAMA İLKESİ

I. GENEL ÇERÇEVE

Eski Türklerin sahip olduğu “devletin temelinin adalete dayandığı” anlayışı, İslâmiyet’in kabul edilmesinden sonra kurulan Türk devletlerinde ve özellikle Osmanlı Devleti’nde de esas olma özelliğini sürdürmüştür. Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukuku hem bireylerin haklarını teminat altına almaya hem de toplum düzenini korumaya yönelik esaslar getirmiştir. Osmanlı ceza muhakemesinde adil yargılama, adalet, eşitlik, hak arama hakkı, doğal hâkim, hızlılık, alenîlik gibi ilkelerle ve fıkıh kitaplarında yer alan tavsiyelerle gerçekleştirilmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızın bu bölümü, Klâsik Dönem Osmanlı ceza yargılaması ile ilgili genel bilgiler ve Klâsik Dönem Osmanlı Ceza Hukuku’nda adil yargılama ilkesi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Osmanlı Ceza Yargılaması başlığı altında; Osmanlı ceza yargılamasının kaynakları, amacı, şer’iyye mahkemelerinde ve Divan-ı Hümayûn’da ceza yargılaması usûlü, ceza yargılamasındaki farklı uygulamalar üzerinde durulmaya çalışılmıştır.

Klâsik Dönem Osmanlı Ceza Hukuku’nda adil yargılama ilkesi başlığı altında; Osmanlı adalet geleneği, adalet, eşitlik, kanunîlik, orantılılık, cezaların şahsîliği, aleniyet, hızlılık ilkeleri ve masumiyet karinesi, mahkemeye başvurma, kadı tarafından bağımsız, tarafsız bir şekilde hakkaniyete uygun yargılanma hakkı ile sanığa tanınan asgarî haklar incelenmektedir.

Klâsik Dönem Osmanlı Ceza Hukuku, genel olarak İslam Hukuku kaynaklı olduğu için yargılama sistemi ve ilkeler anlatılırken önce İslam Ceza Hukuku ile ilgili bilgiler verilmiş, sonra da Osmanlı Örfî Hukuk kurallarına ve Osmanlı uygulamalarına değinilmiştir.

II. KLÂSİK DÖNEM OSMANLI CEZA YARGILAMASI İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

A. Genel Açıklama

Ceza yargılaması; bir suçun işlenip işlenmediği; işlenmişse, kim tarafından işlendiği ve yaptırımının ne olacağı sorununa çözüm getirmek amacıyla girilen iddia, savunma ve yargılama faaliyetlerinin bütünüdür¹⁵². Osmanlı Ceza Hukuku'nun temeli İslam Hukuku'dur¹⁵³. İslam Hukuku'nda ceza yargısının meşrûiyeti Kitap, Sünnet ve icmâyla sabit olup, bunu gösteren birçok ayet¹⁵⁴ ve hadis¹⁵⁵ bulunmaktadır. İslam dininin ana kaynağı olan Kur'an ve Sünnet Osmanlı Ceza Hukuku'nun da asli kaynağı olup bu alandaki temel prensipleri ve amaçları belirler. Cezalandırma hakkı kaynağını Kur'an'dan alır; bu hak, İslam toplumunu yönetme yetkisinin uzantısı olduğu için devlet egemenliğinin ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir¹⁵⁶.

¹⁵² Hakan Karakehya, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016, s. 3; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 37; Centel/Zafer, s. 3.

¹⁵³ İslam Hukuku'nda kişilere, malvarlığına, din ve devlet aleyhine, nesep ve aile düzenine, genel ahlâka ve insan onuruna, kamu düzenine, siyasî iktidar düzenine ve akıl ve toplumun esenliğine yönelik fiiller suç olarak kabul edilmiş ve karşılığında yaptırımlar konulmuştur (Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, (Genel), s. 6).

¹⁵⁴ Yargının meşrûiyetiyle ilgili âyetlerden bazıları şunlardır: “Onların (senden hüküm isteyenlerin) aralarında sırf Allah'ın indirdiği ile hükmet” (Maide, 5/49). “Kitabı sana, insanlar arasında Allah'ın sana gösterdiği ile hükmedesin diye hak olarak indirdik” (Nisa, 4/105). “Şüphesiz Allah emanetleri ehli olanlara vermenizi, insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder” (Nisa, 4/58).

¹⁵⁵ Yargının meşrûiyetinin Sünnet'le sabit olduğunu gösteren örnekler de vardır. Hz. Peygamber, yargı işleriyle bizzat uğraşmış, ashâbı arasında meydana gelen davaları çözmüştür. Hz. Peygamber, Muaz b. Cebel'i Yemene kadı olarak gönderirken onunla arasında yargının meşrûiyeti hakkında bir konuşma geçmiştir:

-Sana bir dava getirildiğinde neye göre hüküm vereceksin?

-Allah'ın kitabındakine göre

-Allah'ın kitabında bulamazsan?

-Rasulullah'ın Sünnet'ine göre.

-Allah'ın kitabında ve Rasulullah'ın Sünnet'inde de bulamazsan?

-Kendi re'yime göre içtihat ederim ve davayı hükümsüz bırakmam.

Bunun üzerine Hz. Peygamber elini onun göğsüne koyarak şöyle dedi: *Peygamberinin razı olduğu cevaba muvaffak kılan Allah'a hamd olsun*. Ebu Davud, Akdiye 11, Tirmizî, Ahkâm 3 (İbrahim Canan, **Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi**, Akçağ Yayınları, Ankara, 1992, Cilt:14, s. 96; Nasi Aslan, **İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri**, Karahan Kitabevi, Adana, 2014, s. 4). Bu hadislerle birlikte yargılamanın usul ve esaslarına ilişkin kuralların İslam yargı tarihinde çok erken bir dönemde başladığı görülmektedir (Ali Himmet Berki, **İslam'da Kaza**, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1962, s. 10; İrem Karakoç, “Hicrî Birinci Yüzyılda Hukukçu Kavramı”, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan**, Cilt:16, 2015, (Hicrî), s. 4236; Aydın, s. 34).

¹⁵⁶ Fahrettin Atar, **İslam Yargılama Hukukunun Esasları**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 2013, (İslam), s. 38; Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuk-ı İslamiyye ve Islahat-ı**

Osmanlı adliye teşkilâtı ve yargılama hukuku büyük ölçüde kendisinden önce kurulmuş İslam devletlerindeki uygulamaların bir devamı sayılmaktadır. Ancak Osmanlı Devleti'nde bu sistem yeni bir şekil almış ve zamana göre geliştirilmiştir¹⁵⁷.

Osmanlı Devleti'nde ceza soruşturması ve kovuşturması ile hükmedilen yaptırımın infazı tamamen devletin yetkili mercilerine aitti. Cezalara hükmetme işi hâkime, infaz ise, infazla görevli memurlara aitti. Osmanlı Hukuku'nda kendi hakkını kendi almak (ihkak-ı hak) suç olarak kabul edilmişti; mağdur cezayı kendiliğinden infaz edemezdi. Devlet, hak sahibinin bu hakka nasıl ulaşabileceğini belirleyen yargılama kuralları koymuştu¹⁵⁸.

Tanzimat Dönemi'ne kadar Osmanlı uygulamasında, ceza yargılamasıyla hukuk yargılaması birbirinden tam olarak ayrılmış değildi. Ceza yargılamasında suçtan zarar gören kişi davacı konumunda, sanık ise, hukuk davasındaki davalının durumuna benzer konumda bulunmaktaydı¹⁵⁹. Ceza yargılaması, kadı tarafından yerine getirilen bir görevdi. Osmanlı ceza yargılamasında, kişiler aleyhine işlenen suçlar, bireysel iddiayla mahkeme önüne getirilirdi; kamu haklarının ihlalinde ise, suçtan haberdar olan kadı tarafından re'sen soruşturma açılabilir ya da herhangi bir vatandaşın şikâyetiyle de dava açılabilirdi. Şer'iyye sicillerinde¹⁶⁰ Osmanlı ceza

Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1967, VIII, s. 89; Avcı, Genel, s. 33; Ekinci, s. 329; Reuben Levy, **The Social Structure of Islam**, 2. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 1979, s. 268; Veliyyüddin, "Hukûk-ı İslâm", **İslam Mecmuası**, Cilt:1, Sayı:9, İstanbul, 1330 (1912), <http://ktp.isam.org.tr/?url=makaleosm/findrecords.php>, (E.T. 24.12.2017), s. 258.

¹⁵⁷ Ekrem Buğra Ekinci, "Osmanlı Devleti'nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü", **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, Cilt:3, Sayı:5, 2005, (Kadılık), s. 422; Levy, s. 268.

¹⁵⁸ Ekinci, s. 329; Hayreddin Karaman, **Mukayeseli İslam Hukuku**, 5. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul, 2009, Cilt:1, s. 174; Avcı, Genel, s. 483; Şamil Dağcı, "İslam Muhakeme Hukuku İle İlgili Bazı Mülâhazalar", **İslam Perspektifinden Hukuk/Yargı-Ahlak İlişkisi Sempozyumu**, Bildiri Metni Fotokopisi, Adana, Mayıs 2016, s. 572.

¹⁵⁹ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, ss. 140, 141; Nurullah Kunter, "Yirmibeş Cumhuriyet Yılı'nın Ceza Tarihçesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:22, Sayı:10, Ekim 1948, ss. 540 vd; Mahmud Esad Efendi, **Tarih-i İlm-i Hukuk**, s. 245; İbrahim Durhan, "Ülkemizde Avukatlık Kurumunun Tarihî Gelişimi", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:8, Sayı:3-4, 2004, (Avukatlık), s. 24.

¹⁶⁰ Kadıların verdikleri ilâm, hüccet ve cezalarla, görevleri gereği tuttukları çeşitli kayıtları içeren defterlere şer'iyye sicilleri denir. Osmanlı mahkeme arşivlerinde dava zabıtları, mukavele, senet, satış, vakfiye kayıtları, vekâlet, tereke ve taksim senetleri, günlük narh listeleri, esnaf teftişiyle ilgili kayıtların tutulduğu defterler, ayrıca ferman, berat, ruus, tezkire kayıtlarının yer aldığı siciller bulunurdu. Genel olarak bunlara kadı sicilleri veya şer'iyye sicilleri denilir. Bu gibi kayıtlar pek çok yerde tek bir sicil defterinde yer alırdı. (Yunus Uğur, "Şer'iyye Sicilleri", **DİA**, Cilt:39, 2010, s. 8; İlber Ortaylı, "Osmanlı Devleti'nde Kadı", **DİA**, Cilt:24, 2001, (Kadı), s. 73; İlber Ortaylı, "Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bülent Nuri Esen Armağanı**, Ankara, 1977, (Mahkeme), s. 259; Fethi Gedikli, "Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Şer'iyye Sicilleri", **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, Cilt:3, Sayı:5, 2005, (Sicil), ss. 189-194).

yargılaması hakkında bu bilgileri bulmak ve yargılamanın nasıl yapıldığını görmek mümkündür.

İslam Hukuku'nda ceza muhakemesi konusunda açık ve kesin kuralların olmaması, Klâsik Dönem Osmanlı Hukuku'nda yargı teşkilâtının temel prensiplerinin tespitini zorlaştırmaktadır. Suçun işlenmesiyle birlikte başlayan bu muhakeme sürecinin ayrıntıları tam olarak ortaya konulmamıştır¹⁶¹. Bunun sebebi İslam Ceza Hukuku'nda ceza özel hukuku, ceza genel hukuku ve ceza muhakemesi hukuku gibi bir ayırımın bulunmaması ve muhakeme kurallarına genel olarak suç teşkil eden fiiller açıklanırken yer verilmesidir.

B. Osmanlı Ceza ve Ceza Yargılaması Hukukunun Kaynakları

1. Genel Olarak

Osmanlı ceza ve yargılama hukukunun temeli İslam Hukuku'dur. İslam dinin ana kaynağı olan Kur'an ve Sünnet Osmanlı Ceza Hukuku'nun da asli kaynağı olup bu alandaki temel prensipleri ve amaçları belirlemektedir.

Osmanlı Hukuku ve dolayısıyla ceza yargılaması hukuku, esas olarak şer'i hukuk ile bu hukukun yanında ve içerisinde oluşan örfî hukuktan meydana gelmektedir¹⁶². Çoğu ferman ve hükümlerde yer alan "Şer' ve kanun üzere görülmesi" emri¹⁶³, Osmanlı Devleti'nde şer'i ve örfî hukukun birbiriyle çatışan değil, birbirini tamamlayan, yan yana yer alan iki hukuk disiplini olarak kabul edildiğini göstermektedir¹⁶⁴.

¹⁶¹ Mehmet Akman, "Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukukuna Hâkim Olan İlkeler", **Osmanlı**, Cilt:6, Ankara, 1999, Yeni Türkiye Yayınları, (İlkeler), s. 470.

¹⁶² Mehmet Akif Aydın, "Osmanlı Ceza Hukuku", **DİA**, Cilt:7, 1993, (Ceza), s. 478; Aydın, s. 67; Mustafa Şentop, "Tanzimat'tan Önceki Dönemde Osmanlı Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi", **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, Sayı:1, 2006, (Görev), s. 88; Uriel Heyd, "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", çev. Selahaddin Eroğlu, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt:26, Sayı:1, 1984, (Kanun), s. 634.

¹⁶³ Osmanlı padişahları, örfî hukuk kurallarının da kadı mahkemelerinde uygulanmasına karar vermişlerdir. 16'ncı yüzyılda çıkarılan pek çok sayıda fermanla, kadıların adaleti şeriat ve kanun uyarınca icra etmeleri talep edilmiştir. Böylece Osmanlı Devleti içinde farklı mahkemelerde aynı hukuk uygulanmış ve ceza hukuku alanında birlik sağlanmaya çalışılmıştır (Heyd, Kanun, ss. 640, 641).

¹⁶⁴ Aydın, Ceza, s. 478; Avcı, Genel, s. 10; Cin/Akgündüz, I, s. 149; Cin/Akyılmaz, ss. 98, 99.

2. Şer'i Kaynaklar

Osmanlı Devleti, ceza yargılaması alanında İslam Hukuku'nu ve özellikle Hanefî içtihatlarını uygulamıştır. İslam Hukuku'nun aslî kaynakları sırasıyla Kur'an, Sünnet¹⁶⁵, icma¹⁶⁶ ve kıyastır¹⁶⁷. İslam Hukuku'nun ilk ve en önemli kaynağı Kur'an'dır; bir olayın hükmü Kur'an'da yoksa Sünnet'e; Sünnet'te yoksa icmaya; onda da yoksa kıyasa başvurulur. Ancak ceza hukukunda Kur'an, Sünnet ve icma aslî kaynak kabul edilir; kıyas çoğu hukukçuya göre, ceza hukukuna kaynak olamaz. İslam Ceza Hukuku'nun genel hükümleri Kur'an ve Sünnet'te yer aldığı için diğer kaynaklarla yeni hüküm ve kural getirilemeyeceği kabul edilmiştir. Ayrıca, diğer kaynaklarla Kur'an veya Sünnet'e aykırı bir hüküm getirmek de mümkün değildir; onlar sadece Kur'an ve Sünnet hükümlerinden çıkarılan ikinci dereceden hükümler için kullanılan yöntem ve metotlardır¹⁶⁸.

Osmanlı Devleti'nin resmî mezhebi Hanefî mezhebi olduğu için ceza hukuku alanında yapılan örfî düzenlemeler ve uygulamalar Hanefî içtihatları doğrultusunda olmuş ve başka bir mezhebin içtihatlarına göre mahkemede hüküm vermek yasaklanmıştır¹⁶⁹. Tanzimat Dönemi'ne kadar medenî ve ceza usûlü ayrımı yapılmamış; bu iki usûl hukukunun ortak taraflarının daha çok olduğu göz önüne alınarak, bunlar fıkıh eserlerinde aynı bölümde incelenmiş; yeri gelince de her iki yargılamanın özelliklerine ve farklarına dikkat çekilmiştir. İslam Hukuku'nun usûl kısmı ile ilgili hükümleri fıkıh kitaplarının "muâmelat" bölümlerinde yer almış ve "kitabü'l-kazâ", "kitabü'd-da'vâ" başlıkları altında incelenmiştir. Ceza usûlüyle ilgili

¹⁶⁵ İslam Hukuku'nun ikinci önemli kaynağı olan Sünnet, Hz. Peygamber'in sözleri, davranışları veya başkalarının söz ve davranışlarını onaylamasıdır. Hz. Peygamber'in Sünnetleri özenle toplanıp, sonraki kuşaklara aktarılmıştır. Bu şekilde nakledilen Sünnetlere, hadis adı verilir (Cin/Akyılmaz, ss. 60-62; Aydın, s. 33; Cin/Akgündüz, Cilt:1, s. 121; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 52; Avcı, Türk, s. 41).

¹⁶⁶ İslam Hukuku'nun üçüncü aslî kaynağı icmadır. İcma, aynı dönemde yaşayan müctehid İslam hukukçularının hukukî bir mesele üzerinde görüş birliğine varmalarıdır. İcmanın temeli hukukçuların genel uzlaşmasıdır (Cin/Akyılmaz, s. 62; Aydın, s. 36; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 54; Avcı, Türk, s. 45).

¹⁶⁷ İslam Hukuku'nun dördüncü aslî kaynağı kıyastır. Kıyas, Kur'an ve Sünnet'te hakkında hüküm bulunan bir meselenin hükmünü aralarındaki ortak gerekçeden (illet) veya benzerlikten dolayı hakkında Kur'an ve Sünnet'te hüküm bulunmayan meseleye uygulamaktır. Kıyas, içtihat yapmayı gerektirir (Cin/Akyılmaz, s. 63; Aydın, s. 38; Cin/Akgündüz, Cilt:1, s. 124; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 55, 56; Avcı, Türk, s. 51).

¹⁶⁸ Abdülkadir Üdeh, *Mukayeseli İslam Ceza Hukuku 'Genel Hükümler'*, Cilt:1, çev. Ali Şafak, 2. Baskı, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 2012, ss. 189, 190; Cin/Akyılmaz, ss. 58-63; Aydın, ss. 32-39; Cin/Akgündüz, Cilt:1, ss. 121-124; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 52-56; Avcı, Türk, ss. 38-49.

¹⁶⁹ Cin/Akyılmaz, ss. 101, 102; Ekinci, s. 372; Fethi Gedikli, "Kazâ", *DİA*, Cilt:25, 2002, (Kazâ), ss. 118, 119; Avcı, Türk, s. 84.

özel kurallar da fıkıh kitaplarının ceza hukuku (ukubat) kısmında veya usûl hükümlerinin içinde ayrıca belirtilmişlerdir¹⁷⁰.

3. Örfî Kaynaklar

Örfî hukuk, devlet başkanının şer’i kaynak ve ilkeler dışında, kendi iradesine dayanarak çıkardığı kanunlardan meydana gelir. Başka bir deyişle örfî hukuk, padişahın irade ve fermanıyla oluşan bir kurallar bütünüdür. Bunun ortaya çıkmasında dönemin hukukçularının önemli rolleri olmakla birlikte, bu kurallara kanun gücünü veren unsur, Osmanlı padişahları tarafından yürürlüğe konmuş olmasıdır. Bu yüzden örfî hukuk bir kanun hukukudur¹⁷¹. Osmanlı Devleti’nde padişahlar, İslam Hukuku’nun devlet başkanlarına yasama yetkisi tanıdığı ceza hukuku gibi alanlarda, örfî hukuk diye bilinen kanunnameleri düzenlemişlerdir¹⁷². Düzenlenen kanunnamelerde padişahlar şer’i hukukun ayrıntılı düzenleme yaptığı alanlarda kanun koymamaya, diğer alanlarda da kanun koyarken şer’i hukukun genel ilkelerine ters düşmemeye özen göstermişlerdir. Kanunnamelerin hükümleri incelendiğinde, bunların ya mevcut şer’i hükümlerin kanun haline getirilmesi, ya bazı içtihatların tercihi ya da padişahın yasama yetkisine dâhil alanlardaki hukukî düzenlemeler olduğu görülmektedir¹⁷³.

Osmanlı Devleti’nde Tanzimat’a kadar, usul hukuku ile ilgili hükümler kanunnamelerde düzenlenmemiştir. Kanunnamelerde yer alan usûl hükümleri,

¹⁷⁰ Ahmet Akgündüz, **Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1986, (Mukayeseli), s. 61; Atar, Mürâfaa, s. 38; Cin/Akgündüz, I, ss. 385, 386; Abdülaziz Bayındır, “Osmanlı’da Yargının İşleyişi”, **Tarih Araştırmaları**, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E. T. 08.12.2015), (Yargı).

¹⁷¹ Cin/Akgündüz, I, s. 149; Cin/Akyılmaz, s. 94; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 226; İnalcık, Devlet-i Aliyye, s. 119; Yunus Koç ve Murat Tuğluca, “Klâsik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı”, **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, Sayı:2, 2006 Güz, s. 10; Hasan Ellek, “Osmanlı’da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle”, **Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 6, 2014, s. 121; Avcı, Türk, s. 78.

¹⁷² Osmanlı kanunnameleri, padişahın isteği üzerine, Divan-ı Hümayûn üyelerinden nişancı tarafından hazırlanırdı. Sonrasında şeyhülislamlığa da sorularak kanunun meşruluğu fetvaya bağlanırdı. Divanda görüşülüp kabul edildikten sonra padişaha arz olunur; padişah uygun bulursa, üstüne tuğra çekilerek ve bir irade-i seniyyeye bağlanarak ilân edilirdi. Padişahın emir ve fermanı olarak ilân edilen kanunnamelerden birer nüsha her kadılığa gönderilirdi (Ekinci, ss. 180, 181; Gedikli, Kazâ, s. 119).

¹⁷³ Aydın, Ceza, s. 478; Cin/Akgündüz, I, ss. 149, 202; Cin/Akyılmaz, ss. 97-100; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 226; Ekinci, ss. 180, 181; Karaman, I, ss. 219, 220; Avcı, Türk, s. 80; Mehmet Akif Aydın, **Osmanlı Devleti’nde Hukuk ve Adalet**, 2. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2017, (Adalet), s. 75.

yargılama yapılmadan ceza verilmemesi, sanığa işkence yapılmaması gibi bazı istisnai düzenlemeler dışında, sadece kadıların alabilecekleri mahkeme harçları gibi, değişen şartlara göre belirlenen hususlarla alakalı esaslardır¹⁷⁴.

Osmanlı ceza muhakemesinde, özellikle şer'i suçlarda, usûl ve ispat şartları genel olarak fıkıh kurallarına uygundur. Kadılar, şer'i nitelikte olmayan meseleler için örfî kanun, yasakname gibi kaynaklarda yer alan kurallara göre hüküm vermiştir. Örfî suçlarda mevcut kurallar daha esnek yorumlanmıştır. Sanığın daha önce bir suç işlemiş olması veya halk arasında suç işlediği herkesçe bilinen bir kişi olması, sanığı mahkûm etmek için kuvvetli bir gerekçe olarak kabul edilmiştir¹⁷⁵.

C. Osmanlı Ceza Muhakemesi Sistemi

Orta Çağ ve Yeni Çağ'da Batı Hukuku'nda, itham, tahkik ve karma olmak üzere üç ceza muhakemesi sistemi bulunmaktaydı. İtham sisteminde mutlaka bir davacı olur ve davacıyla sanık hukuk davalarında olduğu gibi hasım durumunda bulunurdu. Burada hâkim bir hakem gibiydi; kanaatine göre, kimin haklı olduğuna karar verirdi. Delilleri toplama işi taraflara aitti; yargılama açık ve vicdanîydi. Önceleri Kilise Hukuku'nda uygulanan tahkik sisteminde ise, kiliseye karşı işlenen suçlarda mahkeme re'sen veya ihbar üzerine işe el koyardı; hâkim sunulan delillerle bağlı olmayıp kendisi de delil araştırabilirdi. Bu sistemde objektif delillerle ispat sağlanmaktaydı; yargılama ise, gizli, yazılı ve gıyâbîydi. Günümüz ceza muhakemesinde de uygulanan karma sistemde ise, ceza davası iki safhada görülmektedir. İlki gizli olan soruşturma safhasıdır; ikinci safha ise, açık olan yargılama safhasıdır. Hâkim, vicdanî kanaatine göre hüküm vermektedir¹⁷⁶.

Osmanlı ceza muhakemesi sistemi, bu sistemlerin hiçbirisiyle tam olarak örtüşmemektedir. Had suçları re'sen kovuşturulduğu için, Osmanlı sistemi, itham sisteminden farklıdır. İtham sisteminde vicdanî delillere göre hüküm verilirken

¹⁷⁴ Cin/Akgündüz, I, s. 386; Karaman, I, s. 220; Aydın, Ceza, s. 478.

¹⁷⁵ Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 137; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, ss. 22-26; Kunter, s. 543.

¹⁷⁶ Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usûlü*, 2. Bası, Arkadaş Matbaası, İstanbul, 1950, (Ceza), ss. 9-13; Foucault, ss. 54, 79; Mustafa Avcı, "Hukuk Tarihimizde Hukuka Aykırı Deliller Sorunu: İşkence (Örf-i Maruf) Uygulaması", *Türk Dünyası Araştırmaları*, Sayı:147, Aralık 2003, (İşkence), s. 46; Sahip Beroje, *Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından İslâm İspat Hukuku*, Fecr Yayınları, Ankara, 2007, ss. 132-137; Özbek, Mağduriyet, s. 40; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, ss. 41-43.

Osmanlı yargılamaları objektif delillere dayalı olarak yürütülür. Osmanlı Hukuku tahkik sisteminden de farklıdır; çünkü Osmanlı Hukuku'nda yargılama açık, yüze karşı ve sözlüken, tahkik sisteminde yargılama gizli, yazılı ve gıyabîdir. Osmanlı sistemi, karma sistemden de farklıdır; karma sistemde hâkim vicdanına göre karar verir; Osmanlı Hukuku'nda ise, hâkim sunulan delillerle bağlı olup delillerin ispat gücüne göre karar vermektedir¹⁷⁷.

Osmanlı ceza muhakemesi, üç sistemle benzer noktalar taşısa da onlardan ayrı ve kendine özgü bir sisteme sahip olmuştur. Bu sistem aslî kaynaklarda genel ilkeler halinde düzenlenmiş ve ayrıntılarının tespiti kanun koyucuya bırakılmıştır.

Ç. Osmanlı Ceza Yargılamasının Amacı

Batı Hukuku'nda ceza muhakemesinin amaç bakımından üç aşamadan geçtiği kabul edilmektedir. Birinci aşama suçlunun cezalandırılmasıdır. 18'inci yüzyılın yarısına kadarki döneme hâkim olan bu anlayışa göre, ceza muhakemesi suçlunun cezalandırılması için bir araçtan ibarettir. Sanık en başından suçlu kabul edildiğinden sanıkla suçlu kavramı iç içe geçmiştir. İkinci aşama sanığın korunmasıdır; 18'inci yüzyılın ikinci yarısından itibaren ortaya çıkan bu anlayışta sanık, suçlu olduğu ispatlanmadığı için masum sayılarak korunmuştur. Üçüncü aşamada, gerçeğin araştırılması gâyesinden hareket edilmiştir. Ceza davasıyla ortaya çıkan hukukî durumun sanıktan başka sùjeleri de olduğu, onların da korunmaya değer hak ve menfaatlerinin bulunduğu, sonuçta suçlunun cezalandırılmasında toplumun yararı olabileceği kabul edilmiştir. Ceza muhakemesinin amacı, bütün bu menfaatleri birlikte korumaktır. Ne sadece sanık korunmalı ne de sadece toplum yararı gözetilmelidir. Bu aşamada yargılama faaliyetinin amacı maddî gerçeğin araştırılmasıdır¹⁷⁸.

Sürecin bütünü gözönüne alındığında başlangıçta sanığın suçlu kabul edilmesinin sonucu olarak ikinci aşamada suçsuz kabul edildiği ve son aşamada da hakkaniyet ve adalete en uygun yolun bulunduğu görülmektedir. İslam Hukuku'nda ise, süreç bu şekilde gitmediğinden kendine özgü bir yargılama hukuku meydana gelmiştir.

¹⁷⁷ Akman, ss. 111, 112; Beroje, ss. 143-146.

¹⁷⁸ Akman, İlkeler, s. 470; Foucault, ss. 54, 61; Karakehya, s. 8; Centel/Zafer, s. 6; Ünver/Hakeri, s. 8.

İslam ve Osmanlı Ceza Hukuku'nun klâsik yapısı Kur'an, Sünnet ve İslam hukukçularının içtihatları şeklinde hiyerarşik üç basamaktan oluşmuştur. Kur'an ve Sünnet'in belirlediği cezalar, İslam'ın korunmasını esas aldığı beş temel değer olan akıl, din, can, ırz ve malın korunmasının yanı sıra insanların genel ve özel yararını bir denge içinde gözetmeyi hedef almaktadır¹⁷⁹.

İslam'ın temel amaçları aklın, dinin, malın, canın ve neslin korunması olduğundan İslam ve Osmanlı Hukuku'nda cezalar da, İslam'ın kötülüğü önleyip iyiliği hâkim kılma ilke ve çabasının bir parçası olarak görülmüştür. Cezalar, suçun işlenmesinden önce birer engel, suç işlendikten sonra ise, müeyyidedir¹⁸⁰. Kişinin suçsuzluğu esas olduğu için, Osmanlı Ceza Hukuku'nun amacı sadece suçlunun cezalandırılması değildir. Mağdurun ve toplumun yararı da gözetildiği için sanığın korunması tek amaç olarak kabul edilmez. Osmanlı ceza yargılamasının amacı, günümüz ceza muhakemesinin amacı olan "maddî gerçeğin araştırılması" gâyesine daha yakın olmakla birlikte, sadece maddî gerçeğin araştırılması ile sınırlı değildir. Osmanlı Ceza Hukuku'nda suçlar Allah hakkını ihlâl edenler (topluma yönelik had suçları)¹⁸¹ ve kul hakkını ihlâl edenler¹⁸² olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Allah hakkını ihlâl eden suçlarda amaç mutlaka sanığı cezalandırmak değildir; böyle bir suç alenî olarak işlenmemişse, ortaya çıkması istenmez. Kişinin manevî acı çekmesi yeterli görüldüğünden, suç, kişi ile Allah arasında kalmalıdır. Osmanlı ceza yargılamasının amacının, her durumda suçluyu cezalandırmak olmadığı buradan da anlaşılmaktadır¹⁸³.

¹⁷⁹ Koç/Tuğluca, s. 11; İlhan Akbulut, "İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:52, Sayı:1, 2003, s. 169.

¹⁸⁰ Cin/Akyılmaz, s. 216; Atar, İslam, ss. 36, 37.

¹⁸¹ Allah hakları ile İslam'ın kurmuş olduğu kamu düzeni ve kamuyu ilgilendiren haklar kastedilmektedir. Zararı belli şahıslara yönelik olmaksızın Şârî'in toplumu korumak için haram kıldığı zina, hırsızlık, yol kesme, devlete isyan ve içki içme gibi fiillerin gerçekleştirilmesinden doğan suçlar Allah haklarının çiğnenmesi olarak kabul edilmiş ve bunlara Allah hakkını ihlâl eden suçlar denilmiştir. Bu suçlarda mağdur bütün toplumdur; ancak suçların önemli bir kısmı doğrudan veya dolayısıyla bir şahsa da zarar vermektedir (Üdeh, I, s. 109; Aydın, ss. 160, 161; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 91; Ekinci, s. 330; Cin/Akyılmaz, s. 200; Karaman, I, s. 173; Beroje, s. 129).

¹⁸² Zararı doğrudan doğruya gerçek şahıslara yönelik olan adam öldürme, yaralama ve hakaret gibi suçlar kul hakkını ihlâl eden suçlardır. Bu tür suçlarda toplumun dolaylı olarak etkilendiği kabul edilmekle beraber, suç mağduru doğrudan belli şahıslardır. Allah hakkını ihlâl eden suçlar mağdur tarafından affedilemezken kul hakkını ihlâl eden suçlar affedilebilmektedir (Üdeh, I, s. 110; Aydın, s. 161; Ekinci, s. 330; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 91; Karaman, I, s. 189; Beroje, s. 129).

¹⁸³ Osmanlı yargılama hukuku amaç bakımından Common Law yargılama hukukuna benzerlik göstermektedir (Kunter/Yenisey/Nuhoglu, s. 23); Haim Gerber, *Islamic Law and Culture 1600-1840*, Brill Academic Pub, Leiden, 1999, s. 116; Akman, s. 20; Akman, İlkeler, s. 471; Avcı, İşkence, s. 47;

Osmanlı Hukuku'nda cezalandırmanın amaçları; genel önleme, diğer insanlara ibret olma, suçlunun suç işleme cesaretinin kırılması, kanunlara itaati sağlama, özel önleme (suçluyu ıslah ederek yeniden suç işlemesine engel olmak, topluma yararlı bir birey olarak dönmesini sağlamak), mağduriyetin giderilmesi (mağdurun uğradığı maddi ve manevi zararların telafi edilmesi) ve toplumun korunmasıdır. Had ve kısas cezalarında toplumun menfaati ön plandadır. Tazir cezalarında ise, suçla mücadele ve toplum menfaati ile birlikte suçlunun durumu gözetilmiş; suçlunun ıslahı daha çok amaçlanmıştır. Cezalandırmanın amaçlarından biri de kefarettir. Kefaret (ödeticilik), işlenen bir kötülüğü ödetme, dünyevî cezanın âhiret cezasından mahsup edilmesidir¹⁸⁴. Dünya hayatında bir takım cezalara çarptırılmak, mümin için bir kefarettir¹⁸⁵.

Kısaca Osmanlı Hukuku'nda cezalandırma amaç değil; İslam'ın hedeflediği erdemli toplum oluşturma isteğinin gerçekleştirilmesinde son çare olarak başvurulmuş bir araçtır. Bu yönüyle cezalar hastayı sağlığına kavuşturan bir ilaca benzetilebilir¹⁸⁶.

D. Osmanlı Şer'iyye (Kadı) Mahkemelerinde Ceza Yargılaması

1. Genel Olarak

Tanzimat Dönemi'ne kadar Osmanlı Devleti'nde, ceza uyuşmazlıklarının çözüm merci, esas itibarıyla şer'iyye (kadı) mahkemeleri olmuştur. Her tür uyuşmazlığa bakmakla görevli ve yetkili olan bu mahkemeler, genel görevli ve

Beroje, ss. 39, 110; Mark Cammack, "Islamic Law and Crime in Contemporary Courts", *Berkeley Journal of Middle Eastern and Islamic Law*, Cilt:4, Sayı:5, 2012, ss. 7-10.

¹⁸⁴ İslam dininde günahlara/suçlara karşılık verilen cezalar dünyevî ve uhrevî olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Suç işleyen Müslüman birey için dünyevî cezalar yanında en büyük ceza yaşadığı dinî suçluluk psikolojisidir; çünkü Müslüman birey, Allah'a karşı bir sorumluluk hissetmekte, âhiret hayatında cennetten mahrum olma ve cehennem azabına mâruz kalma korkusu taşımaktadır (Esen, ss. 24, 25; Dağcı, s. 571).

¹⁸⁵ Avcı, Genel, ss. 268-272; Esen, s. 24; Cin/Akyılmaz, s. 216; Karaman, I, ss. 210, 211; Dağcı, s. 571; Üdeh, I, ss. 623, 646, 696; Beroje, ss. 108-111; Mustafa Avcı, *Hukuk Tarihimizde Hapis*, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2014, (Hapis), ss. 233-238; Avcı, Türk, ss. 244-246; Mehmed Şerif, "Ceza Hâkim ve Avukatları", *İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası*, Cilt:2, Sayı:7, İstanbul, 1325 (1907), <http://ktp.isam.org.tr/?url=makaleosm/findrecords.php>, (E.T. 22.12.2017), s. 61.

¹⁸⁶ Avcı, Genel, s. 9.

yetkili yargı kurumlarıydı. Ceza davalarında yetkili mahkeme, suçun işlendiği yer kadı mahkemesi olarak belirlenmişti¹⁸⁷.

Şer'iyye mahkemelerine, kadı mahkemeleri de denildiği için şüphesiz ceza yargılamasında en önemli unsur "kadı"dır. Kadı, 'kazâ' kökünden türemiş bir kelime olup, fıkıh terimi olarak insanlar arasında meydana gelen uyuşmazlık ve davaları çözüme kavuşturmak için tek yetkili makamca tayin edilen kişidir¹⁸⁸. Kadılara hâkim veya hâkim'üş-şer de denilirdi. Kadıların yargılama yetkileri, coğrafi bakımdan sınırlandırılırdı¹⁸⁹. Örneğin, Bursa kadısı ancak Bursa merkezinde hükmedebilir; oraya yakın kazalarda hükmedemezdi. Kural olarak kadı, kazası dâhilinde meydana gelen her türlü davaya bakabilirdi¹⁹⁰.

Kadının yargılama yaptığı mekâna (mahkemeye) meclisü'l-kazâ, meclis-i şer' veya meclisü'l-hüküm denirdi. Osmanlılarda mahkeme için genellikle "meclis-i şer'" terimi kullanılmaktaydı¹⁹¹.

Şer'iyye mahkemelerinde kadının yardımcısı konumunda olan bazı görevliler de bulunmaktaydı. Bunların başında, kadıların vekili olarak görev yapan naipler gelmektedir. Geniş bir bölgede bütün davalara yetişemeyen kadılar naiplerden yararlanırdı¹⁹². Kadı, naibine kendisine ait bütün yetkileri tanıyabileceği gibi, yetki sınırlaması da yapabiliyordu¹⁹³. Kadı, başka bir yerde tarafları ve şahitleri dinlemek,

¹⁸⁷ İbrahim Durhan, "Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:12, Sayı:3-4, 2008, s. 56; Ekinci, s. 371; Cin/Akgündüz, I, s. 392; Şentop, Görev, ss. 87, 104. Davalıların kendi bölgesindeki mahkemede yargılanmayı isteme hakkına sahip oldukları Ebussuud Efendi'nin bir fetvâsından anlaşılmaktadır: "*Zeyd-i Yahudi İstanbul'dan bir maslahat için Galata'ya vardıkta, Amr-ı Nasranî; üzerinde hakkım vardır. Galata kadısına varalım dedikte, Zeyd; Benim kadım İstanbul kadısıdır ona varalım demeğe kadır olur mu? El Cevab; Olur. Ebussuud*" (Ortaylı, Mahkeme, s. 249).

¹⁸⁸ Fahrettin Atar, "Kadı", **DİA**, Cilt:24, 2001, (Kadı), s. 66; Aslan, s. 13; Atar, Mürâfaa, s. 38; Bilmen, VI, s. 204.

¹⁸⁹ Bir "kaza"ya tayin edilen kadının yargı yetkisinin coğrafi sınırı önceden bilinmiş olmaktadır. Örneğin, Ankara'ya tayin edilen kadı Ahmed'e Anadolu kazaskeri tarafından verilen mektupta, "...varub kaza-i mezburda icra-yı ahkâm-ı şer'iyye idüb..." yazılmıştır. Pek çok kadı beratında yer alan bu "kaza-i mezbur" ifadesi ile belirli bir yer, sınırları malum bir yer kastedilmektedir. Kadıların tayin edildiği coğrafi bölgeler, sınırları kesin olarak belirlenmiş yargı çevreleridir (Şentop, Görev, ss. 91, 95).

¹⁹⁰ Cin/Akgündüz, I, s. 392; Ekinci, ss. 369-371; Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlm-i Hukuk, s. 245; Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E.T. 08.12.2015); Gedikli, Kazâ, s. 118.

¹⁹¹ Fahrettin Atar, "Kazâ", **DİA**, Cilt:25, 2002, (Kazâ), s. 114.

¹⁹² Ortaylı, Kadı, s. 73; Gedikli, Kazâ, s. 118.

¹⁹³ Naiplik uygulaması, Osmanlı yargı teşkilâtındaki yozlaşmanın aracı hâline gelmiştir; çünkü belli bir dönemden sonra uzak bir bölgeye tayin edilen kadılar, kaza mahalline gitmeyerek İstanbul'da kalmışlar ve yerlerine naip göndermişlerdir (Cin/Akyılmaz, s. 159; Hülya Canbakal, 17. Yüzyılda Ayntâb Osmanlı Kentinde Toplum ve Siyaset, İletişim Yayınları, İstanbul, 2009, ss. 68, 69).

keşif, ilk soruşturma yapmak ve şahitler hakkında güvenilirlik soruşturması (tezkiye) açmak gibi yargılamaya yardımcı olacak hususlarda naip görevlendirebilirdi. Naip her türlü ceza davasının soruşturmasında görevlendirilirdi. Naip tayinine yetkili olan kadının görevden alınması veya ölmesiyle naibinin görevi sona ermez; bu durumda yeni kadı atanıncaya kadar yargılamaya önceki kadının naibi bakardı¹⁹⁴.

Kâtip, mübaşir ve muhızır da kadıların yanından eksik olmayan görevlilerdi. Mahkemenin içinde görevli olan en önemli memurlardan biri kâtipti. Sicillerin saklanması ve düzgün tutulması, davanın ve şahit beyanlarının kaydedilmesi onun göreviydi. Mahkeme ile ilgili yazışmaları yürütmek, merkezden gelen fermanları, iltizam beratlarını kaydetmek, vakfiye, hüccet gibi belgeleri düzenleyip saklamak da kâtibin görevleri arasındaydı¹⁹⁵. Kâtibin şeriatı bilmesi de gerektiği için 16'ncı yüzyıla kadar mahkeme kâtipleri o yerin sayılı kişilerinden seçilirdi. Muhızır ise, mahkemenin kolluk işlevine sahip görevlisiydi; adam öldürme ve hırsızlık davalarında, davalı ve davacıyı mahkemeye getirirdi¹⁹⁶. Tezkiye memurları, hademe, kapıcı gibi görevliler de mahkemelerde kadının yardımcıları arasında yer almıştır. Şühüdü'l-hâl ise, sürekliliği olan bir resmî görevli sayılmadığı için bu kimseler davaya göre değişmekteydi. Kadının bütün bu görevliler üzerinde tam bir yönetim ve disiplin kurma hakkı ve görevi bulunmaktaydı¹⁹⁷.

Şer'iyeye mahkemelerinde ceza yargılamasında gerçeğin araştırılmasına önem verilmiş ve bu konuda objektif kıstaslar getirilmiştir. Çünkü hiç kimsenin şeref ve haysiyeti, sadece kadının vicdanî kanaatine terkedilemezdi. Osmanlı Hukuku'na göre bir kişiyi cezalandırabilmek için, suçluluğunun kesin olarak ispatı gerekirdi. İspat vasıtaları hem kadıyı hem tarafları bağlamaktaydı. Her suç ile ilgili olarak suçun kendisi, sanık, davacı ve şahitler hakkında yapılacak tahkikat işlemleri, işlenen suçun

¹⁹⁴ Ortaylı, Kadı, s. 73; Ortaylı, Mahkeme, s. 256; Abdullah Demir, **Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi**, Yitik Hazine Yayınları, İzmir, 2010, ss. 46-50; Gedikli, Kazâ, s. 118; Cin/Akyılmaz, s. 159; Ekinci, s. 377; Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E.T. 08.12.2015); Avcı, Türk, s. 136.

¹⁹⁵ Kâtipler bu işlemler için, başvuranlardan belirli bir ücret alırlardı. Bu görevlerin kötüye kullanımı Osmanlı bürokrasisinin çöküntü zamanlarında en çok sorun olan bir konu hâline gelmiştir (Ortaylı, Mahkeme, s. 257).

¹⁹⁶ Bu görev, padişah tarafından bir muhızırbaşına verilirdi. O da bu görevi çeşitli yerlerde seçtiği muhızırlara devrederdi. Bu görev, taşradaki kapıkullarına tımar olarak da verilmiştir; çünkü tahsil edilen alacakların % 2'si muhızırındı. Yani muhızırlık mukataa veya havale suretinde verilen bir memuriyetti (Ortaylı, Mahkeme, s. 258; Demir s. 51).

¹⁹⁷ Ortaylı, Mahkeme, ss. 256, 257; Demir, ss. 50-63; Ekinci, s. 378; Atar, İslam, ss. 94-96; Hülya Taş, "Osmanlı Kadı Mahkemesinde 'Şühüdü'l-Hâl' Nasıl Değerlendirilebilir?", **Bilgi**, Sayı:44, Kış 2008, s. 37; Avcı, Türk, ss. 137, 138.

çeşidine göre suçun tüm unsurları, bütün incelikleriyle fıkıh kitaplarında tespit edilmiştir. Kadının kanaati elle tutulur, gözle görülür bir şey olmadığı için ceza yargılamasında kadıların takdir yetkisi son derece dardı¹⁹⁸.

Osmanlı ceza yargılaması hukukunda sözlü yargılama esastı. Davanın bütün aşamaları sözlü olarak gerçekleşir; davacı ya da subaşı veya diğer emniyet görevlilerinin sanığı ithamı, sanığın cevabı, şahitlerin beyanları hep sözlü olarak alınıp kayda geçirilirdi¹⁹⁹.

2. Ceza Yargılamasının Şartları

Şer'iyye mahkemelerinde ceza yargılamasının yapılabilmesi için davanın süresi içinde açılması, gaipliğin ve dokunulmazlığın kalkması gibi şartlar aranmıştır. Yargılamanın başlayabilmesi için öncelikle dava açılması gerekmektedir. Ceza davalarında, hakkında dava açılan taraf için "müttehem, mâzınne, maznun" (sanık) veya "müddeaaaleyh (davalı) terimleri kullanılmaktaydı. Kısas, diyet, hırsızlık ve zina iftirası davaları ile hakaret, sövme, dövme, adam öldürme ve tazminatı gerektiren tazir suçlarına bakılabilmesi için, mağdurun mahkemeye başvurup dava açması gerekirdi. Hırsızlık ve zina iftirası dışındaki had davaları ile bazı tazir suçlarına bakmak için dava şartı aranmazdı; çünkü kamu haklarını ihlâl eden bu suçlarda, olaydan haberdar olan her vatandaşın bu konuda mahkemeye başvurarak şahitlik yapmaya ve davayı takip etmeye yetkisi vardı²⁰⁰.

Yargılamanın şartlarından biri de ceza davasının süresi içinde açılmasıdır. Şahsî davayı gerektiren durumlarda, zamanaşımı söz konusu olmaz; ancak devlet bu konuda bir süre koyabilirdi. Allah hakkına yönelik suçlarla ilgili yargılamanın

¹⁹⁸ Ali Bardakoğlu, "İsbat", *DİA*, Cilt:22, 2000, (İsbat), s. 492; Cin/Akgündüz, I, ss. 396, 397; Aydın, s. 161; Cin/Akyılmaz, ss. 201, 202; Akman, ss. 114, 115; Ortaylı, Mahkeme, s. 251; Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E.T. 08.12.2015).

¹⁹⁹ Takrir-i kelim, takrir-i meram, tabir-i ani'l-meram, takrir-i mekal, sual olunsun, gibbe's-sual gibi ifadelerden biri neredeyse her sicil defterindeki kayıta geçmektedir (Akman, s. 32).

²⁰⁰ Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 100, 101; Cevdet Yavuz, "Dava", *DİA*, Cilt:9, 1994, (Dava), s. 13; Atar, İslam, s. 146; Bilmen, VIII, ss. 82-84; Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E.T. 08.12.2015); Beroje, s. 146; Mustafa Avcı, "Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma)", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:25, Sayı:1, 2017, (Sulh), ss. 17, 18.

yürütülebilmesi için, özürsüz olarak aradan uzun bir süre geçmemiş olması şarttı²⁰¹. Sanığın suçunu itiraf etmesi halinde ise, zamanaşımına bakılmazdı. Kadı, bazı davalarda dava zamanaşımı söz konusu olduğundan, önüne gelen davanın, süresi içinde açılıp açılmadığını re'sen gözetirdi²⁰².

Diğer şartlar ise, gaipliğin ve dokunulmazlığın kalkmasıdır. İslam Hukuku'nda kural, gıyapta yargılama yapılmaması olduğundan yargılama için kişinin gaipliğinin kalkması gerekirdi. Şer'iyye mahkemeleri bazen, dokunulmazlığı olan kişilerin ceza davasına bakamaz ve suçları sabit olsa da haklarında tutuklama kararı veremezdi. Bunlar genellikle ilim adamı sıfatı taşıyan kimselerdir²⁰³. Devlet başkanının da kamu hukuku alanına giren suçlarda, dokunulmazlığı vardı. Ancak şahsî dava gerektiren, kişi haklarına yönelik kısas ve tazminat gibi davalarda, devlet başkanının dokunulmazlığı söz konusu olmamıştır²⁰⁴.

²⁰¹ Bu konuda net bir süre belirlenmemiştir; ancak uygulamada bir aylık zamanaşımı esas alınmıştır (Bayındır, s. 135).

²⁰² İslam Hukuku'nda şahsî haklarla ilgili olan kısas, diyet, kazif davalarında zamanaşımı işlemez. Ancak Osmanlı uygulamasında bu tür davalarda padişahın koyduğu veya içtihatla belirlenmiş zamanaşımı süreleri geçerliydi. Kısas ve diyet davaları için on beş sene süre belirlenmişti. Tazir suçlarında da aynı süre geçerliydi. Had suçları için de zamanaşımı kabul edilmiş, ancak belirli bir süre tespit edilmemiştir. Ceza zamanaşımına ise, Klâsik devirde rastlanmaz; ancak Tanzimat'tan sonra kabul edilen 1879 tarihli Usûl-i Muhekkemat-ı Cezaiyye Kanunu'nun 479'uncu maddesinde, hükmolunan cezaların hüküm tarihinden itibaren yirmi sene sonra düşeceği belirtilmiştir (Akman, s. 115; Cin/Akgündüz, I, ss. 414, 415). Yavuz, Dava, s. 14; Coşkun Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:3, Sayı:1, 1946, ss. 131, 132; Bayındır, ss. 134, 135.

Şer'iyye sicillerinde de zamanaşımı süresiyle ilgili kayıtlar bulunmaktadır. "Ali ve Nasuh taraflarından Mahmud'un evi basılarak eşyasının yağma edildiği doğru ise ve aradan 15 yıl geçmemiş ise haklarında şer'an gereğinin yapılmasına dair Ankara Sancakbeyine, Ankara ve Ayaş kadılarına hitaben İstanbul'dan yazılmış Evahir-i Ramazan 997 tarihli Ferman sureti" Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 711 (Halit Ogan, *Ankara'nın İki Numaralı Şer'iye Sicili*, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1974, ss. 55, 56).

"İsa adında birinin Yusuf tarafından dövüldüğü ve bu dayaktan öldüğü doğru ise ve aradan 15 yıl geçmemişse gönderilen Hüseyin Çavuş mübaşeretıyla davanın görülmesi hakkında Ankara ve Kureys kadılarına hitaben yazılmış 15 Safer 998 tarihli Ferman sureti" Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 1744 (Ogan, s. 136).

²⁰³ IV. Mehmed'e ait Ceza Kanunnamesi'nin birinci faslında şöyle denmektedir: "Kaza, tedris, tevliyet, meşihat, imamet, hitabet ve bunun gibi makam ve görev sahiplerine tazir lazım gelse etmeyeler. Hemen bir dahi böyle etmeye dıyü kadı sertçe söylemek ol makulelere (ilgililere) tazirdir. Hapsedecek yerde etmeyüp Dergâh-ı Mualla'ya (Saraya) arz ederler. Ancak ağır suç işleyip kefil bulamayıp firar ihtimali olsa ol zaman hapsedeler" (Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, Cilt:1-9, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul 1990-1996, (Kanunnameler), Cilt:10, s. 453; Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, E.T. 08.12.2015).

²⁰⁴ Bilmen, VIII, ss. 83, 84; Aydın, s. 167; Avcı, Genel, ss. 49, 50; Cin/Akgündüz, I, s. 415.

3. Soruşturma

Suç ihbarının veya şikâyetin güvenlik görevlilerine veya mahkemeye ulaşmasıyla ceza muhakemesinin işleyişi başlamaktaydı. Şahıs haklarını ihlâl eden suçlarda mağdur veya yakınları davacı konumunda bulunurdu. Allah haklarını ihlâl eden suçlarda ise, herkes suçu önlemek ve önleyemiyorsa ihbar etmek zorundaydı. Davayı dilekçeyle açma şartı bulunmamaktaydı. Hazırlık soruşturması denilebilecek olan bu aşamada davacı delillerini mahkemeye sunarak mahkemeden bunları kayda geçirmesini talep ederdi. Kadı, davanın konusuna göre gerekli tedbirleri almakla yükümlüydü. 1879 tarihine kadar savcılık kurumu bulunmayan Osmanlı Devleti'nde genellikle subaşı suç ihbarında bulunarak şüphelileri mahkeme önüne getirirdi²⁰⁵.

Osmanlı'da soruşturma yapılırken pek çok hususa dikkat edildiği görülmektedir. Bu hususların en önemlilerinden birisi, yapılan soruşturmanın her evresinin kayıt altına alınmasıdır. Soruşturmayı genellikle naipler yapardı. Sonrasında tahkikat, maruz defterlerine naipler tarafından kaydedilirdi²⁰⁶. Özellikle adam öldürme ve yaralama davalarında naibin mutlaka olay yerine gidip soruşturma yaptığı bilinmektedir. Özellikle devlet görevlilerine karşı işlenen adam öldürme ve yaralama davalarında soruşturma merkezden gönderilen özel bir görevli tarafından yapılırdı. Gerek görüldüğünde yargılama sırasında bile soruşturmanın genişletilmesine karar verilebilirdi²⁰⁷.

Sicil kayıtlarından anlaşıldığına göre, ilk soruşturma da açık olarak yapılmaktaydı. İlk soruşturmayı yapmak üzere görevlendirilen naibin yanında daima güvenilir kişiler (ümenâ) bulunmakta ve naiple beraber bu kişiler de mahkemeye gelerek durumu kadıya bildirmekteydiler²⁰⁸.

²⁰⁵ Akman, ss. 112, 113; Avcı, Sulh, ss. 17, 18.

²⁰⁶ Akman, s. 113; Cin/Akgündüz, I, s. 415; Bayındır, s. 22; Avcı, Türk, s. 136.

²⁰⁷ “Şarap içtiği suçlamasıyla kadı önüne çıkarılan sanık kendisinin kâfir olduğu savunmasında bulununca bu durumun araştırılmasına mahkeme karar vermiştir. 13 Şevval 978/5, Aralık 1579”, İŞSA, Tophane Mahkemesi, No:7, v.41a/3 (Aktaran Akman, s. 114).

²⁰⁸ 1179 tarihli bir cinayet keşfi tutanağında yer alan, olay mahallinden kişilerle ilgili, “...olay mahalline varıp müşlûmanların huzurunda, adigeçen ölünün organlarına bakıldığında...” ifadesiyle güvenilir kişilerin olduğunu gösteren “...birlikte gönderilen umena-i şer ile mahkemeye gelip olayı olduğu gibi anlattığı...” ifadesi ceza yargısının her safhasının halka açık olduğunu ve mahkemenin, keşfe gönderdiği görevlilerin yanına güvenilir kişiler ve olay mahallindeki kişileri de kattığını göstermektedir (Abdülaziz Bayındır, “Örneklerle Osmanlı'da Ceza Yargılaması”, **Türkler Ansiklopedisi**, Cilt:10, Osmanlı Özel Sayısı, Ankara, 2002, (Ceza), ss. 136, 137). Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E.T. 08.12.2015).

Soruşturma başladığında artık münhasıran devlete bırakılan soruşturma açılması ve iddianame hazırlanması aşamalarında, mağdur usûl işlemlerine müdahale edemezdi. Yalnız şahıs hakları ihlal edilmişse, davacı, şikâyetini kadıya bildirir, kadı da davalıyı mahkemeye çağırırdı. Kadı, bizzat veya “muhtız” ya da “çuhadar” vasıtasıyla delil toplayabilirdi. Kadı keşif yapabilir veya ehl-i vukufa başvurabilirdi. Adam öldürme suçlarında ehl-i vukuf incelemesi yapılmadan ölü defnedilmezdi. Müessir fiille ilgili keşiflerde görüş bildiren ehl-i vukuf, yargılamada şühüdül-hâl olarak görev yaparak keşif raporunun olaya uygunluğuna şahitlik ederdi²⁰⁹.

4. Yargılama ve Hüküm

Yargılama aşamasında kadı, tek yetkili kişi konumundaydı; yargılama alenî ve sözlü olarak yapılırdı. Osmanlı ceza yargılamasında önce davacı şikâyetini veya suç isnadını beyan etmekteydi. Kadı, sanıktan suçlamayı cevaplandırmasını isterdi; sanık suçunu itiraf ederse, kendi rızasıyla ikrar ve itiraf ettiği belirtilerek kayda geçirilirdi. Sanık suçlamayı inkâr ederse, kadı davacıdan iddiasını ispatlamasını isterdi²¹⁰. Davacı elinde hazır delil varsa hemen mahkemeye sunar veya kadıdan süre isterdi; verilen sürede de mahkemeye sunacak delil bulamayan davacı son çare olarak sanığa yemin teklif ederdi²¹¹. Davacı sanığa yemin teklif etmez veya yemin teklif edince sanık suçsuz olduğuna dair yemin ederse suç işlendiği ispat edilememiş

²⁰⁹ İbrahim Orkun Atalay, “Osmanlı Ceza Yargılaması Usûlü Hukuku Üzerine Bir Deneme”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:11, Sayı:3-4, 2007, ss. 249, 250; Nası Aslan, **İslâm Yargılama Hukukunda “Şühüdül-hâl” Jürî: Osmanlı Devri Uygulaması**, Beyan Yayınları, İstanbul, 1999, (Jürî), ss. 102-108.

²¹⁰ “Samud köyünden İsa'nın, üç nefer yoldaşı ile birlikte Mısraatlar köyünden İsrail'in dört baş ineğini çaldığını ve Miranos köyünde sattığını iddia, davalı İsrail'in ise inkâr ettiğine dair zabıt. 15 Safer 998. Davacı İsa'nın, adı geçen sanık İsrail hakkında tecziye talebi ve tanıkların, sanık tarafından bu dört ineğin Miranos köyüne doğru götürülürken Karyağdı belinde rastladıkları hakkında ifade zaptı.” Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 624, 625 (Ongan, s. 47).

“Osman oğlu H. İbrahim'in, evvelce evi açılıp hayli eşyası çalındığını söyleyerek bu defa bu eşyayı ağzı dikili heybe içinde İnebey oğlu Veli'nin evinde bulunduğunu iddia ve şahitlerle ispat ettiğine dair zabıt” Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 869 (Ongan, s. 70).

²¹¹ Sadece Allah hakkına yönelik olan ve had cezası gerektiren suçlara ait davalarda, davalı tarafa yemin teklif edilemez. Çünkü had suçlarında yeminden kaçınma bir ispat vasıtası değildir (Bayındır, s. 212).

olduğundan sanık beraat ederdi²¹². Eğer sanık yeminden kaçınırsa ithamı kabul etmiş sayılırdı²¹³.

Yargılamada ispat vasıtaları şahitlik, yemin ve yeminden kaçınmadır. Had cezaları, sanığın suçu açık ve kesin bir şekilde kabul etmesi anlamına gelen ikrarla veya şahitlerle sabit olurdu. Akıllı kişi, hiçbir zaman kendi aleyhine bir yalan söylemez; bu yüzden ikrar, şahitlikten daha kuvvetli bir delildir. İkrar, sadece ikrarda bulunan kişi hakkında hüküm ifade eder; başkalarına yapılan ikrardan dolayı bir hüküm uygulanamazdı. Ceza verilebilmesi için, sanığın kadı huzurunda bir kere ikrarda bulunması yeterliydi. Ancak zina suçu diğerlerinden farklı olup zinaya dair ikrar, sanığın kadı huzurunda, dört ayrı kere zina yaptığını itiraf etmesiyle gerçekleşirdi. Hangi suç için olursa olsun, kadı huzurunda yapılmayan ikrara itibar edilmezdi. Kadı huzurunda yapılmayan ikrara itibar edilmemesi, işkenceye karşı ciddi bir tedbirdir. Sanık kendisine atılı suçu kabul etmediği takdirde, suçun şahitlerle ispat olunması gerekirdi. Zina davasını ispat için dört erkek şahit, diğer hadlerle kısas davalarını ispat için iki erkek şahit şart koşulmuş; maddî tazminatı gerektiren davalar ile tazir davalarında ise iki erkeğin şahitliği veya bir erkekle iki kadının şahitliği yeterli görülmüştür²¹⁴. Kadı, davalıyı yemin ettirmeden önce davacı tarafından getirilen şahitler gibi davalının gösterdiği şahitleri de dinlemek zorundaydı²¹⁵.

²¹² İlber Ortaylı, davalıya/sanığa yemin verilme yönteminin İslam yargılama hukukuna ait bir özellik olduğunu ve bunun İslam Hukuku ile Roma Hukuku arasındaki en belirgin farkı oluşturduğunu söylemektedir (Ortaylı, Kadı, s. 57).

²¹³ Bilmen, VIII, s. 85; Akman, ss. 114, 115; Ortaylı, Mahkeme, s. 251; Cin/Akgündüz, I, ss. 397, 402, 403; Bardakoğlu, İsbat, s. 493; Beroje, s. 82.

1178 tarihli bir sicil kaydında bu yargılama faaliyetleri şu şekilde yer almıştır: “Üsküdü’r’a bağlı Bulgurlu köyünden Eyyüb oğlu Salih’in mahkemeye gelerek, ‘Abdullah oğlu Halil’in, bugün haksız olarak, sille ve yumruk ile dövüp yakamı yırttı. Beni küçük düşürdü. Gereğini talep ederim’ demesi üzerine, davalı iddiayı reddeder ve davacı iddiasını ispatlayamayınca davalıya yemin teklif edilir. Halil’in de yeminden kaçınması üzerine, yeminden kaçınma üstü kapalı itiraf sayılarak Halil’e tazir cezası verilmesi gereğine hükmedilir” (Bayındır, Ceza, ss. 135, 136).

“Kara Hubar Dimitri’nin Aleks’yi dövdüğü Dimitri’nin yeminden dönmesi ile sabit oludukda tazir olumup deftere kaydolundu. Receb 924” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 575(92b-2), s. 330.

²¹⁴ Cin/Akgündüz, I, s. 399; Bilmen, VIII, ss. 124, 125; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 101; Ekinci, s. 386; Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlm-i Hukuk, ss. 245, 246; Beroje, ss. 40, 177; Abdülkadir Üdeh, **Mukayeseli İslam Ceza Hukuku ‘Özel Hükümler’**, Cilt:2, çev. Ali Şafak, 2. Baskı, Kayihan Yayınları, İstanbul, 2012, ss. 355, 366; Matthew Lippman, “Islamic Criminal Law and Procedure: Religious Fundamentalism v. Modern Law”, **Boston College International and Comparative Law Review**, Cilt:12, Sayı:1, 1989, s. 40; Bardakoğlu, İsbat, ss. 492-494; Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E.T. 08.12.2015).

²¹⁵ Ortaylı, Mahkeme, s. 251.

Kadı davayı inceleyip, şahitleri dinlemedikçe yargılamayı sonlandıramazdı. Kadının gerekli soruşturmayı yaptıktan sonra, şahit beyanlarına göre hüküm vermesi gerekirdi. Yapılan yargılamanın sonucunda kadı hükmünü açık olarak verirdi. Hüküm, son karar anlamına gelmektedir. Verilen hüküm hem kadıyı hem tarafları bağlardı; ilamın yazılıp verilmesi kararın tamamlayıcı bir unsuru değildi. Kadının verdiği hüküm *kazâ-i istihkak* ve *kazâ-yı terk* olmak üzere iki şekilde olabilirdi. Kazâ-i istihkakta, dava objektif delillerle ispatlanmış, davacı ithamında haklı görülerek sanığın suçu işlediği ortaya çıkmıştır. Kadının bu tür kararları şer'iyye sicillerinde genellikle "*ba'de'l-hüküm*" veya "*ba'de'l-hüküm ve't-tenbih*" şeklinde ifade edilmiştir. Kazâ-yı terk ise, davacının iddiasını ispatlayamaması durumunda verilen, sanığın beraat ettiği anlamına gelen hükümdür. Bu hüküm de sicillerde "*bilâ beyyine bî-vech muârazadan men olundu*"²¹⁶ şeklinde geçmektedir²¹⁷.

Yargılama sonunda kadının verdiği hüküm sadece sanığın iddia edilen suçu işleyip işlemediğini gösterir niteliktedir. Suçlu bulunan sanığın aldığı ceza çoğu kez sicil kayıtlarında belirtilmemiştir. Ancak bazen hırsızlık gibi suçlarda, tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş bu suçun cezası olarak had cezasının verildiği ve cezanın net bir şekilde kadı sicilinde yazıldığı görülmektedir²¹⁸.

Şer'iyye sicil defterlerine yansıyan pek çok ceza davasının sulh (uzlaşma) yoluyla sonuçlandığı görülmektedir. Kayıtlardan davacının meseleyi mahkemeye taşımasından sonra mahkeme dışında sulh yapıldığı anlaşılmaktadır. Sulh, iki taraflı bir hukukî işlemdir²¹⁹. Sulh anlaşmasının ispat hukuku bakımından bir değeri olması için mutlaka kadıya sunulması ve kadı kararı olarak kayda geçirilmesi

²¹⁶ Delil yokluğundan suç isnadından beraat edilmesi anlamına gelmektedir.

²¹⁷ Akman, s. 116; Bayındır, ss. 114, 115; Atar, Mürâfaa, s. 39; Gedikli, Kazâ, s. 118.

²¹⁸ "...yed-i yümnâsı (sağ eli) kat' olunmak şer'an lazım olmağın...", "...sağ eli kat' olunmak mucib-i şer'iyyesi olmağın...", İŞSA, Bâb Mahkemesi, No: 25, v.165b/1-2, 167a/2 (Aktaran Akman, s. 131).

²¹⁹ "Sulh, müddai ile müdde aleyhin aralarındaki uyuşmazlığı rızalarıyla çözen bir akitir" (Bilmen, VIII, s. 5).

Osmanlı'da üç tür sulhun varlığından söz edilebilir; bunlar, kadının bir arabulucu olarak hareket etmesi ve karar verme yerine tarafları uzlaştırması ile oluşan sulhlar, tarafların kendi aralarında mahkeme dışında ya da içinde anlaştıktan sonra bunu mahkemede kaydettirdikleri sulhlar ve mahkeme dışında yapılan ancak kaydettirilmeyen sulhlardır. Üçüncü tür sulhların varlığından ancak sonradan aynı konuda taraflar arasında yeniden bir dava söz konusu olursa haberdar olunmaktadır (Avcı, Sulh, ss. 26, 27; Zeynep Dörtok Abacı, "Bir Sorun Çözme Yöntemi Olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi (OTAM)*, Sayı:20, Güz 2006, s. 112).

gerekmekteydi²²⁰. Sulhe konu davalardan bazıları, hırsızlık²²¹, adam öldürme²²², yaralama gibi had ve kısas davaları ile rüşvet gibi tazir davalarıydı. Kul haklarını ilgilendiren bu davalar genellikle arabulucular²²³ sayesinde sulh ile sonuçlanırdı. Davacı davalıdan bedel-i sulh adı verilen bir miktar para almak için bu anlaşmaya razı olurdu²²⁴. Kısas istemeye hakkı olanlar, peşin veya veresiye bir bedel üzerinde faille uzlaşırsa, kısas cezası düşerdi²²⁵. Bu bedel Şârî' tarafından belirlenmediği için diyet cinsinden olup olmaması, diyet miktarından fazla olup olmaması önemli değildir. Kısas isteme hakkı olan küçüğün veya akıl hastasının velisi, diyetten fazlasını almak şartıyla sulh yapabiliirdi; çünkü velinin karşılıksız olarak şikâyetten vazgeçmesi mümkün değildi²²⁶.

²²⁰ Ahmet Kılınç, "Osmanlı Devleti'nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu", **II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri**, Cilt:2, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 19, 29, 65, 77; Avcı, Sulh, ss. 26, 66; Yusuf Şen, "İslâm Hukukunda Arabuluculuk", **Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt:11, Sayı:22, 2012/2, s. 107; Davud Yaylalı, **İslâm Hukukunda Sulh**, Taştan Matbaacılık, İstanbul, 1993, ss. 13, 33; Fahrettin Atar, "Sulh", **DİA**, Cilt:37, 2009, (Sulh), s. 482; Esra Çetinkaya, **Osmanlı Hukukunda Sulh Sözleşmesi: Üsküdar ve Bursa Şer'iyye Sicillerine Göre Borç İlişkilerinde Sulh Sözleşmesi (M.1501-1551/H.906/958)**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, ss. 52-64.

²²¹ "Fatma bt. Yusuf, mahkemede Mustafa b. Musa huzurunda karısı Fatma bt. Şaban'ı: "Daha önce evimden esvabımı çaldı" diye dava edip mezbur inkar edip münazaa vaki olmuştu, şu anda iki bin akçeye sulh ve ibra ile terk-i dava ettik" dedikleri kaydolundu", Tophane Mahkemesi 7 Numaralı Şer'îye Sicili, v.20b (1)-272 (Akt. Demir, s. 120).

²²² Hz. Peygamber, kasten adam öldüren birini kısasa mahkûm etmiş; Sahabe, Hz. Peygamber'in bu hükmü verirken üzüldüğünü görünce maktul yakınlarını uzlaşmaya davet etmiş; onlar da iki diyet tutarı karşılık isteyerek uzlaşmayı kabul etmişler. Bu durum Hz. Peygamber'i memnun etmiştir (Avcı, Genel, ss. 255, 256; Avcı, Sulh, s. 35; Y. Şen, s. 128).

²²³ Osmanlı'da arabuluculara "muslihûn" denilmekteydi. Kötülüğe, düzensizliğe ve bozgunculuğa karşı barıştan, dirlik ve düzenden yana tutum takınan insanları ifade etmek üzere çeşitli ayetlerde yer alan "muslih" (Bakara 2/11-12; A'râf 7/170; Hûd 11/117), hukuk terimi olarak barışı temin eden, uzlaştırıcı demektir. Arabulucu bir kişi olabileceği gibi birden fazla da olabilmektedir (Avcı, Sulh, s. 27; Kılınç, ss. 21, 22; Dörtok Abacı, ss. 105-115; Y. Şen, s. 118).

²²⁴ Uriel Heyd, **Studies in Old Ottoman Criminal Law**, ed. V. L. Menage, Oxford University Press, Oxford, 1973, s. 249; Bilmen, VIII, s. 5; Avcı, Sulh, ss. 32-34, 59, 66; Akman, ss. 116, 117; Cin/Akgündüz, I, s. 407; Dağcı, s. 575; Kılınç, ss. 47-54; Y. Şen, s. 111; Yaylalı, s. 145; Atar, Sulh, ss. 482, 483; Çetinkaya, ss. 84-86, 92.

²²⁵ "Hasan oğlu Mustafa'nın, kardeşi Musa'yı taşla öldürerek Hızır'dan 10 bin akçe almak suretiyle davasından vazgeçtiğine dair hüccet. Adı geçen Mustafa'nın, maktulün kızı Ayşe ile karısı Gülizar tarafından dava ve sulh hususunda tevkil edilmiş bulunduğu mahkemece sabit olduğuna dair hüccet" Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 425, 426 (Ongan, s. 33).

"Vekil Hasan oğlu Mustafa'nın kardeşi Musa'yı taşla öldüren Hızır'dan sulh bedeli 40 altın aldığına dair hüccet" Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 1589 (Ongan, s. 121).

"Yeniçeri Hüseyin b. Yusuf, kendisine küfreden Kefale hakkında dava açtıktan sonra Müslümanların araya girip bedel karşılığı sulhe ikna etmesi sonucu taraflar 200 akçe karşılığında mahkemede sulh ettiler. Hüseyin'in, sulh bedeli veren Kefale'yle bu hususta bir dava ve nizasının kalmadığı deftere kaydedildi." Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 101(20a-1), s. 140.

²²⁶ Avcı, Genel, ss. 256, 257; Avcı, Sulh, ss. 33-35, 42, 66; Kılınç, ss. 50, 57; Atar, Sulh, s. 482; Çetinkaya, ss. 66-78.

Kadı, kısasa dair mahkeme ilâmlarını şeyhülislâmlığın incelemesine sunardı. Şeyhülislâmlıkta incelenen ilâmlar, gereği altına yazılarak mahkemeye geri yollanırdı. Şeyhülislâmlık makamının onayladığı ilâmlar, padişahın onayına sunulurdu. Padişah bunu onaylarsa kısas cezası yerine getirilir, onaylamazsa kısas uygulanmazdı²²⁷.

Unsurları eksik olan had ve kısas suçlarında veya bedenî cezanın infâzının talep edilmediği durumlarda suçluluğu sabit olan sanık genellikle küreğe konulmakta²²⁸ veya kalebentlik cezasına çarptırılmaktaydı²²⁹. Osmanlı Devleti'nde verilen bedeni cezalar genellikle halkın içinde ve alenen infâz edilirdi²³⁰.

Kadı, hükmünü verdikten sonra, gerekçesiyle beraber hüküm ve uyarı içeren bir ilâm düzenleyip davacıya ve gerekiyorsa davalıya birer nüsha verirdi. İlâmın bir suretini de kendi koruması altında bulunan sicile kaydederd²³¹.

Usûlüne uygun, sebep ve şartları mevcut olarak hükme bağlanan bir davanın tekrar görülüp dinlenmesi, İslam ve Osmanlı Hukuku'na göre caiz değildi. Ancak aleyhine hüküm verilen kimse, yargılamanın seyrini değiştirecek bir delil sunarsa ya da kadı tüm bilgi ve tecrübesine rağmen yanılmış, kanuna aykırı hüküm vermişse, dava tekrar dinlenirdi. Her zaman kişilerin yargıya olan güveninin tam olması sağlanmaya çalışılırdı²³².

Osmanlı Hukuku'nda sistematik bir kanun yolu usûlü bulunmamaktaydı. Ancak sanık, aleyhindeki mahkeme kararına karşı şikâyet yoluyla Divan-ı Hümayûn'a başvurabilirdi. Divan-ı Hümayûn, veziriazamın Çarşamba, Cuma, İkinci

²²⁷ Akman, s. 118; Avcı, Genel, s. 489; Cin/Akgündüz, I, s. 310; Ekinci, s. 389.

²²⁸ 1655-1656 yılı defterindeki kayıtlarda soygun, cinayet gibi olayların suçluları istinasız olarak subaşına teslim edilmişken, 1658-1659 yılına ait kayıtlarda, tam tersi bir tutumla benzeri suçlardan hüküm giyenler kürek çekme cezasıyla cezalandırılmıştır. Bu durum, merkezin iş gücü ihtiyacını karşılamak amacıyla, uygulanan cezalandırma yöntemlerinde nasıl değişiklik yapabildiğinin göstergesidir (Koç/Tuğluca, s. 15).

²²⁹ Örneğin, maktulün çocuklarının yaşlarının küçük olması sebebiyle kısas talep edilememesi üzerine katillerin diyet ödemesine ve küreğe konulmalarına hükmedilmiştir (Mehmet İpşirli, "XVI. Asrın İkinci Yarısında Kürek Cezası ile İlgili Hükümler", *Tarih Enstitüsü Dergisi*, Sayı:12, 1982, (Kürek), s. 239); Akman, ss. 131, 132.

²³⁰ Akman, s. 133.

²³¹ Ortaylı, Mahkeme, s. 255; Atar, Mürafaa, s. 39; Cin/Akgündüz, I, ss. 408-410; Bilmen, VIII, ss. 227, 228; Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E.T. 08.12.2015).

²³² Bilmen, VIII, s. 238; Aslan, s. 155; Cin/Akgündüz, I, s. 416; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 228; Ekinci, s. 390.

Divanları²³³, Kazasker Divanları, şer'i mahkemelerin kararlarını inceleyip, geri gönderebilirdi²³⁴. Ayrıca asıl karar merci padişah olduğundan ve kadılar padişahın vekili olarak karar verdiklerinden dolayı, padişah her kararın son denetim merciiydi. Kadının karar verdiği bir davanın Divan-ı Hümayûn'da incelenmesi hükmün icrasını durdurmazdı; sadece had cezaları padişah tarafından onaylanmadıkça yerine getirilemezdi²³⁵.

E. Divân-ı Hümayûn'da Ceza Yargılaması

1. Genel Olarak

Divân-ı Hümayûn'un, görevlerinden biri de yargılamadır. Divân-ı Hümayûn'a yapılan başvuruların, padişahın daima orada hazır bulunduğu inancıyla, doğrudan doğruya padişaha yapıldığı kabul edilmiştir. Divân-ı Hümayûn'da yargılamayı Rumeli Kazaskeri tek başına yapardı; bazen iş yükü fazlalığı nedeniyle Anadolu Kazaskeri ona yardımcı olurdu²³⁶.

Divân-ı Hümayûn, hem bir ilk derece yargılama yeri hem de bir üst mahkeme niteliğindeydi. İlk ve kesin hüküm yeri olarak Divân-ı Hümayûn'da kadı ve müderris

²³³ Çarşamba Divanı, Çarşamba günleri İstanbul, Galata, Eyüp ve Üsküdar kadılarının katıldığı ve veziriazamın başkanlık yaptığı bir divandı. Veziriazam davalara bizzat bakardı; gerekirse kadılara da dinletirdi.

Cuma Divanı'nda Rumeli kazaskeri kendisine havale edilen davalara bakar; Anadolu kazaskeriye izin verilen hallerde davalara bakardı. Buna Huzur Murafaası denirdi.

İkinci Divanı, ikinci namazından sonra veziriazamın başkanlığında toplanan divandı. Salı ve Perşembe günleri dışındaki günlerde veziriazam, kendi sarayında ikinci vakitlerinde divan toplar ve kulların davalarına bakar, isteyenlere hüküm verirdi. (Cin/Akgündüz, ss. 243, 244; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 262; Atar, Mürâfaa, s. 38; Gedikli, Kazâ, s. 118).

²³⁴ "Hırsız ve haramzade olduğu için tutuklanıp küreğe konulmak üzere gönderilen Tenkata(?) Piri adlı şahsın, suç isnadında garaz (kötülük etme isteği) olduğunu ileri sürmesi üzerine davasının yeniden görülmesi. 11 Zilkade 972", 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 1254, s. 244.

"Edirne kadısının, daha önce müteveffa Hasan Paşa tarafından hırsızlık suçundan hapsedilen Memi ve Kaya adlı şahısların davalarını yeniden görüp neticesini bildirmesi. 26 Zilhicce 972". 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 1438, ss. 346, 347.

²³⁵ Aydın, s. 86 vd; Atalay, s. 258; Gedikli, Kazâ, s. 118; Cin/Akgündüz, I, s. 417; Ekinci, ss. 390, 391; Mehmet Seyitdanlioğlu, "Tanzimat Dönemi'nde Yüksek Yargı ve Meclis-i Vâlâ'yı Ahkâm-ı Adliye (1838-1876)", *Adalet Kitabı*, (Ed. Bülent Arı ve Selim Aslantaş), Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 239.

²³⁶ Ahmet Mumcu, *Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayûn*, 2. Baskı, Birey ve Toplum Yayınları, Ankara, 1986, s. 431; Akman, s. 119; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 259; Seyitdanlioğlu, s. 239.

gibi ilmiye sınıfı mensuplarının, ruhanî reislerin, imtiyaz tanınan müstemenlerin²³⁷, müzevver (uydurma) hüküm düzenleyen ve kalp para basanların, saray görevlilerinin, kadıların yargılamaktan çekindikleri nüfuzlu kişiler ile ehl-i örfe karşı suç işleyen kişilerin ceza davaları görülmüştür. İlk derece yargı yeri olan Divân-ı Hümayûn'da davayı sonuçlandırma yetkisi Rumeli kazaskerine aitti. Kadı nasıl hüküm veriyorsa, kazasker de aynı usûl ve ispat araçlarıyla hüküm verirdi. Ancak şer'iyye mahkemelerinde sanığın gıyabında yargılama yapılmazken Divân-ı Hümayûn'da gıyapta yargılama yapmak mümkündü. Padişah divanında adaletsizlik yapılmayacağı ve sanığın hakkının korunup gözetileceği düşüncesi bu uygulamanın temel nedenidir²³⁸.

Üst mahkeme olarak Divân-ı Hümayûn, istinaf ve temyize benzer bir kanun yolu incelemesi yapmaktaydı. Osmanlı Devleti'nde Divân-ı Hümayûn yargıyı denetlemekte ve bu yönde gelen şikâyetleri incelemekteydi; hangi din ve millete mensup olursa olsun herkes şikâyet ve davasını dilekçeyle veya şahsen bu kurula veya padişaha bildirebilirdi. Divân-ı Hümayûn'da hüküm, önce hukuka uygunluk bakımından incelenir; bir hukuka aykırılık tespit edilirse, bu defa da istinaf incelemesine geçilirdi. İslam Hukuku'nda kural olarak bir kadının verdiği hükmü bir başka kadı bozamazdı. Osmanlı uygulamasında da bu kurala aynen uyulmuştur. Ancak hüküm, fıkıh kurallarına aykırı bir şekilde verilmişse başka bir kadının incelemesine tabi tutulabilir ve gerekirse bozulabilirdi. Ayrıca çok ağır cezalar içeren had ve kısas hükümlerinin Divân-ı Hümayûn'da incelenmeden ve padişahın izni olmadan infaz edilmediği bilinmektedir²³⁹. Divân-ı Hümayûn'un üst derece mahkemesi olarak yargılama yapması buna dayanmaktadır.

²³⁷ Müstemen, İslam ülkesi vatandaşı olmayan ve izin veya pasaportla İslam ülkesine giriş izni verilen yabancılara denir. Müstemen sözcüğü kendisine eman verilen kişi demektir. İslam ülkesinde yaşadığı sürece müstemenin şahsı, malı, hayatı dokunulmazdır; temel hak ve hürriyetlerden yararlanır (Halil Cin ve Ahmed Akgündüz. **Türk Hukuk Tarihi Özel Hukuk**, Cilt:2, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1996, ss. 334, 339; Ekinci, s. 327; İrem Karakoç, **Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü**, Yetkin Yayınları, İzmir, 2012, s. 128).

²³⁸ Akman, ss. 119-124; Cin/Akyılmaz, s. 129.

²³⁹ Mumcu, Divan, s. 91; Akman, ss. 124, 125; Aslan, s. 151; Gedikli, Kazâ, s. 118; Cin/Akgündüz, I, s. 388; Martin Shapiro, "Islam and Appeal", **California Law Review**, Cilt:68, Sayı:350, 1980, ss. 354-363.

2. Yargılama Usûlü

Şikâyetçiler, Divân-ı Hümayûn'a şahsen veya dilekçeyle başvurabilirlerdi. İstanbul'dakiler bu konuda şanslıydı; çünkü Cuma selamlığına çıkan padişaha dilekçelerini verebilirlerdi. Cuma selamlığında halkın dilekçelerinin padişaha ulaştırılması için camide saflar arasında dolaşan saray görevlileri başvuruları toplar ve "*ma'ruzât-ı rikâbiyye*" adıyla padişaha arz ederlerdi²⁴⁰. İstanbul'a gelemeyenler de dilekçelerini çeşitli yollarla Divân-ı Hümayûn'a iletirdi. Veziriazamın telhis (veziriazamın bir sorunu özet olarak yazıp padişaha sunduğu kâğıt) vasıtasıyla bazı şikâyetleri padişaha arz ederek davanın Divân-ı Hümayûn'da görülmesini istemesi de bu yollardan biriydi²⁴¹. Divân-ı Hümayûn, görev ve yetki bakımından sınırlı olmayıp, bütün davalar ve ülke sınırları içinde her yer bakımından yetkiliydi.

Yapılan yazılı başvurular önce çavuşbaşı (divan beyi) tarafından incelenirdi. Veziriazamın vekili durumunda olan çavuşbaşının hükümlerin infazı ve taşralardan gelen arzlarla ilgili yazışmaların takibini yapmak gibi görevleri de vardı²⁴².

Divân-ı Hümayûn'da yargılama duruşmalı veya duruşmasız olarak yapılabilirdi. Duruşmalı yargılamada, Divân-ı Hümayûn'a bizzat başvuranlar kubbealtının sol tarafında bekletilir ve çavuşbaşı tarafından içeri alınırdı. Tezkireciler gündeme gelen şikâyetleri veziriazamın huzurunda okur, veziriazam da bu şikâyet ve davaları uygun olan makama dağıtırdı. İdarî nitelikteki şikâyetleri kendisi çözümler, hukukî olanları ise, Rumeli kazaskerine havale ederdi. Özellikle örfî ceza davalarında sadece sanığın Divan'a gelmesi ve yargılanması yeterli görülmüş, mağdurların bizzat hazır bulunmaları aranmamıştır²⁴³.

Divân-ı Hümayûn'da duruşmasız yargılama daha çok istinaf ve temyiz incelemesi sırasında yapılırdı. Bir ihbar veya şikâyet üzerine re'sen soruşturma başlatılır, ilgili kadıdan olayın belgeleri istenir ve dosya üzerinden inceleme yapılarak karar verilebilirdi. Bazen de sadece şahitler dinlenerek karar verilirdi. Divân-ı Hümayûn'un kararları kesin olup yargılamada sanık hazır bulunuyorsa

²⁴⁰ Mehmet İpşirli, "Cuma Selamlığı", *DİA*, Cilt:8, 1993, s. 92.

²⁴¹ Mumcu, *Divan*, s. 98; Cin/Akyılmaz, s. 130; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 259.

²⁴² Akman, s. 126; Gültekin Yıldız, *Mapusâne Osmanlı Hapishanelerinin Kuruluş Sertiveni (1839-1908)*, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 53.

²⁴³ Mumcu, *Divan*, s. 127; Akman, ss. 126, 127; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 259.

hükmün gereği hemen yerine getirilir; sanık hazır değilse ilgili mahkemenin kadısına infazın gecikmeden yapılmasına dair emir gönderilirdi²⁴⁴.

Divan-ı Hümayûn'da soruşturma, teftiş ve yargılamayla ilgili verilen her türlü karar divan siciline kaydedilirdi. Mühimme defterleri denilen divan sicil kayıtlarından oluşan defterler incelendiğinde, halkın şikâyetlerinin karşılıksız kalmadığı, Klâsik dönemde divanın etkin bir kontrol mekanizması olarak işlediği görülmektedir²⁴⁵.

Batılı bir araştırmacı olan Joseph Matuz'a göre, 16'ncı yüzyılda Osmanlı yönetimini, halkın Divan-ı Hümayûn aracılığıyla devlet huzurunda hakkını arayabilmesi ve adalet talep edebilmesi bakımından, "çağının koşulları içinde bir hukuk devleti" olarak nitelendirmiştir. Gerçekten böyle bir uygulama Osmanlı Devleti'nin çağdaşı hiçbir devlette görülmemiştir²⁴⁶.

F. Osmanlı Hukuku'nda Özel Yargılama Usûlleri

1. Genel Olarak

Büyük bir imparatorluk olan Osmanlı Devleti'nde, farklı etnik, dinî ve sosyal gruplar, farklı idarî ve ekonomik statüler bir arada bulunurdu. Padişah'tan "adaletle yönetme" ilkesini bu gruplara uygularken, onların statülerinden kaynaklanan ayrıcalıklarının göz önünde tutması beklenirdi. Bu yüzden devlet mekanizmasının kendi açısından toplumu askerî-reâyâ, şehirli, konar-göçer, müslim-gayrimüslim, yaya-müselleme-voynuk gibi idarî, ekonomik, kültürel ve sosyal yönden bir takım

²⁴⁴ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 259; Akman, s. 127.

²⁴⁵ "Kastamonu'da Abdullah adlı kişinin evini basarak emval ve eşyasını garet eyleyen (yağma eden) ehl-i fesad ve suhte taifesinin yakalanıp teftiş olunması", 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 1000, s. 100.

"Marmara kasabası halkının şikâyeti üzerine niyabetten (naiplikten) alınması için hakkında emir gönderildiği halde niyabette devam ettiği bildirilen Hasan Fakih adlı kişinin niyabetten alınması. 14 Ramazan 972", 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 1012, s. 107.

"Çankırı sancağında, iftira ile halkı rencide ettiği bildirilen Halil adlı kişinin küreğe konulmak üzere Südde-i Saadet'e gönderilmesi. 14 Ramazan 972", 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 1025, s. 115.

"Kesilmiş olan hassa gemi ağaçlarının çektilmesi işinde Sapanca ahalisine zulüm yapıldığı iddiasının araştırılıp hakikatin bildirilmesi. 22 Ramazan 972", 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 1064, s. 135.

²⁴⁶ Joseph Matuz, *Das Kanzleiwesen Süleymans des Prachtigen*, 7. Baskı, Primus, Weisbaden, 2015, s. 8; Cin/Akyılmaz, s. 131; Akyılmaz, s. 183.

sınıflandırmaya tabi tuttuğu görülmektedir. Bu sınıflandırmanın bir sonucu olarak hukukî statü ve buna uygun yargılama biçim ve usûllerinde farklılıklar ortaya çıkmıştır²⁴⁷. Ancak bu sınıflandırma, Osmanlı toplumunda sınıf ayrımı olduğu anlamına gelmemektedir; hukukî açıdan böyle bir sınıflandırma bulunmamakta, bu sadece fiili bir ayrım olarak görülmektedir. Bu ayrımlar, örfî-şer'î hukukun alanlarının farklı oluşundan kaynaklanmaktadır. Farklı yargılama usulleri, şer'î hukukun tüm Müslümanlara aynı şekilde uygulanması kuralını ortadan kaldırmamakta, fakat farklı zorunluluklardan kaynaklanmaktadır.

Osmanlı Ceza Hukuku'nun bütünü, istisnai durumlar dışında, herkes için geçerli olan genel hükümlerden oluşmaktadır. Ancak Osmanlı ceza yargılamasında, kişilerin, ait oldukları zümrelere göre soruşturulması ve yargılanması mümkündü; bunu belirleyen temel neden de davanın niteliği olmuştur.

2. Askerîlerin Yargılanmasındaki Usûl

Osmanlı Devleti'nde halk, yönetici-yönetilen anlamında askerî-reâyâ olarak ikiye ayrılmıştır. Yönetici sınıf statüsünde bulunan ulema ve idareci-askerî zümrenin her ikisine birden Osmanlı Hukuku'nda askerî denir. Sancakbeyi, kadı, subaşı, sipahi, sultanın kulları, müderrisler, vakıf yöneticileri gibi ilmiyeye mensup olanlar; ordu hizmetindeki yaya, müselleme, canbaz, voynuk ve tatar grupları, kısaca Osmanlı bürokrasisinde *beratlı* diye ifade edilen kesim askerî sınıfı oluşturmaktadır. Reâyâ statüsü ise, çiftçi, esnaf ve tücar gibi, askerî sınıf dışında kalan ve vergi veren bütün tebaayı kapsamaktadır²⁴⁸.

Askerîlerin görevle ilgili olmayan konularda kaza kadısı tarafından yargılanmaları mümkünse de, genel uygulama -hem soruşturma safhasında hem de yargılama ve cezanın infazı süreçlerinde- merkezin onayının alınması şeklindedir. Askerîlerin özellikle had, kısas, tazir gerektiren suçlar ile görevleriyle ilgili her türlü kanun dışı hâl ve hareketlerinde, kadılar sadece yargılamayı gerektirecek durumu merkeze bildirmekle mükelleftiler. Bu durumda, ancak kendilerine yargılama görevi verildiyse davayı görebilirlerdi. Aksi hâlde suçlanan askerîyi merkeze göndermeleri

²⁴⁷ Colin Imber, *Şeriattan Kanuna: Ebussud ve Osmanlı'da İslami Hukuk*, çev. M. Bedir, Tarih Vakfı, İstanbul, 2004, ss. 86-88; Koç/Tuğluca, ss. 15, 16.

²⁴⁸ Ekinci, s. 314; Koç/Tuğluca, s. 17; Canbakal, s. 85.

istenirdi. Mühimme kayıtları incelendiğinde de askerîlerin yargılanma usûlünde, yargılamaya konu olan suç ya da suçların niteliği ve ilgili tarafların statülerine göre soruşturma, yargılama ve cezanın infazı aşamalarında merkezin müdahil olduğu görülmektedir²⁴⁹. Süreçte kaza kadılarının mağdur tarafın şikâyeti veya yetki ve sorumlulukları gereği kendiliklerinden ya da merkezin talebiyle soruşturma başlattıkları, ardından -mümkünse- tarafları mahkemede bir araya getirerek yargılama yaptıkları, sonra da ya yargılamanın devam etmesi ya da verilen kararın uygulanması için askerînin durumunu merkeze bildirdikleri anlaşılmaktadır²⁵⁰.

İlmiye sınıfından olup beratla görev yapanların kaza kadılarınca soruşturulması ve suçları sabit görülenlerin durumlarının merkeze bildirilmesi ve gelecek cevaba göre hareket edilmesi veya duruma göre, suçlanan kimsenin doğrudan İstanbul'a gönderilmesi merkez tarafından istenmektedir. Her şekilde askerînin yargılanması sürecine askerî sınıftan yetkililerin de dâhil olduğu, soruşturma, yargılama ve cezanın yerinde infazı ya da suçlunun merkeze gönderilmesi işlerinde üst düzey askerî yetkililerin doğrudan sorumlu olduğu mühimme defterlerindeki kayıtlardan anlaşılmaktadır²⁵¹.

1484 tarihli Akkirman Kanunnamesi'nde askerlerin şer'i işleriyle kadıların ilgilenmesini, örfle ilgili işlerde ise örfî yetkililere bırakılması istenmiştir²⁵². Yavuz Sultan Selim'in Umumi Kanunnamesi'nde de "eğer hırsız sipahi taifesinden olursa, *habs idub (hapsedip) Dergâh-ı Mu'allaya arz edeler. Emir nice (ne) olursa anın ile (onunla) amel edeler (yerine getirsinler)*" denilerek askerîlerin suç işlemeleri halinde

²⁴⁹ Koç/Tuğluca, s. 17; Şentop, Görev, ss. 96, 97. "Sabık Canik Sancakbeyi Cabir'in Canik Sancağı yenîçerileri başı olan Hızır'ı döğdüğü hakkındaki şikâyetin teftiş olunması ve neticenin bildirilmesi. 10 Şaban 972", 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 853, s. 26.

"Divriği Sancakbeyi Kasım'ın halka zulmettiği iddialarının araştırılarak neticesinin bildirilmesi. 13 Şevval 972", 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 1114, s. 160.

"Memleketin çeşitli yerlerindeki subaşılar, sipahiler, voyvodalar, naipeler ve nüfuzlu kimselerin halkın kızlarını istemedikleri kimselere zorla nikâhladıkları, halka zulmettikleri yolundaki iddiaların araştırılarak bu şekilde davrananlar varsa şiddetle cezalandırılmaları; ayrıca tarihsiz olarak Südde-i Saadet'e arz gönderilmemesi. 16 Şevval 972", 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 1165, s. 191.

²⁵⁰ Koç/Tuğluca, ss. 17, 18. Çorum beyine ve kadısına; "Canik Sancağı Beyi Ali'nin reâyâyâ kötülüğünden ve bid'atler ihdâsından dolayı hakkında tahkikat yapılmasına dair. 15 Ramazan 967/ 19 Haziran 1560", 3 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 1154, s. 672.

²⁵¹ Kengirü beyi ile Milan ve Kurşunlu kadılarına; "Koçhisar kazasında harabe bir handa öldürülerek at ve eşyaları gaspedilen Seyyid Ferecullah'ın katilleri olduğu bildirilen şahıslar ile olaya adı karışan diğer şahısların bir araya getirilerek teftiş edilmesi, suçlu oldukları şer'an sabit olanların hak ettikleri cezaya çarptırılmaları, aralarında sipahi olanlar var ise hapsedilip kimler olduklarının arz edilmesi. 4 Safer 973/ 31 Ağustos 1565", 5 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 192, s. 37.

²⁵² Akgündüz, Kanunnameler, III, m. 11, s. 372.

hapsedilmeleri ve durumun İstanbul'a bildirilmesi, sonrasında İstanbul'dan gelecek emri beklemeleri istenmiştir²⁵³.

Ebussuud Efendi de askerî ve reâyâ arasındaki farklılıktan dolayı, hukukî yargılama sürecinin de farklı ve ayrıcalıklı olmasını doğal bulmuştur. Konuyla ilgili bir fetvâ; "Savunan taraf olan Zeyd (bir askerîdir), hasmı Amr'a şöyle diyebilir mi? '*ben kadıya gitmiyorum. Davamızı askerî hâkime (kassam) götürelim*'. Cevap: Evet" şeklindedir²⁵⁴.

Askerîler, bazı davalar bakımından kadı huzurunda, bazı davalar bakımından da kazaskerlik mahkemesinde yargılanırdı. Çok önemli meseleler söz konusu olduğunda, askerî sınıfın dâhil olduğu davalar Divan-ı Hümayûn'da görülürdü. Kadılardan, askerîlerin şer'i davalarına bakmaları istenirken, örfî görevleriyle ilgili meselelerin bölgenin askerî yöneticisine veya doğrudan Divan-ı Hümayûn'a bırakılması istenmiştir. Her şekilde ilk soruşturmayı yapan, yargılamayı başlatan kurum, şüphelinin bulunduğu yerin kaza kadısıdır. Sonrasında yargılama ya yerinde yapılır ya da talebe göre merkezde sonlandırılırdı. Osmanlı Devleti'nde askerîlerin bu hukukî ayrıcalığının temelinde yatan sebep, padişahın egemenlik hakkıdır. Bu yargılama farklılığının sebebi siyasîdir; görevle ilgili ihmal, suistimal, yolsuzluk, reâyâyâ zulüm gibi konularda padişahın siyaset hukukunun uygulanması söz konusudur. Bunlar devlet yönetimiyle ilgili konular olduğu için ehl-i örf, görevli ulema ve kul sınıflarının yargılanmaları konusunda ayrı bir süreç öngörülmüştür²⁵⁵.

Kadılar, kendileriyle ilgili şikâyet ve tacizler olduğunda, cezaya ilişkin davalarının sadece Divan-ı Hümayûn'da görülebileceğini belirterek, bu durumu doğrulayan emirler talep etmişlerdir²⁵⁶. Suç işleyen kadıların yargılanmak üzere Divan-ı Hümayûn'a çağrıldığına ilişkin kayıtlar da bulunmaktadır. Örneğin, Şeyh Muhammed Buhârî isimli şahsın kıymetli taşını hileyle elde eden Burdur kadısının İstanbul'a gönderilmesi emredilmektedir (6 numaralı Mühimme Defteri, belge no: 5).

²⁵³ Akgündüz, Kanunnameler, III, m. 34, s. 93.

²⁵⁴ Imber, s. 88; Koç/Tuğluca, s. 19.

²⁵⁵ Imber, ss. 86-88; Koç/Tuğluca, ss. 19-24.

²⁵⁶ Ankara'ya bağlı Yabanabad Kadısı yazdığı arzıhâlde, kendisinin on aydır istikamet ve adaletle görevini yürüttüğünü, bundan rahatsız olan bazı fesatçıların kendisi aleyhinde dedikodu yaptığını ve zamanın olumsuz medya algısı nedeniyle kendisini kazadan kaçırtmak istediklerini belirtmiştir. Bu yüzden kendisiyle ilgili bir iddia ortaya atılırsa davasının İstanbul'da görülmesine dair bir ferman talep etmektedir. 1138 H. (Şentop, Görev, s. 96).

Divan-ı Hümayûn'da yargılanmak hâkimlerin bağımsızlığının teminatı bakımından önemlidir²⁵⁷.

Osmanlı Devleti'ndeki en önemli hukukî ayırım, halk ile askerî sınıf arasındaydı. Halk, askerî sınıfı vergileriyle destekler; askerîler de bu gelir karşılığında devletin askerî, idarî ve diğer hizmetlerini yerine getirerek padişah adına uygulamada bulunurlardı. Bu da onları padişah adına hareket ederken daha dikkatli olmaları konusunda hem hassas hem de daha sorumlu bir konuma getirmekteydi²⁵⁸.

3. Gayrimüslimlerin Yargılanmasındaki Usûl

Osmanlı Devleti'nde vatandaş anlamına gelen tebaa (reâyâ), Müslüman ve gayrimüslim²⁵⁹ olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayırım da İslam Hukuku'nun dinî bir hukuk sistemi oluşu ve bu dinî kabul etmeyenlerin bazı hükümlerden muaf tutulmasının daha adil olacağı düşüncesinden kaynaklanmakta ve Hz. Peygamber'in uygulamalarına dayanmaktadır. Gayrimüslimlerin yargılanmasında da bazı usûl farklılıkları bulunmaktadır. Ancak buradaki farklı uygulama, gayrimüslimlerin kendi aralarındaki özel hukuk alanına giren davalarda söz konusudur. Ceza yargılaması bakımından farklı bir uygulama söz konusu değildir; çünkü zimmîler²⁶⁰ zimmet anlaşması yaparak İslam ceza hukuku hükümlerine tabi olmayı kabul etmişlerdir. Zimmîler azınlık değil, vatandaşdır²⁶¹. Gayrimüslimlerle ilgili sadece, işlerinde tamamen serbest olan patrikler, hahambaşılar ve bunlara bağlı yüksek rütbeli diğer din adamlarına²⁶² belli bir ölçüde örgütleri içindeki görevlileri cezalandırma yetkisi verilmiştir. Zimmîlere ait bu mahkemeler, sadece disiplin cezaları gibi basit davalara

²⁵⁷ Şentop, Görev, s. 96.

²⁵⁸ Imber, ss. 86-88; Koç/Tuğluca, s. 24.

²⁵⁹ Gayrimüslimler devletle olan hukukî ilişkileri bakımından dört gruba ayrılır: bunlar, savaş halinde olunan devletin vatandaşları (harbî), süreli barış anlaşması yapılan devletin vatandaşları (ehl-i sulh), eman ile İslam ülkesine giren ama vatandaşlık bağı kurulmayan (müstemen) ve İslam devletinin kendi tebaası sayılan gayrimüslimler (zimmî)dir (Karakoç, s. 111).

²⁶⁰ Zimmî kelimesi and, güvenlik, söz verme anlamına gelen zimmet sözcüğünden gelir. İslam egemenliği altına girerek İslam topraklarında sürekli olarak yaşama hakkı elde eden ehl-i kitap gayrimüslimlere zimmî denir. Zimmet anlaşmasının imzalanmasıyla gayrimüslimlere İslam toplumunda yaşama izni verilir, can, namus ve malları İslam devletinin güvencesi altına alınır (Cin/Akyılmaz, s. 173; Cin/Akgündüz, II, s. 333, 336; Karakoç, ss.113, 114; Karaman, III, s. 234).

²⁶¹ Karakoç, s. 114.

²⁶² Bazı yüksek rütbeli gayrimüslim din adamlarına verilen beratlarla yargılanmalarının Divan-ı Hümayûn'da yapılmasına hükmedilmiştir (Şentop, Görev, s. 98). Bu durum, Müslüman ulemanın divanda yargılanmasına benzer ve zimmîlerin yerel kadı mahkemelerinde yargılanması kuralına aykırılık oluşturmaz.

bakan bir kurum olup ağır suçlarla ilgili davalara bakamaz ve ceza veremezlerdi. Bu konuda genel yetkili mahkeme, yine şer'iyye mahkemeleridir²⁶³.

Osmanlı Devleti'nde bir zimmîyi öldürenin, zimmî ya da Müslüman olması fark etmeden faile kısas cezasının uygulandığı sicil kayıtlarından anlaşılmaktadır²⁶⁴. Yine bir zimmînin bir Müslümana yönelik olarak işlediği suç karşılığında ödemesi gereken diyet, Müslümanlar için kanunlarda belirlenmiş olan diyetin miktarına eşittir. Osmanlı kanunnamelerinin ceza hukukuna ait bölümlerinde, gayrimüslimlerle ilgili olarak sadece aynı suçlar için, müslümanların verdikleri para cezasının yarısı kadar para cezası verecekleri kaydından başka farklı bir hüküm bulunmamaktadır²⁶⁵.

Eman ve zimmet kurumları, adil yargılama ilkesinin en üst tezahür biçimleridir. Yabancıların Osmanlı ülkesinde İslam Hukuku'na göre yargılanmalarının adil olmayacağı düşüncesinden hareketle belli ölçüde onlara serbesti tanınmıştır. Bu, Hz. Peygamber'e kadar dayanan bir geleneğin sürdürülmesidir.

4. Seyyid ve Şeriflerin Yargılanmasındaki Usûl

Osmanlı Devleti'nde sadece seyyid ve şerifler soya dayalı özel bir statüye sahip olmuşlardır. Osmanlı merkezîleşmesi soyla ilgili başka oluşumlara izin vermemiştir. Tüm İslam toplumlarında Hz. Peygamber soyundan geldiğine inanılan seyyid ve şeriflere büyük saygı gösterilmiş, onlar vergi ve rüsumdan muaf tutularak ellerine berat verilmiştir. Osmanlı Devleti'nde de seyyid ve şeriflerin işleriyle meşgul olmak için Yıldırım Bayezid zamanında Nakibüleşraflık kurulmuştur. Fatih devrinde kaldırılan bu kurum, II. Bayezid zamanında tekrar ihdas edilmiştir. Nakibüleşraflık, seyyid ve şeriflerin muhtaç duruma düşmelerine engel olur, haklarını korurdu. Ancak Nakibüleşraf'ın seyyid ve şerifleri doğrudan yargıladığına ilişkin herhangi bir kayıt yoktur. Sadece seyyid ve şerifler kendi aralarındaki küçük uyuşmazlıklarda nakibi tercih ederler, şer'i bir yargılama ve cezalandırma gerektiren hâllerde ise kadıya

²⁶³ Cin/Akgündüz, II, ss. 332, 345; Cin/Akyılmaz, s. 182; Ekinci, s. 319; Koç/Tuğluca, s. 21; Karakoç, ss. 114-118; Karaman, III, ss. 326, 327; Avcı, Türk, s. 156.

²⁶⁴ Kayseri kadısına; "Kayseri'de Eymirşah adlı zimmîyi yemeğine aksülûmen denilen zehirden katarak öldürdüğü sabit olan Hasan isimli şahsın siyaset olunması. 3 Safer 973/ 30 Ağustos 1565", 5 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 188, s. 36.

²⁶⁵ Cin/Akgündüz, II, ss. 343, 344; Cin/Akyılmaz, ss. 182, 183; Koç/Tuğluca, s. 22; Ekinci, s. 317; Karakoç, s. 115; Karaman, III, s. 342 vd; Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlm-i Hukuk, s. 244.

giderlerdi. Bu kişilerin seyyidlik-şeriflik statüsüyle ilgili davalarının dışındaki konular için genel olarak kaza kadıları yetkiliydi. Bu kişiler sadece, şer'iyye mahkemelerinde şahitlik, cezalandırma ve cezanın uygulanması konularında bazı ayrıcalıklara sahipti²⁶⁶.

5. Kapitülasyonların Getirdiği Özel Usûller

a. Genel Olarak

Her devletin ülkesi üzerinde kural olarak münhasır egemenlik yetkisi vardır; bu yetki yasama, yürütme ve yargı alanındaki tüm işlemleri ve yerli-yabancı fark etmeksizin ülke üzerinde yaşayan herkesi kapsamaktadır. Kabul edilmiş uluslararası yükümlülükler bulunmadığı sürece bir devletin ülkesinde yabancı bir devletin yetki kullanması söz konusu değildir. Ancak bir devletin ülkesi üzerindeki yetkisine teamülen ya da bir anlaşma ile uluslararası hukuktan kaynaklanan istisnalar getirilebilir. Buna göre, bir devlet, ya ülkesi üzerindeki yetkilerini, her hangi bir devlete devretmeksizin, kullanmaktan vazgeçer veya bu yetkilerin kullanılmasını başka devletlere geçici ya da sürekli olarak devreder. Kapitülasyonlar da bu ikinci tür istisnalardan biridir. Kapitülasyon, bir ülkede oturan yabancılara uluslararası anlaşmalarla sağlanmış imtiyazları da ifade etmektedir²⁶⁷.

Kapitülasyonlar, Osmanlı İmparatorluğu tarafından güçlü olduğu dönemlerde bazı dost devletlere siyasi, adli, malî imtiyazlar fermanı niteliğinde verilmiştir²⁶⁸. Osmanlı Devleti, yabancılara veya yabancı devletlere bu imtiyazları tanıırken, bir

²⁶⁶ İsmail Hakkı Uzunçarşılı, *Osmanlı Devleti'nin İlmiye Teşkilâtı*, 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988, ss. 163-165; Koç/Tuğluca, ss. 22, 23; Canbakal, ss. 103-105.

²⁶⁷ Halil İnalcık, "İmtiyâzât", (Osmanlı Dönemi, Kapitülasyonların Karakter ve Mahiyeti), *DİA*, Cilt:22, 2000, (İmtiyâzât), ss. 245, 246; Pazarcı, ss. 153-156; Nevin Ünal Özkorkut, "Kapitülasyonların Osmanlı Devleti'nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:53, Sayı:2, 2004, (Kapitülasyonlar), s. 83; Cin/Akgündüz, II, s. 355; Karakoç, s. 147.

²⁶⁸ Osmanlı hukukçuları kapitülasyonu, "bir yerin teslimi karşılığında, teslim edene sunulan ayrıcalıklar" şeklinde tanımlamışlardır. Aslında bu tanımlama eman veya zimmetin tanımıdır (Karakoç, s. 145).

11 Kanun-i evvel 1521 tarihli İmtiyazat-ı atıkanın teccidinde dair Venedik Cumhuriyeti'ne verilen ahidname; Şubat 1535 tarihli İmtiyazat hakkında Fransa'ya verilen birinci ahidname; 18 Teşrin-i evvel 1569 tarihli İmtiyazat hakkında Fransa'ya verilen ikinci ahidname; 10 Ağustos 1575 tarihli Tecdid-i imtiyazat hakkında Venedik Cumhuriyetine verilen ahidname bu ilk imtiyazlardan bazılarıdır (Karakoç Sarkis, *Külliyyât-ı Kavânin*, Cilt:1, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2006, ss. 4-8).

yenilmişlik veya zaruret hali içinde değildi; zor durumda olan karşı tarafa bir yardım, bir bağışta bulunma amacı gütmekteydi. Bu dönemde kapitülasyonlar, Osmanlı devletler hukuku sınırları içinde kalmıştır. Ancak zamanla kapsamının ve niteliğinin değişmesi, faydalanan devlet sayısının artması gibi sebeplerle devletin mücadele etmek zorunda kaldığı büyük bir problem haline gelmiştir²⁶⁹. Osmanlı Devleti, 14'üncü yüzyıl ortalarından itibaren yabancılara birtakım ayrıcalıklar vermişti; ancak geniş kapsamlı ödünlerin verildiği süreç esas olarak 16'ıncı yüzyıldan itibaren Fransa'ya verilen kapitülasyonlarla başlamıştır. 16'ıncı yüzyıl itibariyle, Osmanlı topraklarındaki yabancılar, kapitülasyonlarla ve antlaşmalarla adli ve idari alanda, ticari ve mali konularda birçok ayrıcalığın sahibi oldular. Yabancılara tanınan ayrıcalıklarla yargı yetkisini önemli ölçüde sınırlandıran Osmanlı Devleti, davaların türüne ve tarafların tâbiyetine göre bu yetkisinden ya tamamen vazgeçmiş ya da yargı yetkisini kullanmakla birlikte, kullanıma yabancı devletlerin müdahalesini de kabul etmiştir²⁷⁰.

Osmanlı Devleti'nde kapitülasyonlarla verilen ayrıcalıklar, uluslararası anlaşma kabul edilerek, bir süreyle sınırlandırılmadığından yüzyıllarca geçerliliğini korumuştur. 1740 tarihine kadar bu tür ayrıcalık anlaşmaları sadece hakkı bahşeden padişahı bağlarken, bu tarihten sonra ve 1856 Paris Anlaşması ile uluslararası anlaşma niteliği kazanmış; böylece kendisinden sonra gelen padişahları da bağlamıştır. Fransa, 1878 Berlin Anlaşması'yla kapitülasyonların, iki tarafın onayı olmadan kaldırılamayacağını hükme bağlatmıştır²⁷¹.

Günümüzde bir devletin ceza davaları açısından yetkisi konusunda hâkim olan ilke, yersellik (ülkesellik, mülkîlik) ilkesidir. Bu ilkeye göre, bağımsız bir devletin, tâbiyeti ne olursa olsun, ülkesinde suç işleyen kişileri, kendi kanunlarına göre yargılama yetkisi bulunmaktadır. Bu yetki, devletin ülkesi üzerindeki egemenlik

²⁶⁹ Osmanlı Devleti'nde özellikle 1854'ten itibaren Batılı devletlerden borç alınmaya başlanmasıyla birlikte, bu borçların ödenmesinde sıkıntı yaşanmıştır. Ödenemeyen borçlar ve faizler artıp kapitülasyonlar yüzünden devletin gelir elde etmesi mümkün olamayınca, Osmanlı borçlanmaları Avrupa'da bir yatırım, kazanç ve vurgunculuk alanı haline gelmiştir. Osmanlı'nın giderek her konuda diğer devletlere bağımlı hale gelmesi bu yüzdendir. Bu dönemde verilen imtiyazlar, devletin içine düştüğü durumdan dolayı gerçek anlamda birer kapitülasyon haline gelmişlerdir (İnalçık, İmtiyâzât, s. 250; Karakoç, s. 167).

²⁷⁰ İnalçık, İmtiyâzât, ss. 246-250; Özkorkut, Kapitülasyonlar, s. 84; Cin/Akgündüz, II, s. 355; Karakoç, ss. 150, 151.

²⁷¹ İnalçık, Devlet-i Aliyye, s. 189; İnalçık, İmtiyâzât, ss. 246, 250, 251; Karakoç, ss. 151, 152.

hakkından kaynaklanır. Kapitülasyonlarda ise, ceza davaları alanında yersellik değil, kişisellik ilkesi benimsenmiştir²⁷².

b. Aynı Tâbiyette Olanlar Arasında

Genel olarak Osmanlı Devleti'nde, yabancı uyruklu kimseler arasındaki davalar kapitülasyonlar gereği kurulan konsolosluk mahkemelerinde görülmüştür. Davanın taraflarının aynı tâbiyette olması durumunda, davalarının kendi konsolosluk mahkemelerinde görüleceği, kapitülasyonlarda ve antlaşmalarda temel bir kural olarak yer almıştır. Kanunî Sultan Süleyman tarafından Fransızlara verilen 1535 tarihli kapitülasyondaki hükme göre; Fransız kralı tarafından İstanbul'a ve diğer Osmanlı şehirlerine gönderilecek bir Fransız yargı görevlisi, Fransız tebaasından olan tacirler veya diğer Fransızlar arasında meydana gelecek her türlü uyuşmazlığa kendi kanunlarına ve dinî kurallarına uygun olarak bakacak ve hiçbir kadı ya da subaşı, onun davaya bakmasını engelleyemeyecektir. Fransız tebaasından olanların, davalarının Osmanlı mahkemelerinde görülmesini istemeleri durumunda bile, bu kabul edilmeyecek, davanın görülmesi durumunda ise, hüküm bâtil sayılacaktır²⁷³.

1597, 1604, 1673 ve 1740 tarihli kapitülasyonlarda, "Fransızlar arasındaki suç oluşturan eylemlerden meydana gelen davalara Fransız elçisi veya konsoloslarının bakacağı" ve "Fransızlar arasındaki davalar için elçi ve konsoloslarının görevli olduğu" hususları ayrıca belirtilerek gerek ceza gerek özel hukuk uyuşmazlıklarında, tarafların aynı tâbiyette olmaları durumunda kendi konsolosluk mahkemeleri yetkili kılınmıştır. 1740 tarihli kapitülasyonun bir diğer maddesinde de bir Fransız'ın veya Fransız bayrağı altındaki bir kimsenin katil veya bir başka suçtan sanık olması durumunda davaya elçi ve konsolosları veya vekilleri huzurunda kadıların bakacağı belirtilmiş, ancak davanın diğer tarafının tâbiyeti vurgulanmamıştır. Bu madde, farklı tâbiyette olanlar arasındaki ve Osmanlı ile yabancılar arasındaki ceza davalarında yetkili mahkemenin kadı mahkemeleri olduğu şeklindeki yaygın görüşün gerekçesi olmuştur. Tâbiyeti aynı olan yabancılar

²⁷² Özkorkut, Kapitülasyonlar, s. 86; Cin/Akgündüz, II, s. 341.

²⁷³ Özkorkut, Kapitülasyonlar, s. 84, 85; İnalçık, İmtiyâzât, s. 246; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 246; Ekinci, s. 327.

arasındaki ceza davalarında konsoloslukları yetkili kılan düzenlemeler daha sonra 1680'de Hollanda'ya, 1783 tarihinde Rusya'ya tanınmıştır²⁷⁴.

Konsolosların ve konsolosluk mahkemelerinin yargı yetkisinin dayanağı, kapsamı ve sınırları devletlerin yayınladıkları kanunlarla belirlenmekteydi. Örneğin, 1778 tarihli bir kraliyet fermanı, Fransız konsoloslarının uygulayacakları hukuk ve ceza yargılama usûllerini içermektedir²⁷⁵.

c. Farklı Tâbiyyette Olanlar Arasında

Tâbiyeti farklı kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda konsolosluk mahkemelerine mutlak yetki verilmemiş, davanın konsolosluk mahkemesine götürülmesi tarafların isteğine bağlı tutulmuştur. Taraflar isterlerse davalarını Osmanlı mahkemelerine de götürebilirlerdi. Ancak uygulamada, bu tür davalara konsolosluk mahkemelerinde bakılmıştır. Farklı tâbiyyette olanlar arasındaki bu tür uyuşmazlıklarda genel eğilim, davaların, sanık veya davalının tâbiyyetinde olduğu devletin konsolosluk mahkemesinde görülmesi yönünde olmuştur²⁷⁶. Örneğin, sanığın Fransız, maktulün İtalyan olduğu bir cinayet davasında yetkili mahkeme Fransız konsolosluk mahkemesidir ve yargılamada uygulanacak olan kanun da Fransız kanunudur²⁷⁷.

Tâbiyetleri farklı kişiler arasındaki ceza davalarında yetkili yargı merciinin neresi olduğuna ilişkin olarak ne kapitülasyonlarda ne antlaşmalarda açık bir hüküm

²⁷⁴ Özkorkut, Kapitülasyonlar, ss. 85, 86; Cin/Akyılmaz, ss. 161, 162; Ekinci, s. 327; Cin/Akgündüz, II, s. 355; Karakoç, ss. 156, 199, 201; Yasemin Saner Gönen, "Hukukî Kapitülasyonlar ve Sonuçları", **Osmanlı Ansiklopedisi**, Cilt:6, Ankara, 1999, s. 342; Sarkis, ss. 25, 69.

²⁷⁵ Saner Gönen, ss. 342, 343.

²⁷⁶ İtalyan konsolosluk mahkemesi takrirlerinde, Osmanlı vatandaşları ile İtalyanlar veya farklı vatandaşlığa tabi gayrimüslimler arasında geçen hırsızlık, darp, yaralama, dolandırıcılık, mala zarar verme gibi birçok cezaî olayda davanın nasıl seyrettiği; mahkemelerde usûl kurallarının nasıl uygulandığı; verilen cezaların miktarı; tarafların tabiiyetine göre davanın hangi mahkemede karara bağlandığı gibi hususlar yer almıştır (M. Macit Kenanoğlu ve Figen Kenanoğlu, "Osmanlı Hukukunda Konsolosluk Mahkemelerinin Yeri İtalyan Konsolosluğu Mahkemesi Tahrir Defterleri", **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, Sayı:7, 2009 Bahar, ss. 67, 68).

İtalyan konsolosluğu mahkemesi takrir defterlerinde yer alan bir olay şu şekildedir: "İtalya devleti tebaasından Francesco Mancini adlı demirci Beyoğlu'nda Ak sokağında 2 numaralı hanede oturan Marino adlı kadın tarafından sunulan şahadetname gereğince sağ gözü ve dudağını yaralamakla suçlanan yukarıda adı geçen kişinin Beyoğlu bidayet mahkemesi ceza dairesi tarafından çağrılarak gereken işlemlerin yapılmasını görevli konsolosluk memuruna anlatır ve iltimas eder". Muharrem 1294/M. 1877 (M. Kenanoğlu/F. Kenanoğlu, s. 71).

²⁷⁷ Özkorkut, Kapitülasyonlar, ss. 86, 87; Karakoç, ss. 200-202; Cin/Akgündüz, II, s. 355; Saner Gönen, s. 343.

yer almamıştır. Osmanlı Devleti, 1881’de, yabancılar arasındaki ceza davalarını görme konusunda, ceza davasının kamu düzenine ilişkin olduğu, asayiş ve genel ahlâkı ilgilendirdiği gerekçesiyle yetkili olduğunu iddia etmişse de, kapitülasyonlar ilga edilinceye kadar yabancılar arasındaki ceza davalarının konsolosluk mahkemelerinde görülmesine devam edilmiştir²⁷⁸.

ç. Osmanlılar ile Yabancılar Arasında

Uyuşmazlığın taraflarından birinin Osmanlı, diğerinin yabancı olması durumunda kural olarak yetkili merci Osmanlı kadı mahkemeleridir. Bu kurala uygun bir şekilde, 1521’de Venedik’e verilen kapitülasyonda Osmanlılarla Venedikliler arasındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak kadı mahkemeleri gösterilmiştir. 1535’de Fransa’ya verilen kapitülasyonda, Fransız tebaasından olan biriyle Osmanlı tebaasından olan bir kişi arasındaki ceza hukuku uyuşmazlıklarında, sorunun ortaya çıktığı yere göre, İstanbul’da Bab-ı Ali’de, taşrada ise padişahın o yerdeki en yetkili vekili huzurunda görüleceği, bu tür davalarda kadıların yetkili olmadığı belirtilmiştir. Başka bir deyişle, ceza davaları açısından Osmanlı yargısına yetki verilmekle birlikte, davanın kadı tarafından değil, daha üst yargı mercilerince görülmesi istenmiştir. 1569, 1581, 1597, 1604 ve 1740 tarihli diğer kapitülasyonlarda ise, Osmanlılar ile yabancılar arasındaki davaların kadı tarafından görüleceği kuralı yer almış, fakat ceza davasına ilişkin açık bir hükme yer verilmemiştir²⁷⁹.

Osmanlı Devleti, kendi tebaası ile yabancılar arasındaki davalarda yargı yetkisini korumuş, ancak gerek hukuk gerek ceza davalarında bu yetkiye yabancı müdahalesi söz konusu olmuştur. Ayrıca bu tür uyuşmazlıklarda, yargılama sırasında zorunlu olarak tercüman bulundurulmuştur. Bazı durumlarda yabancılara belirli davaların yine tercüman eşliğinde Divan-ı Hümayûn’da görülmesi gibi ayrıcalıklar da tanınmıştır. Adlî tebligatlar da yabancılara konsolosluklar aracılığıyla yapılmış; yabancılar, tercüman bulunmaksızın tutuklanmamışlardır. Yargılanan bir yabancının

²⁷⁸ Özkorkut, Kapitülasyonlar, ss. 86, 87; Karakoç, ss. 200-202; Cin/Akgündüz, II, s. 355; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 246; Saner Gönen, s. 343.

²⁷⁹ Özkorkut, Kapitülasyonlar, ss. 87, 88; Karakoç, ss. 156, 202; İnalçık, İmtiyâzât, s. 248; Saner Gönen, s. 345.

ceza alması durumunda, bu cezayı kendi devletinin hapisanelerinde çekebilmesi de mümkün olmuştur²⁸⁰.

1847’de, Osmanlı tebaası ile yabancılar arasındaki ceza davalarını görmek üzere üyelerinin yarısı Osmanlı, yarısı ise, yabancı devlet tebaasından oluşan karma ceza mahkemeleri kuruldu. Karma mahkemeler, aynı tebaadan olanlar arasındaki ceza davalarına da bakmaktaydı. Bu mahkemeler önce İstanbul’da açılmış, sonra vilayet merkezlerinde de açılarak yaygınlaşmıştır. Karma mahkemelerdeki yargılama sürecinde, sanık yabancı uyrukluysa tebaası olduğu devletin konsolosunun ya da onun yetkili tercümanının hazır bulunması gerekiyordu. Bu konsolos veya tercüman şahitlerin sorgusuna katılabilmekte ve davaya doğrudan doğruya müdahale edebilmekteydi²⁸¹.

Kapitülasyonlar, 24 Temmuz 1923’de imzalanan Lozan Barış Antlaşması ile kaldırılana kadar Osmanlı Devleti’nin yargı yetkisini sınırlandırmıştır. Osmanlı Devleti’nde kapitülasyonlar, devlet sona erene kadar devlet egemenliğinin önemli bir unsuru olan yargı yetkisi ve bağımsızlığı bakımından önemli bir sorun olmuştur.

III. KLÂSİK DÖNEM OSMANLI CEZA HUKUKU’NDA ADİL YARGILAMA İLKESİ

A. Genel Açıklama

Adil yargılanma fikri insan haklarının temelini oluşturur. İnsan haklarını koruyucu nitelikte bir ilke olan adil yargılama ilkesinin ihlâli durumunda diğer bütün haklar yok olma tehlikesiyle karşılaşabilir. Bu sebeple sanık gerçekten suçlu da olsa adil yargılanma ve hak ettiğinden fazla cezayla cezalandırılmama hakkına sahiptir.

Korunmayan bir hak, sözde bir hak olmaktan ileri gidemez. Mahkemeye başvuran kişilerin, hak ve hürriyetlerinin iâdesi, mağduriyetlerinin giderilmesi yargı yoluyla olacağı için, yargılamanın adaletle olması ve belli temel ilkelere esaslara bağlanması gerekmektedir. Yargılamaya katılan kişiler ile tarafların temel hak ve

²⁸⁰ Özkorkut, Kapitülasyonlar, ss. 88, 89; İncılık, İmtiyâzât, s. 246; Cin/Akyılmaz, s. 162; Karakoç, ss. 156, 202; Şentop, Görev, s. 97.

²⁸¹ Özkorkut, Kapitülasyonlar, s. 91; Karakoç, ss. 183, 202; Saner Gönen, s. 346; Halil Cin, “Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usûlleri”, 150. Yılında Tanzimat, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1992, s. 31.

hürriyetlerinin korunması ve yargılama sürecinin iyi işlemesi bu ilkelerle esasların uygulanmasına bağlıdır. Bu temel ilkelerle esaslar belirlenmezse hâkim her zaman hata, zulüm ve haksızlık yapma tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir²⁸².

Eski Türklerin sahip olduğu “devletin temelinin adalete dayandığı” anlayışı, İslâmiyet’in kabul edilmesinden sonra kurulan Türk devletlerinde ve özellikle Osmanlı Devleti’nde benimsenmiştir. Türk devlet geleneğinin önemli ilkelerinden biri olan “adaletle hükmetme”, “halka adil davranma” kuralı Osmanlı Devleti’nin yönetim felsefesinin temelini oluşturmuştur²⁸³. Osmanlı Hukuku’nun amaçlarından en önemlisinin adaletin yerine getirilmesi olduğu söylenebilir.

Osmanlı Devleti bir İslam Devleti olduğundan hukukî konularda İslam Hukuku kuralları uygulanırdı. Osmanlı Devleti kurulunca yeni ve orijinal bir hukuk sistemi başlatılmamış, o zamana kadar yürürlükte olan hukukî yapı esas alınmış, altı yüzyıllık süreçte ihtiyaç duyulan değişiklikler, ilaveler yapılmış; bu yapılırken de İslam Hukuku’nun kamu yararı gereği devlet başkanına tanıdığı geniş takdir ve düzenleme yetkisinden yararlanılmıştır. Osmanlı Devleti’nde hem İslam öncesi devlet geleneklerine büyük ölçüde bağlı kalınmış hem de ceza hukukunda şer’i cezalar aynen uygulanmıştır. Ayrıca Osmanlı padişahları tazir hakkına dayanarak, İslam Hukuku’na aykırı olmamak üzere, ceza kanunnameleri çıkarmışlardır²⁸⁴.

Osmanlı Devleti’nde, özellikle Klâsik Dönemde, İslam Ceza Hukuku kurallarına dayalı bir ceza yargılaması yapıldı. İslam dinin ana kaynağı olan Kur’an-ı Kerim ve Sünnet, İslam Ceza Hukuku’nun da asli kaynağı olduğundan, bu alandaki temel ilkeleri ve amaçları belirlemektedir. İslam Ceza Hukuku, suç ve cezada kanunîlik, şahsîlik, eşitlik, suçta ve cezada orantılılık ilkelerini Avrupa Ceza Hukuku’ndan çok daha önce benimsemiş, suç ve cezada keyfiliği ortadan kaldırmıştır²⁸⁵.

²⁸² Aslan, s. 141.

²⁸³ Cin/Akyılmaz, s. 130; Mumcu, Divan, s. 97.

²⁸⁴ Aydın, s. 70; Aydın, Ceza, s. 478; Cin/Akgündüz, I, ss. 149, 202; Cin/Akyılmaz, ss. 97-100; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 226; Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, (Ceza), s. 58; Avcı, Genel, ss. 8, 9; Ekinci, ss. 180, 181; Karaman, I, ss. 219, 220.

²⁸⁵ Cin/Akyılmaz, ss. 58-63; Aydın, ss. 32-39; Cin/Akgündüz, Cilt:1, ss. 121-124; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 52-56; Üdeh, I, ss. 189, 190; Esen, s. 288; Akbulut, s. 180; Karaman, I, ss. 164, 165; Yurtcan, ss. 91-92; Bahçekapılı, Nedim. “İslam Hukukunda Yargı Bağımsızlığı ve Bir Mukayese”, **Makaleler**, <http://www.akademi.nl/sayi3/dos2.htm>, (E. T. 24.02.2012).

En iyi ceza muhakemesi hukuku hem fertlerin haklarını teminat altına almaya hem de toplum düzenini korumaya yönelik olmalıdır. Osmanlı Devleti'nin uyguladığı muhakeme hukuku, bu özellikleri içerisinde barındırmaktaydı. Osmanlı Devleti, İslam Hukuku'na dayalı kurallarla bunu sağlamıştı. Kadıların yargılama sırasında uygulamakla yükümlü olduğu kurallar bulunurdu; bunlara *edebü'l-kâdî* / *edebü'l-kâza* denirdi²⁸⁶.

Osmanlı ceza muhakemesinde adil yargılama, konulan ilkelerle gerçekleştirilmiştir. Osmanlı Hukuku cezalandırma yetkisinin münhasıran devlete ait olduğunu, dolayısıyla kovuşturmanın kamusalılığı ilkesini²⁸⁷ kabul etmiş ve ihkak-ı

²⁸⁶ *Edebü'l-kâdî* ifadesi zamanla İslam hukuk literatüründe kadı, yargılama usulü ve adliye teşkilâtına dair konuların işlendiği bir ilim dalının adı haline gelmiştir (Fethi Gedikli, "Abdülmeccid Zamanında Yazılmış İslam Muhakeme Hukukuna Dair Kamil'in *Âdâb-ı Kuzât*'ı", **II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri**, Cilt:2, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2016, (Kuzât), ss. 103, 104). İslam yargı tarihinde *edebü'l-kâdî*'nin veya İslam yargılama hukukunun çekirdeğini oluşturan temel kurallar Hz. Ömer'in Ebû Mûsa'ya yazdığı mektupta özetlenmiştir. İçinde yargı ve yargılamaya ilişkin meselelerin özlü bir şekilde anlatıldığı bu mektup, konuyla ilgili Kur'an ve Sünnet'te yer alan hükümlerin de bir özeti niteliğindedir (Salim Ögüt, "Edebü'l-kâdî", **DİA**, Cilt:10, 1994, s. 409; Aslan, s. 143).

Hiz. Ömer'in Ebû Mûsa el-Eş'ari'ye Gönderdiği Mektup

"...Şüphesiz kazâ (yargı yoluyla adalet dağıtmak) muhkem bir farz ve uyulması zorunlu bir sünnettir. Sana bir dava arz edildiğinde onu iyice anlamaya çalış. Haklı haksız belli olunca hükmünü ver ve uygula. Çünkü uygulanmayan hükmün bir faydası yoktur.

Yargı meclisinde, insanlara (duruşma esnasında taraflara) tavırlarında eşit muamele et ki, güçlü olan, kendisini kayırbileceğine dair beklenti içinde olmasın, zayıf da adaletinden ümit kesmesin.

Beyyine (ispata yönelik delil) getirmek davacıya, yemin ise iddiayı inkâr eden davalıya düşer.

...Bir hak iddia eden kimseye iddiasını ispat edebilecek kadar süre tanı, ispat için delil getirirse hakkını al. Getiremezse aleyhine hükmet.

...Muhakeme esnasında öfke ve hiddetten, işlerin çokluğundan sıkıntıya girip garip davranışlarda bulunmaktan, taraflara eziyet etmekten sakın. Çünkü adaletin dağıtıldığı yargı meclislerinde görevi hakkıyla yapana Allah büyük ecir vererek ona âhiret sermayesi ihsan eder. Kim ki hükmünde iyi niyetli olur, Allah'ın rızasını gözetir ve O'na yönelirse, Allah da onu insanlardan gelebilecek tehlikelerden korur. Kim de, Allah'ın her şeyi bildiğini görmezden gelip, dünyevi çıkarlar uğruna içinden benimsemediği halde suret-i haktan gözükerek iyi niyeti ihlal ederse, Allah o kimseyi halk içinde rezil eder. Çünkü Allah, kullarından sadece halis niyetle yapılan amelleri kabul eder. Sen Allah katındaki ecrin ne kadar büyük olduğunu biliyor musun? O'nun gerek dünyada vereceği rızık, gerekse rahmet hazinelerinde gizlediği sevabı tahmin bile edemezsin!..." (Mektubun metni için bakınız Muhammed İbn Ahmed Serahsî, **Mebcut: 1000 yılın İslam Fıkhu Temel Eseri: Deliller ve Hükümler**, (Haz. Mustafa Cevat Akşit), Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008, Cilt:16, ss. 60-65; Muhammed Hamidullah, **El-Vesaiiku's-Siyâsiyye: Hiz. Peygamber Döneminin Siyâsî İdarî Belgeleri**, çev. Vecdi Akyüz, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1997, (Vesikalar), ss. 425-440).

Hiz. Ömer'in Ebû Mûsa el-Eş'ari'ye gönderdiği mektup, İslam usûl hukukunun esaslarını içeren çok önemli ve tarihi bir belge olarak kabul edilmektedir. Hiz. Ömer'in mektubunda yer alan yargılamaya yönelik bu ilkeler şüphesiz o dönem için büyük bir yeniliktir. Diğer kadılara da benzer içerikli mektupların daha önceden de gönderildiği bilinmektedir (Hamidullah, *Vesikalar*, ss. 424-430; Berki, s. 16; Ögüt, s. 409; Ekinci, s. 367; Karakoç, Hicri, s. 4246; Aslan, ss. 143-145).

Hiz. Peygamber'in, Yemen valisi Amr bin Hazn'a mektubu için bakınız Hamidullah, *Vesikalar*, s. 224. Hiz. Peygamber'in valilere mektubu için bakınız Hamidullah, *Vesikalar*, ss. 216 vd.

²⁸⁷ Kovuşturmanın kamusalılığı, kovuşturmanın devlet tarafından, devletin bu iş için kurduğu organlarla yürütülmesi, suçu kovuşturmada mağdurun kovuşturma ya da kovuşturama yönündeki iradesine önem verilmemesi demektir (Akman, *İlkeler*, s. 473; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 64).

hakkı yasaklamıştır. Buna göre, Osmanlı Devleti'nde yaşayanların devletin mahkemelerinde hak arama hakları ve kanunen kurulmuş tarafsız ve bağımsız mahkemelerde yargılanma hakları vardı. Osmanlı Hukuku'nda makul sürede yargılanma hakkı da bulunmaktaydı. Adaletin geciktirilmesi zulüm sayıldığı için ceza muhakemesinin bir amacı da muhakemenin en kısa zamanda ve en az masrafla gerçekleşmesidir. Osmanlı yargılamasında, hüküm sebepleri mevcutsa hâkim hükmün verilmesini erteleyemezdi. Başka bir deyişle, davayı mazeretsiz olarak geciktiremez, tatil günleri ve dinlenme süreleri hariç duruşmaya ara veremezdi. “Herkesin suçsuzluğunun asıl olması” ve “suç için belli ispat şartlarının istenmesi”, “şüpheden sanığın yararlanması”, “suçluya işkencenin yasak olması” gibi ilkeler de Osmanlı ceza yargılamasında adaleti gerçekleştirmeye, haksızlığı ve hakkın kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik ilkelerdir²⁸⁸.

Klâsik Dönem Osmanlı Ceza Hukuku sisteminde adil yargılanma ilkesi, örfî hukuka dayanılarak hazırlanan Osmanlı Kanunnameleri ile de sağlanmaya çalışılmıştır²⁸⁹. Osmanlı Kanunnameleri'nin çoğunda kadının ilâmı ve kararı olmadan hiçbir cezanın infaz edilemeyeceği düzenlenmiştir.

B. Osmanlı Devleti'nde Adalet Geleneği ve Osmanlı Yargılama Hukuku'nda Adalet İlkesi

1. Genel Olarak

“Adalet” kelimesi, Arapça'daki “*adl*” kökünden türemiş olup “istikâmet”, “doğruluk”, “denklik”, “eşitlik” demektir; zulüm²⁹⁰ ve haksızlığın zıddıdır. Adalet;

²⁸⁸ Karaman, I, s. 165; Bahçekapılı, <http://www.akademi.nl/sayi3/dos2.htm>, (E.T. 24.02.2012); Akbulut, s. 181; Erdoğan, s. 20; Yurtcan, ss. 91-92.

²⁸⁹ Osmanlı padişahları, kanunnameleri koymakla şeriatı ihlâl etmediklerine veya ona aykırı davranmadıklarına, sadece onu örfî kanunlarla tamamladıklarına inanmışlardır. Osmanlı Devleti'nde yüksek sesle okunan kanunnamelerin resmî sûreti hükümet daireleri veya mahkemelerden harç ödenerek alınabilirdi; böylece kişi kendi haklarını ispatlamak için gerektiği yerde bunu kullanabilirdi (Avcı, Genel, s. 10).

²⁹⁰ Sözlükte “bir şeyi ona ait olmayan yere koymak” anlamındaki zulüm (zulm) din, ahlâk, hukuk gibi alanlarda terim olarak “belirlenmiş sınırları çiğneme, haktan bâtula sapma, kendi hak alanının dışına çıkıp başkasını zarara sokma, rızasını almadan birinin mülkü üzerinde tasarrufta bulunma, zorbalık”, özellikle de “güç ve otorite sahiplerinin sergilediği haksız ve adaletsiz uygulama” gibi anlamlarda kullanılmıştır. Aynı kökten mazlime (çoğulu mezâlîm) “zalimin elinde bulunan başkasına ait nesne” demektir (Mustafa Çağrırcı, “Zulüm”, *DİA*, Cilt:44, Ankara, 2013, (Zulüm), s. 507; Bilmen, VIII, s. 207).

davranışta ve hükümde doğru olmak, hakka göre hüküm vermek ve eşit olmak anlamlarına gelir²⁹¹.

Genel anlamıyla adalet, bir kimsenin davranışlarının ahlâki esaslara uygun olması demektir. İyilikseverlik, adaletin şartı olduğundan adil insan iyi işleri daha fazla olan kimsedir. Adalet, başkalarının istek ve telkinlerinden etkilenmeyen istikrarlı bir doğruluk ve ahlâk; kanuna itaatle gerçekleşen ruhî denge ve ahlâki kemâldir²⁹². Adalet, büyük günahlardan sakınmak, küçük günahları yapmakta ısrar etmemektir. Özel anlamıyla adalet ise, herkese hakkı olanı vermek demektir. Hukuk, haklının ve haksızın bilinmesini amaçlar; adalet ise, herkese kendi hakkını vermeyi ve haklılığı gerçekleştirmeyi sağlar²⁹³. Adalet, hukukun özü ve nihaî amacı olduğundan Osmanlı Hukuku da adaleti amaçlamıştır.

Yargılama hukuku alanında adalet, yargının bağımsızlığı, tarafsızlığı ve bir davanın görülmesi sırasında yargılamaya dair iyi işleyişi ve yargılama ilkelerini kapsadığından, buna genel olarak adil yargılama ilkesi denmektedir. Adaletle hükmetmek, hak ve hakkaniyete göre hüküm vermek anlamına gelmektedir. Hükümde adil olmak, gerçeğe göre karar vermek ve bunu uygulamaktır²⁹⁴. Osmanlı yargılama hukukunun da en önemli ilkesi adalet ve eşitliktir.

Adalet ilkesinin bir tezahürü de yargılamada taraflara eşit davranılmasıdır. Müslim-gayrimüslim, dost-düşman, zengin-fakir, güçlü-zayıf herkes hiçbir ayırım yapılmadan adaletten yararlanır. Eşitlik, adaletle yakından ilgili bir kavramdır. Ancak genelde “adalet” ile “eşitlik” kavramları arasında belli birtakım farklar vardır. Adalet genellikle verilen ile hak edilen arasındaki dengeyi ifade etmektedir. Bu denge bazı hallerde eşitlikle gerçekleşir; ancak adalet salt eşitlik değil, dengedir. Adaletin sağlanmasında denge esastır. Yargılamada eşitlik önemlidir; ancak yargılama sonucunda verilecek karar taraflar için eşit değil, adil olmak zorundadır.

²⁹¹ Tekin Akıllıoğlu, “Adalet Kavramı ve İnsan Hakları”, **Adalet Kavramı**, (Ed. Adnan Güriz), Meteksan Basımevi, Ankara, 1994, (Adalet), s. 37; Bilmen, VIII, s. 206; Aslan, s. 167; Çağrı, s. 341; Akbulut, s. 181; Hasan Güleç, **İslam Hukukunun Kur'an'daki Genel Prensipleri**, Anadolu Matbaacılık, İzmir, 1996, s. 30; Mustafa Kara, “Kur'an'da Adalet Kavramı ve Güncel Değeri”, **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı:34, 2013, ss. 139, 140.

²⁹² Çağrı, s. 341; Bilmen, VIII, s. 206; Aslan, s. 167.

²⁹³ Üdeh, II, ss. 462, 463; Akıllıoğlu, Adalet, s. 37; Güleç, s. 30; Anıl Çeçen, **Adalet Kavramı**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993, s. 64.

²⁹⁴ Akıllıoğlu, Adalet, s. 38; Aslan, s. 168; Güleç, s. 30.

Eşitlik ilkesi mutlak değildir; İslam Hukuku eşitlikten çok adalete, başka bir deyişle, herkesin hakkının verilmesine dikkat etmiştir²⁹⁵.

İslam anlayışına göre, inanç ve ahlâkla desteklenmeyen adalet, ayakta duramaz, çöker ve görevini yapamaz. İnsan vicdanını adaletsizlik kadar sızlatan başka bir şey yoktur²⁹⁶.

Devlet, adalet adına ceza verirken sırf ceza verdiği için insanlara ibret veremez. Cezanın adaletle verildiğini bilmek şarttır; çünkü ibret, adalettir²⁹⁷.

2. İslam Hukuku'nda Adalet ve Eşitlik İlkeleri

Adalet, Kur'an ve hadislerde genellikle “düzen, denge, denklik, eşitlik, gerçeğe uygun hükmetme, adil ve eşit davranma, adaleti sağlama, doğru yolu izleme, dürüstlük, tarafsızlık” anlamlarında kullanılmıştır. Kur'an-ı Kerim'e göre adaletin ölçüsü ve dayanağı hakkaniyettir; adalet, hakka uymakla sağlanır. “El-Adl”, Allah'ın güzel isimlerinden de biridir; Allah adildir ve adil olanları, adalet dağıtanları sever. Kur'an hükümlerinde adalet düşüncesi hâkimdir; çünkü adalet, İslam'ın gerçekleştirmek istediği hedeflerden birisidir. Adalet, mülkün temelidir. Allah adaleti, iyiliği emreder. Tüm hukukî işlemler de adalet ilkesine göre düzenlenmektedir. Hakkı, hak sahibine vermek gerekir; haksızlık zulümdür; zulüm en büyük günahtır. Adalet, zulmün zıddıdır; adil olan, hüküm verirken zulüm ve haksızlık yapmaz. Kur'an-ı Kerim'de adalet kelimesi 20, zulüm kelimesi 299 yerde geçmektedir²⁹⁸.

Kur'an-ı Kerim, adalet kavramına geniş bir anlam yüklemiş ve indirildiği ilk günlerden itibaren insanları, hayatın her alanında adaletli olmaya çağırmıştır. Dinin, dünyevî hüküm koymasına da bu adaletin bir parçasıdır²⁹⁹. “Allah size adaleti, ihsanı... emrediyor” âyetindeki adalet, geniş anlamli adalettir³⁰⁰. Kur'an-ı Kerim'de yer alan “Şayet hüküm verirsен aralarında adalet ile hüküm ver. Çünkü Allah adil hüküm verenleri sever³⁰¹” ve “Ey iman edenler! Adaleti titizlikle ayakta tutan hâkimler ve

²⁹⁵ Aslan, s. 170; Çağrııcı, s. 343; Hayreddin Karaman, “Adalet”, *DİA*, Cilt:1, Ankara, 1988, (Adalet), s. 343; Ekinci, s. 195; Şerefli, s. 400; Güleç, ss. 30, 33.

²⁹⁶ Güleç, ss. 41, 42.

²⁹⁷ Mehmed Şerif, s. 62.

²⁹⁸ Akbulut, s. 181; Aslan, s. 167; Çağrııcı, ss. 341, 342; Güleç, s. 30; Kara, ss. 140-143.

²⁹⁹ Aslan, s. 6.

³⁰⁰ Nahl, 16/90.

³⁰¹ Maide, 5/42.

*Allah için şahitlik eden insanlar olun*³⁰² ifadeleri Allah'ın indirdiği ile hedeflenen temel amacın adalet olduğunu göstermektedir.

Kur'an-ı Kerim'de adalet sıfatından yoksun olan kişi dilsiz, aciz ve hiçbir işe yaramayan bir köleye benzetilerek böyle birinin adil, dolayısıyla doğru yolu bulmuş olanla bir tutulamayacağı belirtilmiştir³⁰³. Şahsî menfaat sağlama, akrabalık, düşmanlık gibi durumlar, taraflardan birinin soylu ya da alt tabakadan olması gibi ahlâk kanununu ilgilendirmeyen sebepler bir hakkın ihlâlini, ortadan kaldırılmasını ve sonuç olarak adalet ilkesinden sapmayı haklı gösteremez³⁰⁴.

Kur'an-ı Kerim'de mutlak adaleti emreden ayetler, şüphesiz adil yargılamayı da kapsamaktadırlar. Yukarıda yer alan ayette “*Şayet hüküm verirsen aralarında adalet ile hüküm ver*” buyrulması kadıların adil yargılamadaki etkin rollerine de işaret etmektedir. Buradaki “hüküm” ifadesi, hüküm koyma (yasama), hükümet etme (yürütme) ve yargılama anlamlarını içeren geniş bir kavramdır. Kur'an, Sünnet ve diğer kaynaklarda yer alan hükümlerde adil yargılanma hakkını sağlayıcı her türlü tedbir ve tavsiyeye yer verilmiştir. İslam muhakeme hukukunda yargılamanın en önemli ilkesi adalettir³⁰⁵.

Peygamberler insanlar arasında adaletle hüküm vermekle, müminler de verilen bu hükme razı olmakla yükümlü tutulmuşlardır. Hz. Adem'den Hz. Peygamber'e kadar bütün peygamberler yargı görevlerini adaletle yerine getirmişlerdir. Yüce Allah, Hz. Davud'a hitaben “*İnsanlar arasında hak ile hüküm ver*³⁰⁶” buyurarak onun yürüttüğü yargı işlevinin önemini vurgulamıştır. Kur'an-ı Kerim'de yargılama ve karar verme makamında bulunan kişilerin dünyevî adaletin gerçekleşmesinde önemli bir role sahip oldukları belirtilerek bu kişilerin insanlar arasında hükmederken adaletli ve hakkaniyetli davranmaları talep edilmiştir³⁰⁷.

İslam Hukuku'nda adalet düşüncesi, eşitlik ilkesiyle birlikte ele alınmıştır. Kur'an-ı Kerim'de kadıların ehliyetli kimselerden seçilmesi, mahkemede adaletle uygun karar verilmesi ve kanun önünde tarafların eşit tutulması emredilmektedir:

³⁰² Nisa, 4/135.

³⁰³ Nahl, 16/76.

³⁰⁴ Maide, 5/8; Nisa, 4/3; Ali İmran, 3/75.

³⁰⁵ Aslan, ss. 86, 87.

³⁰⁶ Sa'd, 38/26.

³⁰⁷ Bakınız Nisa, 4/58, Maide, 5/8; İbn Teymiye, *Siyaset 'es-Siyasetü's-ş-şeriyye'*, çev. Vecdi Akyüz, Dergah Yayınları, İstanbul, 1985, s. 175; Aslan, ss. 6, 7.

*“Şüphesiz Allah size emanetleri lâıık olan ehil kimselere vermenizi, insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adalete uygun hüküm vermenizi emreder”*³⁰⁸.

Birçok hadiste adil yargılamadan ve bunu gerçekleştirecek belli araç ve ilkelerden söz edilmiştir. Hz. Peygamber, hâkimlik mesleğinin sorumluluğunun büyük olduğunu vurgulayarak insanlar arasında hüküm verenlerin Allah’tan korkmaları; aşırı açlık, susuzluk ve öfke gibi sağlıklı düşünmeyi engelleyen durumlarda hüküm vermekten kesinlikle kaçınmaları gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca yargı işlerine rüşvet karıştıranların Allah’ın lanetine uğrayacağını bildirmiş, kadının adaletten ayrılmadığı sürece Allah’ın onunla birlikte olduğunu ve bu tür kişilerin cennete gireceğini, gerçeğı bildiğı halde haksızlık edenlerin ise, cehenneme gireceklerini haber vermiştir³⁰⁹.

Hz. Peygamber’in bir hadisine göre, hâkimlik görevine atanan ve adil davranan kimse, Allah’ın gölgesinden başka gölgenin bulunmadığı kıyamet gününde, Allah’ın gölgesinde gölgelenir³¹⁰. Hz. Peygamber hükümde adil davranmanın uhrevî kazancıyla ilgili olarak başka bir hadiste de şöyle buyurmaktadır: *“Dünyada adil davrananlar, Allah’ın yanında nurdan olan minberler üzerindedirler... ki bu kimseler verdikleri hükümde adil davrananlar, ailesine karşı adil davrananlar, maiyeti altındakilere (yönettiğı kişilere) karşı adil davrananlardır”*³¹¹.

Adalet kavramının “eşitlik” anlamından hareketle, herkesin kanun karşısında eşit tutulması ve kanunların eşitlik ilkesine göre uygulanması adil yargılamanın vazgeçilmez unsurudur. Adalet ve eşitlik, hadislerde üzerinde hassasiyetle durulan bir konudur. Örneğın, tanınmış bir aileye mensup olan Fatıma bint Esved isimli kadının hırsızlık suçu sabit olduğunda, cezalandırılmaması için araya girenler olmuştur; bunun üzerine Hz. Peygamber: *“Sizden öncekileri Allah bu yüzden helâk etti. Aralarında mevki sahibi birisi suç işlediğinde onu bıraktılar, zayıf işlediğinde*

³⁰⁸ Nisa, 4/58; İbn Teymiye, ss. 33, 34; Akman, s. 23; Aslan, s. 87; Kara, ss. 144, 145; Saffet Köse, “İslam’da Hukuk Devleti İlkesinin Dinamikleri”, *İLAM Araştırma Dergisi*, Cilt:1, Sayı:2, Temmuz 1996, ss. 32, 33.

³⁰⁹ Buharî, Ahkâm 13, Tirmizî, Ahkâm 9 (Canan, Kütüb-i Sitte, Cilt:14, ss. 88, 92); İbn Teymiye, s. 99; Bilmen, VIII, s. 208; Ahmet Mumcu, *Osmanlı Devleti’nde Rüşvet -Özellikle Yargıda Rüşvet-*, 3. Baskı, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2005, ss. 184, 188; Aslan, s. 8; Gedikli, Kuzât, s. 116; Karakoç, Hicrî, s. 4247; Güleç, ss. 55, 56; Mahmut Şen, “İslam Hukuk Geleneğı Perspektifinden Yargı Etik İlkeleri”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı:6, 2015, s. 509.

³¹⁰ Buharî, Hudud 19, Tirmizî, Ahkâm 4 (Canan, Kütüb-i Sitte, Cilt:6, s. 427); İbn Teymiye, s. 54; Aslan, s. 15; Şen, s. 509.

³¹¹ Müslim, İmâre 18, Nesâî, Âdâbü’l-kudât 1 (Canan, Kütüb-i Sitte, Cilt:6, s. 423); Bilmen, VIII, s. 207; Aslan, s. 15; Güleç, s. 32.

ise, onu cezalandırdılar. Allah'a yemin ederim ki Muhammed'in kızı Fatıma hırsızlık yapsaydı, mutlaka onun elini de keserdim" diye buyurmuş ve o kadını cezalandırmıştır³¹². Bu hadisle adalet dağıtılırken herkese eşit muamelede bulunma zorunluluğu açıkça ortaya konmuştur.

Hiz. Peygamber'in "insanların tarak dişi gibi eşit olduklarını, kimsenin diğeri üzerine iyi ahlak ve takva dışında bir ayrıcalık ve üstünlüğü olmayacağını" ifade eden hadisi eşitlik ilkesinin özünü oluşturur³¹³. İslam inancına göre, her insan doğuştan saygın ve eşit konumdadır. Eşitlik ilkesiyle ilgili bir başka hadiste de Hiz. Peygamber, hâkimin taraflara eşit davranması gereğini şöyle buyurmuştur: "Sizden biri halk arasında hüküm vermekle görevlendirildiğinde onlara tavırla, işaretiyle ve oturuşuyla eşit davranmalıdır, sesini hasımlardan yalnız birine karşı yükseltmemelidir (birine susup diğeri bağışmamalıdır)"³¹⁴.

Adalet kavramının daha M.S. 630'lu yıllarda kurumsallaştığı söylenebilir³¹⁵. Hiz. Ömer, Ebu Musa el-Eş'ari'ye gönderdiği mektubunda³¹⁶ adaletin önemini

³¹² Buhârî, Enbiyâ 54, Müslim, Hudûd 8, 9, Tirmizî, Hudûd 6 (Canan, Kütüb-i Sitte, Cilt:6, s. 265); İbn Teymiye, s. 95; Demir, s. 25; Güleç, ss. 37, 38; Akman, s. 22; Avcı, Genel, s. 41; Cin/Akgündüz, I, s. 191; Cin/Akılmaz, s. 218; Karaman, I, ss. 165, 213; Kara, ss. 161, 162; Köse, s. 15.

³¹³ Bilmen, VIII, s. 221; Karaman, I, s. 212; Üdeh, I, s. 340; Şen, s. 523; Lippman, s. 46.

³¹⁴ Dârekutnî, IV/205 (Akt. Aslan, s. 88); Şen, s. 524.

³¹⁵ Hiz. Ömer, Amr bin As ile Nuşirevan arasında geçtiği düşünülen bir olay, adalete ve adil yargılamaya verilen önemi gösteren en eski örneklerdendir. Rivayete göre, olay şu şekilde gelişmiştir: İslamiyet'ten önce, Hiz. Ömer ve Amr bin As, İran'a gittiklerinde, genç bir adam, onların develerini gasp etmiştir. Parasız kalan Hiz. Ömer ve Amr bin As, akşam olunca bir hana varmışlar; kapıdan girer girmez hancı, misafirlerin üzüntülü olduklarını anlamış ve üzüntülerinin sebebini sormuştur. Hancı misafirlerini dinledikten sonra: "Siz kederlenmeyin, bizim hükümdarımız son derece âdildir. Ya develerinizi buldurur ya da bedelini tazmin eder. Sizin anlattığınıza göre elinizden develeri alan hükümdarın kendi oğludur. Ama o mutlaka bu meseleyi halleder" demiştir. Sabah, Hiz. Ömer ve arkadaşı hükümdarın huzuruna çıkmış ve olayı anlatmışlardır. Hükümdar Nuşirevan, bunları dinleyince yüzü asılmış ve onlara bir kese altın vererek develerinin bulunacağını söylemiştir. Hükümdar onlarla tercüman vasıtasıyla konuşmuş; tercüman ise, develeri alanın hükümdarın oğlu olduğunu söylememiştir. Hiz. Ömer ve Amr bin As, akşam tekrar hana dönünce, hancı ne olduğunu sormuş; onlar da hükümdarla görüştiklerini ve onun develeri bulacağını söylemişler. Bunun üzerine, hancı öfkelenmiş ve ertesi sabah hükümdarın karşısına çıkıp; "Hükümdarım, suçu işleyen başkası olur ceza verirler de, sizin oğlunuz olursa cezasız kalır öyle mi?" diye sormuştur. Nuşirevan bunu duyunca rengi değişmiş ve çok sinirlenmiş; "Deve sahipleri yarın şehri terk etsinler... Fakat biri şehrin kuzey, biri güney kapısından çıksın" demiştir. Hiz. Ömer ve Amr bin As, sabah şehri terk ederlerken, şehrin bir kapısına develeri çalan gencin, diğer kapısına hükümdara yanlış bilgi veren tercümanın asıldığını görmüşlerdir. Aradan zaman geçmiş, Hiz. Ömer, halife; Amr bin As, Mısır valisi olmuş; Mısır'da cami yaptırmak istemiştir. Bu camiye en uygun yer ise, bir yahudinin evinin olduğu yermiş ve vali yahudinin evine cami yapımına başlamıştır. Bunun üzerine, evinden başka bir şeyi olmayan çaresiz yahudi, Hiz. Ömer'le görüşmek için Medine'ye gitmiş. Halifeyi bulan yahudi derdini anlatıp, bir çare bulunmasını söyleyince Hiz. Ömer, öfkeli bir şekilde, bir kemiğin üzerine bir şeyler yazıp adamın eline vermiş ve "götür bunu valiye ver" demiştir. Yahudi Mısır'a dönüp kemiği Amr bin As'a verince, valinin yüzü sapsarı kesilmiş; hemen evi eskisinden daha güzel bir şekilde tamir edip, yahudiye geri vermiştir. Hiz. Ömer'in gönderdiği kemiğin üzerinde sadece şu yazılıymış: "Ben Nuşirevan'dan daha adilim!..." (M. Yaşar Kandemir, Örneklerle İslam Ahlakı, 2. Baskı, Nesil

vurgulamaktadır: “...Davranışın, huzurunda verdiği yer ve adaletin bakımından insanları eşit tut. Böylece asalet sahibi, kendisi için başkasına haksızlık edebileceğini düşünmesin, zayıf olan da adaletinden ümit kesmesin”³¹⁷. Hz. Ömer burada, hâkimin renk, ırk, dil, din, zengin-fakir, güçlü-zayıf ayrımı gözetmeksizin herkese eşit davranması gerektiğini ifade etmektedir³¹⁸. Ancak böyle eşit davranılırsa fakir ve zayıf kimseler, şüpheye düşmeksizin taraf tutulmadığından emin olup serbestçe delillerini sunup, iddia ve savunma faaliyetlerini gerçekleştirebilirler. Hâkim yargılama sırasında taraflara bakışı, yönelişi, onları oturttuğu yer ve mesafe bakımından kendine tuttuğu uzaklık gibi her hareketinde eşit tavır sergilemelidir. Hâkimin eşitliği bozucu türden en küçük davranışı, adil yargılamaya gölge düşürebilir³¹⁹.

Eşitlik, İslam Hukuku tarafından temel bir hak olarak kabul edilmiştir. İslam Hukuku’nda bütün insanlar kanun karşısında ve mahkeme önünde eşittir. Müslümanların idaresi altında bulunan bütün gayrimüslim vatandaşlar da müslümanlarla hukuken eşit statüdedir. İslam, yönetenlerle yönetilenler, devlet başkanlarıyla vatandaşlar arasında da tam bir eşitliği hedeflemiştir. İslam hukuk teorisine göre devlet başkanının dokunulmazlığı bulunmamaktadır. Hz. Peygamber

Yayınları, İstanbul 1980, ss. 114-117; Osman Nuri Ergin, **Mecelle-i Umûr-ı Belediye**, Cilt:1, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür İşleri Daire Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 1995, ss. 222-225; İskender Pala, “Ömer’in Adaleti”, **Türk Edebiyatı Dergisi**, Sayı:380, Haziran 2005, ss. 16-18). Ayrıca bakınız Muhammed Hamidullah, **İslam’a Giriş**, 3. Baskı, İrfan Yayınevi, İstanbul, 1973, s. 236.

³¹⁶ Hz. Ömer, biri Kâdı Şurayh’a, diğeri Mûsâ el-Eş’arî’ye olmak üzere, iki önemli mektup göndermiştir. Bunlarda yer alan tavsiye ve emirler, sonradan, İslâm yargılama hukukunun temel esasları olarak anılacaktır. Mûsâ el-Eş’arî’ye ait olan mektup, İbni Kayyim tarafından şerh edilmiştir. (Hamidullah, Vesikalar, ss. 425-440; Karakoç, Hicrî, s. 4245). Hz. Ömer’in kadılarına yolladığı daha birçok mektubu bulunmaktadır. Başka yönetici ve kadılarına gönderilen benzer içerikli mektuplar için bakınız Hamidullah, Vesikalar, ss. 230, 234, 424-430.

³¹⁷ Hamidullah, Vesikalar, ss. 425-440; Serahsi, Mebsut, Cilt:16, ss. 60-65; Köse, s. 29; Dağcı, s. 574; Hayrettin Karaman, **İslam Hukuk Tarihi**, İz Yayıncılık, İstanbul, 2012, (İslam), s. 121.

³¹⁸ Hz. Ömer’in halifelîği döneminde bir gün Hz. Ali ile beraber otururken bir adam gelerek Hz. Ali’den davacı olmuştur. Hz. Ömer kadı sıfatıyla duruşmayı başlatmak için Hz. Ali’ye “*Ya Ebe’l-Hasen! Kalk hasmınla birlikte otur*” demiştir. Duruşma sona erip hasmı oradan ayırdıktan sonra yine eskisi gibi kalkıp yerine oturmuş; fakat yüzünde bir hoşnutsuzluk ve değişme olmuştur. Halife: “*Muameleden hoşnut olmadınız mı?*” diye sormuş; Hz. Ali, “*Evet olmadım, çünkü hasmımın yanında bana künyemle (Araplarda bir kimseye künyesiyle hitap etmek iltifat anlamına gelir) hitap ettin*” demiştir. Hz. Ömer çok duygulanmış, gözünden öperek ona uyarısından dolayı teşekkür etmiştir (Bilmen, VIII, s. 222; Berki, Kaza, s. 28; Aslan, s. 170). Bu olayda da vurgulandığı üzere, hâkimin eşitliği bozucu türden en küçük davranışı, yargılamanın adaletine gölge düşürebilmektedir.

³¹⁹ Karaman, İslam, s. 121; Aslan, s. 88; Şen, s. 520; Dağcı, ss. 574, 575; Karakoç, Hicrî, s. 4247.

dâhi haksızlık yapsa mahkeme huzuruna çağrılabilmekteydi³²⁰. Hz. Peygamber farkında olmadan incittiği insanların bile kendisine karşılık vermelerine müsaade etmiş, yine kendisinin taraf olduğu bazı davaları hakemlere çözdürmüştür³²¹.

Hz. Peygamber devrinden beri, gayrimüslim ve Müslümanların karşılıklı davaları olmuş, davalı ve davacı, devlet başkanı da olsa gayrimüslimler haklarını almış, adalete kavuşmuştur. İmam Ebû Yusuf ölmeden önce Allah'a yalvarıp af dilemekte ve şöyle demektedir: *"Ya Rabbi biliyorsun ki ben hasımlar arasında adaleti terk etmedim. Ancak bir hadise hariç, beni affet Ya Rabbi"*. *"O hadise ne?"* diye kendisine sorulduğunda şöyle dedi: *"Bir defasında halifeden bir hristiyan davacı olmuştu. Yargılama esnasında halife oturuyordu, ayağa kalkmasını ihtar edemedim, yalnız mümkün olduğu kadar o hristiyanı meclisin ön tarafına çekmeye çalıştıysam da istenen eşitlik hâsıl olmadı, davalarını bu şekilde dinledim"*³²². Görüldüğü gibi, zimmî bir kişi İslam adaletine duyduğu güvenle halifeye karşı dava açmakta, kadı da duruşma sırasında zimmînin ayakta durduğu gibi halifeyi de durdurmadığı için Allah'tan af dilemekte ve bu kadar küçük bir hatadan dolayı vicdan azabı çekmektedir³²³.

İmam Malîk, İmam Şafîi ve Ahmed b. Hanbel'e göre, devlet başkanı işlediği bütün suçlardan dolayı yargılanmalı ve suçu sabit görülürse cezalandırılmalıdır. Ancak Hanefiler, devlet başkanı tarafından işlenen suçun türüne göre bir ayırım yapmışlardır. Buna göre, devlet başkanının işlediği suç, kamu haklarını ihlâl eden suçlardan biriye, devlet başkanı hakkında kamu davası açılamaz. Bunun sebebi, had cezalarının uygulanmasının devlet başkanının yetkisinde olmasıdır. Bir kimsenin cezalandırma yetkisini kendi üzerinde kullanması beklenemez³²⁴. Ancak bu durum

³²⁰ "Elbette kendilerine Peygamber gönderilen kimseleri de gönderilen peygamberleri de mutlaka sorguya çekeceğiz" (Araf, 7/6) âyeti bu gerçeği ifade etmektedir (Muhammed Hamidullah, **İslam Peygamberi**, Cilt:2, çev. Salih Tuğ, İrfan Yayınevi, İstanbul, 1993, (İslam Peygamberi), s. 934; Avcı, Genel, s. 48).

³²¹ Muhammed Hamidullah, **İslam'da Devlet İdaresi**, çev. K. Kuşçu, Nur Yayınları, Ankara, 1979, ss. 219-222; Üdeh, I, s. 342; Avcı, Genel, s. 48.

³²² Serahsi, Cilt:16, s. 61; Aslan, s. 171; Şen, ss. 526, 527.

³²³ Üdeh, I, ss. 340-343; Aslan, s. 171; Cin/Akgündüz, I, s. 191; Karaman, I, s. 165; Köse, ss. 28, 29.

³²⁴ Hanefiler, hâkimin devlet başkanı tarafından atanması dolayısıyla, kendisini cezalandırmak isteyen hâkimi görevden almak isteyebileceği, bunun da kargaşaya yol açacağı endişesini gerekçe göstermişlerdir. Oysaki devlet başkanı tarafından atanmış olsa bile hâkim, yargı görevini onun adına değil toplum adına yerine getirmektedir. Zaten devlet başkanı da bütün devlet faaliyetlerini, bu arada kamu görevlilerinin atanmasını ve yer değiştirmesini kendi adına değil toplum adına yapmaktadır. Dolayısıyla devlet başkanı bir had suçu işlerse, hâkim onu toplum adına yargılamakta ve cezasını infâz etmektedir. Devlette devamlılık esas olduğundan, devlet başkanının ölmesi veya görevden

işlenen fiilin suç olma niteliğini ortadan kaldırmadığı için, devlet başkanının dinî ve uhrevî sorumluluğu devam etmektedir. Hanefilere göre, devlet başkanı, adam öldürme ve yaralama gibi şahıs haklarını ihlâl eden bir suç işlemişse, herkes gibi yargılanıp cezalandırılır; bunun sebebi, bu tür suçlarda cezalandırmayı talep etme yetkisinin mağdurda veya onun yakınlarında olmasıdır³²⁵.

Adalet, eşitlikten daha üst bir kavramdır; çünkü kanunların mutlak bir şekilde eşit ve lâfzî uygulanması adil olmayan sonuçlar doğurabilmektedir. Örneğin Hz. Ömer, şiddetli kuraklık sonucu insanların kolayca yiyecek bulamadıkları bir yılda işlenen hırsızlık suçlarında, açlığın insanları hırsızlığa sevk ettiğini düşünerek hırsızlık haddi olan el kesme cezasını uygulamamıştır. Başka bir olayda da eşraftan birinin köleleri bir deve çalmış ve olayın Hz. Ömer'e iletilmesinden ve yargılamasından sonra suç sabit görülerek köleler hakkında had cezasının uygulanmasına karar verilmiştir. Ancak kölelerin efendileri tarafından aç bırakıldıklarının anlaşılması üzerine, Hz. Ömer onları cezalandırmaktan vazgeçmiş; suçun işlenmesine sebep olan kişi efendi olduğundan, efendiyi değeri dört yüz dirhem olan deve için sekiz yüz dirhem tazminat ödemeye mahkûm etmiştir³²⁶.

3. Osmanlı Devleti'nde Adalet Geleneği

Türk devlet geleneğinde adalet devletin temeli kabul edilmekte, devletin bekâsı doğrudan doğruya vatandaşın memnuniyetine bağlanmaktadır. Osmanlı Devleti'nde adalete büyük önem verilmiş, adil olan hâkim, kişi ve topluluklar da her zaman övülmüştür. Osmanlı devlet ideolojisinin temel unsuru adalet fikri olmuştur. Osmanlı'da "adalet" kavramını, onun zıddı olan "zulüm" kavramıyla birlikte düşünmek gerekmektedir. Bir ülkede zulüm varsa adalet, adalet varsa zulüm kendisine yer bulamaz. Halk, ancak adaletle refaha kavuşabilir ve adalet olmadan devlet de olamaz. Halkın şikâyetlerini dinlemek ve adaleti yerine getirmek hükümdarın başta gelen görevleri arasındadır. Bu yüzden Türk-İslam devletlerinde hükümdarın bizzat başkanlık ettiği ve halkın şikâyetlerini dinleyip hüküm verdiği

ayrılması ile atadığı kamu görevlilerinin görevi son bulmamaktadır. Öyleyse devlet başkanı suç işlediğinde onu yargılayabilmeli ve cezalandırabilmelidir (Avcı, Genel, ss. 48, 49).

³²⁵ Üdeh, I, ss. 344, 346; Aydın, s. 167; Ekinci, s. 331; Akman, s. 39; Avcı, Genel, s. 48; Cin/Akgündüz, I, s. 303; Cin/Akyılmaz, s. 206.

³²⁶ Köse, ss. 24, 25; Akman, s. 23.

Divân-ı Mezâlim, Divân-ı A'lâ, Divân-ı Hümayûn gibi kurumlar oluşturulmuştur³²⁷. Osmanlı tebaasından olan herkesin “devletten adalet talep etme ve adaletsizliği gidermeyi isteme” hakkı vardı; bu hak, hiçbir ayırım yapılmaksızın herkese eşit olarak tanınmıştır³²⁸.

14'üncü yüzyıl yazarlarından Şeyhoğlu Mustafa'ya göre, adalet olduğu takdirde kâfir bir devlet bile varlığını sürdürebilir; ancak adaletle aykırı davranan ve zulme sapan bir devlet, Müslüman bile olsa, ayakta kalamaz³²⁹. Tarihçi Tursun Bey ise, adaletin herkes için geçerli olduğunu vurgulamıştır. Adalet, sadece iyi insanlar için söz konusu değildir; farklı sınıfların tamamı adaletle ihtiyaç duyar. Suçlular için adaleti gözetmek önemlidir. Adalet, herkese hakkının verilmesidir; hakkın eksik verilmesi hak sahibine, fazla verilmesi diğer insanlara zulüm olur. Herkesin hukuk karşısında eşit olması da adaletin bir gereğidir³³⁰.

İlk Osmanlı padişahlarından Orhan Bey ve II. Murad sabahları saray kapısı önünde yüksek bir yere çıkarak halkın şikâyetlerini dinler ve bizzat kendileri yargılama yaparak hüküm verirlerdi. Osmanlı padişahları, Divan-ı Hümayûn'da başkanlık görevinden çekildikten sonra da, Kasr-ı Adalet veya Adalet Köşkü denilen bir yerde, divana açılan pencere arkasından halkın şikâyetlerini dinlemeye devam ederlerdi³³¹.

Osmanlı padişahlarından en adili olarak bilinen Yavuz Sultan Selim, bu geleneği hassasiyetle sürdürmüştü. Yavuz Sultan Selim, her gece, gece yarısına kadar divan dinler, halkın ihtiyaçlarını ve şikâyetlerini öğrenir, ortada bir haksızlık varsa bunun düzeltilmesi için gerekeni emrederdi. Sultan, zulmü haksızlık olarak gördüğü için haksızlığa hiçbir şekilde rıza göstermezdi³³².

³²⁷ Halil İnalçık, “Osmanlı Hukuk Sisteminde Adaletin Üstünlüğü”, **Adalet Kitabı**, Ed. Bülent Arı ve Selim Aslantaş, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2015, (Üstünlük), ss. 155-157; Demir, s. 24; Bülent Tanör, **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 17. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 26; Fahri Unan, “Osmanlı İdare Felsefesinde Adalet”, **Adalet Kitabı**, (Ed. Bülent Arı ve Selim Aslantaş), Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2015, ss. 130, 131; Şen, s. 507; Halil İnalçık, “Adâletnâmeler”, **Belgeler**, Cilt:2, Sayı:3-4, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1993, (Adâletnâmeler), s. 50.

³²⁸ Ahmed Lütfi, **Osmanlı Adalet Düzeni**, (Sadeleştiren Erdinç Beylem), Marifet Yayınları, İstanbul, 1997, s. 18; Cin/Akyılmaz, s. 130; Şerefli, ss. 2, 9.

³²⁹ Zulme sapan bir devletin yıkılacağı konusunda benzer fikirler için ayrıca bakınız, Hafız Hüseyin, “Zulmün Cezası”, **İtisam Mecmuası**, Cilt:1, Sayı:1, 1334 (1916), <http://ktp.isam.org.tr/?url=makaleosm/findrecords.php>, (E.T. 12.01.2018), s. 8.

³³⁰ Unan, ss. 117,119.

³³¹ İnalçık, Üstünlük, ss. 157, 158; Demir, s. 24; Aydın, s. 69; İnalçık, Adâletnâmeler, s. 50.

³³² Yavuz Sultan Selim, “her gece nisfû'l-leyle değin (gece yarısına kadar) divan dinlerdi, mesalih-i Müslimini (halkın ihtiyaçlarını) görüp Memalik-i Mahruse'de olan mehayife ilm tahsil edip gece

Yavuz Sultan Selim adalete verdiği önemi fermanlarında da açıkça dile getirmiştir. Bir fermanında, “*adaletten ve şer’i hükümlerden kıl ucu kadar ayrılanları ve insanlara zerre kadar zulüm ve haksız muamele edenleri en şiddetli cezaıyla cezalandıracağını*” belirtmiştir³³³.

Yavuz Sultan Selim’den sonra gelen padişahlar da adalete büyük önem vermişlerdir. 1702 yılında halka zulmeden Eyüpoğlu denilen bir şahsı payitahtta koruyan devlet adamlarına karşı halk, “burada adalet icrâ olunmazsa nereye varalım” diye bağırılmışlar; Adalet Köşkü’nden bunu duyan padişah, ertesi gün olağanüstü bir divan toplayarak Eyüpoğlu’nun idâmına karar vermiştir³³⁴.

Kadıda aranan en önemli özellik âdil olmasıdır; çünkü ceza, adaletin gerçekleşmesi ve yeryüzünde fesadı engellemek için başvurulmuş bir araçtır. Kanunî Sultan Süleyman, Gâzi Bâli Bey’e hitaben nasihatinde, her iyiliğin kaynağının adalet olduğunu, âdil olmayan kişinin elinden çıkan işin, kötü iş olduğunu ifade etmiş, sonra da Hz. Peygamber’in “*Bir günün adaleti altmış yıllık ibadetten üstündür*” hadisini hatırlatmıştır³³⁵.

Osmanlı padişahları, adliye teşkilâtının sağlam temellere oturmasına ve adalete son derece önem vermişlerdir. Adalet, Osmanlı Devleti’ni yüzyıllarca ayakta tutan önemli bir esas olarak görülmüş; adalet hissinin zayıflaması, devletin çöküşünün hem sebebi hem sonucu olmuştur. Devletin güçlü dönemindeki padişahlar, hukukun önünde boyun eğmişlerdir. Rivayete göre, Kanunî Sultan Süleyman, seferden dönerken askerlerin ekinlerini çiğnediğinden yakınan köylüye, “*Peki bizi kime şikâyet edersin?*” diye şaka yollu sorunca, köylü “*Seni kanuna şikâyet ederiz, kanuna!*” demiştir. Padişah köylünün cevabından çok memnun olmuştur; çünkü padişaha “Kanunî” unvanı kanun yapıcılığından ziyade kanunlara titizlikle riayet ettiğinden dolayı takılmıştır. Osmanlı Devleti’nde adalete verilen bu önem, o

uyumazdı... *Hiç ahada zulm ü cevr (haksızlık) olduğuna rızaları yoğidi. Zulm ü cevr olupunu bilmemek yanlarında ulu günah idi*” (Hezarfen Hüseyin Efendi, *Telhisü'l-Beyan fi Kavanin-i Al-i Osman*, Hazırlayan Sevim İlgürel, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1998, s. 184; Demir, s. 24; İnalcık, *Üstünlük*, s. 158).

³³³ Ahmed Lütfi, s. 39; Karaman, I, s. 219.

³³⁴ İnalcık, *Adâletnâmeler*, s. 51; İnalcık, *Üstünlük*, s. 158; Demir, ss. 24, 25.

³³⁵ Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, çev. İbrahim Tüfekçi, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994, ss. 14, 15; İbn Teymiye, s. 54; Aslan, s. 16; Ekinci, s. 368.

dönemde devlete büyük bir itibar kazandırmış, Batı ülkelerinin takdirini kazanmıştır³³⁶.

Osmanlı'da adalet kavramı, genel olarak "kuvvetlinin zayıfı ezmesini önleme" şeklinde anlaşılmaktadır. Osmanlı padişahlarının divanda halkın şikâyetlerini dinlemesi, memlekette genel denetimler yaparak zulüm ve haksızları tespit etmeleri, adâletnâme yayınlamaları ülkede adaleti sağlamak için başvurdukları başlıca tedbirlerdendir³³⁷.

4. Osmanlı Hukuku'nda Adalet ve Eşitlik İlkeleri

Osmanlı yargılaması bakımından adalet kavramı büyük önem taşımaktadır. Osmanlı mahkemeleri özellikle ceza hukuku ile ilgili yargılamalarda adalet ve eşitlik ilkelerini mutlaka gözetmiştir. Usûlüne uygun bir yargılamada mahkeme görevlileri, taraflar ve şahitler³³⁸ adalete aykırı hareket edemezler.

Adalet ve eşitlik ilkelerine uygulamada da çok dikkat edilmiştir. Toplumun çeşitli katmanları arasında ceza bakımından farklılık gözetilmemiştir. Osmanlı Hukuku'nda cezaların uygulanması bakımından esas itibarıyla bütün şahıslar aynı kategoride değerlendirilmiş; kanun karşısında herkesin eşitliği ilkesi benimsenmiş, hiçbir zümreye ve şahsa dokunulmazlık veya ayrıcalık tanınmamıştır. İnsanlar şeriat nazarında ve yaratılış itibarıyla birbirine eşit olduklarından, yargılamada zengin-fakir, güçlü-zayıf, sultan-halk, kadın-erkek, yerli-yabancı ayrımı yapılmamıştır³³⁹. Ancak köleler³⁴⁰ ve gayrimüslimler bakımından bunların statülerinden kaynaklanan, genellikle lehlerine bazen de aleyhlerine olan, birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, kölelere bazı had cezalarının yarıya indirilerek verilmesi; gayrimüslimlere, muhsan olmadıkları gerekçesiyle, re'cm uygulanmaması; gayrimüslimlerin içki içtiklerinde had cezasıyla cezalandırılmamaları onların lehlerine, gayrimüslimlere veya kölelere yönelik işlenen bazı kısas suçlarında failin farklı şekilde cezalandırılması ise aleyhlerine olan farklılıklardır. İslam Hukuku'nun,

³³⁶ Ekinci, s. 368.

³³⁷ İncalcık, Üstünlük, ss. 158, 159; İncalcık, Adâletnâmeler, s. 51.

³³⁸ "...ve içinizden adalet sahibi iki kişiyi de şahit tutun..." (Talak, 65/2).

³³⁹ Akbulut, ss. 180, 181; Cin/Akyılmaz, s. 206; Karaman, I, s. 212.

³⁴⁰ İslam Hukuku'nun uygulanmaya başladığı devirlerdeki bütün devletlerde kabul edilmiş kölelik kurumu, savaş hukukunun getirdiği bir zaruret olarak tamamen istisnâ niteliktedir (Ekinci, s. 195).

Müslümanlarla zimmîler arasında fark gözetdiği suçlar, içki içmek³⁴¹, domuz eti yemek gibi tamamen dinî esaslara dayanan suçlardan oluşmaktadır. Eğer eşitlik mutlak bir şekilde uygulanırsa, zimmîler inançlarına göre yasak olmayan şeylerden sorumlu tutulmuş olacaklar ve bu durum hakkaniyete aykırı olacaktır. Bazı istisnâî farklılıklar olsa da, bunlar genel olarak o dönemin şartları içinde eşitliği bozucu nitelikte olmayan dinî bir takım farklılıklardır³⁴².

Osmanlı yargılamasında tazir cezalarının belirlenmesi ve uygulamasında suçlunun sosyal, ahlakî, şahsî durumu göz önüne alınırdı. Bu durum, eşitlik ilkesine aykırı görülmemekte, cezanın amacına yönelik olmakla birlikte, “eşitlik-adalet-ıslah-toplum menfaati” esaslarından kaynaklanmaktadır³⁴³.

Eşitlik ilkesini bozmayan, aksine adil bir yargılamanın gereği olan diğer durum ise, mümeyyiz olmayan küçüklerle akıl hastalarına had, kısas ve tazir cezasının verilememesidir. Bu kimseler algılama yeteneğine sahip olmadıklarından cezaî ehliyetleri yoktur. Cezaî ehliyetin, akıl ve bulûğ olmak üzere iki şartı bulunmaktadır³⁴⁴. Bu şartlara sahip olmayanların ceza ehliyetleri olmadığından cezalandırılmaz³⁴⁵. Ayrıca isnat yeteneği tam olanlar hakkında ağır ceza gerektiren fiilleri mümeyyiz küçüklerin işlemesi halinde, onlara daha hafif cezalar veya emniyet tedbirleri verilmektedir³⁴⁶. Bu durum, cezaî sorumluluğunun gereği olduğundan eşitlik ilkesine aykırı değildir. Osmanlı Hukuku, cezaî sorumluluk açısından

³⁴¹ Zimmîlere içki içmek yasak değildir; ancak sarhoş olup rezalet çıkarmaları yasaktır; genel ahlakı bozucu nitelikte sarhoş olmuşlarsa cezalandırılırlar. İçki içip sarhoş olmayan zimmî cezalandırılmaz (Üdeh, I, s. 355).

³⁴² Üdeh, I, ss. 354, 355; Aydın, ss. 179, 180; Cin/Akyılmaz, s. 207; Cin/Akgündüz, II, ss. 342-344; Karakoç, s. 119; Ekinci, ss. 331, 332; Lippman, s. 46.

³⁴³ Karaman, I, s. 212.

³⁴⁴ Çocuğun cezaî ehliyeti üç devrede incelenir: *Birinci devre*, temyiz ve idrakin bulunmadığı devredir. Bu devrenin bitişi 7 yaştır; 7 yaşına ulaşmayan çocuk, temyiz gücüne sahip olsa bile kendisine ceza ya da tedbir uygulanamaz.

İkinci devre ise, temyiz devresidir. Temyiz devresi 7 yaşında başlar ve ergenliğe (bulûğa) kadar devam eder. Bu devrede de çocuğun cezaî sorumluluğu yoktur; ancak gerekirse çocuğun tehlikeli davranışları için ıslah ve te'dip niteliğinde bazı emniyet tedbirleri uygulanabilir. Burada üçüncü şahısların ve toplumun muhtemel zararlardan korunması amaçlanmaktadır. İslam Hukuku'nda ceza ehliyeti, ergenlikle başlar. Ergenlik genellikle kızlarda 9-12, erkeklerde 12-15 yaş arası bir dönemde olmaktadır. İmam-ı Âzam Ebu Hanife'ye göre, hayız görmemiş kız 17, ihtilal olmamış erkek 18 yaşını doldurmuşsa, artık ceza ehliyeti tam sayılmaktadır. Hukukî Aile Kararnamesi de bu görüşü benimsemiştir.

Üçüncü devre, bulûğ sonrası devresidir; bu devre, çocuğun doğal ya da hükmi yolla ergenliğe ulaşmasıyla başlar. Bu devrede artık çocuk reşit olur ve tam cezaî ehliyeti bulunur (Avcı, Genel, ss. 135, 136; Esen, ss. 102-109; Mustafa Avcı, **Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, (Özel), s. 60).

³⁴⁵ Üdeh, I, s. 407; Esen, s. 99.

³⁴⁶ Üdeh, I, s. 413; Avcı, Genel, ss. 135, 136.

çocuklarla büyükler arasında tam bir ayırım yapmış ve bunu ergenlik gibi belirgin bir temele dayandırmıştır³⁴⁷.

Osmanlı Hukuku'nda eşitlik ilkesine aykırı görülebilecek, delillerle ilgili, bir uygulama bulunmaktaydı. Bir zimmînin getirdiği deliller, bazı istisnalar hariç, sadece diğer bir zimmîye veya bir müstemene karşı kabul edilirdi. Bir müstemenin getirdiği aleyhteki deliller ise, Osmanlı reâyâsından olan gayrimüslimlere karşı kullanılamaz; ancak bir diğer müstemene için hüküm verirken kullanılabilirdi³⁴⁸.

Eşitlik ilkesini kısas cezalarının uygulanması bakımından ayrıca belirtmeye gerek vardır. Hanefilere göre, kısas uygulamasında suçluyla mağdur arasındaki din, cinsiyet ve hürriyet farkı bir engel oluşturmamaktadır. Örneğin, kasten adam öldürme suçunda bir kadın karşılığında erkeğin, bir gayrimüslim karşılığında müslümanın, bir köle karşılığında hür kimsenin kısas edilmesi mümkündür³⁴⁹. Osmanlı Devleti de Hanefî içtihadını esas aldığından, Osmanlı Ceza Hukuku bakımından kısas uygulamalarında her açıdan eşitlik söz konusu olmuştur.

Adalet ve eşitlik ilkesi gereği, padişah da işlediği suçlardan dolayı sorumlu tutulur; hakkında takibat yapılır, yargılanır ve suçlu bulunursa cezalandırılırdı³⁵⁰. Osmanlı Hukuku'nda, padişahın cezaî sorumluluğu konusunda Hanefî içtihadı esas alındığı için, padişahın işlediği suçun türüne göre bir ayrıma gidilmiştir. Padişahın işlediği suç kamu haklarını ihlâl eden suçlardan biriye, padişah hakkında kamu davası açılamazdı. Eğer padişah, adam öldürme ve yaralama gibi şahıs haklarını ihlâl eden bir suç işlemişse herkes gibi yargılanıp cezalandırılırdı³⁵¹.

Klâsik Dönem Osmanlı uygulamasında kural olarak padişahın sorumsuzluğu kabul edilmemişti. Otuz altı padişahтан on yedisi hukuka aykırı davrandığı gerekçesiyle tahttan indirilmiş, bazıları bu sırada öldürülmüş, bazıları da tahttan indikten sonra hapse atılmışlardır. Devlet başkanının sorumsuzluğu ilkesi Osmanlı Devleti'nde ilk olarak 1876 tarihli Kanun-ı Esasî ile kabul edilmiştir³⁵².

³⁴⁷ Esen, s. 289.

³⁴⁸ Ortaylı, Mahkeme, s. 252; Canbakal, s. 179.

³⁴⁹ Aydın, s. 198; Ekinci, ss. 331, 332.

³⁵⁰ Argun H. Bozkurt, **Hukukun Öyküsü**, Sistem Ofset Basın Yayın, Ankara, 2006, s. 136; Cin/Akgündüz, I, s. 303; Şen, s. 514.

³⁵¹ Üdeh, I, ss. 344, 346; Aydın, s. 167; Ekinci, s. 331; Akman, s. 39; Avcı, Genel, s. 48; Cin/Akgündüz, I, s. 303; Cin/Akyılmaz, s. 206; Avcı, Türk, s. 178.

³⁵² Avcı, Genel, s. 49.

Kural olarak yabancı, devlet başkanı da olsa, İslam ülkesinde suç işlediğinde diğer müstemlenler gibi yargılanırdı. Parlamento üyeleri ve diplomatlara dokunulmazlık tanınmamıştır; ancak uygulamada ticari gelenekler kural haline gelmiş ve asıl kuralları uygulanmamıştır³⁵³. Eşitlik ve adalet ilkesine aykırılık teşkil etmeyen uluslararası hukukun bir gereği olan diplomatik dokunulmazlık Osmanlı Hukuku'nda da kabul edilmiştir³⁵⁴.

Osmanlı Devleti'nde sicil kayıtlarını inceleyen yerli ve yabancı araştırmacılar, idarî, sosyal ve dinî konumu ne olursa olsun herkese yargılamada adil ve eşit davranıldığını söylemektedirler. Örneğin, Kayseri şer'îye sicilleri üzerinde incelemelerde bulunan Jennings, sosyal konumu ne olursa olsun, adaletin gerçekleşmesi için müderris, sipahi ve demircinin kadı önünde eşit tutulduğunu ifade etmiştir³⁵⁵.

Batılı gezginlerin hatıralarında yazdıkları da bu tespitlerle aynı doğrultudadır. Bu gezginlerden birisi, ayrım yapılmaksızın ve herhangi bir avukata ihtiyaç duyulmadan, herkesin davasını kadıya kolaylıkla anlatabildiğini söylemiştir: "*Din ayrımı yapılmaksızın Müslüman, Hristiyan veya Yahudi herkes, gerçeği müdafaa etmek için bir avukatın güzel konuşmasına ihtiyaç duymaksızın davalarını bu hâkimlere izah edebiliyordu*"³⁵⁶.

Osmanlı Devleti'nde adaletin sağlanabilmesi için kadılar çeşitli usûllerle denetlenmiştir. Haksızlıkları önlemek için çıkarılan adaletnâmelerde, kadıların reâyâyâ eşit davranmaları ve aralarındaki meselelerde adaletli karar vermeleri emredilirdi. Padişah tarafından merkezden gönderilen bu emirlerde, bir bölgeye kadı tayin edilme amacının, güçlü kimselerin zulmünden vatandaş kurtarmak olduğu ifade edilirdi. Ayrıca bu emirlerde, bir bölgede zulüm ve haksızlık varsa, bu durumun

³⁵³ Karakoç, s. 138.

³⁵⁴ Hz. Peygamber'in diplomatik dokunulmazlığa işaret eden bir hadisi bulunmaktadır. Kendisi hayattayken dinden çıkan Müseyleme'nin Medine'ye gönderdiği, daha önce İslam devletinin Müslüman vatandaşiyken dinden çıkmış ve Müseyleme safında yer almış elçilere hitaben: "*Eğer elçilerin öldürülmemesi kuralı olmasaydı, size ölüm cezası verirdim*" buyurmuştur. Bu kişiler diplomatik dokunulmazlıktan yararlanarak irtidat suçunun cezasından kurtulmuşlardır (Hamidullah, s. 163; Avcı, Genel, ss. 49, 50; Avcı, Türk, s. 179).

³⁵⁵ Ronald C. Jennings, "Kadı, court and legal procedure in 17 C. Ottoman Kayseri", *Studia Islamica*, Sayı:48, 1978, (Kadı), s. 143; Demir, s. 27.

³⁵⁶ Bahaeddin Yediyıldız, "Osmanlılarda Hâkimiyet Anlayışı ve Devlet Teşkilâtı", *Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi*, Cilt:12, s. 310; Demir, s. 27.

orada bulunan ehl-i örfün (memurların) ve kadıların ihmalden kaynaklandığı belirtilmiştir³⁵⁷.

Osmanlı Devleti'nde adalet ilkesine aykırı davranışlar genellikle askerî sınıf denilen devlet görevlileri tarafından vatandaşlara karşı gerçekleştirilirdi³⁵⁸. Bu yüzden adalete aykırı uygulamalar, eyalet divanları, kazasker divanları ve Divân-ı Hümayûn gibi, üst kurumlara götürülür ve bu şekilde çözüm yoluna gidilirdi³⁵⁹. Eşitsiz gibi görünen bu uygulamalar adaletin sağlanması içindir.

C. Kanunîlik İlkesi

1. Genel Olarak

Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç oluşturduğunun kanunda açık bir biçimde belirtilmesi gerekmektedir. “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” şeklinde ifade edilen, suçtan önce onu tanımlayıp, karşılığında cezaî müeyyide öngören bir kanunun bulunmasını zorunlu kılan kanunîlik ilkesi, Osmanlı Ceza Hukuku'nun temel ilkelerinden birisi olmuştur. Kanunî unsur, fiili tanımlayan bir nassın (kanun hükmünün) bulunmasıdır. Aynı şekilde, suç işlenmesi karşılığında verilecek ceza ve tedbirlerle, bu yaptırımların süre ve miktarları da kanunla düzenlenmelidir. Kanunîlik ilkesi gereği, hiç kimse o suç için kanunun düzenlemediği bir cezayla veya düzenlenen cezadan daha ağır bir cezayla cezalandırılamaz. Bu ilkenin sonucu olarak, idarenin düzenleyici işlemleriyle yeni bir suç ve ceza belirlenememesi, ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasa

³⁵⁷ “İmdi bir vilayete sancakbeği ve kâdı nasb olunmakdan (atama, tayin) murâd zalemenin zulmi reâyâ üzerinde mündefi' olub (geçmiş, def edilmiş) eyyâm-ı (zaman) adâlet-hümâyûnumda reâyâ ve berâyâ (halk) âsude (sıkıntıdan uzak) hâl olmakdır. Şer'-i şerife muhâlif vaz' olmak sizin ihmâlinizdendir” (Akgündüz, Kanunnameler, Cilt:6, ss. 25, 26; Demir, ss. 27, 28).

³⁵⁸ Ehl-i örf denilen devlet görevlilerinin yaptıkları kanuna aykırı uygulamalar sık sık yasaklanmıştır. Osmanlı hukukunda “bid'at”, şer'i hukuka ve kanuna aykırı olan şeyler demektir. II. Bayezid devrinde Konya ve Karaman illerine ait bazı bi'datlar dikkat çekicidir. Konya'da, suçludan para cezası alındıktan sonra subaşı ve aseslerin ayrıca para almaları, devlet görevlilerinin kadının hükmü olmadan para cezası almaları gibi bid'atlar kanuna aykırı görülerek yasaklanmıştır.

1487 tarihli Hüdâvendigâr Sancağı Kanunnamesi'nde, siyaset olunan kimseden ayrıca para cezası alınamayacağı; sancakbeyi veya subaşının soruşturma yapmadan suçluyu rüşvet karşılığı salıverirse cezalandırılacağı; soruşturma bitmeden suçlunun cezalandırılmayacağı belirtilmiştir. (İnalçık, Üstünlük, ss. 165, 166).

³⁵⁹ Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 239, 240; Demir, s. 28.

başvurulamaması ve kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum yapılamaması gerekmektedir³⁶⁰.

Kanunîlik ilkesine göre, ancak kanunda belirtilen fiiller suç sayılmakta ve bu fiillere ancak kanunda belirtilen cezalar verilmektedir. Adaletin sağlanmasında hukuk kurallarının belirgin ve biliniyor olmasının önemli bir yeri vardır. Bu ilkenin esas mantığı, kişilerin yasak fiilleri önceden bilmelerini sağlamak olduğundan; kişiler bu şekilde hareketlerini düzenleme fırsatı bulurlar³⁶¹. Bu yol, hem halkın uyması gereken kuralları hem de kendilerine kamu görevlilerince uygulanacak kuralları bilmelerine imkân sağlamaktadır. İlk ve Orta Çağ hukuk sistemlerinde böyle bir ilke hâkim değilken, İslam suç ve cezada kanunîlik ilkesini Kur'an hükümleriyle getirmiş³⁶²; ceza normunun geçmişe etkili olmayacağını kabul etmiştir. İslam ve Osmanlı Hukuku açısından suçlama ve cezalandırmada keyfilik yoktur³⁶³. İslam-Osmanlı Ceza Hukuku'nda suçları ve bu suçlara karşılık gelen cezaları tanımlayan ve önceden belirli olan cezaların aynen uygulanmasını zorunlu kılan açık hukukî hükümlerin olması, kanunîlik ilkesinin varlığını kanıtlamaktadır³⁶⁴.

Kaynağını ister Kur'an veya Sünnet'ten, isterse devlet başkanının yasama yetkisinden alsın, bir fiil ancak suç olduğu açık ve tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlendikten sonra cezaya konu olabilmektedir³⁶⁵.

İslam-Osmanlı Hukuku'na göre, kanun koyma ve belirli fiilleri suç sayma merci öncelikle Şâri (hüküm koyucu) olan Allah'tır. Ceza hukuku hükümlerinin ve suç sayılan fiillerin belirlenmesinde temel kaynak Kur'an'dır. Bazı âyetlerde hangi fiillerin yasak ve günah olduğunu peygamberler aracılığıyla bildirmeden insanlara azap edilemeyeceği, başka bir deyişle, hangi fiillerin suç olduğu bildirilmeden cezalandırılmayacağı belirtilmektedir³⁶⁶.

³⁶⁰ Üdeh, I, ss. 145, 146; Karaman, I, ss. 206, 207; Avcı, Genel, s. 34; Cin/Akyılmaz, s. 203.

³⁶¹ Akbulut, s. 180; Üdeh, I, s. 145.

³⁶² Bazı usûl kurallarında da kanunîlik ilkesi belirtilmektedir: "Mübah olmadığımı gösteren bir delil bulunmadıkça, eşya ve fiillerde asıl olan mübahlıktır", "Hakkında sarîh bir nass bulunmadıkça, beşeri fiillerin hukukî değeri yoktur" (Esen, s. 46).

³⁶³ Üdeh, I, s. 146; Avcı, Genel, s. 34; Esen, s. 45; Karaman, I, s. 208.

³⁶⁴ Riyad Maydani ve Şamil Dağcı, "İslam Ceza Hukukunun Genel Prensipleri", **İslami Araştırmalar Dergisi**, Cilt:4, Sayı:1, Ocak 1990, s. 61; Üdeh, I, s. 146; Cin/Akgündüz, I, s. 299; Karaman, I, s. 208.

³⁶⁵ Cin/Akyılmaz, s. 203.

³⁶⁶ "Allah yasakladığı şeyleri size tek tek açıklamıştır" En'am, 6/119. "Yasaklananlar dışındakiler size helal kılınmıştır" Nisa, 4/24.

"Biz sana Kitab'ı hak ile indirdik ki insanlar arasında Allah'ın sana gösterdiği biçimde hüküm veresin" Nisa, 4/105.

Kur'an'da ve Sünnet'te kanunîlik ilkesine dair birçok ifade bulunmaktadır. Bu deliller, İslam Hukuku'nun başlangıcından beri bu ilkenin var olduğunu göstermektedir. Bu delillerden hareketle bazı hukukçular, İslam Hukuku'nun suç ve cezada kanunîlik ilkesinin aranmasına asırlar önce öncülük ettiğini, Batı hukuklarında ancak Fransız İhtilâli ve İnsan Hakları Beyannamesi ile bu noktaya geldiğini ileri sürmektedirler³⁶⁷.

Kanunîlik ilkesi, adaletin sağlanmasında ve adil bir yargılamanın gerçekleştirilmesinde önemli yere sahiptir. Yargılamada adaletle hüküm, dava konusunu açık ve kesin ya da zan derecesinde hükme bağlayan nasların bulunması halinde, bunlarla hüküm, adaletle hüküm sayılmıştır. Bu sonuç, adaletle hükmetmeyi emreden âyetler (Nisa, 4/58; Maide, 5/42; Sad, 38/26) ile Allah'ın kitabıyla hükmetmeyenleri yerine göre zalim, kâfir diye adlandırarak kınayan âyetlerin (Maide, 5/44) birlikte değerlendirilmesinden çıkmaktadır³⁶⁸.

2. Had ve Kısas Suçlarında Kanunîlik İlkesi

Osmanlı Ceza Hukuku'nda suç ve cezalar had, kısas ve tazir olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Osmanlı Devleti'nde had ve kısas suçları ile cezalarında kanunîlik ilkesi geçerli olmuştur. Had ve kısas suçlarında (geniş anlamda had suçlarında) suç oluşturan fiiller âyet veya hadislerde tanımlanmış ve yaptırım türleriyle miktarları nasla belirlenmiştir. Osmanlı mahkemelerinde, unsurları bulunduğu takdirde, had veya kısas suçlarına ait şer'i cezaların aynen uygulandığını şer'iyce sicilleri göstermektedir³⁶⁹.

"Aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet, onların keyiflerine uyma ve onların Allah'ın indirdiği şeylerin bir kısmından seni şaşırtmalarından sakın..." Maide, 5/49.

"Her topluluğa mutlaka bir elçi gönderilmiştir. Ancak bu topluluğun elçisi geldikten sonra onlar hakkında bütünüyle adil bir yargıda bulunulur ve onlara asla haksızlık yapılmaz" Yunus, 10/47.

"Biz, kendilerine bir elçi göndermeden (yaptığı haksızlıklardan ötürü hiçbir topluma) azap etmeyiz" İsra, 17/15. Ayet kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ifade etmektedir.

"Allah'ın indirdikleri ile hükmetmeyenler kâfirlerin ta kendileridir" Maide, 5/44. Bu hüküm, İslam Hukuku'na tespit edilmiş cezadan başka bir ceza verilmesini yasaklamıştır (Maydani/Dağcı, s. 61; Üdeh, I, s. 146).

³⁶⁷ Karaman, I, s. 208; Hatta bu hukukçular, İslam'ın kanunîlik ilkesini Roma'dan aldığı iddialarının asılsız olduğunu ve Fransız İhtilâli sonrasında Batıda başlayan kanunlaştırma hareketlerinin başlangıcında, kanun koyucunun Endülüs'ün Müslüman hukukçularından büyük ölçüde yararlandığını söylemektedirler (Esen, ss. 46, 47).

³⁶⁸ Karaman, Adalet, s. 344; Güleç, ss. 33, 34.

³⁶⁹ Aydın, s. 158; Avcı, Genel, s. 17; Akman, ss. 24, 25; Cin/Akyılmaz, s. 220.

Had ve kısas suçları, Kitap ve Sünnet tarafından açıkça yasaklanmış ve cezaları belirlenmiş suçlar olduğuna göre, bu suçlarda tam bir kanunilik ilkesi hâkimdir denilebilir. Had suçları (dar anlamda had suçları), cezası Şârfî (Allah ve Peygamber) tarafından kesin olarak belirlenen ve Allah haklarına (kamu haklarına) yönelik olan suçlardır. Had suçları; hırsızlık³⁷⁰, yol kesme (hırâbe)³⁷¹, zina³⁷², zina iftirası (kazf)³⁷³, şarap içme-sarhoşluk, irtidat ve isyan (bağy) suçlarından oluşmaktadır³⁷⁴.

Kısas suçlarında ise, ceza yine Şârfî tarafından belirlenir; ancak bu suçlarda kamu haklarına yönelik bir saldırı bulunmakla birlikte şahıs haklarına yönelik olma yönü ağır basmaktadır. Kısas suçları, adam öldürme³⁷⁵ ve müessir fillerden³⁷⁶ ibaret

İçki içtiğini ikrar eden İsmail b. Abdullah'a had cezası verildiğine dair; "...Üsküdar'da oturan İsmail b. Abdullah mahkemeye gelerek hamr içtim diye ikrar edince şer'an geçerli görülerek İsmail'e had olunacağı deftere kaydedildi. Zilhicce 925" Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 764(114b-1), s. 412.

³⁷⁰ "Erkek ve kadın hırsızların yaptıklarının karşılığı ve Allah tarafından bir ceza olarak ellerini kesin. Allah "Aziz'dir, Hâkim'dir" her şeye galip, hüküm ve hikmet sahibidir. Kim zulmettikten sonra tevne edip kendini düzeltirse şüphesiz Allah onun tevbesini kabul eder. Muhakkak ki Allah "Gafûr'dur, Rahim'dir" çok affeden ve çok merhamet edendir" Maide, 5/38).

³⁷¹ "Allah ve Resulü'ne karşı savaşan ve yeryüzünde fesat çıkarmaya çalışanların cezası ancak öldürülmeleri veya asılmaları yahut ayak ve ellerinin çaprazlama kesilmesi ya da yeryüzünde başka bir yere sürgün edilmeleridir. Bu, dünyada onlar için bir zillettir. Ahirette ise, onlar için büyük bir azap vardır" (Maide, 5/33).

³⁷² "Zina eden kadın ve erkeğin her birine yüzer değnek vurun. Eğer Allah'a ve Ahiret gününe inanıyorsanız Allah'ın dinini tatbik hususunda onlara acıyacağınız tutmasın. Müminlerden bir topluluk da onların cezalarına şahit olsun" (Nur, 24/2).

³⁷³ "İffelli kadınlara zina isnad edip de sonra bu iddialarını doğrulayacak dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun, onların şahitliklerini de ebediyyen kabul etmeyin. İşte onlar fasıkların ta kendileridir" (Nur, 24/4).

³⁷⁴ Aydın, ss. 158, 159; Avcı, Genel, s. 17; Akman, ss. 24, 25; Cin/Akgündüz, I, s. 312; Cin/Akyılmaz, s. 220; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 95; Karaman, I, ss. 179, 208; Üdeh, I, ss. 147-149; Üçok, ss. 132-144; Avcı, Özel, s. 198; Etim E. Okon, "Hudud Punishments in Islamic Criminal Law", *European Scientific Journal*, Cilt:10, Sayı:14, 2014, ss. 229-234.

³⁷⁵ Kasten adam öldürme: "Ey iman edenler, maktuller hakkında size kısas farz kılındı. Hüre hür, köleye köle, kadına kadın. Öldüren, ölenin velisi olan din kardeşi tarafından affedilirse, örfe uymak ve diyeti güzellikle ona ödemek gerekir. Bu Rabbinizden size bir kolaylık ve rahmettir. Artık bu hükümden sonra kim haddi aşarsa, onun için can yakıcı bir azap vardır" (Bakara, 2/178). "Biz Tevrat'ta, onlara şu hükümleri farz kılmiştık: Cana can..." (Maide, 5/45).

Taksirle adam öldürme: "Hata dışında bir mümin diğer mümini öldüremez. Kim bir mümini hata ile öldürürse, bir mümin köle azad etmesi, bir de ölünün ailesine diyet vermesi gerekir. Ancak, ölünün ailesinin bağışlaması müstesnadır. Eğer ölen, size düşman olan bir kavimden olur da mümin olursa öldürenin sadece bir köle azad etmesi gerekir. Eğer ölen sizinle aralarında anlaşma olan bir kavimden ise, öldürenin, ölenin ailesine diyet vermesi ve bir mümin köle azad etmesi gerekir. Bunu bulamayan kimsenin Allah tarafından tevbesinin kabulü için arka arkaya iki ay oruç tutması gerekir. Allah "Alim'dir, Hâkim'dir" her şeyi çok iyi bilendir, hüküm ve hikmet sahibidir" (Nisa, 4/92).

Hanefi hukukçular adam öldürme suçunu beş kısma ayırmışlardır: Kasten adam öldürme, kasta benzer adam öldürme, hataen adam öldürme, hata benzeri adam öldürme ve tesebbüben (birinin ölümüne sebep olarak) adam öldürme (Ömer Hilmi Efendi, *Miyâr-ı Adalet*, Muharrem Efendi Matbaası, İstanbul, 1301, m. 14, s. 5).

olan şahıs haklarına yönelik suçlardır. Had ve kısas suçları cezaları tek ve sabit olan suçlardır; bu cezalarda hâkimin takdir hakkını kullanabileceği bir alt ve üst sınır bulunmamaktadır. Hâkim, bu cezalardan bir şey azaltamaz ya da onlara bir ekleme yapamaz³⁷⁷. Had ve kısas suçlarının neler olduğu ve bunlara verilecek cezalar sınırlayıcı biçimde belli olduğundan, bunlarda kanunîlik ilkesi sıkı bir şekilde geçerlidir. Kadılar, “Allah’ın indirdiği ile hükmetmeyenler kâfirlerin ta kendileridir (Maide, 44)” şeklindeki açık âyete aykırı hareket edemeyeceklerinden, hadd ve kısas cezalarını değiştirmelerine, takdir hakkı kullanmalarına izin verilmemiştir³⁷⁸.

3. Tazir Suçlarında Kanunîlik İlkesi

a. Tazir Suçunun Tanımı

Tazir suçları, cezası Allah ve Peygamber tarafından belirlenmemiş, had ve kısas cezaları dışında kalan, düzenlenmesi devlet başkanına veya hâkime bırakılmış olan suçlardır. Bu tür suçlara karşılık uygulanacak yaptırıma da tazir cezası denir. Bu suçlar içerisinde hem Allah hakkına yönelik olanlar hem de şahıs haklarına yönelik olanlar bulunmaktadır³⁷⁹. ‘Tazir’in kelime anlamı, “yasaklamak, cezalandırmak, zorlamak, reddetmek, alıkoymak, ıslah etmek, çevirmek ve terbiye etmek” olarak ifade edilmektedir³⁸⁰. Kalpazanlık, sahte berat ve ferman düzenleme, kız kaçırma, ırza geçme, kadın satma, yankesicilik, kundakçılık, görevi kötüye kullanma gibi suçlar tazir suçlarına örnek olarak verilebilir. Örneğin Kur’an-ı Kerim’de, “Bir şeyi ölçerken tam ölçün, tartarken de doğru teraziyle tartın...”³⁸¹ âyeti açıkça belirli bir cezayı öngörmediği için, ölçme ve tartmadaki hile suçu ve cezası tazir suçu kapsamına girmektedir³⁸². Osmanlı Devleti’nde özellikle esnafın narhın üzerinde mal

³⁷⁶ “Biz Tevrat’ta onlara şu hükümleri farz kılmiştık: Cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş ile kısas vardır. Fakat kim haktan vazgeçerse, bu onun günahlarının affına bir sebeptir” (Maide, 5/45).

³⁷⁷ Üdeh, I, ss. 147-150, 169; Aydın, ss. 158, 159; Avcı, Genel, s. 36; Akman, ss. 24, 25; Cin/Akyılmaz, s. 201; Karaman, I, ss. 189, 208; Avcı, Özel, ss. 10, 12, 144, 198.

³⁷⁸ Maydani/Dağcı, s. 64; Üdeh, I, ss. 146-149.

³⁷⁹ Üdeh, I, ss. 153-155; Avcı, Genel, ss. 22-25; Cin/Akgündüz, I, ss. 200, 325; Cin/Akyılmaz, s. 201; Karaman, I, s. 197; Ellek, s. 122; Okon, s. 228; Lippman, s. 38; Cammack, s. 6.

³⁸⁰ Üdeh, I, ss. 153, 154; Akbulut, s. 168; Cin/Akgündüz, I, s. 325; Ekinci, s. 365.

³⁸¹ İsra, 17/35.

³⁸² Maydani/Dağcı, s. 68; İbn Teymiye, ss. 139, 140; Aydın, Ceza, ss. 479, 480; Avcı, Türk, ss. 282-290.

satması (ekmek, et gibi ihtiyaç maddelerine hükümetçe konulan fiyat), yiyecek içeceği tağşiş etmesi (ağırlığı ve kaliteyi düşürme) veya ihtikâra sapması (vurgunculuk, bir malı değerinden çoğa satma) gibi fiiller mutlaka tazirle cezalandırılırdı³⁸³.

Tazir, kadının suçluya uyguladığı emniyet tedbiri niteliğindeki (nasihat, azarlama... gibi) çeşitli cezaları da kapsamaktadır. Kadının tazir kapsamında, şer'i cezayı aşmamak şartıyla uygun gördüğü herhangi bir cezayı uygulayabilme yetkisi de vardır. Bu cezanın sertlik derecesinin yaşa, cinsiyete, suçlunun sosyal durumuna ve suçun önemine göre değişebildiği bilinmektedir. Özellikle had veya kısas suçu oldukları halde herhangi bir sebeple bunlar için öngörülen cezanın yerine tazir cezası uygulanıyorsa, verilecek ceza, had ve kısas cezasından hafif olmak zorundadır³⁸⁴.

Tazir cezaları iki gruba ayrılmaktadır. Birinci gruba, İslam Hukuku tarafından kesin olarak yasak kabul edilen fiiller girmektedir. Bu fiiller dinen yasak olduğundan her zaman tazir suçunu oluştururlar. Bunlar da kendi içinde ikiye ayrılmakta ve ilk grubu, hakkında had veya kısas cezası bulunduğu halde, suçun unsurlarında eksiklik olması sebebiyle tazir cezasıyla cezalandırılan fiiller oluşturmaktadır³⁸⁵. Bazı hallerde had ve kısas cezasıyla birlikte tazir cezası verilebilmektedir. Diğer gruba, hakkında had ve kısas cezası takdir edilmeyen ama yasak olan fiiller girmektedir. İslam dini açık bir şekilde Kur'an veya Sünnet'te bu suçları yasaklamıştır. Yalancı şahitlik, kız kaçırma, kadın satma, kumar oynamak³⁸⁶, faiz yemek, rüşvet³⁸⁷ gibi dinen de yasak olan fiiller bu grupta yer almaktadır. Bu suçların çoğunun cezası belirlenmemiş olsa da suç ve suçun unsurları nass ile tanımlanmıştır. İkinci grup ise, aslında yasak olmadığı halde kamu yararı ve düzeni açısından yasak kabul edilen

³⁸³ Akbulut, s. 179; Avcı, Türk, ss. 289, 290.

³⁸⁴ Maydani/Dağcı, s. 68; İbn Teymiye, ss. 140, 144; Cin/Akyılmaz, s. 240; Karaman, I, s. 200; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 99; Ekinci, s. 366; Üdeh, I, ss. 153, 154, 170.

³⁸⁵ Osmanlı kanunnamelerindeki şu hükümler bu duruma örnek verilebilir: "Eğer at uğurlasa (çalsa), elin keseler; kesmezlerse ikiyüz akçe cürm alına" (Fatih'in Umumi Kanunnamesi m. 16, Akgündüz, Kanunnameler, I, s. 349).

"Eğer bir kişi hamr içse, kadı tazir ede, iki ağaca bir akçe cürm alına" (Kanunî'nin Umumi Kanunnamesi II, m. 19, Akgündüz, Kanunnameler, IV, s. 368).

³⁸⁶ "İçki, kumar, tapmaya mahsus dikili taşlar, fal okları ancak şeytanın amelinden birer murdardır. Onun için bunlardan kaçınınız" (Maide, 5/90).

³⁸⁷ "Aranızda birbirinizin mallarını haksız sebeplerle yemeyin ve kendiniz bilip dururken, insanların mallarından bir kısmını günahı gerektiren sebeplerle yemeniz için onları, hükümlara (kamu görevlilerine) aktarmayınız" (Bakara, 2/188).

fiilleri kapsamaktadır. Örnek olarak, devletin koyduğu kanunlara aykırı hareket etmek, trafik kurallarına uymamak gibi fiiller verilebilir³⁸⁸.

b. Tazir Suçlarında Kanunîlik İlkesinin Geçerliliği

Had ve kıyas suçları sınırlı sayıdayken, tazir suçları belirli bir sayıyla sınırlı değildir³⁸⁹. Tazir suçlarında da kanunîlik ilkesi geçerlidir; ancak diğer suçlardaki kadar sıkı değildir. Çünkü bu suçların ve cezalarının tespiti devlet başkanına ve hâkime bırakılmıştır; bunlar suç ve suçluya göre uygun bir ceza vermektedirler. Fakat tazir suçları ve cezalarında da bir keyfilik söz konusu değildir. Tazir suçlarının tanımı ilk bakışta bu suçlarda kanunîlik ilkesinin bulunmadığını düşündürse de; gerek suç sayılan fiillerin, gerekse bu fiillere verilecek cezaların tespitinde devlet başkanının veya hâkimin sınırsız yetkisi yoktur. Tazir suçlarında hem devlet başkanının suç sayacağı fiillere belli bir sınır getirilmiş hem de tazir cezaları için belirli üst sınırlar kabul edilmiştir. Tazir cezalarında kanunda gösterilen seçenekli yaptırımlar arasından birini seçmek ve miktarını belirlemek hâkimin takdirindedir. Hâkim, yeni suç belirleme ya da yeni cezalar takdir ve tespit etme yetkisine sahip bulunmamaktadır. Hâkimin ceza takdir edebilmesi için, durumun ya da fiilin kamu yararı veya kamu düzenine, kamu güvenliğine zararlı olması gerekmektedir. Bu sebeple had ve kıyas suçlarındaki gibi sıkı bir kanunîlik ilkesi geçerli olmasa da suçta ve cezada keyfilik de söz konusu değildir³⁹⁰.

Yukarıdaki açıklamalardan tazir suçlarında da kanunîlik ilkesinin geçerli olduğu sonucuna varmak mümkün görülmektedir. Hâkimin kendi takdiri ile zararlı fiilleri suç olarak kabul etme ve bunların karşılığında istediği yaptırımı uygulama yetkisinin bulunmayışı da bu yargıyı haklı çıkarmaktadır. O sadece kanunda kendisi için belirlenen sınırlar içinde takdir hakkını kullanabilir. Serahsi'nin "tazir suçları ve cezaları da sınırları belli suçlardır. Bu sınırları belirleme yetkisi Müslümanları idare eden kamusal otoriteye devredilmiştir" sözü ile Mâverdi'nin "hâkim bir fiili

³⁸⁸ Üdeh, I, ss. 174, 176; Cin/Akgündüz, I, ss. 326, 327; Cin/Akyılmaz, ss. 239, 240; Ekinci, s. 365; Lippman, s. 45; Mumcu, Rüşvet, s. 183.

³⁸⁹ İnsanoğlunun suç işleme yeteneği ile ortaya çıkardığı suç çeşidi kadar tazir suçundan bahsedilebilir. Ömer b. Abdülaziz'in "İnsanların ihdas edebilecekleri her bir kötülük tazir suçu olarak kabul edilebilir" ve "İnsanlar arasında suç oranı arttıkça, hükümler (cezalar) o nispette ağırlaşır" şeklindeki sözleri tazir suçlarının çeşitliliğini anlatmaktadır (Avcı, Genel, s. 8; Aydın, s. 162).

³⁹⁰ Üdeh, I, ss. 153, 154, 177; Aydın, ss. 162, 163; Avcı, Genel, s. 36; Esen, s. 46; Karaman, I, s. 200.

yasaklayıp onun için yaptırım öngördüğünü ilân etmeden ceza veremez” sözü tazir suçlarında da kanunîlik ilkesinin geçerli olduğunu belirtmektedir³⁹¹.

Tazir suçlarında belli ölçülere uymak üzere, uygun bir cezanın yasama organı tarafından öngörülmesi ve hâkimin takdirine bırakılması, bir taraftan cezaların ferdileştirilmesi, diğer taraftan hukukun hayata ve olaylara uygulanmasını kolaylaştıran ve boşluklardan yararlanarak topluma ve kişilere zarar veren fiilleri işleyip cezadan kurtulmaya çalışanlara açık kapı bırakmamış olması açısından önemlidir. Kamu düzeni ve yararını korumak için her zamana, her türlü durum ve şarta uyan esnek hükümlerin de bulunması gerekmektedir³⁹². Tazir suçlarıyla ilgili kanunlar düzenlenirken adalet daima gözetilmelidir; bunun için kanunlarda ki cezalar ne çok sert ne çok yumuşak olacak şekilde bir denge taşınmalıdır³⁹³.

c. Osmanlı Sisteminde Siyaset Cezaları ve Kanunîlik İlkesi

İslam devleti hükümdarlarına, devlete zararlı oldukları kanısına vardıkları kimseleri öldürebilmeleri yolunda bir hak tanınmıştır; buna siyaseten katl denmektedir³⁹⁴. Bu ceza, taziren katl niteliğinde olduğundan kanunîlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü İslam Hukuku’na göre, tazirin en üst sınırı o konudaki had cezasını aşamazdı; bir suça karşılık had cezası olarak idam öngörülümüşse, o suçu işleyene taziren idam cezası verilemezdi. Osmanlı Devleti’nde de şeyhülislâmlar, genel güvenliği, devlet düzenini ihlâl edecek her türlü başkaldırmayı, padişahların emrine itaatsizliği ve memlekette anarşi çıkarma hareketlerini siyasî suç kabul ederek idam cezasıyla cezalandırılmasına yönelik fetvâ vermişlerdir. Padişahların nizam-ı âlem (kamu düzeni) için kardeşlerini öldürmeleri konusunda Fatih Sultan Mehmet, bağı suçunun unsurları tam oluşmadığında da, bu tür fiillere teşebbüs edenlere tazir cezası olarak siyaseten katl adı altında idam cezası verilmesini kastetmiştir. Ancak uygulamada bağı suçunun hiçbir unsuru oluşmadan bu cezanın verildiği sıkça görülmektedir. Fatih’in “*Her kime ki, evladından saltanat müyesser ola, nizam-ı âlem için kardeşlerin katl etmeği ekseri ülema tecviz*

³⁹¹ Üdeh, I, ss. 153, 154; Avcı, Genel, ss. 27, 36; Cin/Akyılmaz, s. 204.

³⁹² Üdeh, I, ss. 153, 154, 178; Avcı, Genel, s. 26; Cin/Akyılmaz, s. 216.

³⁹³ Çağrı, s. 343.

³⁹⁴ Akbulut, s. 179; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 100.

etmişlerdir” şeklindeki kanun hükmüne göre padişah olan kişi, devletin düzeni için tehlike arz eden kardeşlerini öldürtebilecektir. Ancak Osmanlı Devleti’nde bu hüküm kötüye kullanıldığından bazı padişahlar masum kardeşlerinin katline sebep olmuşlardır³⁹⁵.

Osmanlı örfi hukukunda kabul edilen siyaset cezalarının, İslam Hukuku’nun getirmiş olduğu cezalardan çok daha ağır oldukları söylenebilir. Örneğin, Şeyhülislam Abdürrahim Efendi, hırsızlık yapmak için beytülmal demirlerini keserken yakalanan hırsızla ilgili olarak verdiği bir fetvada, “ibreti âlem için” hırsızın padişahın emriyle siyaseten katille cezalandırılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Oysa beytülmalden herhangi bir şey çalan suçluya el kesme cezası verilememesi bir yana, teşebbüs halinde kalan bir suça tamamlanmış suç gibi ceza verilmesi de mümkün değildir. Böyle bir durumunda hırsıza verilecek tazir cezası ölüm cezası olmamalıdır³⁹⁶.

Kur’an ve hadiste cezası belirlenmemiş olan bütün suçlar için, ceza kurallarını düzenleme yetkisi devlet başkanına ait olduğundan, Osmanlı Devleti’nde bu yetkiye dayanarak cezaî hükümler sevk eden Fatih³⁹⁷, Bayezid³⁹⁸, Yavuz³⁹⁹, Kanunî⁴⁰⁰ ve benzeri kanunnameler yapılmıştır⁴⁰¹.

³⁹⁵ Akgündüz, Kanunnameler, I, Fatih’in Teşkilât Kanunnamesi, s. 14 vd; Halil İnalcık, “Osmanlı Hukukuna Giriş Örfi-Sultani Hukuk ve Fatih’in Kanunları”, *Adalet Kitabı*, (Ed. Bülent Arı ve Selim Aslantaş), Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2015, (Örfi), ss. 102, 103; Cin/Akgündüz, I, s. 318; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 99-102.

³⁹⁶ Aydın, Ceza, s. 480.

³⁹⁷ Fatih, *Kanun-ı Osmani* diye anılan iki büyük resmî kanun yapmıştır. Bunlardan ilki, Fatih’in Teşkilât Kanunu’dur. Bu kanunun ceza hukukuyla ilgili, kardeş katli konulu tek bir maddesi bulunmaktadır. İkincisi, Fatih’in askerî, mülkî ve cezaî hükümler içeren ve sonraki tüm Osmanlı kanunlarının esasını oluşturan kanunudur (tahmini H. 893’e ait). *Kanunnâme-i Âli Osman* adıyla anılan bu ikinci kanunun ilk bölümünü ceza kanunnamesi oluşturmaktadır. Sadece tazir cezalarının düzenlendiği bu kanunun ilk bölümü, üç fasıl halinde ceza hukukuna aittir. İlk fasıl, zina ve benzeri suçlardan oluşmaktadır. İkinci fasıl, kavga ve katli; üçüncü fasıl, içki içme, hırsızlık, iftira, yangın çıkarma gibi suçlardan oluşmaktadır. Ayrıca bu kanun, ceza usûlü hakkında kurallar da içermektedir. Fatih’in Kanunnamesi’ndeki hükümler, 16’ıncı yüzyılda da küçük farklılıklarla geçerli kaldığından, sözü geçen kanun, kendinden sonra çıkarılan kanunlarla benzerlik taşımıştır (Akgündüz, Kanunnameler, I, ss. 317-349; Cin/Akgündüz, ss. 331, 332; İnalcık, *Devlet-i Aliyye*, ss. 119, 230-236; İnalcık, *Örfi*, ss. 109-111; Heyd, *Kanun*, s. 636; Aydın, *Ceza*, s. 481; Ellek, ss. 127, 128).

³⁹⁸ Osmanlı Devleti’ndeki önemli ceza kanunlarından biri de II. Bayezid Kanunnamesi’dir (H. 907). II. Bayezid’e ait Umumî Kanunname’nin birinci babının dört faslında ceza hukukuna ait hükümler düzenlenmektedir. İlk üç fasıl, Fatih’in Kanunnamesine benzer şekildedir; dördüncü fasıl ise, hakkında had ve kısas cezası bulunmayan rüşvet ve yankesicilik gibi doğrudan tazir suçu olan suçların cezalarını düzenlemiştir (Akgündüz, Kanunnameler, II, ss. 39-44; Cin/Akgündüz, s. 332; Aydın, *Ceza*, s. 481; Ellek, s. 129).

³⁹⁹ Yavuz Sultan Selim’in hazırlattığı, daha kapsamlı ve geniş olan, Umumî Osmanlı Kanunnamesi’nde de (H.971/M.1563) suçlar, diğer kanunlara benzer şekilde sınıflandırılmıştır. Tek

“Siyasetnâme” adıyla anılan Osmanlı ceza kanunnameleri, Osmanlı Devleti’nde örfi hukuk düzenlemelerinin önemli bir kısmını oluşturmuştur. Padişahlar, kamu düzeni ve kamu yararının korunması ya da caydırıcı olması için tazir suç ve cezalarını belirlemişlerdir. Padişahların bu yetkisi, kanunnamelerde “siyaseten” veya “taziren” ifadeleriyle vurgulanmıştır. Tazir cezalarının kanunîlik ilkesine uygunluğu, aynı zamanda devlet başkanı için bir görev olarak kabul edilmiştir. Hiçbir Müslüman Türk devleti, had ve kısas cezaları konusunda kanunlaştırma yoluna gitmemiştir. Tanzimat Dönemi’ne kadar hazırlanan bütün ceza kanunları, kanunlardaki akçe ve birim farkları dışında ortak özelliklere sahiptir. Tazir suç ve cezalarına, Fatih Sultan Mehmet’ten itibaren hazırlanan genel kanunnamelerde ayrı bir bölümde yer verilmiştir⁴⁰². Osmanlı’da bütün bu genel nitelikli ceza kanunları tektir; tüm ülkede tüm halka uygulanmıştır⁴⁰³.

Osmanlı Devleti, tazir suçlarının ve cezalarının bu alanda çıkarılan kanunlarla topluca düzenlenmesi ve cezalandırılacak haksız fiillerle cezalarının bu kanunlarda açıkça belirlenmesi yoluna gitmiştir. Osmanlı Devleti çıkardığı kanunnamelerle, tazir suç ve cezalarını ayrıntılı olarak düzenlemiş ve böylece kanunîlik ilkesini bu suçlarda

fark, Yavuz Sultan Selim’in kişiliğine uygun olarak, cezaların daha sert olmasıdır (Akgündüz, Kanunnameler, III, ss. 88-94; Cin/Akgündüz, s. 332; Aydın, Ceza, s. 481; Ellek, s. 129).

⁴⁰⁰ Kanunî Sultan Süleyman, iki genel kanunname (tahmini 1520 ve 1566 yıllarında) hazırlatmıştır. İkincisi birincisinin gelişmiş ve sistemleştirilmiş hâlidir. Bu kanunlar, temelde baba ve dede kanunlarından farklı değildir. Ancak Kanunnameler, Fatih ve II. Bayezid’inkilerden daha geniş kapsamlıdır. İkinci Kanunname’nin birinci babının dört faslında ceza hukukuna ait hükümler yer almıştır. Kanunî’nin ikinci kanunnamesindeki ceza hukuku hükümleri, II. Bayezid Kanunnamesi’ndeki düzenlemeye oldukça benzemektedir (Akgündüz, Kanunnameler, IV, ss. 365-370; Ahmed Lütfi, ss. 45-53). Kanunnamede livata, kalpazanlık, aşırı kâr, Cuma namazı kılmamak, ahlâka aykırı davranışlar gibi daha önce düzenlenmemiş suçlara da yer verilmiştir. Kanunî’ye ait olan bu genel kanunname, kısa, öz, açık olması ve kanunnamede uygulanması mümkün olmayan hükümlerin bulunmaması sebebiyle, yapılan bazı değişiklikler olsa da, 1846 yılına kadar, yani 326 sene yürürlükte kalmıştır (Cin/Akgündüz, s. 333; Heyd, Kanun, s. 637; Karaman, I, ss. 219, 221; Akgündüz, Mukayeseli, s. 805; Aydın, Ceza, s. 481; Heyd, s. 56 vd; Ellek, s. 129).

⁴⁰¹ IV. Mehmed de, Kanunî’ye ait Kanunname’yi yürürlükte kabul ederken, ona ayrı bir kanunla da ilave bulunmuştur. 1680 yılında yürürlüğe giren bu Kanunname’nin temel özelliklerinde bir farklılık yoktur; sadece esnafa ait cezaların düzenlendiği özel bir faslı bulunmaktadır (Ahmed Lütfi, ss. 71-78; Cin/Akgündüz, s. 334; Akgündüz, Mukayeseli, s. 805).

⁴⁰² Cin/Akgündüz, I, ss. 200, 201, 331; Cin/Akyılmaz, s. 239; Ekinci, s. 181; Üdeh, I, s. 154; İnalçık, Devlet-i Aliyye, ss. 119, 236; İnalçık, Örfi, s. 111; Farhad J. Ziadeh, “Criminal Law”, *Oxford Islamic Studies Online*, <http://www.oxfordislamicstudies.com/print/opr/t236/e0170>, (E.T. 10.06.2017).

⁴⁰³ 1524 yılında Kanunî, Mısır’daki kargaşayı yatıştırmak üzere İbrahim Paşa’yı oraya gönderdiğinde düzenlenen Mısır Kanunnamesi’nde suçlarla ilgili şu ifade yer almaktadır: “*Anadolu ve Rumeli’de uygulanan kanunnamenin bir sureti Mısır divanına, birer sureti tüm kadılarına gönderilip sicile işlendikten sonra, bu kanuna aykırı davranılmaya*”. Görülüyor ki, aynı ceza kanunu hem Anadolu ve Rumeli’de hem Mısır’daki mahkemelerde uygulanmaktadır (İnalçık, Örfi, s. 110).

da işletmiştir⁴⁰⁴. Kanunnamelerde düzenlenen tazir cezalarına örnek olarak; ölüm⁴⁰⁵, hapis, çeşitli para cezaları, küreğe mahkûm edilme, yüzü karalama, dağlama, sakalı kesme, belli organları kesme, kalebentlik ve sürgün cezaları verilebilir. Bu cezalar içinde para cezaları önemli bir yer tutmaktadır; bunun sebebi Osmanlı'da en fazla uygulanan tazir cezasının para cezası olmasıdır. Ağır suçlar dışındakilerin hemen hepsi için para cezalarının standart ceza olması malî sebeplerden kaynaklanmıştır. Para cezasının miktarı kanunnamelerle bazen açıkça belirtilirken, bazen de kadının takdir edeceği dayak cezasına endekslenmekteydi. Fıkıh kitaplarında *garame* ve Osmanlı Hukuku'nda *cürmü cinayet* veya *kınlık* cezası denilen para cezası, özellikle Fatih'in Ceza Kanunu ile Türk Hukuku'nda ilk defa ciddi olarak uygulanmıştır. Kanunnamelerde had ve kısas cezaları uygulanamadığında, *cürm* ya da *cerime* denilen para cezasının kanunda belirtilen miktarlarda uygulanacağı düzenlenmiştir⁴⁰⁶. Kanunnamelerde ayrıca had ve kısas cezalarıyla birlikte para cezalarının alınmayacağı da düzenlenmektedir⁴⁰⁷. Uygulanacak para cezası insanların gelir durumuna göre sınıflara ayrılarak belirlenmiştir⁴⁰⁸. Sadece tazir suç ve cezalarıyla

⁴⁰⁴ “Eğer avret pezevenklik eylese, kadı tazir ura, Ağaç başına bir akçe cürm alına” (Fatih'in Umumi Kanunnamesi m. 5, Akgündüz, Kanunnameler, I, s. 40). “Ve eğer Müslüman şarap alub satsa, kadı tazir edüb, iki ağaca bir akçe alına”; “Dükkân açanı ve eve gireni salb edeler (assınlar)” (III. Murat'ın Umumi Kanunnamesi m. 51, 58, Akgündüz, Kanunnameler, 8/I, s. 114).

⁴⁰⁵ Kanunî Umumi Kanunnamesi, II, m. 28: “Dükkân açanı ve birkaç kere hırsızlığı zahir olmuş kimseyi asalar ve pezevenklik edenin alnında dağ edeler” (Akgündüz, Kanunnameler, IV, s. 369).

⁴⁰⁶ Fatih'in Umumi Kanunnamesi'nin 9'uncu maddesinde zina suçunun unsurları bulunmadığı zaman uygulanacak tazir cezası gösterilmiştir: “Eğer biregünün avretin öpse yahud dilese yapıssa, kadı tazir ura. Ağaç başına bir akçe cürm alına” (Akgündüz, Kanunnameler, I, s. 348).

“Eğer kaz ya ördek uğurlasa (çalsa) kadı tazir ura, iki ağaca bir akçe cürm alına. Eğer koyun veya kovan uğurlasa (çalsa) cürm on beş akçe alına” (Fatih'in Umumi Kanunnamesi, m. 16, Akgündüz, Kanunnameler, I, s. 349).

“Ve eğer adam öldürse, yerine kısas etmeseler, kan cürmü bin akçeye dahi ziyadeye güci yetse iki yüz akçe; altı yüze güci yetse yüz akçe; gayet fakir olsa elli akçe alına” (II. Bayezid Umumi Kanunnamesi m. 14, Akgündüz, Kanunnameler, II, s. 41).

⁴⁰⁷ Aydın, s. 208; Aydın, Ceza, ss. 479, 480; Cin/Akgündüz, I, ss. 326-329; Cin/Akyılmaz, s. 242; Heyd, Kanun, s. 645. Yavuz Sultan Selim Umumi Kanunnamesi, m. 12; “Eğer bir kimesne adam öldürse yerine kısas ederlerse cürm almayalar” (Akgündüz, Kanunnameler, III, s. 90). Kanunî Umumi Kanunnamesi, I, m. 1; “Eğer bir kimesne zina eder görülse, şer'an üzerine sabit olsa, lakin şer' recm kılmalu olmasa, ...akçe alına” (Akgündüz, Kanunnameler, IV, s. 296). I. Ahmed Umumi Kanunnamesi, m. 20: “Eğer bir kimesne adam öldürse, yerine kısas edeler cürm almayalar” (Akgündüz, Kanunnameler, 9/I, s. 497).

⁴⁰⁸ Fatih'in Umumi Kanunnamesi'nde tazir cezalarında insanlar dört gruba ayrılmaktadır ve buna göre para cezasının miktarı değişmektedir: 1. Bay veya gani (zengin), 2. Evsatü'l-hal (orta halli), 3. Fakirü'l-hal (yoksul), 4. Gayet fakir (çok fakir) (Akgündüz, Kanunnameler, I, s. 347).

“Eğer bir kişi zina kılsa, şariat huzurunda sabit olsa ol zina kılan evlü olsa ve dahi bay olursa ki, bin akçeye dahi ziyadeye gücü yeterse cürm üç yüz akçe alına. Evsatü'l-hal olursa kim altı yüz akçeye malik ola cürm iki yüz akçe alına. Ondani aşağı gücü yeterse cürm yüz akçe alına. Ondani dahi aşağı hallü olursa elli akçe, ondani dahi aşağı ki gayette fakirü'l-hal olursa kırk akçe cürm alına” (Fatih'in Umumi Kanunnamesi m. 1, Akgündüz, Kanunnameler, I, s. 347).

ilgili küçük bir alan hâkimin takdirine bırakılmıştır⁴⁰⁹. Osmanlı kanunnamelerinde cezaların “Kanun-ı Osmani”ye göre verilmesi üzerinde titizlikle durulmuştur⁴¹⁰.

Bazı Osmanlı kanunnamelerinde kadılara, şer’i hukuka göre daha hafif cezalara çarptırılacak suçluları gerektiğinde idam cezasına çarptırma yetkisi verilmektedir. Kanunlarda şer’i hukuka göre cezası idam olmayan suçluların, bu tür fiilleri işlemeyi adet haline getirdikleri ispatlandığında bunların idam edilebileceği belirtilmektedir. Bu durumda cezalar siyaseten, nizam-ı memleket için, halkı korumak ve ibret-i âlem olsun diye verilmektedir⁴¹¹.

Osmanlı Devleti’nde padişahların çıkardığı kanunnameler bugünkü anlamda kanunlardan farklıdır. Ancak kanunname deyiimi Türk Hukuku’na belli, kesin ve açık hukuk kurallarını, yani kanun kavramını sokmakta yararlı olmuştur⁴¹².

Osmanlı Devleti’nde kanunîlik ilkesi en çok bir tazir cezası türü olan para cezalarında ihlâl edilmiştir. Kanunda olmadığı halde II. Mehmet’in subaşılarına gelir sağlamak amacıyla, hile yapan dokumacılaran beşer akçe cerime aldığı bilinmektedir⁴¹³. Malî sebeplerle bazen para cezaları vergi gibi düşünülmüş, özellikle bazı bölgelerde oturan halktan işledikleri suçlara bedel olarak altı akçelik sabit bir vergi alınmıştır⁴¹⁴. Naipier de köylerde para cezasına hükmettiklerinde, kendileri için belli ölçüde bir resim almışlardır⁴¹⁵.

Osmanlı Devleti’nde zaman zaman ehl-i örf denilen devlet görevlilerinin kanunîlik ilkesini ihlâl ederek, suçluları hâkim kararı olmadan cezalandırmalarına veya belirli para karşılığında salıvermelerine de rastlanılmıştır⁴¹⁶. Bu sebeple

“Eğer adam öldürse, yerine kısas etmeseler kan cürmi bin akçe ya dahi ziyade güci yetse dört yüz akçe, altı yüz güci yetse iki yüz akçe, ondan aşağı halli olursa yüz akçe, gayet fakir olsa elli akçe alın” (Fatih’in Umumi Kanunnamesi m. 13, Akgündüz, Kanunnameler, I, s. 349).

I. Ahmed Umumi Kanunnamesi, m. 2: “Zina eden ergen ise gani olsa yüz, vasat olsa elli, fakir olsa otuz akçe alın” (Akgündüz, Kanunnameler, 9/1, s. 494).

⁴⁰⁹ Kanunnamelerde bağ ve bahçelere giren hayvan sahiplerinin, zorla kaçırılan kızın nikâhını kıyanların, namaz kılmayan ve oruç tutmayan kimselerin kadı tarafından taziren cezalandırılacağı belirtilmektedir (Aydın, s. 208).

⁴¹⁰ Aydın, ss. 163, 164; Avcı, Genel, s. 37; Cin/Akgündüz, I, s. 300; Cin/Akyılmaz, ss. 238, 239; Ellek, s. 122.

⁴¹¹ Heyd, Kanun, ss. 646, 647.

⁴¹² Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 227.

⁴¹³ Heyd, s. 277; Aydın, Ceza, s. 480.

⁴¹⁴ Heyd, s. 279; Avcı, Genel, s. 325.

⁴¹⁵ Avcı, Genel, s. 325.

⁴¹⁶ Para voyvodaları iltizam ettikleri meblağı dirlik sahiplerine peşin veya taksitle ödediklerinden bu parayı fazlasıyla çıkartabilmek için reâyâyâ suç işledin diye haksız isnatlarda bulunmuşlar, kadı hükmü olmadan zorla cerime almışlar, işkence yapıp hapse attıkları kişilerin paralarını gasp etmişlerdir. Ağır suç faillerinin paralarını alarak onları korumuşlar, para karşılığı onların el veya ayak

çıkartılan kanunnamelerde ve adâletnâmelerde⁴¹⁷ kadı kararı olmadan kimsenin cezalandırılmaması veya salıverilmemesi üzerinde titizlikle durulmuştur. Yine bu sebeple hazırlanan kanunnamelerde tazir cezaları oldukça ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir⁴¹⁸.

Osmanlı Devleti'nde bir suç işlenmesi durumunda bunun hukuken sabit olması tamamen kadının yetkisinde kabul edilmiştir. Kadı tarafından suçlu bulunan kişiler ehl-i örf tarafından Kanun-ı Osmani'ye göre cezalandırılmıştır. Bursa şer'iyye sicillerindeki kayıtlar, 15 ve 16'ıncı yüzyıllarda kadıların kanun hükümlerini fiilen uyguladıklarını ispatlamaktadır. Hatta kadılar, verdikleri cezaların gerekçelerine kanunnamelerden bölümler eklemişlerdir. Ancak 17'inci yüzyıl itibarıyla ehl-i örf ve kadılar, kanunu ve onun cezaî hükümlerini dikkate almamaya başlamışlardır. Uygulamada bazı fiili ihlaller bulunmakla birlikte Osmanlı Devleti'nde tazir cezalarında da kanunîlik ilkesine esas itibarıyla uyulduğu ve buna önem verildiği görülmektedir. Suçlulara kanunnamelerde bulunmayan tazir cezaları pek verilmemiştir⁴¹⁹.

Yukarıda da belirtildiği gibi Osmanlı Devleti'nde, kadıya tazir suç ve cezalarını belirleme noktasında geniş bir takdir hakkı vermek yerine, bu alanı kanunnamelerle düzenleme yolu tercih edilmiştir. Ancak bu kanunnameler, ceza hukukunun bütününe düzenleme amacını taşımamakta, sadece tazir suç ve cezalarını düzenlemeyi hedeflemektedir. Had ve kısas suçları ise, Kitap ve Sünnet tarafından düzenlendiği için fıkıh kitaplarında ayrıntılı olarak yer almıştır. Bu sebeple Osmanlılar bunları ayrıca kanunnamelerde düzenleme gereği görmemişlerdir. Osmanlı Devleti'nde şer'i ceza hukuku kuralları fıkıh kitaplarında, örfî ceza hukuku kuralları ise kanunnamelerde yer almıştır. Yani kadılar kanunîlik ilkesini uygularken had ve kısas suçları bakımından fıkıh kitaplarına, tazir suçları bakımından kanunnamelere bakarak hüküm verirlerdi⁴²⁰.

kesme gibi siyaset cezalarını infaz etmemişlerdir. 1018/1609 tarihli bir adâletnâmede belirtildiğine göre, beylerbeyi ve sancakbeyleri devre çıktıklarında cerime bahanesiyle halkı soymuşlar, bir kaza sonucu (örneğin soğuktan donarak) ölen biri için cinayet süsü verip halktan kan cürmü ve öşr-i diyet diye 100 altın almışlardır (Avcı, Genel, ss. 325, 326).

⁴¹⁷ Özellikle bunalım zamanlarında, yeni padişahın işbaşına geçmesi gibi durumlarda halka adaletli davranılması, vergi affı gibi konuları düzenleyen örfî hukuk metinlerine adâletnâme denir. Bunlar, bütün ülkeye seslenen genel nitelikli kurallar da içerebilirlerdi (Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 227).

⁴¹⁸ Heyd, Kanun, s. 649; İnalcık, Devlet-i Aliyye, s. 324; Aydın, ss. 81, 82; Cin/Akgündüz, I, s. 330.

⁴¹⁹ Heyd, Kanun, s. 648; Aydın, s. 164; Cin/Akyılmaz, s. 204; Ekinci, s. 331.

⁴²⁰ Aydın, s. 204; Ekinci, ss. 331, 375.

4. Kanunîlik İlkesinin Sonuçları

a. Kıyas Yasağı

Kanunîlik ilkesinin birçok sonucu vardır; bunlardan ilki “kıyas yasağı”dır. Kanunîlik ilkesi, Osmanlı Ceza Hukuku’nda kıyasın uygulanmasını imkânsız kılmıştır. Kadıya kıyas yoluyla suç ve ceza düzenleme yetkisinin verilmesi, kanunlarda olmayan fiillerin suç sayılması ve kanunda olmayan cezalara hükmedilmesi sonucunu doğuracağından, kıyas konusu İslam hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Bir kısım hukukçuya göre, had ve kısas suçlarında kıyas uygulanamaz. Bunun sebebi, bu tür suçların illetinin bilinemeyeceğidir; illeti bilinemeyince bunlara dayanılarak kıyas yapılamaz. Ayrıca kıyasta hata ihtimali vardır; hata ihmalî bir şüpheyle de had cezaları düşmektedir. Aksi görüşte olan hukukçular ise, kıyas ile bazı suçların düzenlenebileceğini, Hz. Ali’nin şarap içme-sarhoşluk suçunu kazif suçuna kıyas ettiğini söylemektedirler. Ceza hukukunda kıyası kabul etmeyenler ise, bu cezanın kıyas yoluyla değil, icma yoluyla sabit olduğunu iddia etmişlerdir⁴²¹.

b. “Geçmişe Etkili Olmama” Kuralı

(1) İslam Hukuku’nda “Geçmişe Etkili Olmama” Kuralı

Kanunîlik ilkesinin diğer doğal sonucu, ceza kanunlarının geçmişe etkili olmamasıdır. “Geçmişe etkili olmama” kuralı, ceza kanunlarının yürürlük tarihinden itibaren işlenen suçlara uygulanması ve daha önce işlenen suçlara uygulanmaması anlamına gelmektedir. Suç ve günahları belirleyen bütün hükümler, İslâmiyet yayılmaya, tebliğ edilmeye başladıktan sonra getirilmiş, bu âyetler inmeden önce işlenen suçlara bu hükümler uygulanmamıştır. Had ve kısas suçları, bunlarla ilgili âyet ve hadislerin geldiği tarihten itibaren uygulanmıştır. Gerek adam öldürme gibi kısas suçlarında gerekse hırsızlık gibi had suçlarında ilgili âyet ve hadislerin gelmesinden önce gerçekleşen olaylara bir ceza uygulanmamıştır. Bu sebeple bu

⁴²¹ Aydın, s. 164; Cin/Akgündüz, I, s. 300; Üdeh, I, s. 210.

suçlar bakımından ceza hukukunun geçmişe etkili olması söz konusu değildir⁴²². Örneğin, zina suçunun cezası evde hapis şeklindeyken, sonraları dayak cezası olarak ağırlaştırılmış ve bu ceza önceden işlenen zina suçlarına uygulanmamıştır⁴²³.

Kişinin, işlendiği zaman suç sayılmayan fiillerinden dolayı cezaî yönden sorumlu tutulamayacağı kuralı, İslam'ın ilk ortaya çıkış döneminden beri bilinmektedir. Hz. Peygamber de, İslam'a yeni giren kişileri, İslam dinini kabul etmeden önceki suçlarından dolayı cezalandırmamıştır⁴²⁴. Geçmişe etkili olmama kuralına bazı âyetlerde de yer verilmiştir⁴²⁵.

Allah, ihramlı (hacca giden kişinin bazı fiilleri yapmakta yasaklı olması) kişinin av hayvanı öldürmesini yasaklayarak, bu suça karşılık bir ceza belirlemiş; nassın geçmişe uygulanmasının etkisinin bulunmadığını da belirtmek için daha önce yapılanların affedildiğini açıklayarak şu hükmü koymuştur: *“Siz ihramlı bulunurken av öldürmeyin. İçinizden kim onu, bilerek öldürürse o hayvanın benzeri bir ceza vardır ki, Kâbe'ye ulaşmış bir kurbanlık olmak üzere bunu içinizden adalet sahibi iki adam hüküm ve takdir edecektir. ...Allah, geçmişe bağışladı. Kim bir daha böyle yaparsa, Allah ondan intikamını alır...”*⁴²⁶.

Geçmişe etkili olmama kuralı, hadislerde de yer almıştır. Hz. Peygamber bir hadisinde *“Kim İslâm'ın emirlerine güzelce uyarsa, İslâm'dan önceki dönemde yaptıklarından dolayı cezalandırılmaz”* buyurmuştur⁴²⁷. Geçmişe etkili olmama

⁴²² Aydın, ss. 164, 165; Cin/Akgündüz, I, s. 301; Cin/Akyılmaz, s. 204; Üdeh, I, s. 290; Ekinci, s. 332.

⁴²³ Üdeh, I, s. 290; Avcı, Genel, s. 46; Avcı, Türk, s. 177; Silvia Tellenbach, “Fair Trial Guarantees in Criminal Proceedings Under Islamic”, **ZAOERV**, Cilt:64, 2004, http://www.zaoerv.de/64_2004/64_2004_4_a_929_942.pdf, (E.T. 16.06.2017), s. 931.

⁴²⁴ Maydani/Dağcı, ss. 61, 62; Üdeh, I, ss. 290-293; Ekinci, s. 332.

⁴²⁵ *“Kim Rabbinin öğüdünü dinler de hemen (faizden) vazgeçerse, önceki kazançlarını koruyabilir (yani bu sebeple sorumlu tutulmaz, kazancına el koyulmaz)”* Bakara, 2/275.

“Eğer tevbe ederseniz, ana-paranızı geri almaya hak kazanırsınız. Böylece ne haksızlık yapmış ne de haksızlığa uğramış olursunuz” Bakara, 2/279.

“Biz, hiçbir memleketi ona öğüt vermek üzere inzar ediciler olmadıkça helak etmedik” Şuara, 26/208.

“Biz bir Rasul gönderinceye kadar azab etmeyiz” İsra, 17/15.

“Babalarımızın daha önce evlenmiş olduğu kadınlarla evlenmeyin, ama geçmişte olanlar geçmişte kalmıştır. Bu, kesinlikle utanç verici bir fiildir, çirkin bir şeydir ve kötü bir yoldur” Nisa, 4/22. Âyette levirat geleneği yasaklanmış, ancak o ana kadar bu yolla yapılan evliliklerden dolayı kimse cezalandırılmamıştır⁴²⁵.

“O hakkı inkâra şartlanmış olanlara anlat ki, eğer direnmeyi bırakırlarsa, geçmişte olup bitenlerden ötürü kendileri bağışlanacaklar; ama eğer (geçmişteki hatalı tutumlarına) dönecek olurlarsa, o zaman, geçmişte kendileri gibi olanların başına gelenleri hatırlat onlara” Enfal, 8/38.

⁴²⁶ Maide, 5/95.

⁴²⁷ Buharî, Kitâbü'd-Diyat, Hadis No: 1574 (Ebu Muhammed b. İsmâil Buharî, **Sahih-i Buharî Tecrid-i Sarîh Muhtasarı**, Cilt:4, Çev. Konyalı Mehmed Vehbi, Sabah Neşriyatı, İstanbul, 1966, s. 259).

kuralıyla doğrudan ilgili diğer bir hadis ise şöyledir: Bir zamanlar Hz. Peygamber'i öldürmeye azmeden, bunun için sürekli fırsat kollayan ve daha sonra İslam dinini kabul eden Amr b. Âs, Hz. Peygamber'e; "*Affolunmamı, geçmişimden dolayı cezalandırılmamamı istiyorum*" deyince, Hz. Peygamber kendisine "*İslâm'ın, kendisinden önce olanları yıktığını bilmiyor musun?*" cevabını vermiştir⁴²⁸. Bu âyetler ve hadisler, İslam'ın suç ve ceza anlayışında kanunilik ilkesinin hâkim olduğunu, her fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan kanuna göre cezalandırılması gerektiğini, başka bir deyişle İslam Ceza Hukuku kurallarının geçmişe etkili olmadığını en güzel şekilde ifade etmektedir.

Ceza normunun geçmişe etkili olmaması kuralına istisna olarak kabul edilen bir olay bulunmaktadır. İfk Olayı'nda Hz. Aişe'nin iffetiyle ilgili Nur, 11-26'ıncı âyetleri inince iftira atanların cezalandırıldığına ilişkin rivayetler vardır. Ancak ilgili âyetler inmesine rağmen hâlâ dedikoduya devam eden üç kişi cezalandırılmıştır. Dolayısıyla ceza normunun geçmişe etkili olmaması kuralına bir aykırılık bulunmamaktadır⁴²⁹.

Hırâbe ile ilgili ayetlerin (Mâide, 5/33) Ureyneliler hakkında indiği ve ayetlerde belirlenen cezaların kendilerine uygulanmasının geçmişe yürüme yasağının istisnası olduğuna ilişkin görüş de vardır. Ancak bu görüşün karşısında olanlara göre, Hz. Peygamber Ureynelileri Mâide Sûresi'nin 33'üncü ayetine göre değil, kısas olarak ölüme mahkûm etmiştir. Yani burada da geçmişe etkili olmama kuralına aykırı bir durum söz konusu değildir⁴³⁰.

Tazir suçları bakımından da İslam Hukuku kaynaklarında ceza kanunlarının geçmişe etkili olmadığını ortaya koyan hükümler bulunmaktadır. Mâverdi ve Ebû Ya'lâ el-Ferrâ gibi hukukçular kadının tazir cezası vermeden önce tazire konu olan hukuka aykırı fiili reddetmesi ve bu konuda halkı uyarması gerektiğini, ancak bundan sonra ceza vermesinin mümkün olacağını belirtmişlerdir⁴³¹.

⁴²⁸ Maydani/Dağcı, s. 62; Ekinci, s. 332.

⁴²⁹ Üdeh, I, s. 294; Canan, Kütüb-i Sitte, Cilt:4, s. 133; Avcı, Genel, s. 46.

⁴³⁰ Üdeh, I, ss. 294, 295; Avcı, Genel, s. 47.

⁴³¹ Aydın, ss. 164, 165; Cin/Akyılmaz, s. 204.

(2) Osmanlı Hukuku'nda "Geçmişe Etkili Olmama" Kuralı

Osmanlı uygulamasında had, kısas ve tazir suçları bakımından ceza kanunlarının geçmişe etkili olmaması kuralına dikkatle uyulduğu görülmektedir⁴³².

Geçmişe etkili olmama kuralının iki istisnası bulunmaktadır. Bunların biri, kamu güvenliğini doğrudan ilgilendiren önemli suçlarda ceza kurallarının geçmişe etkili olabilmesidir. Bu durum, devlete karşı işlenen suçlarda söz konusudur. Diğer istisna ise, lehe kanunun geçmişe etkili olabilmesidir. Sanığın lehine olan kurallar her zaman için geçerlidir. Türk hukuk tarihindeki hukuka aykırı uygulamalarda birinci istisnanın kullanıldığı söylenebilir⁴³³.

Ç. Suç ve Cezada Orantılılık

İlkel hukuk sistemlerinde ve özellikle Cahiliye Devri Arapları'nda suç ve cezada denklik ile orantılılık gözetilmezdi. O dönemde suça çok ağır tepkiler verilmekte, köleye karşılık hür, bir kişiye karşılık iki kişi öldürülmekteydi. Şerefli insanların diyeti diğerlerinin birkaç katı olarak ödetilir; başka bir deyişle, diyet konusunda da bir eşitlik gözetilmezdi. Ancak Kur'an ile suç-ceza dengesi getirildiğinden, İslam Hukuku'nda, suç ve cezada orantılılık ilkesi kabul edilmiştir⁴³⁴. Suça misliyle karşılık vermek adalettir; dolayısıyla adil bir yargılamada orantılılık ilkesine göre ölçülü, dengeli bir ceza verilmesi gerekmektedir⁴³⁵.

Suç işleyen karşılığını görmelidir; suç cezasız kalırsa hukuk çiğnenmiş, mağdurlar korunmamış, suçlular cesaretlendirilmiş olur. Bu durum da adaleti ortadan kaldırır. Oysa toplum düzeninin adaletle sağlanacağı ve adaletin denge demek olduğu bilinmektedir. Ceza verilirken suça denk ve uygun olması, aşırıya kaçılmaması

⁴³² Aydın, ss. 164, 165; Cin/Akyılmaz, s. 204.

⁴³³ Cin/Akgündüz, I, s. 301; Cin/Akyılmaz, s. 205; Üdeh, I, ss. 297-299.

⁴³⁴ Kuran'da suç ve cezanın orantılı olması şu ayetlerde belirtilmiştir:

"Bir kötülüğün cezası misliyledir" Yunus, 10/27.

"Kim bir kötülük yapmışsa sadece yaptığı kadarıyla cezalandırılacaktır" Mü'min, 40/40.

"Kim Allah'ın huzuruna ... kötü bir fiille çıkarsa onun aynısıyla cezalandırılacaktır; ve kimseye haksızlık yapılmayacaktır" En'am, 6/160.

"Yaptıklarınız dışında bir şeyle cezalandırılmayacaksınız" Saffat, 37/39.

⁴³⁵ Avcı, Genel, s. 37; Güleç, ss. 39, 40. Esasen Arapça bir kelime olan "ceza" karşılık anlamına gelmektedir. Dolayısıyla suç kapsamında yer alan her eylemin orantılı bir karşılığı olacaktır (Dağcı, s. 571).

adaletin gereğidir. Ceza belirlenirken, mağdura verdiği zararlar birlikte suçun topluma etkileri ve İslamî değer hükümlerini ihlal derecesi göz önüne alınmalıdır⁴³⁶.

Kuran'a göre, bir suçu önlemeye yeterli yaptırımdan daha ağırını uygulamak adil olmaz. İslam Hukuku'nda hafif suçların, ağır yaptırımlarla karşılanması uygun değildir. Ceza miktarı, suçun verdiği zarar kadar olmalıdır. İslam Hukuku, infazdaki aşırılıkları da yasaklamıştır⁴³⁷. Orantılılık ilkesinin ihmal edilmesi kişilerin haklarının kaybolmasına sebep olabilir.

Cezalandırma asıl amaç değil de mecburen başvurulmuş bir çare olduğundan, İslam Ceza Hukuku'nda suç ile karşılığında verilecek ceza arasında makul bir denge bulunmalıdır. Cezalandırmanın amacı suçlunun helâk olması değildir; cezalar gereklilik ölçüsünde belirlenmiştir. Kur'an-ı Kerim'deki hükümler de, kötülükler sadece yapıldığı kadarıyla karşılık verilmesinin gereğine ve dolayısıyla suç-ceza dengesinin kurulmasına işaret etmektedir⁴³⁸.

Had suçlarında suç ve ceza, mağdurun uğradığı zararlar doğrudan orantılı değilken, şahıs haklarının ön planda olduğu kısas suçlarında mümkün olduğu ölçüde suç-ceza denkliği korunmaktadır. Kısasta suçlunun mağdura verdiği zararın misliyle cezalandırılması ilkesi geçerlidir. Kısasta aşırılık yasaktır; mahkûmdan başkası öldürülemez; mahkûmun cezası mağdur tarafından infaz edilemez⁴³⁹. Tüm bu kurallar, kısasın uygulamasında ölçülü olunması gerektiğini göstermektedir.

Orantılılık ilkesi gereği, kasten öldürme suçunun cezası hataen öldürme suçunun cezasına eşit olamaz. Örneğin, İslam Hukuku hırsızlıkta el kesme cezası vermiş, ama iftira suçunda dil kesme cezası vermemiştir. Malların yok edilmesi suçunda, adam öldürme suçundaki gibi kısasla cezalandırma yoluna gidilmemiştir⁴⁴⁰.

İslam hukukçuları, zina suçunun cezası çektirilirken de ölçülülük ilkesine uygun davranılması gerektiğini ifade etmişlerdir. Nur Sûresi'nde zina suçunun cezası değnek olarak belirtilmiştir. Değnekle deriye, cilde vurulduğu için buna celde denmektedir. Bu işlemin amacı bir işkence veya eti çürütmek değil, doğrudan doğruya tediptir. Bu yüzden hukukçular değnek vurulurken dikkat edilecek hususları, "değnek parmak kalınlığında, düz ve budaksız olacak; vuran kimse elini omuz

⁴³⁶ Güleç, ss. 51, 52; Foucault, s. 168.

⁴³⁷ Üdeh, I, s. 409; Karaman, I, s. 210; Avcı, Genel, ss. 38, 478; Güleç, s. 53.

⁴³⁸ Karaman, I, s. 210; Akbulut, s. 181; Ekinci, s. 337; Güleç, ss. 51, 52.

⁴³⁹ Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlm-i Hukuk, s. 243; Akbulut, s. 171; Güleç, s. 52.

⁴⁴⁰ Üdeh, I, ss. 409, 410.

hizasına kadar kaldıracak, fazla kaldırıp şiddetle vurmayacak; çıplak bedene vurmayacak; yüz, karın boşluğu, tenasül yerleri gibi nazik yerlere vurmayacak; değneklerin hepsi bir yere vurulmayıp vücudun muhtelif yerlerine dağıtılacak; erkeğe ayakta, kadına oturduğu halde vurulacak” şeklinde tespit etmişlerdir⁴⁴¹.

Devlete karşı isyan suçunda ise, devlete isyan edenler önce uyarılmalı, sonra onlarla savaşılmalıdır. Savaştan önce uyarılmaları esastır; çünkü savaşın amacı yok etmek değil, isyancıları yola getirmektir. İsyan bastırıldıktan sonra da isyancılara ölüm cezası verilemeyeceği⁴⁴², sadece uygun bir tazirle cezalandırılacakları de ölçülülük ilkesine uygun kurallardır⁴⁴³.

Had ve kısas cezalarında eşitlik ile denkliğin gözetilmesi, suç ve ceza arasındaki orantıyı ifade etmektedir. Bu, hukuktaki “suç ve ceza arasında adil nispet” ilkesinin bir görünümüdür. Buna göre, sanığın işlediği suça karşılık ona orantılı bir sonuç talep etmesi -ki Kur’an-ı Kerim kıst/ölçü terimiyle bunu emretmekte⁴⁴⁴- adil yargılamanın kendine tanıdığı temel haklardan biri olarak kabul edilebilir⁴⁴⁵.

Zina, işkence ederek öldürme, tekerrür, suçların içtimai gibi ağırlaştırıcı sebepler ile hata, şüphe, bilgisizlik, failin suçu ilk defa işlemiş olması, çalınan malın değersizliği gibi hafifletici sebeplerin cezalandırmada dikkate alınması da suç ve ceza dengesinin doğal bir sonucunu oluşturmaktadır⁴⁴⁶.

Osmanlı Hukuku’nda suç ve cezada orantılılık ilkesine önem verilmiş; bu ilke, kanunnamelerde ve uygulamada yerini almıştır. Kanunî’nin Umumi Kanunnamesi’nin üçüncü faslında orantılılık ilkesi şu şekilde ifade edilmiştir: “...herkesin suçuna göre para cezası alınsın fazlası alınmasın...”⁴⁴⁷. Burada alınacak para cezasının suçla orantılı olması aranmış ve aşırıya kaçılması yasaklanmıştır.

⁴⁴¹ İbn Teymiye, s. 145; Akbulut, ss. 174,175.

⁴⁴² Bu konuda Ebu Hanife dışında bütün hukukçular görüş birliği içindedir (Akbulut, s. 178).

⁴⁴³ İbn Teymiye, s. 108; Akbulut, s. 178.

⁴⁴⁴ Mâide 5/8, 42.

⁴⁴⁵ Aslan, s. 100.

⁴⁴⁶ Güleç, ss. 52, 53.

⁴⁴⁷ Akgündüz, Kanunnameler, IV, s. 305; Karaman, I, s. 221.

Kanunî dönemi 1565 tarihli Bosna Sancağı Kanunnamesi’nin 155’inci maddesi de orantılılık ilkesini içermektedir: “...Ve birinin suçuna göre cürmin alub ziyade almayalar. Eğer alırlarsa kadı hükm edüb ziyadesin alıvere” (Akgündüz, Kanunnameler, VI, s. 471).

III. Murad Umumi Kanunnamesi, m. 73: “Ve her mücrimin cürmüne göre cürm alına. Eğer ziyade alursa, kadı gerü hükm edüb alıvere” (Akgündüz, Kanunnameler, 8/I, s. 115).

D. Mahkemeye Başvurma Hakkı

1. Genel Olarak

Osmanlı Devleti'nde yaşayan Müslim, gayrimüslim ayrımı yapılmaksızın herkes, eşit bir şekilde şer'iyye mahkemelerine başvurarak haklarını arama hakkına sahipti. Osmanlı tebaasından olan herkesin "devletten adalet talep etme ve adaletsizliği gidermeyi isteme" hakkı vardı; bu hak, dil, din, cinsiyet ayrımı yapılmaksızın herkese eşit olarak tanınmıştı. Ayrıca, herkes adil ve bağımsız yargı organları önünde açık olarak yargılanmayı talep etme hakkına da sahipti. Şer'iyye mahkemeleri, Osmanlı Devleti'nin başlangıcından Tanzimat Dönemi'ne kadar uzun yıllar her türlü hukuk ve ceza davasının görüldüğü bir merci olmuştur. Şer'iyye mahkemelerinde kadılar görevlerini yerine getirirken hem şer'i hem de örfi davalara bakmakla yükümlüydüler. Şer'iyye mahkemelerinde bir kadı ve mahkemenin bulunduğu yerin büyüklüğüne göre sayıları değişen çeşitli yardımcılar görev yapardı. Bunlar genel olarak tek hâkimli mahkemelerdi⁴⁴⁸.

2. Kişi Bakımından Mahkemeye Başvurma Hakkı

İslam Hukuku'nu uygulamada mülkîlik ilkesi esas olduğundan, İslam Ceza Hukuku hükümleri şer'iyye mahkemeleri tarafından, failin dinine ve statüsüne bakılmaksızın, Osmanlı Devleti'nde yaşayan herkese uygulanırdı⁴⁴⁹. İslam hukukçuları, ceza hukuku alanının devletin hâkimiyet hakkıyla yakından ilgili

⁴⁴⁸ Teoride çok hâkimli mahkemeler mümkün ve uygulamada az da olsa görülmüş olmakla beraber yaygınlaşmamıştır (Akman, s. 35); Aydın, s. 80; Gedikli, Kazâ, s. 118; Cin/Akyılmaz, s. 130; Karaman, I, s. 164.

⁴⁴⁹ Zimmîlerin ceza davalarının şer'iyye mahkemelerinde görüldüğüne ilişkin bazı örnekler şunlardır: Nikola'nın Hamza hakkında açtığı darp davası; "*Nikola'nın mahkemeye gelip Ağsak Ali kulu Hamza'nın onu düşürüp dövdüğünü iddia etmesi üzerine mahkemede Hamza dövdüm diyerek suçu ikrar etti ve bu ikrar geçerli görülerek deftere kaydolundu.*" Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 53(9b-1), s. 122.

Rus Yani'ye hırsız diyen eski karısına tazir cezası verildiğine dair; "*Rus Yani'nin eski karısı Erine'yi kendisine hırsız demekle suçlaması üzerine Erine suçu inkâr etti. İddiasını ispatlaması için mahkeme Yani'den delil talep edince, Nikola b. Yani ve Hristotos Erine'nin Yani'ye hırsızın dediğine şahadet etti ve şahitlerin beyanları geçerli kabul edilince Erine'ye tazir cezası verildi.*" Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 85(16b-1), s. 135.

Aleksî'yi döven Kara Hubar Dimitri'nin tazir olduğuna dair; "*Kara Hubar Dimitri'nin Aleksî'yi dövdüğü Dimitri'nin yeminden dönmesi ile sabit olduğunda tazir olunup deftere kaydolundu. Receb 924*" Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 575(92b-2), s. 330.

olduğunu göz önüne alarak gayrimüslim halka (zimmîlere) ceza yargılaması bakımından bir adlî muhtariyet⁴⁵⁰ tanımamışlardır. Bu yüzden gayrimüslimlerin ceza davalarına da şer'îyye mahkemeleri bakmaktaydı⁴⁵¹.

Osmanlı Devleti'nin ilk dönemlerinde müstemenler, ceza hukuku ile ilgili her türlü olayda -karşı tarafın Müslim, zimmî, müstemen olması fark etmeksizin- şer'îyye mahkemelerine başvurmakta idiler⁴⁵². Müstemenler de bir suç işlediklerinde şer'îyye mahkemelerinde yargılanırlardı. Ancak 1535 yılında kabul edilen kapitülasyonlarla Fransız tebaası olan müstemenlerin her türlü hukuk ve ceza davalarında Fransız konsoloslarının yetkili olması kabul edilmiştir. Daha sonra bu imtiyazlar diğer yabancıları da içine alacak şekilde genişletilmiş ve konsolosluk mahkemeleri, müstemenlerin kendi aralarındaki her tür uyuşmazlıkta yetkili olan bir yargı merci haline gelmişlerdir⁴⁵³.

3. Suçlar Bakımından Mahkemeye Başvurma Hakkı

a. Genel Olarak

Kıyas ve diyet gibi şahıs haklarının ihlâlinin ön planda olduğu ve takibi şikâyeteye bağlı olan suçlarda mağdurun kendisi veya yakınları bizzat şikâyet ederek, yargılama makamlarını harekete geçirebilirdi. Kamu haklarının ağır bastığı ve takibi şikâyeteye bağlı olmayan zina, yol kesme, sarhoşluk gibi had suçlarında ise, suçtan zarar görenlerin yanı sıra kamu düzenini sağlamakla görevli olan devlet yetkilileri (ehl-i örf) de doğrudan doğruya harekete geçerek, sanık durumunda bulunan kimseleri mahkemeye getirebilirlerdi⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ Bakara Suresi'nin 256 ve Yunus Suresi'nin 99'uncu âyetlerinde yer alan emir ve Hz. Peygamber'in bu yöndeki uygulamaları gereği, gayrimüslimlere evlenme, boşanma, miras, vasiyet gibi özel hukukla ilgili her türlü hukukî işlemlerinde kendi hukuklarına tabi olma imkanı tanınmıştır. Buna göre kendi aralarındaki bu tür özel hukuk ilişkilerini konu alan davalarını kendi cemaat mahkemelerinde açabilme hakları bulunmaktaydı (Aydın, s. 148).

⁴⁵¹ Cin/Akılmaz, s. 205; Cin/Akgündüz, II, s. 341; Avcı, Genel, s. 50; Karakoç, ss. 143, 135; Karaman, III, ss. 323-327.

⁴⁵² Ortaylı, Mahkeme, s. 249; Karakoç, s. 138; Avcı, Türk, s. 160.

⁴⁵³ Aydın, s. 155; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 246; Ekinci, s. 327.

⁴⁵⁴ Aydın, s. 81; Avcı, Genel, s. 238; Cin/Akgündüz, I, s. 414; Nevin Ünal Özkorkut, "Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devleti'ne Girişi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:52, Sayı:4, 2003, (Savcılık), ss. 147, 148; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 100, 101.

b. Takibi Şikâyeteye Bağlı Suçlar Bakımından Mahkemeye Başvurma Hakkı

Kıyas ve diyet gibi şahıs haklarını ihlâl eden suçların takibi şikâyeteye bağlıdır. Bu tür suçlarda, ancak mağdurun kendisi veya yakınlarının şikâyetiyle yargılama makamları harekete geçebilmektedir.

Had suçlarından olan zina iftirası (kazf) ve hırsızlık suçlarında şahıs haklarının ihlali de söz konusu olduğu için bunların da takibi şikâyeteye bağlıdır. Hırsızlık davasının mağdurun şikâyetine bağlı olması ilk bakışta şaşırtıcı gelebilir; ancak suçun unsurlarından biri, çalınan şeyin başkasına ait olduğunun ispatıdır. Bu ise, öncelikle olayın açıkça ortaya konulmasını ve dolayısıyla şikâyetin varlığını şart koşturur. Hanefîler, Şâfiîler ve Hanbelîlerin çoğunluğu, hırsızlık suçunun takibinin şikâyeteye bağlı olduğunu kabul etmektedirler. Ancak Malikîler aksi görüşte olup şikâyet şartı aramamaktadırlar⁴⁵⁵.

Hanefîler, zina iftirası suçunun aleniyet kazanmasının mağdur için çoğu zaman daha fazla zarar verici bir sonuç doğurduğunu dikkate alarak bu suçun takibi şikâyeteye bağlı suçlar gurubuna eklemiştir⁴⁵⁶. İşlenen günah çok ağır olsa bile, açığa vurulmamışsa kovuşturulmamalıdır⁴⁵⁷. Zina iftirası suçu, Hanefîlere göre, kamu haklarını, Şâfiîler ve Hanbelîlere göre, kişi haklarını ihlâl eden bir suçtur. Malikîlere göre ise, bu suç, mahkemeye aktarılan kadar kişi, aktarıldıktan sonra Allah hakkını ihlâl eden bir suçtur. Ancak bütün mezhepler, bu suçun takibinin şikâyeteye bağlı olduğu konusunda görüş birliği içindedir⁴⁵⁸. Şer'îyye sicillerinde zina iftirası suçuyla ilgili bol kayıt bulunmaktadır. Fakat bunların bir kısmında, örneğin,

⁴⁵⁵ Akman, İlkeler, s. 474; Cin/Akyılmaz, s. 226.

⁴⁵⁶ Akman, ss. 29, 30; Cin/Akyılmaz, ss. 222, 223; Beroje, s. 97.

⁴⁵⁷ "Bir kişi, Hz. Peygamber'e gelerek "Medine'nin kenar mahallelerinde bir kadına iliştim, cima etmeden dokundum, işte ben buyum, benim hakkımda dilediğin hükmü ver!" demiştir. Hz. Peygamber o an bir cevap vermemiş, ancak bu kişinin cemaatle namaz kılan biri olduğunu öğrenince ve pişman olduğunu da göz önüne alınca "Şüphesiz ki iyilikler, kötülüklerin günahını siler" (Hud, 11/114) âyetini okumuş ve "İşte Allah senin günahını veya cezanı bağışladı" buyurmuştur. Olayımızdaki suç, failin samimi itirafı ve etkin pişmanlığından dolayı affedilmiş; suçun soruşturulması ve kovuşturulması gizli işlenmiş bir suçun muhakeme sebebiyle aleniyete intikal ettirilmesi olacağından, maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla mağdurenin de araştırılıp, onun da bu suçun işlenmesinde bir kusurunun olup olmadığının incelenmesi sonucu ortaya çıkacak zararın, faili cezalandırmakla elde edilecek yarardan daha fazla olduğu görülerek maslahata uygunluk ilkesi gereği hem kovuşturmadan hem de ceza vermekten vazgeçilmiştir" (Avcı, Genel, ss. 467, 468).

⁴⁵⁸ Akman, İlkeler, s. 474; Beroje, s. 97.

“kahpe” ve “fahişe” gibi sıfatların kullanılması zina iftirası suçunun oluşması için yeterli olduğu hâlde kadı tarafından tazire hükmedildiği görülmektedir⁴⁵⁹.

Hırsızlıkta şikâyet hakkı, İmam-ı Âzam Ebû Hanife’ye göre zilyede, İmam Züfer ve İmam Şafii’ye göre ise, mâlike ait kabul edilmiştir. Zina iftirasında da şikâyet hakkı mağdura aittir. Bu suçlarda mağdurun şikâyeti yargılama şartıdır; şikâyet olmadan ceza yargılaması yapılamamaktadır. Mağdur, bir yakını aracılığıyla da şikâyet hakkını kullanabilir⁴⁶⁰. Hırsızlık suçu bakımından mağdur, şikâyet hakkını kullanmazsa Ebû Hanife ve İmam Muhammed’e göre fail, kendi suçunu ikrar etse bile had cezası verilemez⁴⁶¹.

c. Kovuşturmanın Kamusalılığı İlkesi’nin Suçların Takibine Etkisi

Osmanlı Devleti’nde “kovuşturmanın kamusalılığı” ilkesi geçerli olmuştur. İslam dini, şahsî hakların ağır bastığı cezalar da dâhil olmak üzere cezalandırmayı devlete ait bir hak ve görev kılmakla hem devlet ceza hukuku fikrini oluşturmuş hem de kısasın infazında, diyetle ve hadleri uygulamadaki düzensizlikleri, haksızlığı, aşırılığı, eşitsizliği, intikam hissini ve şahsî düşmanlıkları ortadan kaldırarak cezalandırmayı kanunî, genel ve adlî esaslara bağlamıştır⁴⁶².

Kovuşturmanın kamusalılığı ilkesinin geçerli olduğu Osmanlı uygulamasında, insan öldürme ve yaralama suçları da re’sen kovuşturulmuş; şikâyet yanında, ihbar veya hâkimin suçu kendiliğinden öğrenmesi, bu tür davaların görülmesi ve sonuçlandırılması için yeterli sayılmıştır. Bir suçun işlenmesi, aynı zamanda topluma karşı bir saldırı ve haksızlık olarak görülmektedir. Kur’an da, haksız yere bir kimseyi öldürenin bütün insanları öldürmüş gibi olacağı ifade edilerek⁴⁶³ suçun kamuoyunda ve vicdanlarda açtığı derin yaraya işaret edilmiştir⁴⁶⁴.

Kisas suçlarında mağdurun ya da mağdurun belirli derece yakınlarının faili affetmeleri ya da kısas talebinden vazgeçerek diyet istemeleri hâlinde devlet suçluyu

⁴⁵⁹ İŞSA, Üsküdar Mahkemesi, 29 Zilhicce 1158 (23 Ocak 1746), no. 415, v. 9a/1 (Aktaran Akman, İlkeler, s. 477).

⁴⁶⁰ Bilmen, VI, ss. 281, 282; Avcı, Genel, ss. 238, 239.

⁴⁶¹ Hanefilerden Ebû Yusuf, Şâfiiler, İmam Mâlik ve bir kısım Hanbelilere göre şikâyet şart değildir; soruşturma ve kovuşturma organları kendiliğinden harekete geçer, suç sabit olursa had cezası verilebilir (Avcı, Genel, s. 239).

⁴⁶² Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlm-i Hukuk, s. 243; Akbulut, s. 169; Beroje, ss. 22, 150.

⁴⁶³ Maide, 5/32.

⁴⁶⁴ Avcı, Genel, ss. 21, 237; Avcı, Türk, s. 171; Akman, ss. 26-30; Beroje, s. 149.

serbest bırakmayabilir. Bu durumda devletin kovuşturma ve yargılama yaparak, açıkça kısas talep edilmemişse, faile uygun bir ceza verme hakkı saklı olmaktadır. Yine mağdurun kısas talep edecek yakını yoksa veya kısas talebinden fiilen mahrumiyet söz konusuysa, devletin genel yetki ve görevi devreye girmektedir⁴⁶⁵. Galata'da geçen bir yaralama olayında, kolluk görevlisi olaydan mahkemeyi haberdar ederek kovuşturmanın başlamasını sağlamıştır⁴⁶⁶. Ayrıca Osmanlı sicil kayıtlarında bu tür suçların resmî sıfatı olmayan kişilerce ihbar edilmesi durumunda da sicile kaydedildiği ve tahkikâtın başlatıldığı görülmektedir⁴⁶⁷. Her ceza davasının mutlaka mağdur veya yakını tarafından açılması gibi bir fıkıh kuralı olmadığından bu uygulama İslam Hukuku'na aykırılık oluşturmamaktadır⁴⁶⁸.

Osmanlı Ceza Yargılaması Hukuku'nda önemli bir yere sahip olan subaşı, suç işleyenleri takip edip yakalamak, kovuşturmak ve kadının suçlu bulup mahkûm ettiği kimsenin cezasını infaz etmek, bunların yanında suçları önlemekle de görevli olan kişidir. Kurumsal olarak savcılığın bulunmadığı Osmanlı Devleti'nde subaşı, savcı görevini yerine getirmekteydi. Bir şehir muhafızı konumunda olan subaşı, kadı hükmüne göre hareket etmek zorunda olduğu için keyfî olarak tasarrufta bulunamazdı. Subaşılar, Allah hakkını doğrudan ihlâl eden suçlarda kimsenin şikâyetçi olmasına gerek kalmaksızın şüpheliyi yakalayıp kadı önüne çıkarabilme yetkisine sahiptiler⁴⁶⁹.

Kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi en çok had suçlarında uygulama alanı bulmuştur. Allah hakkını doğrudan ihlâl eden bu suçlarda mağdurun dava açmasına gerek görülmemiştir. Ancak mağdur bizzat ceza davası sürecini başlatabilirdi. Dava, husumet yokluğu sebebiyle etkilenmezdi; çünkü salt Allah hakkını ihlal eden had suçları Allah adına takip edildiğinden, kulun takip etmesi beklenmezdi⁴⁷⁰. Osmanlı sicil kayıtlarında, had suçlarının kamu davası yoluyla takip edildiğine ilişkin sayısız örnekler bulunmaktadır. Örneğin, şarap içme-sarhoşluk suçu işlediği iddiasıyla bir kişi subaşı tarafından mahkemeye götürülmüş, yapılan tahkikat sonucunda suçu sabit

⁴⁶⁵ Akman, İlkeler, s. 473; Beroje, ss. 149, 150.

⁴⁶⁶ İŞSA, Tophane Mahkemesi, no:7, v. 21a/5 (Aktaran Akman, İlkeler, s. 476).

⁴⁶⁷ "...Mehmed meclis-i şer'a geliüb Mehmed Reis'e tabanca ile urdular didi", İŞSA, Tophane Mahkemesi, no:7, v. 21a/5 (Aktaran Akman, İlkeler, s. 476).

⁴⁶⁸ Akman, İlkeler, s. 474.

⁴⁶⁹ Akman, ss. 47, 48; Avcı, Genel, s. 487; Akyılmaz, s. 186.

⁴⁷⁰ Cin/Akyılmaz, s. 202; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 100, 101; Akman, İlkeler, s. 473; Beroje, s. 142; Avcı, Sullh, s. 16.

görülmüştür⁴⁷¹. Bir başka örnek olayda ise, Üsküdar'daki Mahalle-i Cedide subaşı, bir kızla bir erkeği zina yaparken yakalamış ve hemen mahkemeye götürmüştür⁴⁷².

ç. Kamu Haklarına Yönelik Suçlar Bakımından Mahkemeye Başvurma Hakkı

Kamu haklarının ağır bastığı ve takibi şikâyeteye bağlı olmayan had suçlarında suçtan zarar görenlerin yanı sıra kamu düzenini sağlamakla görevli olan devlet yetkilileri de doğrudan doğruya harekete geçerek, sanık durumunda bulunan kimseleri mahkemeye getirebilir ve yargılamayı başlatabilirlerdi⁴⁷³.

Tazir suçlarında Allah hakkına yönelik olanlar re'sen soruşturulurdu; şahıs haklarına yönelik olanların takibi ise, şikâyeteye bağlı bulunmaktaydı⁴⁷⁴. Örneğin, şahıs haklarına yönelik bir suç olan hakaret, mağdurun bundan haberdar olup şikâyet hakkını kullanması şartıyla kovuşturulurdu. Ancak Allah hakkını ihlal eden bir tazir suçu söz konusuysa, kadı veya kadı yardımcıları suç işlendiğini haber alır almaz harekete geçmek zorundaydı⁴⁷⁵. Osmanlı sicil kayıtlarında Allah hakkını ihlâl eden tazir suçlarının re'sen takip edildiğini gösteren oldukça fazla örnek vardır. Bunlardan bazıları, tütün satma yasağına muhalefet eden bir kişinin subaşı tarafından yakalanıp

⁴⁷¹ "Vech-i tahrir-i huruf oldur ki Cafer subaşı Ahmed bin Ali nam kimesneyi serhoş meclis-i şer'a ihzar idüb (mahkemeye getirip) serhoşluğu sübut buldukda vâki'ü'l-hâl bi't-taleb (talep üzerine) tescil olundu fi evâil-i Şaban sene 972 (Mart 1564)", İŞSA, Beşiktaş Mahkemesi, n:4, v.45b/3 (Aktaran Akman, s. 26).

⁴⁷² "Mahmiyye-i Üsküdar'da Mahalle-i Cedide subaşı olan baistü'l-kitab Abdi Bey ibn Mehmed nam cündi tarih-i kitab günü ba'de'z-zuhr (öğleden sonra) Mehmed bin Cafer nâm şâb (delikanlı) ile İsmihan bint-i Hüseyin nâm avratı meclis-i şer'a ihzar (getirilme) ...Çavuş Deresinde vaki' tarik-i hâsda (özel yolda) alenen fi'l-i şeni' (birleşme, kötü fiil) ederken ahz eyledim (yakaladım)... cevaplarında biz ikimiz mahmiyye-i merkume mahallatından Hasanpaşa mahallesinde sakin olup birbirimiz kadimi (eski) aşinalığımız (bilen, tanıdık) olmak ile zikrolunan sokakta söyleşürken merhum (adı geçen) Abdi bey bizi ahz eyledi biz fi'l-i şeni' eylemedik deyu cevap virdiklerinde merhum Abdi Bey'den kelimina mutabık (sözüne karşılık) beyyine taleb olundukda Muzaffer ibn Abdullah ve Kasım Beşe ibn Ahmed nâm kimseler li-ecli's-şehade (şahitlik için) meclis-i şer'a haziran olup (mahkemede hazır olup) gıbbe'l-istişad (şahit gösterme) fil'l-hakika (gerçekten) merhum Mehmed ve mezbure İsmihan marrü'z-zikr (yukarıda bahsedilen) sokakta zina eylediği müşahade eyledik (gördük) biz bu hususa şahidleriz şehâdet dahi iderüz deyu edâ-yı şehâdet-i şer'îye eylediklerinde şehâdetleri hayyiz-i kabule (kabulü yönünde) vaki' olmağın (olmakla) bi't-taleb ketb olundu (yazıldı) tahriren fi'l-yevmi's-samin aşara min Cumadelûla li-sene hamsine ve elf (18 Cumadelûla 1050/6 Eylül 1640)", İŞSA, Üsküdar Mahkemesi, no:192, v. 65a/2. Bu olayda zinaya iki kişi şahitlik ettiği için zina suçu sebebiyle had cezası verilmesi söz konusu değildir (Aktaran Akman, ss. 26, 27).

⁴⁷³ Aydın, s. 81; Avcı, Genel, s. 238; Cin/Akgündüz, I, s. 414; Özkorkut, Savcılık, ss. 147, 148; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 100, 101; Avcı, Türk, s. 171.

⁴⁷⁴ Aydın, s. 160; Avcı, Genel, s. 31; Cin/Akyılmaz, s. 202; Avcı, Türk, s. 171.

⁴⁷⁵ Akman, İlkeler, s. 473.

mahkemeye götürülmesi⁴⁷⁶; Müslümanlara içki satan bir zimmînin re'sen takip edilerek yargılanması⁴⁷⁷ gibi olaylardır.

Zina iftirası ile hırsızlık dışındaki had suçlarında ve kamu haklarını ihlâl eden tazir suçlarında herkes mahkemeye başvurarak, yargı organlarını harekete geçirebilirdi. Bunun sebebi, İslam dinindeki iyiliği emretme kötülükten sakındırma görevinin herkese yüklenmiş olmasıdır. Kamu haklarını ilgilendiren davalarda sadece suçtan zarar görenlerin değil, başta yöneticiler olmak üzere o toplumda yaşayan herkesin söz hakkı vardı. Bu tür kamu davalarına, bu işin sırf Allah rızası ve kamu yararı için yapıldığını belirtmek amacıyla "hisbe davası" da denilmiştir⁴⁷⁸.

4. Osmanlı Hukuku'nda Hak Arama Hakkı

Adil bir yargılamada, her hak sahibine hakkını arama imkânının sağlanması gerekmektedir. Osmanlı'da, her türlü ceza davasında tarafların mahkemeye bizzat gelerek haklarını aramaları mümkündü. Ayrıca kişiler, vekiller aracılığıyla da davalarını takip ederek haklarını arayabiliyorlardı. Hakkı ihlâl edilen taraf, ister

⁴⁷⁶ Mahmiyye-i Üsküdar'da Mahalle-i Cedide subaşı olan Abdi bey ibn Mehmed mahalle-i mezburde Süleyman Bey Han'ı dimekle ma'ruf han sakinlerinden Mehmed bin el-Hac Hasan nâm kimesneyi meclis-i şer'-i şerif-i envere ihzar (Nurlu, şerefli mahkemeye) ve muvacehesinde (karşısında) üzerine takrir-i kalam (söylemek, ifade etmek) idüb duhanın (tütünün) bey ü sırası ve şürbi (içmek) taraf-ı saltanat-ı 'aliyyeden men olunub bey ü sıra ve şüreb edenlerin haklarından geline deyu ferman-ı şerif sadır olmağla mezbur Mehmed zikrolunan handa duhan bey iderken ahz eyledim sual olunub cevabı tahrir olunması matlubumdur (istenilen) didikde gibbe's-sual mezbur Mehmed cevabında fi'l-hakika işbu mahallede mevcut kenise (kilise) içinde olan handan maada (başka) sâbıkı'z-zikr handa dahi duhan bey eyledim deyu hilaf-ı emr-i 'ali duhan bey eylediğini ikrar itmeğın ma vaka bi-hasebi't-taleb kayd olundu tahriren fi'l-tarihi'l-mezbur (25 Cumadelüla 1050/ 13 Eylül 1640), İŞSA, Üsküdar Mahkemesi, no:192, v. 66b/2 (Aktaran Akman, s. 27).

⁴⁷⁷ Mahmiyye-i Üsküdar'da Mahalle-i Cedide subaşı olan işbu baisü'l-kitab Abdi Bey ibn Mehmed tarih-i kitab günü kable'z-zuhr (öğlenden önce) meclis-i şer'a gelüb takrir-i kalam idüb ehl-i İslam arasında ve esvakda (çarşı, pazar) ve ...handa ve bakkal dükkanında hamr bey olunmakda (içki satmak) nice fesad ve kabahate bais olub (yol açan) diyu taraf-ı saltanat-ı 'aliyyeden men ve tenbih için için ferman-ı şerif sadır olub imtisalen (bağlı olarak) li(l-emr) fefaatile (yöneticiler tarafından) tenbih ve men olunmuş iken (uyarılmış ve yasaklanmışken) At Pazarı dahilinde vaki el-hac Ebu Bekir dükkanında bakkal olan Kominu? Veled-i Dimo nam Nasrani dükkanında hamr bey idüb üzerine varılıb mahallinde keşf ü tahrir olunması matlubumdur (isteğimdir) didikde küttab-ı mahkemeden Mevlana Ali Efendi irsal olunub (gönderilip)... İslam arasında meyhane idüb hamr bey eylediğini tav'an ikrar etmeğın ma vaka bi't-taleb ketb olundu (yazıldı). Tahriren fi'l-yevmi's-sabi min Cumadelahira li-sene hamsine ve elf (7 Cumadelahira 1050/24 Eylül 1640), İŞSA, Üsküdar Mahkemesi, No:192, v.67a/3(Aktaran Akman, ss. 27, 28).

⁴⁷⁸ Yavuz, Dava, s. 14; Akman, s. 30; Akyılmaz, s. 186; Bilmen, VIII, s. 127; Avcı, Türk, s. 232; Avcı, Sulh, s. 18. Hisbe, İslâm devletlerinde genel ahlâkı, kamu düzenini korumak ve denetlemekle görevli teşkilât demektir (DİA, Cilt:18, s. 133, <http://www.islamansiklopedisi.info/dia/pdf/c18/c180064.pdf>, E. T. 07.06.2017).

bizzat isterse vekil vasıtasıyla kadıya başvursun, mutlaka kendi bölgesindeki kadıya gitmek zorundaydı⁴⁷⁹.

Doğal yol, kişilerin şer'îyye mahkemelerine başvurarak haklarını aramalarıydı. Ancak Osmanlı Devleti'nde reâyâyâ farklı yollarla da hak arama hakkı tanınmıştı. Özellikle fıkıh kitaplarında açık bir hükmün olmadığı, başka bir deyişle kanun boşluğu bulunduğu durumlarda, taraflar haklarının kaybolmaması için müftüye danışmışlar ve aldıkları fetvâ doğrultusunda hüküm isteyerek haklarını korumuşlardır⁴⁸⁰. Osmanlı Devleti'nde taraflar müftülerden ve özellikle şeyhülislamdan aldıkları fetvâları mahkemelere ibraz ederek ona göre hüküm verilmesini isteme hakkına sahiptiler⁴⁸¹. Ayrıca kişiler şer'îyye mahkemelerinde hakları yerine getirilmiyorsa, çeşitli divanlara özellikle Divan-ı Hümayûn'a başvurarak da haklarını arayabilirlerdi.

E. Yargılamanın Kadı Tarafından Yapılması, İstiklâl-i Mahkeme ve Bîtarafılık İlkesi (Kanunla Kurulmuş Bağımsız ve Tarafsız Mahkeme Önünde Yargılanma Hakkı)

1. Genel Olarak

Davaya hâkim/kadı⁴⁸² huzurunda bakılması Osmanlı yargılaması bakımından vazgeçilmez bir ilke olarak görülmüştür. Osmanlı yargılamasında hâkimlerin

⁴⁷⁹ Aydın, s. 82; Demir, ss. 103, 104; Akman, ss. 54, 55; Durhan, s. 102; Mehmet Gayretli, "İslam Adliye Teşkilâtında Avukatlık", *e-akademi dergisi*, Sayı:106, Aralık, 2010, <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=106>, (E. T. 06.04.2016), (Avukatlık); Atar, İslam, s. 104.

⁴⁸⁰ Erzurum'dan Mehmed Beşe iki yıl önce misafir olarak geldiği Kayseri'de Kara Hüseyin tarafından ehl-i örf'e garmazlanmış ve birçok kıymetli eşyasıyla parası (mütesellimin adamları tarafından) alınmıştır. Mehmed Beşe, kendisini garmazlayan aleyhine dava açarak bu konuda aldığı şu fetvâyla hüküm talebinde bulunmuştur: "*Her gamz ile tağzimi (sunmak, dile getirmek) adet-i müstemirresi (yerleşmiş alışkanlıklar) olan ehl-i örf'e Zeyd Amr'ı gamz-ı hilaf-i vaki (gerçek dışı, kanuna aykırı) inha itmekle (vazgeçmek) ehl-i örf'in Amr'dan şu miktar gurusun aldıkda Amr ehl-i örf'den almağa kadir olmayacak badir-i bais (fakir) olan yedinden almağa kadir olur (gücü yeter)*". Deyü buyrulmağın merhum Kara Hüseyin müddâ'i-yi mezbur (adı geçen) Mehmed Beşe'den bi-gayr-i hakk (hakkı olmadan) aldırıldığı kırk gurusu ve eşya-yı mezkurenin kıymetini eda ve teslim tenbih birle ma vaka bi't-taleb ketb olınu (yazıldı). Fi'l- yevmi'l-hamis aşer min Şaban el-muazzam, sene 1087 (Kayseri Şer'iyye Sicilleri, 84 Nolu Defter, s. 130/b. 286 (Aktaran Aslan, s. 152).

⁴⁸¹ Aslan, s. 152; Ekinci, s. 376.

⁴⁸² Kur'an-ı Kerim'de kadı kelimesi bir ayette (Taha, 20/72) "hükmünü, sözünü geçiren" anlamında, hâkim kelimesinin çoğulu olan hükkâm da yine bir ayette (Bakara, 2/188) "uhdesinde (sorumluluğunda) yargı yetkisi de bulunan yöneticiler" anlamında kullanılmıştır. Hadislerde hem hâkim hem kadı kelimesi çok sayıda kullanılmıştır. Hâkim kelimesiyle kamu adına görev yaparak

tarafsızlığı ve bağımsızlığı (istiklâl-i mehâkim) ilkesinin de geçerli olduğu bilinmektedir. Osmanlı adalet düzeninin omurgasını kadılar oluştururdu. Kadılar ancak padişah tarafından, padişah beratıyla göreve tayin edilir ve görevden alınır. Padişah yargılama yetkisini bu şekilde ehliyetli kişilere vermekte (tefviz) ve bu kişiler, padişah adına bu yetkiyi kullanmaktaydı. Geniş yetkilerle donatılmış olsalar da vali ya da beylerbeyi gibi yürütme organları kadıları tayin edemez, görevden alamazdı. Ayrıca kadıların yargı görevlerine, yargılamasına kimse müdahale edemezdi⁴⁸³. Osmanlı Devleti'nde kadılar, padişah adına onun adaletini dağıtan, gücünü doğrudan ondan alan bağımsız birer görevliydi⁴⁸⁴.

Yargı bağımsızlığı, demokratik yönetim sistemlerinin vazgeçilmez bir unsurudur. Bağımsız bir yargı, hukuk devletinin önemli bir unsuru, bireyin özgürlüğünü korumaya yönelik önemli bir tedbir olarak görülmektedir. Bu sebeple yargının, yasama ve yürütmeden bağımsız ve bu iki kuvvet başta olmak üzere gerek kendi içinde gerek dışarıdan gelebilecek etkilere karşı korunması gerekmektedir. Yürütme ve yargı erkleri arasında belirgin bir ayrılık olduğu takdirde, yargının yetkili ve sorumlu olduğu hususlarda yürütme yargıya müdahale edememektedir. Yargı bağımsızlığı, hâkime verilmiş bir lütuf ya da hak değil, hâkime yüklenmiş bağımsız düşünme ve davranma sorumluluğudur. Osmanlı Devleti'nde yargıya önem verilmiş, kural olarak yargılamalara müdahale edilmemiştir⁴⁸⁵.

Yasama, yürütme ve yargı organlarının birbirinden bağımsız olması anlamına gelen kuvvetler ayrılığı kavramı, demokrasiyle yönetilmeyen Osmanlı Devleti'nde bire bir karşılığını bulamamaktadır. Osmanlı Devleti'nde, 1909 Anayasa değişikliği

idari, malî, kazaî hususlarda yönetme ve karar verme yetkisine sahip yöneticilerle naslardan hüküm çıkarılabilme gücüne sahip âlimler; kadı kelimesiyle de görev unvanı kadı olsun veya olmasın insanlar arasında meydana gelen davalara bakıp karara bağlayan kimseler kastedilmiştir. Fıkıh literatüründe “hükmetmek, hüküm vermek, idare etmek, yargılamak amacıyla engel olmak” anlamındaki hüküm kelimesinin ism-i faili olan hâkim tekil olarak kullanıldığında bununla halife, sultan, devlet başkanı kastedilmektedir. Hüküm kelimesinin sözlük anlamıyla bağlantı kurularak kadıya da “zalimin zulmüne engel olup hakkı sahibine iade ettiği için” hâkim denildiği ve “edebül-kâdi” türü eserlerde az da olsa kadı yerine hâkim kelimesinin kullanıldığı görülmektedir. Mecelle'de ise, ilgili bölüm başlığı “kazâ” olmasına rağmen kadı yerine hâkim kelimesi kullanılmıştır (Atar, Kadı, s. 66).

⁴⁸³ İlber Ortaylı, “Osmanlı Kadısı Tarihi Temeli ve Yargı Görevi”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt:30, Sayı:1-4, 1975, (Osmanlı Kadısı), s. 121; Cin/Akyılmaz, s. 156; Cin/Akgündüz, I, s. 389; Bilmen, VIII, s. 222; Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlm-i Hukuk, s. 245; Akman, ss. 40, 41; Bayındır, ss. 85, 86.

⁴⁸⁴ Koç/Tuğluca, s. 8.

⁴⁸⁵ Nevin Ünal Özkorkut, “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'si'nde Yargıya Genel Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:57, Sayı:1, 2008, (Yargı), ss. 225, 227; Orhan Bilgin, “Yargı-Yargıç Bağımsızlığı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1, 1998, s. 119; Özden, ss. 13, 28; Dağcı, s. 573.

dışında, bir kuvvetler ayrılığı anlayışı yoktu. Ancak İslamî bir monarşi olan Osmanlı Devleti'nde yargı kurumları ve görevlileri oldukça ayrıcalıklı bir yere sahipti. Kendi dönemi ve şartları açısından bakılacak olursa Osmanlı Devleti'nde yargı bağımsızlığı ilkesinin büyük ölçüde uygulanmaya çalışıldığı görülmektedir. Zaten İslam hukuk tarihine bakıldığında, genel olarak yargının yönetimden ayrı ve bağımsız olarak şekillendiği anlaşılmaktadır⁴⁸⁶.

2. Yargılamanın Kadı Tarafından Yapılması

Osmanlı Devleti'nde de diğer monarşilerde olduğu gibi, yasama, yürütme ve yargı güçleri padişaha bağlı bulunmaktaydı. İslam Hukuku'nda devlet başkanı kural olarak yargılama erkinin de başıdır. Bu kural, devlet başkanının müçtehit olması gerektiği düşüncesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır⁴⁸⁷. Osmanlı Hukuku'nda padişah, bu yetkilerini temsilcileri aracılığıyla kullanmakta; kendisine bağlı olan yasama, yürütme ve yargı temsilcilerinin uyumlu olarak çalışabilmesi için dengeleyici ve denetleyici bir yönetim uygulamaktaydı. Bu yönetim tarzına göre, yargı temsilcileri olan kadılar, yürütmenin temsilcileri olan ehl-i örfü idarî ve hukukî olarak denetlemekte ve gerekirse yargılamaktaydılar⁴⁸⁸. Padişah, yargılama yetkisini kadılara devretmiş; padişahın vekili sayılan kadıyı tayin yetkisini de kendisinde bulundurmuştur. Padişah, kadıyı bizzat tayin edebileceği gibi bu yetkiyi başkalarına da devredebilirdi. Padişah ve kadı arasındaki bu ilişki vekâlet sözleşmesine dayandırılmıştır⁴⁸⁹.

Osmanlı Devleti'nde şer'iyye mahkemelerinin ve yargı teşkilâtının temel taşı kadı idi. Devletin unsurlarından biri olan egemenlik hakkı, yargı gücünün kullanılmasıyla somutlaştığı için, devletin kuruluşu, aynı zamanda yargı teşkilâtının doğuşu anlamına gelmektedir. Osmanlı Devleti'nin yöneticileri, fethettikleri yerlere

⁴⁸⁶ Aydın, s. 79; Demir, s. 17; Özden, s. 28.

⁴⁸⁷ İslam Devleti'nin ilk devlet başkanı olan Hz. Peygamber, hâkimlik görevini bizzat yürütmüştür. Dört halife devrinde de hâkimlik halifenin görevlerinden birisi olmuştur. Devletin sınırlarının genişlemesi ve bürokratik işlerin artması, yargı alanında bir görev bölüşümünü gerektirmiştir. Hz. Ömer ilk olarak Medine'ye Ebüdderda'yı, Basra'ya Şureyh'i, Kufe'ye Ebu Musa el-Eş'ari'yi tayin etmiştir (Ortaylı, Osmanlı Kadısı, s. 117; Cin/Akgündüz, s. 263).

⁴⁸⁸ Demir, ss. 17, 18; Cin/Akyılmaz, s. 123; Gedikli, Kazâ, s. 117; Şentop, Görev, s. 89.

⁴⁸⁹ Akman, s. 38; Gedikli, Kazâ, s. 117; Bilmen, VIII, s. 222; Özkorkut, Yargı, s. 231; Şentop, Görev, ss. 89, 90.

hemen bir kadı atıyorlardı⁴⁹⁰. Bu şekilde o yere, devletin ve İslam'ın egemen olduğunu gösteriyorlardı. Osmanlı Devleti'nde kadı, yüzyıllar boyunca hâkimiyeti sembolize eden bir memur olarak kabul edilmiştir⁴⁹¹.

İslam devletinin teşkilâtlanmasında önemli yapısal değişikliklerin olduğu Hz. Ömer'in halifeliği döneminden itibaren valilerden bağımsız kadılar atanmış ve bunlar doğrudan halifeye bağlı olarak görev yapmışlardır⁴⁹². Bu uygulama Osmanlı Devleti'nde de devam etmiş; eyalet, sancak ve kazalara merkez tarafından bağımsız kadılar atanmıştır. Osmanlı Devleti'nde ilk olarak Osman Gâzi tarafından kadı tayin edilmiş; Sultan I. Murad zamanında da önceki İslam devletlerindeki kâdiyülkudatlığın benzeri kazaskerlik kurumu kurulmuş ve kadıları artık fiilen bu makam tayin etmeye başlamıştır⁴⁹³. Daha sonra bu makam, Rumeli ve Anadolu kazaskerliği olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bunlar, Osmanlı Devleti'nde ilmiye sınıfı adı verilen ve kaza, fetvâ, öğretim işleriyle uğraşan sınıfın başı olmuşlardır⁴⁹⁴.

16'ncı yüzyıl sonlarına kadar kadıları padişah onayına sunulmak üzere kazaskerler seçerken, bu yüzyıldan itibaren kazaskerin seçme yetkisi kaza kadıları ile sınırlandırılarak eyalet kadılarını seçme işi şeyhülislâma bırakılmıştır⁴⁹⁵. 17'inci yüzyıl itibariyle şeyhülislâm, Osmanlı Devleti'nde ilmiye sınıfının ve yargı teşkilâtının başı haline gelmiştir. Atama işleminin yanı sıra şeyhülislâmın, kadıların görev sürelerinin uzatılması, arpalık verilmesi, haksız uygulamalarından dolayı

⁴⁹⁰ Osman Bey zamanında, Bursa'nın fethine kadar kadıların bağlı bulunduğu bir teşkilât mevcut değildi. Orhan Bey döneminden itibaren devletleşme sürecine girilmiş; bu gelişme yargı alanında da kendisini göstermiş ve kurumsal bir yapılanmaya doğru gidiş başlamıştır (Ahmed Lütfi, s. 17; Durhan, s. 56).

İlk kadıların İznik, Bursa ve Edirne gibi merkezlere tayin edildiği, yeni fethedilen yerlere ikinci ve üçüncü derecede kadıların gönderildiği kaynaklardan öğrenilmektedir. Yıldırım Bayezid zamanında, Veziriazam Çandarlı Ali Paşa tarafından kaza silkinin ve kadı hiyerarşisinin bir düzene bağlandığı bilinmektedir (Ortaylı, Kadı, s. 70; İnalçık, Adâletnâmeler, s. 76).

⁴⁹¹ Ortaylı, Kadı, ss. 69, 71; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 241; Durhan, s. 56; Ekinci, s. 369.

⁴⁹² Atar, Kadı, s. 66; Cin/Akgündüz, I, s. 263; Cin/Akyılmaz, s. 155; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 100; Karakoç, Hicrî, s. 4244.

⁴⁹³ Ahmed Lütfi, ss. 17, 23; Kazaskerlerin kadı tayini konusunda tuttukları defterlere "ruzmançe" denmektedir. Bunların önemli bir kısmı İstanbul Müftülüğü Şer'iyye Sicilleri Arşivi'nde bulunmaktadır (Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, E.T. 08.12.2015).

⁴⁹⁴ Ekinci, Kadılık, s. 418; Aslan, s. 14; Cin/Akgündüz, ss. 266, 269; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 239; Ekinci, s. 370; Gedikli, Kazâ, s. 118.

⁴⁹⁵ Zembilli Ali Cemali (ölüm 1525), İbn-i Kemal (ölüm 1534) ve Ebussuud Efendi (ölüm 1573)'nin şeyhülislâmlık makamına gelmeleriyle, bu makam önem kazanmış ve bu kişiler Osmanlı Hukuku'nun mimarı olmuşlardır (Cin/Akgündüz, s. 267). Kanunî döneminde Ebussuud Efendi başşehir müftüsü diye anılmış, ilmiyenin reisi sayılmış ve kazaskerler onun ardında kalmıştır (Ortaylı, Kadı, s. 70).

cezalandırılmaları, cezalarının azaltılması ya da affedilmesi konularında da yetkisi bulunmaktaydı⁴⁹⁶.

Padişahın yargı yetkisini vekâlet akdiyle kadıya devrettiği Osmanlı Hukuku'nda padişah, her zaman kadının hüküm ve tasarruflarını kontrol ve gerektiğinde iptal etme, gerekirse direk kendisi yeniden yargılama yapma veya bir başkasını bu işle görevlendirme yetkisine teorik olarak sahipti. Başka bir deyişle, azil yetkisi de her zaman padişahta olmuş, bunun için bir sebebin bulunup bulunmaması önemli görülmemiştir. Bu sebeple, yargı bağımsızlığı açısından gerekli olan hâkimin görev güvencesinin Osmanlı Devleti'nde tam olarak sağlandığı söylenememektedir. Aynı anlayış çerçevesinde Osmanlı padişahı, yargı yetkisini kadıya zaman, mekân⁴⁹⁷, görev ve yetki alanı (askerî kadı, Haymana Kadılığı vs gibi) açılardan sınırlandırarak devrederdi. Yargı görevi ve yetkisi sınırlandırılan kadı buna uygun olarak görevini yerine getirirdi⁴⁹⁸. Örneğin, belli bir bölge veya belli tür davalara bakmak üzere tayin edilen kadının görev alanı bunlarla sınırlıydı. Kadılar devraldıkları bu yetki dâhilinde davalara bakarken, davanın konusuna ve mevcut hukukî düzenlemelere göre İslam Hukuku, Kanun-ı Osmanî ve fermanlar ışığında hüküm verirlerdi⁴⁹⁹.

Osmanlı Devleti'nde padişahın her zaman kadıyı kontrol etme ve azil yetkisi bulunmakla birlikte, adalete büyük önem verildiği için, kadıya yargı işlevini yerine getirirken müdahale edilmeyeceği kabul edilmiştir⁵⁰⁰. Uygulamada da padişahlar kadıların içtihatlarına müdahale etmemiş, aleyhlerinde açılan davalarda da ayırım gözetilmeksizin herkes gibi yargılanmışlardır. Örneğin, Molla Gürânî'nin verdiği

⁴⁹⁶ Cin/Akgündüz, ss. 267, 268; Gedikli, Kazâ, s. 118; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 240; Ekinci, s. 370; Özkorkut, Yargı, ss. 231, 232.

⁴⁹⁷ Yargı yetkisi yer itibarıyla da sınırlandırılmıştır. Bir kadı, kendi yargı bölgesinin her tarafında hükmedebilir; bir yerin mahkeme binası olarak kullanılması ve davanın orada yürütülmesi gerekmezdi. Kadı, bulunduğu merkezin bağlı olduğu köylerde de hükmedebilirdi. Ama kendi yargı bölgesi dışında hükmedemezdi (Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, E.T. 08.12.2015). Herkes ait olduğu bölge mahkemesinde yargılanır; kadılar da kendi bölgesi dışındaki kişilerin davasına bakamazdı. Kadı, bu kurala aykırı davranırsa, bölgesine tecavüz edilen kadı tarafından durum merkeze şikâyet edilirdi. Örneğin, Çukurcak kadısı, Ankara Sancakbeyi ve Kadısına, “*bazı kadıların kendi bölgesine girip dava gördüklerini*” şikâyet etmiştir. Kadılar ancak padişahın özel bir fermanıyla yetkilendirilirse, başka kadıların bölgesindeki işlere bakabilirlerdi (Ortaylı, Osmanlı Kadısı, s. 126).

⁴⁹⁸ Kadılar için asıl olan “yetkisizlik”tir; “yetki” hâli tayin beratıyla ortaya çıkmaktadır. Tayin beratlarında genel ifadelerle, kadıların yapacakları işler ve bakacakları davalara belirtilirdi. Bazen de beratlarda kadıların bazı davalara bakmamaları istenmiş; verilen yetki kapsamından bazı hususlar istisna edilmiştir (Şentop, Görev, ss. 95, 96).

⁴⁹⁹ Atar, Kadı, s. 68; Bilmen, VIII, ss. 222, 223, 247; Cin/Akgündüz, I, ss. 391, 392; Aslan, s. 60; Ekinci, s. 372; Şentop, Görev, ss. 90, 91; Koç/Tuğluca, s. 14.

⁵⁰⁰ Ekinci, ss. 371, 372; Özkorkut, Yargı, s. 231; Dağcı, s. 573.

hükme padişahın müdahale etmesi üzerine, Molla'nın "istiklâl-i mahkeme" gereğini ileri sürerek istifa ettiği ve bu davranışın saygı gördüğü bilinmektedir⁵⁰¹. Kadının verdiği hükmün sadece nass ya da icmaya aykırı olması durumunda bozulması mümkün görülmüştür⁵⁰².

Osmanlı Devleti'nde kadılar, günümüz hâkimlerine göre çok daha geniş yetkilere sahipti. İlmiye sınıfından olan kadılar, mahkemelerde hem şer'i hem de örfî davalara bakmışlardır. Yargısal görevlerinin dışında daha pek çok görevleri vardı⁵⁰³. Kazalarda kadılar, hem hâkim hem idareci olmuşlardır. Osmanlı Devleti'nde kadı kadar geniş görev alanı bulunan başka bir memur yoktu. Kadı, şer'i hukuku uygulamakla görevli olması sebebiyle merkezi hükümet memuru olduğu kadar halkın da devlet karşısındaki temsilcisi ve sözcüsü konumundaydı. Örneğin, pazar yerinin değiştirilmesi gibi bir durumda halk adına merkeze bu talebi kadı iletirdi. Yetkileri oldukça geniş olan kadıların ehl-i örf denilen yürütmenin temsilcileri karşısında daha dik durdukları söylenebilir⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ Ortaylı, Mahkeme, s. 255.

⁵⁰² Özkorkut, Yargı, s. 231.

⁵⁰³ Kadılara, dinî (imamlık gibi), malî, idarî, askerî, eğitim öğretim gibi yargısal olmayan görevler de verilmiştir. Görevi sınırlandırılmamış bir kadının yapabileceği işler, "davalara bakıp onları hükme bağlamak, hakları sahiplerine iade etmek, yetimlerin, akıl hastalarının, hacir altına alınanların mallarında tasarrufta bulunmak, vakıflara nezaret etmek, vasiyetleri yerine getirmek, velileri bulunmayan yetim kızları denkleleriyle evlendirmek, had cezalarını infaz etmek, şehrin asayiş ve emniyetini sağlamak, belediye ile ilgili görevleri ifa etmek, şahitleri ve maiyetinde görev yapan memurları denetlemek" şeklinde sıralanabilir (Atar, Kadı, s. 68; Mumcu, Rüşvet, s. 121; Ekinci, ss. 373, 374; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 100).

Klâsik Dönem Osmanlı Devleti'nde kadıların çok sayıda görevleri bulunmaktadır. Kadının yerine getirdiği diğer görevler şöyle sıralanabilir: Kadı, sefer-i Hümayûn sırasında geçilecek yol, köprü, çeşmelerin tamiri ve erzak temininden sorumluydu. Yangın veya deprem olduğunda, ordu sevkiyatı, donanma inşası gibi olağan üstü durumlarda acilen inşaat işçi ve kalfası ve ustası sevki, malzeme sağlanması için kadılara emir verilirdi. Avarız vergilerinin toplanması, sefer zamanında gerekli okçu, kürekçi, at temini ve bunların nakli için iskelelerde at gemilerinin hazırlanması kadıların görevlerindendir. Kahvehane ve meyhaneleri kapatmak da kadının asayiş görevleri arasında bulunurdu. Şehrin kalesinin muhafazasındaki kale dizdarları, o bölge sancak beyi ve beylerbeyinden çok kadının sorumluluğu ve yönetimi altında kalmıştır. Kadının askerî görevleri arasında devşirme işleri ve devşirme eminlerinin kontrolü de vardı. Kısaca bir kadı, sadece makamında oturan bir hâkim olarak düşünülmemelidir (Ortaylı, Kadı, s. 72; Mumcu, Rüşvet, ss. 121, 122; Ekinci, ss. 373, 374; Canbakal, s. 69).

⁵⁰⁴ Demir, s. 18; Akman, s. 41; Ortaylı, Kadı, s. 70; Gedikli, Kazâ, s. 118; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 100; Ekinci, s. 373; Canbakal, s. 69; Avcı, Türk, ss. 133, 134.

3. Adil Bir Yargılama İçin Kadıda Bulunması Gereken Nitelikler

Adalet, Osmanlı Hukuku'nda üzerine en çok vurgu yapılan temel kavramlardan biri olup toplumun barış ve huzur içinde yaşamasının ön şartı olarak kabul edildiği için adaletin gerçekleşmesinde büyük rolü bulunan kadılık kutsal bir görev sayılmış ve bu göreve getirilecek kimselerde aranan özelliklere ayrı bir önem verilmiştir. Osmanlı Devleti'ndeki hak ve adalet esasları, kadıların ehliyeti ve sahip oldukları niteliklerle doğru orantılı olarak yerleşerek uygulanmıştır. Yargı sisteminin temel unsurlarının en önemlisi kadıdır; çünkü kadı olgun, mesleğinde iyi yetişmiş ve ehliyetli olduğunda onu çevreleyen yargı zincirinin diğer halkalarında da işler düzgün yürüyecektir⁵⁰⁵.

Fıkıh kitaplarının “edebü'l-kâdı” bölümlerinde kadılarda bulunması gereken özellikler ve kadının yargılamada dikkat etmesi gereken temel esaslar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bunlara göre kadılık yapacak kişilerin hür ve Müslüman olması, derin bir hukuk bilgisine sahip, beden ve mânen sağlıklı bir yapıda olması, sosyal ilişkilerin gereklerini, halkın ihtiyaçlarını, örf ve adetlerini kavrayabilecek bir kültüre, dış etkilere karşı koyabilecek sağlam karaktere sahip olması ve en önemlisi adaletli olması gerekmektedir⁵⁰⁶. Kadının tayini için gerekli olan bu vasıfların kaybı, azli için haklı sebep oluşturmaktadır⁵⁰⁷.

Kadıda bulunması gereken adalet şartı, yargılamanın her alanında ve özellikle hüküm verirken adaletli olmayı gerektirmektedir. Kur'an-ı Kerim'de ve hadislerde sıkça yer alan “adaletle hükmetme” emriyle, adaleti mutlak olarak sağlamak değil, yargılamada azamî titizliğin ve tarafsızlığın gözetilmesi kastedilmektedir⁵⁰⁸. Adaletten ayrılmayan insanlar azdır; bu yüzden yargı işlerini yürütecek ehil kimselere ihtiyaç vardır⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ Atar, Kadı, s. 67; Aslan, s. 33; Cin/Akgündüz, I, s. 275; Dağcı, s. 573; Gedikli, Kuzât, s. 104.

⁵⁰⁶ Bilmen, VIII, s. 214; Atar, Kadı, s. 67; Aslan, ss. 34, 35; Atar, Mürâfaa, s. 38; Cin/Akgündüz, I, s. 275; Ortaylı, Osmanlı Kadısı, s. 118; Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E.T. 08.12.2015); Cin/Akyılmaz, s. 155; Dağcı, s. 573; Gedikli, Kuzât, ss. 103, 104, 113; Mehmed Şerif, s. 61.

⁵⁰⁷ Ortaylı, Osmanlı Kadısı, s. 119; Atar, İslam, s. 87; Bilmen, VIII, s. 248.

⁵⁰⁸ Atar, Kadı, s. 69; Güleç, s. 41; Aslan, ss. 42, 43; Atar, İslam, s. 82; Şen, s. 508.

⁵⁰⁹ Kadılık görevini üstlenmenin “bıçaksız boğazlanma” ve “ateşten gömlek giymek” olduğuna işaret eden hadislerin yanı sıra bir hadiste de bu görevin manevî sorumluluğunu belirtmek üzere şöyle denilmiştir: “...kadılardan hakkı bildiği halde hükmünde zulmeden (gerçeği örten) kimse ateştedir. İnsanlar arasında bilgisizce hükmeden kimse de ateştedir”. Bu sebeple ilk dönemlerde ilim ve irfanıyla tanınmış bazı kişiler, kendilerine teklif edilen kadılık görevini manevî sorumluluğunun

Kadıda bulunması gereken ilim şartı da oldukça önemlidir. Kadının hükümleri ve delilleri bilmesi, gerektiğinde delillerden hüküm çıkarabilecek derecede derin hukuk bilgisine sahip olması gerekir; kadının bunları bilmekten yoksun ve cahil biri olması kabul edilemez⁵¹⁰.

Osmanlı Devleti'nde kadılar medreselerden yetişirdi; bu sebeple derece ve tayin açısından kadılarla medrese mezunları ve müderrisler iç içe olmuş, bunların hepsine ilmiye sınıfı denmiştir⁵¹¹. Osmanlı kadıları, derece olarak iki büyük gruba ayrılmış; birinci grup *mevleviyet* denilen büyük kadılıklardan, ikinci grup ise, kaza kadılıklarından oluşmuştur⁵¹².

Osmanlı Devleti'nde kadılar, eğitim, mesleğe geçiş ve terfi itibariyle gelişmiş bir hiyerarşiye ve kurallar bütününe tâbi olmuştur⁵¹³. Kadıların eğitimi için ilk medrese daha Sultan Orhan zamanında (1331 yılında) kurulmuştur. Fatih Sultan Mehmet devrinde, kadının mesleki eğitiminde kurumsallaşma ve hiyerarşisinin yerleşmesi açısından en önemli olay “Sahn-ı Seman” diye bilinen Fatih medreselerinin kurulmasıdır⁵¹⁴. Osmanlı medreseleri Kanunî döneminde son halini almıştır. Osmanlı Devleti'nde kadı tayini her şeyden önce belirli eğitim ve hiyerarşik terfi düzenine dayanırdı; bu sebeple kadılık için öngörülen eğitim şartı çok önemliydi⁵¹⁵. Kadı adayı, mesleğinin başından sonuna kadar hiyerarşik basamağı

büyük olması sebebiyle kabul etmek istememişlerdir (Atar, Kadı, s. 67; Bilmen, VIII, ss. 211, 212; Canan, Kütüb-i Sitte, Cilt:14, s. 76; Gedikli, Kuzât, s. 115; Şen, s. 509).

⁵¹⁰ Aslan, ss. 45-49; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 100; Ekinci, ss. 369, 370; Atar, İslam, ss. 83, 84; Gedikli, Kuzât, s. 115.

⁵¹¹ Cin/Akgündüz, I, s. 266; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 243.

⁵¹² Büyük ve önemli vilayetlere, bazı sancaklara mevleviyet rütbesine sahip kadılar atanırdı. Bunlar da yevmiyelerine göre ikiye ayrılırlardı; birinci grup, 300 akçeli mevleviyetler ki, bunlara devriye mevâlisi denirdi. İkinci grup, yevmiyesi 500 akçeye kadar yükselebilen büyük mevleviyetlerdi. En yüksek mevleviyet Rumeli ve Anadolu kazaskerliği olup payeleri bulunmaktaydı (Cin/Akgündüz, s. 273).

⁵¹³ Kadıların atama hiyerarşisi kısaca şu şekildedir: En alt kademede naipler bulunurdu. Bunların üstünde yargı örgütünün temel taşı olan asıl kadılar yer alırdı. Bunların üstünde kadıların çalışma biçimlerini denetleyen, daha üst bilgi düzeyine sahip olan müfettişler yer alırdı. Müfettişlerin üstünde “Menasib-i Devriye Kadıları” vardı; bunlar ülkenin önemli kentlerinde hâkimlik yaparlardı. En üst kademede mollalar bulunur ve bunların içine Rumeli, Anadolu kazaskerleri, İstanbul, Bursa, Edirne kadıları girerdi (Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 242, 243).

⁵¹⁴ Fatih Medresesi'nin öğrencilerine *Danışmend* denilir, mezunları kadılık görevi için başvurabilirdi. Kadı adaylarının önemli bir merkezin şer'iyeye mahkemesinde staj görmeleri gerekirdi. Seçilen adaylar, büyük kadılıklara en az beşer kişi olmak üzere stajyer olarak gönderilirler; mevleviyet payesine sahip kadıların yanında üç beş yıl çalışarak İstanbul'a gelirler ve burada da bir yıl mülâzemet (adaylık, asistanlık) ile vakit geçirirlerdi. Ancak bundan sonra alt kademedeki kazâlardan birinin kadılığına atanabilirlerdi (Ortaylı, Osmanlı Kadısı, s. 121; Ekinci, s. 370).

⁵¹⁵ Medrese tahsilinde ilk aşama Hâriç ve ardından Dâhil medreseleridir; genellikle taşrada bulunan bu medreseleri bitiren öğrenciler belli bir staj dönemi ve sınavdan sonra naip olabilirlerdi. Öğrenimlerini

tırmanırdı. Kadılığı tercih eden adaylar ilk olarak kaza kadılığına tayin edilirdi; kaza kadılığına tayin edilenler, kadılık derecelerinde yükselerek şeyhülislâmlığa kadar çıkabilirlerdi. Osmanlı Devleti'nde ilmiye sınıfı üçe ayrılarak görevlendirilmekteydi. Her grubun belli bir görevi vardı; müderrisler öğretimle, müftüler fetvâ göreviyle, kadılar da yargı göreviyle yükümlü bulunmaktaydı. Kadılar, bu hiyerarşi içinde mutlaka gerekli medrese eğitimini ve hukuk bilgisini kazanmış olmak zorundaydılar. Hiyerarşiye girebilmek için medrese mezunu olma şartı getirilmişti⁵¹⁶.

4. “Kadı Kararı Olmadan Kimsenin Cezalandırılmayacağı” İlkesi

Osmanlı Hukuku'nda hiç kimse kadı kararı olmadan, ehl-i örf tarafından cezalandırılmazdı. Kadı tarafından yargılama yapılmadan kimse adaleti yerine getiremez, kadı kararına dayanmadıkça kimse infâz edilemezdi⁵¹⁷. Osmanlı Devleti'nde, mahkemeden hüccet ve ilâm almadan, kanunnamelerdeki ifadesiyle “kadı ma’rifetinsüz” kimsenin en küçük bir hakkına dokunulmaması üzerinde ısrarla durulmuştur⁵¹⁸. Kanunî'nin Umumî Kanunnamesi'nin üçüncü faslında

devam ettirmek isteyenler Sahn-ı Seman Medreselerine gidebilir ve bu aşamaları da başarıyla tamamlarlarsa icazet alarak mülâzım (aday, stajyer) olurlardı. Mülâzımlar kazâ kadısı olma hakkını kazanırdı. Eğitimine devam etmek isteyenler, Altmışlı ve Kanunî döneminde kurulan yüksek düzeydeki medreseleri de (Mûsile-i Süleymaniye, Havâmis-i Süleymaniye, Nefs-i Süleymaniye) tamamlayıp, son basamak olan Dâr'ül-Hadis'ten de mezun olduktan sonra müderrislik ve yüksek dereceli hâkimlik görevlerine tayin edilirdi (Cin/Akıymaz, ss. 155, 156; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 243, 244).

⁵¹⁶ Ortaylı, Osmanlı Kadısı, ss. 120, 121; Ortaylı, Kadı, ss. 69-71; Cin/Akgündüz, I, ss. 271-273; Bilmen, VIII, s. 214; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 242-244; Avcı, Türk, s. 132.

⁵¹⁷ Ebussuûd Efendi'nin bu konuyla ilgili bir fetvası şu şekildedir: “Zeydi Hind bir mesele için Yeniçeri ağasına iletmek kâdî eddik de Hind; Ehl-i şer'e varalım diyecek; Zeyd; Şer'e varmazın dese, Zeyd'e ne lâzım olur? El-cevap; Kâfir olur, avratı bâyin olur. Gene; Mesele; Zeyd Amr'a gel şeriata gidelim dedikte, Amr; Varmazın dese ne lâzım olur? El cevap; Tecdid-i iman (imani yenileme) lâzımdır” (Ortaylı, Mahkeme, s. 255). Ebussuûd Efendi bu fetvasında şer'i hukukun alanına müdahale eden ehl-i örfün kâfir sayılacağını ve ona en ağır cezanın verileceğini söylemiştir.

⁵¹⁸ Fatih devri Saruhan Sancağı Tuz Yasaknamesi'nin 4'üncü maddesinde, “kadı kararı olmadan cezalandırılmama” ilkesi şu şekilde yer almıştır: “Her kimin hükmüne muhalif hareketi bulunursa ki evinde ya da elinde Saruhan tuzundan gayri tuz ya yerin kadısına getüre, kadı katında sabit olduktan sonra emrim mucibince (emrim gereğince) yasak edeler, gereği gibi hakkından gele, kulunun eline hüccet vere” (Akgündüz, Kanunnameler, I, s. 628).

II. Bayezid'in Umumî Kanunnamesi'nin 38'inci maddesi de şu şekildedir: “Ve eğer ehl-i örfle bir kimesnenin hırsızluğu zahir olursa, kadı olan ehl-i örf hüccet vere, ehl-i örf ol hüccet mucibince asılmağa müstehak olanı asa ve kat-ı uzva müstehak olanı kat'ı uzuv ede” (Akgündüz, Kanunnameler, II, s. 44).

III. Murad Umumî Kanunnamesi, m. 71: “Ve dahi sipahi ve ummal (vali, yönetici) tائفesi şer'an bir nesne sabit olmadan mücerred (soyut) mesavi (kusur, kötü haller) olmağa anlara dahl (suçlama,

“yargılamadan kimseye ceza verilemez” ilkesi şu şekilde yerini almıştır: “...*kadı kararı olmadan kimse ehli örf tarafından yakalanıp, hapsedilip, incitilmesin...*”⁵¹⁹.

Osmanlı Hukuku’nda “yargılama yapılmadan ceza verilemeyeceği” ilkesi reâyâ bakımından mutlak kabul edilirken, kul sistemi bu ilkenin istisnası olmuştur. İlmiye sınıfı dışında kalan tüm yönetici sınıf üyeleri padişahın kulu olarak kabul edildikleri için, padişah onlara yargılama yapmadan ölüm cezası dâhil tüm cezaları verebilme yetkisine sahip olmuştur⁵²⁰. Buna padişahın örfî ceza verme yetkisi denilmiştir. Ancak bu durum her zaman böyle olmamıştır; yönetici sınıf üyelerinin de yargılanarak cezalandırıldığına ilişkin çok sayıda örnek bulunduğu gibi, yargılama yapılmasa da soruşturma yapıp, fetvâ alındıktan sonra cezalandırıldıklarına yönelik örnekler de vardır. Padişahlar genellikle, bir kimse hakkında siyâset olunup olunmayacağını fetvâyla belirleme yolunu seçmişlerdir. Bu şekilde padişahlar şer’i hukuka uygun davrandıklarını kanıtlamaya çalışmışlardır; ancak fetvâ alınsa da yargılama yapılmadan verilen bir ceza adaletin gerçekleşmesini engellemektedir⁵²¹.

Reâyâ söz konusu olduğunda “yargılamasız ceza verilmez” ilkesine titizlikle uyulmaya çalışılmıştır. Reâyâ da bu hakkını her zaman bilip, korumak istemiştir. İlkenin ihlâl edildiği durumlarda, hakkı ihlâl edilen kişiler durumu dilekçeyle merkeze bildirmişler; merkez de bu hukuka aykırılıkların giderilmesi için hemen harekete geçmiş, adaletsizliklerin sürmesine izin vermemiştir. Örnek olarak, Salamon isimli bir Yahudi reâyânın “devletten adalet talep etme” hakkı çerçevesinde padişaha yazdığı bir dilekçe verilebilir. Dilekçede Salamon, olayı anlatıp, ehl-i örf ve kadıdan şikâyet etmiş ve padişahın adaleti sağlamasını istemiştir⁵²². Dilekçe üzerine padişah, Ruscuk kadısını davaya bakmakla görevlendirmiş ve konuyu araştırmak için

töhmət) edüb taarruz etmeyeler”; m. 72: “*Kadı marifeti olmadan kimesneyi ehl-i örf habs edüb incitmeye*” (Akgündüz, Kanunnameler, 8/I, s. 115).

⁵¹⁹ Akgündüz, Kanunnameler, IV, s. 305; Ahmed Lütfi, s. 53; Cin/Akgündüz, I, s. 386; Karaman, I, s. 221; Fendoğlu, s. 189.

⁵²⁰ II. Mahmut’un memurlar için çıkardığı 1838 tarihli “Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnamesi”nde yargılama yapılmadan keyfî ceza verilmesi yasaklanmış ve yönetici sınıf için önemli güvenceler gelmiştir (Akyılmaz, s. 220).

⁵²¹ Akyılmaz, ss. 198, 219.

⁵²² “...*Yergöğü kadısı yargılama yapmadan düşmanlarımlın şehadetiyle sürgün edilmem yönünde ilâm vermiştir. ...bu fukara kullarını kadı kararı olmadan 15 gün Mazhar Ağa tomruğunda hapis ettirmiştir. ...bu fukara kullarını alıp, on günden fazla Bükreş’te boğazımda zincir, ayağımda bukağı (ayağa geçirilen demir köstek) her türlü cevr ve eziyet çekip, bila muraflaa (yargılamasız) nefy (sürgün) edilerek Limni’ye gönderildik. ...kadı kararıyla emr-i şer üzere hasımlarımdan hakkımlın aliverilmesini isterim. Ferman padişahımdır*” BOA, CADL, t. 29/C/1177, Dosya No: 84, Gömlek No: 5057/a (Aktaran Akyılmaz, ss. 205-207).

İstanbul'dan bir mübaşir göndermiştir. Mübaşir de gönderdiği raporda Salamon'un dediklerini doğrulamış ve Eflak ahâlisinin eskiden beri şeriâta ve kanuna aykırı hareket ettiğini belirtmiştir. Bunun üzerine padişah bir fermanla hukuka aykırılıkların giderilmesini ve ilgili görevlilerin cezalandırılmasını emretmiştir. Zimmî reâyânın haklarının bilincinde olduğu dilekçeden anlaşılmaktadır. Yargılamadan ceza verilemeyeceğinin dilekçede sıkça vurgulanması, bu ilkenin Osmanlı Hukuku'nda ne kadar yerleştiğinin ve benimsendiğinin göstergesidir⁵²³.

5. İstiklâl-i Mahkeme/Muhakeme İlkesi (Yargı Bağımsızlığı İlkesi)

a. Genel Olarak

İstiklâl-i mahkeme/muhakeme (mahkemelerin veya yargılamanın bağımsızlığı), şüphesiz ki adil yargılanmanın temel şartıdır. Diğer bütün yargılama ilkelerinin uygulanabilmesi için bağımsız bir yargıya ihtiyaç vardır. Kadıların bağımsızlığı, yargı bağımsızlığının temel, “olmazsa olmaz” şartıdır. Kadının hak ile batılı, helâl ile haramı, iyi ile kötüyü ayırırken bağımsız olması ve görevini yerine getirirken kimsenin ona müdahale etmemesi gerekir. Kadının yargı görevini yerine getirirken bağımsız olması onun şer'i bir hakkıdır. Yargı bağımsızlığı, şer'i hükümlerin hiçbir etki altında kalmadan uygulanabilmesi için gereklidir. Günümüz hukuk sistemlerinde yargı bağımsızlığı için öngörülen teminatlar, Osmanlı Hukuku'nda tam anlamıyla yer almamış olsa da, Osmanlı'da yargının üstünlüğüne ve yargı bağımsızlığını sağlamaya önem verilmiştir⁵²⁴.

⁵²³ Akyılmaz, ss. 205-208. Benzer bir örnek, Yozgat'ta yaşayan Kiğorik isimli bir zimmînin padişaha dilekçe yazarak oğlu Kirkor'un Yozgat beylerbeyi Abdullah Bey tarafından yargılama yapılmadan, kadı kararı olmadan ve fetva olmaksızın kilise kapısında salb edildiğinden ve yeğeninin de sakat bırakıldığından şikâyet ederek, hakkın iade edilmesini istediği belgedir. BOA, HHT, T:29/Z/1250, Dosya No: 0696, Gömlek No: 33569 (Aktaran Akyılmaz, ss. 210, 211).

⁵²⁴ Fendoğlu, ss. 30-37; Dağcı, s. 573; Aslan, ss. 146, 148; Atar, Kadı, s. 69; Cin/Akgündüz, I, s. 389; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 228; Şen, s. 511; Özden, s. 29.

b. İslam Hukuku'nda Yargı Bağımsızlığı İlkesi

İslam Hukuku'nda yargı bağımsızlığı, Kur'an hükümlerine ve bizzat Hz. Peygamber'in uygulamalarına dayanmaktadır. Yargının bağımsız olmasıyla ilgili Yüce Allah şöyle buyurmuştur: *“Aralarında Allah'ın sana indirdiği hükümlerle hükmet; onların keyiflerine uyma. Allah'ın sana indirdiği hükümlerin bir kısmını sana tatbik ettirmemek için yapacakları saptırmadan şiddetle kaçın...”*⁵²⁵. Hâkimin, baskı, teşvik ve tavsiyeden arınmış bir şekilde yargı görevlerini yerine getirmesi ilâhî emirlere dayandığından, her türlü dünyevî otoritenin yargıya müdahalesi, halka karşı bir zulüm, kanunen bir suç ve dinen Allah'a karşı büyük bir günah olarak kabul edilmiştir⁵²⁶.

Hukuku uygulayan makamların korunması ve yargı görevlilerinin kimseden korkmadan görevlerini yerine getirebilmelerini sağlamak için gerekli önlemlerin alınması maslahat gereğidir. Eğer bir kadı, yargı bünyesinden kaynaklanan güçlere veya dış güçlere karşı kendini güvence altında hissetmiyorsa, orada yargı bağımsızlığından bahsedilemez. Kadı, devlet tarafından korunmalıdır; devletin kendisini korumadığını düşünen, gereksiz şikâyetlerden bunalan kadıdan bağımsız davranması beklenmemelidir. Kadı, adil hüküm verebilmek için kimsenin etkisi ya da baskısı altında olmamalıdır; baskıya maruz kalan kadının istifa etmesi gerekmektedir⁵²⁷.

Kadı, velâyet açısından da bağımsız olup halkın velâyetiyle onlar adına hüküm vermektedir. Her ne kadar devlet başkanı tayin etse de, gerçekte kadıyı halk tayin etmiş sayılmaktadır. Devlet başkanı halkın vekilidir; kadıyı tayin etmesindeki yetkiyi de buradan almaktadır. Bu yüzden devlet başkanı ölse de, halkın velâyeti devam ettiğinden kadı azledilmiş olmamaktadır. Kadılar kendilerini tayin eden kişilerin vekili sayılmakla birlikte onları tayin eden kurum ya da kişiler adına değil kamu adına görev yaparlar; bu yüzden görevleri kendilerini tayin edenlerin ölümü veya görevden ayrılımlarıyla son bulmaz⁵²⁸. Devlet başkanı, kadıyı sadece halk adına azledebilir. Kadıların sıkça azledilmesi yargı makamına karşı duyulan saygı ve

⁵²⁵ Mâide, 5/49.

⁵²⁶ Fendoğlu, s. 35; Şen, ss. 511, 512.

⁵²⁷ Aslan, ss. 147, 148; Cin/Akgündüz, I, s. 389; Özden, s. 29.

⁵²⁸ Atar, Kadı, s. 68.

güveni azaltacağı için, kadının ilmi ve adaleti bilinip, bunları zedeleyici bir durum ortaya çıkmamışsa, sırf hakkında şikâyet var diye görevden alınması meşru değildir. Toplumda yargıya olan güven zedelemesin diye şikâyet durumunun gizli araştırılması gerekmektedir. Hz. Ömer'in sırf şikâyetten dolayı bazı valileri görevden aldığı bilinmekle birlikte, herhangi bir kadıyı bu yüzden azlettiğine rastlanmamıştır⁵²⁹.

c. Osmanlı Hukuku'nda Yargı Bağımsızlığı İlkesi

Osmanlı Devleti'nde bir hukuk adamı ve şer'i hâkim olan kadı, padişahın yargı alanında mutlak yetkiye sahip vekiliydi. Osmanlı'da daima bağımsız konumda olan kadının yargı işlerine kimse müdahale edemezdi; kadılara siyaset cezası da uygulanamazdı⁵³⁰. Merkezîyetçi imparatorlukta bir mülkî amir konumundaki kadı, doğal olarak merkeze bağlıydı; ancak, ehl-i örfün emri veya etkisi altında değildi. Aynı şekilde, kazasker ve şeyhülislam da kadıyı sınırlayıcı otoriteler değillerdi⁵³¹; bunlar, adlî hataları ve yolsuzlukları önleyen üst makamlardı. Bu kurumların bağımsızlığı önleyici bir durumları bulunmamaktaydı. Osmanlı Devleti'nde kadı, padişah tarafından belirlenmiş pozisyonlara sahip bürokrat ve askerlerden daha geniş bir hareket hürriyetine sahipti⁵³².

Kazalara atanan kadılar, bulundukları yerde hâkimlik, noterlik, kaymakamlık, belediye başkanlığı gibi pek çok hukukî ve idarî görevi birlikte yapmışlardır. Bu gösteriyor ki, kazalarda idarî görevler de yargının temsilcisi olan kadıya verilmiştir. Bu yüzden Osmanlı Devleti'nde yargının yürütmeye değil de, yürütmenin yargıya daha bağlı olduğu görülmektedir. Sancaklarda ise, yürütmenin temsilcisi olan sancakbeyinden bağımsız, doğrudan merkeze bağlı olan kadılar görev yapmışlardır.

⁵²⁹ Aslan, ss. 146-148; Şen, s. 512.

⁵³⁰ IV. Murad'ın Bursa seyahati sırasında İznik kadısını yollar temizlenmediği için idam etmesi ve Kanunî Sultan Süleyman'ın Kızıl Yenicesi kadısını menzil parasını çalması yüzünden astırması dışında bu kuralın ihlâline pek rastlanmamıştır (İlber Ortaylı, **Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994, s. 18; Ortaylı, Kadı, s. 70).

⁵³¹ Şeyhülislâm, en yüksek dinî otorite ve ulemanın başı olmasına rağmen, adaleti nasıl yerine getireceklerine ilişkin kadılara bağlayıcı direktifler vermemişlerdir. Ebussuûd Efendi gibi en kudretli şeyhülislam bile kendi hukukî görüşlerinin mahkemelerde uygulanmasını istediğinde, bunları padişaha sunarak, ondan kadılara uygun emirler çıkarmasını talep ederdi (Heyd, Kanun, s. 641).

⁵³² Ronald C. Jennings, **Studies on Ottoman Social History in The Sixteenth and Seventeenth Centuries: Women, Zimmis and Sharia Courts in Kayseri, Cyprus and Trabzon**, Isis Press, İstanbul, 1999, (Studies), s. 302; Karaman, I, s. 219; Şen, s. 514; Fendoğlu, ss. 190, 191.

Eyaletlerde de, eyalet kadıları merkezden atanmış ve bunlar yargı görevlerini kimse onlara müdahale etmeden, bağımsız olarak yerine getirmişlerdir⁵³³.

Osmanlı'da yargının yürütmeden bağımsız olduğunu bize gösteren bir durum da, kadılarla beylerbeyi, sancakbeyi gibi ehl-i örf arasındaki ilişkinin astlık-üstlük ilişkisi olmamasıdır. Kadı görevini yerine getirirken bu kişilere bağımlı olarak çalışmazdı. Her biri diğeriyle işbirliği içinde olan ancak bağımsız olarak çalışan birer kamu görevlisiydi. Kadı yargı konusunda bağımsız olsa da, mülkî görevlerinde ehl-i örf ile işbirliği yapması gerekirdi. Osmanlı Devleti'nde ehl-i örf ile ilmiye görevlileri arasında hassas bir denge kurulması merkeziyetçi eğilimli taşra idaresinin ana özelliğiyle ilgili olmuştur⁵³⁴. Ehl-i örfün yargılamadaki esas görevi, sanıkları yargılanmak için mahkemede hazır bulundurmak ve verilen hükmü infaz etmektir⁵³⁵. Suç ister şer'î ister örfî hukuka girsin, failin suçluluğunu tespit edecek olan kadıydı; ehl-i örf sadece cezaları uygulayabilirdi. Kadılar, sanığı mahkemede yargıladıktan sonra suçlu bulurlarsa, onu cezalandırmak için ehl-i örf'e yetki veren bir belge (*hüccet-i şer'iyye*) çıkarırlardı⁵³⁶.

Bağımsızlık ilkesi gereği, kadı merkezle yazışmak istediği zaman bölgesindeki en yüksek ehl-i örf kanalıyla değil, doğrudan yazışmaktaydı. Beylerbeyi veya sancakbeylerinin askerî dediğimiz devlet memurlarıyla ilgili bazı davalarda hazır bulunmaları, ancak yargılamaya müdahale etmemeleri de kadıların bağımsız olduklarını gösteren başka bir durum olarak kabul edilebilir⁵³⁷.

Osmanlı Devleti, vatandaş üzerindeki nüfuzunu artırmak için çalışan yöneticileri yani ehl-i örfü kadılarla kontrol ederdi. Sicil kayıtlarına bakıldığında,

⁵³³ Demir, s. 18; Cin/Akyılmaz, s. 158; Ekinci, s. 275; Şen, s. 514; Fendoğlu, ss. 125, 126.

⁵³⁴ Ortaylı, Osmanlı Kadısı, s. 124; Heyd, Kanun, s. 640; Fendoğlu, s. 137; Gedikli, Kazâ, s. 119.

⁵³⁵ Kadı, bir siyaset cezasına hükmettikten sonra suçluyu sancakbeyi veya subaşıya teslim ederdi; bedenî cezayı onlar yerine getirir ve ceza için para alamazlardı. Ceza, suçun işlendiği yerde yerine getirilmeliydi; çünkü bazı beyler ve adamları suçluyu uzaklaştırarak, parasını alıp salıveriyorlardı. Hiç kimsenin ceza karşılığında para almaya hakkı olmadığından bu durum kanunlarda yasaklanmıştı (İnalcık, Üstünlük, s. 204; İnalcık, Adâletnâmeler, s. 83).

Kadı kararı olmadan ehl-i örf tarafından ceza verilemeyeceği, kanunnamelerde de sıkça vurgulanmıştır. 1487 Hüdavendigâr Livası Kanunnamesi'nin 33'üncü maddesinde yer alan hüküm şu şekildedir: "*Mücrim (suçlu) olan kimesne teftiş olunmadan veyahut üzerine zahir olan şenayi' (kötü işler, günah hareketler) şer'le ve örfle yerine varmadan sancak beyi ve subaşı ve adamları nesne alub salıvermek memnudur*" (Akgündüz, Kanunnameler, II, s. 184).

⁵³⁶ Ortaylı, Kadı, s. 73; Heyd, Kanun, s. 640; Gedikli, Kazâ, s. 119; Fendoğlu, s. 136; Koç/Tuğluca, s. 15.

⁵³⁷ Aydın, ss. 79, 80; Cin/Akyılmaz, s. 158; Ekinci, s. 275; Fendoğlu, s. 126.

halkın da sıkça ehl-i örf hakkında şikâyetle bulunduğu görülmektedir⁵³⁸. Ehl-i örfü hak ve adalet sınırları içerisinde tutmak için kadılara geniş yetkiler verilmişti. Bu husus merkezden kadılara gönderilen fermanlarda sıklıkla vurgulanmakta ve kadıların yöneticilerin etkisinde kalmadan vatandaşı koruyup kollaması emredilmekteydi⁵³⁹. Bu sebeple Osmanlı Devleti'nde yöneticilerle kadılar arasında bir rekabet yaşanmaktaydı.

Kadıların bazen davanın selâmeti bakımından yetkili oldukları hâlde belli ceza davalarına bakmaktan kaçındıkları ve davayı Divân-ı Hümayûna havale ettiklerine rastlanmaktadır. Özellikle şikâyet olunan kimsenin bölgenin güçlü bir

⁵³⁸ Örneğin, Akçaabat'a bağlı bazı köylerde halkın ehl-i örften duydukları rahatsızlıkları dava konusu haline getirdikleri görülmektedir. Bu davaların birinde, Sera deresi köylerinden Derecik bucağı karyesi halkı toplu olarak Çıkrıkiyo halkından Kosta Kaliye adlı zimmîyi "*işbu Kosta müsfid (bozguncu) ve gammad ve yalan şahadet ile meşhur kimse olup halen subaşı olan Abbas ve kulu yanına takılıp yalan şahadet etmesi sebebiyle her birimizden subaşı nice nice cerime almıştır bunun hakkından gelinmez ise biz köyden kalkaruz*" diye şikâyet etmişlerdir. Bunun üzerine civar köylerin ve nahiyelerin halkından Kosta'nın ahvali sorulduğunda, onlar da "*Kosta gammad ve müsfid ve yalan şahadetle meşhurdur*" demişlerdir (22 Safer 973/18 Eylül 1565). Kısaca bu olayda köy halkı, subaşının içlerinden birini kullanarak kendilerine zulmettiğinden şikâyetçi olmaktadır (Fethi Gedikli, "1560-1566 Yıllarında Akçaabat ve Köylülerin Sosyal ve Hukukî Durumu", **Osmanlı Hukuku Makaleler**, Gündoğan Yayınları, İstanbul, 2012, (Akçaabat), s. 61).

Benzer bir olay yine Akçaabat'a bağlı Çıkrıkiyo, Fındıklı, Genez ve civar köylerdeki halkın toplu olarak mahkemeye gelip mültezim subaşı olan Kurd b. Mustafa ve Abbas b. Mehmed'den şikâyet etmeleridir. Halkın ifadesine göre, "*mezkuran subaşılar haddizatında zalim kimseler olup fevkalhad zulm ü te'addi edip (zulm etmek, saldırmak) şer'a ve kanuna muhalif nice zulmler*" yapmışlardır. Halk şikâyetinde, "*senin öküzün ile filan kimsenin öküzü güreş etikte senin öküzün yenmiş diye Kolyori'nin; bir kimse dereye düşüp boğulmak üzereyken sen sudan çıkardın Avram'ın cerimesini aldı*" gibi somut olaylardan bahsetmişlerdir (Gedikli, Akçaabat, ss. 61, 62).

⁵³⁹ Kayseri ahalisi kethüdası olan Osman Çavuş, Erkilet Köyü ahalisinden 22 kese akçe toplayarak (dönemin kadısıya da işbirliği içerisinde) altı kese akçeyi zimmetine geçirmiş ve ahalie hesap vermekten kaçmıştır. Ahalî kethüdanın yolsuzluğunu padişaha şikâyet etmiş, padişah da bu konu hükme bağlanmadıysa ve söylenenler de doğruysa kadının buna göre hükmedip hak sahiplerine haklarının eksiksiz verilmesine ilişkin bir ferman çıkarmıştır (Kayseri Şer'iyye Sicilleri, H. 1087 tarih ve 84 Nolu Defter, s. 185/b. 434). Burada görevini yapmayan bir kadı ve yargının işleyişini kontrol eden bir padişah görülmektedir. Sonrasında padişah adı geçen kethüdanın tayin ettiği mübaşirle divanda yargılanmak üzere merkeze gönderilmesine ilişkin Kayseri ve civar kazaların kadı ve mütesellimlerine hitaben ikinci bir ferman çıkarmıştır (Kayseri Şer'iyye Sicilleri, 84 Nolu Defter, s. 190/b. 447). Burada hakların ihlâlinde ve yolsuzlukların üzerine gidilmesinde gösterilen hassasiyet adil yargılama bakımından oldukça önemlidir (Aktaran Aslan, s. 151).

Avlonya beyine ve kadısına; "*Avlonya sancağı sipahilerinin, bedava yem ve yiyecek alarak halka zulmettikleri duyulduğundan, sipahilerin zapt altına alınarak ahaliden parasız bir şey almalarına meydan verilmemesi ve bu hususta kendilerine sıkı tenbihte bulunulması. 5 Rebiülevvel 973/ 30 Eylül 1565*", 5 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 303, s. 57.

Hlevne kadısına; "*Hlevne ahalisi, bugüne kadar gelen sancakbeylerinin kanunsuz olarak salgun salıp kendilerine zulmettiği yolunda şikâyetle bulunulduğundan, bundan sonra gelecek sancakbeylerinin adamlarının şer-i şerife ve kanuna aykırı iş yapmalarına izin verilmemesi. 23 Cemaziyelahir 973/ 15 Ocak 1566*", 5 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 808, s. 140.

kamu görevlisi olması durumunda böyle bir uygulama adaletin sağlanmasında en güvenilir yol olarak görülmüştür⁵⁴⁰.

Osmanlı Devleti'nde kadılar yasama karşısında da bağımsız konumdadır. Yasama yetkisine sahip olan padişah, bu yetkisini nişancı⁵⁴¹, kazasker gibi hukukçular yardımıyla kullanmaktadır. Ancak bu yasama yetkisi de oldukça daraltılmış; Tanzimat Dönemi'ne kadar idare, vergi, ceza, arazi, askerlik gibi kamu hukuku alanlarının şeri hukukla düzenlenmeyen konularıyla sınırlı kalmıştır. Şeri hukukun düzenlemiş olduğu özel hukuk konularında çok az kanunlaştırma faaliyeti gerçekleştirilmiştir. Ayrıca İslam Hukuku tarafından padişaha tanınan bu sınırlı yasama yetkisi, İslam Hukuku'nun genel ilkeleriyle de kayıtlandırılmıştır⁵⁴².

Kadıları tayin etme yetkisi padişahta olduğu için yargı üzerinde padişahın etkisi vardır; ancak şer'i hukuka ilişkin bir davayı bizzat padişah hükme bağlayamazdı. Örneğin, bir harbînin (İslam ülkesine izinsiz girmiş yabancı gayrimüslim kişinin) bir zimmî hakkındaki şahitliği İslam hukukçularınca caiz olmadığı halde; padişah, harbîlerin şahitliğinin kabul edilmesine dair bir ferman çıkarmıştır. Bunun üzerine şeyhülislâm Ebussuûd Efendi diplomatik bir dille, bunun olsa olsa kâtiplerin bir hatası olduğunu (kinayeli bir sözle padişahın yanlış ferman çıkarmayacağını) belirtip, yoksa padişahın dinen meşru olmayan bir konuda herhangi bir tasarrufta bulunamayacağını ustalıkla hatırlatmıştır⁵⁴³. O, bu tavırla padişaha karşı bile yargı bağımsızlığı konusunda ödün vermeden direnebilmiştir. Bu olay, Osmanlı Devleti'nde hukukun üstünlüğünü kanıtlar niteliktedir⁵⁴⁴.

Yargı bağımsızlığı gereği yargı, yargıya karşı da bağımsız olmalıdır. Yargılamada tarafsızlığı ve bağımsızlığı sağlamak amacıyla, Osmanlı Hukuku'nda kadılar eşit statüde kabul edilmiştir. Kadılar arasındaki farklılık, kıdem, rütbe ve maaş bakımındandı. Osmanlı Yargılama Hukuku'nda bugünkü anlamıyla istinaf ve temyiz mercilerinin bulunmamasının sebeplerinden birisi de budur⁵⁴⁵. Keşif ve bazı

⁵⁴⁰ Aydın, s. 82; Şen, s. 516.

⁵⁴¹ Nişancı, örfi hukuku şer'i hukukla bağdaştırmak, yeni koyulacak örfi hukuk kurallarını saptamak, hükümdarların önemli fermanlarını hazırlamak gibi hukuk işlerini düzenlerdi (Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 256).

⁵⁴² Demir, s. 18.

⁵⁴³ Akgündüz, Kanunnameler, IV, s. 53; Aslan, s. 150; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 228; Fendoğlu, ss. 191, 192.

⁵⁴⁴ Aslan, s. 151.

⁵⁴⁵ Demir, s. 42; Ekinci, Kadılık, s. 418; Ekinci, s. 372.

hukukî konularda iki kadının yazışması ise, bir tür işbirliğidir; bağımsızlığı zedeleyici bir durum oluşturmamaktadır⁵⁴⁶.

Uygulamada Osmanlı kadısının bağımsız şekilde görevini yerine getirmesini engelleyenler, ehl-i örf veya yöneticilerden çok, mahallî halkın önde gelenleri olmuştur. Kadının görevine müdahale eden, yalancı şahit tutan, olur olmaz şikâyetlerle adaleti yanıltan kişilerin sayısı çoktu. Bu kötü uygulamaların yaygınlığı durumun fermanlarla, adâletnâmelerle sık sık yasaklanmasından anlaşılmaktadır. Aralık 1595 tarihli bir Adâletnâme’de, “şehir ve kasabalardaki bazı müteferrika ve dergâh-ı âli çavuşlarının⁵⁴⁷ mahkemelerin işine sık sık müdahale edip, bu yola zulüm ve eziyetlerini arttırıp, halkı tehdit edip soyduklarını, bu durumun önlenmesi gerektiğini” bildirmektedir⁵⁴⁸.

Osmanlı tarihinde uygulamalar her zaman teorideki gibi olamamıştır. Osmanlı Devleti gibi feodal bünyeli bir toplumda, devlet sisteminin teorik yapısı yargı bağımsızlığını öngörse de, bunu sağlayacak bir örgüt ve mekanizmanın kurulması zordu. Bu sebeple uygulamada bazı kadılar, gerek mülkî amirlerin gerekse nüfuzlu kişilerin etkisi altına girmişlerdir⁵⁴⁹.

ç. Osmanlı Devleti’nde Kadıların Denetimi

Yöneticiler görevlerini yaparken kadıların kendilerine ayak bağı olmasını istemezlerdi; ancak, kadıların görevi de yöneticilerin vatandaşlara haksızlık yapmasına engel olmaktı. Her iki tarafın temsilcilerinin de zaman zaman yetkilerini aşarak haksız uygulamalara başvurdukları görülmüştür. Özellikle 17’inci yüzyıl başlarından itibaren kadılar, vakit buldukça devre çıkma⁵⁵⁰, gezici mahkemeler kurma ve bu

⁵⁴⁶ Ortaylı, Osmanlı Kadısı, s. 125.

⁵⁴⁷ Müteferrika: Padişah, sadrazam ve vezirlerin emirlerini götüren kimse.

Dergâh-ı Âli Çavuşları: Divân-ı Hümayûn çavuşları demek olup, padişah veya sadrazam tarafından verilen emirleri tebliğ etme, idam hükümlerini icra etme, ikametgâhlarında gözetim altında tutulan sefirlerle nezaret etme gibi görevleri bulunur (Orhan Fuat Köprülü, “Çavuş”, *DİA*, Cilt:8, s. 237).

⁵⁴⁸ İnalcık, Adâletnâmeler, s. 107; Fendoğlu, s. 194.

⁵⁴⁹ Ortaylı, Osmanlı Kadısı, s. 125; Ortaylı, Mahkeme, s. 256.

⁵⁵⁰ Devre çıkmak, sadece fermanlarla ya da mahkemede davacıların isteği üzerine mümkündür; ancak ehl-i örf ve kadılar, halktan maddi çıkarlar sağlamak için bu kurala uymuyorlardı (Ahmet Mumcu, *Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı*, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1972, (Zulüm), s. 16).

1609 tarihli bir adâletnâmede, kadıların teftiş görevini kötüye kullanarak devre çıkmaları yasaklanmaktadır. Kadılara, bir bölgedeki eşkıyayı ortaya çıkarmak için teftiş görevi verilir; ancak kadılar, voyvodalarla bir olup sözde teftişe çıkmakta, çeşitli yollarla halkı soymaktaydılar.

mahkemelerde dava görme, haksız yere mal toplama gibi usûlsüz uygulamalarda bulunmuştur⁵⁵¹. Merkezin kesinlikle yasakladığı bu tür uygulamalar 17 ve 18'inci yüzyıl boyunca sürmüştür. Ancak bu tür usûlsüz uygulamaları yapan kadılar merkez tarafından görevlendirilen müfettişler veya başka kadılar tarafından denetlenmiştir. Özellikle yolsuzluk yapan kadılar hakkında doğrudan Divan-ı Hümayûn'a bağlı olarak çalışan mehayif müfettişleri görevlendirilir⁵⁵² ve derhal tahkikat başlatılırdı⁵⁵³.

Haklarında yapılan şikâyetlerin doğru olduğu tespit edilen kadılar görevden alınır ve çoğu zaman da sürgüne gönderilirdi. Fakat bu yapılan denetlemeler yargı bağımsızlığını zedeleyici nitelikte değil, aksine bağımsızlık, tarafsızlık ve adaletin sağlanmasına yönelik görülmektedir⁵⁵⁴. Kadılar hakkında hangi tür şikâyet ve itirazların dikkate alınacağına ve denetimin nasıl yapılacağına ilişkin getirilen ölçütler, onların denetiminin gerekliliğiyle yargı bağımsızlığının korunması ilkeleri arasında denge kurma ve kadının onurunu zedelememe gayretinden kaynaklanmıştır⁵⁵⁵. Hukukun toplum düzenine uygulanabilmesi için, devletin

Adâletnâmede, bu emre karşı gelenlerin padişah kapısına bildirileceği ve süresiz küreğe konma cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmektedir (İnalcık, Üstünlük, s. 185).

⁵⁵¹ 14'üncü yüzyılda bile kadınların hukuka aykırı uygulamalarda bulundukları 1524 tarihli Mısır Kanunnamesi'nden anlaşılmaktadır. Bu kanunnamede yer alan ifadeler şu şekildedir: “*Mahkeme görevlileri davalılardan rüşvet alamaz. Reâyânın davaları kadı hazır olmadan doğrudan beylerbeyi tarafından görülüp hükme bağlanamaz. Bazı kadılar mahkemelerini naiplerine satıyormuş, bu gibi kadınların hapsedilmesi ve durumun padişah kapısına bildirilmesi gerekir. Naipler de hileli işlere alet olmaktadır. Kâşiflerden ve vergi toplayan memurlardan bazıları fellahları öldürür, mallarını gasp eder ve kadılar da suçluyu korurlarmış, bu gibi kadılar beylerbeyi tarafından hapsedilecek ve azledilecektir*” (İnalcık, Üstünlük, ss. 171-174; İnalcık, Adâletnâmeler, s. 76).

Çözüme ulaşmış veya zamanı geçmiş davaları ortaya çıkararak halkı gereksiz yere cerime vermeye zorlamak da çok sık yapılan suiistimallerden biriydi (İnalcık, Adâletnâmeler, s. 83).

⁵⁵² Şikâyetlerin çok olduğu ve devlet görevlileriyle halk arasında büyük sorunların ortaya çıktığı yerlere merkez tarafından durumun teftişi için mehayif müfettişi adıyla anılan güvenilir kadınların gönderildiği de bilinmektedir. Örneğin, Kütahya ve Karahisar sancaklarında subaşı, tımarlı sipahi, kadı ve naip gibi mahallî idarecilerin halka zulmettikleri konusundaki şikâyetler üzerine Kütahya beylerbeyi ve kadısının teftiş işiyle görevlendirildiği anlaşılmaktadır (Uzunçarşılı, ss. 128, 129; Ortaylı, Kadı, s. 73).

“*Çerkeş kazası halkına zulmeden sabık kadıları Emirşah ve nayiplerinin teftiş olunup davacıları ile davasının görülmesi. 22 Şaban 972*”, 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 890, s. 45.

“*Larende kazası naibi Abdurrahman'ın halka zulmettiğine dair hakkındaki şikâyetlerin araştırılıp, doğruluğu halinde Südde-i Saadet'e gönderilmesi. 7 Şevval 972*”, 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 1107, s. 156.

⁵⁵³ Akman, ss. 41, 42; Demir, ss. 45, 46; Cin/Akyılmaz, s. 158; Cin/Akgündüz, I, s. 389; Mumcu, Rüşvet, s. 127; Avcı, Türk, s. 135.

⁵⁵⁴ Demir, ss. 45, 46; Cin/Akgündüz, I, ss. 389, 390; Fendoğlu, s. 192.

⁵⁵⁵ Atar, Kadı, s. 69. Kadı hakkında yapılan şikâyetler asılsız ise kadı gereksiz yere huzursuz edildiği ve onuru zedelendiği için şikâyet yapanlar hakkında tazir cezası verilirdi. “*Manisa Kadısı Mevlana Bedreddin'e gerçek dışı isnadlarda bulunduğu anlaşılan kişilerin bulunarak Südde-i Saadet'e gönderilmeleri. 22 Ramazan 972*”, 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 1055, s. 131.

Karaman beylerbeyi ile Konya, Turgud ve Akşehir kadınlarına; “*Sabık Turgud kadısı hakkında bu hükmü getiren yedi kişi tarafından, rüşvet aldığı ve çeşitli suiistimallerde bulunduğu dair şikâyet*

yaptırım gücüne ihtiyacı vardır; bu durum yargı bağımsızlığıyla karıştırılmamalıdır. Eğer hukuk, gücünü devletten almıyorsa işte o zaman yargı bağımsızlığı zedelenebilir⁵⁵⁶.

Yargı bağımsızlığı, kadının sorumsuz olduğu anlamına gelmemektedir. Yargı bağımsızlığı, kişi hak ve özgürlüklerinin güvencesidir; bu yüzden yargı bağımsızlığının, her hak sahibine hakkını arama imkânını sağlaması gerekmektedir. Osmanlı Devleti'nde haksızlığa uğrayan kişiler her zaman haklarını arayabilirlerdi; eğer kadı haksız bir hüküm vermişse, rüşvet almışsa, bu durumda zarar gören kişinin şikâyetiyle verilen hüküm kazaskerce incelenir ve düzeltilirdi⁵⁵⁷.

Osmanlı Devleti'nde bir olay veya şikâyet halinde kadıların başka kadılar tarafından teftiş edildiğine de rastlanılmaktadır⁵⁵⁸. İne kadısının Tuzla kadısını teftişle görevlendirildiğine ilişkin bulunan bir kayıt bu uygulamaya örnek olarak verilebilir⁵⁵⁹.

bulunulduğundan, adı geçenin bu iddialarla ilgili olarak teftiş olunması; şayet iddialar şer'an sabit olursa bu kadıdan davacı olan başkalarının davalarının da görülmesi ve hak sahiplerinin haklarının geri alınıp kendilerine verilmesi, ancak iddiaların asılsız olduğu ortaya çıkarsa, o takdirde bu yedi kişinin hapsedilmesi ve her iki halde de neticenin ayrıntılı olarak bildirilmesi. 15 Cemaziyelevvel 973/ 8 Aralık 1565", 5 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 632, s. 113.

Küre ve Daday kadılarına; "Araç kadısı Mevlana İsmail hakkında, iddiaların asılsız olduğu ortaya çıkarsa iddia sahiplerinin küreğe konulmak üzere sancakbeyinin adamına teslim edilerek Südde-i Saadet'e gönderilmesi. 15 Şaban 973/ 7 Mart 1566", 5 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 1173, s. 191.

⁵⁵⁶ Bilgin, s. 120.

⁵⁵⁷ Aslan, s. 150.

⁵⁵⁸ "Mevlana Mahmud kardeşi Ali ile Ali Dede'nin arzlarına göre sabık Kureysözü kadısı Sinan'ın, bazı şerirlerle (kötülerle) bir olarak evlerini basıp mallarını yağma ettikleri hatta Ankara'da oturan Eskişehir kadısı Kırkzade Mehmed'e hitaben ferman yazdırıp davacılar zulüm yapmak istediklerinin öğrenilmesi üzerine haklarında gereken şer'i işlemin yapılmasına dair Anadolu Beylerbeyi ile Ankara müftüsüne ve kadısına hitaben İstanbul'dan yazılan Evasıt-ı Zilkade 997 tarihli Ferman sureti."

"Mevlana Mahmud ve kardeşi Ali ile Ali Dede'ye zulüm yapan Kadı Sinan ve kardeşi Abdurrahman ve Ali haklarında gereken işlemin yapılmasına dair emir verilmiş olmasına rağmen hala bu şerirlerin kendi havalara göre hareketle çavuşlar getirdikleri ve zulümlerinde devam ettikleri anlaşılma evvelki emir gereğinde haklarından gelinmesi hususunda Anadolu Beylerbeyi Hasan'a hitaben İstanbul'dan yazılan Evail-i Zilhicce 997 tarihli Ferman sureti" Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 695, 696 (Ongan, s. 53).

"Sabık Kula Kadısı Cafer'in teftişinde görevlendirilen yeni Kula Kadısı Abdülkerim'in sabık kadı ile aralarındaki şahsî husumetten dolayı teftiş görevinden alınarak yerine Manisa Kadısı'nın görevlendirildiği. 21 Şaban 972", 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 908, s. 54.

"Kula eski kadısı Mevlana Cafer'in Kula kadısı hakkında vuku bulan şikâyetinin Atala ve Manisa kadıları tarafından tahkik edilmesi. 18 Zilhicce 972", 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 1417, s. 334.

Küre ve Daday kadılarına; "Araç kazası ahalisi, kadıları Mevlana İsmail hakkında, kendilerine baskı yaptığı akçelerini aldığı yolunda şikâyetinde bulunduklarından, adı geçenin kadılıktan azlohunduğu ve kendilerinin bu hususa müfettiş tayin oldukları. 15 Şaban 973/ 7 Mart 1566", 5 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 1173, s. 191.

⁵⁵⁹ Ortaylı, Kadı, s. 73.

Yargı bağımsızlığının amacı, hiçbir makam veya kişinin yargıya müdahale etmemesi, hâkimlerin bağlı oldukları hukukî esaslara ve vicdanî kanaatlerine göre hüküm vermeleridir. Ancak hâkimlerin yanılması, görevi ihmâl etmeleri veya kötüye kullanmaları ya da hâkimlik mesleğiyle bağdaşmayacak işler yapmaları ihtimali de bulunduğu için denetlenmeleri gerekmektedir. Osmanlı Hukuku'nda padişah veya onun yetkili kıldığı organlar, haklarında şikâyet olsun olmasın, kadı üzerinde denetim hakkına sahip olmuştur. Osmanlı Devleti'nde yargı denetiminin zorunluluğu ile yargı bağımsızlığının korunması arasında bir denge kurulmaya çalışılmış ve kadıların manevî kişiliğinin zedelenmemesine özen gösterilmiştir⁵⁶⁰.

Osmanlı Devleti'nde, kadının denetiminin farklı yollarla yapıldığı görülmektedir. Bunlar arasında, görev sürelerinin kısa tutulması, şikâyet üzerine merkezden gönderilen müfettişler yoluyla denetim ve şühudü'l-hâl uygulaması sayılabilir. Şühudü'l-hâl uygulaması, yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanmasına yardımcı bir mekanizma olmuştur. Genellikle, bir yerin ileri gelenlerinden oluşan böyle bir heyetin varlığı, yargılamaya farklı odaklardan gelebilecek müdahalelere karşı korunma duvarı oluşturmuş ve aynı zamanda hâkimin tarafsızlığını denetleme işlevi de görmüştür. Bu heyetin kadı tarafından tayin edilmesi ve dürüst, güvenilir kişilerden oluşmasının zorunlu olması da, bağımsızlık ile tarafsızlık açısından şühudü'l-hâl kurumunu önemli kılmaktadır. Ayrıca kadı tarafından uyulması zorunlu olmasa da, fetvânın da bir tür denetim işlevi gördüğü kabul edilmektedir. Ayrıca kadıların yargısal denetime tabi tutulmaları da mümkün olup, kadının haksız karar verdiği iddia edilen bazı hallerde dava yeniden görülebilmekteydi. Bu denetim, Klâsik Dönem'de Divân-ı Hümayûn tarafından yapıldı⁵⁶¹.

Kadılar hakkında bazı şikâyetler olsa bile, ehl-i örfü denetleme işi genellikle kadılara yaptırılmıştır⁵⁶². Mühimme defterlerinde yer alan yöneticiler hakkındaki

⁵⁶⁰ Atar, Kadı, s. 69; Aslan, s. 154.

⁵⁶¹ Özkorkut, Yargı, s. 234; Cin/Akyılmaz, ss. 159, 160; Fendoğlu, ss. 264, 265, 309; Aslan, Jüri, ss. 80-101; Canbakal, s. 159.

⁵⁶² "Sancakbeyi adamlarından birinin, zimmi Nalbandoğlundan zorla şarap aldığı, içtikten sonra sarhoşlukla diğer bir zimmiyi dövdüğü ve bu dayak sonucunda o zimminin öldüğü, şarap verdiği bahanesiyle Nalbandoğlundan 8 bin akçe cerime aldığı doğru ise hakkından gelinmesi hususunda Ankara Kadısına hitaben yazılmış 1 Ramazan 993 tarihli Ferman sureti" Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 749 (Ogan, ss. 60, 61).

"Babayakub köyü halkının şikâyetlerinden Mirmiran ve Mirliya adamlarının haylı atlı ile gelerek cebren evlere kondukları, bedava yem, yiyecek, koyun, tavuk, arpa, ot, yağ, bal, un, odun vesair

şikâyetler, kadılar hakkındakilerin en az on katıdır. Bu sebeple her ne kadar içlerinde usûlsüzlük yapanları bulunsa da kadılar genellikle dürüst ve güvenilir kimselerden oluşmuştur⁵⁶³.

d. Osmanlı Devleti'nde Kadıların Azil Usûlü ve Görev Teminâtı

Kadıların azli (görevden ayrılması) ve yer değiştirmesi Anadolu ve Rumeli kazaskerleri tarafından yapıldı. Kadıların görevine son verilmesi tayinindeki usûle göre olurdu. Kadılar, Anadolu ve Rumeli kazaskerliklerinde bulunan “ruznâme” denilen defterlere kayıt edilir; belli bir sıraya göre azil ve tayin işleri gerçekleştirilirdi⁵⁶⁴. Ehl-i örfün ise, kadı tayin etme, yer değiştirme veya görevden alma yetkisi yoktu. Sadece acil ve geçici durumlarda, örneğin eyalet kadısı öldüğünde yeni kadı gelene kadar beylerbeyi kadı tayin edebiliyordu; ancak bu çok istisnai hallerde mümkün olabilmekteydi⁵⁶⁵.

Bağımsızlık ilkesinin gerçekleşebilmesi için hâkimlerin görev teminatına sahip olması gerekmektedir. Osmanlı Hukuku'nda göreve tayin ve görevin icrası

şeyleri cebren aldıkları, kendilerine hizmet etmeyenleri dövdükleri, kanuna aykırı vergiler aldıkları öğrenilmekle bu gibilerin vakitli vakitsiz il üzerine çıkmaları, her ne olursa rayice göre paralarıyla satın almaları, cebirden, zulümden ve cerimeden içtinab edilmesi (uzak durulması, sakınılması) hakkında Ankara ve Yürük kadılarına hitaben yazılmış 15 Zilkade 997 tarihli Ferman sureti” Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 1720 (Ongan, s. 133).

“Diyarbakır'daki Pojyan, Pesyan ve Zilan cemaatlerinin Diyarbakır beylerbeyi ve voyvodaları hakkında yapmış oldukları şikâyetlerin Amid ve Savur kadıları tarafından görülmesi. 18 Zilhicce 972”, 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 1414, s. 332.

⁵⁶³ Demir, s. 46. 1871 yılında Kayseri kadısının padişaha yazdığı dilekçede idarecilerin ve adamlarının ceza adaletine fazla karıştıklarından şikâyetle bulunmuştur. Dilekçede, kadı kararı olmadan ehl-i örfün masum kişileri tutuklayıp, serbest bırakmadıklarından yakınılmakta ve ehl-i örfün bunu halka baskı yapmak ve yüksek para cezaları toplamak için yaptığı yazmaktadır (Heyd, s. 221; Akyılmaz, s. 197).

⁵⁶⁴ Kadıların tayini mutlaka padişah beratıyla olurdu. İlmiye mensuplarının tayin, yol ve nakil işlemlerini Anadolu ve Rumeli kazaskerlerinin daireleri yapardı; bunun için de kadı mesleğe başlarken bu dairelerden birini seçmek zorundaydı. Dairelerde işlemler ruznameye kaydedilir ve artık kadıların meslekteki terfii ve özlük işleri bu dairede yürütülürdü. Eğer bir kadının tayini bu deftere işlenmemişse elindeki berat hükümsüz olur ve tayinin iptali gerekirdi. Örneğin, 11 Ağustos 1601 (18 Sefer 1010) tarihli beratla tayin edilen Ankara Kadısı İbadullah Şeyh'in Ruznamede kaydı olmadığından beratı iptal edilmiş ve 1605 yılında kaydı yapılarak yeni berat verilmiştir. Berat, tayinin kanunî ispat belgesidir. Beratsız göreve gelen kadının da tayin işlemi butlan ile maluldür ve buna “beratsız fuzuli mahkeme kurmak” denmektedir. Bu aynı zamanda kadının beratında belirtilen kaza dairesi dışında bir bölgede teftişe çıkmak, miras taksim etmek gibi görevlerde bulunmasını önleyen bir yetki belgesidir. Bu duruma örnek olarak, *Taraklı Yenicesi* kadısı, kaza dairesine tecavüz ettiği gerekçesiyle *Toturga* kadısını merkeze şikâyet etmiştir. Merkezden *Toturga* kadısına yazılan hükümde, kendi mahkeme dairesinde oturmayıp, Taraklı Yenicesi kadısının mahkeme dairesinde beratsız fuzuli mahkeme kurduğu ve onun mallarına el koyduğu belirtilip, bunun tekrarlanmaması emredilmiştir (Ortaylı, Kadı, ss. 70, 71; Ortaylı, Osmanlı Kadısı, ss. 121, 122).

⁵⁶⁵ Demir, s. 41; Cin/Akgündüz, s. 269.

vekâlet akdi kapsamında düşünüldüğünden gerek tayin makamı gerekse kadı için tayin süresi bağlayıcı görülmezdi. İslam hukukçuları, azle yetkili makamın bu yetkisini makul ölçüler içerisinde ve maslahata uygun olarak kullanması gerektiğini, teftiş yapılmadan ve geçerli bir sebep olmadan kadının görevine son verilemeyeceğini ifade etmişlerdir. Kadının adalet vasfını kaybettirecek haram bir fiil veya cezayı gerektiren bir suç işlemesi, görevini kötüye kullanması, sağlık açısından görevini sürdüremez duruma gelmesi gibi durumlar azil sebepleri olarak sayılmaktadır⁵⁶⁶.

Osmanlı Devleti'nde görev teminatı açısından önemli sayılabilecek düzenlemelerden birisi 1834'de yapılmıştır. Bu düzenlemede, kadıların istifa etmedikçe veya kendilerinden bir şikâyet olmadıkça görevden azledilemeyecekleri ve şikâyetin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığının araştırılacağı belirtilmiştir⁵⁶⁷.

e. Bağımsızlık İlkesinin Sağlanabilmesi İçin Kadıda Bulunması Gereken Şartlar

Bağımsızlık ilkesinin sağlanabilmesi için kadılarda bulunması gereken temel şartlardan biri köle olmama, başka bir deyişle hürriyet şartıdır. Hürriyet şartı, kadının etki altında kalmamasına yöneliktir. Köle, sadece efendisine uygun hareket eder, dolayısıyla kölenin ele aldığı olayların yürütülmesinde efendinin etkisi vardır. Bu yüzden kadı, her tür etkiden uzak hür bir kişi olmak zorundadır. Ayrıca adalet dağıtma gibi önemli bir görevi olan kadının herhangi bir etki altında kalmaması ve bağımsızlığının sağlanabilmesi için vakıf, tarikat gibi hiçbir çıkar grubu ya da baskı gruplarıyla bağının olmaması gerekmektedir. Aksi durumda kadıdan adil ve bağımsız bir karar vermesi beklenmemelidir⁵⁶⁸.

Yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi için kadı, çıkar ve baskı gruplarına karşı koyarak bağımsızlığını koruyabilecek cesarete ve güce sahip olmalıdır. Kadı, hakkı

⁵⁶⁶ Atar, Kadı, s. 68. Alacahisar beyine ve kadısına; "Hakkındaki şikâyetler üzerine görevinden alınan Alacahisar kadısı hakkında gerekli teftişin yapılarak haksızlığa uğrayanlar varsa haklarının iade edilip, sonucun ayrıntılı olarak bildirilmesi. 27 Zilkade 973/ 15 Haziran 1566", 5 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 1901, s. 306.

⁵⁶⁷ Özkorkut, Yargı, s. 233; Ekinci, s. 551.

⁵⁶⁸ Aslan, ss. 37, 38.

yerine getirecek güçte olmalıdır; bu sebeple, korkak ve zayıf karakterli birinin kadı olması caiz değildir⁵⁶⁹.

Osmanlı Devleti'nde uygulamalar her zaman teorideki gibi olamamıştır. Nitelikli olmayan ve belli şartlara sahip bulunmayan kişilerin kadı olarak mahkemelere atanmasıyla birlikte, Osmanlı yargısına hâkim olan bağımsızlık ilkesi zedelenmeye başlamıştır.

Koçi Bey tarafından yazılarak IV. Murat'a arz edilen risalelerde, Osmanlı Devleti yargı sistemindeki bozulmalara ilişkin tespitler bulunmaktadır. Koçi Bey, ilmiye sınıfı içerisinde, eskiden en bilgili olanların yükseltildiğini ve işinin ehli olan hâkimlerin sebepsiz yere azlolunmadığını ifade etmiştir. Ancak sonra, giderek hatır ve torpille hak sahibi olmayanlara hak etmedikleri aşırı mevkiiler verilmiş; eski kanunlar bozulmuştur. Adaleti dağıtmakla görevli olan kadılar ehliyetsiz kişilerden atanmaya başlayınca adalet yara almış, adaletin terazisi bozulmuş ve kadıların üzerindeki eşrafın, zalimin baskısı nedeniyle adalet dağıtılamaz olmuştur⁵⁷⁰.

6. Bîtarafılık İlkesi (Tarafsız Yargılama İlkesi)

a. Genel Olarak

Tarafsızlık, kadının sahip olması gereken en önemli niteliklerinden birisi olarak kabul edilmektedir. Kadı, yargılamada her iki tarafı da dinleyip, hasımlar arasında ayırım yapmaksızın adalet ve hakkaniyetle karar vermelidir. Kadı, yargılama esnasında yapılan bütün işlemlerde tam bir eşitlik içinde hareket etmekle yükümlüdür. Şüphesiz ki bu tarafsızlık, adil yargılama ilkesinin temel şartlarından biri olarak görülmektedir.

Adil bir yargılama için kadının gerekli fedakârlığı göstermesi, önüne gelen meselede önyargısız, taraflar arasında ayırım gözetmeden, taraflara bağlı olmadan karar vermesi gerekmektedir. Kadı, önündeki uyuşmazlığı sadece kanun ve hukukun

⁵⁶⁹ Aslan, s. 38; Fendoğlu, s. 194.

⁵⁷⁰ Koçi Bey, *Koçi Bey Risaleleri*, (Haz. Zuhuri Danışman), Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1985, ss. 20-23; Hüseyin Bal, "Machiavelli Ve Koçi Bey'de Siyaset, Adalet Ve Erdem", *Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, Sayı:9, Güz 2008, ss. 90, 91; Mumcu, *Rüşvet*, s. 258; Şen, ss. 515, 516.

genel ilkelerine uygun olarak vicdani kanaatine göre çözümlemelidir; onun kararına etki eden tek unsur, dava dosyasında yer alan belge ve deliller olmalıdır⁵⁷¹.

İslam ve Osmanlı Hukuku'nda, ilk dönemlerden beri tarafsızlık ilkesine önem verilmiş⁵⁷² ve uygulamada gereken özen gösterilmeye çalışılmıştır.

b. Osmanlı Devleti'nde Kadıların Tarafsızlığını Sağlamak İçin Alınan Tedbirler

Tarafsız bir yargılama yapılması da Osmanlı Devleti bakımından oldukça önemsenen bir durum olmuştur. Tarafsızlığın sağlanması amacıyla, kadılar atandıkları yargı çevresinde sürekli kalmamışlar; o bölgenin halkıyla kaynaşmamaları ve tanıdıkları kişileri kayırmamaları için belirli sürelerle sınırlı olarak görevlendirilmişlerdir. Kadıların görev süreleri 16'ncı yüzyıldan itibaren 3 yıl, daha sonra 2 yıl, on yedinci yüzyılın sonlarından itibaren de 1 yıl olmuştur⁵⁷³. Ancak bu sürelerde kesinlik olmamakta, sürenin kesilmesi ya da uzatılması mümkün görülmekteydi. Kanunî görev sürelerinin pek işlemediğine ilişkin bazı örnekler mevcuttur; mesela 16'ncı yüzyılın sonunda Konya ve Ankara kadılarının görevleri 3 ay ile 16 ay arasında değişmekteydi⁵⁷⁴. Belirlenen bu 1 ya da 2 yıllık sürenin bitiminde, kadılar merkeze gelerek yeni bir göreve atanmalarını beklerlerdi⁵⁷⁵. Bu

⁵⁷¹ Özkorkut, Yargı, s. 229; Şen, s. 516.

⁵⁷² Hz. Aişe'den rivayet edilen "*Kıyamet günü Allah'ın gölgesinde öncelikli olarak şu kimseler yer alacaktır: ...insanlar arasında hükmettiklerinde tarafsız ve adil hüküm verenler*" şeklindeki hadis tarafsızlık ilkesini vurgulamaktadır. Buharî, Hudud 19, Tirmizî, Ahkâm 4 (Canan, Kütüb-i Sitte, Cilt:6, s. 427; İbn Teymiye, s. 54; Aslan, s. 26).

⁵⁷³ Görev süreleri 1 yıllı sınırlı olanlar mevleviyet denilen büyük kadılıklardır. Küçük kadılıkların görev süreleri de sonraki yıllarda 2 yıldan 20 aya indirilmiştir (Aydın, s. 78). Tevkî Abdurrahman Paşa Kanunnamesi'nde, *Kanun-u Kuzat-ı mevleviyyet ve kuzat-ı kasabatda*, mevleviyyetin süresi 1 yıl, kaza kadılığının süresi 2 yıl olarak belirtilmiştir. Sancak kadıları ve mevleviyet payesine sahip olanlar ile kaza kadılarının görev süreleri birbirinden farklıdır. Mevleviyet kadılarının maaşları 300-500 akçe arasında değişirdi. Mevleviyet payeli bu büyük kadılıklar birkaç gruba ayrılmıştı: 1) *Haremeyn Mevleviyeti*. Bu gruba 16'ncı yüzyılda İstanbul, Mekke, Medine kadılıkları dâhildir. 2) *Bilad-ı Hamse Mevleviyeti*. Bu gruba, Bursa, Şam, Mısır ve 18'inci yüzyılda Filibe kadıları dâhildir. 3) *Mahreç Mevleviyeti*. Eyüb-Galata-Üsküdar, İzmir, Kudüs, Halep, Tırhala, Selanik, Sofya, Girit kadılıkları bu gruba girmektedir. 4) *Devriye Mevleviyeti*. Bu gruba da Bağdat, Ayıntab, Bosna, Erzurum, Maraş, Trablusgarb, Beyrut, Sivas, Adana, Çankırı, Konya kadılıkları girmektedir (Ortaylı, Osmanlı Kadısı, ss. 122, 123; Uzunçarşılı, ss. 100-102).

⁵⁷⁴ Ortaylı, Osmanlı Kadısı, s. 123; Cin/Akgündüz, s. 473.

⁵⁷⁵ Kadıların görev yerlerindeki sürelerinin uzatılması, kısa tutulması veya iki kadının karşılıklı yer değişimiyle ilgili örneklere kazasker ruznâmçesi denilen defterlerde rastlanmaktadır. Bu defterlerde yer alan örnekler örfî sürelerle (iki yıl yargı görevi, bir yıl merkezde mülazemet) oldukça uyulduğunu göstermekteyse de 17'inci yüzyıldan sonra bu konuda aksamalara rastlanır (Ortaylı, Kadı, s. 71).

bekleme süresinde de medreselerde müderrislik yaparak ilmî bilgilerini geliştirebilirler ve daha donanımlı hale gelebilirlerdi⁵⁷⁶.

Genel kural yukarıda anlatılan şekilde olmakla birlikte, aynı yerde uzun süre görev yapan kadılara da rastlanılmıştır. Sürelerin belirsizliği ve kısalığı bazı kadınları görevini kötüye kullanmaya yöneltmiştir. İşsiz kalma korkusu, bazı kadınların görevlerini gereği gibi yapmalarını engellemiş; kadınları hukuk dışı davranışlara, kanuna dayanmayan harcamalara ve rüşvete itmiştir. Kadınlar, az zamanda fazla para kazanabilmek için türlü yolsuzluklara sapmışlardır⁵⁷⁷. Tarafsızlığı sağlamaya yönelik olan bu durum maalesef devlet kurumlarının yozlaşma dönemine girmesiyle birlikte bozulmaya başlamış ve aynı yerde 15 yıla kadar kadılık yapan kişilerin sayısı artmıştır⁵⁷⁸.

Ekonomik özgürlük, hâkimin bağımsız ve tarafsız davranmasını kolaylaştırdığından, tarafsız ve bağımsız bir yargı için hâkime ekonomik güvence verilmesi gerekmektedir⁵⁷⁹. Ekonomik açıdan yetersiz olan kadı, başkalarının malına gözünü dikebilir; bu da onun hem tarafsızlığını ortadan kaldırır hem de adil hüküm vermesine engel olur. Osmanlı'nın ilk devirlerinde kadınların belirli maaşları yoktu; kadınlar, vakıf veya mahkeme gelirleriyle geçinirler, yanlarındaki naib, kâtip, muhızır ve mübaşir gibi görevlilerin maaşlarını da kendileri karşılardı. Ancak o devirde Osmanlı kadınlarının ekonomik yönden iyi seviyede oldukları bilinmektedir⁵⁸⁰.

Osmanlı adlî sisteminde padişahların çıkardığı kanunnamelerde kadınların alacağı harçlar belirtilmiştir⁵⁸¹. Bu harç miktarları zaman içinde değişmiştir. Ancak

⁵⁷⁶ Ekinci, Kadılık, s. 418; Ekinci, ss. 370, 371; Cin/Akgündüz, s. 274.

⁵⁷⁷ Mumcu, Rüşvet, s. 299; Aydın, s. 78; Demir, ss. 41, 42; Akman, s. 40; Ortaylı, Osmanlı Kadısı, s. 123; Cin/Akyılmaz, s. 157; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 245.

⁵⁷⁸ Bu yozlaşmış uygulamaları bir düzene bağlamak amacıyla, 1913 tarihinde "*tevkî-i kaza*" kaldırılmış ve görevini dürüstçe yaptığı sürece kadınların azledilmeyecekleri hükmü getirilmiştir (Akman, ss. 40, 41).

⁵⁷⁹ İslam hukukunda, kadı ücretlerinin tatmin edici olduğu, Hz. Peygamber döneminde devlet memurları arasında en yüksek maaşı kadınların aldığı, Hz. Ömer tarafından da kadınların rüşvetten uzak durması için maaşlarının yüksek tutulmasına, zengin, asil ve nüfuzlu kişilerin kadı olarak atanmasına dikkat edildiği ve kadınların ticaretle uğraşmalarına izin verilmediği belirtilmektedir. Hz. Peygamber, Attab'ı Mekke'ye hâkim olarak atamış ve ona aylık 30 dirhem maaş bağlamıştı. Hz. Ömer ve Hz. Ali devrinde hâkimlerin maaşı 500 dirheme çıkmıştı. Hz. Ömer, Ebu Musa el-Eş'ari'ye gönderdiği mektubunda bu hususu şöyle vurgulamıştır: "*kadı seçerken zengin ve asaletli olanını tercih etmelisin*". Zenginlik, rüşvetten korunacak malî bağımsızlık ve asillik insanlar arasında etki altında kalmadan hüküm vermesini sağlayacak temel etkenler olarak değerlendirilmiştir (Özkorkut, Yargı, s. 232; Aslan, ss. 26, 149; Mumcu, Rüşvet, s. 50; Güleç, s. 40).

⁵⁸⁰ Aslan, s. 26; Ekinci, s. 374; Güleç, ss. 40, 41.

⁵⁸¹ Mahkeme harçlarını belirleyen ilk kanunname 1394 yılında I. Bayezid devrinde çıkan kanunname'dir. Bu kanunnameye göre, resm-i sicil 6-8 akça, deftere geçen böyle bir hüküm ilâmı 10

uygulamada bu miktarların üzerinde kanunsuz olarak harç alınması da sık rastlanılan bir durumdur. Osmanlı Devleti'nde, Abdülaziz dönemine kadar kadıların geliri mahkeme harçlarından oluşmuş, bu dönemden itibaren maaş usûlüne geçilmiştir. Bu gelirlerine ek olarak kadılara bazen gündelik bazen de tımar verildiği görülmüştür. İstanbul'da atama sıralarını bekleyen veya emekli olan kadılara geçimlerini sağlayabilmeleri için ufak bir arpalık tahsis edilirdi⁵⁸².

c. Tarafsızlık İlkesinin Sağlanabilmesi İçin Kadıda Bulunması Gereken Nitelikler ve Tarafsızlığı Zedeleyebilecek Durumlar

Yargılamada tarafsızlığın ve bağımsızlığın sağlanabilmesi için kadıların belli niteliklere sahip olması gerekmektedir. Kadılar, yargılama hukukunu iyi bilen, anlayışlı, dürüst, güvenilir, yetenekli, adil ve sağlam iradeli kişiler olmalıdır. Kadı, kendi şahsını ve nefsini düşünmeden hukuka ve kanuna uygun hareket etmelidir⁵⁸³. Hamidullah'a göre, kadının tarafsız olması onun zeki olmasından daha önemlidir⁵⁸⁴.

Tarafsızlık ilkesi gereği kadı, babasının, azatlı köle ise eski efendisinin, hasımlarının ve nesepten birinci derecedeki hısımlarının taraf olduğu davada hüküm veremez; çünkü burada bir töhmet söz konusu olmaktadır. Böyle bir durum varsa kadı hüküm vermekten kaçınmalıdır. Kadı, şahitlik yaptığı bir davada aynı zamanda hâkim olarak hüküm veremez. Kadının hüküm vermekten kaçınması gerektiği diğer bir durum, zihninin dağınık olması hâlidir. Tarafsızlık gereği, kadının doğru düşünebilmesi açısından zihinsel ve ruhsal yapısını etkileyecek her türlü etkiden uzak bulunması gerekmektedir. Ancak bu olumsuz şartlara rağmen hüküm vermiş ve hükmünde de isabetli olmuşsa kararı geçerli olabilmektedir⁵⁸⁵.

akça, hüccet 20-30 akçaydı. Kadı, davalı ve davacıdan yüzde 2 gibi belirli bir miktar harç alırdı; bu harç, dava konusu olan meblağa bağlı olmaktadır. Fatih Kanunnamesi'nde bu harçların miktarı artmıştır (Ortaylı, Mahkeme, s. 260). Kanunî Umumi Kanunnamesi I'de mahkeme harçları için ayrı bir kısım düzenlenmiştir; 313-320 maddeleri arasında kadıların alacağı resim ve harçlar ayrıntılı olarak hüküm altına alınmıştır. Kanunî'nin, sadece bu konulara yönelik "Berat ve Hükümlerden Alınan Resimler Kanunnamesi" ve "Şer'iyye Sicilleri Rüsum Kanunnamesi" de bulunmaktadır (Akgündüz, Kanunnameler, IV, ss. 330, 673, 679).

⁵⁸² Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 246; Ortaylı, Kadı, s. 70; Özkorkut, Yargı, s. 232; Ekinci, s. 374.

⁵⁸³ Mehmed Şerif, s. 61.

⁵⁸⁴ Hamidullah, İslam Peygamberi, Cilt:2, s. 931.

⁵⁸⁵ Ortaylı, Mahkeme, s. 249; Aslan, ss. 57, 58; Bilmen, VIII, s. 224; Mumcu, Rüşvet, s. 188; Cin/Akgündüz, I, ss. 390, 407; Ekinci, s. 376; Gedikli, Kuzât, s. 115.

Osmanlı Hukuku'nda kural olarak kadı, yukarıdaki durumlar dışında kendi yargı bölgesi dâhilinde hiçbir dava ve başvuruyu reddedemezdi. Kadının davaya bakmaktan veya olayın aydınlanması için gerekli araştırmayı yapmaktan kaçınması da yasaktı⁵⁸⁶. Kadının duruşmada adil yargılama yapmadığı iddiasıyla onu reddetmek de mümkün değildi; aksi davranış cezalandırıldı. Kısaca söylemek gerekirse, Osmanlı ceza yargılaması usûlünde hâkimin reddi müessesesi yoktu. Ayrıca iddianamenin reddi de söz konusu değildi; kadı, önüne gelen davayı görmek ve karara bağlamak zorundaydı⁵⁸⁷.

Yargılamada tarafsızlığın sağlanması amacıyla, ayrıca eşitlik ilkesi gereği, kadı tarafları aynı anda huzuruna almalı, taraflardan birisine öncelik tanımamalıdır. Ancak, taraflardan biri orada olmadığında, diğer tarafın mahkemeye önce gelmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Kadı, her iki tarafa, müslim-gayrimüslim, kadın-erkek fark etmeden eşit şekilde davranmalıdır. Osmanlı mahkemelerinde, salona gelen tarafların kadıya selam vermeleri de hoş karşılanmaz; taraflar selam verseler bile kadı selamı alamazdı. Tarafların mahkemede kadıya selam vermemeleri, yargı makamının yüceliğine uygun düşmektedir⁵⁸⁸.

Tarafsızlık ilkesini uygulamaya yönelik diğer bir davranış, kadının tarafları aynı seviyede olan yerlerde bulundurması, birisini daha yükseğe veya daha yakınına oturtmamasıdır. Aynı sebeple kadı, taraflardan birisiyle dava konusu dışında sohbet etmemeli, hal hatır sormamalıdır. Kadının gerek yargı meclisinde gerekse dışarıda taraflardan birine özel ilgi göstermesi doğru kabul edilmemektedir. Ancak taraflardan birisi huzurundayken korku içinde kalmışsa, kadının onu sakinleştirmek için konuşması ya da derdini anlatamıyorsa konuşmasına yardım etmesi tarafsızlığı ve eşitliği bozucu nitelikte görülmemektedir. Kadı, yargılama esnasında taraflarla konuşurken de eşitlikle adalete uygun, tarafsız davranmalıdır. Kadı yargılamada

⁵⁸⁶ Kadı davaya bakmaktan veya soruşturma yapmaktan kaçınırsa, beylerbeyi veya merkezî devlet yetkilileri kadıya görevini hatırlatıp, ihtarda bulunurlardı. Örneğin, Bursa kadısına hitaben gönderilen bir yazıda, "hakaret gördüğü halde davasına bakılmayan, dergâh-ı mualla çavuşlarından Ali Çavuş'un davasının görülmesi" emredilmiştir (Ortaylı, Osmanlı Kadısı, s. 125).

⁵⁸⁷ Atalay, s. 248.

⁵⁸⁸ Bilmen, VIII, s. 220; Ortaylı, Mahkeme, ss. 249, 250; Demir, s. 26; Ekinci, s. 376; Gedikli, Kuzât, s. 118.

taraplardan birisiyle, davanın gereği değilse, diğerine göre daha fazla konuşmamalıdır. Yoksa bu durum kadının o tarafa yardım ettiği anlamına gelebilir⁵⁸⁹.

Kadı, taraflarla şakalaşmamalı, mahkemenin saygınlığını giderici fiil ve hareketlerden de kaçınmalıdır⁵⁹⁰. Kadı, taraflardan birinin veya mahkemede davası olan hiç kimsenin hediyesini kabul etmemelidir⁵⁹¹. Bunlardan başka kadı, taraflardan hiçbirinin ziyafetine ve kendisi için düzenlenmiş ziyafetlere de gitmemelidir⁵⁹². Bu kurallar daha sonra Mecelle’de (m. 1792-1798) ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

İslâm ve Osmanlı Hukuku’nda kadının rüşvet alması ise, kesinlikle yasaklanmıştır. Kadı rüşveti almışsa, o davada vereceği hüküm geçerli olmaz; hüküm doğru bile olsa sonuç değişmezdi⁵⁹³. Rüşvet, hukukun adil ve tarafsız bir şekilde uygulanmasını önlediği için yargı kurumuna, dolayısıyla da devlete karşı olan güveni sarsmaktadır.

Kadının tarafsız bir yargılama yapabilmesi için sahip olması gereken bu niteliklerin uygulamada göz ardı edildiği görülmektedir⁵⁹⁴. Özellikle kadınların rüşvet alması ve türlü yolsuzluklara başvurması gibi durumlara 16’ncı yüzyıl itibarıyla

⁵⁸⁹ Ortaylı, Mahkeme, s. 250; Mumcu, Rüşvet, s. 188; Demir, s. 26; Aslan, ss. 56, 57; Cin/Akgündüz, I, s. 406; Şen, s. 518; Gedikli, Kuzât, s. 118.

⁵⁹⁰ Atar, Kadı, s. 69; Ortaylı, Mahkeme, s. 250; Bilmen, VIII, s. 220; Aslan, s. 49; Cin/Akgündüz, I, s. 406; Ekinci, s. 376; Şen, s. 519; Gedikli, Kuzât, s. 118.

⁵⁹¹ Kadı, kendinden üst makamların hediyesini kabul edebilir. Örneğin, kendini atama mevkiinde bulunan kazasker ve şeyhülislamdan hediye alabilir. Bundan başka, kadı yakın akrabasından da hediye kabul edebilir. Çünkü onların hediyesini kabul etmemek, akrabalık bağlarının kopmasına sebep olur ki, bu haramdır; fakat bir davaları olursa onların da hediyesini alamaz. Kadı olmadan önce aralarında dostluk bulunup kendine hediye vermeyi adet edinen kimseden de hediye alabilir. Ancak alacağı hediye eski miktardan fazla olmamalıdır (Mumcu, Rüşvet, ss. 188-190; Aslan, ss. 50-52; Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, E.T. 08.12.2015).

⁵⁹² Ama taraflardan birine ait olmamak koşuluyla halka açık genel bir davete gidebilir. Birinci dereceden akrabası olan birinin davetine gidebileceği gibi kadı olmadan önce kendisini devamlı davet eden birinin özel davetine de gidebilir, ancak bu kişilerin yargıda görülen davaları olmamalıdır (Aslan, ss. 55, 56); Bilmen, VIII, s. 220; Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E.T. 08.12.2015).

⁵⁹³ Şeyhülislâm Abdurrahim Efendi’nin fetvâsı da bu yöndedir: “Zeyd-i kâdi, bir davada rüşvet aldıktan sonra ol davada hükmü sahih ve nâfiz (geçerli) olur mu? el-Cevab: Olmaz” (Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, E.T. 08.12.2015); Mumcu, Rüşvet, ss. 184, 191; Gedikli, Kuzât, s. 115.

⁵⁹⁴ II. Bayezid döneminin önemli müderrislerinden Molla Lutfi, zındıklık ve ilhâd suçlamasıyla yargılandıktan sonra idam cezasına çarptırılmış ve cezası 1495 tarihinde Atmeydanı’nda infaz edilmiştir. Bu idam geniş yankılar uyandırmış, dönemin yazarları genellikle ona isnat edilen suçun asılsız ve dolayısıyla verilen cezanın haksız olduğu kanaatinde birleşmişlerdir. Yapılan yargılamanın konumuz açısından önemi ise, tarafsızlık ilkesine aykırı olarak gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu aykırılığın sebebi olarak, seçilen hâkimlerin davalı ile aralarının pekiyi olmaması ve Hatibzade Muhyiddin Efendi gibi davanın açılmasına yol açan bir kimsenin yargılamada yer alması gösterilmektedir (Orhan Şaik Gökyay ve Şükrü Özen, “Molla Lutfi”, *DİA*, Cilt:30, 2005, ss. 255, 256).

sıkça rastlanmaktadır⁵⁹⁵. Osmanlı Devleti'nde yıllar geçtikçe enflasyon artışıyla birlikte kadıların aldıkları harç miktarları artmış; ancak bu artış onları tatmin etmemiş ve yolsuzluk başlamıştır. 100-150 akçalık para cezalarından 1000-1500 akça alındığı olmuştur. Nüvvab akçesi, kitabet akçesi gibi kanun dışı harçlar istenmeye başlamıştır. Kadılar, fazla gelir toplama hırsıyla birbirlerinin yargı yerlerine tecavüz etmeye başlamışlardır. 16'ncı yüzyıl belgeleri bu tür yolsuzluklarla doludur; bu soygun derecesine varan usûlsüz harç talepleri halkı mahkemeye başvurmaktan korkutacak duruma getirmiştir⁵⁹⁶.

F. Berâet-i Zimmet İlkesi (Mâsumiyet Karinesi)

1. Genel Olarak

İslam ve Osmanlı Hukuku'nun temel ilkelerinden biri olan "berâet-ı zimmet asıldır" ilkesine göre, kişinin suçsuzluğu asıldır; başka bir deyişle, bir insanın suçluluğu delillerle ispat edilip sabit olmadıkça, suçsuz kabul edilir. "Berâet", kişinin hukukî veya cezaî sorumluluğunun olmaması veya ortadan kalkması demektir. Kur'an-ı Kerim'de berâet kelimesi iki yerde geçmekte, bunlardan birinde "suçsuzluk, kurtuluş belgesi" anlamında kullanılmaktadır⁵⁹⁷.

Herkes annesinin karnından günahsız, suçsuz olarak doğduğundan, kişinin suçsuz ve borçsuz olması asıldır. Kişi ancak sonradan yapacağı fiillerle suçlu

⁵⁹⁵ Kadılara ve naiplere ait bu suiistimallerin eski devirlerden beri var olduğu bilinmektedir. Bir rivayete göre, Yıldırım Bayezid, yolsuzluklarından dolayı bütün kadıları toplamış ve hepsini bir eve koyup yakmaya karar vermiştir. Bu yolsuzluklar da kadıların halktan fazla para almasıyla ilgilidir (İnalcık, Üstünlük, s. 190; Mumcu, Rüşvet, s. 233; Ahmed Lütfi, s. 27).

1742 tarihli bir adâletnâmede, kadıların hüccet, ilâm ve arzlardan, çeşitli davalar için belirlenen daha fazla para almamaları konu edilmiştir. Kadıların veya naiplerin mahallin ileri gelenleriyle anlaşıp rüşvet aldığından ve kim fazla para verirse davayı onun lehine sonuçlandırdığından yakınılmaktadır. Ayrıca kadılara, ehl-i örfe tabi olarak fakir halka hiçbir şekilde zulüm yapmamaları gerektiği belirtilmiştir (Yücel Özkaya, "XVIII'inci Yüzyılda Çıkarılan Adaletnâmelere Göre Türkiye'nin İç Durumu", *Belleten*, Cilt:38, Sayı:151, Temmuz 1974, s. 473).

1755 tarihli adâletnâmede de, kanuna aykırı kararlar alınan davaların sıkça duyulduğu, kadılar ve naiplerin rüşvet alarak davanın taraflarından birini koruduğu, aslı olmayan birçok uydurma davayla namuslu kişilere zulmedildiği belirtildikten sonra bu tür uygulamalar yapan görevlilerin cezalandırılacağı, görevlerinden alınacağı uyarısı yapılmıştır (Özkaya, s. 476).

Niğde beyine, Karahisar-ı Develi ve Niğde kadılarına; "*Halktan zorla rüşvet aldığı bildirilen Niğde Kazası Naibi Carullah'ın suçu sabit görülürse naiplik görevinden alınması. Gurre-i Şevval 973/ 21 Nisan 1566*", 5 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 1481, s. 238.

⁵⁹⁶ Ortaylı, Mahkeme, s. 261; Mumcu, Rüşvet, ss. 127-131.

⁵⁹⁷ Kamer, 54/43; Ali Bardakoğlu, "Berâet", *DİA*, Cilt:5, 1992, (Berâet), ss. 470, 471; Lippman, s. 47.

durumuna düşebilir. Onurlu bir varlık olan insanın, asli berâet (günahsız, suçsuz, her türlü kötülükten beri/tertemiz) olması esastır⁵⁹⁸. Bu ilke günümüzün masumiyet karinesine karşılık gelmektedir.

Yargılamaya önyargılı başlamayı ve sanığa suçlu gibi davranmayı önleyen masumiyet karinesi, adil yargılamanın olmazsa olmazıdır. Bu ilkenin sayesinde, hüküm kesinleşinceye kadar kimse topluma suçlu olarak tanıtılamaz. Bu ilkeye uyulmadığında kişiler kolayca lekelenebilir ve şahsî hakları ihlâl edilebilir.

2. İslam Hukuku'nda Berâet-i Zimmet İlkesi

Batı hukukuna 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisiyle giren bu ilke⁵⁹⁹, İslam Hukuku'nun ilk devirlerinde yerleşmiş ve uygulanmaya başlamıştır. Batı Avrupa'da 18'inci yüzyıla kadar mahkemeler şüpheli veya sanığa önyargılı ve suçlu gözüyle bakmışlar ve suçlu-sanık ayrımı yapmamışlardır⁶⁰⁰.

Berâet-i zimmet ilkesine göre, suç iddiasında bulunan bunu ispatla mükelleftir. Birisinin suçlu olduğu iddia ediliyorsa, bu durum iddia sahibi tarafından ispatlanmalıdır⁶⁰¹. İslam Hukuku'nda sanığın suçsuzluğunu ispat etmesi ve karşı delil getirmesi istenmemektedir⁶⁰². Berâet-i zimmet ilkesi, istishab delilinin yansımasıdır; İslam Hukuku'nun tali kaynaklarından olan istishab deliline göre, aksini ortaya koyan bir delil olmadıkça, geçmişte var olan bir şey, şu anda da var kabul edilir. Örneğin, on sene önce hayatta olduğu bilinen bir kimsenin ölümü hakkında bir delil bulunmadığı sürece onun hayatta olduğuna hükmedilmektedir⁶⁰³.

⁵⁹⁸ Akman, ss. 20, 21; Aslan, s. 89; Atar, İslam, s. 32; Bayındır, s. 124; Dağcı, s. 574.

⁵⁹⁹ İlk defa 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde "sanık suçlu olduğu sabit oluncaya kadar masum sayılır" ilkesiyle sembolleşmiş ve daha sonraki uluslararası sözleşmelerde yerini almıştır (Aslan, s. 91). TC. 1982 Anayasası'nda da bu ilke şu şekilde yer almıştır: Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz" (m. 38/4). "Suçluluğu mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz" (m. 15/2).

⁶⁰⁰ Aslan, s. 185; Lippman, s. 47; Tellenbach, s. 933.

⁶⁰¹ Ancak Allah hakları ile ilgili suçlar, şahsî davaya konu olamayacakları için bunlarda bir beyyine külfetinden bahsedilemez; bu tür suçlarda özellikle kamu görevlilerinin davayı açma ve delil toplama görevi bulunmaktadır (Beroje, s. 100).

⁶⁰² Akman, ss. 20, 21; Akman, İlkeler, s. 471; Avcı, İşkence, s. 47; Cin/Akgündüz, I, s. 413; Tellenbach, s. 933; Bardakoğlu, İsbat, s. 492.

İspatla ilgili bu kurallar ve masumiyet karinesi kanunnamelerde de düzenlenmiştir. III. Murad Umumî Kanunnamesi, m. 34'e göre: "Ve eğer avret (kadın, zevce) ve kız bana zina ettin dese, er inkâr etse, sözlerine şahitsiz amel (iş) olunmaya. Ere yemin verüb avrete ve kıza tazir edüb iki ağaca bir akçe alına" (Akgündüz, Kanunnameler, 8/I, s. 113).

⁶⁰³ Demir, s. 28; Bardakoğlu, İsbat, s. 493.

“Beyyine hilâf-ı zahirî isbat için ve yemin aslı ibka içindir”; başka bir deyişle, kanıt, görünen durumun aksini kanıtlamak, yemin ise aslı sürdürmek içindir⁶⁰⁴. Suçluluğu iddia eden bunu ispat etmekle mükelleftir; delil, yeni bir şeyi iddia edenden istenir⁶⁰⁵. Bir iddianın ispatı da delille mümkündür; bunun dışındaki ihtimaller dikkate alınmaz. Hz. Peygamber bir davada “*Beyyine/ispat davacı üzerine, yemin davalı üzerine düşer*” buyurarak ispat bakımından her zaman geçerli olacak önemli bir ölçüt ortaya koymuştur⁶⁰⁶. Buna göre, davalıya dönük iddialar ispat edilmediği sürece iddiadan öteye gidemeyecek ve doğal olarak şüphelinin hakları teminat altına alınmış olacaktır. Hz. Peygamberin ispat konusuyla ilgili bir başka hadisi ise şöyledir: “*Eğer insanlara sırf iddialarıyla (delil olmadan) talep ettikleri verilseydi, insanlar başkalarının kan ve mallarına sahip çıkmaya kalkışırlandı. Oysa iddia sahibine beyyine gerekir (yani o ispatla yükümlüdür). İddiayı inkâr edene de yemin gerekmektedir*”⁶⁰⁷.

3. Osmanlı Hukuku’nda Berâet-i Zimmet İlkesi

Osmanlı Yargılama Hukuku’nda objektif delillerle gerçeğe ulaşılmaya çalışılırdı. Yargılamada sadece kanunî (bağlayıcı) deliller ispat vasıtası olarak kabul edildiğinden, kadı aksi kanaatte olsa bile, bu delillerle bağlı kalmaktaydı. Davacı, delilleri getirmek ve iddiasını ispat etmek zorundaydı⁶⁰⁸. Bu kurala göre, delille ispat edilip suçluluğu sabit oluncaya kadar şüpheliye suçlu gözüyle bakılamazdı⁶⁰⁹.

⁶⁰⁴ Mecelle, m. 77 (Cengiz İlhan, *Günümüz Türkçe’siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, ss. 54, 55).

⁶⁰⁵ “...Mehmed...şöyle dedi: ‘Ali...vekili olduğum kız kardeşim Siddi Ayşe’ye...dedi. Şimdi hakkımı isterim.’ Ali...soruldu. İnkâr ile cevap verdi. Davacı Mehmed’dan delil istendi. Şahadeti kabul olan Müslümanlardan... şahitlik yaptılar” (Atalay, s. 263).

Yavacı Hasan b. Halil’in, Uğurlu aleyhinde yol kesme davasını ispat edemediğine dair; “*Yavacı Hasan b. Halil, Uğurlu bana durmuş yoluma hıyanetliğe geldi dedi, Uğurlu inkâr etti. Yavacı Hasan ispat edemedi. Uğurlu yapmadığına yemin edince beraat ettiği kayboldu. Receb 922*” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 378(66a-1), s. 240.

⁶⁰⁶ Tirmizî, Ahkâm 12 (Canan, Kütüb-i Sitte, Cilt:14, s. 102); Bilmen, VIII, s. 91; Güleç, s. 39; Bardakoğlu, İsbat, ss. 492, 493; Dağcı, s. 575; Beroje, s. 76.

⁶⁰⁷ Müslim, Akdiye 1, Ebu Davud, Akdiye 23 (Canan, Kütüb-i Sitte, Cilt:14, ss. 102, 103); Aslan, s. 75; Dağcı, s. 575; Beroje, s. 76.

⁶⁰⁸ “Süleyman oğlu Nazır’ın, kendisine “*Hınzır!*” diyen Mehmed kızı Şakire’yi dava ve şahitlerle ispat ettiğine dair zabıt” Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 243 (Ongan, s. 20).

⁶⁰⁹ Suçu sabit olmadan kimseye ceza verilmemesine, yani masumiyet ilkesine verilen önem merkezden gelen emirlerden de anlaşılmaktadır. Bu husus sıkça vurgulanmış, sadece suç sabit olduğunda sanığın cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir. Mühimme defterlerinde yer alan bu konuyla ilgili hükümlerden bazıları şunlardır: Tatarpazarı kadısına; “*Muzaffer oğlu Ali Subaşı’nın*

Başlıca delil şahit beyanı olduğu için iddianın zannı gâlib (kesin bilgi) oluşturacak şekilde ispat edilmesi gerekirdi. Bu sebeple, tek şahit yeterli görülmemiş, en az 2 şahit şart koşulmuş ve bunlar için de sınırlandırılmalar getirilmiştir⁶¹⁰. Daha önce de belirtildiği gibi, diğer önemli ispat vasıtaları, yemin ve yeminden kaçınma⁶¹¹ olarak kabul edilmiştir⁶¹². Senet de bir delildir; ancak senedin içeriğinin iki şahitle doğrulanmasına veya sanık tarafından kabul edilmesine kadar, senet takdiri delil niteliğinde görülmüştür⁶¹³.

Masumiyet karinesi, şüpheli veya sanığın mahkûmiyet hükmü kesinleşinceye kadar suçlu sayılmamasını ifade etmektedir. Berâet-i zimmet ilkesi, Osmanlı Ceza Hukuku'nda masumiyet karinesine karşılık gelmektedir; buna göre, ceza hukukunda her insan aksi ispatlanana kadar suçlu sayılmamaktadır. Bu ilkeye göre, padişah ya da başka bir devlet adamı, suçu ispat edilmemiş olan bir kimseye zorla ceza veremez. Osmanlı vatandaşının bu hakkı, hukuk tarafından teminat altına alınmış olup padişahın bu hakkı ortadan kaldırma yetkisi bulunmamaktadır⁶¹⁴.

Berâet-i zimmet ilkesiyle savunma hakkı da garanti altına alınmaktadır. Bunun sebebi, savunma hakkının temelini masumiyete dayanmasıdır. Masumiyet

kulağını kesmekle suçlanan Mahmud oğlu Hasan'ın teftiş edilmesi ve suçu sabit görüldüğü takdirde küreğe konulmak üzere Dergâh-ı Mualla'ya gönderilmesi. 2 Muharrem 973/ 30 Temmuz 1565", 5 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 22, s. 6.

Biga kadısına; "Biga kazasında Divane Mustafa oğlu Ahmed adlı şahsın ev yakıp yağmaladığı ve haydutluk yaptığına dair şikâyetle buhumulduğundan, adı geçen her nerede ise buldurulup teftiş edilmesi, suçu sabit olursa hak sahiplerinin hakları alınıp sahiplerine verildikten sonra kendisinin Südde-i Saadet'e gönderilmesi. 5 Rebiülevvel 973/ 30 Eylül 1565", 5 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 295, s. 56.

Karaman beylerbeyi ile Turgud ve Konya kadılarına; "Turgud kazasında halka zulmettikleri, hırsız ve haramî oldukları bildirilen şahısların teftiş olunarak şer'an üzerlerine sabit olan hakların alınıp sahiplerine verilmesi ve suçu sabit olanların hapsedilip suçlarının ayrıntılı olarak arz edilmesi. 15 Cemaziyelevvel 973/ 8 Aralık 1565", 5 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 634, s. 114.

⁶¹⁰ Şahitliğin kabul edilmesi için sanığın yakını olmamak; ehliyetli olmak; adil, hür, güvenilir bir müslüman olmak; iftiran dolayısı kazf haddi ile cezalandırılmamış olmak ve 15 yaşından küçük olmamak gerekmektedir. Her ne kadar şahitlerin müslüman olması şartı aranmaktaysa da şer'iyye sicillerinde sadece gayrimüslümlerin bulunduğu bir ortamda işlenen fiillerle ilgili olarak gayrimüslümlerin şahitliğine başvurulduğuna ilişkin kayıtlar da bulunmaktadır. Ayrıca müslimler ile gayrimüslümlerin birlikte şahitlik etmeleri de kabul edilmiştir. Ancak şahitliklerinin kabul edilmesi için sözü geçen gayrimüslümlerin kilise veya havraya gidiyor olmaları güvenilirlik bakımından göz önünde tutulmuştur (Atalay, s. 264).

⁶¹¹ "Atmaca b. Abdullah'ın Memi b. Süleyman'a köpek diyerek küfrettiği yeminden nükülü ile sabit olduğunda tazir olunup deftere kaydolundu. 8 Rebiulahir 925" Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 608(95b-4), s. 342.

⁶¹² Ancak İslam hukukçularının çoğunluğu, yemin ve yeminden kaçınmayı tam ikrar ve tam delil görmediklerinden, had ve kısas gerektiren cezalarda bunlarla hükmedilemeyeceği görüşündedir. Yemini ve yeminden kaçınmayı had ve kısas cezalarında delil kabul etmek, şüpheden sanık yararlanır ilkesine aykırı bulunmaktadır (Beroje, s. 246).

⁶¹³ Akman, s. 94; Atalay, s. 266; Cin/Akgündüz, I, s. 397; Bardakoğlu, İsbat, s. 492.

⁶¹⁴ Demir, ss. 28, 29; Aslan, s. 89.

karinesi gereği sanık suçu sabit olana kadar suçsuz kabul edildiğinden, sanığa kendisini savunması için imkân verilmesi gerekir. Bu şekilde masumiyet karinesiyle savunma hakkı anlam kazanmış olmaktadır⁶¹⁵.

Osmanlı uygulamalarında da bu ilkeye uygun davranılmasına dikkat edilmiş ve berâet-i zimmet ilkesi kanunlarla teminat altına alınmıştır. Suçlu olduğu iddia edilen kimsenin yargı organlarınca suçu sabit olmadıkça ehl-i örf (beylerbeyi, sancakbeyi, mutasarrıf, subaşı, mütesellim gibi askerî ve mülki amirler) tarafından cezalandırılmazdı. Eğer şüpheli mahkemeye gelmekten kaçınırsa, işkence etmemek şartıyla, mahkemeye zorla getirilmesinde bir sakınca bulunmamaktaydı. Ancak hiç kimse kadının bilgisi dışında hapsedilemezdi⁶¹⁶. Kanunî'nin Umumî Kanunnamesi'nin üçüncü faslında yer alan şu düzenleme berâet-i zimmet ilkesine verilen önemi kanıtlar niteliktedir: "...bir kimsenin suçu sabit olmadıkça ona ceza verilmesin, para cezası alınmasın, alındıysa kadı tekrar hüküm verip geri alsın ve kadı kararı olmadan kimse ehli örf tarafından yakalanıp, hapsedilip, incitilmesin..."⁶¹⁷. Tüm bunlar, Osmanlı uygulamalarında yargısız infâza izin verilmediğini göstermektedir.

Şer'iyye sicillerinde, Osmanlı yargılamasında masumiyet ilkesinin uygulandığını kanıtlayan kayıtlar bulunmaktadır⁶¹⁸. Örneğin, 1788'de Fatma binti

⁶¹⁵ Sulhi Dönmezer, "Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler", **Nurullah Kunter'e Armağan**, Beta Basım, 1988, (Suçsuzluk), s. 67; Aslan, s. 183.

⁶¹⁶ Akgündüz, Kanunnameler, II, s. 184; III, ss. 94, 116; Aslan, s. 90.

⁶¹⁷ Akgündüz, Kanunnameler, IV, s. 305; Karaman, I, s. 221. Benzer bir hüküm Kanunî devri Sivas Sancağı Kanunnamesi'nin 35'inci maddesinde yer almaktadır. Buna göre, "*Mücrim (sıçlı) olan kimesne teftiş olunmadan veyahut üzerine inde's-şer cürm sabit olunmadan habs olunmaya*", yani kişinin suç işlediği sabit olmadan, yargılama yapıp kanıtlanmadan kimse hapisle cezalandırılmayacaktır (Akgündüz, Kanunnameler, VI, s. 292).

Kanunî dönemi 1565 tarihli Bosna Sancağı Kanunnamesi'nin 155'inci maddesi de masumiyet karinesini içermektedir: "*şer'an bir kimesneye bir töhmet sabit olmadan mücerred mesavi (kötülük, kusur) ile dahl (müdahale etme) etdirmeyeler, cürmün almayalar. Eğer alırlarsa, kadı hükm edüb gerü alıvere. Ve kadı marifeti olmadan ehl-i örf kimesneyi habs ve incitmeye. Ve birinin suçuna göre cürmin alub ziyade almayalar. Eğer alırlarsa kadı hükm edüb ziyadesin alıvere*" (Akgündüz, Kanunnameler, VI, s. 471).

⁶¹⁸ Kendisine küfredildiğini iddia edip ispatlayamayan Kasım b. Mehmed'e tazir cezası verildiğine dair; "*Kasım b. Mehmed mahkemeye gelip yanında Turhan b. Ali Köse'yi hazır edip hakkında bana küfretti diyerek dava etti. Sanık inkâr edince davacıdan delil talep edilmesine rağmen iddiasını ispatlayacak delil getiremeyince yemin teklif oldu. Davacı yeminden kaçındığı için Mehmed'e tazir hükmolundu. Rebiülahir 920*" Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 88(17b-1), s. 136.

Hırsızlık ithamında bulunan kimsenin davasını ispat edememesi sebebiyle davanın kapandığına dair; "*Hüseyin b. Yusuf'un mahkemeye gelip yanında Baylu? adlı Çingeneyi hazır edip atım çaldığını iddia etti. Sanık inkâr edince davacıdan delil talep edilmesine rağmen iddiasını ispatlayacak delil*

Abdullah mahkemeye gelerek “bugün öğle vakti Mehmet bin Hüseyin 5 yaşındaki kızım Fatma’yı Kara Ali’nin evinin önünde yakalayıp ırzına geçti ve bkrini izale etti. Sorgulanmasını ve şer’i hukukun uygulanmasını talep ederim” deyince konu Mehmet’e sorulmuş ve o da bu iddiayı reddetmiştir. Bunun üzerine davacının iddiasını ispat etmesi istenmiş, ancak yeterli delil gösterilemeyince kadı, Mehmet’in masum olduğuna karar vererek Fatma’ya bir daha elinde delil olmadan suçlamada bulunmaması konusunda uyarılmıştır⁶¹⁹.

Osmanlı Devleti’nde masumiyet ilkesine aykırı bir uygulama, sabıkalı kişilerin tazir cezası gerektiren bir suç iddiasıyla mahkemeye getirildiklerinde, kadının tek şahitle veya kendi bilgisine dayanarak tazir cezası verebilmesidir⁶²⁰. Zaten Osmanlı’da sabıkalı kişiler söz konusu olduğunda birçok ilkenin ihlâl edildiği bilinmektedir.

Osmanlı uygulamasında, özellikle yozlaşmayla birlikte (16-17’inci yüzyıllarda), masumiyet ilkesine aykırı uygulamaların yapıldığı görülmektedir. Mahkemelerde şüpheyi mahkûmiyet için yeterli sebep kabul ederek, aceleyle cezaların verildiğine rastlanır⁶²¹. III. Mehmet’in adâletnâmesinde, kadıların köylerde suçluları yargılamak veya diğer hukukî işleri görmek bahanesiyle yaptıkları yolsuzluklar anlatılırken; kadıların, görevlerini halkı soymak için kötüye kullandıkları, köy köy gezip suçsuz kişileri suçladıkları, sonra da onlardan gerçek dışı suçları için rüşvet aldıkları vurgulanmaktadır⁶²². Bu adâletnâme, kadıların masumiyet ilkesine aykırı uygulamalarda bulunduklarını göstermektedir.

getiremeyince davanın kapandığı deftere kaydedildi.” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 95(19a-2), s. 138.

⁶¹⁹ Akyılmaz, s. 190.

1789 yılından başka bir benzer örnekte ise, Ümmü Gülsüm adlı kişi Kastamonu şer’iyye mahkemesine başvurarak Mehmet bin Hasan’ın kendisini evine götürerek zorla bekâretini bozduğunu ve hamile kaldığını iddia etmiştir. Mehmet iddiaları reddetmiş ve bunun üzerine Ümmü Gülsüm mahkemeye yeterli delil sunamamıştır. Böylece Mehmet serbest kalmış ve Ümmü Gülsüm elinde delil olmadan insanları suçlamaması konusunda kadı tarafından uyarılmıştır (Akyılmaz, s. 191).

⁶²⁰ Avcı, Genel, s. 30; Ekinci, s. 346; Bayındır, s. 126.

⁶²¹ Henry Blount, *A Voyage into the Levant*, Hard Press, London, 2008, s. 17; Heyd, Kanun, s. 650.

⁶²² İnalcık, Devlet-i Aliyye, s. 327; Mumcu, Rüşvet, s. 133.

G. “Şek ile Yakîn Zâil Olmaz” İlkesi (Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi)

1. Genel Olarak

“Şek (şüphe) ile yakîn (kesin bilgi) zâil olmaz (yok olmaz)”; başka bir deyişle, şüpheden sanık yararlanır ilkesi, berâet-i zimmet ilkesinin sonuçlarından biridir. Sanığa yönelik bir iddiayı ortaya atan kişi ispatla yükümlü olduğuna göre, ispatın tam gerçekleşmemesi durumunda bundan berâet-i zimmet gereği sanık yararlanacaktır. Yapılan yargılama sonunda sanığın kusuru ya da fiili gerçekleştirmesiyle ilgili bir şüphe bulunuyor ve bu şüphe giderilemiyorsa, bu durum sanığın lehine yorumlanacağından sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmez. “Şüpheden sanık yararlanır” ilkesi daima sanık lehine olduğu için, bu ilkeye göre, suçun unsurlarının ispatına yetecek delilin olmaması halinde sanığın beraat etmesi gerekmektedir. Bu ilke, adaletin gerçekleştirilip sanıkların yararını garanti altına almak için konulmuştur⁶²³.

İslam-Osmanlı Hukuku’nda sanığın fiilinin ispatı bakımından bir eksiklik kaldığında, şüphe bulunduğunda sonucun daima sanık lehine olması kabul edilmiştir. Şüphe, kesin olanı ortadan kaldırmadığından, kesinlikle ispat edilmeden bir kişinin suçluluğuna ilişkin karar verilemezdi. İslam ve Osmanlı yargılama hukukunun temel ilkelerinden biri olan şüpheden sanık yararlanır ilkesi, Hz. Peygamber’in bir hadisine dayanmaktadır. Hadis şüphenin varlığı halinde cezaların uygulanmamasını emretmektedir: “*Hadleri şüphelerle düşürünüz. Suçlunun bir çıkış yolu varsa salıveriniz. Devlet başkanının bağışlamada yapacağı hata, ceza vermede yapacağı hatadan daha iyidir*”⁶²⁴. Buradaki had cezaları geniş anlamda olup kısas cezalarını da kapsamaktadır. Aynı şekilde tazir cezalarında da cezanın şüpheyle düşeceği kabul edilmiştir. Şüphe, suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinde veya ispatında olabilmektedir⁶²⁵.

⁶²³ Üdeh, I, s. 245; Avcı, İskence, s. 46; Aslan, ss. 93, 94; Cin/Akgündüz, I, s. 413; Karaman, I, s. 194; Osman Abd-el-Malek al-Saleh, “The Right of the Individual to Personal Security in Islam”, *The Islamic Criminal Justice System*, (ed. M. Cherif Bassiouni), Oceana Publics, London, 1982, s. 67; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 77; Mehmed Şerif, s. 62.

⁶²⁴ Tirmizi, Hudud 2 (Canan, Kütüb-i Sitte, Cilt:6, s. 298); Üdeh, I, ss. 236, 237; Karaman, I, ss. 193, 194; Güleç, s. 69; Bayındır, s. 129.

⁶²⁵ Akman, s. 21; Akman, İlkeler, s. 471; Cin/Akgündüz, I, ss. 301, 413; Aslan, s. 94.

Şüphyle kesin bilgi yok olmaz. Sanık, başlangıçta bir suç şüphesi altındadır; sanığın suçluluğuna işaret eden bazı deliller bulunmakla birlikte, bunlar suçluluğunu ispat için yeterli olmayabilir. Örneğin, suçlar sadece şahitlikle ispatlanmış olmaz. Bu şahitlik sonucu şüphenin ortadan kalkması veya şüphenin giderilmesi gerekir; şahitlik, suçu kesin şekilde ispatlayıcı olmalıdır. Ceza yargılamasında gerçeğin araştırılmasına büyük önem verilmiş ve bu hususta objektif ölçütler esas alınmıştır. İnsanın şeref ve haysiyeti her şeyden üstün olduğundan dolayı, kişinin suçluluğuna karar vermek sadece bir hâkimin kanaatine bırakılamaz. Bir kişinin cezalandırılabilmesi için suçluluğunun kesin olarak ispatı şarttır. Her insan annesinin karnından masum olarak doğduğundan, sanık, başlangıçta suçsuz kabul edilmektedir. Kişilerin suç işlemesi mümkündür; ancak kesin bilgi içeren delil olmadan suçlu sayılamaz. Osmanlı Hukuku'nda mahkûmiyet, suçluluğun muhtemel olmasına değil, kesin olmasına bağlı tutulmuştur. Şüphe halinde her zaman sanık lehine hükmedilmesi gerekmektedir⁶²⁶.

2. “Şek” ile “Yakîn” Kavramları

“Şek ile yakîn zâil olmaz” ilkesindeki *şek*, iki ihtimalden biri diğerine ağır basmayacak şekilde bir şeyin varlığı veya yokluğu hakkında şüphe doğmasıdır. Sanık, başlangıçta suç şüphesi altındadır. İki ihtimalden birini diğerine tercih ettirecek bir sebep olmakla beraber diğer taraf da muhtemel görünürse tercih edilen tarafa *zan*, öbürüne de *vehim* denmektedir. Sanığın suçluluğu konusunda bazı işaret ve deliller bulunmakla beraber, bunlar suçu ispat için yeterli görülmediği zaman sanık, zanlı duruma düşmüş olmaktadır. *Zann-ı gâlib* ise, iki ihtimalden biri olası görünmezse varılan kanaattir. *Zann-ı gâlib* kesin bilgi yerine geçmektedir⁶²⁷. Bu, suçluluğun iki dürüst ve güvenilir şahitle ispat edilmesi halidir; şahitler yalan söylemiş olabilirler ama çoğu zaman yapacak başka bir şey yoktur. *Yakîn* (kesin bilgi) de, olması veya olmaması kesin veya *zann-ı gâlib*le sabit olan şeydir. Bu da, sanığın başlangıçta suçsuz kabul edilmesi halidir; herkesin suç işlemesi mümkün ise de, elde kesin bir

⁶²⁶ Üdeh, II, s. 373; Cin/Akgündüz, I, ss. 396, 397; Bayındır, ss. 124, 125; Atalay, s. 259; Dağcı, s. 573; Bardakoğlu, İsbat, s. 492.

⁶²⁷ Kuran-ı Kerim'de *zanna* *zann-ı gâlib*le sakındıran ve *zannın* hakikatten hiçbir şeyi yansıtmadığını belirten ayetler bulunmaktadır. Örneğin, “*Bilmediğin şeyin ardına düşme*”, “...*zan, hiçbir şekilde gerçeğin yerini tutmaz*” buyrulmuştur (İsra, 17/36; Yunus, 10/36).

delil olmadan hiç kimse suçlu sayılamaz. “Şek ile yakîn zâil olmaz” ilkesine göre, bir şeyin varlığı kesin olunca, aksi ispat edilmedikçe, ortaya çıkan bir şüphe sebebiyle o şeyin yokluğuna hükmedilemez⁶²⁸.

3. Had ve Kisas Suçları Bakımından

Had cezaları şüphe nedeniyle düşmekte, şüpheli ya hiç ceza almamakta ya da ona had cezası yerine hafif bir tazir cezası verilmektedir⁶²⁹. Hadlerin şüphelerle düşmesi daima sanığın lehine olmaktadır. Had suçları vahim suçlar olup yaptırımları ağır olduğundan bir adli hata olduğunda haksız yere infaz edilen bir cezanın telafisi imkânsız veya zor olacağından ispatta çok hassas davranılması gerekmektedir. Bu sebeple şüphe halinde sanık bundan yararlanmaktadır. Örneğin, zina suçuna karşılık verilen recm cezasında şahitler taşlamaya kendileri başlamazsa ceza düşer. Burada şahitlerin yalan söylediklerine ilişkin bir şüphe uyandığı için had cezası şüpheyle düşmektedir⁶³⁰. Hırsızlık suçunda failin zamanında o malın maliki olması da bir şüphedir; aynı şekilde bu durumda şüphe sebebiyle had cezası düşmektedir⁶³¹.

Had suçlarıyla ilgili davalarda kadıya, cezayı düşürecek bir şüphe arama görevi verilmiş ve suçun tereddütsüz ispat edilebilmesi için özel tedbirler alınmıştır.

⁶²⁸ Cengiz İlhan, **Mecelle Hukukun Doksan Dokuz İlkesi**, 2. Baskı, Tarih Vakfı, İstanbul, 2003, (İlke), s. 8; Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E.T. 08.12.2015); Bayındır, s. 125; Dağcı, s. 572; Bardakoğlu, İsbat, s. 492.

⁶²⁹ Sanık üç durumda atılı suçtan beraat eder: 1) Suçun ana unsurlarından birinde şüphe, 2) sanığa isnad edilen fiile, yasaklayıcı hükmün uygulanmasında şüphenin bulunması, 3) suçun ispatında veya delillerde şüphenin bulunması. Bu üç durum dışında had cezası şüpheyle düşüyorsa, düşen had cezası yerine tazir cezası uygulanabilir. Bu durumda şüphenin kaynağı önemli değildir; örneğin, babanın, oğlunun malını çalması fiilinde ona had cezası verilmez. Hz. Peygamber “*Sen ve malın babanıdır*” buyurmuştur, bu yüzden babaya tazir cezası verilebilir (Üdeh, I, ss. 243, 244).

Had cezalarının şüphe sebebiyle tazir cezasına dönüşmesine sicil kayıtlarından verilebilecek bir örnek şu şekildedir: “.... Sipahi Ali cevabında beş yüz kuruş kadar akçe için Hasan'ın yetişerek içine koyduğunu ve kendisine korumasını söylediğini; kendisinin de sandık içinde akçe olduğunu bilmeden koyduğunu belirtmiştir. İttifakı inkâr etmekle beraber, en azından ağırlığından akçe olduğunu anlaması kesindir. her biri layık oldukları ta'zir cezasıyla cezalandırılmaları” (Atalay, s. 260).

Zina iftirası davasında mağdur hakkında ortaya çıkan bir şüphe üzerine had cezası yerine tazir cezası verilmesi yolunda bir ma'ruz: “...İsmail kızı Ayişe'nin mahkemede Ali oğlu Salih hakkında bir gün önce kendi mahallesinde bana karhaneci ve rosbi ve vilayetinde ırzına geçilerek geldin dediğini iddia etmiş, şahitlerle bu durumu ispat etmiş ancak Ayişe'nin iffetli biri olup olmadığı belli olmadığından Salih hakkında tazir lazım geldiği tescil ve ilam olundu.” 20 Rebiü'l Evvel 1180, İstanbul Mahkemesi, 1/25 numaralı arz defteri, s. 137 (Bayındır, ss. 257, 258). Burada suçun unsurlarından birinde bir şüphe bulunduğundan, unsorda eksiklik fiili had suçu olmaktan çıkarır ve tazir suçuna dönüştürür.

⁶³⁰ Akbulut, s. 174; Aslan, s. 94; Karaman, I, s. 194.

⁶³¹ Ekinci, s. 346; Üdeh, I, s. 238.

Örneğin, zina iddiasının ispatı için zina fiilini görmüş dört erkeğin şahit olarak dinlenilmesi şart koşulmuştur. Bu yüzden zor şartlarla ispatlanan ve en küçük bir şüpheyile düşürülen zina haddinin uygulamasına pek rastlanmaz⁶³². Suçun oluşumu ve ispatı için aranan şartlarda eksiklik olunca da hadler tazir cezalarına dönüşmektedir⁶³³.

Kıyas cezaları da şüpheyile düşmektedir⁶³⁴; örneğin, Ebû Hanife'ye göre, kesici ve öldürücü aletlerle değil de sopayla vurarak işlenen cinayetlerde katilin öldürme kastında şüphe bulunmaktadır. O zaman burada kıyas dışında bir ceza söz konusu olmaktadır. Ayrıca had ve kıyas cezalarında, kadınların şahitliği kabul edilmemekte; çünkü heyecana kapılıp yanılmalarından şüphe edilmektedir⁶³⁵.

Had veya kıyas suçlarında ispat vasıtası olarak tek kanıt ikrar veya şüphelinin itiraflarıysa ve kişi ikrarından dönerse ona had veya kıyas cezası verilmemektedir. İkrardan dönmek, ikrarın doğru olmadığı yönünde bir şüphe oluşturur; bu durumda ya hiç ceza verilmez ya da bunların yerine tazir cezası verilebilir. Şahitlerden başka delil bulunmadığında şahitlerin şahitlikten dönmeleri de aynı durum olduğundan, yine şüphe sebebiyle ceza verilemez. Hatta burada yalancı şahitliğin yaygın olması veya birinin başkasını suçlamasının kendini suçlamaktan daha kolay olması sebebiyle ceza, tazir cezasına da dönüşmez ve sanık beraat eder⁶³⁶. Sanık yeminden dönerse, hakkında kıyas cezası verilemez; ancak ceza diyete dönüşebilir⁶³⁷.

⁶³² Osmanlı uygulamasında recm cezasının sadece bir kez 1680 yılında verildiği bilinmektedir (Cin/Akyılmaz, s. 222). Ayrıca bakınız Tellenbach, s. 934.

⁶³³ Dulkadiroğulları Ceza Kanunu'ndan; "*her kim zina eylese, şer' ile ya örf ile sübut bulsa, ergen ise had olmaz ise onüç altın alına. Evli ise recm olmazsa onbeş altın alına*" (Akgündüz, Kanunnameler, I, s. 157); Cin/Akgündüz, s. 313.

⁶³⁴ Miyâr-ı Adalet, m. 41, s. 14.

⁶³⁵ Avcı, Genel, s. 30; Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E.T. 08.12.2015); Karaman, I, ss. 193, 194.

Kıyas yerine diyet cezası verilecek hallerde bir erkek ve iki kadının veya sadece kadınların bulunduğu yerlerde gerçekleşen olaylarda yalnız kadınların şahitlikleri geçerlidir (Miyâr-ı Adalet, m. 101, s. 34).

⁶³⁶ Üdeh, I, ss. 237, 238, 244; Miyâr-ı Adalet, m. 103, s. 34; Bilmen, VIII, ss. 163, 165; Beroje, s. 159.

⁶³⁷ Miyâr-ı Adalet, m. 96, s. 32.

4. Tazir Suçları Bakımından

Tazir suçlarının nispeten daha hafif yaptırımları olup ispatında dikkatli olursa da, bu suçlarda had suçlarının ispatı kadar ağır şartlar aranmamıştır. Örneğin, tazir suçlarının tek şahitle ispatı mümkündür⁶³⁸. Had suçlarında kadınların şahitliği kabul edilmezken, tazir suçlarında kabul edilebilir⁶³⁹. Şüphe sebebiyle tazir cezasının düşmesi ancak suçun ana unsurlarında veya ispatında şüphe bulunması halinde mümkün olmaktadır. Şüphe sebebiyle had cezası yerine tazir cezası veriliyorsa, tazir cezası şüpheyile düşmez⁶⁴⁰.

Osmanlı Devleti'nde kadılar çok açık bir şekilde suç ispat edilmedikçe sanığın cezalandırılmasını önlemeye çalışmışlardır⁶⁴¹. Ehl-i örfün, masumiyet ilkesini hiçe sayarak yaptığı cezalandırmaların ve keyfî uygulamalarının önüne geçmek için kadılar bu ilkelerin uygulamasında oldukça dikkatli davranmışlardır⁶⁴².

⁶³⁸ Avcı, Genel, s. 30; Ekinci, s. 346; Beroje, s. 247.

⁶³⁹ Kadın, hukuk karşısında erkeğe eşittir; Kur'an-ı Kerim'de "insan, kul, Müslüman" gibi genel ifadeler kullanılan ayetler, erkeği olduğu kadar kadını da içine almaktadır. Şahitlik sayısı gibi bazı konularda kadınlara farklı hükümlerin uygulanması, kadının kişiliğine değil, adalet ve dengeye yöneliktir. İslam hukukçularına göre, İslami örf, adet ve ahlâkın hâkim olduğu toplumlarda kadınların, erkeklerin de bulunduğu yerlerde olaylara tam hâkim olabilmeleri veya alenî mahkemeler önünde bildiklerini eksiksiz anlatmaları, onların psikolojik yapıları dikkate alındığında, zordur. Bu yüzden birbirlerini desteklemek, gerektiğinde hatırlatmada bulunmak üzere bazı tazir suçlarının ispatında bir erkeğe karşılık olarak iki kadın şahit istenmiştir (Karaman, I, s. 165).

⁶⁴⁰ Üdeh, I, s. 245; Beroje, s. 165.

⁶⁴¹ Zina kasdıyla Kara Hüseyin b. Mestan'ın evine girdiği iddia edilen Hasan b. Hızır'ın beraat ettiğine dair; "...mahkemede Hasan b. Hızır'ın Kara Hüseyin b. Mestan'ın zina kastıyla evine girmiş olduğu iddia edildi. Sanık inkâr edince ve suç ispatlanamayınca kanun gereği Hasan b. Hızır'ın töhmet-i sabıkası teftiş olunup ortaya bir şey çıkmayınca Hasan'ın töhmetten beraatine ve salah-ı nefisine (iyi kişiliğine) şahadet ettiklerinden sonra Hasan'dan yemin talep olunarak inkârı üzerine yemin edip beraatine karar verildi ve sicile kaydedildi." Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 760(114a-1), s. 410.

Nefise Hatun isimli hamile kadını dövmediğine yemin eden Demirci Ali'nin beraat ettiğine dair; "...mahkemede Demirci Ali'yi hazır edip vekili olduğu Nefise Hatunu hamileyken dövmüşsün dedi. Sanık inkâr edince yemin teklif oldu ve Ali dövmediğine dair yemin billah ettikten sonra beraatine hükümlü oldu. Rebiülevvel 926" Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 793(118a-1), s. 423.

⁶⁴² Akman, İlkeler, s. 470.

Ğ. Cezaların Şahsiliğı İlkesi

1. Genel Olarak

İnsanlar işledikleri suçlardan şahsî olarak sorumlu olduğundan hiçbir suçlu başka bir suçlunun cezasını çekemez. Suçu oluşturan fiilleri bizzat gerçekleştirmeyen, başka bir deyişle, suçu işlememiş olan masum kişilerin, suçluyla yakınlıkları olsa bile, o suçun cezasını çekmeleri adalete ve adil yargılama ilkesine aykırıdır. İnsan, kendi iradî davranışının neticesine kendisi katlanmalıdır⁶⁴³. Osmanlı Ceza Hukuku'nda cezaların şahsiliğı ilkesi geçerli olmuştur. Cezanın ancak suçu işleyen kimseye çektirilmesi, sadece onun sorumlu olması anlamındaki bu ilke, İslam Hukuku'nun başlangıçtan beri izlemiş olduğu temel bir ilkedir. İslam Hukuku bu ilkeyi, hem dünyada hem de ahiret hayatında geçerli genel bir ilke olarak ortaya koymuştur⁶⁴⁴. Bu ilkenin İslam Hukuku'nda kabul edilmesinin ana nedeni, hiç kimsenin diğerinin günâhını ve sorumluluğunu üstlenmemesi gerektiği yönündeki anlayıştır⁶⁴⁵. Suçun şahsî olması, bir kimsenin başkasının işlediği suçtan dolayı sorumlu tutulmaması adaletin ve hakkaniyetin gereği olarak görülmektedir.

İlkel dönemlerdeki hukuk sistemlerinde suçun cezasını yalnızca suçlu çekmezdi; onun yakınları da cezadan pay alırlardı. Başka bir deyişle, bu devirlerde cezaların şahsiliğı ilkesi bilinmemekte, kolektif sorumluluk kabul edilmekteydi. Cahiliye Devri Arapları'nda da suçtan failin bütün kabilesi sorumlu tutulmaktaydı⁶⁴⁶.

⁶⁴³ Cezaların şahsiliğı ilkesi aynı zamanda "kusursuz suç ve ceza olmaz" ilkesini de kapsamaktadır. İslam hukukunda cezaî sorumluluk üç esasa dayanır: 1) İnsan, yasak bir işi yapmalı, 2) fail, hür ve irade sahibi olmalı, 3) fail ayırt etme yeteneğine sahip olmalıdır. İnsanın sorumlu tutulabilmesi için akıl, baliğ olması gerekir; çünkü akıllı tam olmayan kimse, iyiyi kötüden ayıramaz, iradesini doğru kullanamaz. Deli, çocuk, yaşlı, bunak veya herhangi bir sebeple idrakini yitirmiş kişiyle cebir altında tutulan veya zaruret içinde kıvranan kimsenin sorumluluğu olmaz (Güleç, s. 46; Üdeh, I, s. 415).

⁶⁴⁴ İbn Teymiye, s. 121; Akbulut, s. 180; Aslan, s. 92; Cin/Akyılmaz, s. 217; Karaman, I, s. 211; Güleç, s. 43; Tellenbach, s. 932.

⁶⁴⁵ İbn Teymiye, s. 121; Aydın, s. 179; Tellenbach, s. 932.

⁶⁴⁶ Cahiliye Devri'nde ayrıca biri kuyuya veya madene düşerek ölür ya da bir hayvan tarafından öldürülürse, o kuyu, maden veya hayvan ölenin diyeti sayılabiliyordu. Hz. Peygamber. "*Hayvanlar, kuyu ve maden yaralamadan sorumlu tutulamaz*" diye buyurmuş ve bu uygulamaya son vermiştir. Bu yüzden İslam Hukuku'nun insan dışındaki canlı ve eşyaların sorumlu olmadığı ilkesini getirmiş olması önemli bir adımdır. İslam Hukuku açısından suç, insanın fiilleri sonucunda oluştuğu için, cezaî sorumluluğun konusunu sadece insan oluşturur. Sorumlu olan sadece sağ insanlardır, ölünün cezaî sorumluluğu söz konusu değildir; ölümle yükümlülükler ortadan kalkmaktadır. Ancak bazı İslam hukukçuları, tüzel kişilere, onların yapısına uygun malî nitelikte cezalar verilebileceği görüşündedir (Güleç, s. 45; Üdeh, I, s. 416; Esen, ss. 72, 73).

İslam öncesi Arap toplumunda cinayet olaylarında kisas uygulanmaktayken, eğer öldürülen kişi güçlü bir kabileden ise, ona karşılık iki kişi öldürülmekteydi. Bu durumda hem bir eşitsizlik söz konusu olur hem de cinayeti işleyen kişinin dışındaki bir kimse de başkasının işlediği suçtan dolayı cezalandırılırdı. Adaleti ve eşitliği gözetmeyen bu tür hükümler, hukuk sistemi bağlamında “hüküm’l-cahiliye” olarak nitelendirilmiş ve “suç ve cezada şahsîlik ilkesi” ile geçersiz kılınmıştır⁶⁴⁷.

Batı hukuk sistemlerine bile ancak Fransız İhtilali’nden sonra girebilmiş olan bu ilke, İslam Hukuku’nun ilk dönemlerinden itibaren titizlikle uygulanmıştır⁶⁴⁸. Suçtan dolayı yalnız suçu işleyen sorumlu kabul edilmiş, yakınlık ve dostluk derecesi ne olursa olsun bir başkası sorumlu tutulup, cezalandırılmamıştır⁶⁴⁹. Kur’an’da yer alan birçok ayette cezaların şahsîliği ilkesine yer verilmiştir⁶⁵⁰. Hz. Peygamber de “kişi, ancak kendi aleyhine suç işler. ...kişi, annesinin, babasının ve kardeşinin suçundan sorumlu tutulmaz” diyerek bu ilkeye işaret etmiştir⁶⁵¹.

İslam Hukuku’nda cezaların şahsîliği ilkesinin varlığına en güzel örnek, Hz. Ali’nin, İbn-i Mülcem’in öldürücü darbesine maruz kaldıktan sonra ölüm

İslam’dan önceki İran Hukuku’nda da, cezalandırma intikam esasına dayanırdı; ayrıca cezalar oldukça ağır olup şahsî nitelikte de değildi. Birisi diğerini öldürünce maktulün yakınları büyük bir gürültü ve ağıt ile hâkime başvurulur; hâkim onları diyet karşılığında katili affetmeleri için ikna etmeye çalışırdı. Kabul ederlerse, katilin tüm ailesi diyeti ödemekle yükümlü tutulurdu. Devlet aleyhinde suç işleyen kimse, bütün aile fertleriyle birlikte öldürülürdü. İran şahırlarından Perviz “babasının katilini öldürmeyen piçtir” diyerek kan davasını meşrulaştırmıştı (Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlm-i Hukuk, s. 168).

⁶⁴⁷ Aslan, s. 92; Güleç, ss. 43, 45.

⁶⁴⁸ Batı hukukunda Fransız İhtilâli öncesinde, yani XIX. Yüzyıla kadar, çocukların, hayvanların, cansız eşyaların ve ölümlerin cesetlerinin yargılandığı ve cezaya çarptırıldığı bilinmektedir (Esen, s. 72; Güleç, s. 45).

⁶⁴⁹ Cahiliye Devri’nde kan davası çok yaygındı; suçlunun masum yakınları öldürülür veya çeşitli şekillerde cezalandırılırdı. Hz. Peygamber, kan davasını Veda Hutbesi’nde (10/632) şöyle buyurarak kesin bir şekilde yasaklamıştır: “Şüphesiz cahiliye devrinin kan davası kaldırılmıştır. İlk kaldırmaya başladığımız kan davası Abdül-Muttalib oğullarında Amir’in kanıdır. Amir, Leys oğullarına süt çocuğu olarak verilmişti; onu Hüzeyl oğulları öldürmüştü” (Buharî, Hac 132, Megazî 78; Müslim, Hac 147; Ebû Dâvûd, Menâsik 56, 61; İbn Mâce, Menâsik 76, 84 (Akt. Bünyamin Erul, “Veda Hutbesi”, DİA, Cilt:42, 2012, s. 592).

⁶⁵⁰ Cezanın şahsîliği ilkesine yer veren âyetlerden bazıları şunlardır:

“Hiçbir suçlu başkasının suçunu yüklenemez” En’am, 6/164.

“Kim bir günah kazanırsa kendi aleyhine kazanmış olur” Nisa, 4/111.

“Yoksa henüz kendisine bildirilmedi mi Musa’ya ve her türlü güvene layık olan İbrahim’e gelen vahiylerde ne vardı; ve hiç kimse, kimsenin yükünü taşıyacak değildir” Necm, 53/36-38.

“Bizim yaptıklarımızın hesabı bize çıkacak, sizinkilerin hesabı da size” Şura, 42/15.

“Kötülük yapan onun cezasını çeker” Nisa, 4/123.

“Herkes kazandığının (yaptığının) karşılığında rehindir” Müddessir, 74/38.

“Hiçbir suçlu başkasının suçunun cezasını çekmez” İsra, 17/15; Fâtır, 35/18. Bu âyetlere bakıldığında, Kur’an’da cezaların şahsîliği ilkesinin ilâhî bir genel ilke olarak kabul edildiği görülmektedir.

⁶⁵¹ İbn Teymiye, s. 121; Avcı, Genel, s. 39; Esen, s. 89; Güleç, ss. 44, 47; Üdeh, I, s. 417.

döşegindeyken yanına çağırdığı çocuklarına yaptığı şu vasiyettir: “Beni öldüren den başkasını öldürmeyin (kisas etmeyin), bekleyin, eğer onun darbesi neticesinde ölürsem, darbesine karşılık bir darbeye intikamımı alın, onu kötürüm bırakmayın; zira Allah Resûlü’nün “Hasta bir köpek bile olsa, kötürüm bırakmaktan kaçının” buyurduğunu işittim”⁶⁵². İslam’ın emirlerini bu dinin ortaya çıkışından itibaren yaşayan bir kişiden gelen bu vasiyet, sadece cezaların şahsiliği ilkesini değil; aynı zamanda işlenen suçun tahkikatı yapıp ölümün, başka sebeplerden değil, suçlunun fiilinin doğal sonucu olarak ortaya çıktığının delillerini araştırmanın gerekliliğini de belirtmektedir⁶⁵³.

İslam Hukuku, Araplar arasında uygulanan kolektif (ortaklaşa) ceza sorumluluğunu kaldırıp, yerine cezaların şahsiliği ilkesini koymuştur. Kasâme ve âkile müesseseleri ise, kolektif sorumluluk değil, hem suç işleme kastı olmayan failin tazmin yükümlülüğünü hafifletmeye yönelik sosyal yardımlaşma ve dayanışma hem de mağduru koruma kurumu olarak görülmüştür⁶⁵⁴.

2. Âkile ve Cezaların Şahsiliği

İslam Hukuku, suçtan doğan zararların tazmininde âkilenin kolektif sorumluluğunu tanımaya da devam etmiştir. Böylece adam öldürme ve müessir fiiller için ödenmesi öngörülen kan bedeli ve para cezaları için sadece suçlu değil, aynı zamanda âkilesi de sorumlu tutulmuştur⁶⁵⁵. Âkile, diyetin ödenmesinde faile yardımcı olan failin yakın erkek akrabaları, asabesi, aşiret, divan üyeleri gibi kişi ve kurumlardan oluşmaktadır⁶⁵⁶. Kadın, çocuk ve deli âkileye katılmamış; bunlar sadece kendi üyelerinden birinin kasıt benzeri veya hata yoluyla işlediği cinayetin veya gurre denilen cenin düşürme tazminatını ödemekle yükümlü tutulmuşlardır⁶⁵⁷. Failin

⁶⁵² Serahsi, Mebsut, Cilt:26, ss. 174, 175; Maydani/Dağcı, s. 62.

⁶⁵³ Maydani/Dağcı, s. 62.

⁶⁵⁴ Mustafa Avcı, “Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Anlayışının Tarihi Gelişimi”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:24, Sayı:1, 2016, (Tazminat), s. 17; Avcı, Genel, s. 39; Maydani/Dağcı, s. 62; Cin/Akyılmaz, s. 217; Güleç, ss. 43, 47.

⁶⁵⁵ Maydani/Dağcı, s. 62; Karaman, I, ss. 211, 212; Üdeh, I, s. 417; Özbek, Mağduriyet, s. 46.

⁶⁵⁶ Hz. Peygamber döneminde bazı diyetlerin âkile ve beytülmal tarafından ödendiği ve bu kurumların bir sosyal sigorta kurumu işlevi gördüğü konusunda bakınız Yeniçeri, s. 382 vd.

⁶⁵⁷ Zarara yol açan fiilin işlenmesinde failin kasıt ve kusurunun bulunup bulunmaması ceza sorumluluğunu etkilese de tazmin sorumluluğunu etkilemez; çünkü doğrudan haksız fiillerde kusur sorumluluğu değil; sebep sorumluluğu esastır (Avcı, Tazminat, s. 19; Haluk Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981, s. 2).

âkilesi yoksa diyeti devlet ödemektedir. Âkile, İslam'ın ilk zamanlarında temelde kabile yardımlaşmasına dayanırken, ardından görülen hızlı İslam yayılışına bağlı olarak değişen sosyal yapıya uyumu söz konusu olmuş, bunun üzerine teoride birtakım değişikliklere uğrayarak bir gelişme göstermiştir⁶⁵⁸.

Âkile uygulamasının cezanın şahsiliği ilkesine aykırı olup olmadığı konusu tartışılmış ve İslam hukukçuları tarafından farklı görüşler savunulmuştur. İslam hukukçularının çoğunluğunun savunduğu birinci görüşe göre, âkile uygulaması cezaların şahsiliği ilkesine aykırı değildir. İlk bakışta bazı hallerde diyetin cezasının bizzat fail tarafından değil de onunla birlikte veya onun katılımı olmadan sadece âkile tarafından ödenmesi cezada şahsîlik ilkesine aykırı olarak görülmekteyse de aslında bu uygulama şahsîlik ilkesine tamamıyla aykırı değildir. Diyet, mağdurun uğradığı zarar karşılığında mağdur ve yakınlarına ödenen bir bedel olarak ceza özelliğine sahip olsa da; mağdur veya yakınlarının gerektiğinde diyetten vazgeçme hakları bulunduğu için bu bedelin tazminat karakteri öne çıkmaktadır. Âkilenin ödediği diyet, haksız fiil tazminatına benzetilmektedir⁶⁵⁹. Âkilenin diyet ödemesi, haksız fiiller açısından, koşulları ve mevcut kapsamı içerisinde toplumsal adâlet düşüncesinden kaynaklanan bir kusursuz sorumluluk hâlidir⁶⁶⁰. İslam Hukuku'nda diyet miktarlarının çok yüksek olması sebebiyle, kasıt dışı adam öldürmelerde ve diyetin bizzat fail tarafından ödenmesinin gerekmediği durumlarda bir yardımlaşma ve malî sorumluluğu paylaşma düşüncesiyle, diyetin faille ortaklaşa ödenmesi veya failin katılımı olmaksızın belli derecedeki yakınlarına ödettirilmesi esası

⁶⁵⁸ Akbulut, s. 172; Avcı, Tazminat, s. 19; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 94, 95; Üdeh, I, s. 683; Ekinci, s. 363; Karaman, I, s. 212.

⁶⁵⁹ İslam Hukuku'nda öldürme ve yaralamalarda suçluya, onun âkilesine veya devlete yüklenebilen diyet borcu, suçluyu cezalandırmaktan çok haksız fiilden doğan zarar ve mağduriyeti gidermeyi, suç mağdurunun haklarını korumayı hedef alır. Para cezası ile tazmin arasındaki fark, cezanın devlete ödenmesine karşılık, tazmin ödemesinin mağdur tarafa yapılmasıdır. Haksızlık, bir ceza normunda suç olarak tanımlanmış bir fiil olabileceği gibi sadece haksız fiil de olabilir; burada, aynı zamanda haksız fiil de oluşturan suçtan doğan mağduriyetle ilgili zararın giderilmesi söz konusudur. Özellikle kul hakkı ihlâli sayılan insan öldürme ve yaralama suçları, cezalandırılması gereken birer suç olduğu gibi mağduru zarara sokan ve bu zararın ödenmesi gereken birer haksız fiildir; hem cezaî hem de medenî sorumluluğun (tazmin sorumluluğunun) kapsamındadır (Avcı, Tazminat, ss. 10, 17; Avcı, Hapis, s. 254; Ali Bardakoğlu, "Diyet", *DİA*, Cilt:9, 1994, (Diyet), s. 478; Mehmet Akif Aydın, "Haksız Fiil", *DİA*, Cilt:15, 1997, (Haksız), ss. 210, 211; Mehmet Akman, "Osmanlı Hukukunda Faili Bilinmeyen İtlaf Durumlarında Öngörülen Ortak Sorumluluğun Hukuki Niteliği", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*, Sayı:3, Bahar 2007, (Ortak), s. 7).

⁶⁶⁰ Serdar Nart, *Ayrt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukukî Sorumluluğu (Hakkaniyet Sorumluluğu)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, ss. 3, 48, 51; Tandoğan, ss. 5, 11.

getirilmiştir⁶⁶¹. Diyet âkile tarafından ödenince, hem mağdurun hakkı karşılanmış olur hem de suçlunun kötü duruma düşmesi engellenerek sosyal bir yardımlaşma sağlanır. Zaten âkile fertlerine yükletilen bu diyet, onları ekonomik olarak kötü duruma düşürmeyeceği biçimde hâkim tarafından servetlerine göre bölünmektedir. Ayrıca âkile borcunu üç yıl içinde ve taksitle ödeyebilme imkânına sahip bulunmaktadır⁶⁶².

Bazı İslam hukukçuları ise, âkile uygulamasının şahsîlik ilkesiyle çeliştiğini ve bu ilkenin istisnası olduğunu kabul etmektedirler. Bu ikinci görüşe göre, âkile konusundaki hadisler, maslahat sebebiyle şahsîlik ilkesi ile ilgili genel ifadeli âyetlerden ayrılmıştır. Üçüncü görüşe göre ise, âkile suçlunun cezasına katılmamakta, sadece kendi ihmâl ve sorumsuzluğunun cezasını ödemektedir; âkile, suçlunun bu suçu işlemesine engel olmadığı için cezalandırılmaktadır. Âkile, suçluyu kollama ve gözetme görevini yerine getirmediği zaman suça ortak sayıldığından sorumluluğu üstlenmektedir. Âkilenin diyetin ödenmesine katılması, aile fertleri arasında bir sosyal kontrol mekanizması oluşturması açısından suçları önleyici ve aile bireyleri arasındaki bağları güçlendirici bir rol oynamaktadır⁶⁶³.

Yukarıda anlatılanlardan çıkarılan sonuca göre, ikinci görüş âkile uygulamasını şahsîlik ilkesine bir istisna kabul ederken, birinci ve üçüncü görüş ilkeye aykırılık görmemektedir. Bu konuda bizim de kabul ettiğimiz görüş, genel olarak benimsenen diyeti tazminat ve yardımlaşma bedeli olarak gören birinci görüştür. Âkile, bir diyet dayanışma grubu olarak görülebilir. Diyet ise, destekten yoksun kalma tazminatı niteliğindedir.

İslam hukukçuları, zaman içinde divanların bozulup, aşiretlerin dağıldığını, düzenli beytülmalın ortadan kalktığını dikkate alarak, diyetin bizzat fail tarafından ödenmesi gerektiğini savunmuşlardır. Osmanlı Devleti'nde de uygulama bu yönde olmuştur⁶⁶⁴. Ayrıca suç işlememiş olan âkilenin yargılanmadan ceza alması demek olan bu durum, adil yargılama ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

⁶⁶¹ Aydın, ss. 179, 201; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 94, 95; Karaman, I, s. 212; Özbek, Mağduriyet, ss. 46, 47.

⁶⁶² Akbulut, s. 172; Cin/Akyılmaz, s. 217; Üdeh, I, ss. 418, 684; Ekinci, s. 363; Karaman, I, s. 212; Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlm-i Hukuk, s. 244; Özbek, Mağduriyet, ss. 46, 47.

⁶⁶³ Cin/Akyılmaz, s. 217; Karaman, I, s. 212; Üdeh, I, ss. 684, 685; Esen, ss. 91, 92; Akbulut, s. 172.

⁶⁶⁴ Ekinci, s. 363; Avcı, Tazminat, s. 22; Özbek, Mağduriyet, s. 47.

3. Kasâme ve Cezaların Şahsiliği

a. İslam Hukuku'nda Kasâme

Cezada şahsîlik ilkesine ve dolayısıyla adil yargılama ilkesine aykırı görülen diğer bir kurum da *kasâmedir*. Kasâme kelimesinin sözlük anlamı, yemindir. İslam Hukuku kökenli olmayan kasâme, Hz. Peygamber'in uygulamasıyla İslam Hukuku'na girmiştir⁶⁶⁵. Bu kurum, faili meçhul cinayette özel bir ispat aracı olarak kabul edilmiştir. Kasâme, köy ya da mahalle veya bir şahsın kendi mülkünde, üzerinde öldürülme belirtileri bulunan faili meçhul bir ceset bulununca, maktulün yakınlarının dava etmeleri üzerine köy veya mahalle sakinlerinden elli kişiye “maktulü kendilerinin öldürmediğine ve öldüreni de bilmediklerine dair” yemin ettirilmesi demektir. Eğer bu kişiler yemin etmezlerse, yemin edinceye ya da ikrar edinceye kadar hapsedilmektedirler. Yeminden sonra cesedin bulunduğu mülk sahibinin âkilesi veya köy ya da mahalle sakinleri ölünün diyetini üç yıl içinde ödeme yükümlülüğü altına girmektedirler⁶⁶⁶.

Kasâme, genel olarak faili meçhul cinayetlerde söz konusu olmaktadır⁶⁶⁷. Faili meçhul cinayetlerin her çeşidinde (kasten, olası kastla ve taksirle işlenenlerde) kasâme mümkün görülmüştür. Ebû Hanife, yeminleşmenin sadece erkeklere

⁶⁶⁵ Patricia Crone, “Jahili and Jewish Law: The Qasama”, *Jerusalem Studies in Arabic and Islam*, Sayı:4, 1984, ss. 153-157; Rudolf Peters, “Murder in Khaybar: Some Thoughts on the Origins of the Qasama Procedure in Islamic Law”, *Islamic Law and Society*, Sayı:9, Cilt:2, 2002, ss. 132-135.

⁶⁶⁶ Cin/Akgündüz, I, ss. 324, 325; Akman, ss. 95, 96; Akman, Ortak, s. 9; Cin/Akyılmaz, s. 217; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 95; Ekinci, s. 364; Mahmud Esad Efendi, *Tarih-i İlm-i Hukuk*, s. 244; Üdeh, II, s. 374; Miyâr-ı Adalet, m. 139, s. 45; Avcı, *Tazminat*, s. 25; Crone, s. 160; Peters, s. 136; Beroje, s. 256.

⁶⁶⁷ Ancak kasâmenin faili meçhul cinayet dışındaki suçlarda da uygulandığına rastlanmaktadır. Faili meçhul hırsızlıkta da kurumsal tazmin kasâme örneğinden hareketle Osmanlı Devleti'nde uygulanmıştır. Kanunî'nin Umumî Kanunnamesi'nin 78'inci maddesine göre, bir köy yakınına konaklayan kişinin malı çalınsa ve faili bulunamasa zarar köy halkına tazmin ettirilir (Akgündüz, *Kanunnameler*, IV, s. 302; Heyd, s. 77; Avcı, *Tazminat*, ss. 28, 33; Akman, Ortak, s. 11). Kasâmenin sadece insanlar için uygulanan bir tazmin şekli olduğu fıkıh kitaplarında açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, Osmanlı yöneticilerinde ihtiyaca karşılık geldiği için kasâmenin mahiyet ve kapsamını ortak illet sebebiyle genişletme çabası dikkati çekmektedir. Bir yandan fıkıh kitaplarındaki kurallara uygun olarak mal hakkında kasâmenin cari olmayacağı yönünde -yanan değirmen bedelinin kasâme suretiyle tazmin edilmesinin uygun görülemeyeceği gibi (BOA, dosya no:50. gömlek no:18, 1321)-düzenlemelere rastlanırken, diğer yandan telgraf hattında kırılan fincanların kasâme usulüyle tazmininden başka çare olmadığı (BOA, dosya no:45/2, gömlek no:29, 1328), tahrip edilen otluk ve samanlıkların bedelinin köylülerden kasâme suretiyle tazmini usulüne dut, erik, zeytin ve incir bahçelerini tahrip edenlerin de tabi tutulması (BOA, dosya no:146/2. gömlek no:7, 1331) şeklindeki düzenlemelere de rastlanabilmektedir (Akman, Ortak, s. 8).

yaptırılabilceği, kadınların, çocukların ve delilerin dâhil edilemeyeceği görüşünde olmuştur. Kasâme bir yemin olduğu için bunu ehliyet sahibi kişiler yerine getirebilmektedir. Ancak maktul, bir kadının mülkünde veya ona ait bir arazide bulunmuşsa o zaman yeminleşmeyle kadın da yükümlü tutulmuştur⁶⁶⁸.

Cezaların şahsiliği ilkesine aykırı görünen kasâme kurumu, aslında mahalle sakinlerinin mahallelerine sahip olmalarını, güvenliğine azami özen göstermelerini sağlamak için bir otokontrol yöntemi olarak kabul edilmiştir. Kasâme kurumuyla kişilerin canının her türlü saldırıdan korunması amaçlanmıştır. Ebû Hanife'ye göre kasâme, suç ispatı yarayan bir delil değildir; maktulün bulunduğu yer halkına kendilerine karşı yöneltilen suç isnadını bertaraf etmek, böyle bir suçlamadan kurtulmak için tanınmış bir yemin hakkıdır. İbn Rüşd ve Şevkânî gibi hukukçular kasâmeyi meşru bir ispat vasıtası veya kısas ve diyete hüküm için yeterli görmezler. Bu hukukçular, kasâmenin genel ispat kuralıyla çeliştiği ve olaya tanıklığı bulunmayan kimselerin yeminine dayalı olarak hüküm vermenin doğru olmayacağı görüşündedir⁶⁶⁹.

Kasâme için, maktulün bulunduğu yerin bir kimsenin zilyetliğinde veya mülkiyetinde olması gerekir; çünkü kasâme, gerekli koruma özenindeki ihmalin bir sonucudur. Kimse sahipsiz yerleri korumakla yükümlü değildir. İslam Hukuku'ndaki "müslümanın kanı zâyî olmaz" kuralı gereği ve kamuya ait yerleri korumak devletin görevi olduğundan, sahipsiz arazide bulunan maktulün diyetini devlet ödemektedir⁶⁷⁰. Eğer ceset iki kasaba veya iki aşiret arasında bir yerde bulunmuşsa, cesedin daha yakın olduğu kasaba veya aşiret halkı kasâmeden sorumlu tutulmaktadır⁶⁷¹.

b. Osmanlı Hukuku'nda Kasâme

Kasâme kurumu, Osmanlı Hukuku'nda da yer almıştır. Kasâme uygulaması kötüye kullanmaya uygun bir yapıda olduğu için ehl-i örf tarafından kötüye

⁶⁶⁸ Üdeh, II, ss. 382, 389; Avcı, Tazminat, ss. 18, 19, 33; Beroje, s. 260; Ayhan Can, "Rumeli Ahkâm Defterlerine Göre Avlonya Sancağı'nda Faili Meçhul Cinayetler ve Kasâme Uygulamasına Dair Bir Değerlendirme (1745-1780)", **II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri**, Cilt:1, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 806.

⁶⁶⁹ Ali Bardakoğlu, "Kasâme", **DİA**, Cilt:24, 2001, (Kasâme), s. 528; Akman, s. 96; Ekinci, s. 364; Üdeh, II, ss. 380-382; Crone, s. 165; Can, s. 802; Beroje, ss. 264, 268.

⁶⁷⁰ Akman, s. 97; Üdeh, II, s. 392; Avcı, Tazminat, ss. 25, 26; Miyâr-ı Adalet, m. 169, s. 55.

⁶⁷¹ Akbulut, s. 173; Üdeh, II, ss. 392, 393; Miyâr-ı Adalet, m. 156, s. 51; Can, s. 807.

kullanılmış, halktan haksız yere para toplamanın bir aracı olarak görülmüştür. Bu durum, eceliyle ölen bir kimseyi mezarından çıkarıp başını kesip “köyünüzün yakınında maktul bulundu” diyerek köylüden diyet almaya kadar varmıştır⁶⁷². İncelik’te bir dere kenarında bulunan Dumanlı köyüne yabancı bir kişi gelip yerleştikten sonra köyün yakınlarında cesetler bulunması üzerine köylüler sık sık kasâme bedeli ödemekten sıkıntıya düşmüşler ve bu durum İstanbul’a yansımıştır⁶⁷³.

Kasâme hükümleri tüm Osmanlı Devleti’nde uygulanırken⁶⁷⁴, İstanbul’da pek uygulanmamıştır. I. Mahmur’un çıkarttığı 1159/1746 tarihli Hüküm-i Hümayûn’da kasâmenin İstanbul’da uygulanmaması gerektiği belirtilmiştir⁶⁷⁵. Kasâmenin İstanbul’da uygulanmamasının nedeni, büyük şehirlerde uygulanmaya pek elverişli olmayan bir tarım toplumu kurumu olmasıdır. İş bölümünün geliştiği, insanların gündüz çalışmak amacıyla evlerinden çıkıp işyerlerine gittikleri bir büyükşehirde bu kurum, mahalle koruma ve gözetleme işlevini yitirmektedir. Fıkıh kitaplarına göre cinayet, ana caddeler, büyük camiler, köprüler, pazar yerleri gibi kamuya ait mekânlarda işlenirse bu yerler kimsenin mülkiyetinde veya zilyetliğinde olmadığı için kasâme uygulanmaz; bu yerlerin koruması kamuya ait olduğundan maktulün diyeti devlet hazinesinden ödenir. Osmanlı padişahları da bu durumu geniş olarak yorumlayıp, İstanbul ve çevresinde gerek devlete gerek halka ait mekânlarda işlenen faili meçhul cinayetlerde kamunun sorumluluğunu kabul etmişlerdir⁶⁷⁶.

Diyetin ceza olma yönü, ödemesiyle failin şahsen borçlu olduğu kasdî ve kısmen de kasıt benzeri öldürmelerde daha belirgindir. Âkilenin ya da üçüncü şahısların ödemeyi üstlendiği durumlarda ise diyet, artık bir cezadan çok tazminat ve sosyal sigorta görünümünde olmaktadır⁶⁷⁷.

⁶⁷² 6 Numaralı Mühimme Defteri, Cilt:1, s. 313.

⁶⁷³ “İncelik kazasında Divaneahmed köyüne Nasuh isimli bir şahıs geldiğinden beri köye yakın derece cesetler bulunmaya başladığı ve adı geçen Nasuh’un kadının topladığı kürekçi akçesini alabilmek için kadının kölesini kandırıp söz konusu derece yaraladığı bildirildiğinden, adı geçen teftiş olunması; şayet şer’an katli lazım gelmez ise küreğe konulmak üzere Südde-i Saâdet’e gönderilmesi.8 Zilkade 979”, 12 Numaralı Mühimme Defteri, 978-979/1570-1572, Cilt:2, Belge no: 1097, ss. 209, 210.

⁶⁷⁴ Kasâme kanunnamelerde de düzenlenmiştir. Yavuz Sultan Selim’in Umumi Kanunnamesi, m. 14; “Eğer mahalle ya da köy arasında maktul bulunsaydı, elbette teftiş edüb katili bulduralar veyahut diyet çekdüreler” (Akgündüz, Kanunnameler, III, s. 90). Aynı düzenleme Kanunî’nin Umumi Kanunnamesi I’in 18’inci maddesinde, III. Murad Umumi Kanunnamesi’nin 43’üncü maddesinde de yer almaktadır (Akgündüz, Kanunnameler, IV, s. 299; 8/I, s. 114).

⁶⁷⁵ Mehmet Akman, “Osmanlı Hukukunda Kasâme”, *Türkler Ansiklopedisi*, Cilt:13, Ankara, 2002, (Kasâme), ss. 790-794; Avcı, Tazminat, ss. 26, 27.

⁶⁷⁶ Akman, ss. 98, 99.

⁶⁷⁷ Akbulut, s. 173; Maydani/Dağcı, s. 62; Cin/Akyılmaz, s. 217.

Görüldüğü gibi kasâme ve âkile müesseselerinin amacı, halkın ya da akrabaların suça engel olmasını sağlamak, suçluların takibini kolaylaştırmak ve mahkeme önüne çıkarılmasına yardımcı olmaktır. Tüm bunlar düzeni korumaya, insanın çevresinde olan bitene karşı duyarlı olmasını sağlamaya yönelik kurumlardır. Ancak kasâme kurumunda suçu olmayan kişilerin delilsiz ve yargılamasız bir şekilde yemin ederlerse ceza almaları veya yemin etmezlerse hapsedilmeleri söz konusu olduğundan bu kurum, adil yargılama ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

4. Para Cezaları ve Cezaların Şahsîliği İlkesi

Cezaların şahsîliği ilkesi bakımından önemli olan diğer bir husus para cezalarıdır. Uygulamada cezaların şahsîliği ilkesine aykırı gibi görünen durumlar, örneğin Kanunî'nin Umumî Kanunnamesi I'nin 3'üncü maddesine göre, evli kadının zinasında cerimenin kocasından alınması, önlememe şartına bağlı olduğu için bilerek kötülüğü önlememenin cezası (köftehorluk kınılığı) olarak kabul edilmiştir. Kanunname'nin 11'inci maddesine göre ise, mümeyyiz küçüklerin cinsi münasebet etmesi halinde babası eğitime ve koruma görevinin ihmali sebebiyle cezalandırılmaktadır. Kanunî'nin Umumî Kanunnamesi II'nin 10'uncu maddesine göre; "*Uğruluğu (hırsızlığı) bilip kadiya demese... on akçe cürm alına...*" ifadesi ihbarı ihmalin cezasını belirtmektedir. 63'üncü maddedeki "*hamr içmediği halde hamr meclisinde otursa tazir edip üç ağaca bir akçe cürm alına*" hükmü de önleme görevinin ihmali sebebiyledir⁶⁷⁸. Ancak 1859 tarihli Nizam-ı Muvakkat'ın 23'üncü maddesindeki "*...mahkûmun ölümü halinde nakdi cezalar terekeden tahsil edilir*" hükmü cezaların şahsîliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır⁶⁷⁹. Bu hüküm para cezası ve tazmini birbirine karıştırmıştır. Para cezalarının, uygulandığı suçludan çok, nafakasını sağladığı aile fertlerini etkilediğini, dolayısıyla şahsîlik ilkesine aykırı olduğunu söyleyenler de bulunmaktadır⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ Akgündüz, Kanunnameler, IV, ss. 296-370.

⁶⁷⁹ İslam Hukuku'nda ölüm, hem davayı hem de cezayı düşürmektedir. Ayrıca suçlunun ölümünden sonra, verdiği zararlar karşılığında terekesine yönelik tazminat talepleri hariç, terekesi için herhangi bir tedbir alınması da yasaktır (Maydani/Dağcı, s. 63).

⁶⁸⁰ Avcı, Genel, ss. 324-327. Para cezaları aynı zamanda eşitlik ilkesine de aykırıdır. Aynı suçtan dolayı para cezasına mahkûm olan ve ödeyebilen zengine göre, ödeyemeyen fakir cezanın etkisini daha fazla hissetmektedir. Ödenmeyen para cezasının hapse çevrilmesi veya mahkûmun bedenen

Bazı istisnai uygulamalar dışında, Osmanlı uygulamasında cezaların şahsîliği ilkesine önem verildiği görülmektedir. Özellikle bu ilkedен hareketle, isyancıların takip ve tutuklanmaları sırasında suçsuz insanlara işkence edilmemesine ve zarar verilmemesine azami özen gösterilmiştir. Ara sıra eyaletlerde meydana gelen, yol kesen eşkıyaların yakalanması için padişah tarafından kadılarına gönderilen fermanlarda yer alan şu ifadeler kişi hak ve hürriyetleri açısından dikkat çekicidir: “...Zuhur iden (ortaya çıkan) kutta’ü’t-tarik (yol kesen) ve haramzâde eşkıyasın ele götürüb ahz ve kabz (yakalama) gereği gibi hıfz ve hirâsetinden ihtimam üzere olasin illâ bu bahâne ile celb-i mal olmakdan ve hilâf-ı şer’ (hukuka aykırı şekilde) bir ferde zulüm ve ta’addi ve tecâvüzden be-gâyet ihtirâz ve ictinâb üzere olasız (zulüm ve işkence yapmaktan kaçının)... ” “Hilâf-ı şer’i şerif kendi hâlinde olanlara ta’addi ve tecâvüz olunmakdan ictinab ve ihtiyat oluna...”⁶⁸¹ Ayrıca sıkça kullanılan “...âhardan bir kimseyi (başkalarını) rencide etmeyesiz...” ifadesinde suçsuzların sözlü olarak bile incitilmemeleri gerektiği belirtilmektedir⁶⁸².

H. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı

1. Hakkaniyete Uygun Yargılanma ve Dürüstlük Kuralı İlişkisi

Osmanlı ceza hukukunda hakkaniyete uygun yargılanma hakkı bulunmaktaydı. Bu hakka göre, hukuk sistemi tarafından bir davanın hakkaniyete uygun olarak açılması ve yürütülmesinin, tarafların iddia ve savunmalarında doğruyu söylemesinin, şahitlerin yalan söylememesinin, muhakeme hukukunun taraflara tanıdığı yetki ve imkânların kötüye kullanılmamasının sağlanması gerekir⁶⁸³.

Hakkaniyet kavramı, “somut bir olaya ilişkin olarak, hâl ve durumun gereklerine göre, en uygun ve adil sonuca varılması, kısaca somut olaya ilişkin

çalıştırılması suretiyle tahsil edilmesi hallerinde, eşitlik ilkesinin zedelendiği daha net görülmektedir (Avcı, Genel, s. 329).

⁶⁸¹ Kayseri Şer'iyye Sicilleri 81 Nolu Defter, s. 17/b.36, s. 18/b.37; Eşkıya için yapılan takip ve kovuşturmalarda suçsuz ahaliye eziyet verilmemesi konusunda bazen daha sert uyarıların yapıldığı da görülmektedir. Bakınız Kayseri Şer'iyye Sicilleri 84 Nolu Defter, s. 170/b. 391 (Aktaran Aslan, s. 93).

⁶⁸² Aslan, s. 185.

⁶⁸³ Ramazan Arslan, **Medeni Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, “S” Yayınları, Ankara, 1989, s. 55; Yavuz, Dava, s. 13; Aslan, s. 77; Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 513; Özekes, s. 50; Öztan, ss. 159-161; Müge Vatansever Öztürk, “Osmanlı Kadı Yargılamasında Dürüstlük Kuralı”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:1, 2016, s. 96.

adâlettir” veya “doğru olan hukukun uygulanması” şeklinde ifade edilebilir⁶⁸⁴. Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı dürüstlük kuralının bir gereğidir. “Dürüstlük” kelime olarak, doğru olmak, hatasız olmak, sözünde ve davranışlarında doğruluktan ayrılmamak anlamına gelmektedir. Dürüstlük kuralı ise, “bir subjektif hakkın veya imkânın, hürriyetin, yetkinin kötüye kullanılmaması ya da vaz’ olunma veya tanınma amacına uygun kullanılması” demektir⁶⁸⁵. Dürüstlük kuralı veya dürüst işlem ilkesi yargılama hukukunda da geçerlidir; davanın bu kurala uygun olarak açılması ve yürütülmesi gerekmektedir. Dürüstlük kuralı gereği, delillerin toplanmasında ve muhakemede başvurulacak işlemler ile kullanılan yöntemler insan onurunu ve adaletin saygınlığını zedelememelidir⁶⁸⁶. Hâkim, diğer mahkeme görevlileri, taraflar ve şahitler hak ve adaletin ortaya çıkması için çalışmak ve hukukun tanıdığı imkânları kötüye kullanmamak zorundadırlar.

Osmanlı Hukuku, İslam inancından kaynaklanan manevî yaptırım gücüne sahiptir; bu, ölümden sonra dirilme, ilâhî bir yargılama sonucunda kurtuluş veya mahkûmiyet inancıdır. Bu yüzden gerçek müslüman dünyevî ceza görmeyeceği yerde bile üzerine düşen görevleri yerine getirerek başkalarına haksızlık yapmaktan kaçınır. Bu yaptırım gücü, kanunlara uyma ve herkesin haklarının korunmasını sağlamada Osmanlı Hukuku’nu dönemin diğer hukuk sistemlerinden ayrıcalıklı bir konuma getirmiştir. Dürüstlük kuralını emreden ilâhî yaptırım gücünün yansıması hâkim, taraflar ve şahitler üzerinde kendini göstermektedir⁶⁸⁷.

2. Dürüstlük Kuralının Yargılama Hukukundaki Yeri

a. Genel Olarak

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı dürüstlük kuralının bir gereği olduğu için, yargılamada hâkim, taraflar, şahitler ve diğer mahkeme görevlileri adaletin ortaya çıkması için çalışmak ve dürüstlük kuralına uygun hareket etmek

⁶⁸⁴ Nart, ss. 65, 74; Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1987, ss. 217, 218.

⁶⁸⁵ Arslan, s. 55; Demir, s. 22; Umar, ss. 41, 42; Bilge, s. 258; Özekes, s. 50.

⁶⁸⁶ Aslan, ss. 172, 173; Arslan, ss. 57, 62; Öztan, ss. 159-161; Vatansever Öztürk, s. 95; Veli Özer Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, (Arama), s. 32; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 53.

⁶⁸⁷ Hamidullah, ss. 162, 163; Aslan, ss. 174, 175; Vatansever Öztürk, s. 94.

zorundadırlar. Hakkaniyete uygun yargılama için davanın taraflarının savunma haklarını yeterince ve tam olarak kullanmalarına da imkân sağlanmalıdır. Yargılama sürecine katılan herkesin, muhakeme hukukunun kendilerine tanıdığı yetki ve imkânları kötüye kullanmadan, üzerine düşen görevleri yerine getirmesi gerekmektedir. Dürüstlük kuralının yargılama hukukundaki yerini, hâkim, taraflar ve şahitler olmak üzere üç başlık altında incelemek uygun görülmektedir.

b. Taraflar Bakımından Dürüstlük Kuralının Uygulanması

Kural olarak davalı ile davacı, gerçeğin ortaya çıkmasında aydınlatıcı bir rol üstlenmeli, adil bir karar verilmesine yardımcı olmalıdır. Dürüst davranmayıp gerçeği saklayarak, haksız hüküm verilmesine neden olan taraf, Hz. Peygamber'in hadisinde de belirtildiği gibi⁶⁸⁸, ateşten bir parça almıştır. Hz. Peygamber, tarafların yalan beyanda bulunarak hâkime yanlış karar verdirmelerinin mümkün olduğunu belirterek dürüstlük kuralı içerisinde hareket etmelerini tavsiye etmiştir⁶⁸⁹.

Davacı, davayı dürüstlük kuralına uygun olarak açmalı; sonrasında davacı, davalı her iki taraf davayı bu kurala uygun olarak yürütmelidirler. Davanın hak arama niyetiyle usûlüne uygun olarak açılması, tarafların iddia ve savunmalarında doğruyu söylemeleri, muhakeme sürecini uzatıp karşı tarafın hak kaybına yol açabilecek hareketlerden kaçınılması dürüstlük kuralına uygun davranışlardır. Taraflar yalnız mahkemeye karşı değil, birbirlerine karşı da dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdürler⁶⁹⁰. Ayrıca yargılamada tarafları temsil eden vekil de dürüstlük kuralına uygun hareket ederek iddia ve savunma faaliyetlerinde bulunmalıdır.

⁶⁸⁸ "Ben bir insanım, Sizler ise benim önümde davalasıyorsunuz. Belki kiminiz ötekinden delilini daha açık bir dille ortaya koyabilir. Ben de işittiğime göre hüküm veririm. Her kime kardeşinin hakkından bir şey hükmedecek olursam onu almasın, çünkü ben ona ateşten bir parça kesip veriyorum". Buharî, Hiye 9, Tirmizî, Ahkâm 11, Ebu Davud, Akdiye 7 (Canan, Kütüb-i Sitte, Cilt:14, s. 98; Bilmen, VIII, s. 90).

⁶⁸⁹ Aslan, s. 175; Güleç, s. 39; Bardakoğlu, İsbat, s. 494.

⁶⁹⁰ Aslan, ss. 173, 174; Arslan, ss. 57-61; Vatansever Öztürk, s. 97.

c. Hâkim Bakımından Hakkaniyetle Hükmetme

Yargılamada, dürüstlük kuralının tam olarak gerçekleşmesi için, hâkimin de hakkaniyetle hükmetmesi gerekmektedir. Hakkaniyet, hâkimi adaletle hükmetmeye yöneltir. Hâkim, yargılama süresince hak ve adaletle karar vermek için elinden gelen çabayı göstermekle yükümlüdür. Hz. Ömer'in Ebû Musa el-Eş'ari'ye gönderdiği mektupta geçen "*Sana bir dava getirildiğinde onu iyice anlamaya çalış*" cümlesi bunu anlatmaktadır. Hâkim davayı iyice anlayıp dinledikten sonra doğru karar vermek için gereken çabayı göstermelidir⁶⁹¹. Emevi Halifesi Ömer b. Abdülaziz'in kadı olarak tayin ettiği Meymun b. Mihran'a verdiği şu talimat hakkaniyete uygun yargılama yapmak bakımından dikkat çekicidir: "*Sinirli ve sıkıntılı iken davayı karara bağlama, taraflara karşı yumuşak davran. Dava ile ilgili gerekli araştırmayı yapmadan ve dava konusunu iyice anlayıp dinlemeden hüküm vermenin bir faydasının bulunmadığını, hakkı sahibine teslim etmedikçe davayı karara bağlamanın bir anlam ifade etmediğini, adil davranmadıkça hüküm vermenin ve o hükmü icra etmenin bir hayır getirmeyeceğini bilmelisin*"⁶⁹².

Kur'an-ı Kerim'deki birçok âyette hâkimin adalet, hakkaniyet ve dürüstlük ilkelerine göre hüküm vermesi emrolunmuştur⁶⁹³. Hz. Peygamber'in bir hadisinde, hak ile hükmetmeyip doğruluktan sapan ve hükmünde zulmeden hâkimlerin cehennemle cezalandırılacağı belirtilmektedir⁶⁹⁴.

Hakkaniyete uygun yargılamada hükmün objektif delillere göre verilmesi gerekmektedir. "*Bilmediğin bir şeyin ardına düşme*"⁶⁹⁵ âyetinde de belirtildiği gibi verilecek hükümler ancak bilgiye, yani görünür, kesin bilgi içeren delillere dayanmalıdır. Kadı, gizli olanları bilemeyeceği için görünene göre hareket etmelidir. Aksi şekilde hareket etmek kadıyı yanıltabilir; bu ise, hakkın yok olma ihtimalini yükseltir. Kadı, delillere göre hareket ederse, bunun bir sorumluluğu yoktur; bu

⁶⁹¹ Arslan, Dürüstlük, s. 71; Demir, s. 23; Vatansever Öztürk, ss. 98, 99.

⁶⁹² Atar, Kadı, s. 69; Şen, ss. 520, 521.

⁶⁹³ Bakınız Nisa, 4/58; Maide, 5/8, 42; Sad, 38/26.

⁶⁹⁴ Hz. Peygamber şöyle buyurur: "*Hâkimler üç türdür; biri cennette, ikisi cehennemdedir. Cennette olanı, hakkı bilen ve onunla hükmedendir. Hakkı bilen ve buna rağmen hükmünde zulmeden cehennemdedir. İnsanlar arasında bilgisizce hükmeden kişi cehennemdedir*" (İbn Teymiye, s. 45; Bilmen, VIII, s. 122; Arslan, s. 176).

⁶⁹⁵ İsrâ, 17/36.

durumda dünyada eleştirilere maruz kalmayacak, âhirette de cezadan kurtulacaktır⁶⁹⁶. Kadının kendisine sunulan delillere ve zahire göre karar vermesi yargılamanın adaletini, açıklık ve güven içinde geçmesini sağlamaktadır.

Osmanlı yargılama hukukunda, ispat vasıtaları objektif kıstaslara bağlanmış ve kadıyı subjektif değerlendirmelere götürecek takdiri yetkileri sınırlandırılmıştır. Ceza davaları sadece objektif delillerle ispat edilebilmiştir. Hatta ağır cezaları gerektiren had ve kısas suçlarının ispatı daha zor şartlara bağlanmış⁶⁹⁷, insanın şeref ve onuru her şeyin üstünde tutulmuştur; bu yüzden kadı, kesin bilgi içeren delile dayanmadıkça ceza veremezdi. Kadının görünen bir delile dayanmayan kanaati, etkiden uzak olamayacağından, taraf tutması ve hissî davranması her zaman mümkün olabilirdi⁶⁹⁸.

Ceza davalarında ortada bir suç vardır ve failin cezalandırılabilmesi için suçluların ortaya çıkarılması gerekir; bu yüzden kadı, suçun kim tarafından işlendiğinin ispatını bir kamu görevi olarak yürütmek zorundadır⁶⁹⁹. Kadı, sadece kendisine sunulan delillerle yetinmemeli, gerektiğinde keşif de yapmalıdır. Kadı, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli konularda ilgili uzmanlardan araştırma yapmasını da isteyebilir⁷⁰⁰. Kadı, olay ile ilgili tüm meşru delillerden hareket etmek

⁶⁹⁶ Serahsi, Mebsut, Cilt:16, s. 64; Aslan, s. 158; Bardakoğlu, İsbat, s. 494. Ancak İbn Kayyım aksi görüştedir. İbn Kayyım, ispat vasıtalarını zahiri delillerle sınırlandırmamakta, hakkı ortaya çıkaran her türlü söz, fiil, durum, emare ve karinenin delil kapsamında olduğunu savunmaktadır. İbn Kayyım, had suçları hariç diğer suçlar açısından tam bir delil serbestisini kabul etmiştir (el-Cevziye Ebu Abdullah Şemseddin İbn Kayyım (ö.751/1350), *et-Turuku'l-Hukmiyye*, Kahire, 1977, s. 111'den aktaran Beroje, s. 124).

⁶⁹⁷ Ancak zina ve zina iftirası suçları dışındaki suçların ne şekilde ve kim tarafından ispat edilmesi gerektiğine dair Kur'an'da açık bir hüküm yoktur. Kur'an'ın bu suçlar için belli ispat şartları önermemesi, O'nun ceza muhakemesinde ispata yarayacak veya kolaylık sağlayacak tüm kesin bilgi içeren delil ve ispat yöntemlerine açık olduğunu göstermektedir (Beroje, s. 75). İslam-Osmanlı ceza hukukunda ikrar, zinada dört, diğer had ve kısas suçlarında en az iki adil şahit gibi bazı bağlayıcı (kanunî) delillerin kabul edilmesi bu konuda şekli hakikatle yetinildiği anlamına gelmez. Aslında bu delillerle getirilen ağır şartlarla maddî gerçeğe ulaşılması hedeflenmiştir (Beroje, s. 156).

⁶⁹⁸ Bayındır, s. 142; Aslan, s. 160; Güleç, s. 39; Bardakoğlu, İsbat, s. 492; Vatansever Öztürk, s. 100; Mehmed Şerif, s. 62.

⁶⁹⁹ Beroje, s. 85.

⁷⁰⁰ "Subaşı Abdülkerim'in evinde, hizmetçi İlyas'ın öldürülmüş bulunduğu hakkında yapılan ihbar üzerine Mirliya adına Süleyman ve diğer bilirkişilerin yerinde yaptıkları keşfe dair hüccet. 7 Zilhicce 997" Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 325 (Ongan, s. 25).

"Sancakbeyi adına Kethüda Mustafa'nın ihbarı üzerine Ankara kalesi önünde katledilen Yusuf oğlu Mustafa hakkında düzenlenen keşif hücceti. Evahir-i Rabiulevvel 998" Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 890 (Ongan, s. 72).

"Kısıklı köyünde ölü olarak bulunan kimsenin durumu köye gönderilen uzman kişiler tarafından teftiş edildi; teftiş sonucu ölen kişinin katledilmediğinin şahitlerin beyanlarıyla sabit olmasından sonra köy halkının beraatine hükmedildi. Zilkade 920" Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 52(9a-2), s. 122.

suretiyle olayın tümü hakkında bir kanaate varmaya çalışmalıdır. Osmanlı'da kadının, gereken hallerde keşfe çıkmak için etraftaki köylere gitmesi gerekebilirdi. Bu görev kadının olsa da, onlar iş yükleri yoğun olduğu için uygulamada keşif gibi işlere naiplerini görevlendirirlerdi⁷⁰¹. Ancak bu görev ve yetkinin, özellikle 16'ncı yüzyıldan sonra kötüye kullanılmaya başlandığı, naiplerin birtakım yolsuzluklar yapmasına sebep olduğu bilinmektedir⁷⁰². Naiplerin yaptığı bazı hukuka aykırı uygulamalar, hakkaniyete aykırı durumlar ortaya çıkardığından adalete olan güvenin sarsılmasına yol açmıştır.

ç. Mahkeme Görevlileri Bakımından Dürüstlük Kuralının Uygulanması

Yargılamada mahkeme görevlilerinin de hakkaniyete uygun davranmaları gerekmektedir. Örneğin, naibin keşif sırasında delilleri doğru tespit etmemesi veya şahitlerin yalan beyanda bulunması hakkaniyete aykırılık oluşturur. Mahkeme görevlileri, yargının seyrini olumsuz etkileyecek davranışlardan kaçınmalıdır⁷⁰³. Yargıda önemli bir yere sahip olan kâtibin (kâtib-i adl) durumuna Kur'an-ı Kerim'de yer verilmiştir. İlgili ayette; "...Aranızda bir yazıcı (onu) adaletle yazsın. Yazıcı Allah'ın öğrettiği şekilde yazmaktan kaçınmasın. Yazsın..."⁷⁰⁴ buyrulurak kâtibin dürüst bir şekilde görev yapması, dikkatli olması ve gerçeği yazma konusunda da kimseden çekinmeyecek cesarete sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Kadı, görevini yürütürken en çok kâtibin yardımına ihtiyaç duyar ve genellikle evraklarını ona teslim ederdi; bu sebeple, kâtipliğe atanacak kişilerde yolsuzluklara imkân vermeyecek derecede dürüst ve güvenilir olmaları şartı aranmıştır⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ Ortaylı, Mahkeme, s. 254; Bayındır, s. 22; Y. Şen, s. 111; Beroje, ss. 340, 342.

⁷⁰² Bu devre çıkmak fiili merkezî hükümetçe sık sık yasaklanmış, fakat önlenememiştir. Naiplerin, iş erleri ve voyvodaların, devre çıkıp, gerekenden fazla görevliyle reâyânın üzerine gidip, yem ve yiyecek almaları şiddetle yasaklanan bir suiistimal olarak görülmüştür (İnalçık, Adâletnâmeler, s. 71).

⁷⁰³ Demir, s. 23; Vatansever Öztürk, s. 106.

⁷⁰⁴ Bakara, 2/282.

⁷⁰⁵ Aslan, ss. 134, 135; Bayındır, s. 81; Vatansever Öztürk, ss. 106, 107.

d. Şahitler Bakımından Dürüstlük Kuralının Uygulanması

Hakkaniyete uygun bir yargılamada şahitlerin önemi büyüktür; doğru hükmün verilmesi çoğu zaman onların beyanı üzerine olmaktadır⁷⁰⁶. Aksi kanıtlanmadıkça bütün Müslümanlar doğru ve dürüst sayılırlar. Yakın akrabalar ile aralarında düşmanlık olanlar dışında herkes birbirine şahitlik edebilir. Şehâdet, “kesin haber, bildiğini ikrar, bildirme, beyan ve yemin etme” anlamlarına gelmektedir; aynı zamanda şahit olmak, bir şeye vakıf olmak manalarını da içermektedir. Şehâdet kurumu çok önemli olduğundan ihmal edildiğinde toplumun düzeni bozulabilir⁷⁰⁷. Kur’an’da şöyle buyrulmuştur: “*Ey inananlar! Kendiniz, ana-babanız ve en yakınlarınızın aleyhine de olsa, Allah için şahit olarak adaleti gözetin; ister zengin, ister fakir olsun Allah onlara daha yakındır. Adaletinizde heveslere uymayın! Eğer eğriltirseniz veya yüz çevirirseniz bilin ki, Allah işlediklerinizden kuşkusuz haberdardır*”⁷⁰⁸.

Osmanlı Hukuku’nda şahit beyanı en önemli delil olarak kabul edildiği ve hüküm şahidin beyanı üzerine kurulduğu için şahitlik çok sayıda şarta bağlanmıştır. Şahit olabilecek kişinin; akıllı ve balığ olması, müslüman olması, adil⁷⁰⁹, dürüst ve iyilik sahibi olması, olaya bizzat şahit olması, konuşma ve görme duyularına sahip olması, kendisinde şahitliğe engel bir durumun olmaması gerekirdi. Ayrıca şahitlik

⁷⁰⁶ “Doymaz Hamza b. Abdullah’ın Kara Hüseyin b. Mestan’a hakaret ettiği, Muharrem b. Yunus ve Hasan b. İsmail ve Mahmud b. Yusuf’un şahadetleriyle sabit olduktan sonra Abdullah’a tazir cezası verilmesine karar verildi.” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 231(43b-1), s. 188.

“Yusuf b. Abdullah ile Manol b. Toğan ve Dimitri b. Nikola birbirin döğdüğü Mahmud b. Yusuf ile Memi b. Demirhan şahadetleriyle sabit olduktan sonra her birine tazir olunup deftere kaydolundu. Muharrem 922” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 314(56b-2), s. 216.

“Kasım b. Abdullah, Hüseyin b. Ali’yi bıçakla kolundan vurduğu Yahşi b. Yusuf ve İsa b. Emir ve Sungur b. Ali ve Kallab? b. Hasan şahadetleriyle sabit oldukda tazir olunup deftere kaydolundu. Cemaziyelevvel 924” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 534(87b-4), s. 316.

⁷⁰⁷ Cin/Akgündüz, I, s. 397; Bilmen, VIII, s. 124; Aslan, ss. 115, 116; Bayındır, ss. 155-157; Karaman, I, s. 164; Üdeh, II, ss. 466, 467; Bardakoğlu, İsbat, s. 493; Beroje, s. 192; Vatansever Öztürk, s. 103; Canbakal, s. 162.

⁷⁰⁸ Nisa, 4/135.

⁷⁰⁹ Osmanlı Hukuku’nda şahitlikte aranan adalet vasfı, kişinin soyut ahlaki niteliklerinden çok toplumsal düzendeki yeri ve kamu içindeki davranışlarının nasıl bilindiğiyle ilgilidir. Gaziantep şer’iyye sicillerinde şahitlerin çoğunluğunun saygınlık ifadesi bir ünvana sahip oldukları görülmektedir (Canbakal, s. 166).

yapacak kişinin zina iftirasından dolayı ceza almamış ve daha önce yalancı şahitlikle tanınmamış olması gerekirdi⁷¹⁰.

Hakkaniyete uygun bir yargılamada şahitler dürüst davranmalı, yalan beyan vermemelidir. Ayrıca şahitlerin beyanlarında çelişki de olmamalıdır. İslam dini, şahitliğe çağrılan kişinin bundan çekinmesini ya da gördüğü bir olayı gizlemesini, olayı başka türlü anlatmasını kesinlikle yasaklamıştır. Şahitler, hakkın ortaya çıkarılması ve adaletin gerçekleşmesinde önemli bir ispat vasıtası olduğu için onların güvenilirlikleri büyük önem taşımaktadır. Yalancı şahitliği önlemek için alınacak en önemli tedbirlerden biri onlara yapılacak güvenilirlik soruşturması, başka bir deyişle şahitlerin tezkiyesidir⁷¹¹. Osmanlıda kadılar, şahitlerin şehâdetlerini kabul etmeden önce onlar hakkında bir soruşturma yaparlardı⁷¹². Özellikle had ve kısas davalarında

⁷¹⁰ Cin/Akgündüz, I, s. 398; Aslan, ss. 116-121; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 101; Bilmen, VI, ss. 327, 328, 335, VIII, s. 133; Demir, s. 124 vd; Ekinci, ss. 385, 386; Atar, İslam, s. 178; Vatansever Öztürk, s. 104; Beroje, ss. 201-208.

⁷¹¹ Şer'iyye sicilleri incelendiğinde, hemen her kayıta mahkemeye getirilen şahitlerin güvenlik soruşturmasının yapıldığı görülmektedir. Örneğin, 1180 tarihli bir kayıta tezkiye ile ilgili şu ifadeler yer almaktadır: "...Bulundukları yerde tezkiye için mahkeme tarafından Muhammed Emin Efendi gönderilmiş, o da o mahalle varıp tezkiye ettiğinde isimleri zabıt altına alınmış yirmidokuz Müslüman, o iki şahidin yalancılıklarının bilinmediğinden güvenilir olduklarını bildirmeleriyle şahitlikleri mahkemece kabul edildikten sora..." (İstanbul Mahkemesi, I/24 numaralı sicil, s. 142). Buna göre, tezkiye memuru olarak Muhammed Emin Efendi gitmiş, şahitler hakkında mahallinde güvenilirlik soruşturması yapmıştır. İsimleri zapta geçirilmiş tam 29 kişinin, şahitlerin dürüst ve güvenilir kişiler olduğunu belirtmesi üzerine, şahitlikleri kabul edilmiştir (Bayındır, Ceza, s. 129).

"Ahmed b. Hacı Mehmed'in ağzının içi koktuğu, tezkiyesi yapılan şahitler Mahmud b. İshak ile Nuhbali b. Yahya'nın şahadetleriyle ispattanarak Hacı Mehmed'e tazir cezası verildi. Zilhicce 920" Üsküdar Mahkemesi I Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 195(38a-2), s. 174.

"Bulgurlu köyünden Budak'ın Süleyman b. Abdullah hakkında tarlasından buğday demeti çaldığı iddiasını, mahkemede tezkiyesi yapılan şahitler İbrahim b. Ahmed ve Yusuf b. Hamid'in şahadetleriyle ispattığı deftere kaydedildi." Üsküdar Mahkemesi I Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 788(117a-2), s. 421.

⁷¹² Şahitlerin güvenilir kimseler olmaları gerektiği için güvenlik soruşturmalarının yapılması büyük önem taşımaktaydı. Şahitlerin adalet ve güvenilirliklerinin soruşturulmasına tezkiye, bununla görevli olan kimseye müzekki denirdi. Osmanlı mahkemesinde şahitlerin güvenlik soruşturması naibler, mübaşirler, kâtipler gibi kadı yardımcıları tarafından yapılmaktaydı. Karşı tarafın, şahitlerin güvenilir kimseler olmadıklarını iddia etmesi halinde güvenlik soruşturması yapılması gerekirdi. Buna karşılık şahitlerin güvenilirliğine ilişkin olarak karşı taraftan bir itiraz gelmediği durumlarda güvenlik soruşturması gerekmezdi. Şahitler mahkemeye geldiğinde hâkim karşı tarafa şahitlerin güvenilir olup olmadıklarını sorardı. Güvenilir oldukları söylenirse dava konusu ikrar edilmiş sayılır ve hâkim kararını bu ikrara göre verirdi. Fakat karşı taraf "bunlar yalancı şahitlerdir" veya "güvenilir kimselerdir ancak bu konuda hata ediyorlar" derse hâkim şahitlerin güvenlik soruşturmasının yapılmasını emrederdi. Soruşturma gizli veya açık olarak yapılabilirdi. Şahitlerin güvenilir kimseler oldukları anlaşılırsa hâkim kararını buna göre verirdi. Yapılan soruşturma sonucunda toplum içinde doğru, dürüst ve güvenilir olarak tanınmayan kişilerin şahâdeti kabul edilmemekteydi (Bilmen, VIII, ss. 152-160; Cin/Akgündüz, I, s. 401; Demir, ss. 143-146; Cin/Akyılmaz, s. 161; Ekinci, s. 386).

zahiri adaletle yetinilmeksizin (dış görünüşe bakılmaksızın) şahitlerin gerçek iç durumları, adalet vafına sahip olup olmadıkları inceden inceye araştırılmaktaydı⁷¹³.

Şahitliğin dürüstlikle yapılmasını emreden Kur'an-ı Kerim, şahitlerin adil ve dürüst olmalarını aramaktadır⁷¹⁴. Şahitliğin kabul edilmesi için şart koşulan "ahlakî adalet" için çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bunlardan birine göre, büyük günâhlardan kaçınan, farz olan görevleri yerine getiren, davranışlarının iyisi kötüsünden daha çok olan kimse adalet niteliğine sahiptir⁷¹⁵. Yalan yere şahitlik etmek, hadislerde en büyük günâhlar arasında sayılmıştır. Âhiret inancı şahitliğin dürüst olarak yapılmasında büyük bir etkidir. Osmanlı Devleti'nde, yargılama sırasında Yahudilerin Tevrat ve Hz. Musa üzerine, Hristiyanların da İncil ve Hz. İsa üzerine yemin etmeleri bunu göstermektedir. Ebussuud Efendi'nin bir fetvâsına göre, kilise ve havraya gitmeyen bir gayrimüslimin şahitliği kabul edilmemektedir⁷¹⁶. Şer'iyye sicillerinde de bu tür kayıtlara sık rastlanmaktadır. Örneklerde âhiret inancıyla dürüstlük kuralı arasında sıkı bir bağın olduğu görülmektedir. Dini inançla oluşan dürüstlük bilinci, suçluların suçunu kendiliğinden itiraf etmesi gibi pratik sonuçlar doğurmuştur⁷¹⁷.

Osmanlı belgelerine bakıldığında, *zûr şahidi* denilen kötü bir uygulamanın var olduğu görülmektedir. Zûr şahidi, yalancı şahit demek olup, özellikle taşrada belli nüfuz gruplarının mahkemeye müdahale etmek ve adaleti yanıltmak için başvurdukları bir yöntemdi. Örneğin, Osmanlı'da bazı kimseler, vekiliymiş gibi, bir başkasının davasını üstlenip, yanlarında yalancı şahitlerle mahkeme önüne çıkmakta ve davayı saptırmaktaydı⁷¹⁸. Şahitlerin yalan söylediği anlaşılırsa, şahitlik beyanları geçersiz olur ve kendilerine tazir cezası verilirdi⁷¹⁹. Osmanlı kanunnamelerinde

⁷¹³ Bilmen, VIII, ss. 119-125; Aslan, ss. 122, 123; Karaman, Adalet, s. 344; Cin/Akgündüz, I, s. 401; Üdeh, I, ss. 88, 89; Vatansever Öztürk, s. 104; Beroje, s. 197.

⁷¹⁴ "... iki adalet sahibi kimseyi şahit tutun" (Talak, 65/2); "Adil olunca kölenin şahitliği caizdir" içtihadında da ahlâki adaletten bahsedilmektedir (Karaman, Adalet, s. 343).

⁷¹⁵ Bilmen, VIII, s. 130; Karaman, Adalet, s. 344; Bayındır, s. 152; Beroje, ss. 205, 206; Canbakal, s. 160.

⁷¹⁶ Ortaylı, Osmanlı Devleti'nde Kadı, s. 59; Ortaylı, Mahkeme, s. 253.

⁷¹⁷ Aslan, s. 177; Vatansever Öztürk, ss. 105, 106; Beroje, s. 204.

⁷¹⁸ "Bazı davalarda, davacı hazır ve akli yerinde olduğu halde bazı açığözler vekil sıfatıyla davayı üzerine almakta ve menfaat koparmakta, yanlarında bir de zûr şahitleri alıp, haksız işlere sebep olmaktadır" (İnalcık, Adâletnâmeler, ss. 62, 63).

⁷¹⁹ Ortaylı, Mahkeme, s. 253; Cin/Akgündüz, I, s. 401; Bayındır, ss. 192-195.

yalancı şahitliğin yasaklandığı ve bu suça verilecek tazir cezalarının düzenlendiği görülmektedir⁷²⁰.

I. Aleniyet İlkesi (Alenî Yargılanma Hakkı)

1. Genel Olarak

Osmanlı yargılamasında açık soruşturma (aleniyet) ilkesi geçerliydi. Arapça'daki "aln" kökünden türeyen aleniyet kelimesi, belirlemek, açığa vurmak anlamlarına gelmekte; saklı ve gizliliğin zıddı olmaktadır. Adil yargılamanın temel ilkelerinden birisi olan aleniyet (açıklık) ilkesi, isteyen herkesin duruşmaları ve davanın diğer aşamalarını izleyebilmesi anlamına gelmektedir. Bu ilkeye göre yargılama, özellikle duruşmalar herkese açıktır; başka bir deyişle, herkes duruşma salonuna girme, duruşmayı izleme ve dinleme imkânına sahiptir⁷²¹.

2. İslam Hukuku'nda Aleniyet İlkesi

Duruşmaların alenîliği, İslam hukuk tarihinde de yerleşik bir uygulama olmuştur. Hz. Peygamber'in ve Dört Halife'nin mescitte yargılama yaptıkları biliniyordu. İsteyen herkes de "meclis-i kaza" denilen bu mahkemede hazır bulunabilirdi⁷²². Aleniyet ilkesine göre, hâkim yargılamayı alenî olarak yapar ve dinlemek için duruşmaya gelenleri engelleyemez. Bu ilkenin uygulamasında gerekli titizlik gösterilmiştir. Örneğin, Mısır valisi olan Amr İbnü'l-As, içki içip sarhoş olduğunu itiraf eden Hz. Ömer'in oğlu Abdurrahman'ı, evinin avlusunda, gizli bir

⁷²⁰ 1502 İstanbul İhtisab Kanunnamesi'nin 62'inci maddesinde yer alan "*Ve yalan tanıklık verenin ve tezvir (sahte) hüccet verenin ve onunla amel eyleyenin ki, kadı katında sabit ola, muhtesib kema-yenbeği (gerektiği gibi) hakkından gele*" şeklindeki hüküm, yalancı şahitlik yapanların ve sahte hüccet düzenleyenlerin kadı tarafından yargılanıp, suçlu bulunursa muhtesib tarafından cezalandırılacağını düzenlemektedir (Akgündüz, Kanunnameler, II, s. 295; Akyılmaz, s. 178).

Yavuz'un Umumî Kanunnamesi, m. 38; "*Ve yalan yere şahadet edenin ve tezvir (sahte) hüccet yazanın ve anın ile amel edenin muhkem (sağlam) hakkından gelesin*" (Akgündüz, Kanunnameler, III, s. 91). Benzer bir düzenleme Kanunî devri 1565 tarihli Bosna Sancağı Kanunnamesi'nin 139'uncu maddesinde, III. Murad Umumî Kanunnamesi'nin 62'inci maddesinde de yer almaktadır (Akgündüz, Kanunnameler, VI, s. 470; 8/I, s. 115).

⁷²¹ Akman, s. 31, Akman, İlkeler, s. 474; Aslan, ss. 177, 178; Cin/Akgündüz, I, s. 407; Kâmûs-ı Türkî, s. 736.

⁷²² Akman, s. 31, Akman, İlkeler, s. 474.

duruşmayla muhakeme edip cezalandırmıştı. Bunu öğrenen Hz. Ömer, Amr İbnü'l-As'a, oğlunu halkın huzurunda alenî olarak yargılayıp cezalandırmadığı için çok kızmış ve oğlunu Mısır'dan getirerek yeniden cezalandırmıştır⁷²³.

3. Osmanlı Hukuku'nda Aleniyet ve Kamu Vcdânı

Osmanlı Hukuku'nda yargılama alenî olarak yapılırdı. Mahkemede dinleyicilerin bulunması temel kuraldı. Osmanlı mahkemelerinde duruşmaların açık olduğu, sicil-i mahfuz denilen zabıt defterlerinde her kaydın altında o davayla ilgili kişilerin isimlerinin yazılı olmasından anlaşılmaktadır. Halka açık olarak gerçekleşmeyen bir duruşma şaibelidir; bu yüzden, aleniyet ilkesi sanık için bir teminat oluşturmaktadır⁷²⁴.

Duruşmanın alenî olarak yapılması ilgililerin bundan haberdar olmasını sağlamaktadır. Adil yargılamanın sağlanmasında büyük öneme sahip olan aleniyet, olabilecek hukuk dışı uygulamaları caydırıcı bir unsurdur. Aleniyet ilkesi, tarafların hak ve hürriyetlerinin ihlâl edilmesini önleyeceği gibi hâkim üzerinde adil hüküm vermeyi engelleyici baskı ve etkileri de ortadan kaldırır. Yargılamanın herkese açık olması, insanların adalete olan güvenini arttırdığı gibi hâkimlerin daha dikkatli görev yapmalarını ve tarafsız davranmalarını da sağlamaktadır. Hâkimin yargılama meclisine kimseyi almaması, yargılamada usûlsüzlük yapıldığı şüphesine yol açar; bu sebeple insanların hâkime güvenmesi ve adaletin sağlandığına inanması için yargılamanın herkese açık bir şekilde yapılması adil yargılama bakımından şarttır⁷²⁵.

Aleniyet ilkesiyle kamu vcdânı arasında sıkı bir bağ vardır; çünkü kamu vcdânı verilen adil hükümlerle rahatlayacağı gibi, yapılan haksızlıklar karşısında da rahatsızlık duyacaktır. “Herkesin yaptığı yanına kalıyor” düşüncesi yargıya olan güveni azaltabilir. Bu yüzden, kamu haklarını ilgilendiren bir davanın yargılama sürecinin alenî olarak yapılması kamu vcdânındaki adalet beklentisini yakından ilgilendirmektedir. Adalet duygusunu ihlâl eden her davranış, aynı zamanda sosyal dokuya da zarar verebilir. Hâkimin verdiği kararın hukukî gerekçelerini açık bir

⁷²³ İbnü'l-Cevzi, Ebu'l-Ferec Abdurrahman, Menakıbü Ömer, ss. 240-243 (Aktaran Aslan, s. 179); Sen, ss. 525, 526.

⁷²⁴ Ortaylı, Mahkeme, ss. 247, 248; Atalay, s. 269; Dağcı, s. 574.

⁷²⁵ Demir, s. 19; Akman, s. 31; Dağcı, s. 574.

şekilde belirtmesi de kamu vicdanını rahatlatması ve hukuka saygı duyulmasını sağlaması açısından oldukça önemli görülmektedir⁷²⁶.

Günümüzden farklı olarak o dönemde yargılamanın bütün safhalarının halka açık olması ilke haline gelmiş, yargılamada tam bir eşitlik ve tarafsızlık esas alınmıştır. Bu şeffaflık, kişi hak ve hürriyetlerinin korunması açısından önemli olmuştur. Osmanlı Devleti'nde ceza davalarının ilk soruşturma safhasında soruşturmanın açık olması ve orada hâkimin vekil tayin ettiği naip ismi verilen yardımcılar ile beraber halktan güvenilir kişilerin (şühüdü'l-hâl) mutlaka bulunması, ceza muhakemesinin bütün safhalarının halka açık olarak yapıldığını göstermektedir. Osmanlı'da ön soruşturma safhasında olayla ilgili keşif ve tahkikatlar alenî olarak yapılırdı. Oysa günümüzde ceza muhakemesinde sadece duruşma safhası halka açıktır⁷²⁷. Osmanlı Hukuku'nda gizli olarak görülen dava sonucunda verilen hüküm geçerli değildi; ancak kadı genel ahlâk ve kamu güvenliği gibi nedenlerle duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilirdi⁷²⁸.

Yargılama ve kararın açıklanması halka açık bir şekilde yapılmakla birlikte hükmün müzakeresi gizli yapılabilirdi. Hâkimin bilirkişi, müşavir gibi kimselerle müzakere etmesi ve görüş alışverişinde bulunması genellikle gizli olmaktaydı. Bu müzakerelerin halkın gözü önünde yapılması, mahkemenin saygınlığını zedeleyebileceği gibi hâkimin bilgisizlikle suçlanmasına da yol açabilirdi. Bu sebeple genellikle işin uzmanı olan kişilerle müzakere etmek isteyen hâkim, başka bir odaya geçerek gizli bir şekilde müzakeresini gerçekleştirmiştir⁷²⁹.

Yargılama gibi yargılama sonucunda verilen kararın infâzı da alenî olarak yapılırdı. Kamu haklarını ilgilendiren bir davanın görülmesi kamuoyunu ilgilendirdiği kadar bu davanın sonunda verilen hükmün alenî olarak uygulanması da

⁷²⁶ Aslan, ss. 179-181.

⁷²⁷ Akman, s. 31; Bayındır, s. 20; Ünver/Hakeri, s. 489; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 66; Karakehya, s. 399; Centel/Zafer, s. 95.

⁷²⁸ İslam hukuk tarihinde geçen şu olay, davanın gizli olarak görülmesine bir örnek olarak verilebilir: Kadı Şüreyh'e bir kadın gelir ve ona "Ey kadı sana bir dava getirdim" der. Kadı Şüreyh "Hasmın nerede?" diye sorar. Kadın, "Hasmım sensin", diye cevap verir. Kadı Şüreyh mahkemeyi boşaltarak ondan davasını anlatmasını ister. Kadın cinsi hayatıyla ilgili bazı konularda başından geçenleri anlatır. Kadının aslında hünsa (çift cinsiyetli) olduğu anlaşılır. (Akman, İlkeler, s. 477).

Aleniyet ilkesinin istisnası olarak kabul edilen bu durum günümüz hukukunda da geçerlidir; T.C. Anayasası'nın 141'inci maddesinin 1'inci fıkrasında "*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir*" şeklinde düzenlenmiştir.

⁷²⁹ Demir, s. 19; Dağcı, s. 574.

kamu vicdanındaki adalet beklentisini yakından ilgilendirmektedir. İnfazda aşırı, orantısız uygulamalardan uzak durabilmek için, infâzın alenî olarak, bir grup müminin önünde yapılması gerekirdi. Cezanın bir topluluk önünde infazı, aynı zamanda genel önleme (ibret) amacına da hizmet etmekteydi⁷³⁰.

4. Şühüdü'l-hâl Kurumunun Aleniyet İlkesinin Sağlanmasındaki Yeri

Aleniyetin sağlanmasında şühüdü'l-hâl kurumunun önemli bir yeri bulunmaktaydı. Osmanlı yargılamalarında aleniyet ilkesi, şühüdü'l-hâl denilen şahitlerle garanti altına alınırdı. Bu kişiler, mahkemeye gelen hukukî itilafın şahitleri değil, mahkemede yapılan yargılamanın gözlemcileriydi. Kamuoyunu temsil gücü olan bu topluluğun duruşmalarda hazır bulunması, verilen kararlara saygı duyulmasına da yardımcı olurdu⁷³¹.

Duruşmanın açıklığı ilkesine gösterilen önem sebebiyle, şer'iyeye sicil defterlerindeki hüccet ve ilamların hemen altlarında şühüdü'l-hâl olarak görev yapanların isimleri yazılırdı⁷³². Şühüdü'l-hâl denilen ve o bölgenin ileri gelenlerinden seçilen sayıları genellikle beş, altı veya daha fazla olan bu kişiler mahkemenin işleyişine veya karara her hangi bir şekilde müdahale etmemekte; sadece kadıların adil karar vermesinde varlıklarıyla dolaylı olarak etkili olmaktadır. Bazı şer'iyeye sicillerinde şühüdü'l-hâl olarak kaydedilen kişilerin sayısı otuzu bulmaktadır. Sicil kayıtlarında kazasker, müftü, müderris, şehir kethüdası, ayân, emekli kadı gibi saygın kişilerin de şühüdü'l-hâl olarak tayin

⁷³⁰ Mumcu, Katl, s. 122; Avcı, Genel, s. 478.

⁷³¹ "İnananlardan bir topluluk onların cezalandırılmasında şahillik etsin..." Nur, 24/2.

⁷³² Aydın, ss. 84, 85; Aslan, s. 181; Aslan, Jüri, s. 80; Demir, s. 20; Cin/Akyılmaz, s. 160; Ronald C. Jennings, "The Office of Vekil (Wakil) in the 17. Century Ottoman Sharia Courts", *Studia İslamica*, Sayı:42, 1976, s. 142; Canbakal, s. 159; Taş, s. 31; Ekrem Buğra Ekinci, "Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü", *Belleten*, Cilt:65, Sayı:244, Aralık 2001, s. 976.

⁷³³ "Karye-i Reisli'den Kara Mustafa oğlu Gaybî'nin nefesine Eynehan b. Turhan ve Himmet b. Davud kefil oldular ki talep olundukta buluverilmesine iltizam ettiler (kefil kıldılar). Şühüdü'l-hâl: Ali b. Hasan, Ayas Bey Emin-i Üsküdar ve Savıcı? Sofu" Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 42(7b-1), s. 118.

"Şirvanlı Mehmed b. Salih'in Yusuf Nebi'ye küfrettiği ikrarla sabit olup adı geçen sanığa tazir olup deftere kaydolundu. Safer 923. Şühüdü'l-hâl: Hasan Bey b. Abdi ve Udul b. Yahya ve Musa Hacı Mustafa ve Halil b. Taşoğlu ve gayruhum mine'l-hazırın" Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 419(71a-1), s. 255.

edildiği görülmektedir⁷³³. Şühudü'l-hâl olarak görev yapan kişiler, davanın tarafları ve konusu dikkate alınarak belirlenirlerdi⁷³⁴. Örneğin, yeniçerilerin taraf olduğu bir davada yeniçerilerden ve ulemanın taraf olduğu bir davada ise ulemadan kimseler şühudü'l-hâl olmaktadır⁷³⁵.

Şühudü'l-hâl olarak görev yapan kişiler, naip başkanlığında kazanın her yerine gidip davaları görüp, çözülmesine de yardım ediyorlardı. Davalara katılmanın yanı sıra, taraflar arasında, mahkemede ve mahkeme dışında, sulh sağlanmasında da rol oynamaktaydılar⁷³⁶.

Şühudü'l-hâl ile şahitlik kurumları birbirinden farklıdır; bunun sebebi, şahitler tarafların beyanlarının doğru veya yanlış olduğuna yönelik şahitlik yaparken, şühudü'l-hâl olan kişiler yargılamanın usûlüne uygun ve adaletli bir şekilde yapılması için gözlemci olarak bulunurlar⁷³⁷.

Şühudü'l-hâl kurumu bazı yönlerden jüri sistemine benzemekteyse de jüri sisteminden de farklı bir kurumdur. Her ikisinde de halkın arasından seçilen bazı kişilerin yargılamaya katılması söz konusudur; ancak jüri olarak seçilen kişiler hâkimin karar vermesinde doğrudan etkili olurken, gözlemci ve danışman olarak görev yapan şühudü'l-hâl dolaylı olarak yargılamayı etkiler⁷³⁸. Şühudü'l-hâlin bu dolaylı etkisi ve kararın yine tek kişi olan kadı tarafından verilmesi İslam Hukuku'nda içtihadın ferdi olması anlayışından kaynaklanmaktadır⁷³⁹.

5. Yargılama Mahallinin Aleniyet İlkesinin Sağlanmasındaki Yeri

Mahkeme binası ve yeri de aleniyet ilkesi ile ilgili bir konudur. Genel olarak Osmanlı şehirlerinde resmî bir mahkeme binası bulunmamaktaydı. İlk zamanlarda camiler, aleniyetin sağlanabilmesi açısından herkesin kolaylıkla ulaşabileceği

⁷³³ Aydın, ss. 84, 85; Ortaylı, Mahkeme, ss. 248, 255; Demir, s. 20; Jennings, s. 142; Cin/Akyılmaz, ss. 159, 160; Aslan, Jüri, s. 71; Canbakal, ss. 156, 166; Taş, ss. 25, 32.

⁷³⁴ Bütün bu bilgilere rağmen bu insanların hangi kıstaslara göre ve nasıl şühudü'l-hâl olarak seçildikleri bugün için tam olarak bilinmemektedir (Akman, İlkeler, s. 475).

⁷³⁵ Aydın, s. 85; Demir, s. 20; Taş, ss. 33, 34.

⁷³⁶ Atalay, s. 270; Kılınç, ss. 71-74; Aslan, Jüri, ss. 80-104.

⁷³⁷ Aydın, s. 84; Aslan, Jüri, s. 143; Akman, İlkeler, s. 474; Ekinci, s. 377.

⁷³⁸ Ayrıca jüri, bir davanın tüm duruşmalarında aynı kişilerden oluşmaktayken, şühudü'l-hâl her duruşmada farklı kişilerden oluşabilmekteydi. Bunun sebebi, o an mahkemede hazır bulunan bir sonraki davanın tarafları ve şahitlerinin davayı izlemesi ve karara şühudü'l-hâl olarak bu kimselerin de isimlerinin yazılması olabilir (Taş, ss. 30, 34).

⁷³⁹ Aydın, s. 84; Demir, s. 20; Akman, s. 31; Ekinci, s. 377; Taş, ss. 26, 29.

mekânlar olduğu için mahkeme yeri olarak da kullanılmıştı. Kadı, genellikle kendi evini mahkeme olarak kullanırdı⁷⁴⁰. Aleniyet ilkesi gereği kadının evi, özel mesken niteliğini kaybederek mahkeme binası niteliği kazanırdı. Kadı, evini mahkeme gibi kullanıyorsa evinin kapısı açık olmalı ve halk, burada davayı serbestçe takip edebilmeliydi. Ev, mahkeme olarak kullanılırken dokunulmazlığı⁷⁴¹ ve resmî niteliği olan bir bina hâline gelirdi. Osmanlı'da adaletin yerine getirilmesinde mekân farkı gözetilmezdi; kadı, şehrin açık yolu üzerinde de hüküm verebilirdi. Kadı, aynı zamanda müderris ise, medreseyi mahkeme binası olarak kullanabilirdi. Kural, Müslümanların kolayca ulaşabilecekleri, alenî yargılamanın sağlanabileceği bir yerde mahkemenin kurulmasıydı. Sadece yargı işleri için tahsis edilen mahkeme binası, zamanla kurumsallaşma sonucu ortaya çıkan bir yapıdır⁷⁴².

İ. Muhakemede Çabukluk ve Ucuzluk İlkesi (Makûl Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı)

1. Genel Olarak

Muhakemede hızlilik ve ucuzluk ilkeleri Osmanlı yargılamasında geçerli olan ilkelerdi. Osmanlı yargılama usûlü, oldukça basit ve yargılamanın uzamasına sebep olacak şeylerden mümkün olduğunca uzaktı. Yargılamanın gecikmesinin doğuracağı sonuçlar tarafları yakından ilgilendirmektedir. Geç gelen adalet, hakların yok olmasına ve tarafların mağduriyetine neden olabileceği için zulümden başka bir şey değildir. Bu yüzden yargılamanın makûl bir süre içinde sonuçlanması sanığın en

⁷⁴⁰ 19'uncu yüzyılın ortalarına kadar İstanbul kadısının bile belli bir mahkeme binası yoktu; kadının kendi konağı mahkeme olarak kullanılmaktaydı. Örneğin, 1836 yılında İstanbul Kadılığı Mahkemesi Edirnekapı'daydı; ertesi yıl kadı değişince mahkeme binası da halefinin Ayasofya'daki konağı oldu. 1837 yılında kadının görevleri azaltılıp, kadılık kurumu eski önemini yitirmeye başlayınca, İstanbul kadısının makamını ve dolayısıyla mahkemesini Bab-ı Meşihâtte ki boş odalara naklettiler. Böylece kadı ilk defa bağımsız ve resmî bir mahkeme dairesinde görevini yerine getirmeye başlamış oldu (Ortaylı, Mahkeme, s. 246).

Anadolu kentlerinde de durum İstanbul'dakine benzerdi. Örneğin, 1605 Martında Ankara'ya tayin edilen Kadı Şemseddin Efendi, Mercan Bey'in evini kiralamış ve burası mahkeme olmuştu; yani, 16'ncı yüzyıl sonlarında Ankara'da da belirli bir mahkeme binası yoktu (Ortaylı, Mahkeme, s. 247).

⁷⁴¹ Örneğin, 16'ncı yüzyılda Manisa'da, halktan bir kısım kimseler bazı muafiyetler karşılığında kendilerinden *bildar bedeli* istenince, aşçı Ahmed'in başkanlığında ayaklanıp kadının mahkeme olarak kullandığı evini basmışlardır. Bu olay üzerine merkezden gönderilen emirde, fiilin haksızlıktan ileri gelip gelmediğinin araştırılmasına gerek görülmeden isyancıların cezalandırılmaları istenmiştir. Bunun üzerine isyancılar şiddetle cezalandırılmıştır (Ortaylı, Mahkeme, s. 247).

⁷⁴² Ortaylı, Mahkeme, ss. 245-248; Ekinci, s. 375; Atar, İslam, s. 33; Gedikli, Kuzât, s. 116; Taş, s. 28.

temel haklarından biri olarak görülmektedir. Makûl sürenin iki yönü vardır; şüpheli veya sanık açısından “makûl sürede muhakeme edilme hakkından”, adli makamlar açısından ise, “makûl sürede muhakeme yapma görevinden” söz etmek gerekmektedir⁷⁴³.

Osmanlı Devleti’nde ceza muhakemesinin en kısa sürede bitirilmesi amaçlanmaktaydı. Ceza muhakemesi, kamu düzenini bozan ve suç sayılan bir fiilin işlenip işlenmediğini araştırma sürecidir; bu yüzden ortada bir suç varsa, bozulan kamu düzeninin bir an önce düzeltilebilmesi için failin en kısa sürede cezalandırılması gerekir. Ayrıca delillerin zamanla kaybolmaması, şahitlerin olayı unutmamaları gibi sebeplerle yargılama mümkün olan en kısa sürede bitirilmelidir. Bunların yanında suçlanan sanık suçlu olmayabileceği için bozulan sosyal, ailevi ve ekonomik itibarının mümkün olan en kısa sürede iadesi ancak hızlı bir yargılamayla sağlanabilir⁷⁴⁴. Yargılamada makûl sürenin aşılması durumunda, haklı iyice bıksın ve artık hakkını aramaktan vazgeçsin, böylece haksızlığa rağmen karşı taraf haklı çıksın diye hâkimin mahkemeyi uzattığı hissi duyulabilir. Bu durum, mahkemeye karşı duyulan güven ve saygı duygusunu ortadan kaldırır ki; bu da adil bir yargı için büyük bir tehlike oluşturmaktadır⁷⁴⁵.

2. İslam Hukuku’nda Çabukluk ve Ucuzluk İlkesi

İslam Hukuku’nda adaletin tanımlarından biri, “hak sahibine hakkını en kısa zamanda vermek” şeklindedir. Hz. Peygamberimiz, “*Kolaylaştırın, güçleştirmeyin; müjdeleyin, nefret ettirmeyin!*” buyurmuştur. Bu hadis de bize yargılamanın en kısa sürede bitirilmesi gerektiğini gösteren bir delildir. Hz. Peygamber’in birçok davada tek celsede hüküm verdiği bilinmektedir. Hz. Ömer de, Ebu Musa el-Eş’ari’ye gönderdiği mektupta iddiada bulunan kişiye delilini sunabilecek bir sürenin verilmesini, bu süre içerisinde delilini getiremeyen veya getirmeyenin aleyhine hüküm verilmesini isteyerek hem tarafların ispat ve savunma hakkının korunmasını hem de adaletin kısa zamanda yerine getirilmesini istemiştir⁷⁴⁶.

⁷⁴³ Demir, s. 20; Akman, s. 22; Aslan, ss. 101, 102; Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlm-i Hukuk, s. 245; Cin/Akgündüz, I, ss. 406, 407; Atar, İslam, s. 32; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 54.

⁷⁴⁴ Akman, s. 21; Akman, İlkeler, s. 471; Yurtcan, s. 45.

⁷⁴⁵ Aslan, s. 188.

⁷⁴⁶ Aslan, s. 187; Erdoğan, s. 20; Atar, Kadı, s. 69; Fendoğlu, ss. 207, 208.

3. Osmanlı Hukuku'nda Çabukluk ve Ucuzluk İlkesi

Osmanlı Devleti'nde, muhakeme sırasında gerçeğin araştırılmasına aşırı özen gösterilmekle birlikte muhakemenin bir an önce sonuçlandırılması yargı sisteminin önemli bir özelliğidir. Tek dereceli ve tek hâkimli teşkilâtlandırılmış olan şer'iyye mahkemeleri, formaliteden uzak, sade ve hızlı bir yargılama usûlüyle çalıştıklarından kısa zamanda sonuç alınabilmekteydi. Gerekli tahkikat yapıldıktan sonra, çok sayıda ceza davasının aynı gün içinde sonuçlandırıldığını şer'ie sicillerinde görmek mümkündür⁷⁴⁷. Bu, en saf haliyle makul sürede yargılanma hakkının Osmanlı Ceza Hukuku'nda uygulandığını göstermektedir. Bunun sebebi, Osmanlı Ceza Hukuku'nun usûl merkezli değil, amaç merkezli olmasıdır; amaç da adaletin gerçekleşmesidir. Gecikmiş adaletin zulüm olduğu fıkıh kitaplarında belirtilmiştir.

⁷⁴⁷ Bayındır, s. 129; Gerekli tahkikatın yapılarak davanın en hızlı şekilde sonuçlandığına ilişkin bir zina iftirası cezası örneği şöyledir: “*Davutpaşa kurbunda Bâyezid-i Cedid Mahallesi'nde sâkin, zuemâdan mültezim Ahmed Ağa b. Abdullah, meclis-i şer'-i şerife ihzar ettirdiği komşusu sipahi el-Hâc Mustafa b. Ahmed mahzarında, «mezbûr Mustafa, bir gece yatsıdan önce menzili kapusu önünde bana bi'l-müvacehe kâfir ve kızılbaş ve zâni ve avret kapatırsın deyu şetm ve kazf idüb ve bana ar lâhik olmağla muceb-i şer'isin taleb iderim.» deyu ba'de'd-da'vâ ve'l-inkâr müddei-i mezbûr, müddeasına, mahalle-i mezbûrda sakın el-Hâc Bekir b. Ahmed ve Ahmed b. Mehmed nam kimesneleri ikâme, anlar dahi edâyı şahadet itmeleriyle mahallerinde tezkiye için kâbel-i şer'-i şeriften Muhammed Emin Efendi irsâl, ol dahi mahalle-i mezbûreye varıp tezkiye itdikde yigirmitokuz nefer mazbûtü'l-esâmî müslimîn, şahidân-i mezbûrânın kizb ile ma'ruf olmayub 'udulden olduklarını ihbar itmeleriyle şahadetleri şer'an makbûle oldukdan sora mahalle-i mezbûre ahâlisinden İmam Süleyman Efendi ve Kasabilyas (camii) vaizi Şeyh Hasan Efendi ve Nailipaşa Camii vaizi diğer eş-Şeyh Hasan ve Bâyezid-i Cedid Camii Hatibi es-Seyyid Abdurrahman Efendi ve el-Hâc Ahmed ve el-Hâc Süleyman ve el-Hâc İbrahim ve yemişçi es-Seyyid Musa ve Sipahi el-Hâc Ömer ve kayyum el-Hâc Mehmed ve Ömer Ağa nâm onbir nefer sikattan müslimin, meclis-i şer'-i şerife hazırın olub mezbûr Ahmed Ağa için muhsan ve zina-dan affı olduğunu alâ tariki's-şehâde haber vermeleriyle mucebiyle mezbûr Sipahi el-Hac Mustafa'ya mezbûr Ahmed Ağa'nın talebiyle şer'an hadd-i kazif olan seksen değenek darbı lazım geldiği huzur-ı âlîlerine ilam olundu” (Fi 24 Rebiülevvel, 1180, İstanbul Mahkemesi, I/24 numaralı sicil, s. 142).*

Burada ilk soruşturmayı yapan naip, bir günde şu işleri gerçekleştirmiştir:

- 1- Mağdur Ahmed Ağa'nın şikâyeti üzerine Sipahi Mustafa b. Ahmed'i mahkemeye sevk etmiş ve tarafları sorguya çekmiştir.
- 2- Sanığın iddiayı reddetmesi üzerine davacının şahitlerini dinlemiştir.
- 3- Mahkemeden Muhammed Emin Efendi'yi tezkiye memuru olarak göndermiş ve şahitler hakkında mahallinde güvenilirlik soruşturması yaptırmıştır. İsimleri zapta geçirilmiş tam 29 kişinin, şahitlerin dürüst ve güvenilir kişiler olduğunu belirtmesi üzerine, yaptıkları şahitliği kabul etmiştir.
- 4- Suç, zina iftirası olduğu için, sanığa hadd-i kazif cezası verilmesi, mağdurun zina töhmetinden tamamen uzak olmasına bağlıdır. Bu yüzden, semtin ileri gelen ve sözüne güvenilir kişilerinden, mağdur Ahmed Ağa'nın durumunu sordurmuş, isimleri kayıtlı 11 kişi, onun namuslu ve zina töhmetinde uzak olduğunu haber vermiştir.
- 5- İlk soruşturmayı yapan naip, sanığın suçlu olduğu kanısına vararak ona seksen değnek cezası uygulaması gerektiği yolundaki kanaatini kadıya bildirmiştir. Bundan sonra kadı, gerekeni yapıp kararını verecektir (Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, E.T. 08.12.2015).

Osmanlı mahkemesinde “geç gelen adalet zulümdür” kuralı gereğince yargılamanın en kısa sürede tamamlanması amaçlanmıştır⁷⁴⁸.

Hızlılık ilkesi, yargılamada ayrıntılara girmeye engel değildir. Bu yüzden Osmanlı Devleti’nde kadı, dava konusunu en ince ayrıntısına kadar araştırmak ve mümkün olduğunca hızlı bir şekilde davasını sonuçlandırmak zorundaydı.

Şer’iyye mahkemelerinde duruşmalar kural olarak gündüz yapılırdı. Ebussuûd Efendi bu durumu; “Mesele: *Nısfü’l-leyle* (gece yarısı) *şeriata davet olunan Zeyd’e ne lazım olur?* El-cevab: *Ertesi sabaha varmak lazım olur.*” “Mesele: *Zeyd, Amr’ı şeriata davet ettikte Amr ‘Şimdi akşamdır varmazın’ dese Amr’a ne lazım olur?* El-cevab: *Küfür lazım olmaz*” şeklinde ifade etmiştir⁷⁴⁹.

Esas kural gündüz yargılama yapılması olmasına rağmen bazı istisnaî, acil durumlarda geceleri de yargılama yapıldığı bilinmektedir. Geceleri görev yapan kadılara “gece naibi” denilmekteydi. Şer’iyye sicillerinde yer alan “*nısfü’l-leyle karib zamanda*” (gece yarısına yakın zamanda), “*ba’de’l-iş’a*” (yatsıdan sonra) gibi tabirler, geceleri yargılama işlemlerinin yapılabildiğini göstermektedir. Yargılamanın gece yapılması, özellikle hırsızlık, adam öldürme, kaçak kölenin yakalanması gibi acil durumlarda mümkün olurdu. Muhakemenin bu şekilde bütün güne yayılması, makûl sürede yargılanma hakkı açısından oldukça önemlidir⁷⁵⁰.

Avrupalı gezginler, 16, 17 ve 18’inci yüzyıllarda, büyük bir beğeniyle Osmanlı mahkemesinde davaların genellikle bir celsede karara bağlandığını, gereksiz yere davaları uzatan avukatların bulunmadığını ve davalara çok nadir olarak itiraz edildiğini belirtmişlerdir⁷⁵¹. Avrupalı gezginlere göre bu durumun sebebi, sade ve hızlı yargılama usûlü, caydırıcı cezalar ve mahkemeye başvuranların sayısının çok fazla olmamasıdır⁷⁵².

Osmanlı mahkemelerinin hızlı ve az masraflı çalışma sistemi, dönemin diğer hukuk sistemlerinden daha ileri seviyede idi. Joseph Schacht, bu konuyu vurgulamak

⁷⁴⁸ Demir, s. 20; Akman, s. 22; Aslan, s. 101; Cin/Akgündüz, I, ss. 406, 407; M. Cherif Bassiouni, “Sources of Islamic Law and the Protection of Human Rights in the Islamic Criminal Justice System”, *The Islamic Criminal Justice System*, (ed. M. Cherif Bassiouni), Oceana Publics, Londra, 1982, s. 40.

⁷⁴⁹ Fetâvâ, İsmihan Sultan, s. 223 (Aktaran Demir, s. 21).

⁷⁵⁰ Demir, s. 21; Fendoğlu, ss. 208, 209.

⁷⁵¹ Avrupalı gezginler bu durumu tam olarak şu şekilde ifade etmişlerdir: “*Dünyada sulh ve ceza mahkemelerinin bu derece hızla sonuçlandığı başka bir ülke yoktur, zira burada en büyük davalar ancak üç veya dört gün sürmektedir*” (Yediyıldız, s. 310).

⁷⁵² Heyd, Kanun, s. 650; Heyd, s. 3; Demir, s. 22; Fendoğlu, s. 209; Akman, İlkeler, s. 472.

için “Osmanlı İmparatorluğu’nda onaltıncı yüzyılda hukuk nizamı, sadece birlik arz etmesi bakımından bile olsa, çağdaş Avrupa’da hâkim olan hukuk düzeninden çok üstündü” demiştir⁷⁵³. Benzer bir şekilde Jennings de, bu karakteristik yargılama hızının Osmanlı yargı sistemine Batı Avrupa yargı sistemi üzerinde önemli bir üstünlük kazandırdığını kabul etmektedir⁷⁵⁴.

4. Osmanlı Hukuku’nda Yargılamanın Gecikmemesi İçin Alınan Tedbirler

Osmanlı uygulamasında, yargılamanın gecikmemesi için gerekli bazı tedbirler alınmıştır⁷⁵⁵. Yargılamada taraflar müftülerden aldıkları fetvâ doğrultusunda hüküm istemiş, kadı da hakkında hüküm bulunmayan meselelerde genellikle fetvâya göre hükmetmiştir. Bu durum zaman isrâfını önlemekte ve yargılamanın kısa sürede bitirilmesini sağlamaktaydı⁷⁵⁶.

Sulh yoluna gidilmesi de makûl sürede yargılanma hakkının gerçekleşmesi bakımından oldukça önemli tedbirlerden biridir. Anlaşmazlığın sulh yoluyla çözülmesinin teşvik edilmesi ve tarafların sulh olmaları ile yargılamanın daha kısa sürede sonuçlanması sağlanmaktadır. Sicillerde de sulh yoluyla çözülen davaların sayısı oldukça fazladır. Meşihat-ı İslamiye’de (Şeyhülislâmlıkta) kurulu Fetvahane-i Âli, şer’i mahkemelerden verilip incelenmek üzere gelen işlerden karışık ve anlaşılmayanları; “*hadisenin sulhan tesviyesi icab-ı hâl ve maslahattandır*” diyerek geri gönderirdi; bunun üzerine ilgililer de fetvahaneden sulh emredilmiş diye sulh ederlerdi⁷⁵⁷.

Makûl sürede yargılanma hakkının bir gereği olarak kadı, hükmün sebebi ve şartları oluştuktan sonra, hüküm vermeyi geriye bırakamazdı. Kadı, duruşmanın sonucuna göre derhal hükmetmek zorundaydı. Adaleti geciktirmek zulüm olduğu

⁷⁵³ Joseph Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. Mehmet Dağ ve Abdülkadir Şener, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1986, s. 100.

⁷⁵⁴ Jennings, Kadı, ss. 180, 181; Akman, s. 22; Akman, İlkeler, s. 472.

⁷⁵⁵ 1713 tarihli bir adâletnâmede, kadıların ağır davranmalarından dolayı, fukaranın hakkı geriye bırakılır veya uygulamada kadıların hatası olursa hiçbir şekilde özür ve cevaplarının dinlenmeyeceği belirtilmiş; bu tür hukuka aykırı uygulamaları sonucu azledilebilecekleri uyarısında bulunulmuştur (Özkaya, s. 455).

⁷⁵⁶ Aslan, s. 188; Ekinci, s. 376.

⁷⁵⁷ Berki, s. 32; Bilmen, VIII, s. 227; Aslan, ss. 188, 189; Demir, s. 21; Dağcı, s. 575; Çetinkaya, ss. 4 vd; Avcı, Sulh, s. 26; Kılınç, ss. 40-45.

için, hükmü sebepsiz yere geciktirirse günahkâr olur ve görevden alınmayı hak ederdi. Kadı, sadece hükmü üç yerde geciktirebilirdi: 1) Şahitlerle ilgili güvenilirlik soruşturması (tezkiye işlemleri) yaptıktan sonra, haklı bir sebepten dolayı şahitlerin yalan söylediklerinden şüphelenirse, tahkikatı yeniden yapmak veya şahitlerin durumlarını iyice araştırmak için kadı, güvendiği bir kişiyi görevlendirir; bu sırada sonuç alıncaya kadar hükmünü geciktirebilirdi. 2) Kadı, tarafların sulh olmalarından ümitliyse bir veya iki kere sulh teklifinde bulunarak hükmünü geciktirebilirdi⁷⁵⁸. 3) Kadı, dava ile ilgili hukukî hükmü iyice bilemeyip kendi şehrindeki fakihlerden sorduğu halde aldığı cevaplara güvenemez de başka şehirde bulunan fakihlere soracak olursa, cevabı alıncaya kadar hükmü geciktirebilirdi⁷⁵⁹.

J. Sanığa Tanınan Asgarî Hak ve Güvenceler

1. Genel Olarak

Hâkimin, adil yargılanma hakkının gerektirdiği usûle ilişkin hakları, davanın taraflarına eşit şartlarda kullandırması, davanın taraflarına savunma hakkının gereği olan iddia, düşünce ve delillerini açıklayabilmesi için yeterli zaman ve imkân tanınması hem savunma hakkının hem de adalet ve eşitlik ilkesinin bir gereğidir⁷⁶⁰.

Hız. Peygamber, Yemen'e kadı olarak atanan Muaz B. Cebel'e hitaben, *"önüne iki hasım oturduğu zaman, birini dinlediğin gibi ötekini de dinlemeden karar verme. Böyle davranman doğru hüküm vermen için en uygun olanıdır"* uyarısında bulunmuştur⁷⁶¹. Bu uyarı, adil yargılanma hakkının vazgeçilmez unsurlarından olan tarafların eşitliği ve savunma hakkına karşılık gelmektedir. Uyuşmazlık hakkında karar verilmeden sanığın hazır bulunması, savunmasını hâkim huzurunda dile

⁷⁵⁸ Akrabalar arasında meydana gelen davalar veya tarafların anlaşmaya niyetli oldukları hissedildiğinde kadı hükmetmekte acele etmezdi. Bir veya iki kere birbirleriyle anlaşmalarını tavsiye eder; çünkü vereceği hüküm yerinde de olsa davacıyla davalı arasında düşmanlığın doğmasına sebep olabilirdi. Böyle bir durum oluşmaması için tarafların barışıp anlaşmaları daha uygun olmaktadır. Eğer dava konusu eşler arası anlaşmazlık veya miras paylaşımı ise, kadı sulh konusunda daha da ısrarcı olabilmekteydi (Bilmen, VIII, s. 227; Aslan, s. 189; Avcı, Sulh, s. 26; Kılınç, ss. 45, 47).

⁷⁵⁹ Aslan, s. 102; Bilmen, VIII, ss. 224, 227; Fendoğlu, s. 208; Dağcı, s. 575; Bayındır, Yargı, s. <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E.T. 08.12.2015).

⁷⁶⁰ Şen, s. 523.

⁷⁶¹ Ebu Davud, Akdiye 6 (Canan, Kütüb-i Sitte, Cilt:14, s. 90); Aslan, s. 4; Şen, s. 524.

getirebilmesi, adil bir yargılamanın en önemli şartlarından olup, Osmanlı Devleti'nde de uygulanmıştır.

İslam ve Osmanlı Hukuku'nda sanık beyanı oldukça önemli bir delil olarak kabul edilmiş ve savunma sanığın beyanı ile şekillendirilmiştir. Sanığın suçunu ikrar etmesi de önemli bir ispat vasıtası sayılmıştır. Kural, baskı altında alınan ifadelerin ve kadı huzurunda yapılmayan ikrarların hukukî değerinin olmamasıdır. Ancak uygulamada, işkence gibi zorlayıcı yöntemlerle sanıkların beyanlarının alındığı görülmektedir.

Osmanlı Hukuku'nda sanığa yukarıdan bahsedilen haklardan başka, kadı kararı olmadan yakalanmama, tutuklanmama, gıyapta yargılanmama, kefile tutuksuz yargılanma, vekil yardımından ve tercümandan yararlanma gibi birtakım haklar da tanınmıştır.

2. Osmanlı Hukuku'nda Sanık Kavramı

Klâsik fıkıh kaynaklarında muhakemenin iki tarafından müddei (davacı) ve müddeaaaleyh (davalı) olarak bahsedilmektedir⁷⁶². Günümüzde bu durum iddia ve savunma makamı olarak adlandırılmakta; sanık da savunma makamında yer almaktadır.

Osmanlı Ceza Hukuku'nda sanık kelimesi yerine daha çok müddeaaaleyh (hakkında dava açılan kişi) kelimesi kullanılmıştır. Bununla birlikte müttehem ve mazanne tabirlerine de rastlanmaktadır. Müttehem kelimesiyle insanlar arasında kötülüğüyle ün yapmış kimseler kastedilmiştir⁷⁶³. Osmanlı Hukuku'nda sanıklar üç gruba ayrılmaktadır⁷⁶⁴:

Birinci gruba, daha önce suç işlemediği sabit olan ve insanlar arasında dürüst olarak tanınan kimseler girmektedir. Bu kişilere kendi halinde kimseler de denmekteydi. Bu kişiler bir suç ithamıyla karşılaştıklarında kural olarak yakalanıp

⁷⁶² Aslan, s. 85.

⁷⁶³ "Müttehem" kelimesinin anlamı; itham edilmiş, suçlandırılmış demektir (Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 493).

⁷⁶⁴ Dede Cöngi Efendi, "Siyaset-i Şer'iyye", çev. Mehmed Arif, (Akgündüz, **Osmanlı Kanunnameleri**, Cilt:4 içinde), s. 157; Akman, s. 51. Foucault'un da üç tür suçlu tipi ayrımı için bakınız Foucault, s. 368.

tutuklanmazdı⁷⁶⁵. Soyut ithama şüpheyile yaklaşıldı⁷⁶⁶. Bu şekilde dürüst insanların iftiralarından korunabileceği düşünülmüştür.

İkinci gruba, daha önce suç işledikleri bilinen ve insanlar arasında da her an suça eğilimli oldukları düşünülen kimseler⁷⁶⁷ girmektedir. Bunlara müttehem veya mazınne denilirdi. Bu kişiler hakkında tutuklama kararı verilebilirdi. Bu tedbir yerine getirildikten sonra ileri sürülen iddiayla ilgili araştırma yapılırdı. Burada sanığın iddiaları reddetmesi yeterli değildi; ithamın asılsızlığının ispatlanması gerekirdi. Bu gruba giren sanıkların masumiyet karinesinden yararlanamadıkları anlaşılmaktadır. Burada sanık değil, toplum ön plana alınmıştır. Kişinin daha önce işlediği suç nedeniyle belli bir cezaya mahkûm edilmiş olmasına rağmen, suç işlemeye gösterdiği kararlılık toplum açısından tehlikeli olduğunu göstermektedir⁷⁶⁸.

Üçüncü grupta ise, insanların haklarında müspet veya menfi bir kanaate sahip olmadıkları, durumları meçhul olan (meçhulü'l-ahvâl) kimseler yer almaktadır. Bu gruba giren sanıklar, durumları anlaşıncaya kadar gerekli araştırmaya katlanmak zorundaydılar. Bu tahkikat süresince makûl bir süre tutuklanabilirlerdi⁷⁶⁹.

Osmanlı Hukuku'nda sanık konusundaki bu üçlü ayırım, masumiyet ilkesinden hareket ederek yapılmıştır.

Osmanlı Ceza Hukuku'nda sanığın belli olması, başka bir deyişle, meçhul olmaması gerekirdi. Meçhul olmak, sanığın fert olarak bilinmemesidir. Herhangi bir fiilden dolayı kimin sanık olacağı belirlenmişse, belli olma şartı gerçekleşmiştir. Kişinin sanık olarak kabul edilmesi için fert olarak bilinmesi yeterli görülmüştür⁷⁷⁰.

⁷⁶⁵ Akman, s. 51; Beroje, s. 138.

⁷⁶⁶ "Bir mecruh (yaralı) beni filan kimesne urmuştur dese itibar yoktur. Meğer ol kimesne sabıkan müttehem ola veya mecruh ile adaveti (düşmanlık) ola.", 1565 tarihli Bosna Sancağı Kanunnamesi, m. 100 (Akgündüz, Kanunnameler, Cilt:6, s. 466).

⁷⁶⁷ Bazı âyetlerde bu kimselerden bahsedilmiş ve onların ilk kez suç işleyenlerden daha ağır cezalandırılması gereği belirtilmiştir: "Allah, hainliği meslek edinmiş suçluları sevmez" Nisa, 4/107. "Biz sizden azabı biraz kaldırsak (infaza ara versek) siz yine eski halinize (işlediğiniz suçları tekrar işlemeye) dönersiniz" Duhan, 44/15. "Onlar büyük suçlarda ısrar ederler" Vakıa, 56/46. "Nifakı itiyad edinmişler... biz onları (bu dünyada) iki kez cezalandıracağız, (bu hayatın) sonunda büyük azaba sevk edilecekler" Tevbe, 9/101.

⁷⁶⁸ Akman, s. 52; Avcı, Genel, s. 197; Beroje, s. 138.

⁷⁶⁹ Dede Cöngi Efendi, ss. 158-166; Akman, s. 52; Beroje, s. 138.

⁷⁷⁰ Akman, s. 53.

3. Sanık Beyanı ve Beyanın Alınması

Osmanlı Hukuku'nda sanık beyanı oldukça önemli bir delildi; savunma sanığın beyanı ışığında şekillenirdi. Sanığın kendisine atılı suçu inkâr etmesi hâlinde ispat külfeti kural olarak iddia makamına ait olurdu⁷⁷¹.

Sanığın suçu ikrar etmesi, başka bir deyişe, suçu işlediğini kabul etmesi önemli bir ispat vasıtası olmuştur. Yapılan ikrar hükme esas sayılabileceğinden, ikrarın geçerli olabilmesi için sanığın akıllı ve baliğ olması gerekirdi. En önemli şart ise, sanığın bu itirâfı kendi hür iradesiyle yapmasıydı. Suçunu ikrar eden sanık üzerinde her türlü baskı, işkence ve kötü muamele ikrarın geçerliliğini bozardı. Kadı, sanığı ikrara zorlayamazdı. Bir kimse suçu işlediğine ilişkin ikrara zorlanırsa ve bu zorlama sonucu ikrarda bulunursa büyük ihtimalle kendi nefesine gelecek zararı önlemek için böyle bir ikrarda bulunmuştur. Ortada iyiniyet ve doğruluk olmadığından, o kişinin suç işlediği yönündeki ikrarı da bir hüküm ifade etmemektedir. Kadının zorlamasıyla elde edilen ikrara dayanılarak hüküm verilmiş ve bedenî bir ceza infâz edilmişse, kadı kısasa kadar gidebilecek ağır bir sorumluluk altına girerdi⁷⁷².

Sanığın, itirafta suçun nasıl işlendiğini hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ifade etmesi gerekirdi. Sadece sanığın itirafı, kadıyı bağlamaz; somut deliller başka birinin suçu işlediğini gösteriyorsa, sanığın itirafının varlığı hüküm için yeterli olmazdı⁷⁷³.

Osmanlı Hukuku'nda sanığın sorgu sırasında, sorulara cevap vermek ya da vermemek hususunda mutlak bir serbestisi vardı. Eğer konuşursa, doğruyu söylemekle yükümlü değildi; hatta ikrar ederse, bunu geri alabilirdi. Geri alırsa bu ikrar geçersiz olur; yargılamada delil olarak kullanılamazdı. Burada sanık bir fiili yapıp yapmamakta serbest bırakılmıştır. Had suçlarında böyle olmakla birlikte, kazf

⁷⁷¹ İbrahim b. Abdullah'ın İstanbul'da Ayasofya çarşısında mor çuhasını çalan Alagöz b. Abdullah hakkındaki hırsızlık davası; "İbrahim b. Abdullah mahkemede benim mor çuhamı İstanbul'da Ayasofya çarşısında Alagöz b. Abdullah benden çaldı dedikten sonra sanık inkâr etti. Bunun üzerine davacıdan iddiasını ispatlaması talep edildi. Tezkiyeleri yapılan şahitler Pervane b. Abdullah ve Şirmerd b. Abdullah davacının iddiasına uygun şahadet ettikten ve şahadetleri kabul olunduktan sonra çuhayı İbrahim'in çaldığı sabit olup hüküm olundu. Safer 921" Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 210(40a-1), s. 180.

⁷⁷² Akman, ss. 64, 81; Üdeh, II, ss. 362, 363; Avcı, İşkence, ss. 57-62; Avcı, Özel, s. 337; Dağcı, s. 575; Beroje, ss. 181, 182; Celal Erbay, **İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı, İstanbul, 1999, ss. 188, 189.

⁷⁷³ Akman, s. 81; Avcı, İşkence, s. 49; Erbay, s. 190; Beroje, s. 185.

suçlarında ikrarın geri alınamayacağı kabul edilmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi, her türlü kötü muamele, işkence ikrarın geçerliliğini bozar; ancak sanık, işkence neticesinde ikrar ettikten sonra cebinden çaldığı para çıkarsa, o takdirde verilen ceza, sanığın ikrarı için uğradığı işkenceden değil, çalıntı parayla yakalanmış olmasındandır⁷⁷⁴.

Osmanlı sicil kayıtlarında ikrar ve itiraflara sıkça rastlanmaktadır⁷⁷⁵. Kadılar, sanıkların itiraflarını sicile geçirirken çok titiz davranmışlardır. İtirafın sanığın kendi hür iradesiyle yapıldığı, bir kaç kez ve birçok celsede tekrar edildiği sicillerde özellikle belirtilmiştir⁷⁷⁶. Sicil kayıtlarında her hangi bir suçlama olmadan mahkemeye giderek yapılan ikrarlara da rastlanmaktadır⁷⁷⁷. Genellikle bu tür ikrarların Ramazan ayında olması dikkat çekicidir. Ramazanın mübarek bir ay olmasından dolayı, kişilerde işlenen suçtan dolayı hissedilen pişmanlık, tövbe etme isteği gibi manevi duygular ön plana çıkmaktadır.

Yukarıda aktarılan bilgilerden, delillerin elde edilişi ve yargılamada kullanılması bakımından günümüzde geçerli olan “hukuka aykırı delillerin kabul edilmezliği” kuralının o zaman için de geçerli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

⁷⁷⁴ Atalay, ss. 261, 262; Avcı, İşkence, s. 50.

⁷⁷⁵ “Osman oğlu H. İbrahim’in, Himmet’in elinde yakalanan altın gerdanlık ile bir meftul ve üç ayaklı bir çift küpeyi dava etmesi üzerine davalının hırsızlığını itiraf ettiğine dair zabıt” Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 895 (Ongan, s. 72).

“Nazar oğlu Himmet ile Yenibey oğlu Veli ve Veli oğlu Ali’nin bir olup Hüdaverdi ile Pirebendeyi yanlarına alıp geceleyin H. İbrahim’in evine girdiklerini ve bu sırada Ali ile Himmet’in gözcü olup eşyaları çaldıklarını itiraf ettiklerine dair dava zaptı” Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 920 (Ongan, s. 74).

“Mesud b. Bayezid mahkemeye gelerek Abdi Seydi’nin gece evine gelip kapısını tekmelediğini, evine zarar verdiğini söyledikten sonra, Abdi Seydi ikrarında suçu işlediğini kabul etmesi üzerine tazir olunmasına karar verildi.” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 49(8b-3), s. 120.

⁷⁷⁶ Akman, s. 82.

⁷⁷⁷ “Mustafa b. Abdullah mahkemeye gelerek ikrar-ı sahih ile ikrar edip Bülbül b. Musa’nın beyanından önce iki kişiyi yatıp uyurken baltayla vurdum ikisini de ben öldürdüm dedi ve ikrarı deftere kaydoldu. Ramazan 920” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 174(33b-3), s. 166.

4. Sanık Hakları

a. Genel Olarak

İslam ve Osmanlı Hukuku'nda mevcut olan sanık hakları adil yargılama ilkesinin vazgeçilmez şartıdır. Şüpheli veya sanık, yargılamanın işleyişi içerisinde, başta adil yargılanma hakkı olmak üzere, bazı hak ve yükümlülöklere sahiptir.

Osmanlı Hukuku'nda sanığın suçlamadan haberdar olması ve duruşmada hazır bulunması en doğal hakkı olarak görölmüştür. Ayrıca sanıklara, yargılamanın sağlıklı yürümesini ve verilecek kararın uygulanmasını temine yönelik başvuru, arama, yakalama, zorla getirme, tutuklama gibi koruma tedbirleriyle⁷⁷⁸ ilgili haklar da tanınmıştır. Osmanlı Hukuku'nda sanıklara tanınan diğer haklar ise, sanığın bizzat veya vekili aracılığıyla savunma hakkı, işkence ve onur kırıcı muamelelere tabi olmama hakkı, gıyapta yargılama yasağı ve tercüman yardımından yararlanma hakkı olmuştur.

Sanık haklarıyla ilgili klâsik fıkıh kitaplarında yer alan bu hak, ilke ve tedbirlerin uygulamaya aynen yansıdığını söylemek güç olsa da İslam-Osmanlı hukuk doktrininin fiili durumu denetleyici ve iyileştirici bir işlev gördüğü de inkâr edilemez.

b. Ahz ü Kabz (Yakalama) ve Ahz ü Kabz Halinde Sanık Hakları

Ahz ü kabz (yakalama), suç işledikleri şüphesi altında olan kişilerin hürriyetlerinin bir mahkeme kararı olmaksızın sınırlandırılmasıdır. Yakalama, Osmanlı Hukuku'nda ahz, ele geçirme, tutma gibi kavramlarla ifade edilmiştir. Adil bir yargılamanın gereğı olarak İslam hukukçuları, soyut bir suç ithamıyla kişilerin

⁷⁷⁸ Ceza muhakemesinin yapılmasını veya yapılan muhakemenin sonunda verilecek kararların kâğıt üzerinde kalmamasını sağlamak amacıyla, kural olarak, ceza muhakemesinde karar verme yetkisine sahip olan yetkililer tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda, geçici olarak başvuru ve hükümden önce bazı temel hak ve özgürlöklere müdahaleyi gerektiren kanunî çarelere koruma tedbirleri denir (Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 23; Özbek, Arama, s. 19; Ünver/Hakeri, s. 301; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 250).

hürriyetlerinden yoksun bırakılmasını kabul etmemektedir. Suç ithamının ez azından ilk bakışta haklı görünmesi ve kuvvetli olması gerekmektedir⁷⁷⁹.

Yakalamada belli bir şekil yoktur; yakalama aynı zamanda yakalayacak kişiye kaçanı engelleme yetkisi de verir. Osmanlı Devleti'nde başta kolluk görevlileri olmak üzere herkes suçluyu yakalama görevine sahipti. Birçok kanunname hükmü sanıkların yakalanması görevini suçun işlendiği yerde oturanlara, ev sahibine ya da suçlunun akrabalarına yüklemiştir⁷⁸⁰. Ehl-i örf dışındaki kişilerin de sanıkları, suçüstü halindeyken yakalayıp mahkemeye getirdikleri bilinmektedir. Bir sicil kaydına göre, hanımının dükkânının mahzeninde bulunan bir ceset sebebiyle ehl-i örf tarafından sıkıştırılan Ahmed isimli şahıs bir dedektif gibi soruşturma yapmış ve katili uzun bir aramadan sonra yakalatmıştır⁷⁸¹.

Bir şüpheli başka bir sancağa kaçarsa muhızır, yasakçı ve ases gibi görevliler onu geri getirmek için oraya gönderilirdi. Suçun işlendiği yerin kadısı bu görevlilere gidilecek sancaktaki kadiya hitaben yazılmış bir mektup verir; bu mektupla, kaçağın yolladığı görevliye teslimini isterdi. Eğer muhatap kabul etmezse, mesele padişaha arz edilirdi; padişah da gecikmeden şüphelinin teslimini emreden bir ferman yollardı⁷⁸². Şüphelilerin yakalanması bazen loncaların, havas-ı Hümayûn ve şehzade sancaklarının sahip oldukları imtiyazlar sebebiyle engellenebiliyordu⁷⁸³.

Şüphelinin yakalama sırasında mağdur edilmemesi için sanık hakları bakımından bazı önlemler alınmıştır. Amaç, ehli örfün masum insanları yakalayıp rencide etmesini engellemektir. Bu önlemlerden ilki, sanığın yakalanması için

⁷⁷⁹ Akman, s. 102; Akyılmaz, s. 186; Avcı, Hapis, ss. 57, 106, 107; Tanör, İnsan, s. 39.

⁷⁸⁰ Kanunî'nin Umumî Kanunnamesi, I, m. 42: "*Ve eğer kervansaray içinde nesne gitse, kervansaray içinde olanlara bulduralar. Ve eğer kervansaraycılar yoklamadan destur verseler, eshabı (sahipler) onlara tazmin ettüreler.*" Benzer hükümler aynı kanunnamenin 79, 106'ncı maddelerinde yer almaktadır (Akgündüz, Kanunnameler, IV, ss. 302-308).

III. Murad Umumî Kanunnamesi, m. 10: "*Bir kimesneye töhmet isnad olunub bulunmasa, oğluna ve kardeşine ve mahallesine ve cemaatine veyahud kimesnenin evinde dursa ana teklif oluna, bulduralar*" (Akgündüz, Kanunnameler, 8/I, s. 110).

I. Ahmed Umumî Kanunnamesi, m. 43: "*Ve eğer bir köy kurbünde (yakınında) konan kişinin gece ile malı uğurlansa (çalınsa), hırsuzı köylüye bulduralar. Ve illa bulmazlar ise, köylüye tazmin ettüreler*"; m. 186: "*Bir kimesneye töhmet etseler, oğlu olursa oğluna ve karındaşlarına ve akrabasına ve müsahiblerine (arkadaşlarına) veya ehl-i karye (köy halkı) ve mahallesinin cemaatine veya bir kimesnenin evinde dursa ana teklif edeler, bulduralar*" (Akgündüz, Kanunnameler, 9/I, ss. 500, 518).

⁷⁸¹ İŞSA, Galata Mahkemesi, No: 25, v. 21b/3 (Aktaran Akman, ss. 102, 103).

⁷⁸² Heyd, s. 236; Akman, s. 103.

⁷⁸³ "*Anadolu beylerbeyi 972/1564 tarihinde padişaha arzda bulunarak Anadolu Beylerbeyliği'ne tabi sancakların teftişi sırasında suçluların havas-ı Hümayûn ve şehzade haslarına sığınarak yakalanamadıklarını, buraların zabıtlarının "bizim reyâmızdandır, biz hakkından geliriz" diyerek kaçakları himaye edip, serbest bırakmalarından şikâyet etmiştir*". 6 Numaralı Mühimme Defteri (972/1564-1565), Cilt:2, Belge no: 1098, s. 151.

mümkünse kadı kararının aranmasıdır. Kadı veya naibe ulaşma imkânı yoksa ehl-i örfün sanığı re'sen yakalama imkânı mevcuttu; ancak bu durumda, yakalanan sanığın gecikmeden kadı huzuruna çıkarılması gerekirdi. Maalesef uygulamada her zaman buna uyulmadığı ve örneğin bir kimsenin, muhtemelen kadı kararı olmadan, bir ay gözaltında tutulduğu görülmüştür⁷⁸⁴. Bazen de haklı bir sebep yokken, sırf “padişahın kalbini kırmışsın” diyerek kişilerin yakalandığı bilinmektedir⁷⁸⁵. Tüm bu örnekler, alınan önlemlerin tam anlamıyla uygulanmadığını göstermektedir. Dede Cöngi Efendi'nin de verdiği bilgiye göre; vezir, beylerbeyi, sancakbeyi, subaşı gibi ehl-i örf, yakalanan şüpheliyi, üzerine atılı suçu tahkik etmek ve mümkün olduğu kadar olay üzerindeki şüpheyi gidermek amacıyla, bir ay süreyle gözaltında tutabilmekteydi⁷⁸⁶.

Gözaltına alma, yakalama ile birlikte ele alınacak bir koruma tedbiri olduğu için burada bahsetmekte fayda vardır. Gözaltına alma, yakalanan kişinin hakkındaki işlemlerin tamamlanması amacıyla, hâkim önüne çıkarılmasına veya serbest bırakılmasına kadar özgürlüğünün geçici olarak kısıtlanıp alıkonulmasını ifade etmektedir. Osmanlı'da kaçmalarını engellemek için, yakalanan kişiler kadı önüne çıkartılana kadar geçici olarak gözaltına alınarak, nezarethaneye konurlardı. Nezarethane⁷⁸⁷, şüpheli veya sanıkların, haklarındaki işlemlerin tamamlanıp adli mercilere sevk edilinceye kadar bekletilmesi amacıyla yapılmış yerlere denirdi. Nezarethanenin kapalı bir yer olması gerekmez, açık bir yer de olabilirdi. Ayrıca yakalanan kişilerin sevkinde dikkatli olunması, kaçma tehlikesi yoksa kelepçe takılmaması gerekirdi⁷⁸⁸.

Osmanlı Devleti'nde gerekli görüldüğü durumlarda şüphelinin gözaltına alınabildiği ve mahkemeye zorla getirildiği bilinmektedir⁷⁸⁹. Osmanlıca belgelerde

⁷⁸⁴ “...bir çan ve bir simli bıçağımı serika itdin (çaldın) deyü bi-gayri hak beni mütesellim habsine virüb bi ay mahbus olub...” İŞSA, Üsküdar Mahkemesi, No: 415, v.2b/1 (Aktaran Akman, ss. 104, 105); Akyılmaz, s. 186. Buradaki hapis kelimesi yakalama ve gözaltı anlamında kullanılmıştır.

⁷⁸⁵ “...yolda geçüb giderken mezkûr Osman beni mezkûr bağçede kalb-i padişahiye kesr (kırmak) eylemişsin deyü ahz eyledi...” İŞSA, Galata Mahkemesi, No:11, s.132/3 (Aktaran Akman, s. 105).

⁷⁸⁶ Dede Cöngi Efendi, s. 153; Akyılmaz, s. 187.

⁷⁸⁷ Nezarethane, gözetme, teftiş anlamına gelen nezaret kökünden türemiş bir kelime olup gözaltına, gözetim altına alınan kimselerin konulduğu yer demektir. Aynı anlama sahip köklerden türemiş olduklarından nezarete alma, günümüzdeki gözaltına alma terimiyle aynı şeyi ifade etmektedir (Kâmûs-ı Türkî, s. 1132).

⁷⁸⁸ Avcı, Genel, s. 506; Yurtcan, s. 110; Avcı, Hapis, ss. 58, 112, 282; Öztürk/Kazancı/Güleç, ss. 39, 57; Ünver/Hakeri, s. 321; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 262.

⁷⁸⁹ Örneğin bir belgede, Eyüp'te bir şahsın evinden para çalarak firar eden hırsızlardan Edirne'ye tabi Usta köyü yakınında olduğu haber verilen şahsın Bostancıbaşı tarafından yakalanıp gözaltına alınarak

“ahz” ile “ahz ü kabz” yakalama, “ahz ü habs” yakalama ve gözaltına alma anlamında kullanılmıştır. Gözaltına alma ile tutuklama arasındaki fark, yakalama ve gözaltına almada başlangıç şüphesi yeterli⁷⁹⁰ ve kadı kararına gerek yokken, tutuklama için kuvvetli şüphe ve kadı kararı gerekmesidir. Yakalama ve gözaltına alma tedbirlerinde süre, en fazla birkaç gün olabilir; tutukluluk süresi ise her olayın özelliğine, soruşturma ve kovuşturma safhalarına göre, daha uzun bir zaman olarak takdir edilir⁷⁹¹.

c. Habs-i İhtiyâtî (Tutuklama) ve Habs-i İhtiyâtîde Sanık Hakları

(1) İslam Hukuku’nda Tutuklama

İslam hukukçularına göre habs-i ihtiyâtî (tutuklama), müttehem (itham edilmiş, suçlandırılmış kimse) denilen sanığın suçluluğu ya da suçsuzluğu sabit olana kadar hürriyetinden yoksun bırakılmasıdır. İnsanlar arasında dürüstlüğüyle bilinen ‘kendi halinde’ kimseler kural olarak tutuklanmamaktadır⁷⁹². Soyut bir suç isnadı, aslında tazir cezası olan hapis cezasının uygulanmasını haklı kılmamaktadır. Hz. Ömer’e göre, kendi halinde kimselerin “tutukevine” konması, toplumdan soyutlanmış ve korku içindeki sanığın güvenlik kaygısı taşınmasına sebep olmakta, bu durum da onda ruhsal sorunlar yaratabilmektedir⁷⁹³.

Durumu meçhul olan sanıkların tutuklanıp tutuklanmayacağı konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Hukukçuların çoğunluğu, bu kimselerin

davası görülmek üzere Asitane’ye getirilmesine dair talepte bulunmaktadır. Ahkâm Defterleri, Belge No: 3/1189, II, 50. Bir diğer belgede cinayet zanlıları yakalanarak gözaltına alınmış ancak iyi durumlarına mahallelinin kefil olması üzerine serbest bırakılmışlardır. Ancak mahkemeye çağırıldıklarında davete icabet etmeyerek kendilerini mahkemeye götürmek üzere gelenleri yaralamışlardır. Ahkâm Defterleri, Belge No: 7/407, II, 388 (Kamer Kal Hussien, **İslam Ceza Muhakemesi Usûlü Soruşturma Evresi İhtiyati Tedbirleri (Osmanlı Uygulaması Örneği 1650-1750)**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014, s. 69).

⁷⁹⁰ Bu tür koruma tedbirleri bakımından kuvvetli şüphenin oluşmasını beklemek, koruma tedbiri ile elde edilmek istenen menfaati tehlikeye düşürebilecektir (Öztürk/Kazancı/Güleç, s. 29).

⁷⁹¹ Avcı, Hapis, ss. 107, 328; Öztürk/Kazancı/Güleç, s. 68; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 270.

⁷⁹² İslâm hukukçularına göre, iyi olarak tanınan kişi (kaçma tehlikesi yoksa) bir iki gün tutulur, aleyhindeki şüphe yoğunlaşmazsa salıverilir; iyi olarak tanınan biri değilse bir aya kadar tutuklanabilir (Avcı, Hapis, s. 115).

⁷⁹³ Matthew Lippman, Sean McConville ve Mordechai Yerushalmi, **Islamic Criminal Law and Procedure, an Introduction**, Praeger Publishers, New York, 1988, s. 63; Akman, s. 106; Ali Bardakoğlu, “Hapis”, **DİA**, Cilt:16, 1997, (Hapis), s. 55; Avcı, Hapis, s. 17.

tutuklanabileceğini kabul etmiştir. Bu hukukçular, Hz. Peygamber'in durumu meçhul bir şahsı hakkında hüküm verilene kadar hapsetmiş olmasını buna sebep olarak göstermektedir⁷⁹⁴. Ebû Hanife, İmam Mâlik gibi hukukçuların bulunduğu diğer grup ise, bu durumdaki kimselerin tutuklanmalarını, bu uygulamanın haklarında kesinleşmiş bir karar olmadığı halde tazir cezasına çarptırmak anlamına geldiği için kabul etmemişlerdir⁷⁹⁵.

İslam hukukçularının büyük bir çoğunluğu, daha önce suç işlemiş olanlar ve suça eğilimli oldukları düşünülen insanların (müttehem veya mazınne) tutuklanabileceği görüşündedir. Bu kişilerin masumiyet karinesinden yararlanamamaları, daha önceki fiillerinin sonucudur⁷⁹⁶.

Tutuklama, yalnızca kamu düzeni ve soruşturmanın selameti bakımından söz konusu olabilmektedir. Toplumda adaletin gerçekleşmesi, kamu düzeninin korunması ve bunun için şüpheli hakkında soruşturma ve araştırma yapma, gerekli tedbirleri alma zarureti delilleri karartma veya kaçma şüphesi, yeniden suç işleme tehlikesi gibi bazı durumlarda kişi hürriyetini kısıtlamayı haklı ve gerekli kılabilmektedir. Sanığın gözünün korkutulması, toplumsal tepkinin yatıştırılması, sanığın ikrara zorlanması gibi sebeplerle tutuklama kararı verilemez. Tutuklamalarda, masumiyet karinesiyle kamu yararı arasında bir denge gözetilmelidir. Sanığı tutuklamak için kuvvetli suç şüphesi aranır, soyut itham yeterli değildir⁷⁹⁷. Tutuklama için sadece kadı tarafından verilebilen bir tutuklama emrinin bulunması gerekmektedir. İslam hukukçuları sanığın tutuklanabilmesi için bazı ek şartlar da aramıştır. Bunlar; tutuklamanın keyfî olmaması, gereksiz yere kişi hürriyetinin kısıtlanmaması için sanığa yüklenen suçun adam öldürme ve yaralama gibi ağır bir suç olması, sanığın ceza ehliyetine sahip olması, şüphenin somut olaylara dayanması ve sanık aleyhinde yeterli delil bulunmasıdır⁷⁹⁸.

Adil bir yargılamada en önemli konulardan biri olan tutukluluk süreleri bakımından İslam hukukçuları iki görüş ileri sürmüşlerdir. Mâverdi, Ebu Ya'lâ el-

⁷⁹⁴ Dede Cöngi Efendi, s. 155; Atar, İslam, s. 151; Avcı, Hapis, s. 122.

⁷⁹⁵ Akman, s. 107; Avcı, Hapis, ss. 122, 133.

⁷⁹⁶ Akman, s. 107; Cin/Akgündüz, I, s. 414; Atar, İslam, s. 151; Akyılmaz, s. 188; Foucault, s. 369; Avcı, Hapis, s. 121.

⁷⁹⁷ Eldeki delillere bakıldığında, yapılacak bir duruşmada sanığın mahkûm olması kuvvetle muhtemel ise, kuvvetli şüphe var demektir. Kuvvetli şüphenin bulunduğu duruma örnek olarak suçüstü hali gösterilebilir (Öztürk/Kazancı/Güleç, s. 29; Özbek, Arama, s. 62; Centel/Zafer, s. 84; Ünver/Hakeri, s. 340; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 251).

⁷⁹⁸ Akman, s. 107; Bardakoğlu, Hapis, s. 57; Avcı, Hapis, ss. 117-119.

Ferrâ ve Hanefilerden Tahavi'nin savunduğu birinci görüşe göre, tutukluluk için bir süre belirlenemez; bu süre, hâkimin takdirine bağlıdır. Kovuşturma faaliyeti ve bunun ne kadar süreceği somut olaya göre değişir; sınırı kamu yararı belirler. Ancak sanığın tutuklanması halinde sürenin üst sınırını belirlemek, keyfiliği ve zulmü önleme açısından gereklidir. İkinci görüşü savunan hukukçular ise, tutukluluk için belli bir süre belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. İbn Ferhun'a göre bu süre en fazla 15 gündür. Tahavi ikinci görüşünde ise, bu süreyi en fazla bir ay kabul etmiştir⁷⁹⁹.

Tutuklama kararının hukuka aykırılık taşıması veya takdirde keyfiliğe kaçılması gibi hallerde bu karara karşı itiraz etmek mümkündür. Tutuklama kararına konu olayla ilgisi olmayan, hatta tutuklu yakını olmayanlar bile itiraz edebilir⁸⁰⁰.

(2) Osmanlı Hukuku'nda Tutuklama

Tutuklama, kadı kararıyla bir kimsenin suçluluğu hakkında kesin bir hüküm verilmeden önce şahsî hürriyetinin kısıtlanmasıdır. Osmanlı Ceza Hukuku'nda tutuklama, "habs-i ihtiyâtî", "töhmət hapsi", "ihtibar", "keşf" ve "istibra" gibi kavramlarla ifade edilirdi⁸⁰¹. Osmanlı Hukuku'nda "hapis"⁸⁰² kelimesi, hem bir cezaî müeyyideyi hem gözaltına alma ve tutuklamayı kapsayan şekilde geniş anlamda kullanılmaktaydı. Ancak dar anlamda hapis ve tutuklama birbirinden farklıdır; hapis, ceza; tutuklama ise, tedbirdir⁸⁰³.

⁷⁹⁹ Mustafa Avcı, "Ceza Yargılaması Hukuku Tarihimizde Koruma Tedbirlerinden Tutuklama", **Kamu Hukuku Arşivi**, Sayı:1, Haziran 1988, (Tutuklama), s. 36; Bardakoğlu, Hapis, s. 60; Akman, s. 111; Avcı, Hapis, ss. 143, 144.

⁸⁰⁰ Hz. Peygamber bir itham sebebiyle birini tutuklamış, tutuklu yakınlarından biri bu karara itiraz etmiş, hatta Hz. Peygamberi kararından dolayı eleştirmiştir. Hz. Ömer bir adama hal hatır sormuş, ondan: "Fitneyi severim, haktan hoşlanmam, görmediğime şahitlik ederim" cevabını alınca adamın hapsedilmesini emretmişti. Hz. Ali bu karara itiraz ederek adamın doğru söylediğini, zira mal ve evlat fitne olmasına rağmen sevdiğini, ölüm hak olmasına rağmen hoşlanmadığını, Allah ve Peygamberi görmediği halde şahadet kelimesi ile şahitlik ettiğini kastettiğini belirtmiş, Hz. Ömer itirazı yerinde görerek kararından vazgeçmiştir (Avcı, Hapis, s. 139).

⁸⁰¹ Kanunnamelerde geçen "tutup" kelimesi de terim olarak tutuklama anlamında kullanılmıştır (Avcı, Hapis, s. 17).

⁸⁰² Hapis (habs), Arapça bir kelime olup yakalamak, tutmak, tutuklamak, alıkoymak, engellemek, hürriyeti kısıtlamak, istediği halde konuşamamak, su önüne bent koymak, tahsis etmek, nafakayı alacaklısına vermemek, vakfetmek ve suç işlemek konusunda sabredip nefsinin tutmak anlamlarına gelmektedir. Hapis, tahliye olmanın zıddıdır (Avcı, Hapis, s. 9).

⁸⁰³ Bardakoğlu, Hapis, ss. 54-56; Atar, İslam, s. 217; Avcı, Hapis, ss. 10, 16-18; Öztürk/Kazancı/Güleç, s. 71. Osmanlı Hukuku'nda tutuklama kurumunun mevcut olmadığı, hapsin hem mahkûmlar hem de tutuklular için uygulandığı iddiası "tutuklama" kavramının terim olarak

Osmanlı aile yapısının ortak sorumluluk ilişkisine dayanması, toplumda herkesin birbirini kolayca tanınması sebebiyle sanığın kaçması çok zordu; bu yüzden tutuklama, Osmanlı Devleti'nde büyük ölçüde gereksiz görülmüştür. Osmanlı Devleti'nde tutuksuz yargılama esas kabul edilmiştir⁸⁰⁴.

Sanığın tutuklanmasında suç işlemiş olma ihtimalinin derecesi önemli rol oynamıştır. Sanığın sabıkasız oluşu, yaşadığı toplumda iyi halli, güvenilir ve adil biri olarak bilinmesi suç işleme ihtimalini azaltıcı⁸⁰⁵, aksine bir hâl ise, arttırıcı bir durum olmuştur. Osmanlı Devleti'nde sanığın sabıkalı olup olmadığı mücrim defteri adı verilen defterlere bakılarak yapılırdı. Bu defterlerin aslı, mahallî örf ehlinde, bir örneği İstanbul'da bulunurdu⁸⁰⁶.

Osmanlı'da usûlüne uygun olarak kadı tarafından verilen bir tutuklama kararı, kolluk güçleri tarafından infaz edilirdi. Hiç kimse hak sahibi olduğu iddiasıyla bir

henüz gelişmemiş olduğunun anlaşılmasındandır. Tevkif terimi tutuklama anlamında ilk kez 1851 tarihli Ceza Kanunu'nda kullanılmıştır (Avcı, Hapis, s. 19).

⁸⁰⁴ Akman, ss. 160, 107; Ekinci, s. 346; Akyılmaz, s. 187.

Tutuklu yargılanmaya ilgili Delvine Sancakbeyi'ne gönderilen hüküm dikkat çekicidir. Delvine sancağında 21 eşkiya, sancak beyi ve livanın cizyedarı Ömer'e saldırmış, cizyedarın tahsildarı ve altı adamını öldürmüştür. Yargılanmak için üç kere mahkemeye davet edilmelerine rağmen gelmemişler ve zulümlerine devam etmişlerdir. Bu kişiler, suç işlemeyi alışkanlık haline getirdiklerinden ve sancak beyi hakkında da usûlsüz para topladığı yönünde şikâyetler olduğundan ayrıntılı olarak "*marifet-i şerle incelenmesi için Dergâh-ı Mualla kapısı başlarından Hüseyin soruşturma yapmak üzere*" gönderilmişlerdir. Yapılan soruşturma sonucunda suçluların yakalanıp, yargılama yapılana kadar Galos kalesinde hapis ve kalebent edilmeleri, adam öldürme ve diğer eşkiyalıkları sebebiyle yargılanıp, şer'i olarak ne gerekirse sicile kaydedilerek padişaha bildirilmesi ferman olmuştur. BOA, CZ, T:29/C/1120, Dosya No: 17, Gömlek No: 813 (Aktaran Akyılmaz, ss. 214, 215).

Hükümden anlaşılan, cinayet eşkiyalık gibi son derece ağır suçları işleyen kişilere bile yargılama yapılmadan ceza verilmediği ve bu kişilerin yargılamadan önce tutuklanmadıklarıdır. Ancak mahkemeye üç kez davet edilmelerine rağmen gelmedikleri ve suç işlemeyi âdet haline getirmiş olmaları sebebiyle, yapılan araştırma sonucu padişah fermanıyla tutuklu yargılanmaları emredilmiştir (Akyılmaz, s. 215).

⁸⁰⁵ Osmanlı'da ulema sınıfından olanlar imtiyazlı bir konumda oldukları, tanındıkları ve kaçma tehlikeleri olmadığı için, ilk defa ve küçük bir suç işlemeleri halinde tutuklanmaları kanunla açıkça yasaklanmıştır. "*Kaza ve tedris ve tevliyet ve meşihat ve imamet ve hitabet ve bunun emsali menasib ve cihet sahipleri ... hapsedilecek yerde etmeyip Dergâh-ı Muallâ'ya arz edeler*" (Akgündüz, Kanunnameler, III, s. 106; VII, s. 35). Ulema sınıfından olanlar için tutuklama tedbiri ancak bunlar vahamet arzeden bir suç işleyip kaçma ihtimali varsa ve kefil de bulamazlarsa uygulanırdı (Avcı, Hapis, s. 121).

⁸⁰⁶ Bardakoğlu, Hapis, s. 57; Akman, ss. 107, 108; Akyılmaz, s. 188; Avcı, Hapis, s. 118.

1559 yılında Bursa'da asesbaşı tarafından yakalanıp İstanbul'a küreğe konulmak için gönderilen şahsın annesi 19 ay sonra bir dilekçeyle padişaha başvurarak oğlunun haksız yere cezalandırıldığını, hakkına mücrim defterlerinde cürm işlediğine ilişkin bir kayıt olmadığını söyleyerek serbest bırakılmasını talep etmiş; bunun üzerine hemen Bursa kadısından durumun araştırılması istenmiştir (Akyılmaz, s. 188).

"*Sabık Köyceğiz Kadısı tarafından, gerçek dışı isnad ile arzolumup, hakkında küreğe gönderilmesine dair ferman sadır olan Nasuh Fakih'in sicile geçmiş bir suçu bulunmadığından hakkında herhangi bir muamelenin yapılmaması, 24 Şaban 972*", 6 Numaralı Mühimme Defteri, II, Belge no: 933, s. 66.

kişiyi ait tutuklama kararını bizzat infâz edemezdi. Tutuklama kararının yakalanan kişiyi ait olup olmadığı araştırılır, kimlik tespiti yapılır; tutuklanan kişiyi isnat edilen suç veya suçlar ile tutuklama sebepleri bildirilirdi. Tutuklu sanık, “tutukevi” (habsü’l-kâdî) denen bir yere kapatılır⁸⁰⁷; kaçmasını önleyecek tedbirler alınırdı. Tutuklama kararı ve işlemi tutuklu yakınlarına haber verilirdi. Tutuklu yakınları haberdar edilmezse tedirgin olacakları için, insanları haksız yere tedirgin etmek hukukçular tarafından uygun görülmemiştir⁸⁰⁸.

Osmanlı Hukuku’nda kural, kadı kararı olmadan ehl-i örfün kimseyi tutuklamamasıydı⁸⁰⁹. Kanunnamelerde de bu esas sıkça belirtilmiştir⁸¹⁰. Bazı sicil örneklerinde tutuklama kavramı, zindana koymak veya zindan vermek kelimeleriyle ifade edilmiştir⁸¹¹. Tutuklama ile ilgili dikkat çeken 1617 tarihli bir sicil örneği şu şekildedir: “Adam öldürdüğü iddiasıyla suçlanan maznun (zanlı) Kara Veli, kendisinin olayla ilgisinin olmadığını ileri sürmüş, katilin başkası olduğunu belirtmiştir. Kadı, davacıya delil ikamesi için 15 gün süre vermiş ve süre boyunca sanığı hapsetmiştir. Sürenin sonunda davacı davasını ispat edecek bir delil

⁸⁰⁷ Tutukevi, henüz suçluluğu mahkeme kararıyla kesinleşmemiş olan ve yargılaması süren kişilerin koruma amacıyla konuldukları mekânlardır. Tutuklama kararları devlete ait tutukevlerinde infaz edilirdi. Osmanlı Devleti’nde kaleler (Yedikule Hisarı, Rumelihisarı gibi) cezaevi olarak kullanıldığı gibi, tutukevi olarak da kullanılmıştır (Avcı, Hapis, ss. 142, 282; Yıldız, ss. 16, 40). Kalelerden başka, sadrazam, yeniçeri ağası, bostancıbaşı ve muhızır ağa gibi İstanbul’un asayiş ve emniyetinden sorumlu devlet görevlilerinin konakları altındaki *tomruklar* da birer tutukevi/nezarethane olarak kullanılan idari kapatma mekânlarıydı (Yıldız, s. 51).

⁸⁰⁸ Awad M. Awad, “The Rights of the Accused Under Islamic Criminal Procedure”, *The Islamic Criminal Justice System*, (Ed. M. Cherif Bassiouni), Oceana Publications, New York, 1982, s. 97; Avcı, Genel, ss. 503, 504; Avcı, Hapis, s. 142.

⁸⁰⁹ Osmanlı’da kuvvetli suç şüphesi altında bulunan kimselerin mahkemeleri görülünceye kadar hapsedildikleri ve bu hapsetme işini de bölge serdarı gibi belli memurların yaptığı bilinmektedir. Osmanlı’da muhtesip, ticari hayatta yaptığı teftişlerde narha uymayanları veya karaborsacılık yapanları tespit edince onların önce tutuklamasını emrediyor, arkasından cezaların tespiti ise kadı tarafından yapılıyordu (Avcı, Genel, s. 506; Hussien, s. 83).

⁸¹⁰ “...ve kadı marifetünsüz kimesneyi habs eylemeyeler” Yavuz Sultan Selim’in Umumî Kanunnamesi, m. 50 (Akgündüz, Kanunnameler, III, s. 94); “...ve kadı marifeti olmadan kimesneyi ehl-i örf habs edüb incitmeye”, Kanunî’nin Umumî Kanunnamesi I, m. 65 (Akgündüz, Kanunnameler, IV, s. 305).

Kanunnamelerde bazen istisnâî düzenlemeler de yer almıştır. Yavuz Sultan Selim’in Niğbolu Kanunnamesi’nin 427’inci maddesi dikkat çekicidir: “*Ve bir bölük halk içinde adam ölse tehdidat edüb katili bulduralar, bulmazlarsa ol halkı dutub habs edeler dahi Dergâh-ı Mu’allaya bildüreler*” (Akgündüz, Kanunnameler, III, s. 427). Maddeden, katilin bulunamaması durumunda kadı kararı olmadan reâyânın tutuklanıp, hapsedilebileceği anlaşılmaktadır.

⁸¹¹ “*Mehmed bin Abdullah nam kimesneye naib tarikiyle (yoluyla) zindan virildi*” İŞSA, Tophane Mahkemesi, No:7, v.6b/4 (Aktaran Akman, s. 109).

sunamayınca sanık kefile bağlanarak serbest bırakılmıştır”⁸¹². Olaydan anlaşıldığına göre, buradaki hapis, tutuklama niteliğinde bir ceza muhakemesi tedbiridir⁸¹³.

Osmanlı uygulamasında genellikle had ve kısas cezasını gerektiren suçlarda, şahitler dinlendikten sonra, haklarındaki tezkiye işlemleri tamamlanıncaya kadar, emniyet tedbiri olarak sanık tutuklanırdı. Hanefilere göre, tazir cezası gerektiren suçlarda şüphe kuvvetli olsa bile, şahit tezkiyesi sürerken sanık tutuklanamaz; ancak Osmanlı Hukuku’nda yalancı şahitlik, ırza geçme ve rüşvet, zimmet, irtikâp gibi yolsuzluklar tazir suçları olmasına rağmen, toplum ve adalet için tehlikeli görüldüğünden, bu suçların şüphelileri gerektiğinde tutuklanmıştır⁸¹⁴.

Osmanlı Devleti’nde hukuka aykırı olarak tutuklanan sanıklar, kadıya başvurup haksızlığın giderilmesini talep edebilirlerdi. Kadı böyle bir talep karşısında bir naip atayarak sanığın mahallesinde araştırma yaptırır ve sanığın nasıl biri olduğunu tespit etmeye çalışırdı. Mühime defterindeki bir kayda göre kadı böyle bir durumda meseleyi padişaha arz etmiş, padişah da sanıkların kefile bağlanıp serbest bırakılmalarını emretmiştir⁸¹⁵. Görüldüğü üzere, haksız olarak tutuklanan sanıklar

⁸¹² İŞSA, Galata Mahkemesi, No:43, v.18b/2-3 (Aktaran Akman, ss. 109, 110).

⁸¹³ Hapis cezasının bedenî cezalar kadar olmasa da eski medeniyetlere kadar uzanan bir geçmişinin olduğu bilinmektedir. Hapsin ilk dönemlerde suçluyu cezalandırmaktan çok cezası belirleninceye kadar tutulması amacını taşıdığı ve bunun yerleşik hayatın ve devlet düzeninin hâkim olduğu dönem ve bölgelerde yaygın şekilde uygulandığı bilinmektedir. Kur’an’da bazı fiiller suç olarak belirlenmiş ve bunların bir kısmı için had kapsamında belli cezalar öngörülmeyle birlikte hapis cezasından bir cezalandırma şekli olarak bahsedilmemiştir. Eşkîyalık ve yol kesme suçunu işleyenlere uygulanması öngörülen cezalardan en hafifi suçlunun sürgün edilmesidir. Fakihlerin büyük çoğunluğu, sürgün cezasından maksadın suçlunun toplumdan tecrit edilmesi olduğunu bu nedenle âyetin geniş anlamda hapis cezasını da içerdiğini ifade etmişlerdir. Bu yorumun dört halife döneminin ortalarından itibaren sürgün cezasından, hapis cezasına doğru bir değişime neden olduğu belirtilmektedir. Hz. Ömer’in Mekke’de Safvan b. Ümeyye’nin evini hapishane olarak satın alması, Hz. Ali’nin Kufe’de önce Nafi, sonra da Muhayyis ismiyle bir hapishane inşa etmiş olması bunu teyit eder niteliktedir (Bardakoğlu, Hapis, ss. 54, 55; Avcı, Hapis, ss. 22, 71-83; Irene Schneider, “Imprisonment in Pre-classical and Classical Islamic Law”, *Islamic Law and Society*, Cilt:2, Sayı:2, 1995, ss. 161-164).

Hapis uygulaması başlangıçta daha çok yargılama evresinde ihtiyati tedbir amacı taşıırken sonraları alternatif cezaî bir müeyyide olarak tazir cezaları içerisinde yer almıştır. Uygulamada hapsin, ikinci derecede ve az uygulanan bir yaptırım olduğu söylenmiş ise de (Udeh, II, s. 262), Osmanlı uygulamasında infaz tarzı özellik göstermeden uygulanan hapis ve özellik gösteren türleri olarak kalebentlik, kürek ve prangabentlik cezaları dikkate alınırsa, önemli ölçüde hapsin yer aldığı söylenebilir (Avcı, Hapis, s. 161; Bardakoğlu, Hapis, ss. 56-61; Aslan, ss. 105, 106; Schneider, s. 161; Veli Özer Özbeke, *İnfaz Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, (İnfaz), s. 37).

⁸¹⁴ Cin/Akgündüz, I, s. 414; Ekinci, s. 346; Fendoğlu, s. 211; Bayındır, Yargı, s. 08.12.2015; Bayındır, s. 132; Avcı, Hapis, ss. 134-136.

⁸¹⁵ Silivri ve Çorlu kadılarına; “*Garaz ile hapsedilenlerin salıverilmeleri hakkında.11 Rabiülahir 967/ 10 Ocak 1560*”, 3 numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 682, ss. 308-309. Ayrıca bakınız Mühimme Defteri, 4, s. 16, 119 numaralı hüküm, 235 numaralı hüküm, s. 25.

adil bir yargılama gereği olarak haklarını arayabiliyorlar ve durumun düzeltilmesini sağlayabiliyorlardı.

Tutuklamanın neden olduğu makûl ve beklenen zararlar için devletin tazmin sorumluluğu yoktu; ancak meşru sınırlar aşılar ve tutukluya ek zararlar verilirse bu zararı devletin tazmin etmesi gerekirdi⁸¹⁶.

Adil bir yargılamada en önemli konulardan biri de tutukluluk süreleridir. Osmanlı hukukçuları, tutukluluk için bir süre belirlenemeyeceğini kabul etmişlerdir. Hâkimin takdirine bağlı bulunan bu süre, somut olaya göre değişirdi. Ancak sanığın tutuklanması halinde sürenin üst sınırını belirlemek keyfiliği ve zulmü önleme açısından gerekli olduğundan, Osmanlı uygulamasında tutuklama süresi en fazla bir ay olarak verilirdi. Genel olarak tutuklama kararının yargılamanın sonuna kadar hüküm ifade etmesi kabul edilmiştir⁸¹⁷. Osmanlı'daki tutukluluk süreleri, günümüz tutuklama sürelerinden oldukça az ve makûl sürede yargılanma hakkını ihlâl etmeyecek nitelikteydi.

Tutuklama amaç değil, maddi gerçeğe ulaşmak bakımından yargılama hukukunun bir aracı olduğu için geçiciydi. Tutuklama, tutuklamayı gerektiren sebebin ortadan kalkması, sanığa isnat edilen suçun sabit görülmemesi, belirlenen sürenin dolması, yargılamanın bitmesi gibi durumlarda sona ermekteydi⁸¹⁸.

ç. İşkence (Örf-î Maruf) ve Onur Kırıcı Muamelelere Tabi Olmama Hakkı

(1) Genel Olarak

Sanığa iyi muamele edilmesi gerekir; işkence, İslam ve Osmanlı Hukuku'nda yasaktır. Hz. Peygamber, sanıklara, suçlarını itiraf etmeleri için işkence yapılmasını

⁸¹⁶ Avcı, Genel, s. 524; Avcı, Hapis, ss. 321-324; Öztürk/Kazancı/Güleç, s. 337.

⁸¹⁷ Avcı, Tutuklama, s. 36; Bardakoğlu, Hapis, s. 60; Akman, s. 111; Avcı, Hapis, s. 145.

Osmanlı'da hâkimler, yeni bir görev yerine atandıklarında, ilk iş olarak ceza ve tutukevini kontrol eder, mahkûm ve tutukluların durumlarını inceler, onlarla görüşür ve onları yeniden dinler, hapis kararı hukuka uygunsa veya hapsin süresi henüz dolmamışsa hapsin devamına karar verir, sürelerini doldurmuş mahkûmlarla hukuka aykırı olarak tutuklanmış olanları derhal salıverirdi (İlber Ortaylı, "Osmanlı Kadısının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt:9, Sayı:1, 1976, (Taşra), s. 107; Ortaylı, Mahkeme, s. 259; Avcı, Hapis, s. 141; Özbek, İnfaz, s. 38).

⁸¹⁸ Bardakoğlu, Hapis, s. 64; Avcı, Hapis, ss. 104, 150.

yasaklamıştır⁸¹⁹. İslam inancında insan onurlu bir varlık olarak yaratılmış⁸²⁰, onun can, mal, şeref ve haysiyetine yönelik haklarının ihlâli zulüm olarak değerlendirilmiştir. Bu sebeple işkence, hür, köle, hükümlü, esir ve sanık gibi konumu ne olursa olsun hiçbir ayırım yapılmaksızın bütün insanlar için mutlak olarak yasaklanmıştır⁸²¹.

İslam ve Osmanlı Hukuku'nda teorik olarak işkence yasak olmasına rağmen, uygulama bu yönde olmamış; işkence, Osmanlı Devleti'nde bir sorgulama yöntemi olarak kullanılmıştır. Hatta işkence, geçerli bir itiraf aracı olarak Osmanlı Kanunnameleri'ne bile girmiştir.

(2) Doktrinde İşkence

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre, baskı altında alınan ifadelerin hukukî olarak bir değeri yoktur. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf, zor ve tehdit kullanılarak elde edilen itirafı geçerli saymaz; Malikiler, Şafiiler ve Hanbelilerin de görüşü bu şekildedir. Hz. Ömer de, işkence ve benzeri yollarla suçunu itiraf eden sanığın bu itirafının hükme esas olamayacağını ifade etmiştir⁸²².

Kural olarak, kadı huzurunda yapılmayan ikrara itibar edilmez; bu ikrara dayanılarak hüküm verilemez. Kadı huzurunda yapılmayan ikrara itibar edilmemesi, işkenceye karşı ciddi bir tedbirdir. Karakolda alınan ifade mahkemede geçerli olmayacağından mahkeme dışında zor kullanarak ifade almanın bir gereği kalmaz.

⁸¹⁹ İslam'dan önceki İran Hukuku'nda, şahit yoksa işkence ve manevi tecrübeye başvurulurdu; bu doğal bir sorgulama ve ispat yöntemi idi. Bu tür insan onuruna ve adalete aykırı uygulamalar İslâmiyet tarafından yasaklanmıştır (Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlm-i Hukuk, s. 169).

Hz. Peygamber, sanıklara, suçlarını itiraf etmeleri için işkence yapılmasını yasaklamış ve şöyle buyurmuştur; “*Ümmetinden üç husus affedilmiş, onlardan sorumlu tutulmamışlardır: Hata, unutmaya ve zorlanarak yaptıkları şeyler*”. İbnu Şihab'dan da şu nakledilir, “*Bir kimse sopa altında veya sopadan sonra ikrar ve itirafta bulunursa hakkında had cezası uygulanmaz*” (Üdeh, II, ss. 362, 363).

⁸²⁰ İsrâ, 17/70.

⁸²¹ İbn Teymiye, s. 111; Aslan, s. 101; Karaman, I, s. 159; Avcı, Özel, s. 337; Beroje, s. 323.

⁸²² Mustafa Cevat Akşit, **İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları**, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 106; Avcı, İşkence, ss. 58, 60; Akman, s. 83; Karaman, I, s. 195; Üdeh, II, ss. 358, 359; Beroje, s. 323.

Hz. Ömer, memurların haksız muamelesine maruz kalanların da çekinmeden şikâyet etmelerini istemiş ve suçluların işledikleri suça göre cezalandırılacaklarını söylemiştir (Avcı, İşkence, s. 58).

İlk soruşturmada son soruşturmaya kadar ceza yargılamasının bütün safhalarının halka açık olması da işkenceye karşı bir tedbirdir⁸²³.

İşkence olarak düşünülebilecek her tür fiil caiz değildir. Savaş sırasında düşmandan esir alınan kişilere bile işkence, aç ve susuz bırakma gibi muameleler yasakken, bir kimseye sırf suçlu olma ihtimali yüzünden işkence etmek evleviyetle yasaktır. İşkence ve kötü muamele suç olduğu için mutlaka cezalandırılması gerekirdi⁸²⁴. Sanığı hapisle tehdit etme, ikrara zorlama amacıyla tutuklama da hukuka aykırıdır ve bu şekilde zorla elde edilen ikrar delil olarak kullanılamaz. İslam yargılama hukuku işkenceyi hiçbir zaman bir usûl kurumu olarak kabul etmemiştir. İslam Hukuku'nda dayak, ancak bir ceza olarak kabul edilebilir; keyfî bir uygulama ya da bir usûl aracı değildir⁸²⁵.

Sanığı aşağılamak, ona onur kırıcı davranmak memurların efrada kötü muamelesi sayılacağından yasaktır. Hz. Peygamber'in cezalandırılmasına hükmettiği bir mahkûma Hz. Ömer, "*Allah'ım, şu adamı rahmetinden uzak kıl*" diye lanet etti. Bunun üzerine Hz. Peygamber, "*Ya Ömer, ona lanet etmeyiniz*" buyurdu; yani sanığa lanet etmek suretiyle aşağılanmasını yasakladı⁸²⁶. İslam hukukçuları, tutuklu ya da tedbire konu olan süjenin onurunun kırılmaması esası üzerinde titizlikle durmuşlardır. Fail, işkenceyle insan öldürmüş bir katil bile olsa, kendi cezası infaz edilirken işkence yapılamaz⁸²⁷.

⁸²³ Beroje, s. 185; Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>.

⁸²⁴ Hicri altıncı yıl ve yedinci yıl arasında Hz. Peygamber'e çevre kabilelerden bazı kimseler, Müslüman olduk diye sığınmışlardı. Bu kimseler hasta ve zayıftı; Hz. Peygamber onlara baktı ve iyileştirdi. Bu kimseler iyileşip güç kazanınca, o bölgedeki deve çobanlarını tüyler ürperten işkencelerle öldürdüler, develeri alıp gittiler. Resulullah bunların peşinden takipçi birlik gönderdi, yakalayıp getirildiler, cezaları hakkında Maide, 5/33 ayeti indi: "*Allah ve Resulüne karşı savaşan ve yeryüzünde hak düzeni bozmaya çalışanların cezası ya acımadan öldürülmeleri, ya asılmaları yahut el ve ayaklarının çaprazlama kesilmesi yahut da bulundukları yerden sürgün edilmeleridir*" (İbn Teymiye, ss. 109, 110; Avcı, İşkence, s. 57).

Misilleme yoluyla da olsa işkence yasaklandığı için Hz. Peygamber yalnızca ayetteki cezaları uygulatmıştır. Buharî'nin bu olayı nakleden hadisinin ravisi Katade, bu durumu şöyle açıklamaktadır: "Bu olaydan sonra Hz. Peygamberin, devamlı olarak fakire yardımı teşvik ettiği ve işkenceyi de yasakladığı haberi bize ulaştırılmıştır" (İbn Teymiye, ss. 110-112).

⁸²⁵ Avcı, İşkence, ss. 52, 63, 65; Avcı, Genel, ss. 528, 529; Aydın, s. 250; Timur Demirbaş, **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992, ss. 17, 18.

⁸²⁶ Hadis için bakınız Tecrid, Hadis No:2086 (Akt. Avcı, Genel, s. 529); Avcı, İşkence, s. 55.

⁸²⁷ Hz. Peygamber, Uhud Savaşı'nda amcası Hz. Hamza'ya işkence yapılarak öldürüldüğünü görünce bir gün imkân bulması halinde müşriklerden 30 kişiye aynısını yapacağına yemin etmiş, bunun üzerine Nahl, 16/126 ayeti inmiş ve Hz. Peygamber de yeminine kefareti ödemiştir. Ayrıca "*öldürme tarzında insanların en ölçülüsü iman sahipleridir*" buyurmuştur. Yine öldürülmesini emrettiği Yahudilerin susuz olduklarını söylemeleri üzerine; "*Onlara kılıcın harareti ile susuzluğun hararetini*"

İşkence bir usûl kurumu olarak kabul edilmemesine rağmen, özellikle hırsızlık suçunda çalınan malın bulunması ve suç ortaklarını söyletmek için sanığa işkence yapılabileceğine yönelik bazı hukukçuların görüşleri bulunmaktadır⁸²⁸. Ebu Hanife'nin öğrencilerinden Hasan b. Ziyad, Hanefî Fakihlerinden Isam b. Yusuf, Osmanlı şeyhülislamlarından Mehmet Arif Efendi ve son dönem fukahasından İbn Abidin bunlardan bir kaçıdır. Hanefî hukukçuların büyük bir bölümü hırsızlık davaları dışında baskı altında alınan ifadelerin geçersiz olduğu görüşünde birleşmişlerdir. Bu tutum, doğruluk ve adaletten sapılmaması gerektiğini söyleyen temel din kurallarıyla da uyum içindedir⁸²⁹.

(3) Uygulamada İşkence

İslam-Osmanlı hukuk doktrininde işkence yasaklanmış, Fatih, II. Bayezid, Yavuz ve Kanunî kanunnamelerinde, sanığa işkence yapılmaması ve sanıkla suçlunun birbirine karıştırılmaması ile ilgili hükümler yer almış olmasına rağmen, Osmanlı Devleti'nde bir sorgulama yöntemi olarak işkenceye rastlanmaktadır⁸³⁰. Osmanlı Hukuku'nda işkence teriminin yanında bazen bu anlama gelmek üzere *örf* veya *örf-i ma'ruf* terimleri de kullanılmıştır⁸³¹. Özellikle kuvvetli yan deliller şüphelinin suçlu olabileceğini gösteriyorsa ve sanığın önceden sabıkası varsa bu tür

birlikte tattırmayın!" buyurmuş, bunun üzerine Yahudilerin ölüm cezası kendilerine içecek su verildikten sonra infaz edilmiştir (İbn Teymiye, s. 112; Avcı, Genel, s. 488; Avcı, Özel, s. 91).

⁸²⁸ İşkence uygulamasını kabul edenlere göre, sanığın ikrarına dayanılarak sadece tazir cezası verilebilir, had ve kısas cezası verilemez. İşkence sonucu alınan ikrarla, mağdurun zararının tazmin edilmesine karar verilir. Osmanlı kanunnamelerinde ve padişah fermanlarında geçen örf-i maruf ile ilgili "*ifadeler, tazmin-i mal hususundadır, kat'ı yed hususunda ikrar-ı mükrehin adem-i sıhhati müttetfakun aleyhi cumhurdur*" (Dede Cöngi Efendi, s. 141; Avcı, İşkence, s. 67).

⁸²⁹ Avcı, İşkence, s. 61; Akman, ss. 83, 84.

⁸³⁰ Cin/Akgündüz, I, s. 386; Akman, s. 83.

⁸³¹ Kamu gücünü kullanan hâkim, ehl-i örf gibi yetkililerin sanıklara suçlarını ikrar ettirmek için yaptıkları fiziki acı ve elem veren eylemler ile tehditler genellikle "örf-i maruf" kelimesiyle ifade edilmiştir. Osmanlı belgelerine geçen "işkence" kelimesi ile genellikle özel kişilerin başka özel kişilere yaptıkları fiziki acı verici mütemadi müessir fiil suçu kastedilmektedir (Avcı, İşkence, s. 51).

Bir katl soruşturmasında şüpheli şahsın ikrarı işkenceyle elde edilmeye çalışılmıştır: "...*Mezbur Nasuh'a bir mikdar örf olunup yine inkâr idüp ve merkum (adı geçen) Ali'ye örf olunmak kasd olındukda müteveffa (ölmüş) mezburun (sözü edilen) karındaşı Mahmud değme bir örf ile ikrar eyler kimesne değildir diyü...* 21 Ramazan 967 (16 Haziran 1560), 3 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 1245, s. 546.

sanıklar işkenceye tabi tutulmuşlardır⁸³². Kayıtlardan kimi zaman sabıkası olmayan şüphelilerin de işkenceye maruz kaldıkları anlaşılmaktadır⁸³³.

Hem kanunnamelerde hem de mahkeme kayıtlarında ehli örfün işkence yaptığına dair deliller bulunmaktadır. İşkence konusunda kadılarla ehli örf arasında sürekli bir çekişme olmuştur. Kadılar işkencenin karşısında olmuş ve ellerinden geldiğince engellemeye çalışmışlardır. Akkirman Sancak Beyi, kadının işkenceyle alınan ikrarın geçerli olmadığına dair hüccet vermesini bir şikâyet konusu yaparak padişaha arzda bulunmuştur. Padişah da kendi rızasıyla suçunu itiraf eden sanıklar hakkında şer'i hukuka uygun olarak muamele yapılmasını emretmiştir⁸³⁴.

Müftüler de ehl-i örfün yaptığı işkenceye karşı çıkmışlardır; örneğin fetvalarda zorlama altında hırsızlık yaptığını kabul eden kimsenin bu itirafı ile cezalandırılmayacağı belirtilmiştir⁸³⁵. Sanık kendisine işkence yapılması sonucunda ölmüşse, bu işkence uygulayan ehl-i örfün öldürme kastı olmadığı için eylem kastın aşılması suretiyle adam öldürme suçu sayılmış ve failin diyetten sorumlu olması kabul edilmiştir. Ayrıca yalan beyanlarla sanığın işkence görmesine neden olan şahit veya şikâyetçiler de tazirle cezalandırılıp uzun süre hapiste kalmışlardır⁸³⁶.

Osmanlı'da işkenceyle ikrar elde edilmişse, sanık, işkence yapılmasını emredenleri kadıya veya padişaha şikâyet edebilirdi. Ayrıca soruşturmada ehl-i örf tarafından yapılan işkenceyle ikrarda bulunan sanık, kadı önünde ifadesinden dönebilirdi⁸³⁷. Ehl-i örfün sanığı konuşturmak için işkence yaptığı, sanığın mahkemede kadı huzurunda kendisine işkence yapıldığını söylediği ve bu sebeple

⁸³² "Sakız'dan gelen sandalı basan levendler teftiş olunub bu babda mazanne olub mühim sabıkaları müseccel (tescilli) olanlar örf-i ma'ruf ile görüle deyu hükm-i şerif buyruldu. 23 Muharrem 968/14 Ekim 1560", Mühimme Defteri, 4, Belge no: 1464 (Akman, s. 84).

⁸³³ "... Muharrem'ün katle mübaşeret-i (bağlantısı) sabit olmayup ve töhmet-i sabıkası olmamağla örf-i ikdam (çalışma) olunmayup lakin zann ifade eder bazı alâim ü karâin (belirti ve karineler) zuhur idüp (görünüp)... ba'dehu (ondan sonra) kendüye örf-i ma'ruf (bilinen) idüp anın dahi ikrarı ne yüzden zuhur idüp, kazıyye (hüküm) neye müncer olursa (sonuçlanırsa) zabt idüp ahvallerin yazup bildüresin. 13 Şevval 967/ 7 Temmuz 1560", 3 numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 1307, ss. 570, 571.

⁸³⁴ 6 Numaralı Mühimme Defteri, c. I, Belge no: 625, s. 342. Ancak bazı kanunnamelerde işkenceyle elde edilen itiraf konusunda kadının müdahil olmaması istenmektedir: "İşkence ile ikrar edene kadı araya girmeye, ikrar ettiği nesneyi bulduralar veyahud ödede", Aydın-Eli Siyasetnamesi (898/1493), m. 8 (Akgündüz, Kanunnameler, II, s. 170).

⁸³⁵ "İkrah-ı muteber ile sabit olan sirkat-i mal sahih olur mu? El-cevap: olmaz." Ali Efendi, Fetâvâ, s. 476; Avcı, İşkence, s. 67; Avcı, Özel, s. 338.

⁸³⁶ Heyd, s. 253; Avcı, İşkence, s. 66; Akman, ss. 84, 85.

⁸³⁷ Atalay, ss. 261, 262; Akman, s. 85.

önceki ifadesinden dönmesine dair az rastlanan şer'iyye sicil örnekleri de bulunmaktadır⁸³⁸.

İşkence, şer'i hukukta geçerli olmamasına rağmen, örfi hukukta geçerli bir itiraf aracı olarak kanunnamelere girmiştir. Osmanlı kanunnamelerinde işkenceyle ilgili çok sayıda hüküm bulunur⁸³⁹. Bunlar incelendiğinde özellikle hırsızlık yaptıklarından şüphelenilen sabıkalı ve tehlikeli şüphelilere karşı suç ortaklarını ya da çalınan malın yerini söyletmek için işkence uygulandığı anlaşılmaktadır. Bazı kanunnamelerde işkence metodu açıkça emredilmiş, işkence altındaki suç ikrarı fer'i delil kabul edilmiştir. Eğer sanık, sabıkalı bir geçmişe sahipse ve komşuları da onun bu kötü şöhreti hakkında şahitlikte bulunurlarsa, bu karar için yeterli olurdu⁸⁴⁰.

Kanunnamelerde işkenceyle edinilen itirafın yeterli olmadığı, karinelerin de bunu desteklemesi gerektiği belirtilmiştir: *"Ve hırsuz taifesi işkencede ikrar etse ikrarından gayrı alâim (izler, deliller) dahi delalet ederse (gösterirse) ol ikrar muteber (geçerli) ola"*⁸⁴¹. *"Ve bir kimsenin elinde veya evinde uğurluk nesne (hırsızlık malı) bulunsa satun aldı ise satanı bulduralar ve bulmazsa müttehem ise işkence edeler; meğerki bulıcak kadiya götürüb teslim edeler veyahud yabanda bulduğun isbat ede. Amma işkencede ihtiyat edeler ki (ölçülü davransınlar), kable's-sübût (suç sabit olmadan önce) telef-i nefis (ölüm) olmaya. Ve eğer işkencede ölürse davası sorulmaya"*. *"Ve hırsuz taifesi işkencede ikrar etse ve alâim dahi ikrar eylese ol ikrar muteber ola"*⁸⁴². *"Ve eğer hırsuz işkencede ikrar etse, alameti dahi bulunursa, onun ikrarı muteberdir, suçuna göre siyaset edeler"*⁸⁴³.

⁸³⁸ Bunlardan biri İssa, Beşiktaş Mahkemesi, n: 2, v.85a. (Akt. Akman, ss. 85, 86).

⁸³⁹ II. Bayezid Umumî Kanunnamesi, m. 40: *"Ve eğer hırsız dutulub sabit olsa ve bir kimesne içün şerikidir dese ve ol kimesne eğer levend ve müttehem kimesne ise, işkence edeler. Eğer müttehem değilse, mücerred hırsuz sözüyle işkence etmeyeler"* (Akgündüz, Kanunnameler, II, s. 44). Benzer düzenleme Kanunî Umumî Kanunnamesi, II, m. 40'da da yer almaktadır (Akgündüz, Kanunnameler, IV, s. 370).

Yavuz Sultan Selim'in Umumî Kanunnamesi, m. 32: *"Eğer bir kişinin elinde ya da evinde uğurluk esbab bulunsa, satun aldı ise satanı bulduralar; bulunmaz ise, müttehem ise işkence edeler. Amma ihtiyat edeler ki, telef-i nefis olmaya. Eğer işkencede ölürse demi hederdür"* (Akgündüz, Kanunnameler, III, s. 92).

III. Murad Umumî Kanunnamesi, m. 61: *"Ve eğer hırsuz işkencede benim filan şerikimdir dese, ol kişi eğer müttehem ise işkence edeler; eğer müttehem değilse hırsuzun sözüne amel olunmaya"* (Akgündüz, Kanunnameler, 8/I, s. 115).

⁸⁴⁰ Heyd, Kanun, s. 644; Akman, s. 86; Avcı, İşkence, ss. 66, 68; Avcı, Özel, s. 337; Atar, İslam, s. 150.

⁸⁴¹ Celalzâde Kanunnamesi III, m. 319, II. Selim Devri (Akgündüz, Kanunnameler, VII, s. 357).

⁸⁴² II. Bayezid'in Umumî Osmanlı Kanunnamesi m. 32, 39 (Akgündüz, Kanunnameler, II, ss. 43, 44).

⁸⁴³ Kanunî Umumî Kanunnamesi, I, m. 47 (Akgündüz, Kanunnameler, IV, s. 302).

Siciller incelendiğinde, 16'ncı yüzyılda işkence uygulamasının yoğunlaştığı tespit edilmiştir. Ancak 17'inci yüzyıl belgelerinde artık işkence sonucu alınan ikrarlarla pek karşılaşılmamıştır⁸⁴⁴.

d. Osmanlı Ceza Yargılamasına Özgü Bir Kurum “Kefalet”

Osmanlı Devleti'nde tutukluluğun sona erdirilmesi veya önlenmesi için kefalet kurumu bulunmaktaydı. Modern hukuklarda bir özel hukuk kurumu olan kefalet, İslam-Osmanlı Ceza Hukuku'nda etkin bir biçimde kullanılmıştır. İslam Hukuku'ndaki dört kefalet türünden biri olan *kefalet bi'n-nefs*, yani şahsa kefalette kefil, sanığın, cezasının infâzını bekleyen mahkûmun veya cezaevinden kaçmasından şüphelenilen kişilerin istenildiğinde hazır bulunmasını sağlayan kimsedir. Bazı durumlarda, delil yetersizliği sebebiyle mahkûm edilememiş sanıktan da serbest bırakılmadan önce kefil göstermesi istenmiştir⁸⁴⁵.

Kefalette din farkının önemi yoktu; Müslüman gayrimüslime, gayrimüslim de müslümana kefil olabilirdi. Kefil olunan kişinin kefil tarafından bilinen ve tanınan bir kişi olması şarttı. İlgili şahsın ismen bilinmesi değil, kefilin onu gördüğünde tanıyabilmesi gerekirdi⁸⁴⁶.

Cezanın kendisine kefil olmak, cezanın şahsiliği ilkesine aykırı olduğundan söz konusu değildir. Burada anlatılan kefalet, sanığın veya mahkûmun şahsına kefil olmak ve sanığın savunma hakkının sağlanabilmesi için onu istenildiğinde mahkemede hazır bulundurmaktan ibaret olan kefalettir. Kefil olunan kişinin teslimi

⁸⁴⁴ Akman, s. 87; Ömer Menekşe, XVII ve XVIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998, s. 101.

“Keşan kadısına hüküm: Birçok evler açılıp eşya sirkat olduğu ve maznun olarak Boyacı Mehmet nam Levent ele geçirilip yatak arkadaşlarını söyletmek için örf-i maruf icrasına müsaade rica olduğundan işkence edilmesi fakat ölüme müncer olmaması... 976/1568”, 7 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 1693 (Avcı, İşkence, s. 70).

“Hüsam Reis'in karındaşı İbrahim'den sual olunup 'sen Yahudiler katl olduğu geceden evvel vakt-i asr karındaşın Hüsam Reis ile mezbur Hüsam Reis'in Yahudiler sakın olduğu evine bilece varmışsın' deyücek inkâr ile cevap verip 'Cerbe Seferinden gelediden beri ben ol eve varmadım' demişti. Sonra karındaşı Hüsam Reis bilece vardık diye ikrar edicek mezbur İbrahim dahi karındaşını tasdik edip 'bilece vardım' deyü ikrar etti. 'Ya niçin evvel inkâr ettin sonra ikrar ettin' deyücek, 'sonra ikrar ettim ama örf ettirdi, işkence ile ikrar ettim' dedi... 968/1561”, İssa, Beşiktaş Mahkemesi, No:2, v.85a/3, 4, 5. Bu belge, iştirak halinde adam öldürme suçunda önce inkâr eden bir failin, diğer suç ortağının itiraf etmesi sebebiyle kendisine de işkence edilince suçunu ikrar ettiğine dairdir (Avcı, İşkence, s. 71).

⁸⁴⁵ Heyd, s. 238; Akman, s. 56; Akyılmaz, s. 188; Avcı, Hapis, s. 147.

⁸⁴⁶ Akman, s. 56; Mecelle, m. 630.

için bir süre belirtilmişse, kefil, sanığı o sürenin sonuna kadar teslim etmek zorundaydı. Aksi hâlde kefil, hem sanığın yargılama sonucu ödeyeceği malî tazminatı öder hem de hapsedilirdi⁸⁴⁷.

Sanık kaçarsa mahkeme gününden önce yakalayabilmesi için kefilin eline bir belge verilirdi. Kefilin arama yapacağı kaza bölgelerindeki kadılara hitaben yazılan bu belgede, kefilin sanığı takip etme ve yakalama yetkisi olduğu belirtilirdi. Arama için kefile 20 günle 1 ay arası bir süre verilirdi; kefil, kaçağı bulursa tutuklattırmak için hemen ehl-i örf'e haber vermek zorundaydı. Kefilin sorumluluğu ağır olduğu için, kefil olacak kişinin kefil olduğu şahsı iyi tanınması ve bu kişinin bulunduğu yerin bilinir olması gerekirdi⁸⁴⁸. Osmanlı Kanunnameleri, kefilin bu sorumluluğunu sınırlandırmıştır. Buna göre, yedi kadılık bölgesini araştırdığı halde kefil olduğu kimseyi bulamayan kimse kadıların her birinden temessük alarak bu sorumluluğundan kurtulabilirdi⁸⁴⁹. Sanığa kefil olmak, riskli bir iş olduğu için kefiller ilk fırsatta bu sorumluluktan kurtulmak istemişlerdir⁸⁵⁰.

Osmanlı Kanunnameleri'nde şüpheli veya sanık olan herkesten kefil istenebileceği hüküm altına alınmış ve kimlerin kefil olacağı gösterilmiştir. Genellikle lehine kefil olunacak kişinin oğlu, kardeşi, akrabaları, komşuları, meslektaşları bu görevi üstlenmişlerdir⁸⁵¹. Az önce de belirtildiği gibi kefil, kefaleti altındaki kişiyi arayıp bulmak ve mahkemede hazır bulundurmak zorundadır. Şer'iyye sicillerinde kefaletle ilgili çok sayıda örnek bulunmaktadır⁸⁵².

⁸⁴⁷ Akman, s. 56; Abdullah Kahraman, "İslam Hukukunda Şahsa (nefse) Kefalet Müessesesi ve Türk Ceza Muhakemeleri Hukukundaki Teminatla Salıverme Müessesesi ile Mukayesesi", *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı:2, 1998, s. 312; Akyılmaz, s. 188; Avcı, Hapis, s. 147.

⁸⁴⁸ Akyılmaz, ss. 188, 189; Heyd, ss. 239, 240.

⁸⁴⁹ Kanunî'nin Umumî Kanunnamesi I, m. 58 (Akgündüz, Kanunnameler, IV, s. 304); Yavuz'un Umumî Kanunnamesi, m. 44 (Akgündüz, Kanunnameler, III, s. 94); Akyılmaz, s. 189; Heyd, ss. 239, 240.

⁸⁵⁰ "Nikola b. Yorgi'nin Andereya b. Kelim ve Nikola'nın nefislerine kefil olmuşdu. Nikola b. Yorgi, Rumeli'ye giderek adı geçen zimmileri bulup getirip teslim edip kefaletten çıktığı kaydolundu." Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 630(98a-6), s. 351.

⁸⁵¹ Üsküdar'da geçen bir olayda mahalle ahalisi müttehem kimselere kefil olmuş, ayrıca bunların meslek örgütlerinin başı olan Çörekçiler kethüdası ve iki meslektaşı sanıklara kendilerinin kefil olduklarını bildirmişlerdir. İŞSA, Üsküdar Mahkemesi Sicilleri, No: 415, v. 6a/1 (Aktaran Akman, s. 56). Diğer bir kayıta da Unkapanı esnafı kethüdaya kefil olmuştur. İŞSA, Galata Mahkemesi, No: 36, v. 66b/4 (Aktaran Akman, s. 58).

⁸⁵² Şahsın mahkemeye gelmesine kefil olma ile ilgili sicil örneklerinden bazıları şöyledir:

Gaybi adlı şahsın nefisine kefil olanlara dair; "Karye-i Reisli'den Kara Mustafa oğlu Gaybi'nin nefisine Eynehan b. Turhan ve Himmet b. Davud kefil oldular ki talep olundukta buluverilmesine iltizam ettiler." Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 42(7b-1), s. 118.

Kefalet talebi genellikle subaşıdan gelirdi. Kefalet işlemi için, köyün bütün erkekleri mahkemeye getirilmekte, her erkek diğerine kefil olmakta, köyün kethüdâsı kefillere, imam veya papaz da kethüdayla birlikte hepsinin kefilliğini kabul etmekteydi⁸⁵³. Bekâr odalarına da odabaşı veya kethüdâ kefil olmak zorundaydı⁸⁵⁴.

III. Murad zamanında bütün hânelerin birbirine kefil olmaları emredilmişti⁸⁵⁵. Mahalle halkının birbirine kefillenmesiyle ilgili olarak özellikle 18'inci yüzyıla ait bazı defterler bulunmaktadır⁸⁵⁶.

Sanık, kefil bulabildiği zaman tutuklanmaktan kurtulabilirdi⁸⁵⁷. Tutuklular da, güvenilir kişilerin kefaletiyle serbest bırakılırlardı. Şahsa kefalet bu yönüyle maddî teminat yerine kişisel güvenceyi esas alan bir tür kefaletten tahliye sebebi olmuştur. Kendilerine kefil bulamayan müttehemlerin küreğe kadar giden cezalara çarptırıldığı görülmektedir. İstanbul'da kefilsiz kimsenin kalmaması için çok özen gösterilmiştir. Bu konuda emr-i hümayûnlar çıkarılmış ve aksine hareket edenlerin şiddetle cezalandırılacağı belirtilmiştir⁸⁵⁸.

Yorgi b. Kefale'nin nefesine Kosta b. Çengel'in kefil olduğuna dair; "Yorgi b. Kefale'nin nefesine Kosta b. Çengel kefil olduğunda deftere sebt olundu." Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 441(74b-3), s. 269.

"Murtazabad'a bağlı Karalar köyü halkından birçok kişilerin mahkemeye gelerek Bad-i hava Emîni Yusuf oğlu Mustafa tarafından habersizce male kefil yazdırıldıklarını şikâyetleri. Mustafa'nın da böyle bir şeyin varid olmadığını (söylenmediğini) söylediği." Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 58 (Ongan, s. 5).

"Adı geçen Pir Nefes'in isteği üzerine Şaban oğlu Şükrü'nün adı geçen Mustafa'ya kefil olduğu. 20 Ramazan 997" Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 77 (Ongan, s. 7).

"İstanos'lu Z. Serkis'in hapsedtirdiği Z. Hızır'a, diğer zimmîlerin kefil olduklarına ve bu zimmîyi tahliye ettirdiklerine dair hüccet. 13 Şevval 997" Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 146 (Ongan, s. 12).

⁸⁵³ İŞSA, Üsküdar Mahkemesi, No:1, v.7b-8b (Aktaran Akman, s. 58).

⁸⁵⁴ İŞSA, Üsküdar Mahkemesi, No:5, v.14a (Aktaran Akman, s. 58).

⁸⁵⁵ Mustafa Akdağ, **Türk Halkının Dirlik ve Düzenlik Kavgası, Celali İsyanları**, Barış Kitap Basım Yayın, İstanbul, 1999, s. 277; Akman, s. 58.

⁸⁵⁶ Emecen, s. 77; Akman, s. 58.

⁸⁵⁷ "Ve dahi habs edecek yerlerde kefil bulunur iken habs etmiyeler, yazub Dergah-ı Muallaya arz edeler. Meğer ki suç ağır ola ve firar ihtimali olub kefil dahi bulunmaya, ol vakit habs edeler" (Kanunî Umumî Kanunnamesi, I, m. 187, Akgündüz, Kanunnameler, IV, s. 318). "Hapis yerine kefil bulunur iken hapis etmeyeler. Dergâhıma arz edeler. Meğer ki suç büyük ola. Ve dahi, firar ihtimali olup kefil bulunmayınca hapsedeler" (III. Murat Umumî Kanunnamesi, m. 12, Akgündüz, Kanunnameler, 8/I, s. 111).

⁸⁵⁸ Akman, ss. 58, 59; Fendoğlu, s. 211. Karahisar Sahih beyine ve kadısına; "Karahisar'da öldürülen yeniçerilerden dolayı hapsedilmiş olan Hüsrev Subaşı ve diğer iki kişinin güvenilir kefillere bağlandıktan sonra serbest bırakılması. Gurre-i Muharrem 973/ 29 Temmuz 1565", 5 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 2, s. 3.

Samakov kadısına; "Katil olduğu gerekçesiyle hapsedilmiş olan Menteş oğlu Ahmed'in, maktulün varisleri, kendisi ile husumetleri olmadığını beyan ettiklerinden, sağlam kefillerin kefaletiyle serbest bırakılması. 6 Receb 973/ 27 Ocak 1566", 5 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 893, s. 152.

Hırsızlık zanlısı Musa b. Abdullah'ın kefiller vasıtasıyla salıverildiğine dair; "Silahdar zümresinden Silahdar Ahmed Bey b. Abdullah sabıka Musa b. Abdullah'ın elindeki katır uğurluktur (çalıntıdır) ben

e. Sanığın Bizzat veya Vekili Aracılığıyla Savunma Hakkı

(1) Genel Olarak

Savunma hakkı, dokunulmaz ve devredilemez temel bir hak olarak adil yargılamanın vazgeçilmezidir. Savunmasız yargının adaleti gerçek değildir; adaleti adalet, yargılamayı yargılama yapan savunmadır. Osmanlı Devleti'nde savunma hakkına önem verilmiştir. Savunma hakkı, vekil yardımından yararlanma, susma, soru sorma, kendi aleyhinde olan işlemlere katılmama, tercümandan yararlanma, delililerin toplanmasını isteme ve duruşmada hazır bulunma gibi hakları da içermektedir⁸⁵⁹.

Hâkimin uyuşmazlık konusunda gerekli araştırmayı yapmadan, taraflara kendilerini ifade ve savunma imkânı vermeden, adil olana ulaşmadan vereceği karar hayırlı değildir. Adil bir yargılama için hâkimin iki tarafı da dinledikten sonra hüküm vermesi gerekir; sanığın savunması dinlenmeden sadece davacının iddiaları doğrultusunda verilecek bir karar zulme (gerçeğin örtülmesine) sebep olabilir⁸⁶⁰. Savunma hakkı bir yandan sadece sanığa yönelik bir hakmış gibi görünse de, aynı zamanda bu hak toplumu da yakından ilgilendirir; çünkü masumların mahkûm edilmesi ve suçluların cezadan kurtularak serbestçe toplum içinde yaşamaya devam etmesi adalete olan güveni sarsarak toplumsal yapıyı bozabilir. Bu yüzden savunma hakkı, iki yönlü bir haktır. Osmanlı yargılamasında hâkim, sanığın savunmasını almadan yalnızca davacının iddiasıyla hüküm vermezdi⁸⁶¹.

Sanık, sahip olduğu savunma hakkını bizzat kullanabileceği gibi vekil aracılığıyla da kullanabilirdi. İslam-Osmanlı Hukuku, taraflara vekil tayin etme imkânı tanımıştır. Bu vekiller, ne kadar Batı hukukundaki avukatların bütün

bulurum deyu Üsküdar'ı mukataya tutan amil (vali) Mehmed b. Süleyman'a habs ettirdikten sonra nice müddet yitip (uzun zaman geçip) sabit olmadıkda mezkur (anılan) müddei Ahmet Bey'in mahzarında Galata cami mahallesinde mutavattın (yerleşmiş) olan Ali Reis b. Mustafa ve Süleyman b. Abdullah mezbûr (adı geçen) Musa'nın nefsine kefil olduklarından sonra mestur (örtülü, tutuklu) amil (iş yapan, zanlı) salıverdikte deftere kaydolundu. Saferi'l-muzaffer 925". Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 601(95a-2), s. 339.

⁸⁵⁹ Aslan, s. 95; Tellenbach, ss. 934, 935; Özden, ss. 118, 119; Bilmen, VIII, s. 229.

⁸⁶⁰ Ömer Bin Abdülaziz'in hâkimlerden birine şöyle dediği aktarılmaktadır: "Bir davacı bir gözü çıkmış olarak sana gelse, lehine hükmetmek için acele etme. Belki de diğer taraf iki gözü çıkmış olarak sana gelecektir" (Akman, s. 53).

⁸⁶¹ Akman, s. 53; Atar, İslam, s. 147; Şen, s. 521; Kara, s. 162; Özden, s. 119; Tellenbach, ss. 934, 935.

özelliklerine sahip olmasalar da, avukatların yaptıkları işleri yapıyorlar ve mahkeme önünde tarafları savunuyorlardı⁸⁶².

(2) Sanığın Bizzat Savunma Hakkı

Savunma hakkı, kişinin sırf suçlanmasından dolayı sahip olduğu bir haktır. Osmanlı Hukuku'nda bu hak sayesinde sanık, masumiyetini kanıtlamak için, aleyhteki delillerin yetersiz veya geçersiz olduğunu ileri sürerek ya da delil getirerek, suçlamayı reddedebilirdi. Ayrıca sorguda sanığın kendisini savunma hakkı olduğu gibi, susma hakkı da vardı. Savunma hakkının sağlanması için mahkeme, her iki tarafı da belirlenen usûllerle duruşmaya davet ederdi; hatta duruşmaya mazeretsiz olarak gelmeyen sanık zorla getirtilirdi⁸⁶³.

Berâet-i zimmet ilkesi gereği, sanığın susma hakkı vardı. Susma hakkının iki yönü bulunur; ilk yönü, kişinin yetkili makamlar önünde kendini suçlayıcı açıklamalarda bulunmaya ve delil vermeye zorlanamaması; ikinci yönü ise, susmanın aleyhe delil olarak değerlendirilememesidir. Osmanlı Hukuku'nda sanığın susması, kendisi aleyhine bir sonuç doğurmaz; aleyhine delil olarak değerlendirilemezdi. Zor altında yapılan ikrarın geçersizliği de bu hakkı destekleyici niteliktedir⁸⁶⁴.

Savunma hakkının birçok hâli vardır. Osmanlı'da öncelikle sanık, kendisine isnat edilen suçlama ve delilleri, bu delillerin toplanması ve kabul edilmesi işlemleri hakkında bilgilendirilirdi; başka bir deyişle, ona hakları bildirilirdi. Sanığın, yokluğunda yapılan işlemlerden haberdar etmeden, yargılanmaya hazırlanmasına izin verilmezdi. Sanığa kendini ele veren türden olmayan ya da masumiyetini kanıtlayan delil verme imkânı sağlanmaktaydı. Sanık savunma hakkı kapsamında dilekçe

⁸⁶² Durhan, Avukatlık, s. 26; Atar, İslam, ss. 102-106.

⁸⁶³ Atar, İslam, s. 199; Atalay, ss. 254, 255.

Zorla getirme (ihzaren celb), mahkemeye kendi rızasıyla gelmeyen kimseyi tutup zorla kadının huzuruna getirmek demektir. Zorla getirme ancak kadı kararıyla olabilir. Kişi, tebliğ edilen mahkeme davetiyesine rağmen mazeretsiz olarak kendiliğinden mahkemeye gelmezse, bu husus daha önce davetiye müzekkeresine yazılmış olması ve hakkında ihzar müzekkeresi düzenlenmiş olması şartıyla zorla getirilir. Davet edilmesine rağmen mahkemede hazır bulunmayan kişi, itibarlı bir kimse olsa bile zorla kadı huzuruna çıkarılır. Zorla getirilen kişi üzerinde gereğinden fazla cebir ve kötü muamelede bulunmak caiz değildir. Muhzırlar, muhtesipler ve çavuşlar zorla getirme yetkisine sahiptir (Avcı, Hapis, ss. 112-115).

⁸⁶⁴ Aslan, s. 99; Üdeh, II, s. 362; Avcı, İşkence, s. 50; Avcı, Hapis, s. 7; Centel/Zafer, s. 158.

verebilir; itiraz edebilir; vekil, teknik müşavir veya şahit tayin edebilirdi. Sanık, yargılama süresince tüm oturumlara katılma hakkına sahipti⁸⁶⁵.

Osmanlı Hukuku'nda kabul edilen "yargılamasız kimseye ceza verilemez" ilkesi, sanığın en temel hakkı olan savunma hakkından mahrum kalmaması açısından önemli bir güvence oluşturmuştur.

(3) Vekil Aracılığıyla Savunma Hakkı ve Osmanlı'da Vekillik Uygulaması

(i) Genel Olarak

Kural olarak sanığın savunmasını bizzat yapması gerekirken, kendisine yardımcı olması için başkalarını tayin etmesi de mümkündü. Vekil, müvekkilini var olan bütün imkânlarla savunur, ama bu durum sanığın delil getirerek kendini savunmasını engellemezdi. Savunmayı yapan sanıktı; vekil ise, onun sadece temsilcisiydi. Vekiller, müvekkili temsil etmek için yargılamaya katılarak, delil sunabilirlerdi⁸⁶⁶.

Taraflar hâkim huzurunda hazır edilmeden davaya başlanmazdı. Sanığın dava, şehadet ve hüküm zamanında asâleten veya niyâbeten duruşmada hazır bulunması gerekirdi. Sanığın mahkemede hazır bulunmaması halinde, kendisine *vekil-i musahhar* adıyla bir vekil tayin edilerek dava bunun huzurunda devam ederdi⁸⁶⁷. Örgütlenmiş bir avukatlık kurumu bulunmamasına rağmen, İslam ve Osmanlı hukuk kültüründe vekillik müessesesinin yerleşmiş olduğu söylenebilir.

(ii) İslam Hukuku'nda Vekillik

Avukatların görevlerini yapan ve kendilerine vekil denilen kişilerin varlığı, İslâm'ın ilk dönemlerine kadar uzanmaktadır. Serahsî, Hz. Peygamber devrinden beri vekillerin müvekkillerinin davalarını takip ettiklerini ifade etmiştir⁸⁶⁸. İbn Ferhun da,

⁸⁶⁵ Akyılmaz, s. 172; Atalay, ss. 255, 256; Atar, İslam, ss. 147, 200.

⁸⁶⁶ Atalay, ss. 254, 255; Cin/Akgündüz, I, s. 394.

⁸⁶⁷ Bilmen, VIII, ss. 229, 230; Aslan, s. 77; Yavuz, Dava, s. 13.

⁸⁶⁸ Kaynaklarda, bizzat Hz. Peygamber dönemine ait bazı örnekler bulunmaktadır: Hayber'e gelen iki arkadaşın birinin hurma ağaçları konusunda fikir ayrılığına düşerek diğerini öldürmesi üzerine

hicri ikinci yüzyılda Basra'da mahkeme kapısında bekleyen vekillerden söz etmiştir⁸⁶⁹.

Dördüncü halife Hz. Ali'nin, davacı olarak mahkemeye müracaat edeceği zaman, Ukeyl adındaki kişiyi kendisine vekil olarak seçtiği ve daha sonra Cafer oğlu Abdullah'ı tevkil ettiği bilinmektedir. Mahkemelerde tarafları temsil etme anlamındaki vekâlet, Emevî ve Abbasî dönemlerinde daha da önem kazanmış; bu dönemlerin yargı sistemini ele alan eserlerde vekiller ayrıca yer almıştır. Davada vekil tayin etme uygulaması, daha sonraki dönemlerde de devam etmiş; vekillik bir meslek haline gelmiştir. 10-12'inci yüzyıllarda vekiller, baroya benzer şekilde kendi aralarında örgütlenmişlerdir⁸⁷⁰.

İslam hukukçuları, her türlü dava için vekil tayin edilebileceği görüşündedir. Hukuk davalarında vekili olan şahsın duruşmada hazır bulunması şart değildir; ancak had ve kısas gibi ceza davalarında müvekkilin vekiliyle birlikte duruşma salonunda hazır bulunması gerekmektedir. Had ve kısas davaları, ağır ceza davaları kapsamında olduğundan şüphe ve afla ceza düşerdi. Ayrıca müvekkil af yetkisine sahip olmakla birlikte, eğer kendisi mahkemede hazır bulunursa bu yetkisini kullanabilirdi⁸⁷¹.

Vekillik, zaman içinde kazançlı ve önemli bir meslek haline gelmiştir. Vekillik, başlangıçta tarafların haklarını iyi bir şekilde savunmak, yargılamaya olumlu katkıda bulunmak ve gerçeğin ortaya çıkmasını sağlamak gibi amaçlar için doğmuş olmasına rağmen, 13'üncü yüzyıldan itibaren bu mesleğin yozlaşma sürecine girdiği görülmektedir⁸⁷². İslam Hukuku kaynaklarının bazılarında vekillerin yanlış davranışlarına yönelik eleştiriler vardır. Genellikle dava vekillerine iyi gözle

varisleri adına diğer yakınları Hz. Peygamber'e gelerek davacı olmuşlar, Peygamberimiz de vekilleri sıfatıyla onları dinlemiştir (Gayretli, Avukatlık, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, E.T. 06.04.2016).

⁸⁶⁹ Ali Haydar Özkent, *Avukatın Kitabı*, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1940, s. 46; Atar, ss. 166, 167; Atar, İslam, s. 103; Akman, s. 54.

⁸⁷⁰ Atar, İslam, s. 103; Özkent, s. 46; Durhan, s. 102; Gayretli, Avukatlık, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, (E.T. 06.04.2016).

⁸⁷¹ Aslan, s. 81; Gayretli, Avukatlık, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, (E.T. 06.04.2016); Atar, İslam, ss. 104, 105. Zina iftirası, hırsızlık gibi takibi şikâyeteye bağlı had suçlarında müvekkil hazır bulunsun veya bulunmasın ispata ilişkin tevkil (vekil tayin etme) Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre geçerlidir. Ancak kadı, müvekkilin yokluğunda had cezasına hükmedemez. Hadler şüpheyle düşeceğinden müvekkil yargılama sırasında huzurda bulunsaydı belki sanığı lehine bir beyanda bulunurdu endişesiyle böyle bir içtihat edilmiştir. Yine aynı endişeyle, takibi şikâyeteye bağlı olmayan had suçlarında tevkil kabul edilmemiştir. Kısas suçlarında da suçun ispatına ilişkin vekâlet geçerlidir; ancak müvekkilin yokluğunda vekil kısas talebinde bulunamaz (Bilmen, VI, s. 318; Akman, s. 55).

⁸⁷² Atar, İslam, s. 106; Durhan, Avukatlık, s. 26.

bakılmazdı. Kadı beratlarında da kadıların, vekillerin mahkemeyi yanıltıcı davranışlarına karşı uyarıcı ve nasıl davranacaklarını belirten ifadeleri yer almaktadır⁸⁷³.

Vekilin görevi, müvekkili hakkında en iyi sonucu elde etmek için delilleri saklamak ya da karartmak değil, hakikate ulaşılabilmesi için kadıya tüm bilgileri vermektir. Bu yüzden kadı, bir vekili dürüst olmadığı gerekçesiyle mahkemeden atabilirdi. Ebû Hanife'ye göre, karşı tarafın izni olmaksızın vekil kullanmak, savunmayı etkileyeceğinden caiz değildi⁸⁷⁴. Ayrıca davanın tarafının bizzat kadının önüne çıkması kuralı da vardı. Hukukçuların çoğunluğu, kişinin vekil tayin edebilmesi için karşı tarafın rızasının gerekmediği görüşündedir. Ebû Hanife ise, vekil tayini için, hastalık, yolculuk, kadın olmak gibi durumlar dışında diğer tarafın rızasının aranması gerektiğini ileri sürmüştür⁸⁷⁵.

İslam Hukuku'nda vekâlet kurumu kabul edilmekle birlikte, sırf para kazanmak amacıyla her türlü davanın vekil tarafından üstlenilip yürütülmesi de uygun görülmemiştir. Haklıyı haksız, haksızı da haklı hale getirebileceğinden, vekilin suçlu olduğunu bildiği sanığın suçunu saklayacak şekilde savunması haramdır. Vekil, savunduğu tarafın haksızlığını biliyorsa, ona yapacağı yardım usûle yönelik olmalıdır. Başka bir deyişle, yapacağı yardım daha çok yargılama esnasında müvekkilinin haklarını korumak ve manevî kişiliğini çiğnetmemek olmalıdır. Vekilin görevi, hakkın ortaya çıkmasını sağlamak olduğu kadar, suçlu da olsa müvekkilinin bazı haklarını korumaktır. Savunma hakkı, sınırsız bir hak değildir; savunma hakkının olması kimseye suç işleme hakkı vermez⁸⁷⁶. Vekâletin meşrû kabul edilmesinin sebebi, kişilerin bu kuruma duydukları ihtiyacı gidermek ve gerçeğin

⁸⁷³ Gayretli, Avukatlık, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, (E.T. 06.04.2016).

⁸⁷⁴ Jennings, Studies, ss. 277, 278; Atalay, s. 255; Mehmed Şerif, s. 61.

⁸⁷⁵ İlhan, ss. 462, 463; Gayretli, Avukatlık, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, (E.T. 06.04.2016); Akgündüz, Mukayeseli, s. 650; Atar, İslam, ss. 105, 106.

⁸⁷⁶ Savunma adına gerçeğin çarpıtılmasını İslam dini şiddetle kınamıştır. Bu konuda Kur'an'da şöyle buyrulmuştur: "...Kendilerine hıyanet edenleri savunma; çünkü Allah hainliği meslek edinmiş günahkârları sevmez. İnsanlardan gizler de Allah'tan gizlemezler. Hâlbuki geceleyin, O'nun razı olmadığı sözü düzüp kurarken O, onlarla beraber idi. Allah yaptıklarını kuşatıcıdır (O'nun ilminden hiçbir şeyi gizleyemezler). Haydi, siz dünya hayatında onlara taraf çıkıp savundunuz, ya kıyamet günü Allah'a karşı onları kim savunacak yahut onlara kim vekil olacak? ...Kim kasıtlı veya kasıtsız bir günah kazanır da sonra onu bir suçsuzun üzerine atarsa, muhakkak ki, büyük bir iftira ve apaçık bir günah yüklenmiş olur" (Nisa, 4/105, 112).

"Bir davada hakkın ortaya çıkmasına engel olacak şekilde yardımcı olan kimse, bundan vazgeçinceye kadar Allah'ın gazabı altındadır" hadisi de haksız kimseleri savunmanın caiz olmadığını anlatmaktadır (Gayretli, Avukatlık, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, E.T. 06.04.2016).

ortaya çıkmasına yardımcı olmaktır. Haklı olmadığı hâlde kişiyi haklı çıkaran veya kişiye hakkından fazlasını kazandıran bir vekâlet uygulaması meşrû kabul edilemeyeceği gibi, böyle bir dava için vekil tutmak da uygun değildir⁸⁷⁷.

Vekilin görevi gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmak olduğu için, Hanefilerin çoğunluğu kısas ve hadlerin dışında vekilin müvekkili aleyhine yapacağı ikrarları geçerli saymaktadırlar. Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre, bu ikrarın duruşma sırasında olması gerekir; Ebû Yusuf ise, bu şartı aramamaktadır. Ancak müvekkil, vekilini aleyhine ikrardan men etmişse vekilin böyle bir yetkisi olmaz⁸⁷⁸.

(iii) Osmanlı Hukuku'nda Vekillik

Osmanlı Devleti'nde arzuhalci denilen kişiler, yazdıkları dilekçeleri ile davanın taraflarına hukukî yardımda bulunurlardı. Okuma-yazma bilen kişilerin az olduğu bir dönemde, arzuhalcilerin yaptıkları işin önemi yadsınamaz; bu sebeple devlet, arzuhalciliği disipline etme yoluna gitmiş ve gerekli koşulları taşıyan kişilere bu işi yapma iznini vermiştir. Osmanlı Devleti'nde arzuhalcilik belli kurallara bağlanmıştı; her önüne gelen kişi, arzuhalcilik yapamazdı. Arzuhalcilik izni alabilmek için, o zamana göre çile çekmek (ocaktan yetişmek) gerekirdi. Arzuhalcileri, çavuşlar ocağı zabitlerinden çavuş emini ve ocak kâtibi seçer ve ancak ondan sonra arzuhalcilik dükkânı açılabilirdi. Dilekçelerin hukuk kurallarına uygun olması gerekirdi. Arzuhalcilerin bilgili, kâtip kimselerden ve hukuku bilen, doğru ve tecrübe edilmiş kişilerden olması şarttı; arzuhalcilik izne ve devlet denetimine bağlı olarak yapılırdı. Genellikle Divan-ı Hümayûn ve Babîâli kalemlerinden emekli olan eski kâtipler arzuhalcilik yapmışlardı⁸⁷⁹. Bazı yazarlar, ünlü Osmanlı seyyahı Evliya Çelebi'nin Seyahatnâme adlı eserinde yazdığı arzuhalcilik mesleğini, avukatlık mesleğinin çekirdeği ve arzuhalcileri de mesleğin ilk temsilcileri olarak nitelendirmektedirler⁸⁸⁰.

⁸⁷⁷ Fahrettin Atar, "Avukat", *DİA*, Cilt:4, s. 167; Aslan, ss. 81-85.

⁸⁷⁸ Gayretli, Avukatlık, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, (E.T. 06.04.2016); Akgündüz, Mukayeseli, s. 650.

⁸⁷⁹ Seda Örsen Esirgen, "Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:63, Sayı:4, 2014, s. 740; Özkent, ss. 46-49; Durhan, s. 102; Özkorkut, Savcılık, s. 150; Gayretli, Avukatlık, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, (E.T. 06.04.2016).

⁸⁸⁰ Evliya Çelebi'ye göre, "*esnâf-ı yazıcıyan (yazıcılar esnafı) 400 dükkân, 500 nefer olup, bu tayfa Ordu ve pazarda, Sadrazam Kapısı'nda arzuhal ve mekâtib (mektuplar) yazarlardı*". Eski Yunanda da

İslâm Hukuku'ndaki dava vekilliği, Osmanlı Devleti'nde de bulunmaktaydı. Osmanlı Devleti'nde dava vekiline, "ayak kavafı" ve "tezvir" denilmekteydi; ancak bunlar üzerinde devletin bir denetimi bulunmamaktaydı. Osmanlı Devleti'nde vekiller, günümüzdeki avukatların görevlerinin çoğunu yerine getirirlerdi. Vekillerin özel büroları bulunmamakta, müvekkilleriyle mahkeme önlerinde görüşüp anlaşmaktaydılar. Ayrıca vekillerin hukukçu olması veya bir belgeye sahip olmaları aranmazdı; sadece güzel konuşabilmeleri yeterliydi⁸⁸¹. Ancak uygulamada kişiler, vekillerinin hukuk bilgisi olanlardan seçilmesine özen gösterirlerdi⁸⁸². Kişilerle vekilleri arasındaki vekâlet ilişkisi, mahkemelerden alınan vekâlet hüccetleri ile ispat edilirdi. Mahkemeye yalnız vekil gelmişse, vekâletini iki şahitle ispatlaması gerekirdi. Kişi, mahkemede kendisini temsil edecek birden fazla vekil tayin edebilirdi; vekil tayin etme yetkisi, dava başlamadan önce de sonra da kullanılabilirdi. Kişi, davanın başında kendisi bulunurken, belli aşamadan sonra yerine vekil bırakabilirdi⁸⁸³.

Osmanlı Devleti'nde dava vekilliğini meslek edinen kimseler vardı. Ceza davalarında davacı veya sanık vekili olarak vekillerin kullanıldığı bilinmektedir. Özellikle kadınların taraf olduğu davalarda bir yakını onun vekili sıfatıyla mahkemede davayı takip ederdi. Merkez de, bazı ceza davalarında sanıkların vekillerinin getirtilmelerini istemiştir⁸⁸⁴. Şer'iyye sicilleri incelendiğinde ceza davalarının önemli bir kısmında vekillerin kullanıldığı görülmektedir⁸⁸⁵.

yazıcıların (logografların), avukatlığın ilk temsilcileri olduğu bilinmektedir; yüzlerce yıl sonra bizde de aynı gelişmenin görülmesi, sosyal hayat bakımından dikkate değer bir olgudur (Gayretli, Avukatlık, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, E.T. 06.04.2016; Özkent, s. 47).

⁸⁸¹ Osmanlı Devleti'nde, muhızr denilen görevlilere de davaların kişiler adına takibi için vekâlet verildiği olmuştur. Bunlardan başka, alışveriş dolayısıyla kadınlarla tanışıklığı olan mahalle bakkallarının da dava takibi için tercih edilen bir grup olduğu; hatta zamanla vekâlet işinin, mahalle bakkallarına kendi işlerinden daha kârlı gelmeye başladığı ve bu nedenle bir çoğunun bu işi alışverişe tercih ettikleri bilinmektedir (Özkorkut, Savcılık, s. 150).

⁸⁸² Demir, ss. 103, 104; Akman, ss. 54, 55; Durhan, s. 102; Gayretli, Avukatlık, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, (E.T. 06.04.2016); Atar, İslam, s. 104; Özkent, ss. 49, 50.

⁸⁸³ Mecelle'nin yürürlüğe girmesiyle yazılı belgeyle vekâlet ispatı mümkün olmuştur (Bakınız Mecelle m. 1736-1739); Durhan, Avukatlık, s. 26.

⁸⁸⁴ Brail kadısına; "Boğdan Voyvodası Aleksandra'nın, Ahi isimli zimmîyi dört hizmetçisiyle birlikte katledip mallarını aldığına dair maktulün varisleri tarafından şikâyet ve hak talebinde bulunulduğundan, adı geçen voyvodanın vekili de getirtilerek davanın görülmesi ve sonucun bildirilmesi. 5 Muharrem 973/ 2 Ağustos 1565", 5 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 25, s. 6.

⁸⁸⁵ Jennings, ss. 159-163; Demir, s. 103; Akman, s. 54; Özkent, ss. 47-51; Durhan, s. 102; Cin/Akgündüz, I, s. 394; Canbakal, s. 182.

"Davada Cafer oğlu Ahmed'in Muharrem kızı Esban'a vekil olduğu" Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 182 (Ongan, s. 15). "Kayabalı oğlu Mehmed'in H. Yakub kızı Ruh'a vekil olduğuna dair hüccet" Ankara 2 Numaralı Şeriye Sicili, No: 569 (Ongan, s. 43).

Genel olarak vekiller yaptıkları hizmet karşılığında bedel alırlardı. Ücretin miktarını önceden belirlemişlerse, vekil onu alırdı. Eğer ücret karşılığı vekâlet verilmiş ancak miktar belirlenmemişse, vekil rayiç ücreti talep ederdi⁸⁸⁶.

Osmanlı Hukuku'nda, vekil tayini için karşı tarafın rızası aranmamıştır; çünkü kişinin yerine vekil tayin etmesi tamamen ona ait olan bir haktır⁸⁸⁷. Vekâlet, mahkemede şahitlerle veya şartlarını içeren yazılı bir belgeyle ispat edilirdi. Davanın görüldüğü mahkeme ya da başka bir mahkeme tarafından vekâlet tescil edilir; tescil karşılığında verilen belge, fetvâhânedede onaylandıktan sonra davanın görüldüğü mahkemeye arz edilirdi. Osmanlı Devleti'nde vekil-müvekkil ilişkisinin tespit ve tescili amacıyla vekâlet kayıtları ayrı bir sicil halinde tutulmuş ve bunlara *tescil-i vekâlet ceridesi* ismi verilmiştir. Ayrıca bu siciller, *husus ceridesi* ismiyle de kaydedilmiştir⁸⁸⁸.

Osmanlı Hukuku'ndaki vekillik, Avrupa Hukuku'nun tanıdığı anlamdaki avukatlıktan farklı bir statüdür. Osmanlı'daki vekillik, borçlar hukuku anlamında bir vekâlet akdine dayanmaktaydı. Yani almaya, satmaya, nikâha vekâlet ne ise davaya vekâlet de öyleydi. Dava vekilinin, haklara ve borçlara sahip bir meslek olduğu anlayışı, İslâm-Osmanlı Hukuku'na yabancıydı. Vekil, avukatın yaptığı gibi kamu hizmeti gören, adaletin dağıtımına yardımcı olan ve bu yönüyle kadının yardımcısı konumunda bulunan bir kişi değildi. Dava vekilleri, genellikle akraba ya da arkadaş gibi kişilerdi. Genellikle vekillik yapanlar, parayla tutulan, işinde uzmanlaşmış profesyonel kişiler olmamışlardır. Bunun temel sebebi ise, Osmanlı Hukuku'nun yapısı ve şer'îyye mahkemelerinin karara varma usûlüdür⁸⁸⁹.

Osmanlı'da davalar basit yargılama usûlüyle görüldüğü için, hızlı sonuçlanmakta ve haklının hakkına bir an önce kavuşması için gereksiz formalitelerden uzak durulmaktaydı. Osmanlı kadısının elinde, sistematize ve kodifiye edilmiş bir mevzuat yoktu. Bu yüzden mahkemelerde karara varma usûlü, şeklî olmaktan çok takdirî bir usûldü. Kadının uymak zorunda olduğu sistemleşmiş

⁸⁸⁶ Mecelle'de 1517 ve 1518'inci maddelerinde bu konuyu düzenlemiştir (İlhan, ss. 462, 463); Özkent, s. 468; Atar, Avukat, s. 167; Gayretli, Avukatlık, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, (E.T. 06.04.2016).

⁸⁸⁷ İlhan, ss. 462, 463; Gayretli, Avukatlık, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, (06.04.2016); Atar, İslam, ss. 105, 106; Özkent, s. 58.

⁸⁸⁸ Bilgin, s. 121; Özkent, s. 55; Akman, s. 55.

⁸⁸⁹ Özkent, s. 46; Durhan, s. 103; Durhan, Avukatlık, ss. 28, 29; Gayretli, Avukatlık, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, (E.T. 06.04.2016)

bir usûl ve maddî mevzuatın bulunmayışı, kadıları, kendi vicdanlarına göre hareket etmeye yöneltmiştir. Böyle bir hukuk ve yargı düzeni içerisinde bir avukatın, kadının düşünme tarzını ve muhtemel kararını bilmesi mümkün olmadığından, profesyonel avukatlık kurumunun varlığına Klâsik Dönem’de ihtiyaç duyulmamıştır. Ayrıca vekillerin mahkemelerde başvurduğu hile ve aldatıcı davranışlar sebebiyle bu kuruma olumsuz yaklaşılmıştır. Vekillerin davalarda, hak ve adaletin ortaya çıkmasında olumlu katkılarından çok olumsuz etkilerinin görülmesi, bu kuruma olan güveni sarsmış ve vekiller hakkında olumsuz bir bakış açısının oluşmasına sebep olmuş, böylece mesleğin kurumsallaşmasını engellemiştir⁸⁹⁰.

Vekillik mesleğinin kurumsallaşamamasının diğer bir nedeni ise, iftâ kurumudur. Bu kurum, bugünkü anlamda bir avukatlık mesleğine duyulan ihtiyacı bir ölçüde karşılamaktaydı. Hukukî sorulara cevap vermek üzere oluşturulan iftâ müessesesi, Osmanlı Devleti’nde oldukça gelişmişti. Bu kurumda görev yapmak üzere atanan müftüler, hem birer din görevlisi hem de birer hukuk uzmanı konumundaydı. İftâ kurumunda görev yapan müftüler, İslam Hukuku’nun yapısı gereği hukuk bilgisine de sahip oldukları için, bu kuruma sadece dinî taleplerle değil, hukukî taleplerle de başvurmak mümkündü. Halk, aynı zamanda hukukçu olan müftüye başvurarak alacağı fetvâlarla, mahkemelerdeki iddiasını veya savunmasını kuvvetlendirebilirdi. İftâ kurumu, avukatın sunmuş olduğu müşavirlik hizmetine benzer bir görev yaptığı için, bu yönüyle avukatlık ihtiyacını karşılamıştır⁸⁹¹.

Yukarıda anlatılan bütün bu sebepler, bugünkü anlamda bir avukatlık kurumunun oluşmasını engellemiştir. Bugünkü anlamda avukatlık kurumu Osmanlı Hukuku’na ancak 1875 yılında girmiştir.

f. Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı

Adil yargılama ilkesinin ve iddia ile savunma arasında -günümüz tabiriyle- “silahların eşitliği” ilkesinin gereği⁸⁹², sanığın duruşmalara katılabilesidir; sanığın yokluğunda duruşma yapılması bu ilkelere aykırıdır.

⁸⁹⁰ Özkent, ss. 51, 52; Durhan, s. 103; Durhan, Avukatlık, ss. 28, 29; Gayretli, Avukatlık, <http://www.e-akademi.org/makaleler/mgayretli-1.pdf>, (E.T. 06.04.2016).

⁸⁹¹ Aydın, s. 95; Durhan, Avukatlık, ss. 26, 45; Ekinci, s. 376.

⁸⁹² Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının (iddiada bulunan ve sanığın) usûlî haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma

Yargılama sırasında tarafların, vekillerin veya vasîlerin hazır olması dava şartıdır. Osmanlı Hukuku'nda sanığa, duruşmada hazır bulunma hakkı tanınmıştır; sanık, kendi davasını izlemek için duruşma salonuna gelir veya getirilirdi. Savunma hakkının kısıtlanmaması için infâz makamları sanığı duruşma salonunda hazır ederdi. Sanığın mahkemeye geldiği ve duruşmada hazır olduğu sicil kayıtlarında yer alan “mahzarında” veya “meclis-i şer'e gelip ...'yı ihzar edip” ifadelerinden anlaşılmaktadır⁸⁹³.

g. Gıyapta Yargılama Yasağı

Şer-i hukukta kural olarak gıyapta yargılama bulunmamaktadır. Gıyapta yargılama yapılamaması savunma hakkının da bir gereğidir. Sicil kayıtları incelendiğinde sanığın yokluğunda yargılama yapılmadığı anlaşılmaktadır. Ancak gıyapta yargılama yasağı, suç delillerinin mahkemeye davalının yokluğunda sunulmasını engellemektedir. Ebussuûd Efendi'nin bir fetvâsına göre; suç şayet Allah haklarını ihlâl eden suçlardan ise, ehl-i örf delilleri sanığın yokluğunda kadiya arz edebilir⁸⁹⁴.

Hanefilere ait fıkıh kitaplarında, “gâip aleyhine hüküm verilmesi” konularında ceza davalarıyla ilgili açık bir hüküm yoktur. Bu yüzden gıyabî yargılama konusunda hukuk davalarıyla ceza davaları arasında bir ayırım yapılmadığı düşünülmektedir. Hukuk davaları için gıyapta yargılama yasaksa, ceza davaları için de yasak olması beklenir.

düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması, kısaca iddia ve müdafaa olanağı bakımından denge yaratılması demektir. Burada bir eşitlik değil, denge aranmaktadır. Dengenin savunma hakkı aleyhine bozulmaması, savunmanın yapılamaz hale getirilmemesi veya savunma hakkının kısıtlanmamış olması gerekmektedir. Duruşmasız yargılamalarda veya sanığın duruşmaya katılmadığı hallerde bu denge bozulmaktadır (Ünver/Hakeri, s. 18; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 52; Dinç, s. 136; Erdoğan, s. 142).

⁸⁹³ “Karye-i Viran'dan Mesud b. Bayezid meclis-i şer'a gelip bilesine (birlikte) Abdi Seydi'yi ihzar edip (hazır etme, bir adamla getirme) takrir-i dava (dava açma) kılıp...” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 49(8b-3), s. 120.

“Kasım b. Mehmed meclis-i şer'a gelip bilesine Turhan b. Ali Köseyi ihzar edip takrir-i dava kılıp bana küfretti dedi deyu dava etti...” Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 88(17b-1), s. 136.

“Karlı nam kimesne Himmet bin Musa nam demirci mahzarında bundan akdem (önce) işbu demirciye burunlamak üzere bir demir getirmiş idim, harab etmiş deyu dava etti...” Ankara 2 Numaralı Şer'îye Sicili, No: 1698 (Ongan, s. 130).

⁸⁹⁴ Ahmet Akgündüz, “İslam ve Osmanlı Hukukunda Gıyapta Yargılama Müessesesi”, *Belleten*, Cilt:50, Sayı:196, Nisan 1986, (Gıyap), ss. 170, 171; Akman, ss. 32, 33; Akman, İlkeler, s. 475; Cin/Akgündüz, I, ss. 411, 412.

Kadı, duruşmada hazır olmayan taraf aleyhinde hüküm veremezdi. Eğer taraflar olmazsa, sanığın davacının iddiasını kabul edip etmeyeceği bilinemez. Fakat istisnaî hallerde adaletin gecikmemesi için gıyapta yargılama yapılabilirdi. Gıyapta yargılama, kendisine usûlüne uygun davetiye gönderildiği halde, kasıtlı olarak mahkemeye gelmekten kaçınan veya gâip olan sanığın gıyabında yapılan yargılamalarda söz konusu olmaktadır. Ancak bu durumda sanığın adına bir vekil tayin edilmesi gerekmektedir⁸⁹⁵.

Hanefiler, gâip olan kimse aleyhine mahkemede karar verilememesi konusunda görüş birliğindedir. Gâip olan kişinin mahkemede bulunmamasıyla o yerleşim yerinde olmaması aynıdır. Sanık mahkemede bulunmayınca hakkındaki iddialara nasıl cevap vereceği bilinemez. İmam Mâlik, İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'e göre ise, ileri sürülen iddiaların uygun delillerle ispatlanması şartıyla gâip kişi aleyhine karar verilebilir. Görülüyor ki, diğer üç mezhep gıyapta yargılamayı normal bir usûl olarak kabul etmişken, Hanefî hukukçular savunma hakkının kısıtlanmaması için gıyapta yargılamayı, istisnaî bir yol olarak belli şartlarla kabul etmişlerdir. Bu şartlar gerçekleşmedikçe gâip kişi aleyhine yargılama yapılamaz⁸⁹⁶.

Gıyapta yargılama için belli bir usulün izlenmesi gerekmektedir. Öncelikle davacı, duruşmaya gelip gıyapta yargılama talep etmelidir; bunun üzerine davalı usûlüne uygun olarak duruşmaya davet edilir. Kadı tarafından mahkemeye çağrılan sanık, hastalık gibi haklı bir sebebi olmadan mahkemeye gelmez, bir vekil de göndermezse zorla mahkemeye getirilir. Davalı zorla bile mahkemeye getirilemez ve vekili ya da kanunî temsilcilerinden biri de duruşmaya gelmezse, gıyapta yargılama yapılabilmesi için mahkeme tarafından davalı adına bir vekil tayin edilir. Bu vekil, müvekkili adına savunma yapmaz; sadece iddiaları inkâr etmekle görevlidir. Bu şekilde yapılan yargılama sonucunda gıyapta hüküm verilir ve davalıya tebliğ edilir. Gâip aleyhine karar verilebilmesi için davacının iddiasını kesin bilgi içeren delillerle, şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispatlaması gerekmektedir. Davalı karara itiraz etmez veya etse de itirazı reddedilirse gıyabî hüküm uygulanır. Osmanlı

⁸⁹⁵ Bilmen, VIII, ss. 83, 84; Demir, ss. 211, 212; Ortaylı, Mahkeme, s. 250; Cin/Akgündüz, I, s. 411; Mahmud Esad Efendi, Tarih-i İlm-i Hukuk, ss. 245, 246; Miyâr-ı Adalet, m. 95, s. 32; Akgündüz, Gıyap, ss. 171, 180.

⁸⁹⁶ Bilmen, VIII, ss. 231, 232; Demir, s. 212; Akgündüz, Gıyap, ss. 171-174.

Devleti'nde de bu Hanefî uygulaması esas kabul edilmiştir⁸⁹⁷. Ancak uygulamada tazir cezalarını gerektiren davalarda bu usûle aynen uyulmadığı görülmektedir⁸⁹⁸.

ğ. Tercümandan Yararlanma Hakkı

Kadının görev bölgesinde farklı dili konuşan kişilerin bulunması her zaman mümkün olduğundan, kadı; sanık, mağdur ya da şahitlerin dillerini anlamadığında onların ifadelerini bir tercüman vasıtasıyla almalıdır. İslam Hukuku'nun uygulandığı ilk dönemlerden beri tercümanlar yardımcı mahkeme görevlileri içerisinde yer almıştır. Hz. Peygamber Zeyd b. Sâbit'e İbranice öğrenmesini emrederek onu mahkemede tercüman tayin etmiştir⁸⁹⁹.

Savunma hakkının bir unsuru olan tercümandan yararlanma hakkı, Osmanlı Devleti'nde vardı. Eğer sanık yargılama dilini bilmiyorsa, mahkeme güvenilir bir tercüman görevlendirirdi⁹⁰⁰. Sanığın savunma hakkının kısıtlanmaması bakımından, yargılamada tercüman görevlendirilmesi adil yargılamanın önemli bir gereğidir.

Osmanlı toplumu çok sayıda dilin herhangi bir sınırlama olmaksızın kullanıldığı bir milletler mozaği olduğundan kadının görev bölgesinde farklı dilleri konuşan kişiler bulunabilmekte ve kadı genellikle onların dilini anlamamaktaydı. Bu durumda kadı, tarafların ve şahitlerin beyanlarını anlayabilmek için tercüman kullanmak zorundaydı⁹⁰¹. Tercüman olarak atanacak kişinin adil, güvenilir ve emin olması gerekirdi. Eğer hüküm tercüme edilen söze dayanacaksa, bu tercüme iki adil kişinin şahitliğiyle onaylanırdı⁹⁰².

⁸⁹⁷ Akgündüz, Gıyap, ss. 180-192; Bilmen, VIII, ss. 231, 232. Osmanlı'da gıyabî yargılama konusunda Hanefî görüşünün kabul edildiği şu fetvâdan da anlaşılmaktadır: "*Zeyd'in Amr ile bir hususta davası olmakla, Zeyd kadıya varıp Amr ya vekili hazır değilken ol hususu dava ve iddiasına bazı kimseler şahitlik etmeleriyle kadı belirtilen hususta Zeyd'e hükmedip hüccet verse hükmü geçerli olur mu? El cevap: Olmaz.*" (Akgündüz, Gıyap, s. 193).

⁸⁹⁸ Bozulmuş sakatat satan Mahmud b. Abdullah'ın mahkemeye davet edildiği halde gelmediği ve tazir olunduğuna dair; "...Mahmud b. Abdullah'ın tezgâhında sattığı böbrek ve paçanın murdarlığı ve yanındaki suyun bile pisliği malum olup kadıya davet olunup muhalefet edip gelmediğinden dolayı tazir olunup deftere kaydedildi." Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil, H. 919-927/M. 1513-1521, No: 791(117b-2), s. 422.

⁸⁹⁹ Serahsi, Cilt:16, s. 89; Fahrettin Atar, *İslam Adliye Teşkilâtı*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1991, (Adliye), s. 149; Aslan, s. 136.

⁹⁰⁰ Bilmen, VIII, s. 84; Cin/Akgündüz, I, s. 407.

⁹⁰¹ Demir, s. 57; Atar, Adliye, s. 149; Karakoç, s. 185.

⁹⁰² Aslan, s. 136.

İhtiyaç olan her yerde, özellikle de zimmîlerin yaşadığı bölgelerde bulunan mahkemelerde tercümanlar çalıştırılmıştır. Kayıtlarda isimleri “*kadı tercemanı*” olarak geçen bu görevliler, diğer kadı yardımcıları gibi görevlendirilir, haklarında bir şikâyet olursa teftiş edilir ve görevlerinden alınabilirlerdi⁹⁰³.

Kıbrıs, Kudüs, Amasya, Kayseri ve Trabzon gibi zimmî nüfusun yoğun olduğu şehirlerdeki kadı mahkemelerinde tercümanlar istihdam edilmiştir. Bu tercümanların, kadının teklifi üzerine padişah tarafından verilen berat ile mahkemelerde görev yaptıkları anlaşılmaktadır⁹⁰⁴.

Osmanlı Devleti, uygulamada genellikle taraflara tercümandan yararlanma hakkını tanımış ve mahkemelerde tercüman bulundurmıştır. Başlangıçta kendi isteğiyle yaptığı bu uygulama, sonraki yıllarda kapitülasyonlarla bir zorunluluk halini almıştır. Osmanlı Devleti kendi tebaası ile yabancılar arasındaki davalarda yargı yetkisini korumakla birlikte, yargılama sırasında tercüman bulundurma zorunluluğu getirilmiştir. Örneğin 1535’de Fransa’ya verilen kapitülasyonda, Fransız tebaasından olan biriyle Osmanlı tebaasından olan bir kişi arasındaki davalarda, kadı, subaşı ve diğer memurların, Fransız konsolosluk tercümanlarından biri bulunmadan Fransız tebaasını sorgulayamayacağı ve yargılayamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca, bir yabancıнын tercüman bulunmaksızın tutuklanamayacağı da bu kapitülasyonda ifade edilmiştir⁹⁰⁵.

h. Şüpheliye veya Sanığa Tanınan Diğer Haklar

Osmanlı Hukuku’nda şüpheliye arama tedbiriyle ilgili bazı haklar tanınmıştır⁹⁰⁶. Şüpheli kimsenin evi ve üstü, suç işlendiğini destekleyen ek bir delil

⁹⁰³ Halep beylerbeyine; Mankosa Kethudâsı Sinan’ın kethudâlıktan ve kadı tercümanı Hasan’ın da tercümanlık hizmetinden çıkarılmaları hakkında: “*Halep beglerbeğisine hüküm ki: Hâliya mahruse-i mezburede Mankosa? Kethudası olan Sinan, zaim olup kethüdâlıktan ref’ olunup (şereflenme) ve bi’l-fi’l kadı tercemanı olan Hasan dahi tercemanlıktan ref’ olunmaların emr idüp buyurdum ki: Vusûl (erişme) buldukda, mezkûr (anılan) kethüdâlıktan ve mezbur (adı geçen) Hasan’ı tercemanlıktan ref’ idüp min-ba’d mezkûra kethüdâlık mezbura tercemanlık itdürmeysesin. Şöyle ki, ba’de’l-yevm (bugünden sonra) fermân-ı şerifüme mugayir (aykırı) mezkûr Sinan kethüdâlık ve mezbur Hasan tercemanlık umuruna (işlerine) karışduğı istima’ (dinleme) olına, neticesi sana aid olur, ana göre mukayyed olasin. 10 Cemaziyelevvel 967/ 7 Şubat 1560*”, 3 Numaralı Mühimme Defteri, Belge no: 762, s. 337.

⁹⁰⁴ Akman, s. 51.

⁹⁰⁵ Özkorkut, Kapitülasyon, ss. 88, 89; İnalcık, İmtiyâzât, ss. 250, 251; Karakoç, ss. 185, 186.

⁹⁰⁶ Şüpheli veya sanığa yönelik olarak delillerin ele geçirilmesi amacıyla konutta ya da kişi üzerinde gerçekleştirilen, gizli tutulan bir şeyin ortaya çıkarılmasına ilişkin bir araştırma işlemi olan arama

olmaksızın aranamazdı. Ancak kadı gerekli gördüğü takdirde arama tedbirine başvurulurdu; resmî arama emrini sadece kadı verebilirdi. Arama kararı bulunmadığı hallerde şüphelinin rızası bulunmaksızın arama yapılamazdı. Arama, şahıs araması olabileceği gibi mekân araması da olabilir. Mekân aramasına Osmanlı belgelerinde rastlamak mümkündür⁹⁰⁷. İzin alınmadan mektupların açılması, okunması ve gizli ajan kullanılması da yasaktı. Ayrıca kadının muhızır ve çuhadarlara delil toplamaları emri vererek göreve gönderebiliyor olması da şüpheli için bir teminat sayılırdı⁹⁰⁸.

Osmanlı ceza yargılamasında sanıklara tanınan bir diğer hak, sanıkların davacının gösterdiği şahitleri haklı gerekçelerle reddedebilmeleridir. Mısır'da görülen bir adam öldürme davasında sanık, gösterilen şahitlerin davacının işinde çalışan yoksul kimseler olduklarını ve işlerini kaybetmemek için aleyhte şahitlik yaptıklarını ileri sürmüştür. Kadı yaptırdığı tezkiyeden sonra sanığın bu beyanını haklı bulmuş ve davayı kabul etmemiştir⁹⁰⁹.

IV. KLÂSİK DÖNEM'İN GENEL DEĞERLENDİRMESİ

İslam Hukuku esaslarına dayanan Klâsik Dönem Osmanlı Ceza Hukuku'nda, yargılamaların şer'i ve adil olması amaçlanmıştır. Bu amaç, kişilere tanınan belli hak ve ilkelerle gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Klâsik Dönem Osmanlı Hukuku'nda, adil yargılamaya ait ilkeler açıkça kanunlarda yazılı olarak düzenlenmemesine rağmen, fıkıh kitaplarında yapılan açıklamalarda ve nasslarda yer almaktaydı.

tedbiri konusunda Klâsik Dönem Osmanlı Hukuku'nda açık ve ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Kur'an'da başkasının evine sadece onun izniyle ve kapıdan girilebileceği emredildiği için Osmanlı'da özel hayatın gizliliğine ve konut dokunulmazlığına özel bir önem verilmekteydi. Suçüstü hallerin dışında devlet görevlilerinin başkasının konutuna mahkeme kararı olmadan girebilmesi mümkün değildi. Bu kurala aykırı olarak elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılmasına izin verilmemiştir (Özbek, Arama, ss. 42-44; Öztürk/Kazancı/Güleç, s. 114; Ünver/Hakeri, s. 371; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 308). Bu tedbire ancak 1879 tarihli Ceza Usul Kanunu'nun 33'üncü maddesinde, sanığın yanında veya gözetiminde bulunan eşyanın suçun ispatına yarayacağı anlaşılıyorsa savcının bunları arama için sanığın konutuna gideceği ifadesiyle yer verilmiştir. Delil araçlarını güvence altına almaya yarayan elkoyma tedbirine de, sanığın konutunda suçun ispatına yarayacak eşya ve evrakların bulunması halinde savcının düzenleyeceği tutanakla zapt edileceğini belirten 34'üncü maddede yer verilmiştir (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 136; Özbek, Arama, ss. 44, 45, 56; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 363).

⁹⁰⁷ Örneğin bir belgede daha önce silah bulundurdukları için uyarı almış medresenin aynı şüpheyle tekrar arandığı görülmektedir. Ancak arama sonucunda silah bulunamadığı kaydedilmiştir. İstanbul Mahkemesi, Yıl:1139, Cilt:22, No:224. Ayrıca pek çok belgede, ceset olduğu ihbarı ile şahsa ya da kamuya ait mekânların arandığı görülmektedir. Bu sayede bulunan cesetler incelenerek, detaylı bilgiler mahkemelere sunulmaktadır (Hussien, s. 74).

⁹⁰⁸ Atalay, s. 250; Awad, s. 105.

⁹⁰⁹ Nahal, s. 30; Akman, s. 89.

Osmanlı'da herkes mahkemeye başvurarak hakkını arayabilirdi. İslam-Osmanlı Hukuku, prosedüre dayalı bir yargılama sistemi olmadığından ve fetvâ müessesesi bulunduğundan halktan bir kişinin dava açıp takip edebilmesi için mutlaka bir vekile ihtiyacı yoktu. Hak arama niyetiyle usûlüne uygun olarak açılan bir davada kadı, yargılamayı adalet, hakkaniyet, eşitlik ve aksi ispat edilene kadar kişilerin suçsuz olacağı ilkesine bağlı kalarak yürütür, tarafların delillerini, gerekçelerini ve savunmalarını değerlendirirdi. Osmanlı Hukuku'nda sanığın savunma hakkına önem verilmiş, sanığın savunmasını dinlemeden, onu duruşmada hazır etmeden yapılacak gıyapta yargılamalar da yasaklanmıştır. Yapılan yargılamalarda cezaların şahsîliği ilkesine ve masumiyet karinesine önem verilmiştir. Osmanlı Hukuku'na göre, suçluluğu sabit olana kadar şüpheliye suçlu gözüyle bakılmaz ve yargılamadan ceza verilemez; kişinin suçsuzluğu asıldır. Çalışmamızda kullanılan mahkeme kararları incelendiğinde, uygulamada da bu ilkelere dikkat edildiği görülmektedir.

Osmanlı'da kanunilik ilkesi, padişahların çıkardıkları kanunnamelerle uygulanmıştır. Adil bir yargılama kanunlara dayalı olarak yapılır; kanunlarda yer almayan suçlara karşılık ceza vermek, başka bir deyişle, keyfi cezalandırmalar adalete aykırıdır.

Osmanlı Hukuku'nda aleniyet ve makûl sürede yargılanma ilkelerine günümüz hukukundan daha çok riayet edilmekte ve adalet en kısa sürede yerine getirilmekteydi. Osmanlı mahkemelerinde tek hâkimli sistem ve basit yargılama usûlü geçerli olduğundan yargılamalar hızlı bir şekilde sonuçlandırılırdı. Günümüz ceza yargılamalarında makûl sürede yargılamanın sağlanması ve ön soruşturmanın eksiksiz yapılıp tamamen hazır bir dosyayla başlayan yargılamanın tek celsede tamamlanması hedeflenmekteyse de uygulamada bu mümkün olmamaktadır. Bazı davaların yargılama sürelerinin yıllarca uzamış olması toplumda adalete duyulan güveni sarsar hale gelmiştir. Oysaki Osmanlı kadıları, yargılamanın tek celsede tamamlanmasını başarmakta ve yargılamayı kısa sürede sona erdirmekteydi.

Osmanlı Devleti'nde özellikle yargılamanın alenîliği ilkesine uygulamada büyük özen gösterilmiştir. Hazırlık soruşturmalarının ve duruşmaların güvenilir kişiler önünde halka açık olarak yapılması o dönemde hak ve hürriyetlerin korunması

bakımından önemli bir güvence oluşturmaktaydı. Osmanlı'da, günümüzden farklı olarak, yargılamanın tüm aşamaları halka açık olarak gerçekleştirilirdi.

Osmanlı Devleti'nde yargı çok önemli bir konumda olmuş, kadınların hiçbir baskı ve etki altında kalmadan bağımsız ve tarafsız olarak hükmünü vermesi için gerekli özen gösterilmiştir. Ancak Osmanlı'da yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı, tamamen kadının kişiliğine bağlı olarak gerçekleşmiştir. Osmanlı'nın ilk dönemlerinde kadınlar, belli niteliklere sahip, adaletten ayrılmayan, güçlü kişiler arasından atandığı için adil yargılamayla ilgili tüm hak ve ilkeleri uygulamaya özen göstermişlerdir. 16'ncı yüzyıldan itibaren kadınların ehil kimselerden seçilememesi, torpil, rüşvet gibi yolsuzlukların artmasıyla yargı alanında bir bozulma olmuş; bunun sonucu mahkemeler tarafsızlık ve bağımsızlık niteliklerini kaybetmeye; kadınlar da, yargılamaya ait ilkeleri göz ardı etmeye başlamışlardır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TANZİMAT DÖNEMİ OSMANLI CEZA HUKUKUNDA ADİL YARGILAMA İLKESİ

I. GENEL ÇERÇEVE

Osmanlı tarihi, genellikle iki döneme ayrılarak incelenmektedir. İlki bu bölüme kadar anlatılmaya çalışılan ve beş asırdan fazla bir zamanı içine alan Klâsik Dönem, ikincisi ise, önemli gelişmelerin ve değişmelerin olduğu Tanzimat Dönemi'dir. İlkine göre, kısa olan ikinci dönem boyunca adliye teşkilâtında önemli reformlar yapılmıştır. Türk hukuk tarihi açısından Tanzimat Dönemi, Gülhane Hatt-ı Hümayunu'nun ilân edildiği 1839 tarihinden başlayarak⁹¹⁰ Cumhuriyet'in ilânına kadar devam eden bir süreci kapsamaktadır⁹¹¹.

Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle Tanzimat Dönemi'nde yargı alanında yapılan yeniliklerden bahsedilmiş, sonrasında Tanzimat Dönemi kanunlarında adil yargılama ilkesiyle ilgili yapılan düzenlemelere yer verilmiştir.

“Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Yargılamasıyla İlgili Genel Bilgiler” başlığı altında, yargı teşkilâtındaki gelişmeleri ve yargılama ilkelerinin ülkedeki tüm mahkemeleri bağlayıcı şekilde yazılı hale gelmesini zorunlu kılan sebepler, yeni oluşturulan yargı kurumları ile Tanzimat Dönemi yargı teşkilâtının ikili yapısı anlatılmıştır.

“Tanzimat Dönemi Düzenlemelerinde Adil Yargılamaya Ait İlkeler” başlığı altında ise, Tanzimat Dönemi düzenlemelerinde yer alan, hak arama özgürlüğü; “yargılamasız kimseye ceza verilemez” ilkesi; masumiyet karinesi; kanunilik, eşitlik, cezaların şahsiliği, aleniyet, makul sürede yargılanma, hakkaniyet ilkeleri ile sanık hakları incelenmiştir.

⁹¹⁰ Tanzimat Dönemi resmî olarak Tanzimat Fermanı'nın okunmasıyla başlamakla beraber bu dönemi III. Selim ve II. Mahmud'un ıslahatlarıyla başlatan tarihçiler de bulunmaktadır (Rabia Beyza Candan, “1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu İncelemesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:1, Sayı:1, 2015, s. 65).

⁹¹¹ İkinci, Kadılık, s. 417.

II. TANZİMAT DÖNEMİNDE OSMANLI CEZA YARGILAMASI İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

A. Genel Açıklama

Tanzimat; düzenleme, nizam verme anlamına gelen “tanzim” kelimesinin çoğuludur. Bir dönemi ifade için kullanılan bu kelimeyle, daha çok hukuk faaliyetleri akla gelmektedir. Tanzimat Dönemi’ni başlatan Hatt-ı Hümayûn’da, devletin gerileme sebepleri arasında hukuk hayatındaki bozukluktan bahsedilmekte, yeni hukukî düzenlemelerin yapılması gereğinden söz edilmektedir. Bu yüzden, Ferman’ın ilânından kısa bir süre sonra kanunlaştırma faaliyetleri başlatılmıştır⁹¹².

Osmanlı adli sistemi devletin güçlü zamanlarında devrin en üstünüydü; ancak Klâsik Dönem’de iyi işleyen yargı fonksiyonu ve adliye teşkilâtı, devletin bütün unsurlarındaki bozulmayla birlikte zayıflamıştı⁹¹³. Bu yüzden, yargı alanında yenilikler yapılma ihtiyacı doğmuştu.

Tanzimat Dönemi’nde Batı kültürüne bir yöneliş olsa da, İslam kültür ve hukukundan tamamen vazgeçilmemiştir. Osmanlı Devleti’nin genel modernleşme çabaları eskinin yanına yeninin konulması şeklinde olmuş; böylece ikili bir yapı topluma ve devlete hâkim olmuştur. Ancak bu ikili yapı, Tanzimat’ın temeli olan eşitlik ve adalet anlayışına aykırıdır; çünkü eşitlik ve adalet tekli kurumların varlığını gerektirmektedir. Tanzimat hareketiyle, hedeflenen hukuk birliği kurulamamış aksine var olan sistem de parçalanmıştır. Cumhuriyet’e kadar Batı ve İslam kurumları devlette yan yana var olmuşlardır⁹¹⁴.

Tanzimat Fermanı’nın ilânı ve bunu takip eden kararlarla Osmanlı Devleti’nde birçok değişim yaşanmıştır. Bu değişim, yargı sisteminin üzerinde de kendisini göstermiş ve yargı teşkilâtı içerisinde yeni yargı kurumları oluşturulmuştur.

⁹¹² Mustafa Şentop, “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, Cilt:3, Sayı:5, 2005, s. 647; Ekinci, s. 540.

⁹¹³ Ekinci, Kadılık, s. 419.

⁹¹⁴ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 336; Ekinci, s. 543; Avcı, Genel, s. 9; Gedikli, Kazâ, s. 119; Candan, s. 65; Avi Rubin, *Ottoman Nizamiye Courts: Law and Modernity*, Palgrave Macmillan, New York, 2011, (Nizamiye), ss. 56-60.

Tanzimat Dönemi'nde tek kadıdan oluşan, tek dereceli Klâsik Osmanlı mahkeme sisteminin dışında, çok hâkimden oluşan yeni mahkemeler kurulmuştur⁹¹⁵.

1847 yılında Osmanlı vatandaşlarıyla yabancıların ceza davalarına bakmak üzere karma mahkemeler kurulmuştu. Ancak daha sonra, 1864 tarihli “*Vilayet Nizamnamesi*”yle⁹¹⁶ kazalarda dava meclisi (meclis-i deavi), sancaklarda temyiz meclisi (meclis-i temyiz) ve vilayetlerde de temyiz divanı (divan-ı temyiz) isimleri altında hukuk ve ceza mahkemeleri (nizamiye mahkemeleri) kuruldu. Müslüman, zimmi farketmeksizin bütün Osmanlı vatandaşlarının, şer’iyye, cemaat ve konsolosluk mahkemelerinin görev alanı dışında kalan, bütün ceza ve hukuk davalarına bakmakla görevli olan nizamiye mahkemeleri, hem ilk derece mahkemesi hem de istinaf mahkemesi olarak görev yapmışlardır. 1879 yılında çıkarılan “*Mehâkim-i Nizamiyyenin Teşkilâtı Kanun-ı Muvakkati*” ile nizamiye mahkemelerinde çeşitli değişiklikler yapılmış⁹¹⁷ ve ilk defa savcılık kurumu Osmanlı adliye teşkilâtına girmiştir⁹¹⁸.

Tanzimat Dönemi'nden önce özellikle ceza hukuku alanında tek yetkili ve görevli mahkeme şer’iyye mahkemeleriydi. Ancak nizamiye mahkemelerinin kurulmasıyla birlikte şer’iyye mahkemeleri, görev alanı daraltılmış olarak varlıklarını sürdürmüşlerdir. Bir süre, bu iki mahkeme arasında görev uyuşmazlıkları yaşanmıştır. Sonrasında bu durumu önlemek için çıkartılan 1914 tarihli “*Usûl-ı Muhakemât-ı*

⁹¹⁵ Ekrem Buğra Ekinci, **Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası)**, 2. Baskı, İstanbul, 2010, <http://www.ekrembuagraekinci.com/pdfs/osmmah.pdf>, (E. T. 20.04.2015), (Mahkeme), ss. 154, 155; Durhan, s. 58.

⁹¹⁶ Bakınız Düstur, I. Tertip, Cilt:1, s. 608 vd.

⁹¹⁷ Bu kanunla, sancak merkez kazası dışında her kazada bir “*kaza bidayet mahkemesi*”, vilayet merkez sancağı dâhil her sancakta bir “*merkez bidayet mahkemesi*” ve her vilayet merkezinde de bir “*istinaf mahkemesi*” kuruldu. Yine 1879 tarihli bir fermanla da, deavi meclisinin adı “*kaza bidayet mahkemesi*”, meclis-i temyiz’in adı da “*mahkeme-i temyiz*” olarak değiştirildi. Yapılan bu düzenlemelerle, artık yargı işleri yönetim işlerinden kesin olarak ayrılmış ve nizamiye mahkemeleri bağımsız mahkemeler halinde gelmiştir (Düstur, I. Tertip, Cilt:4, ss. 235-239).

Şer’i hukukun dışında kalan kanunları uygulamak üzere kurulan nizamiye mahkemelerinin en önemli özelliği; toplu hâkim usûlüne dayanması ve üyelerinin yarısı müslüman, diğer yarısının da gayrimüslim olmasıydı. 1864 tarihli Vilayet Nizamnamesi ve daha sonraki diğer mevzuat ile ortaya çıkan yargı düzeni içerisinde nizamiye mahkemeleri, genel görevli ve yetkili yargı kurumları konumuna gelmiştir. 1879 tarihli “*Mehâkim-i Nizamiyyenin Teşkilâtı Kanun-ı Muvakkati*”, ceza yargılaması bakımından mahkemelerin görevlerini net bir şekilde belirtmiştir. Buna göre, ceza davalarında ilk soruşturmayı yapmaya kaza mahkemeleri, kesin kararı vermeye sancak mahkemeleri; istinaf ve temyiz yargılamasında ise, vilayetlerdeki cinayet meclisleri yetkili olmuştur (Ekinci, Mahkeme, ss. 111-118; Cin/Akyılmaz, s. 167; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 363; Durhan, ss. 82-84; Fatmagül Demirel, “Adliye Nezaretinin Teşkilât Tarihçesi”, **Adalet Kitabı**, (Ed. Bülent Arı ve Selim Aslantaş), Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2015, ss. 301-310; Rubin, Nizamiye, ss. 33-38).

⁹¹⁸ Aydın, ss. 425, 426; Cin/Akyılmaz, ss. 166, 167; Ekinci, s. 547; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 297, 362; Ekinci, Mahkeme, ss. 87-89; Demirel, s. 300; Rubin, Nizamiye, ss. 30-36.

Şer'iyye Kararnamesi" ile şer'iyye mahkemelerinde görülmesi gereken davalar sayılmış, kalanların da nizamiye mahkemelerine gitmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir⁹¹⁹.

Şer'iyye mahkemeleri, 1917 yılında bir ara nizamiye mahkemeleri gibi Adliye Nezareti'ne bağlanmış; ancak şer'iyye mahkemelerini kaldırmak, ilmiye sınıfının etkinliğini kırmak ve hukuku laikleştirmek yolunda bir teşebbüs olarak görülen bu durum üç yıl sürebilmiştir. İttihat ve Terakki partisi düştükten sonra hemen eski duruma dönüş yapılarak tekrar şer'iyye mahkemeleri şeyhülislamlığa bağlanmıştır. Kendilerine ihtiyaç duyulmayan şer'iyye mahkemeleri, ancak laik hukuk sistemine geçilmesinden sonra 1924 yılında tümüyle kaldırılmıştır⁹²⁰.

Tanzimat Dönemi'nde yeni mahkemelerin kurulmasıyla birlikte Osmanlı yargı teşkilâtına, özellikle *savcılık*⁹²¹, *avukatlık*⁹²² gibi kurumlar da girmiştir. Modern yargı sistemlerinde suç yargılamasının; iddia, savunma ve yargılama makamlarının ortak çabaları ile yerine getirilen bir görev olduğuna ilişkin anlayış, bu kurumlarla

⁹¹⁹ Aydın, s. 427; Cin/Akyılmaz, s. 163; Ekinci, Mahkeme, s. 155.

⁹²⁰ Ekinci, Kadılık, s. 420; Ekinci, s. 552; Cin/Akyılmaz, ss. 163, 164; Tanör, s. 213; Ekinci, Mahkeme, ss. 165-171; Gedikli, Kazâ, s. 119.

⁹²¹ Osmanlı yargı teşkilâtına "savcılık (müdde-i umûmîlik)" kurumu 1879 tarihli "*Mehâkim-i Nizamiyye'nin Teşkilâtı Kanun-i Muvakkatı*" ile girmiştir. Kanunun "*müdde-i umûmîler*" başlığını taşıyan ikinci bölümünde yer alan 56'ncı maddesiyle ülke genelinde bütün nizamiye mahkemelerinde savcılıklar kurulmuştur. Bu kanundan bir hafta sonra, 26 Haziran 1879 tarihinde çıkarılan *Usûl-i Muhakemat-i Cezaîyye Kanun-i Muvakkatı*'nin "*müdde-i umûmîlere dairdir*" başlığını taşıyan dördüncü kısmında, savcıların ceza davalarına ilişkin görev ve yetkileri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 131 vd).

1879 yılı Haziran ayı içerisinde Osmanlı Devleti'nde, Fransız örneğine uygun olarak, görev ve yetkileri kanunlarla belirtilmiş olan savcılıklar kurulmaya başlanmıştır. Usûl-i Muhakemat-ı Cezaîyye Kanunu'nun çıkmasıyla, savcılık makamları kurularak kamu haklarını ihlâl eden suçlarda dava açma yetkisi savcılara verilmiştir (Özkorkut, Savcılık, s. 150; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 345, 364; Ekinci, Mahkeme, s. 131; Durhan, ss. 101, 102).

⁹²² Osmanlı Devleti'nde, 1875 yılına kadar, Tanzimat Dönemi içerisinde yapılan kanunlaştırma hareketleri sonucunda, avukatlık kurumunun doğuşuna zemin oluşturabilecek bazı düzenlemeler yapılmıştır. Ancak yapılan bu düzenlemeler, İslâm'ın dava vekâletine ilişkin anlayışını yansıtmaktan ileri gidememiştir. Mecelle'nin getirdiği düzenleme de, bu anlayışa paraleldir. Mecelle'deki dava vekâleti; alım-satım, kiraya vekâlet gibidir (Akgündüz, Mukayeseli, ss. 637-651; Özkent, ss. 46, 52-64; İlhan, ss. 441-445). Modern avukatlık anlayışı ilk olarak yeni kurulan nizamiye mahkemelerinde ortaya çıkmıştır. Dava vekillğine ilişkin geleneksel İslâm anlayışının terkedilmeye başlanması ve avukatlık kurumunun Osmanlı yargı sistemi içerisine girmesi, 1875 tarihli "*Mehâkim-i Nizamiye Dava Vekilleri Hakkında Nizamname*" ile olmuştur (Nizamname'nin metni için bakınız Düstur, 1. Tertip, Cilt:3, ss. 198-209; Sarkis, s. 568). Daha sonraki bazı düzenlemelerle gelişimini sürdüren avukatlık kurumu, 3 Nisan 1924 tarihinde "*Muhamat Kanunu*" ile kanunlaşmıştır. 1924 tarihli bu kanun ile avukatlık mesleği disipline edilmiş ve ilk kez "baro" sözcüğü bu kanunda kullanılmıştır. Muhamat Kanunu'yla birlikte artık avukatlık, kamu hizmeti gören, bağımsız bir meslek haline gelmiş oldu (Avi Rubin, "From Legal Representation To Advocacy: Attorneys and Clients In The Ottoman Nizamiye Courts", *International Journal of Middle East Studies*, Cilt:44, Sayı:1, 2012, s. 44; Özkent, ss. 88-123; Örsten Esirgen, s. 739; Durhan, s. 106; Durhan, Avukatlık, ss. 35, 36; Özkorkut, Savcılık, s. 153).

birlikte Osmanlı Devleti'ne de girmiş ve Cumhuriyet Dönemi'ndeki modern yargı teşkilâtının temellerini oluşturmuştur.

Tanzimat hareketinin hukuk alanı içinde en fazla etkilediği alan ceza hukuku alanı olmuştur. Tanzimat Dönemi'nde ceza hukuku alanında birçok yeni, genel nitelikli kanun çıkartılmıştır. Bunlardan bazıları milli kanun, bazılarıysa Avrupa'dan alınarak yürürlüğe konulan kanunlardır. Temel kanunlar açısından bakıldığında, Osmanlı Hukuku'nun, Tanzimat sonrasında Klâsik Dönem'deki yapısını büyük ölçüde koruduğu söylenebilir. 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunları milli kanunlarımızdandır. Milli kanunlar, Osmanlı Hukuku'ndaki uygulamaların kanun metni haline getirilmesi suretiyle hazırlanmıştır. 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'na dayanarak hazırlanan 1858 tarihli "Ceza Kanunnâme-i Hümayûnu" ile 1808 tarihli Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun tercümesi ve kısmen tadili suretiyle meydana getirilen 1879 tarihli "Usûl-i Muhakemât-ı Cezaiye Kanunu" ise, Avrupa'dan alınan kanunlardandır⁹²³.

B. Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeleri ve Ceza Yargılamasına Hâkim Olan İlkelerin Hukukî Metinlerde Yer Almasını Zorunlu Kılan Sebepler

1. Genel Olarak

Osmanlı tarihinin ve başarısının temelinin askerî galibiyetler olması, ayrıca devletin ilerlemesinin sınırların genişlemesine, gerilemesinin toprak kaybedilmesi esasına dayanması, Osmanlı yenileşmesinin en önemli ve en öne çıkan özelliğini askerî nitelikte kılmıştır. Osmanlı Devleti'nin son dönemlerine doğru hazırlanan layihalarda, askerî ve ordunun durumunun düzeltilmesi noktasında öneriler sunulmuştur. Fakat zamanla, bozulan ve düzeltilmeye ihtiyaç duyulanın sadece ordu ve asker olmadığı, aynı zamanda ordunun da arka planında olan ve onunla ilişkili

⁹²³ Gülnihal Bozkurt, **Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi**, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996, (Batı), ss. 97-102; Ahmed Lütfi, ss. 111, 112; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 345; Aydın, ss. 429-433; Mehmet Gayretli, "1858 Osmanlı Ceza Kanununun Kaynağı Üzerindeki Tartışmalar Ve Bu Kanuna Ait Bir Taslak Metnin Bir Kısımıyla İlgili Değerlendirmeler", **e-akademi dergisi**, Sayı:106, 2010, <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=106>, (E. T. 30.03.2016); Şentop, ss. 652-657; Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E.T. 08.12.2015); Ziadeh, <http://www.oxfordislamicstudies.com/print/opr/t236/e0170>, (E.T. 10.06.2017).

bulunan, yozlaşması veya ihtiyaçlara cevap verememesi yüzünden işlevsizleşen idarî, malî, hukukî kurumlar olduğu anlaşılmıştır. Yüzlerce sorunu olan bu kurumların iyileştirilmesi ya da ortadan kaldırılıp yerine yenilerinin getirilmesi de hukuk aracılığıyla olmuştur⁹²⁴.

Osmanlı Devleti'nin çökmesinin ve yeni kurumlara, hukuk kurallarına ihtiyaç duyulmasının altında yatan sebeplerden bazıları da, devletin içyapısının çağın gereklerine uyum sağlayamaması ve toprak rejiminin bozulmasıdır. Sınırların aşırı büyümesi, ekonomik bunalım ve enflasyon devletin temeli olan toprak rejimini bozdu; devletin ekonomisi dirliklere bağlı olduğu için malî sistem çöktü. Bu çöküntüyü hızlandıran en önemli etken, devletin tüm gelirlerine "iltizam (mukataa)" yönteminin uygulanmasıdır⁹²⁵. Devlet memurlarının gelirleri de dirlik sisteminin bozulmasıyla altüst olunca, memurlar mukataa işine karışır hale geldiler. Bunun sonucu, memurlar tüm saygınlıklarını yitirdiler. İltizam usûlü o kadar yayıldı ki, kadılar bile kendi kaza bölgelerinde mahkeme naiplerini iltizamla satmaya başladı; çünkü her mahkeme, kadı adına toplanan resimler nedeniyle bir gelir kaynağıydı. İltizamla mahkeme satın alan kimse de rüşvete başvuruyordu. Bu ortamda ayân denilen derebeyleri de türemeye başlayınca, halk, devlet yerine bunların buyruğu altına girmeye başladı. Eski toprak düzenini geri getirmek imkânsız olduğundan yeni atılımlar yapılması gerekmektedir⁹²⁶.

Tanzimat hareketi, zor durumda bulunan Osmanlı Devleti'nin hem dışarıdan hem de içeriden artan baskılar sebebiyle ve baş gösteren yıkılma tehlikesinin gerçekleşmesini önlemek için başlattığı bir hareket olmuştur⁹²⁷. Tanzimat Dönemi'nde ortaya çıkan yeni kanunlar, yargı teşkilâtının da yenileşmesini gerekli kılmıştır. Geleneksel yapısını ve işleyiş biçimini koruyan şer'îye mahkemeleri, yeni

⁹²⁴ Ekinci, ss. 540, 541; Candan, s. 64.

⁹²⁵ İltizam, devlet gelirlerini veya boş tımar ve has gelirlerini artırmayla özel kişilere satmak demektir. Gerilemeyle birlikte hazinenin paraya ihtiyaç duyması sebebiyle, devletin tüm gelirleri peşin parayla mültezimlere satılmıştı. Bu gelirler türlerine göre önceden belirlenir ve mukataa adını alırdı. Mukataalar birine ya bir yıl için kiralanır ya da ömür boyu satılırdı; mukataayı alan kişi masraflarını çıkarmak için gelir kaynağını sonuna kadar zorlardı. Bunun sonucunda, aslında resmî bir hizmetli olması gereken müsellim, voyvoda gibi vergi memurları mültezimlerin buyruğuna girerlerdi. Mukataa yöntemiyle devlet bir ölçüde peşin paraya sahip olmakta, ama o paradan daha fazlasını mültezim almaktaydı. Halk, normalde ödeyeceğinden fazlasını vermekte; bunun sonucunda da sermaye birikimi olmamakta ve devlete karşı duyulan güven azalmaktaydı (Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 291, 292; İnalcık, Devlet-i Aliyye, s. 323).

⁹²⁶ Mumcu, Rüşvet, ss. 134, 299; İnalcık, Devlet-i Aliyye, s. 323; İnalcık, Üstünlük, s. 191; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 291, 292; Canbakal, s. 69.

⁹²⁷ Cin/Akyılmaz, s. 463; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 291; Candan, ss. 70, 71.

gelişmelere uyum sağlayamayınca, yeni mahkemelerin kurulması da zorunlu hale gelmiştir. Hukukta ve yargıda ikilik, Tanzimat'ın genel sonuçlarındandır. Tanzimat Dönemi'nde çıkartılan her kanun, şer'iyye mahkemelerinin görev ve yetkilerinden bir parça koparmıştır. Ancak şer'i hukuka göre işleyen şer'iyye mahkemeleri ile Tanzimat kanunlarına göre işleyen mahkemeler yargı alanında aynı anda var olmuşlardır⁹²⁸.

Yargı alanındaki bu gelişmeler ve yenilikler, yıllardır yargı alanında uygulanagelen yargılama ilkelerinin de düzenlenerek kanunlarda yazılı hale getirilmesine sebep olmuşlardır. Eski ahlâki değerlere sahip, nitelikli, ilmî bilgisi kuvvetli hâkimlerin sayısı giderek azalmaya başlayınca, gerek şer'iyye mahkemeleri gerekse yeni kurulan mahkemelerde ilke ve kurallara vicdânen uyan hâkimler bulmak zorlaşmıştı. Yeni açılan mahkemelerde bu eksikliğin giderilebilmesi için, herkesin uyması gereken ilke ve kuralların yazılı hale getirilmesi ihtiyacı doğmuştu.

2. Kanunlaştırma Hareketleri

Tanzimat Dönemi'ne kadar Osmanlı Devleti'nde ceza hukuku sistemi, şer'i hukuk ve örfî hukuk alanlarından oluşmaktaydı. Örfî hukuk, kanunnamelerde cisimleşmiş ve bu kanunnameler Osmanlı Hukuku'nun büyük bir bölümünü oluşturmuştur. Bu kanunnamelerdeki tazir cezaları, şer'i hükümlerin tamamlayıcısı konumundaydı⁹²⁹. Bu yüzden, kanunnamelerle fıkıhın boş sahası doldurulmaya çalışılmıştır.

Tanzimat Dönemi'ne kadar süren, fetvâ ve fıkıh kitaplarına, kanunnamelere dayalı mevcut hukukî yapı, Batılı ülkelerin tepkisine yol açmıştı⁹³⁰. Ayrıca, mevcut hukukî yapının kendisi için yeterince güvence oluşturmadığını düşünen Osmanlı halkı da, içinde yaşadığı güvensizlik ortamını giderecek yeni düzenlemelere ihtiyaç duymaktaydı. Devlette hukuk birliğinin olmaması çözülmeyi de kolaylaştırmıştı. Diğer taraftan, Tanzimat Fermanı'nda da belirtildiği gibi, sarsılan devlet otoritesinin

⁹²⁸ Durhan, ss. 58, 59; Ekinci, s. 543; Cin, s. 24; Rubin, Nizamiye, s. 56.

⁹²⁹ Aydın, s. 226; Ekinci, s. 366; Cin/Akyılmaz, s. 239; İnalçık, Devlet-i Aliyye, ss. 119, 236; İnalçık, Örfî, s. 111.

⁹³⁰ Cevdet Paşa'nın belirttiğine göre, Batılı ülkeler, "*Kanununuz ne ise meydana koyunuz. Bizde görelim ve teb'amıza bildirelim*" demek suretiyle, Osmanlı Hukuku'nun sistemsizliğinden şikâyetçiydiler (Ahmet Cevdet Paşa, **Tezakir**, Ed. Cavid Baysun, 3. Bası, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1991, s. 63; Ekinci, Mahkeme, s. 16).

yeniden oluşması, ancak yeni ve belirli kanunlarla mümkündü. Hukuk ve yargı birliğinin sağlanması merkezi otoritenin güçlendirilmesi bakımından da gerekliydi⁹³¹.

Osmanlı Devleti'nde bozulma ve gerilemenin başlamasıyla birlikte, hukuk kuralları ve bunlara ulaşma bakımından da sorunlar yaşanmıştır. Ayrıca devletin resmî mezhebi olan Hanefî mezhebindeki içtihat bolluğu, hâkimlerin en sahih görüşü bulup uygulama konusunda karşılaştıkları güçlükler de kanunlaştırma hareketlerini hızlandırmıştır⁹³².

Tanzimat Dönemi'nde en çok faaliyet kanunlaştırma alanında yapılmıştır. Tanzimat Dönemi'nde kanunlaştırma hareketlerine, Tanzimat'ın ilânından yedi ay kadar sonra, 3 Mayıs 1840 tarihinde çıkarılan ceza kanunu ile başlanmıştır. Kanunîlik ilkesiyle bağdaşmayan keyfî cezalandırmaların yol açtığı güvensizlik ortamı giderilmeden yapılacak yenileşme hareketlerinin olumlu bir sonuç vermeyeceği, Tanzimat Fermanı'nda açıkça belirtilmiştir. Bu yüzden, Tanzimat Dönemi'nde çıkarılan ilk kanun ceza kanunu olmuştur. Sonrasında çıkartılan 1851 ve 1858 tarihli ceza kanunlarıyla da yeni bir ceza hukuku sistemi oluşturulmaya çalışılmıştır⁹³³.

1840 tarihli Ceza Kanunnamesi'nde yer alan hükümler göstermektedir ki, kanunun çıktığı dönem itibarıyla haksızlık, adalet ve idare mekanizmasındaki bozukluk, devlete güvensizlik, kişi haklarının ihlali, rüşvet ve görevi kötüye kullanma, ulemanın ahlâkî, ilmî durumunun devletin genel bozuluş ve gerilemesine bağlı olarak kötüye gitmiş olması gibi olumsuzluklar had safhaya ulaşmıştır. Kanunlaştırma faaliyetleri, hem devletin dini temellerinin sarsıldığını hem de çöküşe yaklaştığını gösteren bu olumsuzlukları ve suçları azaltmak, gidermek suretiyle Osmanlı'yı çöküşten kurtarma çabasının bir ürünü olarak da görülebilir⁹³⁴.

Kanun yapma girişiminin ceza alanında başlamasının bazı sebepleri vardır. Tanzimat Fermanı'nın temel maddelerinden olan can, mal, namus güvenliği ilkeleri artık şer'i hukuktan bağımsız bir ceza hukuku alanının geliştirilmesini gerektiriyordu. İslam Hukuku'nun tanımadığı suçların, padişahın yasama yetkisine dayanılarak

⁹³¹ Durhan, s. 60; Cin/Akyılmaz, s. 465; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 292.

⁹³² Şentop, s. 650; Cin/Akyılmaz, s. 465.

⁹³³ Ahmet Gökçen, **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, 1989, ss. 13 vd; Ahmed Lütfi, ss. 111, 112; Durhan, s. 60; Candan, ss. 64, 71-73.

⁹³⁴ Ahmed Lütfi, ss. 114-127; Candan, s. 80; Ekinci, s. 541.

çıkartılan örfî kanunlarla cezalandırılmasına alışıldığı için ilk düzenlemenin ceza hukuku alanında olması tepki çekmezdi. Ayrıca vatandaşın kanun hükümlerine göre cezalandırılmamasından doğan büyük sakıncaların da giderilmesi ve II. Mahmut'un yalnız memurlar ile ulema için çıkarmış olduğu ceza kanununun yarattığı eşitsizliklerin de ortadan kaldırılması gerekmektedir⁹³⁵.

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'tan önce çıkarılan kanunlar, genel ve kapsayıcı nitelikte olmayıp, sınırlı alanlara ilişkindi. Oluşumunda ulemanın etkin bir rol oynadığı örfî kanunlar genellikle, eskiden beri var olan hükümlerin toplanıp bir araya getirilmesi şeklinde ortaya çıkardı. Tanzimat Dönemi'ndeki kanunlaştırma hareketleri bir yönüyle örfî hukuk niteliğinde olmakla birlikte, örfî hukuktan daha farklı bir anlam taşımaktaydı⁹³⁶. Bu dönemin kanunları, örfî düzenlemelere göre daha genel ve kapsayıcıydı. Genel olarak bu dönemde çıkarılan mevzuata nizamname denilmişse de, bunlar bugünkü nizamnamelerden farklı olarak tam anlamıyla kanun niteliğindeydi⁹³⁷.

Kanunlaştırma hareketlerinin ve yargılama ile ilgili ilkelerin, kuralların yazılı hale gelmesinin sebeplerinden biri de yeni yargı organlarının kurulmasıyla gelen ihtiyaçtır. Nizamiye mahkemelerindeki hâkimler, hukuk bilgileri yeterli olmadığı için hüküm verirken eski fıkıh kitaplarını taramak zorunda kalıyordu; bu yüzden düzenli ve kolayca anlaşılır kanunlara ihtiyaç vardı. Tanzimat sonrası nizamiye, ticaret, karma mahkemeler gibi çok sayıda yeni mahkemenin ve üst yargı organının kurulması, buralarda medrese mezunu olmayanların ve gayrimüslimlerin de hâkimlik yapması kolaylıkla uygulanabilecek hukukî düzenlemelerin yapılmasını acil bir ihtiyaç haline getirmişti⁹³⁸.

Kısaca, Tanzimat öncesinin hukukî yapısı, 19'uncu yüzyılda ortaya çıkan gelişmeler karşısında yetersiz kalmıştır. Bu sebeple, Tanzimat Dönemi'nde yeni bir

⁹³⁵ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 343; Candan, s. 72.

⁹³⁶ Bu dönem kanunlarının hazırlanışı eskiden olduğu gibi ulemanın kontrolünde değildi; artık kanunlar, II. Mahmut'un kısmen kendi yetkisini kısıtlamak pahasına kurduğu, "Meclisi Ahkâmı Adliye" ve "Babı Seraskerî Darı Şura" denilen meclislerde hazırlanıp, padişahın onayına sunulacaktı. Bu meclislerde görüşülmedikçe yapılan nizamnamelerin yürürlüğe konmayacaktı; kısaca bu meclisler kanun koyma işlevine sahip olmuşlardır. Öncesinde örfî hukukun doğrudan yaratıcısı konumunda olan padişah, bu dönemde onay makamı haline gelmiştir. Belirtilen kurullar kanunları hazırlarken, sadece şer'i hukuka uygunluğunu değil, pratik ihtiyaçları da dikkate almak durumdaydılar (Halil İnalcık, "Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayûnu", *Belleten*, Cilt:28, Sayı:112, 1964, (Gülhane), s. 617; Durhan, s. 61; Candan, s. 66; Ekinci, ss. 182, 183).

⁹³⁷ Tanör, s. 98; Ekinci, s. 182; Durhan, s. 62.

⁹³⁸ Cin/Akyılmaz, s. 465; Ekinci, s. 567.

hukuk ve yargı düzeninin temelleri atılmaya başlanmıştır. Laik karakterli olan bu yeni hukuk düzeni, İslam Hukuku'yla birlikte ve aynı zamanda yürürlükte olmuştur⁹³⁹.

3. Geleneksel Yargı Teşkilâtının Yetersiz Kalması

Yeniden yapılanma hareketi olan Tanzimat'ın özünü, “kanunîlik” ve “eşitlik” ilkeleri oluşturmaktadır. “Eşitlik” ilkesi, ülkede yaşayan herkesin, eşit olarak yargılanmasına olanak verecek yeni yargı kurumlarının oluşumunu gerekli kılmaktaydı. Şer'iyye mahkemeleri de artık bu yeni dönemin ihtiyaçlarını karşılayacak durumda değildi. Tanzimat Fermanı'nda, Osmanlı tebaasının din ve mezhep farkı gözetilmeksizin, can, mal, ırz ve namus gibi doğal haklarının kanunlarla güvence altına alınacağı devletçe taahhüt edilmiştir. Islahat Fermanı da, müslim-gayrimüslim arasında çıkacak ticaret ve ceza davalarının karma divanlarda görüleceğini belirtmiştir⁹⁴⁰.

Fermanlarda belirtilen bu esasların hayata geçirilmesi için mevzuatta ve yargı teşkilâtında ıslahat gerekliydi. Islahat Fermanı'nda açıkça vurgulanan “her alandaki eşitlik” ilkesinin kabulünden sonra, herkesin eşit olarak yargılanabileceği, dinî etkilerden uzak yeni yargı kurumlarının oluşumu zorunlu hale gelmişti⁹⁴¹.

Tanzimat ve Islahat Fermanları'nın ilânıyla birlikte girilen yenileşme sürecinde Osmanlı padişahı, tebaasına bazı temel haklar tanımış; bu hakların çıkarılacak kanunlarla güvence altına alınacağına söz vermiş; bu kanunlara kendisinin de uyacağına yemin etmiştir. Ancak padişahın kendinden sonraki yöneticileri bağlamayan bu yemini, bireyler için yeterli bir güvence sayılmazdı. Bireylerin haklarını düzenleyen kanunlar, kanun koyucunun etkisinden uzak olan hâkimler tarafından uygulanabilir olmadıkça bu haklar güvence altına alınmış olmaz. O dönemde Osmanlı Devleti'nde böyle bir güvence bulunmamaktaydı⁹⁴².

⁹³⁹ Cin/Akyılmaz, ss. 463, 464; Ekinci, s. 568; Durhan, s. 62.

⁹⁴⁰ Tanör, ss. 96-102; Durhan, ss. 62, 63.

⁹⁴¹ M. Reşit Belgesay, “Tanzimat ve Adliye Teşkilâtı”, *Tanzimat I*, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, ss. 213, 214; Durhan, ss. 63, 64.

⁹⁴² Belgesay, s. 211; Durhan, s. 64.

4. Batılı Ülkelerin Baskıları

Yargı teşkilâtındaki yeniliklerin diğer bir nedeni de, sanayi devrimi sonucunda ortaya çıkan hammadde ve dış pazar ihtiyacını karşılayabilmek için, Batılı ülkelerin Osmanlı Devleti üzerinde uyguladıkları baskılardı. Batılı tüccarlar, hammaddeyi ürüne çevirmek, sonra da kalabalık ve zengin Doğu pazarlarında satmak istiyorlardı. Ancak mamul maddelerin Doğu'da üretilmeyerek, kendilerinden ithal edilmesini de sağlamak gerekiyordu; bu yüzden hukukî, siyasî birçok önleme ihtiyaç duydular. Birçok ülke için Osmanlı, hem bir pazar hem de bir müttefik olarak önemli olduğu gibi, bir başka devletin yanında yer almasına imkân vermemek gibi tersinden bir politikanın da zeminini oluşturmaktaydı. Bu sebeple, Osmanlı Devleti'nin dış politikasında olduğu gibi iç politikalarında da etkili olmak, bütün Batılı devletlerin hedefiydi⁹⁴³.

Geniş coğrafyasıyla Osmanlı Devleti, Batı sanayisi için cazip bir ülke konumundaydı. Ancak, Osmanlı ticaret rejiminde, kapitülasyonlara rağmen, yabancı tüccarlar için hâlâ bazı sınırlamalar bulunmaktaydı⁹⁴⁴. Sanayileşen Batılı ülkeler; hızla gelişen sanayilerinin ihtiyaçlarını karşılayabilmek için bu engellerin kaldırılmasını istemekteydi. Uygulanan bu koruma önlemleri, Osmanlı Devleti'nin en önemli gelir kaynaklarını oluşturduğundan, bunları kaldırmak Osmanlı Devleti için hiç kolay değildi. Osmanlı Devleti'ni ikna etmek için beklenen fırsat, Mısır valisinin 1831'de başlayan isyanıyla doğmuş oldu. Osmanlı Devleti'nin zayıflığı sonucunda; dış güçlerin müdahalesine açık hale gelen Mısır sorunundan, her ülke kendi çıkarları ve hedefleri doğrultusunda yararlanma çabası içine girdi⁹⁴⁵. Mısır sorununun uluslararası bir boyut kazanmasından sonra dış güçler (özellikle İngiltere ve Fransa), belirledikleri hedeflerine ulaşabilmek için, başlangıçta Mısır'ı desteklediler. Ancak güçlü bir Mısır yerine zayıf bir Osmanlı Devleti'ni, kendi

⁹⁴³ Aydın, s. 423; Şentop, s. 651; Durhan, s. 64; Cin/Akyılmaz, s. 464; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 292; Tanör, s. 84; Karakoç, s. 167; Ekinci, Mahkeme, s. 23.

⁹⁴⁴ Şöyle ki; iç ticarete uygulanan tekelcilik (yed-i vahid usûlü), malların bir yerden başka bir yere naklinde istenilen "izin tezkeresi", iç gümrükler, bazı malların ihracının yasaklanması gibi, serbest ticareti sınırlayan engeller bulunmaktaydı (Durhan, s. 64).

⁹⁴⁵ Rusya, daha çok siyasî nüfuz alanını genişletme yönünde bir politika izledi. Batılı ülkeler ise, gelişen sanayilerinin, pazar ve hammadde ihtiyaçlarını karşılayabilmek için, daha çok ekonomik nüfuz alanlarını genişletecek stratejiler izlediler (Durhan, s. 65).

çıkarları bakımından daha uygun gören Batılı ülkeler, bu kez Osmanlı Devleti'nin yanında yer aldılar⁹⁴⁶.

İçinde bulunulan ağır koşullar nedeniyle, pazarlık gücü olmayan ve kendisine sunulan her türlü yardımı kabul etmek zorunda kalan Osmanlı Devleti; 1838 yılından başlayarak Batılı ülkelerle birçok ticaret antlaşması yaptı. Eşitsizlik temeli üzerine kurulan bu antlaşmalar, Batılı ülkelerin sömürü düzenlerine hukukî dayanak sağlayan belgelerdi. Bu antlaşmalarda yer alan hükümlerin, Osmanlı Devlet yapısında birtakım reformlar yapılmadan uygulanması imkânsızdı. Devletin; idarî, hukukî ve siyasî yapısında asgarî bazı değişiklikler yapılmadığı takdirde, ticaret antlaşmaları kâğıt üzerinde kalacaktı. Bu yüzden Batılı ülkeler, antlaşmaların yaşama geçirilmesini sağlayacak reformların yapılması için, Osmanlı Devleti'ne baskı yapmaya başladılar. Bu baskıların odak noktasını, müslüman halk ile gayrimüslim halk arasındaki eşitsizliğin giderilmesi oluşturmaktaydı; çünkü Batının Osmanlı Devleti ile olan ticari ilişkileri, daha çok zimmîlere dayanmaktaydı. Batılı ülkelerin Osmanlı Devleti'yle olan ticari ilişkilerinin artmasıyla, bu ticari faaliyetlerin zimmîler aracılığıyla yürütülmesi tercih edilmişti. Zimmîlerin haklarının korunması ve geliştirilmesi, Batı kapitalizminin çıkarlarıyla doğrudan ilgiliydi. Bu sebeple, her açıdan zimmîlerin korunması, desteklenmesi, rahat bir şekilde faaliyet sürdürmeleri ve yönetim üzerinde etkili olmaları istenmiştir⁹⁴⁷.

Osmanlı Devleti'nde yaşayan gayrimüslimlerin 19'uncu yüzyılın başlarına kadar devletle ciddi sorunları olmamıştır. Cemaatlerin toplu taleplerine ve mevcut durumlarına ilişkin şikâyetlerine rastlanmamaktadır. Son yüzyılda ise, hem devletin zayıflaması hem de Fransız İhtilâli gibi milliyetçilik fikirlerini alevlendiren önemli olayların etkisiyle, Osmanlı tebaası olan zimmîler, bağımsızlık talepleriyle ayaklanmaya başlamıştır. Bu tür ayrılıkçı girişimlerin, Batılı ülkeler tarafından desteklendiği, Osmanlı yönetimi üzerinde bir baskı unsuru ve zayıflatma aracı olarak düşünüldüğü görülmektedir⁹⁴⁸.

Fransız İhtilali'nden sonra, özgürlük ve eşitlik akımının ayrılıkçı etkileri de ortaya çıkmaya başlamıştı. Bu koşullar Osmanlı Devleti'ni, kendi nüfusunu oluşturan

⁹⁴⁶ Durhan, s. 64, 65; Şentop, s. 651; Ekinci, Mahkeme, s. 13.

⁹⁴⁷ Enver Ziya Karal, **Osmanlı Tarihi (Islahat Fermanı Devri, 1856-1861)**, Cilt:6, 4. Bası, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1988, s. 254; Durhan, ss. 65, 66; Şentop, s. 651; Cin/Akyılmaz, ss. 464, 465; Karakoç, s. 167.

⁹⁴⁸ Cin/Akyılmaz, s. 464; Ekinci, s. 542; Şentop, s. 651; Ekinci, Mahkeme, s. 12.

tüm dinsel grupların eşitliğini kabule zorlamaktaydı. Zaten, henüz Tanzimat Fermanı ilân edilmeden önce, II. Mahmut'a atfedilen; "... *Ben tebaamın müslümanını camide, hristiyanını kilisede, musevisini havrada farkedirim. Aralarında başka bir fark yoktur. Cümlesi hakkındaki muhabbet ve adaletim kavidir ve hepsi hakiki evladımdır*" şeklindeki ifadeler, "eşitlik" ilkesinin devletçe tanınması anlamına gelmekteydi. Ancak bu ifadeler, özgürlük ve eşitlik ilkelerini hukukî güvenceye kavuşturmaktan uzaktı; bu ifadelerde sadece fiili bir güvence söz konusuydu. Fiili güvenceler ise, sürekli olmadığı gibi her an geri alınabilmesi de mümkün olan güvencelerdi. Bu yüzden, zimmîler ve destekçileri olan yabancı ülkeler, verilen fiili güvencelerle yetinmek istemediler. Verilen hakların bir değer taşıması için, hukukî güvenceye kavuşturulmasını ve ortaya çıkacak olan uyuşmazlıkların çözümü için, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin bütün tebaanın eşit olarak yargılanabileceği laik karakterli mahkemelerin kurulmasını istediler⁹⁴⁹.

Batılı ülkeler, ceza hukuku alanında da, zimmîlerin imtiyazlı muamelelere tabi tutulması ve onlara İslam Hukuku'na dayalı bazı hükümlerin uygulanmaması yönünde isteklerde bulunmuşlardır. Osmanlı mahkemelerinde gayrimüslimlerin şahitliklerinin dinlenmesi ve irtidadın suç olmaktan çıkartılması gibi konularda dönemin yöneticilerine baskılar yapılmıştır⁹⁵⁰.

Osmanlı Devleti'nin girdiği Kırım Harbi'nde İngiltere, Fransa ve Sardinya müttefik olarak çarpışmış, Rusya yenilmişti; bu savaş sonunda toplanan Paris Konferansı'nda Avrupa devletleri Osmanlı Hükümeti'nin hukuk alanında reform yapması gerektiğini ilk defa açıkça bildirmişlerdir. 1856 yılında çıkarılan Islahat Fermanı'nda yargı alanında yapılması düşünülen reformlar açıkça belirtilmiş; müslüman ve gayrimüslim tebaa arasındaki ticaret ve ceza davaları için karma mahkemeler kurulması, bu mahkemelerde uygulanmak üzere ceza ve ceza usûl kanunlarının hazırlanması taahhüt edilmişti. Fermanın ilânından kısa bir süre sonra imzalanan Paris Anlaşması'nda fermana atıf yapılırca Osmanlı Devleti'ndeki her türlü ıslahat, hukuk ve adliye alanında yapılması kabul edilen yenilikler Avrupa'nın teminatı altına girdi⁹⁵¹.

⁹⁴⁹ Cin/Akyılmaz, s. 464; Ekinci, s. 542; Ekinci, Mahkeme, s. 13; Durhan, s. 66.

⁹⁵⁰ Şentop, s. 652; Ekinci, Mahkeme, s. 15; Aydın, s. 423.

⁹⁵¹ Ekinci, Mahkeme, s. 15; Aydın, s. 423.

5. Yeni Gelişmeler Karşısında Eğitim Sisteminin Yetersiz Kalması

Geleneksel yargı teşkilâtını yetersiz kılan, yargılama ilkelerinin düzenlenmesini gerekli hale getiren bir diğer neden de; eğitim sistemindeki bozulmaya bağlı olarak, yeterli donanımı bulunmayan kadıların mahkemelerde görev yapmalarıdır. Osmanlı medreseleri 17'inci yüzyıldan itibaren bozulmaya başlamış; müderrislikler ve kadılıklar, ehil olmayan kimselere rüşvetle ve hatırla verilmeye başlanmıştı⁹⁵².

Osmanlı Devleti'nde kadılar medreselerden yetişirdi. Osmanlı medreseleri, devletin kuruluşundan itibaren çeşitli aşamalardan geçmiş, özellikle Fatih ve Kanunî zamanlarında parlak dönemler yaşamıştı. Medreseler, Osmanlı Devleti'nin ilk dönemlerinde işinin ehli, donanımlı kadıların yetişmesinde etkili olmuş ve devletin kuruluş ile yükseliş dönemlerinde büyük hizmetler görmüştü. Ancak, bir orta çağ kurumu olarak mevcut yapısını, öğretim tarzını yüzlerce yıl koruyan medreseler, yeniliklere ve gelişmelere kapalı kaldılar. Medreseler, 17'inci yüzyıldan itibaren bozulma sürecine girerek, kendi iç disipliniyi kaybettiler⁹⁵³.

Devletin gerilemesiyle birlikte, bütün kurumlarda olduğu gibi öğretim sisteminde de sorunların yaşanması normaldir. Kimi dönemlerde padişahlara sunulan layiha ve risalelerde, devletin gerileme sebepleri içinde, hatta en başında, adliye teşkilâtı ve bununla bağlantılı olarak ilmiye sınıfı ve medreseler yer almaktadır. Tanzimat'ın ilânından önce (1838'de), medreselere yönelik bütün bu şikâyetler tekrar dile getirilmiş ve sorunları gidermek üzere "*Tarik-i İlmiyye Dair Ceza Kanunnamesi*" hazırlanmıştır. Bu metinde, ağırlıklı olarak rüşvet üzerinde durulmuş, rüşvetle hüküm verme, kadıları atama, kadıları görevden alma, naib atama gibi konular ayrı ayrı düzenlenmiş ve bu alanlarda işlenecek suçlar için verilecek cezalar belirtilmiştir. Bütün bu şikâyet ve düzenlemeler, hâkimlerin bilgi ve meslek ahlâkı bakımından nasıl bir gerileme içinde olduğunu göstermektedir⁹⁵⁴.

⁹⁵² Mumcu, Rüşvet, ss. 132-134; Karal, ss. 135-139; Durhan, s. 67; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 244; Ekinci, Mahkeme, s. 20.

⁹⁵³ Musa Çadırcı, "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli Tarik-i İlmiyye'ye Dair Ceza Kanunnamesi", *Tarih Araştırmaları Dergisi*, Cilt:14, Sayı:25, 1982, (Ceza Kanunnamesi), ss. 139-143; Şentop, s. 650; Durhan, s. 67; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 243, 244.

⁹⁵⁴ Çadırcı, ss. 139-143; Şentop, s. 650.

Medreselerdeki bu bozulma, doğal olarak yargılamaya da yansımıştır. İçtihatlar arasındaki hüküm farklılıkları uygulamada sorun yaratmakta ve bunları anlayıp uygulayacak bilgili, ehliyetli hukukçular artık yetişmemekteydi. Kanunnamelerde ve fıkıh kitaplarında yer alan hukuk kurallarını okuyup, anlama, gerekli hükümleri tespit ve tercih edip uygulama bakımından hâkimler, sorunlar yaşamaktaydılar⁹⁵⁵. Karmaşık bir yapıya sahip olan ve fıkıh kitaplarıyla fetvâ mecmualarında kodifiye edilmemiş bir halde bulunan Osmanlı Hukuku'nun uygulanabilmesi için iyi yetişmiş hukukçulara ihtiyaç duyulmaya başlandı. Kuruluş ve yükseliş dönemlerinde medreseler, oldukça donanımlı hukukçular çıkarttıkları için bu ihtiyacı karşılamışlardı. Ancak, devletin son dönemlerinde bozulma sürecine giren medreseler, bu görevlerini yerine getiremez oldu. Kadılığa girmek için gereken mülâzemet diplomaları, parayla satılmaya başlandı. Kişisel çıkarlarını ön planda tutan, rüşvet alan, ehliyetsiz, yeteneksiz kadı ve naip, halkın yargıya olan güvenini sarsmıştı⁹⁵⁶.

Devletin ilk dönemlerinde kadılar, nitelikli, ahlâklı oldukları için, yargılama hukuku ilkelerini de titizlikle uyguluyorlardı. Bu yüzden o dönemlerde yargılama hukuku ilkelerinin bir yerde sistemli olarak düzenlenmesine ihtiyaç duyulmamıştı. Ancak bozulmayla birlikte kadılar, yargılama sırasında bu ilkeleri göz ardı etmeye başladılar. Bu sebeple, yargılama hukuku ilkelerinin kanunlarda veya anayasalarda düzenlenmesine ihtiyaç duyuldu.

Tanzimat Dönemi'nden önce, eğitim ve yargı sistemini yeniden disipline etme çabaları olumlu bir sonuç vermedi. III. Selim döneminden itibaren devam eden bu çabalar, ulemanın devlet ve toplum üzerindeki nüfuzu karşısında etkisiz kalmıştır. Medrese eğitimi alarak gelen kadılardan oluşan şer'iyye mahkemeleri, çağın gereklerini karşılayamaz hale gelmişti. Ulemanın etkin nüfuzu ve tutuculuğu karşısında yargı teşkilâtının ıslahı olanaksız bir haldeydi. Tanzimat Dönemi'nin ilk padişahı olan Abdülmecit; geçmişten kalan bu yapının ıslaha elverişli olmadığını görerek, şer'iyye mahkemelerinin dışında yeni yargı kurumlarının temellerini atmaya

⁹⁵⁵ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye Mazbatasında bu durum açık bir şekilde ifade edilmektedir: “*Ulum-ı şer'iyyede meharetle zevata (yetenekli kişilere) nedret (azlık) geldiğinden mehâkim-i nizamiyede lede'l-icab kütüb-i fıkhiyyeye müracaatla hall-i şüphe edebilecek aza bulundurmamak şöyle dursun, memalîk-i mahrusada (büyükşehir) kain (olan) bu kadar mehâkim-i şer'iyyeye kafi (yetecek) kudat (kadı) bulmak müşkil (zor) olmuştur*” (Şentop, s. 650).

⁹⁵⁶ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 244; Mumcu, Rüşvet, s. 132; Ekinci, ss. 541, 567; Durhan, s. 67; Şentop, s. 650.

başladı. Abdülmecit (daha sonra Abdülaziz) de, ıslah edilemeyen (kaldırılması ise hiç düşünülmeyen) şer'iyye mahkemelerinin dışında yeni bir yapı oluşturma yoluna gitti⁹⁵⁷.

17-18'inci yüzyıllarda diğer bütün kurumlarda yaşanan çöküş, medreseleri de hızla etkisi altına alarak, bu kurumun fonksiyonunu tamamen yitirmesine neden oldu. Medreseler gereken ihtiyacı karşılayamayınca, yeni eğitim kurumları oluşturma yoluna gidilmiştir. Böylece, Tanzimat'ın genel karakteri olan ikicilik, eğitim alanında da egemen olmuş, medrese öğrenimini kaldıramamış ya da düzeltmemiş; bunun sonucunda ülkede iki tip hukukçunun yetişmesi yüzünden kültür ve hukuk birliği kurulamamıştır⁹⁵⁸.

6. Adalet İlkesine Aykırı Uygulamaların Çoğalması

a. Genel Olarak

Adalet, Osmanlı Devleti'ni asırlarca ayakta tutan önemli bir esas olarak görülmüş ve adalet hissinin zayıflaması devletin çöküşünün hem sebebi hem sonucu olmuştur. 16'ıncı yüzyıldan itibaren ehl-i örfün ve yargı görevlilerinin soygunları ve suiistimalleri halkı ezmeye başladı. Rüşvet ve zulmün artmasıyla giderek Osmanlı devlet ve adalet sistemi çökmeye başladı⁹⁵⁹.

Hâkimin rüşvet alması, vereceği kararı etkilemekte ve tarafsız, bağımsız davranmasını engellemektedir. Rüşvet, suç-ceza dengesini bozmakta, haklıyı haksız, haksızı haklı çıkarmaktadır. Bu durum da adaleti kökünden sarsacağından, halkın adalete, yargıya ve yönetime güveni kalmayacaktır. "Rüşvet kapıdan girince adalet bacadan çıkar" atasözü bu durumu güzel bir şekilde ifade etmektedir. Bu yüzden Osmanlı'da yaygınlaşan rüşvet, yargı sistemindeki çöküşün en önemli sebeplerinden biri olarak görülebilir.

⁹⁵⁷ Durhan, ss. 67-69; Karal, ss. 145, 146.

⁹⁵⁸ Çadırcı, Ceza Kanunnamesi, s. 139; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 370.

⁹⁵⁹ Mumcu, Rüşvet, ss. 118-128; Tanör, ss. 26, 27; Ekinci, s. 368; İnalcık, Devlet-i Aliyye, ss. 323, 324; Mumcu, Zulüm, ss. 12-21, 39; Özkaya, s. 445 vd.

Hafız Hüseyin'in 1334 (1916) yılında yazdığı bir makalede, Osmanlı'da 600 yıllık adalet geleneği ve kanunlarının nasıl tahrir edildiği ve devlet görevlilerinin halka karşı yaptıkları zulümler gözler önüne serilmektedir. Ayrıca makalede, devletin bütün servetini ve malvarlığını yağmalayan, zalimane uygulamalarda bulunan kişilerin nasıl cezalandırıldıkları da anlatılmaktadır (Hafız Hüseyin, ss. 7-10).

Şeyhülislâm ve kadıların sebep gösterilmeden görevlerinden alınamamaları, haklarında geçerli suçlama nedenleri olmadan mahkûm edilememeleri gibi olumlu ilkelerden, daha Kanunî devrinde uzaklaşmaya başlanmıştır. Yazılı olarak kanunlarda yer almasa da fıkıh kitaplarında ve uygulamada var olan adil yargılama ilkeleri, devletin ilk dönemlerinde titizlikle uygulanıyor, halk da bu yargılama güvenceleriyle korunuyordu. Ancak 16'ncı yüzyıldan başlayarak devam eden bozulma ve karışıklıklar yüzünden bu kurallara artık uyulmamaya başlanmıştır⁹⁶⁰.

b. Osmanlı'da Adâletnâme Geleneği

Reâyânın fakirleşmesi veya dağılması devletin gelir kaynaklarını ortadan kaldırır ve gelirsiz bir devlet ayakta duramaz inancıyla Osmanlı devlet adamları yolsuzlukları önleyecek önlemler almak istemişlerdir. Ancak merkezî otoritenin güçlü olduğu dönemde uygulanabilen bu önlemler, 1570'lerden sonra başarılı olamamıştır. Merkezi otoritenin sarsıldığı dönemde, Osmanlı'daki bozuklukları en iyi yansıtan kaynaklar adâletnâmelerdir. Adâletnâme, devlet otoritesini temsil edenlerin, kanun, hak ve adalete aykırı davranışlarını olağanüstü önlemlerle yasaklayan beyanname şeklinde padişah hükümleridir. Tahta çıkan bir padişah, adil bir saltanat süreceğini göstermek için genel bir adâletnâme çıkarırdı. Adâletnâme çıkarılmasının bir sebebi de, devlet görevlilerinin kötü uygulamalarından bunalan halk tarafından merkeze gönderilen şikâyet dilekçelerinin sayısındaki artıştır. Genel adâletnâmeler, bütün halkı zulme karşı koruma amacı taşırlardı. Kanunların ve bazı hakların teyidi niteliğindeki adâletnâmeler, kadılara ve ehli-i orfe hitaben yazılırlardı. Kadılara ve naiplere ait birçok hukuka aykırı uygulama adâletnâmelerde açıkça gösterilmiş ve yasaklanmıştır. Ancak adâletnâmeler, devletin zayıf olması sebebiyle memurlar üzerinde gereken etkiyi yapamamıştır⁹⁶¹.

⁹⁶⁰ Tanör, ss. 27-29.

⁹⁶¹ İnalçık, Üstünlük, ss. 190, 210; İnalçık, Devlet-i Aliyye, s. 324; Mumcu, Rüşvet, ss. 261, 262; Ekinci, Mahkeme, s. 20; Özkaya, ss. 446-448; Mumcu, Zulüm, ss. 2 vd.

c. Klâsik Dönem'deki Adâletnâmelerde Yer Alan Hukuka Aykırı Uygulamaların Tanzimat Dönemi Düzenlemelerine Etkileri

Klâsik Dönem'den itibaren, devlet ve yargı görevlilerinin yaptığı hukuka ve adalete aykırı uygulamaları gösterip yasaklayan birçok adâletnâme düzenlenmiştir. Burada Klâsik Dönem'den örnekler verilmesinin sebebi, Tanzimat Dönemi'nde var olan ve hukukî metinlerde düzenlenen ilke ve kurallarla engellenmesi hedeflenen adalete aykırı uygulamaların daha o dönemde başladığının ve adâletnâmelerde yer verilecek seviyede olduğunun gösterilmek istenmesidir.

1540 tarihli bir adâletnâmeye göre, “kadılar, eskiden beri naip atanmamış yerlere ve nahiyelere fazladan naip koymaktadırlar; bunun sebebi, kadının kendi gelirini arttırma hırsıdır. Bu yüzden, sadece eskiden beri naip atanan veya naibe ihtiyacı olan yerlere naip atanmalı, naipler yararlı kimselerden seçilmelidir; naiplerin devre çıkması yasaktır”. Adâletnâmede, naiplerin kimseden parasız yiyecek ve yem almamaları da emredilmiştir⁹⁶².

III. Mehmet tarafından Anadolu beylerbeyine, sancakbeylerine ve kadılara 1595'te gönderilen adâletnâme, ilk olarak devletin içine düşmüş olduğu kargaşayı ve yaygın hale gelmiş yolsuzlukları açıkça ifade eden ve aykırı hareket eden görevlileri şiddetli cezalarla tehdit eden bir adâletnâmedir⁹⁶³. Bu adâletnâmede, kadı naiplerinin sık sık devre çıkıp, her indikleri köyde halka kendilerini ve hayvanlarını bedava besletip, yetkilerini aşarak fazla para topladıkları anlatılmakta; halkın bu zulümler yüzünden köylerini bırakıp dağılmış bulundukları hususu vurgulanmaktadır⁹⁶⁴.

⁹⁶² İncalcık, Adâletnâmeler, No: V, ss. 110-116; İncalcık, Üstünlük, ss. 191, 192.

⁹⁶³ İncalcık, Devlet-i Aliyye, s. 324; İncalcık, Adâletnâmeler, No: III, ss. 104-108.

⁹⁶⁴ III. Mehmet'in bu adâletnâmesinde, Anadolu ve Rumeli'de bulunan beylerbeyi, sancakbeyi ve kadılara şöyle seslenmektedir: “...Siz vilayeti dolaşıp suçluları izleme göreviniz için değil, sadece kanuna aykırı olarak halktan para toplamak için devre çıkmaktasınız. Bu amaçla gereğinden fazla atıyla yaptığımız bu “devir”ler sırasında şu yolsuzlukları yaptığınız duyulmuştur: Birisi ağaçtan düşmüş olsa, siz buna katl süsü vererek o köye gidip yerleşiyor, sözde katili ortaya çıkartmak için köylüleri zincire vurmak veya dövmek suretiyle onlara kötü muamele yapıyoruz. ...Siz beyler ve voyvodalarınız, eşkiyanın hakkından gelecek yerde onlardan para alıp serbest bıraktığınız için yüz bulan eşkaya, gruplar halinde reâyâ üzerine düşmüştür. İşte bu zulümler benim kulağıma gelmiştir. ...Sizleri beylerbeyi ve sancakbeyi tayin etmekten, has vermekten amaç, devre çıkıp mal toplayıp memleketi harap etmeniz için değildir; orada şeriat ve kanun hükümlerini yerine getirmek ve hiç kimseye zulüm yaptırmamak, ortaya çıkan ve düzeni bozan kimseleri ele geçirmek, gerekiyorsa hapsedip hükümete arz etmek veya oradaki kadının hükmüne göre suçlunun cezasını vermektir. Reâyâdan, katledilenin akrabasına ait olan diyetten başka, öşr-i diyet adı altında para alınması kanuna aykırıdır ve yasaklanmıştır. Öşr-i diyet almak için iki-üç yüz atlı ile bir köye inen beyler, o köyün haraplığına sebep olmaktadır. ...Kadılar ve naipleri, köylerde suçluları yargılamak veya

III. Mehmet'in adâletnâmesinde, kadıların köylerde suçları yargılamak veya diğer hukukî işleri görme bahanesiyle yaptıkları yolsuzluklar anlatılmaktadır. Kadılar, görevlerini halkı soymak için kötüye kullanmakta; köy köy gezip suçsuz kişileri suçlamakta, sonra da onlardan gerçek dışı suçları için rüşvet almaktaydılar. Kadılar, haberi olmadan ahaliyi birbirine kefil yazıp, onlardan hizmet akçası adı altında para toplamaktaydılar. Kadılar, padişah fermanlarını kendi çıkarlarına göre yorumlamakta ve bir kimse, fermana ne yazıldığını görmek istese, onu fermana karşı gelmekle suçlayarak, para koparmaktaydılar. Ayrıca kadılar, reâyânın mahkemeden aldıkları belgelerden kanunda yazılı orandan fazla resim almaktaydılar. Adâletnâmede, yaygın bir yolsuzluk olan naipliklerin iltizamla satılmasına da yer verilmiştir. Naiplikler, kim fazla para verirse ona satılmakta; naipler de sık sık devre çıkarak, çeşitli resimler toplamak için reâyâyı rahatsız etmekte ve kalabalık maiyetlerini köylüye bedavaya besletmekteydiler⁹⁶⁵.

1609 tarihli adâletnâmede de yine benzer yolsuzluklardan bahsedilmiştir. Burada yakınılan durumlardan bazıları şöyledir: Kadılar veya naipleri, bir köy veya kasabaya gelince yeni mezarları deftere geçirmekteler, “bize haber vermeden neden gömdünüz?” diye halkı rahatsız etmekte ve gayrimüslimlerden para almadıkça ölülerini gömmelerine izin vermemekteydiler. Bazı kadılar yaptıkları genel teftişlerde zengin birini bulunca “sen mal bulmuşsun” diyerek mallarını zapt etmekte, ayrıca şer’i hüccetlerden de fazla resim almaktaydılar⁹⁶⁶.

1714 tarihli bir adâletnâmede, ehl-i örfün sıkça kadıların haberi olmadan, yargılama yapılmadan kişileri yakalayıp hapsettiğinden bahsedilmiş ve halkın adalet ilkeleri gözetilerek korunması istenmiştir. 1742 tarihli bir başka adâletnâmede, kadıların hüccet, ilam ve arzlardan, çeşitli davalardan tayin olunandan daha fazla para almamaları konu edilmiştir. Ayrıca kadılara, ehl-i örfe tabi olarak fakir halka hiçbir şekilde zulüm yapmamaları emredilmiştir. Kadılar veya naipler mahallîn ileri gelenleriyle anlaşıp rüşvet almakta ve kim fazla para verirse davayı onun lehine

diğer hukukî işleri görme bahanesiyle voyvodolar ile birlikte köy köy dolaşmakta, maiyetlerini ve hayvanlarını besletmek için reâyânın koyun, tavuk, yağ, bal, arpa, saman ve otunu ücretini ödmeden almaktadırlar. Kadılar, miras taksiminde binde 15 veya 20 resim almaya yetkilidirler. Fakat çağrılmadan veya gereksiz yere miras taksimine karışmakta ve mirasın büyük bir bölümünü resim olarak almaktadırlar...” (İnalcık, Devlet-i Aliyye, ss. 325-327; İnalcık, Adâletnâmeler, No: III, ss. 104-108).

⁹⁶⁵ İnalcık, Adâletnâmeler, No: III, ss. 104-108; İnalcık, Devlet-i Aliyye, ss. 326-328; İnalcık, Üstünlük, ss. 194-196; Mumcu, Rüşvet, s. 133.

⁹⁶⁶ İnalcık, Adâletnâmeler, No: X, ss. 123-133; İnalcık, Üstünlük, ss. 193, 194.

sonuçlandırmaktaydılar. 1755 tarihli adâletnâmede de, kanuna aykırı kararlar alınan davaların sıkça duyulduğu, kadılar ve naiplerin rüşvet alarak davanın taraflarından birini koruduğu, aslı olmayan birçok uydurma davayla namuslu kişilere zulmedildiği belirtildikten sonra bu tür uygulamalar yapan görevlilerin cezalandırılacağı, görevlerinden alınacağı uyarısı yapılmıştır⁹⁶⁷.

Sadece kadılara, adalet görevlilerine yönelik adâletnâmeler de bulunmaktadır. Bunlardan biri 1713 senesinde yazılan bir adalet fermanıdır. Bu adâletnâmede, kadıların şer'i hukuka aykırı karar verdikleri ve zenginleşmek için türlü yolsuzluklara başvurdukları belirtildikten sonra; halktan hukuka aykırı bir şey alınmaması, şer'i hukuka ve kanuna göre yargılama yapılması, yargılamada gerçeğin araştırılması, gönderilen bu emirlerin mahkeme siciline işlenerek bunlara göre hareket edilmesi kadılardan istenmektedir. Ayrıca adâletnâmede, kadıların ağır davranmalarından dolayı, fukaranın hakkı geriye bırakılır veya uygulamada kadıların hatası olursa hiçbir şekilde özür ve cevaplarının dinlenmeyeceği belirtilmiş; tüm hukuka aykırı uygulamaları sonucu azledilebilecekleri uyarısında bulunulmuştur. 1783 yılında kadılara yönelik çıkarılan başka bir adâletnâmede de, özellikle kadıların haksız yere topladıkları paralar ile mallar üzerinde durulmuş ve bu uygulamalar yasaklanmıştır⁹⁶⁸.

Adâletnâmeler ve kanunnamelerdeki genel emirlerin iyi uygulanıp uygulanmadığını araştırmak için merkez tarafından "zulüm teftişleri" yaptırılırdı. Ancak bu teftişler sırasında da adalet aykırı uygulamalar yapıldığı gibi, bazı kişiler de müfettişmiş gibi davranarak kendilerine çıkar elde etmeye çalışmışlardır⁹⁶⁹.

16'ncı yüzyıldan itibaren Osmanlı Devleti'nde reâyâ için öngörülen cezalandırma kuralları ve yargılama ilkeleri bir tarafa bırakılmış, zulüm derecesine varan toplu cezalandırma usûlleri olağan bir hal almıştı. Hatta padişah fermanlarıyla bir yandan suçluların kanuna göre ve ancak kadı tarafından cezalandırılmaları gerektiği ehl-i örf ile kadılara tekrar tekrar bildirilirken, diğer yandan yöneticiler düzenin sarsıldığını gördüklerinde bunlara, "ehl-i fesattan reâyâ hüviyeti olanları" hemen idam etmelerini buyurmaktaydılar. Başta padişah olmak üzere devlet yetkilileri, gerekli gördükleri takdirde hukuk kurallarını bir yana bırakarak hareket

⁹⁶⁷ Özkaya, ss. 470-476; Mumcu, Rüşvet, ss. 267-269.

⁹⁶⁸ Özkaya, ss. 454, 455.

⁹⁶⁹ Mumcu, Zulüm, s. 41.

edebiliyorlardı. Bu keyfilikten zarar gören de masum halk oluyor; halkın adalete olan inancı zayıflıyordu⁹⁷⁰. Bu yüzden Tanzimat Fermanı ve onu takip eden ceza kanunlarında, her vatandaşa can ve mal güvenliği tanınması ve halkın zalim idarecilere karşı koruma altına alınması hedeflenmiştir.

C. Tanzimat Dönemi Yargı Teşkilâtının İkili Yapısı

Tanzimat Dönemi'nde kurulan yeni mahkemelerle yargı teşkilâtı daha karmaşık hâle gelmiştir. Çünkü Klâsik Dönem'de var olan mahkemeler kaldırılamamış; hem eskiden kalan mahkemeler hem yeni kurulan mahkemeler yargı yetkisini birlikte kullanmışlardır.

Tanzimat Dönemi'ndeki ikili yapının temel nedenlerinden biri, Osmanlı devlet ve kültür yaşamının sınırlarını çizen, dinî temele dayanan devlet yapısının ve gelenekçiliğinin her türlü tartışmanın dışında tutulmuş olmasıdır. Devletin İslâmi meşrûluğu devam ettiğinden şer'iyeye mahkemeleri, eski ayrıcalıklar devam ettiğinden cemaat mahkemeleri ve kapitülasyonlar kaldırılamadığından konsolosluk mahkemeleri bu yeni dönemde de kaldırılamamıştır. Böylece ortaya çıkan çok hukukluluk, yargı örgütünü daha karışık hale getirmiş ve yargı birliğinin oluşmasını engellemiştir⁹⁷¹.

Şer'i hukuktan başka kapitülasyonların ve azınlık ayrıcalıklarının da devam etmesi hukuk birliğini tamamen parçalamıştır. Bu durum, ülkede kanunların tekliği, genelliği ve yargı birliği gibi modern hukuk ilkelerinin yerleşmesini ve tam bir eşitliğin gerçekleşmesini engellemiştir⁹⁷². Bir kişiye yargılama alanında din ve vicdan özgürlüğü kapsamında bazı özel durumlar tanımak, kapitülasyonlarla ticarî ve adlî ayrıcalıklar vermekten farklı durumlardır. Klâsik Dönem'de devletin büyümesinin ve adaletin timsali olan bir dinî hukuk sistemi, Tanzimat Dönemi'nde artık adil olmamakla vasıflandırılan ve kurtulunması gereken hantal bir yapı olarak nitelendirilmiştir.

⁹⁷⁰ Tanör, ss. 29, 30; Tahir Taner, "Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku", *Tanzimat I*, Ayır Basım, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940, s. 2.

⁹⁷¹ Ekinci, ss. 320, 554; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 372; Durhan, s. 108; Rubin, Nizamiye, ss. 56-58.

⁹⁷² Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 372.

Yukarıda sözü geçen bozulma, yeni mahkemeler ve hukuk sistemi ile giderilmeye çalışılmıştır. Bir yandan kurulan yeni mahkemelere iyi eğitilmiş hâkimler yetiştirme, savcılık, avukatlık kurumlarını yargı örgütüne sokma hazırlıkları yapılırken, bir yandan da, kadıların bambaşka bir hukuk sisteminin ürünü olan yeni kanunları şer'iyeye mahkemelerinde uygulamaları mümkün olmadığından, şer'iyeye mahkemeleri düzeltilmeye çalışılmıştır. Ancak bu çabalar sonuç vermemiş; yeni hukuka göre yetiştirilecek hâkimlerin isteksiz ve yavaş davranmaları da adalet örgütünün gelişme hızını kesmiştir⁹⁷³. Hukukçular bozulmanın, kendilerinden ve İslam hukuk sisteminden kaynaklandığına ve şekli bir sistem değişikliğiyle düzeltilebileceğine inanmamaktaydılar.

Nizamiye mahkemeleriyle batı modeli yeni bir yargı örgütü kurulmasına rağmen, bu mahkemelere hâkim yetiştirecek eğitim kurumları bulunmadığı için, yeni mahkemelerin başına da medrese sistemi içerisinde yetişmiş kadılar tayin edilmiştir⁹⁷⁴. Çoğunlukla kadı veya naip, aynı zamanda nizamiye mahkemesi reisliği de yapmıştır⁹⁷⁵.

Ülkede birbirinden farklı mahkemeler kurularak adli birlik bozulmuş, üstelik yeni kurulan mahkemeler, eskilerinden çok daha büyük sorunlar meydana getirmişlerdir⁹⁷⁶. Halk, yeni kurulan mahkemelere güvenmediğinden eskiden olduğu

⁹⁷³ Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 358, 359.

⁹⁷⁴ Ancak 1874'te Mekteb-i Hukuk-i Sultani ve 1880'de Mekteb-i Hukuk açılmış ve bu okulların mezunları nizamiye mahkemelerinde hâkimlik yapmışlardır. Daha sonra bu iki okul birleştirilmiş ve bugünkü İstanbul Hukuk Fakültesi'nin temelini oluşturmuştur (Gülnehal Bozkurt, "Türkiye'de Hukuk Eğitiminin Tarihçesi", **Hukuk Öğretimi Sempozyumu**, Ed. Adnan Güriz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1993, (Hukuk Eğitimi), ss. 51-69; Ali Adem Yörük, **Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul, 2008, ss. 27-29, 37, 158; Fethi Gedikli, "İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ne Zaman Kuruldu?", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:69, Sayı:1-2, 2011, (İstanbul), ss. 92, 94, 100, 101; Özkent, s. 62; Cin/Akyılmaz, s. 168; Demirel, ss. 295, 296).

⁹⁷⁵ Taşra meclislerinde reislik mülkî âmirlerde olmakla beraber, kadı veya naipler burada üye olarak bulunur ve meclisin görev alanına giren davaları onlar bakıp sonuçlandırır. 1864 Vilâyet Nizamnamesi devrinde bu meclislerin adli fonksiyonlarını yerine getirmek için kurulan meclislere kadı veya naipler reis olarak atanmış, daha sonra bu usûl yerleşmiştir (Ekinci, Mahkeme, s. 147).

⁹⁷⁶ 1896 (1311) yılında Sultan II. Abdülhamit'e sunulan, mahkemeler ve yargı örgütünün problemleriyle bunların giderilmesi için yapılması gereken başlıca düzenlemelerin neler olabileceği konusunda hazırlanan bir layiha bulunmaktadır. Bu layiha yargı örgütünün içinde bulunduğu durumu gözler önüne sermektedir. Bu layihada iki önemli probleme işaret edilmektedir: Bunlardan ilki mahkemelerin hâkim ve diğer personel kadrosunun yetersizliğidir. Diğer de, doğrudan doğruya mahkemelerde uygulanan kanunlardan kaynaklanmaktadır. Yeni kanunların uygulanmasında bir takım karışıklıklar ve suistimaller olmakta, yargıyla ilgili şikâyetlerin çoğu bununla ilgili bulunmaktadır (Osman Köksal, "Adliye Örgütünün Problemleri ve Yapılması Gerekli Düzenlemelere Dair II.

gibi şer'iyye mahkemelerine başvurmak istemiş ve yargıda karmaşa giderek artmıştır⁹⁷⁷.

Tazir cezalarını düzenleyen kanun hükümleri nizamiye mahkemelerince; kısas, diyet gibi şer'i cezaları düzenleyen hükümler şer'iyye mahkemelerince uygulanmaktaydı. Kısas ve diyet cezası gerektiren fiiller kamu düzenini de ilgilendirdiğinden, bu suçlar için nizamiye mahkemelerine de başvurulabilmekte ve bu durum yetki karışıklıklarına sebep olmaktaydı.

Kısas cezası gerektiren suçlarda failin hem şer'iyye hem de nizamiye mahkemelerinde yargılanıyor olmasına rağmen, hükmün kesinleştirilmesi her iki yargılamanın tamamlanmasına bağlı kılınmıştır. Kanunlardaki düzenlemeye bakıldığında, nizamiye mahkemelerinin kısas gerektiren suçlarda ceza vermesinin failin kısasla cezalandırılmamasına bağlı olduğu anlaşılmaktadır⁹⁷⁸. Buna göre şer'iyye mahkemelerinde, suçun tam sübutu gerçekleşmediği veya mirasçılarının affi sebebiyle cezalandırılmayan şahsın nizamiye mahkemelerinde cezalandırılması mümkün kılınmıştır⁹⁷⁹. Tam tersine, adam öldürme suçuyla nizamiye mahkemesinde yargılanıp beraat eden bir kişi, maktulün mirasçılarının isteğiyle olaya el koyan şer'iyye mahkemesinde yargılanıp idama mahkûm edilebilirdi⁹⁸⁰. Bir kişinin aynı

Abdülhamit'e Sunulan Bir Layiha", *Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi (OTAM)*, Sayı:9, 1998, s. 265).

Midhat Paşa'nın Suriye Layiha'sında da mahkemelerle ilgili benzer sorunlar yer almıştır. Layihada en çok şikâyet edilen konuların mahkemeler olduğu ve en kısa zamanda mahkemelerin tanzim ve ıslahının gerektiği belirtilmiş; özellikle maaş yetersizliğinden adliye memurlarının bağımsız hareket etmedikleri, türlü irtikab ve yolsuzluğa başvurdıkları, personel yetersizliğinden kanuna aykırı işlemler meydana geldiği ve yargılamaların senelerce sürdüğü ve bu sebeple şüphelilerin haksız yere tutuklu kaldıkları ifade edilmiştir (Fethi Gedikli, "Midhat Paşa'nın Suriye Layihası", *Dîvân İlmi Araştırmalar*, Sayı:7, 1999/2, (Midhat), s. 180).

⁹⁷⁷ İkinci, Mahkeme, s. 170.

⁹⁷⁸ Şentop, s. 664.

⁹⁷⁹ Hem şer'iyye hem nizamiye mahkemesinin aynı davaya bakması mümkündü. Kısas ve recm cezası dışındaki had ve kısas cezaları tazir cezasıyla birleşebilirdi; buna hukuken bir engel yoktu. Örneğin, A, B'yi öldürür ve B'nin mirasçıları şer'iyye mahkemesinde dava açar. Eğer suç ispatlanır ve A kısas edilirse yargılama biter ve nizamiye mahkemesinde tekrar yargılama yapılamaz. Ancak B'nin mirasçıları A'yı affeder ve diyet isterlerse, bu durumda B'nin mirasçılarına diyet ödenmek üzere, kararı şer'iyye mahkemesi verir. Bu şer'i yargılama sonucu verilen karardır. Ancak adam öldürme gibi kısas suçları aynı zamanda kamu düzenini de ilgilendirdiğinden, Nizamiye mahkemesinde de kamu davası açılır. Nizamiye mahkemesi, hiç yargılama yapılmamış gibi soruşturmasını ve yargılamasını yapar ve kanunda adam öldürme suçu için belirlenmiş olan tazir cezalarından birini verebilir. Verilecek tazir cezası idam da olabilir. B'yi öldürdüğünden dolayı diyet ödeyerek veya mirasçıların affıyla kısastan kurtulan A, kamu davası sebebiyle tazir cezası olarak idam edilebilir. Kısaca, A kısastan kurtulsa da nizami yargılama sonucu verilen ölüm cezasından kurtulamayabilir (Cin/Akgündüz, I, s. 339).

⁹⁸⁰ Cin/Akyılmaz, s. 245.

suçtan iki kez yargılanması bu ikili yapının yol açtığı karmaşık ve hakkaniyete aykırı bir sonuç yaratmaktaydı.

Ç. Tanzimat Dönemi Ceza Yargılaması Hukukunda İkili Yapı

Tanzimat Dönemi'ndeki ikili yapı, yargılama usûllerinin de çeşitlenmesine neden olmuştur. Mahkeme çeşidi kadar, yargılama usûlü ortaya çıkmıştır. Ceza yargılaması bakımından bu dönemde hem nizamî hem de şer'i yargılama usûlü uygulanmıştır. Nizamî yargılama usûlü; 1879 tarihli Usûl Kanunu ile ortaya çıkan, nizamiye ve karma mahkemelerde uygulanan yargılama usûlüdür. Şer'i yargılama usûlü ise, kaynağını fıkıh eserlerinden alan ve bazı küçük değişikliklerle birlikte, şer'iyeye mahkemelerinde Cumhuriyet'e kadar uygulanan usûldür⁹⁸¹.

Şer'iyeye mahkemeleri devletin sonuna kadar yargılama yapmaya devam ettiklerinden, bu mahkemelerde uygulanacak usûl kuralları Hanefi mezhebinin içtihatlarına göre hazırlanan Mecelle'de düzenlenmiştir. Şer'iyeye mahkemeleri, sınırlı da olsa, bu dönemde de ceza yargılaması yaptıklarından, Mecelle'de yer alan usûl kuralları ceza yargılaması bakımından da geçerliliğini korumuştur. Şer'iyeye mahkemelerinde yüzyıllardır uygulanan ama tedvin edilmemiş olan fıkıh usûlü hükümleri Mecelle'de üç kitap halinde derlenmiştir. Toplam 239 maddeden oluşan bu üç kitapta, deliller, kaza ve yargılama hukukuyla ilgili kurallar bir araya getirilmiştir⁹⁸².

1876 yılında yürürlüğe giren Mecelle'nin son üç kitabı (Kitabü'd-Da'vâ, Kitabü'l-Beyyinat Ve't-Tahlif ve Kitabü'l-Kaza), hem şer'iyeye hem nizamiye mahkemelerinde uygulanmak üzere kanun haline getirilmiştir. Nizamiye mahkemelerinde, bazı istisnai hükümlerin dışında, 1879 yılına kadar şer'i yargılama usûlü uygulanmış ve Mecelle'nin usûle ait üç kitabı nizamiye mahkemelerinin de usûl kanunu olmuştur. Nizamiye mahkemelerinde nizamî yargılama usûlü denilen yeni uygulamalar, 1879 tarihli Usûl Kanunları ile başlamıştır. Bu kanunlara göre nizamiye mahkemelerinde yapılan yargılamalara, nizamî yargılama adı verilmiştir.

⁹⁸¹ Cin/Akgündüz, I, ss. 418, 419.

⁹⁸² Cin/Akgündüz, I, s. 387; Ahmed Lütfi, s. 151; Ekinci, s. 569; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 354; Sarkis, s. 582; Düstur, 1. Tertip, Cilt:3, ss. 399-410; Ellek, ss. 141, 144; Aydın, Adalet, ss. 335-345.

Böylece başlayan şer'i-nizamî yargılama ikiliği devletin sonuna kadar devam etmiştir⁹⁸³.

Mecelle, ceza muhakemesi-hukuk muhakemesi ayrımı gözetmeksizin yargılama usûlüne yönelik maddeler içermesi sebebiyle Tanzimat Dönemi Ceza Hukuku'na ilişkin kanunî düzenlemeler arasında sayılabilir. Mecelle'nin yargılamayla ilgili maddeleri, ceza usûl kanunu çıkarılıncaya kadar bütün mahkemelerde uygulanmış; 1879 tarihli Ceza Usûl Kanunu'nun çıkmasından sonra da şer'iyeye mahkemelerinde uygulanmaya devam edilmiştir. Bu dönemin şer'iyeye mahkemeleri hâlâ cana ve bedene yönelik suçları yargılayarak, kısas ve diyet cezası verme, yani ceza yargılaması yapma yetkisine sahiptiler.

487 madde, bir mukaddime, iki kitaptan oluşan 1879 tarihli Usûl-i Muhakemât-ı Cezâiye Kanunu, nizamiye mahkemelerinin ceza bölümlerinde uygulanmak üzere hazırlanmıştır⁹⁸⁴. Bu kanun, Cumhuriyet Dönemi'ndeki yeni ceza usûl kanununun kabulüne kadar yürürlükte kalmıştır. Kanunun mukaddimesinde kamu davalarıyla ilgili genel esaslar yer almıştır. Birinci kitapta, ilk defa Osmanlı Hukuku'na giren savcıların görevleri geniş ve ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Sorgu hâkimleri kısmındaysa, tahkikat, şikâyet, şahitlerin dinlenmesi, yazılı deliller, celb ve tevkif işlemleri, tahliye ve soruşturma sonucu verilecek kararlara ilişkin hükümler yer almıştır. İkinci kitapta ise, yargılama safhaları düzenlenmiştir. Cünha ve cinayet davalarına bakan mahkemeler, davaların görülmesi, temyiz ve yargılamanın iadesi hükümleri, gıyabî yargılama, kamu düzenini ilgilendiren mahkeme evrakı, hapishaneler, ceza zamanaşımı gibi konulara ilişkin hükümler de ikinci kitapta bulunmaktadır⁹⁸⁵.

Mecelle'nin ilânından sonra şer'i yargılama usûlüyle ilgili gelişmeler de olmuştur. II. Meşrutiyet'ten sonraki ilk gelişme, usûle yönelik bazı yeni hükümler getiren 1913 tarihli "*Hükkâm-ı Şer' Ve Memûrîn-i Şer'iyeye Kanunu*"dur. Bu kanunla şer'iyeye mahkemelerinin teşkilâtı, tek hâkim usûlü, şer'i ilamlar gibi konular düzenlenmiştir. 1917 tarihinde "*Usûl-i Muhakeme-i Şer'iyeye Kararnamesi*" adıyla yeni bir şer'i usûl kanunu çıkarılmış ve Mecelle dışındaki bütün şer'i usûl hukuku düzenlemelerini yürürlükten kaldırmıştır. Çıkarılan bu usûl kanunu 1927 yılına kadar

⁹⁸³ Cin/Akgündüz, I, ss. 420-423; Ekinci, s. 569; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 353-356; Cin, s. 28.

⁹⁸⁴ Düstur, I. Tertip, Cilt:4, ss. 135-224.

⁹⁸⁵ Cin/Akgündüz, I, ss. 422, 423; Bozkurt, Batı, ss. 105-109; Cin, s. 29; Avcı, Türk, s. 531.

uygulanmıştır. 1917 tarihli kanunda; tek hâkim usûlü, kadılar ile kadı yardımcılarının görevleri, görev ve yetki kuralları, yargılamanın alenîliği, delillerin tespiti gibi yargılama usûlüne ilişkin hükümler ve kanun yollarıyla ilgili düzenlemeler yer almaktadır⁹⁸⁶.

Her ne kadar ikili yapı olsa da her iki sistemde de adil yargılama hakkını koruyan ilkeler bazında ortak hususlar vardır.

III. TANZİMAT DÖNEMİ DÜZENLEMELERİNDE ADİL YARGILAMAYA İLİŞKİN İLKELER

A. Genel Açıklama

Klâsik Dönem Osmanlı Hukuku'nda adil yargılamaya ilişkin ilkeler uygulanmış, ancak ismi konulmuş olarak kanunlarda ya da hukukî belgelerde yer almamıştır. Bu ilke ve esasların yazılı hale getirilerek ilân edilmesi ihtiyacı doğrultusunda, Tanzimat Dönemi'nde, zaman içinde onlara hukukî metinlerde açıkça yer vermeye başlandığı görülmektedir.

Türk hukuk sisteminde insan hakları ve adil yargılamaya ilişkin ilkelerin yazılı hale getirilmesi yolunda ilk adım, Osmanlı Devleti tarafından 1839'da ilân edilen Gülhane Hatt-ı Hümayûnu olarak da bilinen Tanzimat Fermanı'dır⁹⁸⁷. Ferman, öncelikle şeriata atıf yaparak başlamaktadır⁹⁸⁸. Tanzimat Fermanı'nda, ülkenin kötü gidişini engellemek ve memleketin iyi idaresi için bazı yeni kanunlar gerektiği ve bu kanunların can, mal, ırz güvenliğini sağlayacağını, adalete uygun olmadığı için müsadere sisteminin kaldırılacağı, ayrıca ceza davalarının açık ve etraflıca görülmedikçe ve suçlular hakkında şer'i hüküm tertip edilmedikçe kimsenin açık ya da gizli öldürtülemeyeceği, çıkarılan kanunlara aykırı davrananların cezalarını belirlemek için ayrıca bir ceza kanunnamesi yapılacağı, bu kanuna göre ise herkesin

⁹⁸⁶ Cin/Akgündüz, I, ss. 423-425; Avcı, Türk, s. 527.

⁹⁸⁷ Sarkis, s. 167; Düstur, I. Tertip, Cilt:1, s. 4. Tanzimat Fermanı'yla açıklanan hak ve hürriyetler, Osmanlı Devleti'nde daha önce hiç bulunmayan hak ve hürriyetler değildir. Uygulamadaki bozukluklar sebebiyle ihmale uğrayan bu hak ve hürriyetler, yeni hukukî düzenlemeler ve kurumlarla garanti altına alınmak istenmiştir (Cin/Akgündüz, I, s. 205).

⁹⁸⁸ Fermanda son 150 senedir çeşitli sebeplerden dolayı şeriata uyulmadığı için kuvvetin zayıflığa, refahın da fakirliğe dönüştüğü belirtilmektedir. Bu fermanın şeriata ısrarlı atıflarda bulunmasının, muhafazakâr tepkileri baştan önlemek için olduğu söylenebilir (Taner, s. 3; Candan, s. 71).

hatır ve rütbeye bakılmadan cezalandırılacağı belirtilmektedir. Tanzimat Fermanı, Osmanlı mevzuatında ve anayasa geleneğinde eskiden beri var olan temel hak ve hürriyetlerin yazılı hale getirilerek teyit olunduğu bir fermanıdır. Ferman’da, bu temel haklara ve bunların teminat altına alınması için çıkarılan kanunlara padişah da dâhil olmak üzere herkesin uyması gerektiği belirtilmiştir⁹⁸⁹.

Tanzimat Fermanı’nda, suç işleyenlerin kanunlara uygun ve alenî olarak yargılanacakları, bu şekilde yargılama yapılarak haklarında verilmiş bir mahkeme kararı olmadıkça idam cezasının uygulanamayacağı ifade edilerek kısmen de olsa adil yargılanma hakkına yer verilmiştir⁹⁹⁰. Tanzimat Fermanı’yla “kanunsuz suç ve ceza olmaz”, “yargılamasız kimseye ceza verilmez” ilkeleri ilk kez yazılı olarak kabul edilmiştir. Bu fermanla padişah, mutlak olarak kendisine tanınan örfî ceza verme yetkisinden vazgeçmekte ve bu yetkiyi mahkemelere devretmektedir⁹⁹¹.

Tanzimat Dönemi’nin en önemli özelliklerinden biri, bu dönemde gerçekleştirilen yoğun kanunlaştırma hareketleridir. Tanzimat Fermanı’nda yeni kanunların hazırlanması gereğinden bahsedilmişti; buna uyularak o dönemde özellikle ceza hukuku alanında birçok kanunlaştırma faaliyeti yapılmıştır⁹⁹².

Tanzimat’ın ilânından sonra kabul edilen ilk kanun olan 3 Mayıs 1840 tarihli Ceza Kanunnamesi⁹⁹³, Tanzimat Fermanı’nda belirtilen hususları pekiştirmiş ve düzenlemiştir⁹⁹⁴. Kanun, can, ırz, namus ve mal güvenliği bakımından bir haklar bildirisi ile sınırlı kalmamış, bu hakları kanunî esaslara kavuşturmuştur; bu yüzden, dönemine göre hukuk devleti yolunda atılmış büyük bir adımdır. Bu Kanun, Osmanlı Devleti’nde yaşayan herkesi ayrıcalıksız olarak kapsamına alması bakımından da ilktir.

1840 tarihli Kanun, pek çok suçu düzenlemediği ve sistematik olarak başarısız kabul edildiğinden aynı sene içinde Kanun’a çeşitli ek ve değişiklikler yapılmıştır. 1840 tarihli Kanun’un, geçirdiği değişikliklere rağmen, yine de ihtiyaca

⁹⁸⁹ Ekinci, s. 557; Cin/Akgündüz, I, s. 205; Tanör, s. 86; Taner, ss. 3, 4.

⁹⁹⁰ Kemal Gözler, **Tanzimat Fermanı**, www.anayasa.gen.tr/tanzimatfermani.htm; (E. T. 27.02.2012); Taner, s. 4.

⁹⁹¹ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 332; Ekinci, s. 264; Taner, s. 4.

⁹⁹² Aydın, ss. 428, 429; Taner, ss. 5-10.

⁹⁹³ Ahmed Lütfi, ss. 114-128; Sarkis, s. 178.

⁹⁹⁴ 1840 tarihli Ceza Kanunu’nda sadece bir ceza kanunu hazırlayıp yürürlüğe koyma amacının aşıldığı, padişah tarafından Tanzimat Fermanı ile hukuk devletinin gerçekleştirilmesi için vaadedilen ıslahatın önemli bir kısmının bu kanun ile yapıldığı görülebilir. Tanzimat Fermanı mutlaka Ceza Kanunname-i Hümayûn ile birlikte ele alınmalı ve değerlendirilmelidir (Candan, s. 74).

cevap vermemesi üzerine 1851 yılında “Kanun-ı Cedid” adı altında yeni bir ceza kanunu kabul edilmiştir; ancak Kanun-ı Cedid, yeni bir anlayış ve sistem farklılığı getirmemiştir⁹⁹⁵.

1858 tarihli Ceza Kanunnamesi ise, kendisinden önce uygulanmış olan 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunları’ndan önemli farklılıklar göstermektedir⁹⁹⁶. Öncekiler, büyük ölçüde Klâsik Dönem kanunname geleneğine uygun olarak hazırlanmışken, 1858 tarihli kanunun hazırlanmasında, hem sistem hem de içerik olarak batılı kanunlardan, özellikle 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu’ndan önemli ölçüde yararlanılmıştır⁹⁹⁷. Kanun’un birinci bölümünde kamuya karşı işlenen suçlar, ikinci bölümünde şahıslara karşı işlenen suçlar, üçüncü bölümde de kabahatler düzenlenmiştir⁹⁹⁸. Sonrasında bu Kanun’da farklı tarihlerde çeşitli eklemeler ve değişiklikler yapılmıştır⁹⁹⁹.

1879 yılında bir ceza muhakemesi kanunu olan “Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu” kabul edilmiştir¹⁰⁰⁰. 1879 tarihli bu Kanun’la yine aynı yıl içinde kurulmuş olan savcılık kurumunun görev ve yetkileri ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve böylece modern ceza muhakemelerine yakın bir yapının ortaya çıkması sağlanmıştır¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁵ Ahmed Lütfi, ss. 130-147; Tanör, s. 110; Şentop, s. 653; Cin/Akgündüz, I, s. 337; Cin/Akyılmaz, s. 244; Karaman, I, s. 222; Sarkis, s. 241; Taner, ss. 8, 9; Avcı, Türk, ss. 523-525.

⁹⁹⁶ Ahmet Akgündüz, “1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukukî Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men-i İrtikâb Kanunnamesi”, *Belleten*, Cilt:51, Sayı:199, Ankara, 1987, (İrtikab); ss. 158-164; Akgündüz, Mukayeseli, s. 832; Cin/Akgündüz, I, ss. 337, 338; Karaman, I, s. 224; Sarkis, s. 300; Gayretli, <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=106>, (E.T. 30.03.2016).

⁹⁹⁷ Rüşvet ve zimmet suçları konusunda 1855 tarihinde hazırlanan 30 maddelik “Men-i İrtikâb Kanunnamesi”nin bazı bölümleri düzeltilerek kanun metnine alınmıştır. 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunları da bu kanunun kaynakları arasındadır. Şeyhülislâmlığın görüş ve değerlendirmeleri de dikkate alınmış ve gerekli düzeltmeler yapılmıştır. Bütün bunların yanında 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu’nun, bu kanunun esas kaynağı olduğu kabul edilebilir (Gayretli, <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=106>, E.T. 30.03.2016).

⁹⁹⁸ Cin/Akgündüz, I, s. 338; Cin/Akyılmaz, s. 244; Ekinci, s. 563; Karaman, I, ss. 224, 225; Düstur, I. Tertip, Cilt:1, s. 537; Avcı, Türk, ss. 529, 530.

⁹⁹⁹ 1858 tarihli Ceza Kanunname-i Hümayûnu Osmanlı Devleti’nde uzun yıllar yürürlükte kalmış bir kanundur. Hazırlanışı ve yürürlüğe girişinde olduğu kadar zaman içinde geçirdiği değişikliklerle de dikkati çekmektedir. İkinci Meşrutiyet dönemine kadar süren 52 yıllık dönemde 19 irade-i seniyye ile Kanun’un 15 maddesi değiştirilmiş, 26 maddesine ise ilaveler yapılmıştır. II. Meşrutiyet’ten sonra yapılan değişikliklerle, Kanun’un toplam 101 maddesi değiştirilmiş, bir madde eklenmiş, bir faslına ve bir bâbına ilave yapılmıştır. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından da, Kanun’da, biri oldukça kapsamlı, dört değişiklik yapılmıştır (Şentop, ss. 657, 658). Sarkis, ss. 322, 358, 395, 560.

¹⁰⁰⁰ Düstur, I. Tertip, Cilt:4, ss. 131-224.

¹⁰⁰¹ Aydın, ss. 429-433; Cin/Akyılmaz, ss. 473, 474; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 345; Şentop, s. 657; Ekinci, ss. 572, 573; Avcı, Türk, s. 531.

Dış baskılar sonucunda ilân edilen 1856 tarihli Islahat Fermanı'nda genel olarak, gayrimüslim tebaaya tanınan geniş ayrıcalıklar yer almaktadır. 1856 tarihli Islahat Fermanı'nda adil yargılama ilkesi kapsamında yer alan önemli düzenleme, sanık ve mahkûmlara işkence etmenin kesinlikle yasaklanmış olmasıdır. Islahat Fermanı'nda ceza ve tutuklevlerinin ıslahı yanında, mahkûm ve tutuklulara kötü muamelenin cezalandırılacağı da belirtilmiştir¹⁰⁰².

13 Kasım 1875 tarihli Adalet Fermanı'nda ise, adil yargılanma hakkının unsurlarından, tarafsız ve bağımsız mahkeme unsuruna ilişkin hükümler bulunmaktadır. Adalet Fermanı, hâkimler için azledilemezlik, yer değiştirmeme ve emeklilik alanlarında güvenceler içeren, adil yargılanma hakkı açısından önemli bir belge olmuştur. Ferman'ın hükümleri bir yıl sonra Kanun-ı Esasî'de yer almıştır¹⁰⁰³.

1876 tarihli Kanun-ı Esasî, Türk toplumunun ilk yazılı anayasası olması nedeniyle ayrı bir öneme sahiptir. Kanun-ı Esasî, kişilere tanıdığı haklar, mahkemelerin statüsü ve adlî güvenceler bakımından önemli yenilikler getirmiştir. Fransa ile Belçika Anayasaları'ndan yararlanılarak hazırlanan Kanun-ı Esasî'de, Osmanlı Devleti'nin süregelen siyasî ve hukukî yapısının temel esaslarıyla korunduğu, yeni bazı kural ve müesseselerin ilave edildiği görülmektedir¹⁰⁰⁴. Anayasa'da yer alan tabii hâkim ilkesi, yargılamanın aleniliği, mahkemelerin davalara bakmaktan kaçınamamaları, hak arama özgürlüğü, mahkemelerin bağımsızlığı, olağanüstü mahkeme yasağı ile ilgili hükümler adil yargılanma hakkının gelişimi bakımından oldukça önemlidir¹⁰⁰⁵. Ancak 1876 tarihli Kanun-ı Esasî, bu önemli hükümleri ile birlikte "tabii hâkim ilkesi"ni bir anayasa hükmü olarak belirtmiş olmasına karşın ilânından bir yıl sonra askıya alınmış ve 32 yıl boyunca uygulanmamıştır¹⁰⁰⁶. Anayasa'da, belirtilen hak ve özgürlüklere yer verilmiş olmasına rağmen uygulamada her şey padişahın takdirinde kalmıştır¹⁰⁰⁷. 1909 senesinde ise, Anayasa'da önemli değişiklikler yapılmıştır.

¹⁰⁰² Avcı, Genel, s. 530; Ekinci, s. 558.

¹⁰⁰³ Ekinci, s. 559; Kaşıkara, s. 58; Sarkis, s. 565; Sınar, s. 218.

¹⁰⁰⁴ Tanör, ss. 132, 133; Ekinci, ss. 561, 562; Şentop, s. 657.

¹⁰⁰⁵ Gözler, www.anayasa.gen.tr/tanzimatfermani.htm; Kaşıkara, s. 58; Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 14. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2013, ss. 14-22.

¹⁰⁰⁶ Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 340-342; Cin/Akyılmaz, s. 472; Ekinci, s. 562; Tanör, ss. 144-147.

¹⁰⁰⁷ Kanun-ı Esasî'deki düzenlemeler kâğıt üzerinde kalmış olsa da 1924 Anayasası'ndan bile ileri düzeyde olduğu görülmektedir (Tanör, s. 147).

Çalışmamızın bu bölümünde, yukarıda ana hatlarıyla anlatılan Tanzimat Dönemi düzenlemelerinde yer alan adil yargılama ilkeleri ve adil yargılamaya ait hükümler ayrıntılı olarak incelenmektedir.

B. Hak Arama Özgürlüğü

Temel hak ve hürriyetleri devlet veya şahıslar tarafından ihlâl edilen kimse, bizzat hakkını elde edemez; bunu onun yerine devlet yapar. Mahkemeler aracılığıyla fertlerin davalarına bakıp hüküm vermek devletin görevidir¹⁰⁰⁸. AİHS'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü, Tanzimat Dönemi kanunlaştırma hareketleri çerçevesinde hazırlanan yazılı belgelerde yer almıştır.

1840 tarihli Ceza Kanunu'nda, hak arama özgürlüğü kapsamında iddia ve savunma hakkı ile dilekçe hakkı ilk kez kabul edilip somutlaştırılmıştır. Kanun'un mukaddimesinde, *"...herkesin eşit olması, herkesin kendi hukukunu bilip ondan vazgeçmemek, hakkını aramak ve başkası kendi hukukuna tecavüz edecek olursa onun def'ini davaya muktedir olmak ve mevcut kanunlara muhalif hareket edenler her kim ve hangi rütbede olursa olsun haklarında gereken yapılmak üzere tertip olunduğu"* yazılıdır. Kısaca Kanun'un mukaddimesinde, kişinin temel haklarını bilme, bunlardan vazgeçmeme ve bunları dava yoluyla koruma hakkı vurgulanmıştır. Ayrıca 1840 tarihli Ceza Kanunu, hak arama özgürlüğü bağlamında dilekçe hakkını getirerek büyük bir yenilik yapmıştır¹⁰⁰⁹.

1876 tarihli Kanun-ı Esasî'nin 83'üncü maddesi hak arama özgürlüğünü düzenlemiştir. 83'üncü maddede yer alan hükme göre; herkes mahkeme huzurunda haklarını koruma açısından gerekli gördüğü her türlü meşru araçtan faydalanabilme hakkına sahiptir. Anayasa, hak arama özgürlüğü ve kişileri ilgilendiren yargısal güvenceler bakımından önemli esaslar getirmiştir. Kanun-ı Esasî'de, herkesin hakkını dava yoluyla koruyabilmesi, kimsenin kanunî yargı merciinden başkasına gitmesi konusunda zorlanamayacağı (tabii hâkim ilkesi, m. 23), bir davaya ancak ait olduğu mahkemede bakılabilmesi (m. 85), mahkemelerin kendi görev alanlarına giren davalara bakmaktan kaçınamamaları (m. 84), olağanüstü yargı mercileri ya da

¹⁰⁰⁸ Ekinci, ss. 200, 201.

¹⁰⁰⁹ Ahmed Lütfi, s. 115; Sarkis, s. 178; Akgündüz, Mukayeseli, s. 811; Taner, s. 6; Candan, ss. 75, 79; Cin/Akyılmaz, s. 243; Karaman, I, s. 222; Gökçen, s. 20.

yargı kararı vermeye yetkili özel komisyonların kurulamaması (m. 89), herkesin mahkemelerde bütün meşrû yollardan yararlanarak kendisini ve davasını savunabilmesi (m. 83) gibi esaslar yer almıştır¹⁰¹⁰.

Kanun-ı Esasî’de hak arama özgürlüğü kapsamında vatandaşlara dilekçe hakkı da tanınmıştır. 14’üncü maddede yer alan bu düzenlemeye göre, Osmanlı tebaasından bir veya birkaç kişi, kanun ve düzenlemelere aykırı bir durumda, şahsî veya genel olarak, merciine dilekçe vermeye ve Meclis-i Umumi’ye arzuhal yazarak memurlardan şikâyetle bulunmaya hak sahibidir¹⁰¹¹.

1879 yılına kadar mahkemelere doğrudan dilekçe verilmemekte, dilekçeler önce o yerin mülki amirine verilmekte ve davalar mülki amirin havalesiyle açılmaktaydı. 1879 tarihli bir irade-i seniyye ile mahkemelere doğrudan dilekçe verme usûlü getirilmiştir; böylece hem hak arama hakkı daha etkin bir biçimde sağlanmış hem de mülki amirlerin mahkeme üzerinde etkisi kalmamış, yargı bağımsızlığı sağlanmıştır. Ancak taşralardan hâlâ mülki amirlerin mahkemelere müdahale ettikleri yönünde şikâyetler gelmeye devam etmiştir¹⁰¹².

1879 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu’nun mukaddimesinde, kamu davası, şahsî dava ayırımından söz edilmiş ve kamu davasını kanunun belirlediği memurların açacağı belirtilmiştir. Şahsî davaları dava edip etmemek ise, tazminat hakkına sahip olan zarar gören kişilerin seçimine bırakılmıştır. Ancak şahsî hak davasından vazgeçmek devletin açacağı kamu davasına engel değildir. Kanun’un 45’inci maddesine göre, savcı ve savcı yardımcıları, teftiş memurları her türlü suç ihbarını kabul etmek zorundadır¹⁰¹³. Böylece her türlü hak koruma altına alınacağından, suçlar karşılıksız kalmayacaktır.

Mecelle’nin 1613’üncü maddesinde yer alan, “*dava, bir kimsenin diğer kimseden hâkim huzurunda hakkını talep etmesidir*” şeklindeki düzenlemeyle de hak arama özgürlüğü ifade edilmiştir¹⁰¹⁴.

¹⁰¹⁰ Cin/Akyılmaz, ss. 470, 471; Tanör, s. 147; Gözler, ss. 18, 19; A. Şeref Gözübüyük ve Suna Kili, **Türk Anayasa Metinleri 1839-1980**, Ankara, 1982, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>, (E. T. 23.01.2017).

¹⁰¹¹ Gözübüyük/Kili, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>; Ekinci, s. 201; Gözler, s. 16.

¹⁰¹² Demirel, ss. 298, 299.

¹⁰¹³ Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 136; Ahmet Gökçen, “1296 (1879) Tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-ı Muvakkatı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:4, Sayı:1-2, Konya, 1994, (Usûl), ss. 203, 204, 211.

¹⁰¹⁴ Akgündüz, Mukayeseli, s. 723.

C. “Yargılamasız Kimseye Ceza Verilemez” İlkesi

Bir kimse suçüstü yakalanıp, suçu işlediği şüpheyeye yer vermeyecek şekilde açık olsa bile, yargılama olmaksızın cezalandırılmaz. Din, ırk, nesep, cins, ekonomik sınıf farkı olmaksızın herkesin can, mal, namus güvenliği esastır; bu yüzden meşru bir sebep, yargılama ve mahkeme kararı olmaksızın kimsenin canına ve malına dokunulamaz¹⁰¹⁵. Bu ilke, aynı zamanda masumiyet karinesini de içine almaktadır.

1839 tarihli Tanzimat Fermanı’nda, “ceza davaları açık (alenî) ve etraflıca görülmedikçe ve suçlular hakkında şer’i hüküm tertip edilmedikçe, kimse açık ya da gizli öldürtülmeyecek” denilmiştir. Kısaca Ferman’da, yargılamanın açık ve adil olması, hâkim kararı olmadan suçlanmama ve cezalandırılmama gibi ilkeler yer almıştır. Böylece Ferman’la birlikte Osmanlı’da, “yargılama yapılmadan kimseye ceza verilmeyeceği”, “kişi dokunulmazlığı”, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” gibi evrensel hukuk ilkeleri benimsenmiştir¹⁰¹⁶.

Tanzimat’a kadar örfî hukuk alanında yetkili olan kişi padişahı. Padişah, şeriata aykırı olmamak kaydıyla toplum yararına koyduğu örfî kurallardan doğan uyuşmazlıkları kendisi dilediği gibi çözer ya da çözdürürdü. Bu tür uyuşmazlıklarda kadı, merkezden gelen talimatlara göre karar vermek zorundaydı. Fakat 1839’da ilân edilen Gülhane Hatt-ı Hümayûnu ile padişah bu yetkilerinden vazgeçmiş; fermanla, cezaların şer’i hukuka ve kanuna uygun olarak mahkemelerce saptanacağı belirtilmiştir¹⁰¹⁷.

Osmanlı Devleti’nde padişah, mahkeme dışında taziren katl cezası verebilmekteydi. İdarî para cezası ve ihtar gibi hafif cezalar ise beylerbeyi, sancakbeyi ve subaşı gibi mülki amirler tarafından verilebilmekteydi. Ayrıca muhtesiplerin ve sipahilerin suçluları hâkim kararı olmadan cezalandırmalarına veya para karşılığı serbest bırakmalarına da rastlandığı bazı kaynaklarda belirtilmiştir. Bu durumu düzeltmek için “hâkim kararı olmadan kimseye ceza verilmemesi” üzerinde kanunnamelerde titizlikle durulduğu bilinmektedir. Padişah, ilk kez “1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayûnu” ile fermanla bağlı kalacağına dair yemin etmiş ve o

¹⁰¹⁵ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 331; Aslan, s. 86; Ekinci, s. 196.

¹⁰¹⁶ Cin/Akyılmaz, s. 461; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 331, 333; Tanör, s. 89; Gözler, s. 12.

¹⁰¹⁷ Özkorkut, Yargı, s. 231; Cin/Akyılmaz, s. 461; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 332; Tanör, s. 89.

zamana kadar kendisine tanınan cezalandırma yetkisinden vazgeçmiştir¹⁰¹⁸. Padişah artık bu yetkisini tamamen mahkemelere devretmiştir. Ancak, bu yeminin sadece dönemin padişahı olan Abdülmecit'i bağliyor olması, sonraki padişahlar için farklı uygulamaları mümkün kılmıştır. Bu yüzden Ferman tam anlamıyla bir güvence olamamıştır¹⁰¹⁹.

1840 tarihli Ceza Kanunu'nun birinci faslının birinci maddesinde, devlet tarafından bir kimsenin gerekli inceleme ve soruşturma yapılmaksızın ve tarafsız bir şekilde suçu sabit bulunup mahkemece karara bağlanmaksızın öldürülememesinin teminatı verilmektedir¹⁰²⁰. Böylece devlete ve ehl-i örfe karşı da can güvenliği düzenlenmekte, kanunla öngörülen usûl ve esaslar dışında hukuka aykırı olarak can güvenliğine dokunma yasağı getirilmekte; bunlara aykırı hareketler için ise, kısas öngörülmektedir. Benzer bir düzenleme On ikinci Fasılda da yer almıştır. Bu fasılda, yargılamadan sonra suçu sabit olmadıkça hiç kimsenin sebepsiz yere cezalandırılmayacağı tekrarlanmıştır¹⁰²¹. Kanun'un "yargılamasız kimseye ceza verilemez" ilkesiyle birlikte masumiyet karinesini de düzenlemiş olduğu görülmektedir.

1851 tarihli Kanun-i Cedid'de de "yargılamasız kimseye ceza verilemez" ilkesiyle ilgili 1840 tarihli Kanun'a benzer düzenlemeler yer almaktadır. Birinci faslın birinci maddesinde, devlet aleyhine suçlarda ve adam öldürme suçunda alenen ve kanunen gerekli soruşturma ve inceleme yapılmadan, sanığın suçu mahkemece sabit bulunup karara bağlanmadan kimsenin canına kast edilmemesi gerektiği düzenlenmiştir. Eğer memurlar, mahkeme kararı olmadan birini öldürürse, onlar hakkında kısas uygulanması gerektiği de maddenin devamında yer almıştır¹⁰²².

¹⁰¹⁸ Tanzimat Fermanı ile Osmanlı devlet düzeninde ilk kez bir padişahın kendi iradesiyle kendi yetkilerini ve iktidarını sınırladığı görülmektedir. Bu kendi kendini sınırlama, özellikle insan hakları ve yargı ilkeleri alanında kendini göstermektedir (Tanör, s. 91).

¹⁰¹⁹ Tanör, ss. 89-91; Atalay, s. 244.

¹⁰²⁰ "Bila istisna tebea-i Devlet-i Aliyyeden olanların mebu-u şer'isi olan padişahına ihanet ve Devlet-i Aliyye aleyhine ikaz-ı fitneye cesaret ve katl-i nefse cür'et misullu bir hareket-i sarihâsı vuku bulup da şer'an ve kanunen ve alenen ve tahkikat-i lazimeve tetkikat-i muktaziyeile kiraren ve miraren davası görülerek bila garaz cünhası ba'des sübut hüküm terettüp etmeksizin hafı ve celi ve katilen ve tesmimen... hiç kimsenin canına kasdolunmamasına..." (Akgündüz, Mukayeseli, s. 811; Ahmed Lütfi, ss. 115, 116).

¹⁰²¹ "Şu kadar ki, muhakeme neticesinde cünhası sabit olmadan, hiç kimsenin sebepsiz bir şekilde hapis, tedip ve sürgünle cezalandırılması kesinlikle yasaktır." (Ahmed Lütfi, s. 126; Akgündüz, Mukayeseli, s. 818); Candan, ss. 76, 79; Karaman, I, s. 222; Taner, s. 7.

¹⁰²² Ahmed Lütfi, s. 131; Akgündüz, Mukayeseli, s. 822; Sarkis, s. 241.

1876 tarihli Kanun-ı Esasî’de de “yargılamasız kimseye ceza verilemez” ilkesine yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasa’da, kişilerin doğal hâkim huzurunda, mahkemelerde yargılanacağına ilişkin düzenlemeler de yer almaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi, Anayasa’da kimsenin kanunî yargı merciinden başkasına gitmesi konusunda zorlanamayacağı, bir davaya ancak ait olduğu mahkemede bakılabilmesi, olağanüstü yargı merciileri ya da yargı kararı vermeye yetkili özel komisyonların kurulmaması, herkesin mahkemelerde bütün yollardan yararlanarak kendisini ve davasını savunabilmesi gibi esaslar düzenlenmiştir. Ancak Anayasa’da tanınan bu hak ve hürriyetler 113’üncü maddeyle önemli bir yara almıştır. 113’üncü maddeye göre, hükümetin güvenliğini ihlâl ettikleri polis soruşturması sonucu anlaşılan kişiler padişah tarafından sürgüne gönderilebileceklerdir. Bu hüküm, hem kişi güvenliğine hem de “yargılama yapılmadan kimse cezalandırılmaz”, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkelerine aykırıdır. Kanun-ı Esasî, bu madde bakımından Tanzimat Fermanı’nın bile gerisinde kalmıştır¹⁰²³.

II. Abdülhamit’in Osmanlı-Rus savaşını bahane ederek 1878’de meclisi tatil etmesiyle, Anayasa’nın uygulanması askıya alınmış, 1908’de II. Meşrutiyet ilân edilince Kanun-ı Esasî yeniden uygulamaya konulmuştur. II. Abdülhamit’in tahtan indirilmesiyle birlikte 1909 yılında Anayasa’da değişiklikler yapılmış ve 113’üncü maddeyle padişaha tanınan sürgüne gönderme yetkisi kaldırılmıştır¹⁰²⁴. Böylece “yargılamasız kimseye ceza verilemez” ilkesine aykırı olan uygulama ortadan kalkmıştır.

Ç. Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi

1. Genel Olarak

Osmanlı Devleti’nde Tanzimat Dönemi’ne gelindiğinde yargının ve kadıların durumu oldukça kötü bir hal almıştı; rüşvet artmış, kadılarda nitelik kalmamış, yargı-

¹⁰²³ Cin/Akyılmaz, ss. 470, 471; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 340; Tanör, ss. 145, 147.

¹⁰²⁴ Cin/Akyılmaz, s. 472; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 341; Ekinci, ss. 562, 563; Tanör, s. 196; Gözler, ss. 19-22; 1909 Değişiklikleri, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876-1/1876-1-degisiklik.pdf>.

yönetim iyice birbirine karışır hale gelmiş; kısaca yargıda bağımsızlık ve tarafsızlıktan söz edilemez olmuştu.

Klâsik Dönem’de güçlü konumda olan kadı, Tanzimat Dönemi’ne yaklaşıldığında eski gücünü, yetkilerini kaybetmiş, tarafsızlığından ve bağımsızlığından ödün verir hale gelmiştir. 18’inci yüzyılda devlette merkezî idarenin güç kaybetmesine bağlı olarak kadıların görevlerine mahallî güçlerin müdahalesi başlamıştır. Yargıya ve kanuna saygısı tükenen halkın mahkeme basması gibi olaylar artmıştır. İdarecileri, mahallî mütevellî, kethüda gibi zümreleri denetlemede yalnız kalan, yaptırım gücünü kaybeden kadı, görevini yerine getiremeyince, ortaya çıkan mahallî ayan gibi zümrelerle kaynaşmak zorunda kalmıştır. Bazı idarî kurumlarda meydana gelen değişim ve yeni kurumların oluşumuyla kadının görevleri azalmıştır¹⁰²⁵. Yeni kanunların çıkartılması ve yeni mahkemelerin kurulmasıyla birlikte şer’iyye mahkemelerinin nikâh, tereke taksimi, talak, alacak, borç gibi davalarla sınırlı bir görev alanı kalmış; böylece kadı, mülkî görevlerinden sonra ceza yargılaması alanındaki yetkilerini de yitirmiştir¹⁰²⁶. Bunların sonucunda, eski güçlü konumunu iyice kaybeden, baskı ve etkiye açık hale gelen kadılar, her türlü yolsuzluğu yapmaya başlamışlardır.

III. Selim, Rumeli ve Anadolu kazaskerlerine yönelik yayınladığı fermanla, kadılarla naiblerin yaptıkları yanlışlıkların önüne geçmek için bazı önlemler almak istemiştir. Bu dönemde çoğu kadı, görevli bulunduğu kazanın ileri gelenleriyle anlaşp, merkezden gönderilen idarecilere karşı tavır almaktaydı. Padişahın almak istediği önlemler sonuç vermediği gibi, bu durum ulemanın hoşuna gitmemiş ve III. Selim’in öldürülmesiyle sonuçlanmıştır¹⁰²⁷.

Kadıların yönetim işlerine karışmamaları, sadece adaleti ilgilendiren konularla uğraşmaları merkez tarafından sık sık istenmekteydi¹⁰²⁸. III. Selim, ilk kez

¹⁰²⁵ Kadıların asayiş görevine Yeniçeri Ocağı zabitleri yardımcı olduğundan, 1826’da yeniçeriliğin kaldırılmasıyla birlikte kadıların mülkî görevi bitmiştir. Şehirlerde İhtisab Nezareti’nin kurulmasıyla kadının belediye görevleri, 1836’da Evkaf Nezareti’nin kurulup vakıfların idare ve denetiminin tek elde toplanmasıyla da vakıflar üzerindeki denetim ve gözetimi sona ermiştir (Ortaylı, Kadı, s. 72).

¹⁰²⁶ Ortaylı, Kadı, s. 72; Cin/Akgündüz, I, s. 279; Cin/Akyılmaz, s. 164; Ekinci, Mahkeme, ss. 138, 139; Gedikli, Midhat, s. 178.

¹⁰²⁷ Çadırcı, Ceza Kanunnamesi, s. 139; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 325; Tanör, ss. 37-39.

¹⁰²⁸ 1802 yılında Ankara kadısına hitaben gönderilen sadrazam mektubunda, Ankara Sancağı’nda şikâyetin eksik olmayışının nedenleri arasında, kaza ileri gelenlerinin kadıyla anlaşarak istedikleri gibi hareket etmeleri; ayanları, mütesellimlere danışmadan, azledip yerine dilediklerini geçirmeleri sayılmıştır. Bu durum bölgede düzenin bozulmasına ve hükümet temsilcisi konumunda olan mütesellimlerin (sancak yöneticilerinin) mahkeme çalışanı durumuna düşmesine sebep olmuştur.

açıktan açığa yürütmeye yargı işlerinin birbirinden ayrılması yönünde çaba göstermişse de bundan hiçbir sonuç alamadığı II. Mahmut dönemi olaylarından anlaşılmaktadır¹⁰²⁹. II. Mahmut'un, 1815 yılında yayınladığı ve devletin bütün vali, mutasarrıf ve diğer görevlilerine gönderdiği Adalet Fermanı'nda, kadıların yaptığı yolsuzluklar açıklanmıştır. Fermana, her kazanın tevzi defterleri (örfî vergilerin yazıldığı defterler) hazırlandıktan sonra kadıların "harc-ı defter ve imza" olarak toplam gerçek giderlerden kuruş başına birer para almaları, bunun dışında tevzi defterlerine kendileri için çeşitli adlarla para eklememeleri gerekirken buna uyulmadığı ifade edilmiştir¹⁰³⁰.

Bozulma süreciyle kadılar, bazen gördükleri davalardan rüşvet alarak haklıyı haksız, haksızı haklı çıkardıkları gibi, bazen de haklı çıkardıklarından "Resm-i Def" adı altında para almışlardır. Oysaki şer'i hukuk gereği, Resm-i Adi'den başka para alamazlardı; ancak onlar bu kurala da uymamaktaydılar¹⁰³¹. Kadılar, bunlardan başka da yolsuzluklar yapmaktaydılar. Örneğin, kendi adlarına küçük yerlere atadıkları naibleri sık sık görevden alıp, yerine yenilerini atamakta; böylece atama için her birinden kuralsız olarak para almaktaydılar. Ayrıca tüm uyarılara rağmen yönetim işlerine de karışmakta; istedikleri kişileri halkın ileri gelenlerine benimseterek para karşılığında ayan, voyvoda olarak seçtirebilmekteydiler. Örneğin, Güzelhisar naibi Mehmet Lütfullah Efendi, halktan usûlsüz olarak vergi toplattırdığı, parayla voyvoda tayin ettirdiği ve bunlar gibi usûlsüz hareketlerde bulunduğu için Ankara'ya sürgün edilmişti¹⁰³².

Mektupta, bu olanları engellemek için kadıların şer'i işler dışındaki işlere karışmamaları gerektiği emredilmiştir. Ayrıca mektupta, yönetim işlerine karışanlara gerekli cezaların verileceği de belirtilmiştir (Çadircı, Ceza Kanunnamesi, s. 140).

¹⁰²⁹ Aslında, III. Selim ve II. Mahmut'un çabaları tamamen sonuçsuz kalmamış, onların attıkları adımlar Tanzimat hareketinin başlamasına sebep olmuştur. Bu yapılanların gerekliliğine inanan insanların sayısını arttıracak sosyal, kültürel şart ve ortamlar da bu padişahlar tarafından yaratılmıştır (Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 329).

¹⁰³⁰ Kadılar, "hediye", "bahşiş" gibi adlarla kendileri için çok miktarda parayı hukukî olmayarak tevzi defterlerine eklemekte ve vergi olarak halktan toplamaktaydılar. Sancaklarda, altı aylık masrafların hesaplanmasında kadı payı, kuruşta bir para oranıyla yöresine göre ikibin, üçbin ya da dörtbin kuruş olması gerekirken, beşbin, onbeşbin, onsekizbin kuruşa kadar harac-ı defter eklendiği inceleme için İstanbul'a gönderilen defterlerden anlaşılmıştır (Çadircı, Ceza Kanunnamesi, ss. 140, 141).

¹⁰³¹ Örneğin, elli kuruşluk bir ilâm harcı bile gerektirmeyen bir davadan yüzelli, ikiyüz kuruş aldıkları; eğer birisi bir diğerini "alacağım var" diyerek haksız yere şikâyet etmiş ve mahkemede bu anlaşılmışsa, bu defa hiç suçu yokken şikâyet edilen "Resm-i Def" adıyla para alındığı sık görülen olaylardı (Çadircı, Ceza Kanunnamesi, s. 141).

¹⁰³² Ankara Şer'iye Sicili, Defter No:235, Belge No:225; Çadircı, Ceza Kanunnamesi, s. 142; Mumcu, Rüşvet, ss. 131, 140.

Yargıdaki bütün bu olumsuzlukları ve kadıların durumlarını düzeltmek isteyen II. Mahmut, son çare olarak 1838 yılında ilân ettiği “*Tarik-i İlmiyye’ye Dair Ceza Kanunnamesi*” adlı kanunla yargı mensuplarını yola getirmeye çalışmıştır. Bu kanun, III. Selim döneminde çıkarılan fermanlarda yer alan hükümlerin birçoğunu kapsamakla birlikte, yeni ilkeler de getirmiştir¹⁰³³. Bu kanun, özellikle yargılamada tarafsızlık ilkesinin uygulanması bakımından önemli görülmektedir.

Kadıların ve yargı kurumlarının içinde bulunduğu bu düzensiz, bozuk durumdan tekrar yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkelerini etkili biçimde uygulayarak çıkılabilirdi. Bu nedenle Tanzimat Dönemi’nde çıkarılan fermanlarda, kanunlarda ve yapılan yeniliklerde bu ilkelerin sağlanmasına yönelik düzenlemeler yer almıştır. Nizamiye mahkemelerinde yeterli ve eğitilmiş hâkim bulunamadığı için bu mahkemelerde de kadılar görevlendirilmişti; bu da o dönemde kadıların durumunun düzeltilmesinin, yolsuzlukların önlenmesinin son derece önemli ve acil bir ihtiyaç olduğunu göstermektedir.

2. Yargı Bağımsızlığı İlkesi

Bağımsız yargı, hak ve özgürlüklerin hiçbir etkiye maruz kalmadan, tamamen hukukî sınırlar içinde gerçekleşen adil bir yargılama sonucu, tarafsız bir biçimde tespit edilmesini sağlar; bu yüzden yargı bağımsızlığı, hâkimler için sağlanmış bir ayrıcalık değil, hukukun adil ve tarafsız bir biçimde uygulanması için bir güvencedir. Yargı bağımsızlığı, günümüzdeki anlamıyla kuvvetler ayrılığı ilkesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Birbirinden bağımsız üç kuvvet (yasama-yürütme ve yargı) sayesinde toplum düzeni sağlanır. Bu üç kuvvet birbirine karşı bağımsız ancak birbirinden kopuk değildir¹⁰³⁴. Osmanlı Devleti’nde Tanzimat sonrası düzenlemelerde tam bir kuvvetler ayrılığı anlayışı yer almasa da yargı bağımsızlığı, tarafsızlığı ve hâkimlik teminatı açık ifadelerle yazılı hale gelmiştir.

Yargı bağımsızlığını gerçekleştirmek amacıyla 1834 yılında yapılan bir düzenlemede, kadıların istifa etmedikçe veya kendilerinden bir şikâyet olmadıkça görevlerinden azledilemeyeceği esası yer almıştır. 1855 tarihinde ilân edilen Nüvvâb Hakkında Nizamnâme’de de kadıların görev süreleri dolmadan istifa ve şikâyet söz

¹⁰³³ Çadırcı, *Ceza Kanunnamesi*, s. 142; Cin/Akgündüz, ss. 278, 279; Tanör, s. 68.

¹⁰³⁴ Bilgin, s. 119; Şen, s. 510; Özden, ss. 13, 15, 28.

konusu olmadan azledilemeyecekleri; sadece hukuka aykırı hüküm verdikleri, irtikab ve rüşvet suçu işledikleri sabit olduğunda azledilebilecekleri; ayrıca Ceza Kanunu gereğince cezalandırılacakları düzenlenmiştir¹⁰³⁵.

Ekonomik güce sahip olmayan kadı bağımsız olamaz, dolayısıyla yargının da bağımsızlığı zedelenir. Osmanlı Devleti'nde, Abdülaziz dönemine kadar kadıların geliri mahkeme harçlarıydı. Bu dönemden itibaren maaş usûlüne geçildi; ancak enflasyondaki artışın kadı maaşlarına da yansması kadıları usûlsüz kazanç yöntemlerine yöneltti; bu durum haksız uygulamalara yol açtı. 1840'da yayınlanan bir Talimatname ile kadılara maaş verilmesi usûlü benimsenmiş, ancak 1841'de yeniden kadıların eskisi gibi mahkeme geliriyle yetinmesi kabul edilmiştir. Hâkimlere yüksek maaş ödeme usûlü ilk dönemlerden beri uygulanmıştır¹⁰³⁶.

Tanzimat Dönemi'nde yargı bağımsızlığı kapsamında değerlendirilebilecek bir düzenleme, 1840 tarihli Ceza Kanunu'nun sekizinci faslında yer almaktadır. Bu faslın birinci maddesinde, hükümetin hâkimler, askerî erkân ve malîye görevlilerinden oluştuğu belirtildikten sonra da her kesimin kendi işini yapması gerektiği, aralarında yardımlaşma olmakla birlikte birbirlerinden habersiz birbirlerinin işlerine karışmalarının yasak olduğu ifade edilmiştir¹⁰³⁷. Bu faslın ikinci maddesine göre, eğer birbirlerinin işlerine karışmışlarsa ve müdahaleden dolayı bir şikâyet olursa kusur hangi tarafta ise o taraf cezalandırılacaktır¹⁰³⁸. Yine aynı Kanun'da yer alan başka bir düzenleme de hâkimlerin sorumluluğuyla ilgilidir. Yedinci faslın 4'üncü maddesinde, hâkimlerin, memurların ve tüm devlet görevlilerinin görevlerine ilişkin her türlü hukuka aykırı hâl ve hareketlerinden dolayı Meclis-i Ahkâm-ı Adliye'ye karşı genel, kişisel, cezaî sorumluluklarının

¹⁰³⁵ Ekinci, Mahkeme, ss. 140, 151; Sarkis, s. 266, Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 321.

¹⁰³⁶ 1910 tarihli bir kayıt defterine göre, hademeye 2 Osmanlı altını ödenirken, hâkime 35 Osmanlı altını ödenmesi bunu göstermektedir. (Özkorkut, Yargı, ss. 232, 233); Cin/Akgündüz, I, ss. 390, 391; Ekinci, s. 551.

¹⁰³⁷ "Her bir memlekette hükümet üç nevi olup birisi hükkâm efendiler (hâkimler) ki umur-i şer'iyeye kanuniyenin emin hafızlarıdır. Ve bir müşîran ve ümeray-ı askeriyedir ki (askerî komutan ve yardımcıları) memleketlerin asayiş ve istirâti ve vikaye-i nizamât-ı mevzuası (mevcut hukukî düzenin korunması) onların uhdelerine muhavvel ve müfavvazdır (birakılmıştır). Ve üçüncüsü umur-i malîyeye memur muhassıldardır (tahsildarlardır)...birinin haberi olmaksızın onun umuruna diğerinin müdahale etmesi kat'â caiz olmaya." (Akgündüz, Mukayeseli, ss. 816, 817; Ahmed Lütfî, s. 124).

¹⁰³⁸ "Şayet müdahaleden ve cihat-ı sāireden dolayı beynlerinde münâfese (rekabet) zuhurıyla istikâ (şikâyet) vâki olur ise tahkikat-ı lazıme ve tetkikat-ı muktazıye ile badel-muhakeme töhmet ve kabahat herhangi tarafta tahakkuk eder ise onun tedibine bakıla." (Akgündüz, Mukayeseli, s. 817; Ahmed Lütfî, s. 124)

bulunduğu belirtilmiştir¹⁰³⁹. Bu hüküm, yargı bağımsızlığını zedeler nitelikte değildir; aksine adil bir yargılamanın sağlanabilmesi için gereklidir.

1851 tarihli Kanun-ı Cedid'de de üçüncü faslın 6'ncı maddesinde, hükümetin hâkimler, askerî erkân ve maliye görevlilerinden oluştuğu belirtildikten sonra her kesimin kendi işini yapması gerektiği, birbirlerinden habersiz birbirlerinin işlerine müdahale etmelerinin yasak olduğu; eğer müdahaleden dolayı bir şikâyet olursa kusur hangi tarafta ise, o tarafın cezalandırılacağı düzenlenmiştir¹⁰⁴⁰.

Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye, 1868 yılında yeniden düzenlenerek ikiye ayrılınca, kanunları hazırlama yetkisi ile idarî yargı yetkisine sahip olan meclise “Şûrây-ı Devlet”, adli yargı yetkisine sahip olan meclise ise, “Divan-ı Ahkâm-ı Adliye” adı verildi¹⁰⁴¹. Divan-ı Ahkâm-ı Adliye, adliye mahkemelerinin en yükseği (Yargıtay) olarak oluşturuldu. Adli yargının idareden bu şekilde kopması, yargı ve yürütme arasında bir ayrılmaya işaret etti¹⁰⁴². Bu durum yargının idareden bağımsızlaşması bakımından önemli bir gelişmedir.

1875 tarihli Adalet Fermanı'nda, yargı bağımsızlığıyla ilgili düzenlemeler yer almıştır. Ferman'a göre, idare ve adliyenin birbirinden kesin olarak ayrılması için adli işlerden sorumlu bakanın aynı zamanda Divan-ı Ahkâm-ı Adliye başkanlığını yürütmesi usûlüne son verilecek ve bu yüksek mahkeme bağımsız olarak Adliye

¹⁰³⁹ “...mecmu-u ulema ve vükela ve kâffe-i memurin ve müstahdemin umur-i memurelerine (görelî oldukları işlere) dair her bir efal ve hareketlerinden dolayı Meclisce mesul olarak...” (Akgündüz, Mukayeseli, s. 816) Ayrıca bakınız Ahmed Lütfî, s. 123; Gökçen, s. 28; Candan, s. 78.

¹⁰⁴⁰ “Her bir memlekette hükümet üç nevi olup birisi hükkâm efendiler (hâkimler) ki umur-i şer'îyye kanunîyenin emîn hafızlarıdır. Ve bir müşîran ve ümeray-ı askeriyedir ki (askerî komutan ve yardımcıları) memleketlerin asayiş ve istirati ve vikaye-i nizamât-ı mevzuası (mevcut hukukî düzenin korunması) onların uhdelerine muhavvel ve müfayvazdır (bırakılmıştır). Ve üçüncüsü umur-i maliyyeye memur muhassıldardır (tahsildarlardır)...birinin haberi olmaksızın onun umuruna diğerinin müdahale etmesi kat'â caiz olmaya. Ve şayet müdahaleden istikâ (şikâyet) vâki olur ise tahkikat-ı lazıme ve tetkikat-ı muktaziye ile badel-muhakeme töhmet ve kabahat herhangi tarafta tahakkuk eder ise onun tedibine bakula.” (Akgündüz, Mukayeseli, ss. 827, 828; Ahmed Lütfî, s. 141).

¹⁰⁴¹ Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin kuruluş, görev ve yetkilerini düzenleyen 1868 tarihli Nizamname'nin giriş kısmında; bu mahkemenin yargı ve yürütme kuvvetlerinin tamamen ayrılması için, devletin en yüksek mahkemesi olmak üzere kurulduğu belirtilmiştir. Bu nizamnamede, divânın, başkan, başkanvekilleri ve üyeleri ile mümeyyiz denilen görevlilerinin, padişah tarafından atanacakları ve suç işlemedikçe, istifa etmedikçe görevlerinden alınamayacakları (m. 8); divânın mürâfaa ve hükümlerine, icra memurlarından hiçbir kimsenin karışamayacağı da (m. 9) hükme bağlanmıştır. Bu nizamnamenin hükümlerine göre, Divan-ı Ahkâm-ı Adliye; bir yandan bazı hukuk ve cinayet davalarına ilk derece mahkemesi olarak bakacak, diğer yandan da istinaf merci olarak görev yapacaktır (Düstur, I. Tertip, Cilt:1, ss. 325-327; A. Recai Seçkin, *Yargıtay Tarihçesi Kuruluş ve İşleyişi*, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1967, ss. 8, 9, 217; Durhan, ss. 88-90; Cin/Akgündüz, I, s. 282; Seyitdanlioğlu, s. 249; İkinci, Mahkeme, s. 97; Aydın, Adalet, s. 347).

¹⁰⁴² Seçkin, ss. 6-9; Tanör, s. 104; Cin/Akgündüz, I, s. 282; Seyitdanlioğlu, s. 249; İkinci, Mahkeme, s. 97; Aydın, Adalet, s. 347.

Nezareti'ne bağlanacaktır. Adliye Nezareti'nin görevlerinden biri, mahkemelerin bağımsızlığını sağlamaktır. Mahkeme üyelerinin kanunî vasıflara sahip kimselerden seçileceği, geçerli bir sebep olmadan azledilemeyeceği ve değiştirilemeyeceği de Ferman'da yer almıştır¹⁰⁴³.

1876 tarihli Kanun-ı Esasî'de yer alan düzenlemeler, yargı bağımsızlığını sağlayıcı, hâkimlere güvence getirici ve adil yargılama ilkelerini koruyucu niteliktedir. Kanun-ı Esasî, bir güç olarak yargıdan değil mahkemelerden söz etmekle birlikte, yargı yetkisinin kullanılmasının gerektirdiği asgarî güvencelere yer vermektedir. Kanun-ı Esasî'ye göre, yargı gücü bağımsız olup, şer'iyeye ve nizamiye mahkemelerince kullanılmaktadır (m. 87). Yargı kurumlarını şer'iyeye ve nizamiye mahkemeleri olmak üzere iki grupta toplayan Anayasa, mahkemelerin sınıf, görev ve yetki derecelerine göre bölümlenmesini ve hâkimlerin atanmasını da yürütmenin takdirinden çıkarıp kanuna bağlı kılmaktadır. Kuvvetler ayrılığı anlayışını benimsememekle ve yasama ile yürütme alanında padişahı etkin kılmakla birlikte mahkemeler açısından olumlu düzenlemeler içeren 1876 Anayasası'nda, hâkimlerin bir cürümle mahkûm olmadıkça azledilemeyecekleri¹⁰⁴⁴ (m. 81) ve mahkemelere müdahale edilemeyeceği¹⁰⁴⁵ (m. 86) belirtilmiştir. 90'ıncı maddede de hâkimlik sıfatının devletin başka memuriyet göreviyle birleştirilemeyeceği düzenlenmiştir¹⁰⁴⁶. Anayasa'da bağımsızlık ilkesini sağlamlaştırmak için hâkimlerin işlerine son verilmeyeceği belirtilmiştir. Anayasa'nın, hâkimlerin atanmasını, yükselmesini, yer değiştirmesini ve emekliliğini yürütmeye değil de kanuna tabi kılması (m. 81 ve 88)

¹⁰⁴³ Ekinci, s. 559; Sınar, s. 218.

¹⁰⁴⁴ Kanun-ı Esasî m. 81; “*Kanunu mahsusuna tevfiқан tarafı Devletten nasbolunan ve yedlerine beratı şerif verilen hâkimler layenazildir. Fakat istifaları kabul olumur. Hâkimlerin terekkiyatı ve meslekleri ve tebdili memuriyetleri ve tekaüdleri ve bir cürüm ile mahkûmiyet üzerine azil olunmaları dahi kanunu mahsusu hükmüne tabidir...*” (Gözübüyük/Kili, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>, E. T. 23.01.2017).

¹⁰⁴⁵ Kanun-ı Esasî m. 86; “*Mahkemeler her türlü müdahelattan azadedir*” (Gözübüyük/Kili, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>, E. T. 23.01.2017).

¹⁰⁴⁶ Kanun-ı Esasî m. 90; “*Hiçbir hâkim hâkimlik sıfatıyla Devletin başka memuriyetini uhdesinde cem edemez*” (Gözübüyük/Kili, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>, E. T. 23.01.2017).

çok önemli bir gelişmedir¹⁰⁴⁷. Eğer hâkim dış güçlere karşı kendini teminat altında hissetmiyorsa, orada yargı bağımsızlığından söz edilemez¹⁰⁴⁸.

Kanun-ı Esasî’de yargı yetkisi sahibi artık padişah değildir; bu yetki bağımsız mahkemeler tarafından kullanılmaktadır. Yargı yetkisi, zamanı için mükemmel sayılabilecek güvencelere bağlanmıştır; bu yüzden 1909 değişikliklerinde yargıya ilişkin değişiklik yapılma ihtiyacı duyulmamıştır. Yasama ve yürütme fonksiyonu hala büyük ölçüde padişaha bağımlıdır; ancak yargı fonksiyonu padişahın egemenliğinden çıkmış, bağımsız mahkemelere verilmiştir. Ayrıca Kanun-ı Esasî, Heyet-i Vükelâ ve Mahkeme-i Temyiz üyelerini yargılamak üzere Divan-ı Âli isimli bir yüce divan da kurmuştur (m. 92-95)¹⁰⁴⁹.

1913 tarihli “Hükkam-ı Şer’ ve Memurin Şer’iyye Hakkında Kanun-ı Muvakkat”ın, 23’üncü maddesinde de, görevlerine ilişkin bir sorumluluk hâli oluşmadıkça hâkimlerin azledilemeyecekleri ve başka göreve verilemeyecekleri hükme bağlanmıştır. Artık hâkimler, kanunî bir sebep olmadan görevden alınamaz duruma gelmişlerdir. 23’üncü maddeye göre hâkimler, görevlerini kötüye kullanmadıkça ve sorumluluk doğuracak bir davranışları ortaya çıkmadıkça görevden alınamaz ve bir başka memuriyete atanamazlar. Ancak 24’üncü maddede belirtilen Haremeyn-i Muhteremeyn (Mekke ve Medine) kadıları bu hükümden ayrı tutulmuşlardır¹⁰⁵⁰.

Yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi için hâkimin, devlet tarafından korunması gerekmektedir. Devletin kendisini korumadığını düşünen, gereksiz şikâyetlerden bunaltılan hâkimden tarafsız ve bağımsız bir yargılama beklemek mümkün olmamaktadır¹⁰⁵¹.

Kadılarının, yargı bağımsızlığı ilkesini zedelemeyecek şekilde, yargı denetimine tabi tutulmaları Tanzimat Dönemi’nde de söz konusu olup, kadının haksız karar verdiği iddia edilen hallerde davanın yeniden görülmesi mümkündür.

¹⁰⁴⁷ Şunu belirtmek gerekir ki, II. Abdülhamit, mülkî ve askerî üst düzey memurların tayinlerine müdahale ederken, müdahale etmediği tek sınıf hâkimler olmuştur (Demirel, s. 294).

¹⁰⁴⁸ Özkorkut, Yargı, s. 234; Bilgin, s. 121; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 340; Tanör, ss. 144, 145; Bayındır, Yargı, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E.T. 08.12.2015); Gözler, ss. 18, 19; Fendoğlu, s. 172.

¹⁰⁴⁹ 1909 değişiklikleri için bakınız <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876-1/1876-1-degisiklik.pdf>, (E.T. 23.01.2017); Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 638; Bozkurt, Batı, ss. 92-94; Gözler, ss. 19-22; Fendoğlu, s. 170; İrem Karakoç, “1876 Tarihli Kanun-ı Esasî’de Yürütme Organı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:8, Sayı:2, 2006, (Kanun-ı), ss. 137-140.

¹⁰⁵⁰ Düstur, 2. Tertip, Cilt:5, ss. 352-361; Özkorkut, Yargı, s. 234; Ekinci, Mahkeme, s. 162.

¹⁰⁵¹ Bilgin, s. 121.

Tanzimat Dönemi'nde bu denetim önce 1860'da şeyhülislâmlık bünyesinde geçici olarak kurulan ve 1862'de daimi bir statüye kavuşturulan Meclis-i Tedkikat-ı Şer'iyeye tarafından, daha sonra da 1917'de şer'iyeye mahkemelerinin Adliye Nezareti'ne bağlanması üzerine Mahkeme-i Temyiz Şer'iyeye Dairesi'nce yapılmıştır¹⁰⁵².

Yapılan tüm düzenlemelere rağmen şunu belirtmek gerekir ki, Tanzimat Dönemi'nde de Osmanlı Devleti'nde kuvvetler ayrılığı ilkesinden söz etmemiz mümkün görünmemektedir. Klâsik Dönem'de tek elde toplanan otorite, yeni dönemde oluşturulan kurumların katılımıyla kullanılmaya başlamıştı; ancak, bu gelişmenin ortaya çıkardığı yapı, bir kuvvetler ayrılığı olarak değil, belki fonksiyonların ayrılmaya başlaması olarak ifade edilebilir. Abdülaziz, 1868 yılında Şura-yı Devlet'i açarken yaptığı konuşmada, "kuvvetler ayrılığı" ilkesinin varlığını ve gerekliliğini açık olarak ifade etmişti; fakat bu ilkenin var olabilmesi için gerekli ön koşullar, henüz Osmanlı Devleti'nde bulunmamaktaydı. Bir ülkede gerçek anlamda kuvvetler ayrılığından söz edebilmek için egemenliğin halkta olması ve seçilmiş bir meclisin hukuken varlığı gerekmektedir. Fakat Osmanlı Devleti, mutlakiyetle yönetilen bir yapıya sahipti. 1876 Anayasası, seçimle gelen bir meclis oluşturmaya rağmen, Batı örneklerine uygun bir meşrûî monarşi kuramamış, hükümdarın var olan otoritesini teyit etmişti. Bu Anayasa, 1909 değişiklikleriyle demokratik bir meşrûî monarşi anayasası haline getirilmişti¹⁰⁵³. Ancak, giderek ağırlaşan iç ve dış sorunlar, İttihat ve Terakki iktidarı ile ülkede yeterli bir demokratik geleneğin bulunmaması, bu Anayasa'nın gereği gibi uygulanmasına ve demokratik ilkelerin yeterince hayata geçirilmesine olanak vermedi¹⁰⁵⁴.

Yargı bağımsızlığı konusunda, bu dönemde kurulan yeni mahkemelerin yapısını da dikkate almak gerekmektedir. Tanzimat Dönemi'nde oluşturulan yeni yargı kurumları, laikleşme yolunda atılan önemli bir adımdı; ancak, bu kurumlarda yabancı hâkimlerin de bulunması ve devletin medreseler dışında hâkim yetiştirecek

¹⁰⁵² Özkorkut, Yargı, ss. 234, 235; Bozkurt, Batı, ss. 93-97; Cin/Akyılmaz, s. 164.

¹⁰⁵³ 1909 metni, demokratik yürütme ve yasama organlarını yaratmış, kuvvetler ayrılığını yumuşak, işbirliğine dayalı ama yasamayı daha çok kollayan bir biçimde gerçekleştirmiş; klâsik parlamenter hükümet sisteminin tipik unsurlarını anayasa hukukumuzda getirmiştir. 1909 değişiklikleriyle "hâkimiyet-i millîye" ilkesi anayasal tarihimize girmiştir (Tanör, ss. 195, 196).

¹⁰⁵⁴ Cin/Akyılmaz, ss. 470-473; Tanör, ss. 150, 166, 197; Durhan, s. 110; Fendoğlu, s. 171; Özden, s. 28.

kurumlara sahip bulunmaması yargı bağımsızlığı ilkesinin zedelenmesi sonucunu doğurmuştur¹⁰⁵⁵.

Osmanlı Devleti'nde yargı bağımsızlığı incelenirken, kapitülasyonlar konusu göz ardı edilmemelidir. Kapitülasyonların devlet üzerindeki tahribatının yargıyı da kapsadığı unutulmamalıdır. Osmanlı Devleti, tarihi boyunca yabancı devletlere verdiği kapitülasyon ayrıcalıklarıyla etki alanını önemli ölçüde sınırlandırmış, yargı yetkisine yapılan müdahaleye engel olamamıştır. Yargılama faaliyetinde kural olarak bağımsız olan Osmanlı mahkemeleri, kapitülasyonlardan dolayı yabancıların davalarında duruma göre bu yetkiyi ya hiç kullanamamış¹⁰⁵⁶ ya da kullanırken yabancı müdahalesine maruz kalmıştır¹⁰⁵⁷. Bu yüzden, Osmanlı yargısı kapitülasyonlar açısından değerlendirildiğinde, "bağımsızdır" demek doğru olmayacaktır¹⁰⁵⁸.

3. Tarafsızlık İlkesi

Yargı görevini yerine getirirken müdahale edilmeyen kadının, tarafsız ve adil olma yükümlülüğü vardır. Osmanlı Devleti'nde bu konuda titiz davranılmış; hâkimin, doğru hüküm verebilen, dürüst, güvenilir, sağlam kişilikli ve sağlam iradeli olması gerektiği kabul edilmiştir (Mecelle, m. 1792). Mecellede hâkimde bulunması gereken özellikler sıralanırken onun hakîm, fehîm, müstakim ve emîn, mekîn, metîn olması¹⁰⁵⁹; fıkıh meseleleri ile yargılama usulünü bilip, mevcut davaları bu usûl ve esaslara uygun olarak çözebilmesi, bunun için de tam bir temyiz gücüne sahip

¹⁰⁵⁵ Durhan, s. 109.

¹⁰⁵⁶ 1856 yılında Osmanlı vatandaşlarıyla yabancılar arasındaki uyuşmazlıklara bakma yetkisinin tamamen konsolosluk mahkemelerine verilmesi, devletin egemenlik hakkının bir bölümünden daha vazgeçmesi demektir (Tanör, s. 108).

¹⁰⁵⁷ Fransa, İngiltere ve İtalya, Osmanlı vatandaşı ile yabancı arasındaki ceza davalarında Osmanlı mahkemelerinin yetkisini tanımakla birlikte, bunun münhasır yetki olmadığını ileri sürmekle yetinmişlerdir. Amerika ve Belçika ise, Osmanlı mahkemelerinin yetkisini tamamen reddetmiş ve kendi yargı sistemleri ve örgütlerinin Osmanlı Devleti'nde faaliyet göstermesi gereğini ileri sürmüşlerdir (Karakoç, ss. 171, 172).

¹⁰⁵⁸ Özkorkut, Yargı, ss. 235, 236; Ferman Demirkol, *Yargı Bağımsızlığı*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1991, ss. 57, 58.

¹⁰⁵⁹ *Hakîm*: Akıllı ve bilgili, hikmetli olan.

Fehîm: Yüksek anlayışlı ve zeki olan.

Müstakim: Hileci, inatçı olmayan, namuslu ve dürüst kimse.

Emîn: Hainlikten uzak olan, güvenilir kişi.

Mekîn: Haysiyet ve şeref sahibi olan.

Metîn: Sağlam karakterli, metanetli, etki altında kalmayan kimse (Bilmen, VIII, s. 213; İlhan, s. 569).

bulunması gerektiği belirtilerek, hâkimliğin mesleki yönden derin bir bilgi ve deneyimin yanında üstün anlayış ve ahlâken de yüksek bir karakter gerektirdiği vurgulanmaktadır. Mecelle, hâkimin bilgisinin ve kültürünün üst düzeyde olmasını beklemektedir. Hâkimde görülen en ufak bir eksiklik doğrudan yargı bağımsızlığını etkilemektedir¹⁰⁶⁰.

Tarafsızlığın sağlanabilmesi için Mecelle’de hâkimin davasına bakamayacağı yakınları da belirlenmiştir. Hâkim, usûlünün, fîrûunun, eşinin, işçisinin ve kendi desteğiyle yaşayanların davasına bakamaz (Mecelle, m.1808). Yargı yetkisi bulunan devlet başkanının da kendisiyle ilgili davalara bakamayacağı kabul edilmiştir. Yargılama sırasında hâkimlerin tam bir tarafsızlık içinde olmaları, davacı ve davalıların menfaatlerini eşit bir şekilde gözetmeleri gerekmektedir. Hâkim, taraflara eşit ve adil davranmak (Mecelle, m. 1798, 1799); taraflardan hediye kabul etmemek (Mecelle, m. 1796), tarafların yemek davetini geri çevirmek (Mecelle, m. 1797), taraflardan birini ikametgâhında kabul etmekten (Mecelle, m.1798) ve taraflardan birine delil telkin etmekten kaçınmak zorundadır. Hâkim, üzüntü, kaygı, açlık, uyku basması gibi sağlıklı düşünmeyi engelleyecek durumlarda hüküm vermeye girişmemelidir (Mecelle, m. 1812)¹⁰⁶¹.

Kanunlarda belirtilen niteliklere sahip kadıları yetiştirmek için Sultan Abdülmecit tarafından 1854 yılında Muallimhâne-i Nüvvâb adıyla bir medrese açılmış; bu medrese sadece kadı yetiştirmekle görevli olmuştur. Kadılara bu medreseden mezun olma şartı getirilmiştir¹⁰⁶². 1855 yılında çıkarılan bir Nizamname ile kadıların tayin esasları belirlenmiş; kadıların görev yerlerine göre beş sınıfa ayrılması ve ehil olduğu sürece kadıların görev yapmaları usûlü benimsenmiştir¹⁰⁶³.

1913 tarihli “Hükkâm-ı Şer’ ve Mehâkim-i Şer’iyye Hakkında Kanûn-i Muvakkat”ın 17’inci maddesinde hâkim tayin edilecek kişide aranacak şartlar belirtilmiştir. Buna göre, hâkim tayininde beş şart aranacaktır: 1) 25 yaşını doldurmuş olmak. 2) Bir yıl veya daha çok hapis cezasına ya da daha ağır bir cezaya çarptırılmış olmamak. 3) Yerli yerinde hüküm verebilen, anlayışı kuvvetli, doğru, güvenilir, şahsîyet sahibi ve sağlam iradeli olmak. 4) Tam bir temyiz kudretine sahip

¹⁰⁶⁰ Akgündüz, Mukayeseli, s. 764; İlhan, s. 569; Bilgin, s. 122; Atar, Kadı, s. 67.

¹⁰⁶¹ Akgündüz, Mukayeseli, ss. 765-767; İlhan, ss. 569, 573; Özkorkut, Yargı, s. 232.

¹⁰⁶² Cin/Akgündüz, I, s. 279; Cin/Akyılmaz, s. 164; Ekinci, s. 551.

¹⁰⁶³ Cin, s. 24; Düstur, I, Tertip, Cilt: 1, s. 321.

olmak. Başka bir deyişle, bunak, kör, dilsiz ve tarafların yüksek sesle konuşmalarını duyamayacak derecede sağır olmamak. 5) Medresetü'l-kudât'ı (kadı yetiştirmek için kurulmuş fakülteyi) bitirmiş olmak. Bu Kanun ile sınırlı süreli kadılık düzeni tamamen kaldırılmış; yerine ehil olduğu sürece kadıların görev yapmaları esası getirilmiştir. Ayrıca hukuk fakültesi niteliğindeki medreselerden mezun olmayanların hâkim olamayacağı hükme bağlanmıştır¹⁰⁶⁴.

Tarafsızlık ilkesinin uygulanabilmesi için Osmanlı Hukuku'nda hâkimin reddi müessesesi de kabul edilmiştir. Hâkimin reddi sebepleri arasında; hâkimin davada doğrudan veya dolaylı olarak ekonomik çıkarı bulunması, taraflardan birinin akrabası veya hasmı olması, taraflardan biriyle hâlâ görülmekte olan bir davasının olması ve vereceği hükümden önce görüşünü açıklaması sayılabilir. Bu sebeplerden bir ya da bir kaçısı varsa hâkim ya kendiliğinden ya da taraflardan birinin talebi üzerine davaya bakmaktan çekilecektir¹⁰⁶⁵.

Hâkimlerin gördükleri davalarda rüşvet almalarının, yaptıkları diğer işlerde de bu tür usûlsüzlükler yapmalarının önüne geçmek için çıkarılan ve esas olarak rüşvetle kadı ve naip atanması durumunda verilecek cezaları belirleyen 1838 tarihli "*Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnamesi*"nde, atamalarda gözetilecek ilkelere yer verilmiştir. Bu Kanunnamede, hâkimlerin iltimas ve rüşvetle değil, taraflar arasında ayırım gözetmeksizin karar verecekleri hükme bağlanmıştır. Başka bir deyişle, kanunnamede, hâkimin "tarafsız olma" yükümlülüğü vurgulanmıştır¹⁰⁶⁶.

Tarik-i İlmiyeye Dair Ceza Kanunnamesi, yargının tarafsızlığı ilkesi bakımından oldukça önemli hükümler içeren bir kanundur. Kanunun giriş kısmında şer'i hukukla ilgili hizmetlerde bulunan görevlilerin içinde bazı suçlu, dürüst olmayan kişilerin bulunduğu belirtilmiş ve daha sonra paragraflar halinde hükümlere geçilmiştir¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁴ Düstur, 2. Tertip, Cilt:5, ss. 352-361; Bayındır, ss. 86, 87; Ekinci, Mahkeme, s. 162; Cin/Akgündüz, I, ss. 279-281; Cin, ss. 25, 26.

¹⁰⁶⁵ Ekinci, s. 393.

¹⁰⁶⁶ Özkorkut, Yargı, s. 233; Çadırcı, Ceza Kanunnamesi, s. 143; Mumcu, Rüşvet, s. 276; Candan, s. 68; Ekinci, Mahkeme, s. 140; Sarkis, s. 153.

¹⁰⁶⁷ Tarafsızlık ilkesini de barındıran hükümler şu şekildedir:

- Ulemadan halkın hizmetinde bulunanlar görevlerini yerini getirirken, şer'i hukukun öngördüğünden başka bir şey talep ettikleri anlaşılırsa durumlarına göre, gerekli uyarı yapılacak, yola gelmezlerse görevlerinden ihraç olunacaklardır.

- Kadı ve naip, verecekleri hükümlerde dostlukla ya da rüşvetle haksızlık yaptıkları anlaşılırsa aldıkları rüşvet geri verilecek, kendileri de cezalandırılacaktır.

1838 yılında Mayıs ayının sonlarında ilân edilen bu Kanun'un bir süre sonra da zeyli yayınlanmıştır. 12 Aralık 1838 tarihinde yayınlanan zeyilde, Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kadı ve naip olanların yeniden sınava girmelerinin birçoğunun işsiz güçsüz kalmalarına yol açacağının anlaşıldığı, bunun için bu kimselerin görevlerinde kalmalarına karar verildiği belirtilmiştir. Ayrıca yeniden

-
- Rumeli ve Anadolu kazaskerleri görev dönemlerinde rüşvet alarak kadı atadıkları anlaşılırsa, aldıkları rüşvet sahiplerine geri verilecek, rüşvetle elde edilen görev ve unvan geri alınacak, kazaskere de duruma uygun bir ceza verilecektir.
 - Görev süresi dolan kişilerin görevi uzatılmak istendiğinde, şeyhülislâmın onayı alınarak, kurala göre işlem yapılacaktır; bu şekilde yapılmayan atamalar ve görevlendirmeler geçerli olmayacaktır.
 - "Arpalık" biçiminde, kendilerine kazaların adalet işlerinden elde edilen gelir bırakılan, yüksek din âlimleri, müderrisler ve diğer ulema, mutasarrıf oldukları kazalara naib atamak istediklerinde, aldıkları aylık ve harçlardan fazla rüşvet aldıkları anlaşılırsa, rüşvet geri istenecek; bu işte aracı olanlar (kapı kethüdası, sarraf gibi) cezalandırılacaklar, rüşvet vererek naib olan da görevden alınacaktır.
 - Hala eğitim ve öğretimde ve kadılıkta bulunan kimseler her ne kadar ilim ve yetenekleriyle biliniyor olsalar da tutum ve davranışları iyi olmazsa; şer'an ve örf'en ilim erbabına yakışmayan davranışlarda bulunmayı adet edinenlere hiçbir kazada yargı görevi verilemez.
 - Bundan böyle, durumu bilinmez kimse, kadı olma talebinde bulunursa, şeyhülislâmın nezaretinde şer'i işlerde çalışmış üç dört kimse tarafından yapılan sınava tabi olacaktır. Şer'i hukukun gereklerini yerine getirecek yetenekte görülenlere şeyhülislâm tarafından yeterlilik belgesi verilecektir; yeterli görülmezlerse kendilerine naiblik isteğinde bulunmaları cevabı verilecektir. Ehliyetli olmayanlar herhangi bir yolla naib olurlarsa, görevden alınacaklardır.
 - Bir kimse kadı ya da naib olmak isterse, kendisine Türkçe'ye çevrilmiş fetva kitaplarından bir ya da iki fetva sureti ile fıkıh kitaplarından bir ders gösterilip, eğer ancak Türkçe sureti anlayıp okursa zayıf, hem okuyup hem de Arapçasıyla karşılaştırabilirse orta, hem bunları yapıp hem de Arapça metinden gösterilen yeri bulup çıkarırsa iyi, bunların hepsini yaptıktan başka gösterilen meselenin fıkıh kurallarına uygun olarak açıklamasını yapabilirse pekiyi olarak değerlendirilecektir. Bunlardan her biri amaçlarını anlatacak kadar yazı yazmaya kudretli olursa, derecelerine göre kazalara hâkim olarak tayin olurlar. Bu derecelerden hiçbirine giremeyenlere de ilim tahsil etmeleri söylenecektir.
 - Hiç kimse rüşvet, aracılık ve merhametle hâkim atanmayacaktır. Eğer bu yollarla atanalar olursa verdikleri rüşvet ne ise alandan tahsil edilecek, hâkim de azledilecektir. Rüşvet alan da ayrıca cezalandırılacaktır.
 - Bir kimse hâkim olarak atandıktan sonra bana yararları dokunur diye vali, mütesellim, voyvoda ile ileri gelenlere hediye adı altında rüşvet verip, sonra bunun karşılığını mahkemeye işi düşen halktan alma yoluna giderse cezalandırılacaktır.
 - Hem İstanbul'da hem de diğer mahallerde hâkim olan kimseler, Müslüman, zimmî, müstemmen her kim olursa olsun, kendilerine başvuranlar arasında fark gözetmeksizin, şer'i hukukun gereklerine göre karar vereceklerdir. Hatır-gönül, iltimas ve rüşvetle karar vermeyecekler; bu yollara sapanlara gerekli ceza verilecektir.
 - Vali, mütesellim, voyvoda, muhtar, ileri gelenler haksız yere kadılara müdahale edemeyecekler, edenler de cezalandırılacaktır.
 - Hâkimler gördükleri davalarda kural olarak "kuruşta bir para" vergi alacaklar, başka adlarla bir şey istemeyeceklerdir. Bu kurala uymayanlar görevlerinden alınacaktır. Ayrıca halkın huzur ve güvenini bozacak tutum ve davranışlarda bulunan hâkimler sürgün edilip, cezalandırılacaklardır. Padişah emirlerinin yerine getirilmesinde ve devlet işlerinin görülmesinde rehaveti görülenler de cezalandırılacaktır.
 - Yargı hizmetinde bulunan kimseler, yetenekli ve bilgili olmaları, devlete ve halka hayırlı hizmetler sunarak diğerlerinden üstün başarı göstermeleri halinde ödüllendirileceklerdir.
 - Bundan böyle bu kurallara göre atanacak hâkimler ve naippler işlerinin ehli olacağından, öncekilerden daha dikkatli olarak şer'i hukukun gereklerini yerine getireceklerdir. Bu arada dava tutanakları dikkatle tutulacak, çözümü zor bir dava çıkarda halledemezlerse taşrada müftüye, İstanbul'da şeyhülislâma danışacaklardır. Şahitlerin güvenilir kimseler olmalarına dikkat edilecek, hüküm verilirken kurallara uyulacaktır (Çadircı, Ceza Kanunnamesi, ss. 144-147).

atanacak kadı ve naiplerin şeyhülislâmın belirleyeceği bilgili bir kişi tarafından sınava alınmaları, iki kişinin de şahit olarak bulundurulması kuralı getirilmiştir. Atamaların kazaskerin teklifi, şeyhülislâmın onayı, padişahın uygun görmesiyle gerçekleşmesinin esas olduğu tekrar edilmiştir. Böylece titizlikle yapılacak sınav usûlünden vazgeçilerek, nerdeyse eskiden beri uygulanan şekle dönmüştür¹⁰⁶⁸.

1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nda memurların yeterli maaş aldıkları, almayanların da durumlarının ayarlanacağı ifade edildikten sonra, memleketin yıkımına en büyük sebep olan rüşvetin bundan sonra yasaklandığı ve bu yasağın uygulanmasının da bir kanunla sağlanacağı belirtilmiştir¹⁰⁶⁹.

1840 tarihli Ceza Kanunu'nun beşinci faslında rüşvet alan memurlara verilen cezalar düzenlenmiştir. Bu kapsama hâkimler ve adliye memurları da girdiği için bir ceza kanunu ile rüşvetin cezalandırılması, tarafsızlık ilkesinin uygulanması bakımından önemlidir. Kanun'da rüşvet verenin de rüşvet alan gibi cezaya çarptırılacağı ve memurların rüşvet almaya teşebbüs etmemesi, eğer alındıysa da alınan rüşvetin devlet hazinesine verileceği belirtilmiştir. Kanun'da rüşvet alan kişiye, memur ya da makam sahiplerinden ise, görevinden ihraç edilerek ya da rütbesi düşürülerek üç sene kürek cezası ve herhangi biri değilse gelecekte memuriyete girememe ile birlikte üç sene kürek cezası öngörülmektedir¹⁰⁷⁰.

1851 tarihli Kanun-ı Cedid'in üçüncü faslının 4'üncü maddesinde, "...*hatır için adam istihdamı caiz olmaya*" denilerek torpil ve adam kayırma yasaklanmıştır. İkinci faslın 8'inci maddesinde, rüşvet almanın çirkin ve yasak bir şey olduğu, bundan sonra kimsenin rüşvet almaya cesaret etmemesi gerektiği ifade edilerek; eğer alan olursa alınan rüşvetin hazineye teslim edileceği ve rüşvet alan kişinin görevden ihraç edilerek ya da rütbesinin düşürülerek cezalandırılacağı belirtilmiştir¹⁰⁷¹.

1855 tarihli Men-i İrtikâb Kanunnamesi ise, sadece rüşvet ve zimmet suçlarını düzenleyen bir kanunname'dir. Sadece bu tür suçları düzenleyen bir kanun çıkarılması, Osmanlı'da rüşvetin devlet ve adalet düzeni açısından ne kadar yıkıcı ve

¹⁰⁶⁸ Çadırcı, Ceza Kanunnamesi, s. 147.

¹⁰⁶⁹ Tanzimat Fermanı'nda, "Memurlara yeterli derecede maaş bağlanmış olup, henüz bağlanmamış olanları de belirlenecektir. Bu yolla, şeriata aykırı olan ve ülkenin gerilemesinde başrolü oynayan rüşvet belası güçlü bir kanun ile ortadan kaldırılmış olacaktır" ifadesi yer almıştır (Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 4). İnalcık, Gülhane, s. 614.

¹⁰⁷⁰ Ahmed Lütfi, ss. 120, 121; Akgündüz, Mukayeseli, ss. 814, 815; Mumcu, Rüşvet, ss. 278-280; Gökçen, s. 21; Taner, s. 8.

¹⁰⁷¹ Ahmed Lütfi, ss. 140, 142; Akgündüz, Mukayeseli, ss. 827, 828; Sarkis, s. 241.

yaygın olarak işlenen bir suç olduğunu göstermektedir. 1855 tarihli Kanunname, 1858 tarihli Ceza Kanunu'nun temel kaynaklarından olup sadece bazı maddeleri değiştirilip, düzeltilerek ceza kanununa aynen alınmıştır¹⁰⁷².

1858 tarihli Ceza Kanunu'nun üçüncü faslında, rüşvet alan memurlara verilecek cezalar düzenlenmiştir. Bu faslında, bir çıkar için her ne ad altında olursa olsun bir şey alıp verme rüşvet sayılmış; rüşvet yasaklanmış ve rüşvet alanla verene verilecek cezalar düzenlenmiştir. Az veya çok verilen hediye de rüşvet hükmünde sayılmıştır. Rüşvet alan da veren de bu suçu ilk kez işliyorsa, rüşvet, devlet hazinesine verilecek ve 6 ay meslekten men edilecektir. Eğer suç ikinci kez işlenirse, rüşvet miktarının iki katı iade edilecek ve memuriyetten men cezası verilecektir. Kanun'un dördüncü faslında benzer şekilde zimmete para geçirme suçu ve cezaları düzenlenmiş; altıncı faslında da memurların yapacakları her türlü yolsuzluk yasaklanmıştır. Bu hükümler, rüşvetin ne derece yürümüş ve insanları korkutacak bir hal almış olduğunu gösterir niteliktedir¹⁰⁷³.

1858 tarihli Kanun'a göre, bir davada ortaya çıkan emir, iltimas, ricayı mahkemeden biri veya hâkim devlete ihbar etmezse, o rica veya emir uygulanmamış olsa da, hâkim ya da reis olan kimse memuriyetten uzaklaştırmayla cezalandırılır (m. 97). Eğer davada ortaya çıkan bu tür durumları ihbar etmeyip bir de o emir ve rica doğrultusunda karar verirlerse, gerek hâkim ve mahkeme reisi gerek mahkeme üyeleri meslekten men edilirler (m. 98)¹⁰⁷⁴.

Kanun-ı Esasî'de, her memurun kanunen tespit edilen şartlara, ehliyet ve liyakat esasına göre tayin edileceği ve memuriyete giriş işlemlerinin nezaretlerin (bakanlıkların) sorumluluğu altında yapılacağı belirtilmiştir. Adliye teşkilâtında görev yapacak hâkimlerin ve memurların intihab ve tayin işlemleri Adalet Nezareti'nde kurulan komisyonlar tarafından yürütülmüştür. Hâkimler, mahkeme üyeleri, savcılar ve diğer memurlar Adliye Nezareti'nin seçimi üzerine irade-i seniyye ile tayin edilmişlerdir¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷² Akgündüz, İrtikab, ss. 174-191; Sarkis, s. 265.

¹⁰⁷³ Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 537; Akgündüz, Mukayeseli, ss. 845, 846; Candan, s. 77; Mumcu, Rüşvet, ss. 284, 285; Gökçen, s. 30.

¹⁰⁷⁴ Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 538; Akgündüz, Mukayeseli, ss. 849, 850.

¹⁰⁷⁵ Gözübüyük/Kili, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf> (E.T. 12.02.2017); Demirel, ss. 293-295;

4. Yargı Denetimi Bağlamında Hükümün Temyizi

Hâkim, bilgi, tecrübe ve iyi niyetine rağmen yine de yanılabilir, verdiği hüküm kanunlara aykırı olabilir. Bu sebeple Osmanlı Devleti'nde gerek tarafların yargıya olan güvenini sağlama gerekse mahkemeleri daha dikkatli olmaya yöneltme amacıyla bir hâkimin verdiği hükmün bir üst mahkeme tarafından tekrar gözden geçirilmesine ihtiyaç duyulmuştur¹⁰⁷⁶.

Tanzimat Dönemi'yle birlikte Osmanlı Devleti'nde, toplu hâkim usûlü benimsenmiş, karara bağlanmış bir davanın yeni baştan ele alınması (istinaf), yargılamanın tekrar yapılması (iade-i muhakeme) veya üst yargı kurumunca denetlenmesi şeklindeki kanun yolları giderek kurumsal hale gelmiştir¹⁰⁷⁷.

İstinaf kurumu, "*ic̣tịhad ic̣tịhatla nakz olunamaz*"¹⁰⁷⁸ kuralı gereği şer'i hukuka yabancıydı; bir davanın yeniden görülmesi ancak hukuka aykırılık halinde mümkündü. Avrupa modeli istinafın Osmanlı Hukuku'na girişi Tanzimat Dönemi'nde olmuştur. Her mahkemenin sadece kanunda sayılmış olan kararları istinafa tabiydi. Mahkeme kararlarının hukuk kurallarına uygun verilip verilmediğini incelemeye temyiz denmektedir. Kanunen temyizi mümkün olan kararlar istinaftan sonra Mahkeme-i Temyiz'e götürülebilirdi. Mahkeme-i Temyiz, talebi reddedip hükmü onayabilir, böylece hüküm kesinleşirdi; temyiz talebini haklı bulursa, hükmü bozup davayı hükmü veren mahkemeye geri gönderirdi. Bu mahkeme, bozma kararına uymuşsa, yeniden yargılama yapar; bu yargılama sonucu verilen hüküm de tekrar temyiz edilebilirdi. Mahkeme, kararda ısrar ederse dava Mahkeme-i Temyiz Heyet-i Umumiyesi'nde görülürdü; burada verilen karara ilk mahkeme uymak zorundaydı¹⁰⁷⁹.

Tanzimat Dönemi'nde şer'iyye mahkemelerinin verdiği hükümler şeyhülislâmlığa bağlı bir üst makam olan Fetvâhâne'de ve Meclis-i Tetkikat-ı Şer'iyye'de incelenmekteydi¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁶ Aslan, s. 155.

¹⁰⁷⁷ Mecelle, m. 1802, 1837-1840 (Akgündüz, Mukayeseli, ss. 767-771); Ekinci, ss. 391, 392; Seçkin, ss. 45-47; Bilmen, VIII, s. 238; Demirel, s. 306.

¹⁰⁷⁸ Mecelle'nin 16'ncı maddesinde "*ic̣tịhat ic̣tịhatla bozulmaz*" kuralı yer almaktadır. İc̣tịhat, hukukçuların herhangi bir hukukî mesele hakkındaki görüş ve düşünceleridir. İc̣tịhat ancak maddi olgular, kanunlar, kanun hükümleri, âyet ve hadislerle çürütülebilir (İlhan, İlke, ss. 21, 22).

¹⁰⁷⁹ Ekinci, ss. 392, 393; Bilmen, VIII, ss. 238-244; Seçkin, ss. 40-47; Demirel, s. 310.

¹⁰⁸⁰ Atar, Kaza, s. 116; Ekinci, s. 391; Bilmen, VIII, ss. 241-244.

Divan-ı Ahkâm-ı Adliye'nin yüksek bir mahkeme niteliği kazanmasıyla, nizamiye mahkemelerinde verilen hükümler burada temyiz edilmeye başlanmıştır. Nizamiye mahkemeleri, nahiye, kaza, sancak ve vilayet meclisleri olmak üzere dört dereceliydi; bu mahkemeler, hem alanlarına giren davalarda bidayet hem de alt mahkemelerin istinaf merci olarak belirlenmiştir. Bu mahkemelerin temyiz merci olarak 1838'de kurulan Meclis-i Vala, 1868'de Divan-ı Ahkâm-ı Adliye, 1879'da da Mahkeme-i Temyiz haline dönüştü. Osmanlı Devleti'nde sadece İstanbul'da temyiz mahkemesi bulunmaktaydı¹⁰⁸¹.

1879 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu'nun 322'inci maddesine göre, cinayet suçlarıyla ilgili kararlar resmen ve re'sen, cünha ve kabahat suçlarıyla ilgili kararlar tarafların isteğiyle temyiz edilebilir. Mahkeme-i Temyiz, her türlü temyiz talebini bir ay içinde incelemek zorundadır; eğer talebi kabul ederse davayı ya ona ilk bakan mahkemeye ya da o derecede başka bir mahkemeye gönderir (m. 331, 335). Kanun'un 349'uncu maddesinde yargılamanın yenilenmesi yolu düzenlenmiştir. Eğer yeni olay ve delillerin bulunması, öldürüldüğü iddia edilen şahsın hayatta olması, yalancı şahitlerle karar verilmiş olması, hâkimin aşırı kusuru gibi ağır bir hukuka aykırılık sebebi varsa kesinleşmiş bir dava yeniden görülebilmektedir¹⁰⁸².

D. Kanunîlik İlkesi

1. Genel Olarak

Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'a kadar, hukukumuzda bulunduğu halde, kanunnamelerde bu ilkeye açıkça yer verilmemiştir. Bu ilke, kanunnamelerde yazılı olarak yer almasa da, had, kısas ve diyet suçlarında sıkı bir şekilde uygulanmıştır. Osmanlı kanunnamelerinde geçen, "*şer'e ve kanuna muhalif siyaset etmeyeler, kadı hüccet vere*" şeklindeki ifadeler kanunîlik ilkesinin göstergesidir. Ancak bazı suçlarda kanunîlik ilkesinden sapmalar olmuştur. Bazı hallerde, İslâm Hukuku'nun

¹⁰⁸¹ Seçkin, ss. 14, 27; Ekinci, s. 391; Bilmen, VIII, ss. 241, 242; Demirel, s. 310; Aydın, Adalet, ss. 348-350.

¹⁰⁸² Düstur, I. Tertip, Cilt:4, ss.182-194; Gökçen, Usûl, ss. 257-262.

idarecilere verdiği “*siyaseten tecziye*” hakkı suiistimale uğramış, uygulamada keyfiliğe kaçılmıştır¹⁰⁸³.

Her ne kadar Fatih, Kanunî Sultan Süleyman, IV. Mehmet devirlerinde bazı fiillerin tazir derecelerini ve birtakım cezaî hükümleri içeren kanunlar çıkarılmışsa da cezaların kanunîliği esası tam anlamıyla yerleşmediği için tazir cezalarından hangilerinin ne tür fiillerden dolayı ne derecelerde uygulanacağı çok defa tespit edilmemiştir. Tazirler önceleri, fiilin ağırlığına ve derecesine göre son derece adil bir biçimde uygulanmıştır; ancak zamanla görevli makamlar yetkilerini kötüye kullanarak aşırı ve keyfî bir biçimde cezaları uygulamaya başlamışlardır¹⁰⁸⁴.

1838 yılında ilk kez belli bir sınıf vatandaşın bir kanun metninde yazılı suçlardan başkasıyla itham edilemeyeceği ve orada belirtilen cezalardan başkasıyla cezalandırılmayacağı, “*siyaseten katl*”in tarihe karıştığını gösterir nitelikte, artık memurların kısas ve had cezaları dışında ölümle de cezalandırılmayacağı hususlarını içeren ulema ve memurlar için iki ayrı ceza kanunnamesi çıkarılmıştır. Özellikle rüşveti önlemeye yönelik olarak hazırlanan bu kanunnamelerde, “*haline göre tazir ile takdir kılınır*” denilerek, bazı suçların cezası kadının takdirine bırakılmıştır. II. Mahmut’un hazırlattığı bu kanunnamelerle ilk kez sistemli bir ceza hukukuna gidişin yolu açılmıştır. Sadece yönetici sınıfla sınırlı kalsa da ilk kez kanunîlik ilkesi Osmanlı Hukuku’na girmiştir. Kanunnamelerde memurların işleyebilecekleri suçların sayılıp cezaların gösterilmesi, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesini uygulamaya yönelik bir adım olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁸⁵.

Şer’i yargılama hukukunun ilk resmî tedvini Mecelle ile gerçekleştirmiştir. Mecelle’nin 14’üncü maddesinde yer alan “açık kanun hükmü varsa içtihat yoluna gidilemez” kuralı, kanunîlik ilkesini sağlamaya yöneliktir. Buna göre, hakkında açıkça kanun hükmü bulunan hususlarda içtihada gidilemez ve açık kanun hükümleri içtihat yoluyla değiştirilemez, aynen uygulanmalıdır. Karar, kanuna göre verilmelidir¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸³ Atalay, s. 270; Cin/Akgündüz, I, s. 300; Karaman, I, s. 207.

¹⁰⁸⁴ Candan, s. 70; Karaman, I, ss. 207 vd.

¹⁰⁸⁵ Cin/Akyılmaz, ss. 204, 243; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 328; Mumcu, Rüşvet, ss. 276, 277; Candan, ss. 67, 68; Tanör, ss. 68, 69.

¹⁰⁸⁶ İlhan, İlke, ss. 18, 19.

2. Anayasal Belgelerde Kanunîlik İlkesi

Tüm Osmanlı tebaası için kanunîlik ilkesinin kabulü Tanzimat Fermanı ile gerçekleşmiştir. 1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayûnu “*umûmen emniyet-i cân-û mâl ve mahfûziyet-i arz-u nâmus*” esasını ilân etmiş ve Ferman’la “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi yazılı hale gelmiştir¹⁰⁸⁷. Tanzimat Fermanı, keyfî cezalara son verilmesi, kanun dışı nedenlerle suçlanmama ve cezalandırılmama, kanunlara uymayan görevlilerin yine kanunlar çerçevesinde cezalandırılmaları gibi kanunîlik ilkesini oluşturan esasları içermektedir.

Tanzimat Fermanı’nda İslam ilkelerine uyulmazsa, devletin çökeceği belirtildikten sonra “*bu kötü durumdan kurtulmak için yeni kanunlar yapılması zorunluluğu*” üzerinde durulmuştur. Daha sonra Ferman’da, hukuka aykırı davrananların cezalarını saptamak için ayrı bir ceza kanunnamesinin yapılacağı, suç işleyen herkesin hatır, gönül, rütbeye bakılmadan bu kanuna göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Ferman bitirilirken “*...kanunlara uymayanlar Allah’ın lanetine uğrasın*” denilerek kanun hâkimiyetine tekrar vurgu yapılmıştır¹⁰⁸⁸. Ferman’daki tüm bu ifadeler, kanunîlik ilkesinin uygulanabilmesine yöneliktir.

1876 tarihli Kanûn-ı Esâsi’de yer alan “*kanunda yazılı hâl ve şekillerden başka türlü hiçbir kimse yakalanamaz ve tutulamaz*” maddesiyle kanunîlik ilkesi açıkça düzenlenmiştir. Kanun-ı Esasî’nin 10’uncu maddesinde yer alan hükme göre de, Osmanlılar kişi özgürlüğüne ve dokunulmazlığına sahip olup kanunun gösterdiği yollar dışında cezalandırılmazlar. 1909 değişiklikleriyle birlikte bu hüküm değişmiş ve hem cezalandırmalar hem tutuklamalar bakımından kanuna uygunluk koşulu getirilmiştir. Kısaca, Tanzimat Fermanı’yla “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesi yazılı hale gelmiş, 1876 tarihli Anayasa ile de açıkça kanunlaşmıştır¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁷ Cin/Akgündüz, I, s. 300; Cin/Akyılmaz, s. 204; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 333; Karaman, I, s. 207.

¹⁰⁸⁸ Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 332, 333; Tanör, s. 86; İnalçık, Gülhane, ss. 613, 614.

¹⁰⁸⁹ Cin/Akgündüz, I, s. 300; Cin/Akyılmaz, s. 204; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 333; Karaman, I, s. 207; Tanör, ss. 145, 196.

3. Tanzimat Dönemi Ceza Kanunlarında Kanunîlik İlkesi

a. 1840 Tarihli Ceza Kanunu'nda Kanunîlik İlkesi

Tanzimat Fermanı'ndaki düzenlemeye uygun bir şekilde ilk olarak 1840 tarihli Ceza Kanunu hazırlanmıştır¹⁰⁹⁰. Sultan Abdülmecit devrinde hazırlanan 1840 tarihli Ceza Kanunu, keyfî olarak ceza vermeyi engelleyici hükümler koymuş olması, suç ve cezaların kanunîliği, kanun önünde eşitlik gibi ilkeleri getirmesi bakımından oldukça önemlidir. Kanun, had ve kısas cezaları konusunda şer'i hukuka atıf yaparak sadece tazir cezalarını düzenlemiştir. 1840 tarihli Ceza Kanunu, suçları gruplara ayırarak özellikle ölüm cezasını gerektirecek eylemleri sınırlamış ve bu cezanın yerine getirilmesini padişahın onayına bağlamıştır. Bu Kanun'la birlikte kanunîlik ilkesini uygulamada önemli bir adım daha atılmış; padişahın örfî yetkisine dayanarak keyfî bir şekilde ölüm cezası verebilme imkânı ortadan kalkmıştır. Kanun'da memurların işleyebilecekleri suç ve cezalar tek tek belirtilerek, cezalandırılacak bütün fiiller yazılmıştır. Kanun'un en sakıncalı yanı, her suça tek ve sabit bir ceza verilerek hâkime somut olayın niteliğine göre ceza artırma veya azaltma şeklinde takdir hakkı tanınmamış olmasıdır. Bu kanunla ilk kez şer'i ve örfî cezalar birleştirilmiş; ceza hukuku alanında bir bütünlük sağlanmıştır¹⁰⁹¹.

1840 tarihli Kanun, bütün ceza kanunlarına benzer şekilde, adam öldürme, ırz ve namus aleyhine işlenen suçlar, mal aleyhine işlenen suçlar gibi bazı suçları tanımlamakta ve verilecek cezaları düzenlemektedir. Kanun'da düzenlenen suçlara verilen tazir cezaları arasında siyaseten katl, kürek, hapis, sürgün, tekdir ve memuriyetten çıkarma cezası bulunmaktadır. Kanun'da düzenlenen suçlar, zaten İslam Hukuku'nun daha önce tanımladığı ve cezalandırdığı suçlardır. Başka bir deyişle, bu Kanun kabul edilmeden önce de bu suçları işleyen sıradan vatandaşlar cezalandırılıyordu. 1840 tarihli Kanun'u farklı yapan, bu suçları vatandaşlara karşı

¹⁰⁹⁰ 1840 tarihli Ceza Kanunu, bir yandan çağdaş ceza kanunlarının bazı yanlarını alırken diğer yandan şer'i hukuktan gelen bazı kuralları da içermekteydi. Bir mukaddime, bir hatime ve on üç fasıldan ibaret, tamamı 41 maddeden oluşmuştur. Suç genel teorisine ilişkin hiçbir hüküm bulunmayan ve Osmanlı kanunname geleneğine yakın olan bir kanundur (Sarkis, s. 178; Taner, ss. 6, 7; Tanör, s. 110; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 343; Cin/Akgündüz, I, s. 336; Ekinci, s. 563).

1840 (1256) tarihli Kanun'un orijinal metni için bakınız Sarkis Karakoç, **Külliyât-ı Kavânin**, Dosya 5, No: 992, Türk Tarih Kurumu Kütüphanesi, El Yazma, 1839-1844.

¹⁰⁹¹ Sarkis, s. 178; Ahmed Lütüfî, ss. 114-127; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 343; Candan, s. 73; Cin/Akgündüz, I, s. 336; Cin/Akyılmaz, s. 244.

işleyen ehl-i örfün de kanun kapsamına alınarak cezalandırılmasıdır. Bu hem kanunîlik hem de eşitlik ilkesinin bir gereği kabul edilmektedir¹⁰⁹².

1840 tarihli Kanun'un üçüncü faslında, güvenlik ve emniyet işleriyle görevli olan memurlar ile asker kişiler tarafından vatandaşlara veya birbirlerine karşı işlenen sövme ve basit darp fiilleri düzenlenmiş; bu memurlara karşı vatandaşların can ve namus dokunulmazlığı da ceza yaptırımlarıyla güvence altına alınmıştır¹⁰⁹³. Dördüncü fasılda ise, ceza yaptırımıyla mülkiyet hakkı teminat altına alınmış¹⁰⁹⁴; haksız yere kimsenin malına dokunulamayacağı, bu fiil herhangi bir şekilde işlenirse zaptedilen malın aynen iadesine, bu mümkün değilse nakden tazminine gidileceği belirtilerek verilecek cezalar gösterilmiştir. Söz konusu fiilleri işleyenler, eğer memurlardan ya da makam sahiplerinden biriye memuriyetten geçici veya temelli olarak çıkarma, memur değilse memleketten başka bir yere sürgün gibi cezalara çarptırılacaktır¹⁰⁹⁵. Beşinci faslında, rüşvet alan memurlara verilecek cezalar düzenlenmiştir. Burada, rüşvet verenin de rüşvet alan gibi cezaya çarptırılacağı¹⁰⁹⁶ ve memurlara yeteri kadar maaş verildiği, dolayısıyla rüşvet almaya teşebbüs edilmemesi, eğer alındıysa da alınan rüşvetin devlet hazinesine verileceği belirtilmiştir (m. 1). Kanun'da rüşvet alan kişiye, memur ya da makam sahiplerinden ise, görevinden ihraç edilerek ya da rütbesi düşürülerek üç sene kürek cezası; bunlardan biri değilse, gelecekte memuriyete girememe ile birlikte üç sene kürek cezası öngörülmektedir (m. 2). Devlet mallarını çalma da bir tazir suçu olduğundan, altıncı fasılda o da düzenlenmiştir. Onuncu fasılda, şahıslardan birinin diğerine silah

¹⁰⁹² Taner, s. 7; Ahmed Lütfi, ss. 114-127; Candan, s. 75; Cin/Akgündüz, I, s. 336; Karaman, I, ss. 222, 223; Akgündüz, Mukayeseli, ss. 811- 814; Ellek, s. 131.

¹⁰⁹³ Ahmed Lütfi, ss. 117-119; Akgündüz, Mukayeseli, ss. 812, 813.

¹⁰⁹⁴ 4'üncü Faslın 1'inci maddesi'ne göre, "*Taraf-ı Devlet-i Aliyyeden kimsenin mal ve emlakine vaz-ı yed olunmayacağına (el konulmayacağına) canib-i maâli-menâkab-ı Hazret-i Şâhânedan (padişah tarafından) kezalik ahdü misak buyurulmuş olduğundan (söz verildiğinden), büyük ve küçük bir kimse diğer birisinin mal ve emlakine bigayr-i hakkın (haksız olarak) taarruz ve tasallut ve müdahale etmeye.*" (Akgündüz, Mukayeseli, s. 814; Ahmed Lütfi, ss. 119, 120).

¹⁰⁹⁵ 4'üncü Faslın 2'inci maddesi ise şu şekildedir: "*Ba'de ezin (bundan sonra) bu misillü madde-i memnûa ve mekrûheye (bu gibi yasak ve hoş olmayan işlere) cesaret eden olur ise, faraza birinin mal ve emlakine tasallutu (tecavüzü) vukuunda men ve def olurur. Şayet bir takrip ile (bir yol bulunarak) zaptetmiş bulunur ise mazbut olan (zaptedilen) mal ve emlak mevcut ise aynen, değilse semenen sahib-i evveline (ilk sahibine) reddettirildikten başka ol şahsın hilaf-ı kanun hareket veya cesaretine binaen erbab-ı menasib ve memurinden ise (makam sahibi veya devlet memuru ise) hizmetinden tard ve ihraç olup bu takımdan olmadığı halde memleketten âher (başka) mahalde bir sene durmak üzere nefy ve tağrib (sürgün) kılın.*" (Akgündüz, Mukayeseli, s. 814; Ahmed Lütfi, s. 120).

¹⁰⁹⁶ 5'inci Faslın 5'inci maddesine göre, eğer rüşvet veren, diğerinin cebir veya korkutmasıyla vermiş ise, bu durumda cezalandırılmaz; fakat bu durumdaki kişiye üzerinden baskı kalktıktan sonra durumu mahallîne haber verme yükümlülüğü yüklenmiştir (Akgündüz, Mukayeseli, s. 815; Ahmed Lütfi, s. 121).

çekmesi durumunda verilecek ceza ve on birinci fasılda da yol keserek adam soyanlar, buna teşebbüs edenler veya bu sırada adam öldürenler için öngörülen cezalar düzenlenmiştir¹⁰⁹⁷.

1840 tarihli Kanun'un dokuzuncu faslının birinci maddesinde, yeni kanunların herkese eşit olarak uygulanacağı ve devleti idare edenlerin emirlerine, şer'i ve kanunî hükümlere aykırı davrananların, itaat etmeyenlerin cezalandırılacağı düzenlenmiştir¹⁰⁹⁸. Bu maddeyle Kanun, kanunîlik ilkesini koruma altına almayı hedeflemiştir.

b. 1851 Tarihli Kanun-ı Cedid'de Kanunîlik İlkesi

Kanunîlik ilkesini sağlamaya yönelik olarak hazırlanan diğer bir ceza kanunu, 1851 tarihli Kanun-ı Cedid'dir¹⁰⁹⁹. 1840 tarihli Kanun'un eksikliklerini gidermek üzere, Meclis-i Vâlây-ı Ahkâm-ı Adliye tarafından hazırlanan bu Kanun, üç fasıl ve 43 maddeden oluşmuştur. Birinci fasılda, şahsa karşı işlenen suçlar ve devlet aleyhine işlenen suçlar; ikinci ve üçüncü fasılda, can, mal, ırz aleyhine işlenen suçlar düzenlenmiştir¹¹⁰⁰. Bu Kanun'un 1840 tarihli Kanun'dan farkı, bazı katl çeşitleri ile sahtekârlık, kalpazanlık, kız kaçırma, sarkıntılık, sarhoşluk ve kumarbazlık suçlarının cezalarını da düzenlemiş olmasıdır. Kısaca, bu Kanun ile kanunîlik ilkesinin uygulama alanı daha da genişletilmiştir. Kanun'un diğer bir farkı, hâkime takdir hakkı tanıyacak şekilde bazı suçlara alt ve üst sınırı olan cezalar belirlemiş olmasıdır; böylece 1840 tarihli Kanun'un sakıncalı yanı giderilmeye çalışılmıştır. Kanun'un mukaddimesinde sadece tazir cezalarının düzenlendiği, can, mal, ırzın korunmasıyla ilgili olan had ve kısas cezalarına ilişkin şer'i hükümlerin, zamanın değişmesiyle

¹⁰⁹⁷ Ahmed Lütfi, ss. 120-126; Akgündüz, Mukayeseli, ss. 812-818; Candan, ss. 76-78; Cin/Akgündüz, I, s. 336; Karaman, I, ss. 222, 223; Gökçen, ss. 20, 21.

¹⁰⁹⁸ "Kavânîn-i cedide (yeni kanunlar) iktizasınca herkes ailes-seviye (eşit olarak) imtiyâzât-ı tâbiyye ve hukuk-u mefrûzasına (tabii ve temel haklarına) nail olmuş ise de, cümlesi emr-i ülül-emre (devleti idare edenlerin emirlerine) ve âhkâm-ı şer'iyeye ve kanuniyeye (şer'i ve kanunî hükümlere) itaat ve inkıyad ile memur ve mecbur olarak aksine hareketi takdirinde mesul ve muâteb olacağından (cezalandırılacağından) ez-cümle büyük ve küçük herkes ...muhalefeti vukuunda ahz ve haps ile icbar oluna." (Akgündüz, Mukayeseli, s. 817; Ahmed Lütfi, s. 124).

¹⁰⁹⁹ 1851 (1267) tarihli Kanun'un orijinal metni için bakınız Sarkis Karakoç, **Külliyât-ı Kavânin**, Dosya No: 7, Evrak No: 997, Türk Tarih Kurumu Kütüphanesi, El Yazma, 1849-1854.

¹¹⁰⁰ Yol kesenler için 9'uncu maddede, "...onlar adam telef ettikleri zaman suç sabit olduktan sonra idam kalına"; tazir gerektiren hırsızlık için 11'inci maddede, "hakkında şer'i hüküm bulunmayan hırsızlık suçunu işleyen ve birkaç yüz kırışluk şey çalanlara... üç aydan üç seneye kadar prangabend olarak..." şeklinde cezalara yer verilmiştir (Ahmed Lütfi, ss. 133, 134; Karaman, I, ss. 223, 224).

değişmeyen hükümler olduğu belirtilmiştir. Ayrıca had ve kısas cezalarına metin aralarında atıflarda bulunulmuş ve had, kısas cezalarının uygulanmadığı hallerde bu Kanun'un uygulanacağı belirtilmiştir. Kanun-ı Cedid, kanun tekniği bakımından 1840 tarihli Kanun'a benzemektedir; yeni bir anlayış ve sistem farklılığı getirmemiştir. Sadece, 1840 tarihli Kanun'a göre daha sistemli olduğu ve İslam Hukuku hükümlerine uyum konusunda daha fazla titizlik gösterildiği söylenebilir¹¹⁰¹.

1851 tarihli Kanun-ı Cedid ile ilgili en önemli yenilik kamu davası (hisbe davası) anlayışının Türk Hukuku'na girmesidir. Kanun'un birinci faslının 11'inci maddesine göre, mirasçıların kısası gerektirmeyecek durumlarda suçluyu affetmeleri devleti bağlamayacak, suçlu cezalandırılacaktır¹¹⁰². Mirasçılar para için anlaşp, suçlunun cezasını çekmemesine neden olmaktaydılar; bu düzenlemeyle suçlar cezasız kalmayacak ve vatandaş devlet tarafından korunacaktır. Ancak Kanun'un yayınlandığı dönemde henüz savcılık kurumu kurulmadığı için soruşturmayı devlet adına kimin, nasıl yapacağı belli değildi¹¹⁰³.

1851 tarihli Ceza Kanunu'nda, sanık haklarına ve kanunilik ilkesine aykırı düzenlemeler de yer almaktadır. Kanun'da yer alan "süresiz hüküm" ile toplum için tehlikeli sayılan kişiler hakkında tedbirlere yer verilmiştir. Kanun'un üçüncü faslının 13'üncü maddesi, "...*bu suretle iyileşmesi, ıslahı mümkün olmayan toplum için tehlikeli kişiler iyileşmesi mümkün olana kadar hapsoluna*" şeklindedir¹¹⁰⁴. Burada ne zaman biteceği belli olmayan müddetsiz hüküm şeklinde hapis cezası söz konusudur; hapis cezasında ise tahliye iki şarta bağlıdır: Islah olma ve kefil bulma. Böyle bir durumda suçluya ceza çektirileceğinden ve bu ceza önceden bilinebilir olmadığından kanunilik ilkesine aykırılık bulunmaktadır.

¹¹⁰¹ Ahmed Lütfi, ss. 130-147; Cin/Akgündüz, I, s. 337; Sarkis, s. 241; Tanör, s. 110; Şentop, s. 653; Cin/Akyılmaz, s. 244; Ekinci, s. 563; Karaman, I, s. 223; Akgündüz, Mukayeseli, ss. 821-829; Taner, ss. 8, 9; Ellek, s. 132.

¹¹⁰² "Mücebi kısas olup sonradan bazı veresenin affı veyahut sulh ile diyete ve mala münkalib olan mücebi iptida diyet bulunan madde-i katlin iktizay-ı şer'isi icra olunduktan sonra, Dersaadet'te ise makule şahsı katil derecesine göre bir seneden beş seneye kadar küreğe ve taşrada ise bulunduğu mahallin şehr-i muazzamı neresi ise onda pırangaya konularak süfli hizmetlerde kullanıla." (Akgündüz, Mukayeseli, s. 823; Ahmed Lütfi, s. 134).

¹¹⁰³ Cin/Akyılmaz, s. 244; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 344; Tanör, ss. 101, 102; Akgündüz, Mukayeseli, s. 823; Taner, ss. 8, 9.

¹¹⁰⁴ Ahmed Lütfi, ss. 143, 144; Akgündüz, Mukayeseli, s. 829; Taner, s. 9; Karaman, I, s. 223.

c. 1858 Tarihli Ceza Kanunu'nda Kanunîlik İlkesi

1851 tarihli Kanunî Cedid istenen sonuçları vermeyince, Ahmet Cevdet Paşa başkanlığındaki komisyon, 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan büyük ölçüde yararlanarak, 1858 tarihli Ceza Kanunu'nu hazırlamıştır. 1858 tarihli Ceza Kanunu'nda kanunîlik ve cezanın belirli olması ilkelerine uygun düzenlemeler yer almıştır. Bir mukaddime, üç bab, otuz iki fasıl ve 264 maddeden oluşan bu Kanun ile modern anlamda ceza hukuku Osmanlı hukuk sistemine girmiştir. Kanun'un giriş kısmında (1-47 maddeler) suçların çeşitleri, genel esaslar ve ceza çeşitleri üzerinde durulmuştur. Kanun'un 2'inci maddesinde suçlar cinayet, cünha ve kabahat olmak üzere üçlü bir ayrıma tâbi tutulmuş ve her suç grubu için verilebilecek cezalar 3 ve 4'üncü maddelerde belirtilmiştir. Kanun'un 3'üncü maddesinde cinayet suçlarına karşılık idam, teşhirli müebbet, küreğe konma ve kalebentlik gibi cezalar verilebileceği; 4'üncü maddesinde cünha suçlarına karşılık bir haftadan 3 yıla kadar hapis, sürgün, azil, para cezaları ve kabahat suçlarına karşılık 24 saatten 1 haftaya kadar hapis, 100 kuruşa kadar para cezası ve azarlama gibi tazir cezalarının verilebileceği düzenlenmiştir¹¹⁰⁵.

1858 tarihli Ceza Kanunu'nda para cezaları ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve bu sayede kanunîlik ilkesinin uygulanması sağlanmıştır. 1858 tarihli Kanun madde 69 ve 76'da rüşvet, 91 ve 93'te devlet adına mal alıp satma, 100'de memurun ticaret yapması, 102'de memurun görevi ihmali, 113'te kolluk memurlarının efrada sözlü kötü muamelesi, 116'da mahkemeye özürsüz gelmeme, 120'de firara yardım, 122'de mühür bozma, 126'da devlet evrakını korumakta taksir, 134'te haberleşme özgürlüğünü taksirle ihlâl, 137'de izinsiz matbaa açma, 140-141'de izinsiz okul açma ve öğretmenlik yapma, 146'da sahte parayı bilerek piyasaya sürme, 184'te basit yaralama, 201 zeylinde zina, 202'de alenen hayasızca hareket, 214'te sövme, 215'te sağlık personelinin sır ifşası, 223'te güveni kötüye kullanma, 233'te dolandırıcılık, 237'de resmî evrakı çalma, 238'de ihâleye fesat karıştırma suçları ile bir kısım kabahat türü suç para cezası öngörülmüştür¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁵ Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, ss. 537 vd; Akgündüz, Mukayeseli, s. 835; Gayretli, <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=106>, (E.T. 30.03.2016); Cin/Akgündüz, I, s. 339; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 344; Ekinci, s. 563; Karaman, I, s. 225; Taner, s. 11; Ellek, ss. 133, 134.

¹¹⁰⁶ Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, ss. 552-574; Avcı, Genel, ss. 320, 321; Akgündüz, Mukayeseli, ss. 845-876.

1858 tarihli Kanun'da, kanunilik ilkesiyle bağlantılı olan "geçmişe etkili olma yasağı" da ayrıca düzenlenmiştir. Kanun'un 15'inci maddesinde yer alan, "*Her cinayet ve cünha ve kabahatin taraf-ı hükümetten zahire ihraç olunduğu veya müddaisi zuhur eylediği zamanda mer'i olan kanun ve nizam ile tedibi icra olunup muahhar olan kanun ile mücazâtı icra olunmaz*"¹¹⁰⁷ şeklindeki hükme göre, her tür suç sadece işlendiği zamanda yürürlükte olan kanuna göre cezalandırılır; suç işlendikten sonra uygulamaya konan kanunlar cezalandırmada dikkate alınamaz.

1858 tarihli Kanun, tazir cezalarının derecelerini ve devlete karşı işlenen suçların cezalarını tespit için hazırlanmıştır. Kanun, şahsa karşı işlenen suçlara ilişkin şer'i hükümlerin de yürürlükte olduğunu ve bunlara zarar gelmeyeceğini garanti etmiştir¹¹⁰⁸. Kanun'un 9'uncu maddesine göre, kanun hükümlerinin uygulanması cinayet, cünha ve kabahat suçları aleyhine açılacak hukuk davalarını ve tazminat taleplerini engellemez¹¹⁰⁹. Kanun, had cezaları konusunda bir açıklık getirmemiştir. Uygulamaya bakıldığında, Kanun'un, had cezalarını kaldırmadığı, had cezalarının şer'iyeye mahkemelerinin kararı, şeyhülislâmlığın incelemesi ve padişahın onayından sonra uygulandığı; ancak bu hukukî düzenlemenin, tazir cezalarının alanını had cezalarını bertaraf edecek şekilde düzenlediği ve Kanun metninde şer'i hukuka aykırı hükümlerin de bulunduğu görülmektedir. Zaten din ve mezhep ayrılıklarını aşan, herkes için geçerli ve standart olan bu yeni ceza kanunları laiklik yolunda bir adım ve dinî hukuktan kopma anlamına gelmektedir¹¹¹⁰.

Fransız Ceza Kanunu'na göre cezaların daha düşük tutulduğu 1858 tarihli Kanun'da şahsî hak sayılan kısas ve diyet davaları eskiden olduğu gibi şer'iyeye mahkemelerine bırakılmıştır. Kisas ve diyet davaları dışında kalan tüm davaların görülmesinde nizamiye mahkemeleri yetkili sayılmıştır¹¹¹¹.

¹¹⁰⁷ Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 541; Akgündüz, Mukayeseli, s. 836.

¹¹⁰⁸ Kanunun 172'inci maddesinde, "*kisas veya idam cezalarından affolunan katil müebbeden veya on beş seneden az olmamak üzere muvakkaten küreğe konur*" şeklinde yer alan düzenleme kısas cezası uygulanmadığı takdirde verilecek tazir cezasını içermektedir. Kisas, affedilmezse şer'i hükümlere göre icra olunacaktır. Kanun'un 177 ve 178'inci maddelerinde diyet cezasına yer verilmiş, 181'inci maddede katl, cerh, darb fiillerinden bahsedildikten sonra "*fakat emr-i kısısta hükm-i şer'i ne ise icra olunur*" denmiştir (Karaman, I, s. 225).

¹¹⁰⁹ "*İşbu cezaların hüküm ve tertip ve icrası erbab-ı cinayet ve cünha ve kabâyih aleyhine ashab-ı davanın hukuk ve tazminat-ı mallûbesine kat'a hâlel getirmez.*" (Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 539; Akgündüz, Mukayeseli, s. 836).

¹¹¹⁰ Cin/Akgündüz, I, s. 338; Cin/Akyılmaz, s. 244; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 344; Karaman, I, s. 224; Tanör, s. 102; Akgündüz, Mukayeseli, ss. 834, 836; Taner, ss. 10, 11.

¹¹¹¹ Cin/Akyılmaz, s. 245; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 344; Karaman, I, ss. 224, 225; Taner, s. 10.

1858 tarihli Kanun, Osmanlı'nın sonuna kadar uygulanmış ve Türk Ceza Hukuku'nun temeli olmuştur. Kanun, çeşitli düzeltmelerden geçmiş, özellikle 1911 ve 1914 yıllarında oldukça kapsamlı değişikliklere uğramıştır. 1911 yılında Ceza Kanunu'nun yaklaşık 70 maddesi değiştirilmiş ve bu değişiklik yapılırken 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'ndan yararlanılmıştır¹¹¹². Bu Kanun, 1 Temmuz 1926 yılında yürürlüğe giren 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu tarafından yürürlükten kaldırılmıştır¹¹¹³.

E. Eşitlik İlkesi

1. Genel Olarak

Tanzimat Dönemi'nde Osmanlı Hukuku'nda, "hukuk karşısında eşitlik" ilkesi kabul edilmiştir. Eşitlik ilkesi, kanun önünde eşitlik, yargılamada eşitlik, fırsat eşitliği, yükümlülüklerde eşitlik, kamu hizmetlerine girmede eşitlik gibi hususları da içermektedir¹¹¹⁴.

II. Mahmut bir konuşmasında "...ben tebaamdan Müslümanları camide, Hristiyanları kilisede, Musevileri havrada tanırım. Her ferdin Allah'a ibadet ettiği bu mabetler haricinde aynı hukuka, aynı himayeye, aynı kıyafete sahip olmalarını isterim" sözleriyle eşitlik ilkesini vurgulamıştır. II. Mahmut, Müslümanlar ile zimmîler arasındaki tek farkın yalnız ibadet biçiminde olduğunu söyleyerek hukukî eşitsizliğin olmadığı tek bir eşitlik düşüncesini ifade etmektedir¹¹¹⁵.

II. Mahmut, Fransız İhtilali'yle başlayan ulusçuluk akımlarının etkisini azaltmak, zimmî vatandaşları devlete bağlayabilmek için eşitlik ilkesinin kabulünü bir çare olarak görmüştür. Hukuk devletinin kurulması için bütün vatandaşların can, mal, namus güvencelerinin sağlanması gerekiyordu. Aslında İslam adaletinin temeli olan ve Osmanlı'nın kuruluş, yükseliş devirlerinde titizlikle uyulan adalet ve eşitlik

¹¹¹² 1 Temmuz 1926'da yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu, 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun bir çeşit çevirisi olduğu için Osmanlı Ceza Hukuku son dönemlerde günümüz ceza hukukuna oldukça yaklaşmış bulunmaktadır (Cin/Akyılmaz, s. 245).

¹¹¹³ Cin/Akgündüz, I, s. 339; Taner, ss. 11, 12; Cin/Akyılmaz, s. 245; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 344; Ekinci, s. 563.

¹¹¹⁴ Ekinci, s. 195.

¹¹¹⁵ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 328; Candan, s. 67; Cin/Akyılmaz, s. 190; Cin/Akgündüz, II, s. 356; Tanör, s. 69.

ilkeleri yozlaşma sürecine girilince unutulmuştu. II. Mahmut, bu kuralları hukuk güvencesi altına almayı dirlik ve düzenin baş koşulu olarak görmekteydi¹¹¹⁶. Bu düşünce doğrultusunda eşitlik ilkesi Tanzimat Dönemi düzenlemelerinde yerini almıştır.

2. Tanzimat Fermanı'nda Eşitlik İlkesi

1839 tarihli Tanzimat Fermanı, Osmanlı Devleti'nde eşitlik sürecini kavramsal olarak başlatmıştır. Ferman'da yer alan “kanun dışı nedenlerle suçlanmama”, “yargılamadan kimseye ceza verilmemesi”, “kanunsuz suç ve ceza olmaz”, “adil ve açık usûllerle yargılama” gibi haklarla ilkeler istisnasız tüm Osmanlı tebaasına tanınmıştır. Ferman'da yer alan “... *tebaayı saltanat-ı seniyyemizden olan ehl-i İslam ve milel-i saire bu can ve ırz ve namus ve mal maddelerinde hükm-i şerif iktizasınca kaffe-i Memalîk-i Mahrusemiz ehalisine taraf-ı şahanemizden emniyet-i kamile verilmiş...*” cümlesindeki ifadeden, müslim-gayrimüslim tüm Osmanlı tebaasının tanınan haklardan eşit bir şekilde faydalanacağı anlaşılmaktadır. Bu cümlemin anlamı kısaca “kanun önünde eşitlik”tir. Ferman'da açıkça Müslüman-zimmî eşitliği belirtilmemiş olsa da, tebaaya tanınan güvenceler bakımından böyle bir eşitlik söz konusudur. Tanzimat Fermanı'nın ortaya koyduğu “kanun önünde eşitlik” ilkesi, Osmanlı Devleti'nde müslimler ile gayrimüslimlerin eşitliği şeklinde kendini göstermiştir. Oysa Batı'daki eşitlik ilkesi, sosyal sınıfların ve vatandaşların eşitliği yönünde gelişmiştir¹¹¹⁷.

Tanzimat Fermanı'yla ilk kez tüm Osmanlı vatandaşlarının aralarında din farkı gözetilmeden ceza hukuku alanında aynı hak ve güvencelerden yararlanacağı bir pozitif hukuk kuralı olarak belirlenmiştir. Tanzimat Fermanı'nda bir ceza kanunnamesi hazırlanacağı, suç işleyen herkesin hatır, gönül, rütbeye bakılmaksızın bu kanuna göre cezalandırılacağı belirtilmiştir. Ferman'daki düzenlemeye uygun olarak Tanzimat Dönemi'nde yapılan kanunlar, müslim-gayrimüslim farketmeksizin tüm tebaaya beraber uygulanmıştır. 1840, 1851 ve 1858 tarihli Ceza Kanunnameleri

¹¹¹⁶ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 328.

¹¹¹⁷ Cin/Akyılmaz, ss. 191, 192; Tanör, ss. 88-90; Düstur, 1. Tertip, Cilt: 1, s. 4.

gibi hukukî düzenlemeler din farkı gözetilmeksizin tüm Osmanlı tebaasına yönelik olmuşlardır¹¹¹⁸.

3. Ceza Kanunlarında Eşitlik İlkesi

1840 tarihli Ceza Kanunu, Tanzimat Fermanı'nda vaadedilen, kanun önünde eşitlik ve cezaların eşitliği ilkelerini içermektedir. 1840 tarihli Kanun, devlet memuruyla halkı, Müslüman ile gayrimüslimi ayırmayan, tüm tebaayı ayrıcalıksız olarak kapsayan eşitlik ilkesine yer vermiştir. Tüm vatandaşları eşit bir şekilde kapsamına alan ilk kanundur. Kanun'da Fransız İhtilali'nin ortaya çıkardığı eşitlik ilkesinin etkisi görülmektedir. Özellikle hatimede, konulan kanunların sadece devlet memurlarının değil, bütün toplum fertlerinin genel denetimleri altında bulunduğu söylenmesi de bu etkinin en açık göstergelerinden biridir¹¹¹⁹.

1840 tarihli Kanun'da hukukî eşitliği vurgulayan, Birinci Fasılın birinci maddesi; "*Bir vezir bir çobanın canına kıysa, ol vezirin hakkında dahi kısas-ı şer'i icra oluna*" şeklindedir. Bu madde, dağdaki çobanla vezirin eşit tutulacağını anlatmaktadır. Vezirlerden birisi tarafından bir çobanın bile canına kastedilirse onun hakkında dahi kısas uygulanması, eşitlik ilkesine gösterilen titizliği ifade etmektedir¹¹²⁰. Eşitliğin bu kadar üzerinde durulması, İslam'ın temelinde yer alan hukukî eşitlik ilkesinin Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde ne kadar sarsılmış olduğunu göstermektedir.

1840 tarihli Kanun'un üçüncü faslında, asker kişiler tarafından vatandaşlara karşı işlenen suçlar düzenlenmiş ve bu memurlara karşı vatandaşların can ve namus dokunulmazlığı da ceza yaptırımlarıyla güvence altına alınmıştır. Eşitlik ilkesi kapsamında adil bir yargılamanın sağlanabilmesi için bu tür suçların askerî şahıslar ile vatandaş arasında olması halinde, askerî şahısların da özel mahkemelerde yargılanacağı belirtilmiştir¹¹²¹.

¹¹¹⁸ Cin/Akyılmaz, s. 195; Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 332, 351.

¹¹¹⁹ Ahmed Lütfi, s. 114; Gökçen, s. 20; Cin/Akyılmaz, s. 243; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 343; Akgündüz, Mukayeseli, ss. 810, 811; Candan, ss. 72, 75; Sarkis, s. 178.

¹¹²⁰ Ahmed Lütfi, s. 116; Cin/Akgündüz, I, s. 336; Cin/Akyılmaz, ss. 192, 243; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 343; Karaman, I, s. 222; Tanör, ss. 88, 89; Akgündüz, Mukayeseli, s. 811; Gökçen, s. 20.

¹¹²¹ Akgündüz, Mukayeseli, ss. 812, 813; Candan, s. 76.

3'üncü Fasil 3'üncü madde; "*Ashab-ı meâtibden (devlet memuru) olmayanlardan birinin yani herhangi sınıflan olur ise olsun avam-ı nasın bu makule davası ve nizamı zuhurunda mahallî zabıtı*

Kanun'un on ikinci faslının birinci maddesinde de yine eşitlik ilkesine yer verilmiştir. Maddede yer alan ifade şu şekildedir; “*Bundan böyle herkes şeriat ve kanun huzurunda ve hukukî meselelerde bir ve eşit olacak...*”¹¹²². 1840 tarihli Ceza Kanunu'nun eşitlik ilkesi bakımından önemi, eşitlik ilkesini, yalnızca ceza hukuku kapsamında değil de, daha genel ve tüm alanları kapsayıcı bir ilke olarak ele almış olmasıdır.

1858 tarihli Ceza Kanunu'nda da eşitlik ilkesiyle ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Kanun, 43'üncü maddesiyle ceza kanunu bakımından kadın ve erkek arasında fark olmadığını düzenlemiştir. Ancak cezaların uygulanmasında özel hallerine dikkat edilmesi gerektiği de maddenin devamında belirtilmiştir¹¹²³.

1840 ve sonrasında çıkan 1851 ile 1858 tarihli Ceza Kanunnameleri nizamiye mahkemelerinde uygulanmaktaydı. Nizamiye mahkemeleri Adalet Bakanlığı'nın alanına girerken şer'iyye mahkemeleri Şeyhülislâmlığın alanında kalınca, bu durum iki hukuk sistemi, iki adalet örgütü, farklar, çatışmalar ve eşitliğe aykırı sonuçlar doğurmaktaydı¹¹²⁴.

Zimmîler bakımından din ve vicdan hürriyeti kapsamındaki önemli bir gelişme de, Müslüman olduktan sonra eski dinlerine dönenlere uygulanan ölüm cezasının 1844'ten sonra uygulamadan kalkmasıdır. Ancak Müslümanlar üzerindeki dinî baskılarda bir gerileme görülmediği ve onlar için bu ceza ortadan kalkmadığından bu durum, eşitlik ilkesini zedeler nitelikte görülmektedir¹¹²⁵.

tarafından tutularak ol mahalde bulunan mahkemede davası rü'yet ve isbat olunduktan sonra, herhangi tarafa mensub ise zirde (aşağıda) gösterilecek tedibin icrası için ilam-ı şer'isiyle beraber oraya gönderile.” 5'inci madde ise şu şekildedir: “*Kezalik her hangi sınıftan olur ise olsun, bir kimse diğer bir kimseye el kaldırıp dögecek veyahut bir alet ile darbedecek (vuracak) olursa ise, ber minval-i muharrer (yukarıda yazıldığı şekilde) iktiza eden davası görüldükten sonra kabahatin derecesine göre 15 günde n üç aya kadar hapsoluna.*” (Akgündüz, Mukayeseli, s. 813; Ahmed Lütfi, ss. 118, 119).

¹¹²² Akgündüz, Mukayeseli, s. 818; Ahmed Lütfi, s. 126.

¹¹²³ “*Mücâzât-ı kamuniyede nişanın (kadınların) zükûrdan (erkeklerden) farkı yoktur. Ancak bazı cezaların suver-i icraiyesinde onların hususiyet hallerine riayet olunmak lazım gelir.*” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 543; Akgündüz, Mukayeseli, s. 840).

¹¹²⁴ Berkes, s. 223; Candan, s. 73.

¹¹²⁵ Tanör, s. 111.

4. Islahat Fermanı'nda Eşitlik İlkesi

Tanzimat'la birlikte sancak ve eyalet merkezlerinde Müslüman ve zimmi üyelerden oluşan meclisler kurulmuş ve siyasî alanda da eşitlik ilkesi uygulanmaya başlamıştır. Zimmîlerin haklarıyla ilgili tüm bu gelişmelere rağmen, Avrupalı devletler Osmanlı Devleti'nde Müslümanlarla zimmîlerin her alanda eşit olmalarını istemişler ve yaptıkları baskılar sonucunda Islahat Fermanı'nı ilân ettirmişlerdir¹¹²⁶.

1856 tarihli Islahat Fermanı, müslüman-zimmî eşitliği bakımından oldukça önemli bir belgedir¹¹²⁷. Aslında Islahat Fermanı, genel olarak bütün Osmanlı tebaasına hitap eden bir kaç maddesi dışında sadece gayrimüslimlerin hukukî statülerinde ve sosyal yaşantılarında değişiklik yapacak düzenlemeler içermektedir. Islahat Fermanı'nın hedefi, her yönden tüm kanunlar karşısında Osmanlı tebaasının eşitliğini sağlamak ve bu konuda Tanzimat Fermanı'nın bıraktığı boşluğu doldurmaktır. Ferman'da karma mahkemelerde gayrimüslimlerin de ceza davalarında şahitlik yapabilecekleri düzenlenmiş, böylece şahitlikle ilgili eşitliğe aykırı uygulamalar kaldırılmaya çalışılmıştır. Ferman'da getirilen eşitlik anlayışı sayesinde yeni kurulan bütün yargı organlarında gayrimüslimler de hâkimlik yapmaya başlamışlardır¹¹²⁸.

Islahat Fermanı'yla din esasına dayanan "millet" ve "zimmet" sistemi kaldırılmış, yerine "Osmanlı vatandaşı" kavramı getirilmiştir. Bununla, zimmîler için uygulanan tüm hukukî ve sosyal kısıtlamaların kaldırılması amaçlanmıştır. Vatandaşlık, tüm uyrukları devlete bağlayan bağ olarak ifade edilmiş ve vatandaşlık anlamında "imparatorluğun tebaaları/uyrukları", "yüce padişahın tebaaları/uyrukları" gibi kavramlar kullanılmıştır. Tanzimat Fermanı'ndan itibaren yapılan yeniliklerle zimmîler, zimmet statüsünden ve bu statünün getirdiği hukukî kısıtlamalardan kurtulmuşlardır¹¹²⁹.

Islahat Fermanı, zimmîlere hukuk birliğini sarsıcı haklar tanınması ve dış güçlerin Osmanlı Devleti'ne müdahalesini kolaylaştırıcı hükümler içermesine rağmen, Türk insan hakları ve kamu özgürlükleri tarihinde kanunlar karşısında,

¹¹²⁶ Cin/Akgündüz, II, s. 356; Gözler, s. 13.

¹¹²⁷ Sarkis, s. 275; Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 7.

¹¹²⁸ Cin/Akyılmaz, ss. 194-196; Cin/Akgündüz, II, s. 356; Tanör, s. 96; Gözler, s. 14.

¹¹²⁹ Karakoç, s. 253; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 351.

müslim-gayrimüslim vatandaşlar arasında olsa bile, mutlak eşitliği getirmesi açısından son derece önemli bir belgedir. Bu belgeyle hukuk devletinin önemli bir unsuru olan eşitlik ilkesi, en azından Müslüman-zimmî eşitliği açısından gerçekleştirilmiş olmaktadır¹¹³⁰.

5. Kanun-ı Esasî’de Eşitlik İlkesi

1876 tarihli Kanun-ı Esasî’nin 8’inci maddesi tebaadan vatandaşlığa geçişi düzenlemektedir¹¹³¹. Maddeye göre; “*Osmanlı tabiiyetinde bulunan herkes hangi din ve mezhepten olursa olsun istisnasız Osmanlı tabir olunur*”. Anayasa, devletin ve egemenliğin devamı için vatandaşla devlet arasında sağlam bir vatandaşlık bağının kurulmasını hedeflemiştir. Vatandaşlığı düzenleyen bu maddenin özünde de eşitlik ilkesi yer almaktadır. Eşitlik ilkesini açıkça düzenleyen, Kanun-ı Esasî’nin 17’inci maddesi; “*Bütün Osmanlılar dini ve mezheple ilgili durumlar dışında hak ve görevler açısından kanun önünde eşittirler*” şeklindedir. Bu maddeyle Anayasa’da açıkça “kanun önünde eşitlik” ilkesinden bahsedilmiş ve eşitlik ilkesi Anayasal düzeyde koruma altına alınmıştır¹¹³².

II. Abdülhamit, ilk meclis açılış konuşmasında şer’i hukuka atıf yapmadan, “...*Bütün tebaam aynı ülkenin çocuklarıdır ve kanunların koruması altına alınmışlardır*” diyerek eşitlik ilkesini vurgulamıştır¹¹³³.

F. Cezaların Şahsiliği İlkesi

Tanzimat Dönemi’nde cezaların şahsiliği ilkesi açıkça ifade edilmemişse de bu ilkeyi içeren bazı düzenlemeler yapılmıştır. 1839 tarihli Tanzimat Fermanı’nın üzerinde durduğu ilkelerden biri “cezaların şahsiliği”, başka bir deyişle, “suç kimin

¹¹³⁰ Cin/Akyılmaz, ss. 194, 195; Ekinci, Mahkeme, s. 15.

¹¹³¹ Tanzimat Dönemi’nde reâyâ, Müslim, zimmî, harbî gibi terimler yavaş yavaş terk edilmeye başlamış ve yerlerine tebaayı Devlet’i Aliyye ve ecnebi gibi kelimeler kullanılmaya başlamıştır. Kanun-ı Esasî’den önce vatandaşlık konusu 1868 tarihli *Tabi’iyyet-i Osmaniye Kanunnamesi*’nde düzenlenmiş ve Osmanlı vatandaşı kavramı kullanılmıştır. Kanunname’nin 1’inci maddesinde, anası-babası ya da sadece babası Osmanlı vatandaşı iken doğan çocukların Osmanlı vatandaşı sayılacağı belirtilmiştir. Devamı maddelerde de Osmanlı vatandaşlığının kazanılabileceği diğer yollar düzenlenmiştir (Cin/Akgündüz, II, s. 335; Karakoç, s. 224; Ekinci, s. 313).

¹¹³² Cin/Akyılmaz, ss. 197, 471; Ekinci, s. 195; Tanör, s. 145; Karakoç, ss. 254, 255.

¹¹³³ Cin/Akyılmaz, s. 198.

tarafından işlenmişse sadece onun cezalandırılması” ilkesidir. Ferman’ın önemli unsurlarından biri, müsadere yönteminin ve malına el konulan kişinin mirasçılarının mirastan mahrum olmasının adaletsizliğinden bahsedilerek cezaların şahsîliği ilkesine yapılan vurgudur.

Tanzimat Fermanı, cezaların şahsîliği ilkesine dolayısıyla yer vermiştir. Ferman’a göre, *“birinin suçluluğunun tespiti halinde mirasçılarının o işle ilgileri bulunmayacağından, suçlunun malları elinden alınıp varisleri miras hakkından mahrum bırakılmayacaklardır”*; bu ifade, cezaların şahsî olması gerektiği yönündedir. Müsadere, mala karşı bir cezadır; idam edilen kişinin mallarının müsaderesi, bu malî cezanın suçla ilgisi olmayan mirasçılar hakkında da uygulanması demek olacağından cezaların şahsîliği ve adil yargılama ilkesine aykırıdır¹¹³⁴. Ceza ancak suçu işleyene verilmelidir; Ferman’daki ifadenin bunu sağlamaya yönelik olduğu görülmektedir.

Dönemin resmî gazetesi Takvim-i Vekâî’nin 187’inci sayısında Tanzimat Fermanı ile birlikte yayınlanan ek bir fermanda, yine cezaların şahsîliği ilkesine vurgu yapılmıştır. Bu ek fermanda suç işleyenlerin *“...yalnız kendisi kabahatli olup varislerinin kabahatte paylarının olmaması...”* kuralı belirtilmiştir. Böylece ceza sorumluluğunun şahsîliği kabul edilmiş, ceza hukukunun insan haklarına uygun biçime dönüştürülmesinin temelleri atılmıştır¹¹³⁵.

Cezaların şahsîliği ilkesine ilişkin bir düzenleme de 1858 tarihli Ceza Kanunu’nda yer almaktadır. Kanunun 44’üncü maddesinde çalınan malın aynen iadesine ya da tazminine sadece malı çalan kişi hakkında hükmolunacağı düzenlenmiştir¹¹³⁶. Bu maddeden, tazminat ve tüm masrafların sadece suçun failine yüklenebileceği anlaşılmaktadır.

¹¹³⁴ Taner, ss. 4, 5; Tanzimat Fermanı, <http://www.anayasa.gen.tr/tanzimatfermani.htm>, (E.T. 24.01.2017); Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 4.

¹¹³⁵ Seyitdanlıoğlu, s. 246.

¹¹³⁶ *“Emval-i mesrûka her kimin yedinde bulundur ise ondan alınır. Ama tazminat ve masarî-i saire mutlaka ol cürmün fâiline hükmolunur.”* (Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 543; Akgündüz, Mukayeseli, s. 840).

G. Masumiyet Karinesi

Berâet-i zimmet, başka bir deyişle masumiyet asıldır. Berâet-i zimmetin asıl sayılması, hukukî yönden insanlara büyük bir rahatlama sağlamakta, kişiler bu sayede bazı kuşkulardan kurtulmakta ve kendilerini güven içinde hissetmektedirler¹¹³⁷.

Mecelle'nin 5'inci maddesinde yer alan "bir şey nasılsa öyle kalır" kuralı da masumiyetin asıl olduğunu destekler niteliktedir. Buradaki "şey" geniş anlamdadır; düşünebilen, iddia, savunma ve hükme konu olan her tür varlığı içine almaktadır. Asıl olan mevcut durumdur; aksini iddia eden bunu kanıtlamak zorundadır. Mecelle'nin 10'uncu maddesindeki "bir şeyin sabit durumu, karşı delil olmadıkça olduğu gibi devam eder" hükmü de benzer şekildedir¹¹³⁸.

Mecelle'de yer alan ispat kuralları, masumiyet karinesini sağlamaya yöneliktir; çünkü kişinin suçu tam olarak ispatlanamazsa, masum kabul edilmekte ve şüpheden de sanık yararlanmaktadır. Mecelle, ispatla ilgili bir ölçüt koymuştur; 76'ncı maddede yer alan bu kurala göre, "*beyyine müdde'i için yemin münkir üzerinedir*"; başka bir deyişle, kanıt iddia eden, yemin inkâr eden içindir. Kanıt getirmek davacıya, yemin etmek davalıya düşmektedir¹¹³⁹.

Masumiyet karinesini sağlamaya yönelik ispat kurallarından diğeri, "*beyyine hilâf-ı zahirî isbat için ve yemin aslı ibka içindir*" (Mec. m. 77) kuralıdır. Buna göre, kanıt görünenin aksini kanıtlamak, yemin aslı sürdürmek içindir. Her iddia, görünen duruma karşı bir tez olduğundan kanıtlanınca iddia doğrultusunda yeni bir durum meydana gelir; "kanıtla sabit olan şey maddi gerçek gibidir" (Mec. m. 75). Durumun değişmesi, yeni bir durum meydana gelmesi için iddianın kanıtlanması gerekir; yemin ise, bu kanıtlamayı, durumun değişmesini önleyecek bir araçtır¹¹⁴⁰. Berâet-i zimmet asıl olduğundan ispat külfeti davacı üzerinedir. Suçluluğu iddia eden taraf bunu ispat etmekle mükellef tutulmuştur; çünkü delil, yeni bir şeyi iddia edenden istenmektedir. Kimse delil ileri sürerek kendini temize çıkarmaya zorlanamaz. Osmanlı yargılamalarında sadece objektif deliller ispat vasıtası olarak kabul edilmiş;

¹¹³⁷ Güleç, s. 28; İlhan, İlke, ss. 13, 15; Aslan, s. 89; Bardakoğlu, Berâet, s. 470.

¹¹³⁸ İlhan, İlke, ss. 9, 10.

¹¹³⁹ İlhan, İlke, s. 68.

¹¹⁴⁰ İlhan, ss. 54, 55; İlhan, İlke, ss. 68, 69.

hâkim aksi kanaatte olsa bile, bu delillerle bağlı kalmıştır. Davacı, delilleri getirmek ve iddiasını ispat etmek zorunda olmuştur¹¹⁴¹.

Mecelle’de yer alan başka bir ispat kuralı, “tevehhüme i’tibar yoktur”; başka bir deyişle, “kuruntunun değeri yoktur” kuralıdır (Mec. m. 74). Örneğin, bir kimsenin elinde kana bulanmış bıçak varken, korku ve telâşla bir evden çıktıktan hemen sonra o eve girilip henüz öldürülmüş bir insan görülürse, o şahsın intihar etmiş olması gibi kuruntudan ibaret bir ihtimâle değer verilmez. Mecelle’nin bu hükmüyle delile dayanmayan hususların dikkate alınmayacağı ifade edilmiştir¹¹⁴². Bir hakkın ispatı ancak delille mümkündür; bunun dışındaki ihtimaller dikkate alınmamaktadır.

1840 tarihli Ceza Kanunu’na göre, sanığın suçu tam olarak ispatlanamadığında, masumiyet karinesi gereği, ona ceza verilemez. Kanun’un birinci faslının 1’inci maddesine göre, adam öldürme suçunda alenen ve kanunen gerekli soruşturma ve inceleme yapılmadan, tarafsız bir şekilde sanığın suçu mahkemece sabit bulunup karara bağlanmadan ceza verilemez¹¹⁴³. Kanun’un birinci faslının 3’üncü maddesine göre, adam öldürme olayı kesin olarak sabit olup, dikkatlice tezkiesi yapılan şahitlerin beyanlarıyla işin aslı ortaya çıkmadıkça sanık cezalandırılmaz. Suç ispatlanarak ceza verildiyse de padişah tarafından onaylanmadan uygulanamaz¹¹⁴⁴. Benzer bir düzenleme yine Kanun’un on ikinci faslının ikinci maddesinde yer almıştır; maddeye göre, yargılamadan sonra suçu sabit olmadıkça hiç kimse sebepsiz yere hapsedilemez ve cezalandırılmaz¹¹⁴⁵.

1851 tarihli Kanun-i Cedid’de de masumiyet karinesiyle ilgili 1840 tarihli Kanun’a benzer düzenlemeler yer almaktadır. Birinci faslın birinci maddesinde,

¹¹⁴¹ Atalay, s. 263; Ekinci, s. 201; Bardakoğlu, İsbat, s. 492.

¹¹⁴² İlhan, ss. 54, 55; İlhan, İlke, s. 67.

¹¹⁴³ “...katl-i nefse (adam öldürmeye) cür’et misillü bir hareket-i sarîhası (açık bir hareketi) vuku bulup da şer’an ve kanunen ve alenen vetahkikat-ı lâzime ve tetkikat-ı muktaziye (gerekli soruşturma ve incelemeler) ile kirâren ve mirâren (defalarca) davası görölerek bila garaz cünhası ba’des sübut hüküm terettüp etmeksizin (tarafsız bir şekilde suçu sabit olup mahkemece karara bağlanmaksızın) hafî ve celî (gizli ve açık) ve katilen ve tesmîmen (öldürerek ve zehirlenerek) ve gerek her türlü suver-i mümkün ile hiç kimsenin canına kasdolanmamasına...” (Akgündüz, Mukayeseli, s. 811; Ahmed Lütfi, ss. 115, 116).

¹¹⁴⁴ “Bu makûle katil maddeleri (bu gibi adam öldürme olayları) Dersaadet’de olur ise mutlaka huzur-u Fetvâpehânide görölerek tevatüren (kesin olarak) sabit olup şahitler dahi kemal-i dikkatle tezkiesi neticesi hakikat-ı hal tahakkuk etmedikçe ve ba’dehû (sonra da) hâk-i pâ-y-i Hümayûna (padişaha) arz ile ferman-ı âlî sadır olmadıkça icrası caiz olmaya.” (Akgündüz, Mukayeseli, s. 811; Ahmed Lütfi, s. 116).

¹¹⁴⁵ “Şu kadar ki ba’del-muhakeme sabit olmadıkça hiç kimsenin bile-mücip (sebepsiz yere) hapis ve tedip ve neyfi caiz olmaya.” (Akgündüz, Mukayeseli, s. 818; Ahmed Lütfi, s. 126).

devlet aleyhine suçlarda ve adam öldürme suçunda alenen, kanunen gerekli soruşturma ve inceleme yapılmadan, sanığın suçu mahkemece sabit bulunup karara bağlanmadan kimsenin canına kast edilmemesi gerektiği düzenlenmiştir. Eğer memurlar, mahkeme kararı olmadan birini öldürürlerse, onlar hakkında kısas uygulanması gerektiği de maddenin devamında yer almıştır. İkinci maddede de, bu suçların kesin olarak sabit olup, tezkiyesi yapılan şahitlerin beyanlarıyla işin aslı ortaya çıkmadıkça sanığın cezalandırılmayacağı ve suç ispatlanarak ceza verildiyse de padişah fermanı olmadan uygulanamayacağı düzenlenmiştir¹¹⁴⁶. Tüm bu düzenlemelerin masumiyet karinesini sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

1858 tarihli Ceza Kanunu'nun 186'ncı maddesinde meşru müdafaa hakkı düzenlenmiştir. Buna göre, can ve namusu korumak amacıyla gerçekleşen ölüm ve yaralama fiilleri cezalandırılmaz¹¹⁴⁷. Meşru müdafaa halinde kişi, kendini savunma amacı taşıdığından ve kişide suç işleme kasdı bulunmadığından dolayı suçlu olmamakta, masumiyet karinesi gereği beraat etmektedir.

1879 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu'nun 8'inci maddesine göre, zabıta ve adliye memurları her türlü suçu araştırma ve elde edilen tüm delilleri kayıt altına alıp mahkemeye teslim etmekle yükümlüdür¹¹⁴⁸. Bu maddeden sanığın suçsuzluğunu ispatlamak için delil getirmek zorunda olmadığı; soruşturmanın dikkatli ve ayrıntılı olarak devlet görevlilerince yerine getirileceği ve bu soruşturma sonunda elde edilen deliller doğrultusunda yargılama yapılacağı anlaşılmaktadır. Kanun'un 123'üncü maddesine göre, eğer yapılan soruşturma sonucu suçlama için yeterli delil bulunmazsa, dava reddedilecek ve sanık tutuklanmışsa hemen serbest

¹¹⁴⁶ Madde 1; "...Devlet-i Aliyye aleyhine ikaz-ı fitneye (fitne uydurmaya) cesaret ve katl-i nefse (adam öldürmeye) cür'et misillü bir hareket (açık bir hareketi) vuku bulup da şer'an ve kanunen ve alenen vetahkikat-ı lâzime ve tetkikat-ı muktaziye (gerekli soruşturma ve incelemeler) ile kirâren ve mirâren (defalarca) davası görülerek bila garaz cünhası (suçu) ba'des sübut hüküm-i şer'i terettüp etmeksizin (tarafsız bir şekilde suçu sabit olup mahkemece karara bağlanmaksızın) hafî ve celî (gizli ve açık) katilen ve tesmîmen (öldürerek ve zehirlenerek) ve gerek her türlü suver-i mümkinne ile hiç kimesnenin canına kasdolunmaya. ...iş bu idam madde-i kabîhasına cesaret eden memur beher hal siyaseten ve nizamen idam kılınır." Madde 2; "Dersaadet'de vuku bulan katl ve idam maddesi mutlaka huzur-u Fetvâpehânide görülerek tevâtüren (kesin olarak) sabit olup veyahut şahitler kemal-i dikkatle tezkiye birle hakikat-ı hal tahakkuk etmedikçe ve ba'dehû (sonra da) hâk-i pâ-yi Hümayûna (padişaha) arz ile ferman-ı âlî sadır olmadıkça icrası caiz olmaya." (Akgündüz, Mukayeseli, s. 822; Ahmed Lütfî, ss. 131, 132).

¹¹⁴⁷ "Müdafaa ve muhafaza-i nefis ve ırz için vuku bulan katl ve cerh fiilleri muafdır." (Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 566; Akgündüz, Mukayeseli, s. 863).

¹¹⁴⁸ "Zabıta-i adliye memurları, cinayat ve cünha ve kabahatleri taharri (araştırma) ve deailini cem ve zabt ile mütecasirlerini tutup müteallik oldukları mehakim-i cezaiyyeye teslim etmeye memurdurlar." (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 133; Gökçen, Usûl, s. 204).

bırakılacaktır¹¹⁴⁹. Kanun'un 292'inci maddesine göre de, yapılan yargılama sonucunda sanığın suçsuz olduğu ortaya çıkarsa veya toplanan deliller suçlama için yeterli gelmezse, sanık masumiyet karinesi gereği beraat edecektir¹¹⁵⁰.

Ceza kanunlarında düzenlenen hükümler doğrultusunda ceza yargılamasındaki usûl şu şekildedir: Herhangi bir suç isnadından dolayı mahkemeye getirilen şahsın, ilk olarak sorgulaması yapılarak işlediği fiilin ispatına yarayacak her türlü delil ve senet ortaya konulmaktadır. Leh ve aleyhine şahit varsa onlar da usûlüne uygun yemin ettirildikten sonra dinlenmektedir. Kanunen gerekli bütün araştırma ve soruşturmalar yapılarak kayda geçirilmekte; bu araştırmalar ve yargılama sonunda sanığın suçlu olduğu kesinleşirse cezasına hükmedilmektedir¹¹⁵¹. Bu şekilde suçu sabit olmayan herkes masumiyet karinesinden faydalanmakta ve suçsuz kabul edilmektedir.

Ğ. “Şek ile Yakîn Zâil Olmaz” (Şüpheden Sanık Yararlanır) İlkesi

“Şek ile yakîn zâil olmaz”; başka bir deyişle, “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi, berâet-i zimmet ilkesinin sonuçlarından biridir. Daha önce de belirtildiği gibi, sanığa yönelik bir iddiayı ortaya atan kişi ispatla yükümlü olduğuna göre, ispatın tam gerçekleşmemesi durumunda bundan berâet-i zimmet gereği sanık yararlanacaktır. “Şüpheden sanık yararlanır” ilkesi daima sanık lehine olduğundan, bu ilkeye göre, suçun unsularının ispatına yetecek delilin olmaması halinde sanığın beraat etmesi gerekmektedir¹¹⁵².

Mecelle’de yer alan “şek ile yakîn zâil olmaz” hükmü kıyasen ceza yargılaması hukukuna da uygulanmaktaydı¹¹⁵³. Şüpheyeye düşme kesin bilgiyi

¹¹⁴⁹ “...İsnat olunan fiili maznununaleyhin irtikâp ettiğine dair bir gûna delil ve emare görmediği takdirde men-i muhakemeyi yani mahkemeye mahal olmadığını bir kıta kararname ile beyan edecek ve maznununaleyh tevkif olunmuş ise sebili tahliye kılınacaktır.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 186; Gökçen, Usûl, s. 224).

¹¹⁵⁰ “Müttahemin mücrim olmadığına hükmolunmuş ise reis müttahemin hakkında azvolunan (isnat edilen) töhmetten tebrî-i zimmet (suçlamadan kurtulma) etmiş olduğunu beyan ile başka bir sebep üzerine mevkuf değilse derakap sebilinin tahliye olunmasını ilâm eder.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 216; Gökçen, Usûl, s. 251).

¹¹⁵¹ Akgündüz, İrtikab, ss. 168, 169.

¹¹⁵² Aslan, ss. 93, 94; Cin/Akgündüz, I, s. 413; Karaman, I, s. 194; Üdeh, I, s. 245. Ancak Tanzimat Dönemi Osmanlı Devleti’nde kesin olarak ispatlanmayan iddialarla ve yetersiz delillerle sanıkların ağır cezalara (müebbeden küreğe konulmak gibi) mahkûm edildikleri de bilinmektedir (Mehmed Şerif, s. 62).

¹¹⁵³ Mecelle, m. 4.

gidermemektedir. Şüphe, karar vermeyi önlediğinden ve şüphe varsa kanaat getirme, kesin karar verme gibi bir durum olamayacağından, şüpheden sanık yararlanmaktadır¹¹⁵⁴. Şüphe, kanaate engel bir durum yarattığı için, hâkim, meselenin bütün safhalarını araştırdıktan ve şüpheyi giderdikten sonra karar vermek zorundadır¹¹⁵⁵.

Mecelle'nin 80'inci maddesine göre, "*tenakuz ile hüccet kalmaz*"; başka bir deyişle, çelişki kanıtı hükümsüz kılmaktadır. Örneğin, şahitler ifadelerinden dönerek çelişkiye düştüklerinde ortada delil kalmadığından dolayı, hâkim bu ifadelere göre hüküm veremez¹¹⁵⁶. Artık ortada delilin varlığıyla ilgili bir şüphe bulunmakta ve bu şüpheden sanık yararlanarak beraat etmektedir.

Hâkim, davalının ikrar etmesi halinde onu ikrarıyla bağlı tutmakta, inkâr etmesi halindeyse davacıdan delillerini istemektedir (Mec. m. 1817). Davacı delilleriyle iddiasını ispatlayamazsa, talebi halinde hâkim tarafından davalıya yemin teklif edilmektedir (Mec. m. 1818). Davalı yemin ederse, davacı iddiasını ispatlayamamış olacağından dava reddedilecektir (Mec. m. 1819). Ancak davalı yeminden kaçınırsa, hâkim bu kaçınmaya göre karar vermektedir (Mec. m. 1820)¹¹⁵⁷.

H. Hakkaniyete Uygun Yargılanma Hakkı

Hakkaniyete uygun yargılanma hakkı dürüstlük kuralının bir gereği kabul edilmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi, bir davanın hakkaniyete uygun olarak açılması, yürütülmesi, tarafların iddia ve savunmalarında doğruyu söylemesi, şahitlerin yalan söylememesi, muhakeme hukukunun taraflara tanıdığı yetki ve imkânların kötüye kullanılmaması gerekmektedir. Hâkim, diğer mahkeme görevlileri, taraflar ve şahitler hak ve adaletin ortaya çıkması için çalışmak, hukukun tanıdığı imkânları kötüye kullanmamak zorundadırlar¹¹⁵⁸.

Hakkaniyete uygun yargılama gereği, mahkeme sürecinde yapılan her türlü usûlî işlemde, delil ve karşı delil sunmada, iddia ve karşı iddiada bulunma gibi hususlarda taraflar (iddiada bulunan ve sanık) arasında silahların eşitliği (adil bir

¹¹⁵⁴ İlhan, İlke, ss. 8, 9.

¹¹⁵⁵ Mehmed Şerif, s. 62.

¹¹⁵⁶ İlhan, İlke, s. 71; Akgündüz, Mukayeseli, s. 751.

¹¹⁵⁷ İlhan, s. 575.

¹¹⁵⁸ Yavuz, Dava, s. 13; Aslan, s. 77; Arslan, s. 55.

denge) ilkesine uygun olarak hareket edilmelidir. Tanzimat Dönemi'nde savcılık kurumunun kurulmasıyla birlikte bu ilke daha önemli hale gelmiştir; bundan böyle, ceza yargılamasında savcı ile sanık, iddia ve savunmalarında eşit imkânlarla sahip olmalıdırlar. İddia ve savunmanın tam anlamıyla yapılabilmesi için her iki tarafın duruşmada hazır bulunması, iddia tarafından ortaya konulan ve ileri sürülen iddialara, bilgi ve belgelere savunma tarafının ulaşabilmesi ve buna göre savunmada bulunabilmesi gerekir¹¹⁵⁹.

Hakkaniyete uygun bir yargılamada en önemli görev hâkimlerindir. Hâkimin hak ve adaletle karar vermesi, sanık aleyhine hukuka aykırı bir durum yaratmaması gerekmektedir. Yargılamada hâkim, taraflara iddia ve açıklamalarını sunmaları için makul imkânlar vermek, sanıkla diğer taraf arasındaki adil dengenin bozulmasını önlemek zorundadır¹¹⁶⁰. 1840 ve 1851 tarihli Ceza Kanunları'nın 1'inci maddesinde, alenen ve kanunen gerekli soruşturma ve inceleme yapılmadan, tarafsız bir yargılama sonucu sanığın suçu mahkemece sabit bulunup karara bağlanmadan faile ceza verilemeyeceği düzenlenmiştir. Sonraki maddelerde de, işlenen suçların kesin olarak sabit olup, dikkatlice tezkiyesi yapılan şahitlerin beyanlarıyla işin aslı ortaya çıkmadıkça sanığın cezalandırılmayacağı belirtilmiştir¹¹⁶¹.

Hakkaniyete uygun bir yargılamada şahitlerin doğru ve dürüst davranması çok önemlidir. Tanzimat Dönemi'nde de şer'iyye mahkemelerindeki yargılama usûlü, "sözlülük" esasına dayanmaktaydı. Davalar, bu mahkemeler önüne sözlü olarak getirilebilmekte ve şahit beyanı hâlâ en önemli delil olarak görülmekteydi. Yazılı delillerin ise, içeriğinin şahitler tarafından doğrulanması halinde delil olabileceği kabul edilmekteydi¹¹⁶².

¹¹⁵⁹ Gomien, s. 72; Turan, ss. 314, 320; Dinç, s. 135; Erdoğan, s. 144.

¹¹⁶⁰ Erdoğan, s. 143; Turan, s. 314; Mehmed Şerif, s. 61.

¹¹⁶¹ Madde 1; "...şer'an ve kanunen ve alenen vetahkikat-ı lâzıme ve tetkikat-ı muktaziye (gerekli soruşturma ve incelemeler) ile kirâren ve mirâren davası görülerek bila garaz cümhası (suçu) ba'des sübut hükm-i şer'i terettüp etmeksizin (tarafsız bir şekilde suçu sabit olup mahkemece karara bağlanmaksızın) hafî ve celi (gizli ve açık) katilen ve tasmîmen (öldürerek ve zehirlenerek) ve gerek her türlü suver-i mümkün ile hiç kimesnenin canına kasdolunmaya." Madde 2; "...tevatüren (kesin olarak) sabit olup veyahut şahitler kemal-i dikkatle tezkiye birle hakikat-ı hal tahakkuk etmedikçe ve ba'dehû (sonra da) hâk-i pâ-y-i Hümayûna (padişaha) arz ile ferman-ı âlî sadır olmadıkça icrası caiz olmaya." (Akgündüz, Mukayeseli, ss. 811, 822; Ahmed Lütfi, ss. 115, 131).

¹¹⁶² İslam hukukçularının yazılı deliller konusundaki bu yaklaşımları, bu tür deliller üzerindeki tahrifat ve hile ihtimalinin daha yüksek olması ile açıklanmıştır. Mecelle de "yalnız hat ve hatm ile amel olunmaz" diyerek bu anlayışı kanunlaştırmıştır. Sadece padişah berâtları, tapu ve mahkeme kayıtları gibi çok iyi korunan belgeler bağlayıcı (kanunî) delil olarak kabul edilmiştir (Bakınız Mecelle m. 1736-1739).

Mecelle’de yer alan şahitlik ile ilgili düzenlemeler hakkaniyete uygun bir yargılamanın sağlanması amacına yöneliktir. Mecelle’ye göre, hâkim huzuru dışında yapılan şahitlik geçerli değildir (m. 1687). Şahitlerin şahitlik konusu şeyi kendilerinin görmüş olması ve buna göre şahitlik etmeleri gerekmektedir (m. 1688). Şahitlikte zarardan kurtulma ve çıkar sağlama amacı olmamalıdır. Bu yüzden altsoyun üstsoy, üstsoyun altsoy ve karı-kocanın birbirleri lehine şahitlikleri kabul edilmemekte; bunlar dışındaki akrabalar birbirleri lehine şahitlik yapabilmektedirler (m. 1700). Şahit ile aleyhine şahitlik yapılan kişi arasında düşmanlık olmaması şarttır (m. 1702). Şahit adil olmalıdır; bu yüzden yalancılıkla tanınan kişilerin şahitlikleri kabul edilmemektedir (m. 1705). Mecelle’nin 1716-1726’ıncı maddelerinde, şahitlerin dürüstlüğü ve güvenilirliğini ortaya çıkarmak için yapılan şahitlerin tezkiyesi düzenlenmiştir¹¹⁶³.

Şahitlerin zaman, mekân ve olay hakkında benzer ifade vermeleri şarttır. Örneğin, bir adam öldürme olayına şahitlik eden kişiler suç aletini farklı söylüyorlarsa, bunların şahadetleri kabul edilmez. Şahitlerden biri “olay Cuma günü oldu”, diğeri “Cumartesi oldu” derse ya da biri “olay Üsküdar’da oldu”, diğeri de “Eyüp’te oldu” derse bunların da şahadetleri kabul olmaz¹¹⁶⁴. Şahitlerin fiili gözle görerek şahadet etmesi gerekir; duymakla olan şahadet kabul edilmez¹¹⁶⁵. Hatta kısas suçlarında karar verilmiş bile olsa, şahitlerde körlük, delilik gibi şahadete engel bir arıza ortaya çıkarsa hüküm infâz edilemez¹¹⁶⁶.

Tanzimat Dönemi’nde yeni yargı kurumları oluşturulurken, geleneksel yargılama usûlünde de önemli gelişmeler oldu; bu gelişmelerle birlikte mahkemelerde “yazılılık” esası yerleşmeye başladı. Nizamiye mahkemelerine başvuru, yazılı olmak zorundaydı. Yargılamada kabul edilen deliller konusunda, yazılı delilleri tercihe doğru bir gelişme olmuştur¹¹⁶⁷. Artık bir hakkın ortaya çıkmasında önemli hale gelen yazılı delillerde, bir tahribat veya hile yapılmaması ve onların dürüstlük kuralı çerçevesince hazırlanıp, mahkemede sunulması önemli hale gelmiştir. Ancak şahitlik delili, nizamiye mahkemelerinde de önemli bir ispat aracı

¹¹⁶³ İlhan, ss. 531-546.

¹¹⁶⁴ Miyâr-ı Adalet, m. 98, s. 33; Beroje, s. 85.

¹¹⁶⁵ Miyâr-ı Adalet, m. 100, s. 34.

¹¹⁶⁶ Miyâr-ı Adalet, m. 103, s. 34.

¹¹⁶⁷ Durhan, s. 87.

olarak kullanıldığından şahitlerin dürüst davranmasına yönelik düzenlemeler, bu mahkemeler için hazırlanan kanunlarda da yerini almıştır.

1858 tarihli Ceza Kanunu, dürüstlük ilkesinin sağlanabilmesi için, yalancı şahitliği ve yalan yere yemin edenleri cezalandırmıştır. 207'inci maddeye göre, cinayet suçundan şüpheli şahsın, gerek lehine gerek aleyhine yalan şahitlik eden kişi geçici olarak kürek cezasına çarptırılır¹¹⁶⁸. 208'inci maddeye göre, cünha ve kabahat suçundan şüpheli şahsın gerek lehine gerek aleyhine yalan şahitlik eden kişi bir aydan bir yıla kadar hapsedilir¹¹⁶⁹. 209'uncu maddeye göre, bir davada yalan şahitliğiyle yanlış karar verdiren kimse altı aydan bir yıla kadar hapsedilir¹¹⁷⁰. 212'inci madde ise, yalan yere yemini cezalandırmıştır; buna göre, bir davada üzerine yemin düşen kimse yalan yere yemin ederse, 6 aydan az olmamak üzere hapisle cezalandırılır¹¹⁷¹.

Şahitlerin tarafsız ve dürüst olmasını sağlamak için 1879 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu'nda da bazı düzenlemeler yer almıştır. Kanun'un 70'inci maddesinde, şahitlerin gerçeği söyleyeceklerine dair yemin edecekleri ve kimliğinin araştırılıp şahitlik yapacağı kişiyle yakınlığı olup olmadığına ilişkin zabıt tutulacağı düzenlenmiştir¹¹⁷². Evlatların, yakın akrabaların ve eşlerin birbiri lehine şahitliğinin kabul edilmeyeceği 146'ıncı maddede yer almıştır¹¹⁷³. Kanunun 281'inci maddesinde, şahitlerin soruşturulacağı ve şahadet sırasında veya daha sonra yalan

¹¹⁶⁸ “Cinâyâta müteallık meâdd ile müttehem olan kimsenin gerek lehinde gerek aleyhinde yalan şahitliği eden şahıs, badetteşhir muvakkaten küreğe konulur.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 582).

¹¹⁶⁹ “Cünha ve kabâyiha müteallık mevâdd ile müttehem olanların gerek lehinde ve gerek aleyhinde kezalik yalan şahitliği eden bir şahıs bir aydan beş aya kadar hapis olunur.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 566).

¹¹⁷⁰ “Deâvî-i âdiyede yalan şahitliğini irtikâb eden şahıs altı aydan bir seneye kadar hapis olunur.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 566).

¹¹⁷¹ “Hukukca davalarda yemin düşüp de yalan yere yemin eden kimse, badet-teşhir altı aydan aşağı olmamak üzere hapis cezasıyla mücâzât olunur.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 566; Akgündüz, Mukayeseli, s. 867).

¹¹⁷² “Şahitler artık-eksik olmayarak hakikât-ı hâli söyleyeceklerine yemin edecekler ve isim ve şöhret ve sin ve sanat ve sıfat ve mahalli ikametleri ve tarafeynin hizmetkâr ve akrabasından olup olmadıkları ve derece-i karabetleri müstantik tarafından sual olunacak ve bu sualler ile alınacak cevaplar zabıt varakasına derc kılınacaktır.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 133; Gökçen, Usûl, s. 214).

¹¹⁷³ “Mazmununaleyhin âbâ ve ecdad (atalar, babalar, dedeler) ve evladı ve ahfadından (oğullar, torunlar) ve birader ve hemşirelerinden veyahut bu derecede sıhran karabeti (akrabalığı) olanlardan ve talak vukuundan sonra bile zevc ve zevceden hiçbirinin şahadeti makbul değildir.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 158; Gökçen, Usûl, s. 229).

söyledikleri anlaşılırsa, yalancı şahitlikten dolayı tutuklanıp yargılanacakları belirtilmiştir¹¹⁷⁴.

Hakkaniyete uygun bir yargılamada tarafların ve tarafların vekillerinin de dürüstlük ilkesine uygun davranması gerekmektedir. Tanzimat Dönemi'yle kurumsallaşan ve bir meslek haline gelen avukatlığın yargılamada önemi büyüktür. Bu dönemde, hakkaniyete uygun bir yargılama için avukatlara büyük görev düşmüştür.

Avukatlar, mesleki faaliyetini yerine getirirken özen yükümlülüğüne uymakla mükelleftirler. Özen yükümlülüğü, çalışma süresince dikkatli davranmayı ve gerek işi alma gerek işin yürütülmesi aşamalarında dürüst ve onurlu bir biçimde çalışmayı kapsamaktadır¹¹⁷⁵. Bir avukatın özen yükümlülüğü çerçevesinde, hayatın her alanında, yargılama sürecinde meslek onurunun gerektirdiği ölçüde özenli olması ve doğruluk, dürüstlük esasına uygun hareket etmesi gerekmektedir¹¹⁷⁶. Avukat, savunma yaparken doğru olmayan her türlü aracı reddetmelidir. Doğru olmayan bir belgenin sunulması, mazeretsiz olarak davanın ertelenerek yargılamanın sürüncemede bırakılması dürüstlük anlayışına aykırı görülmektedir. Müvekkilin arzusu ne olursa olsun, sözlü ya da yazılı şekilde, gerçek duruma uygun olarak, hakkın elde edilmesi yolunda avukatın doğruluktan ayrılmaması gerekmektedir. Ayrıca avukat, menfaatini gözetmeden iş yürütmelidir. Hâkim, hak ve adaleti

¹¹⁷⁴ “*Tetkikat iktizasınca bir şahidin şahadeti kazıp olduğu görünürse reis-i mahkeme müddeiumuminin veya müdde-i şahsinin veyahut müttehemmin talep ve istidasi üzerine veyahut re'sen derakap (akabinde) şahid-i merkumu tevkiף ettirebilecektir.*” (Düstur, I. Tertip, Cilt:4, s. 176; Gökçen, Usûl, s. 249).

¹¹⁷⁵ 26 Şubat 1883 tarihli “Dava Vekilleri Hakkında Rumeli-i Şarkîye Mahsus Kanun-i Vilayet”in 11’inci maddesinde, dava vekilinin müvekkili tarafından verilen işleri iyi niyetle sonuçlandırmakla yükümlü olduğu, müvekkilinin hak ve menfaatini korumak için hizmet etmesi gerektiği; üstlendiği işi vekâletnameye ve hukuka aykırı olmayacak şekilde özenli ve dikkatli bir şekilde yerine getirmesi gerektiği vurgulanmıştır (Düstur, I. Tertip, Cilt:3, s. 231-239).

¹¹⁷⁶ 26 Şubat 1883 tarihli “Dava Vekilleri Hakkında Rumeli-i Şarkîye Mahsus Kanun-i Vilayet”te, dava vekillerinin hukukî, cezaî ve disiplin sorumluluğu düzenlenmiştir. Meslek onurunu zedeleyen avukat, mahkeme tarafından cezalandırılacaktır. 29’uncu maddeye göre, bir avukat aleyhine ceza davası açılır veya tutuklama kararı verilirse, vekil olarak görev yaptığı mahkeme tarafından mesleğini yapmaktan geçici olarak men edilir. 30’uncu maddeye göre bu karara rağmen göreve devam ederse, bu kez avukatlık kaydının silinmesiyle cezalandırılır (Örsten Esirgen, s. 767).

28 Kasım 1909 tarihli “Adliye Müfettişlerinin Vezaif ve Derece-i Salahiyetlerini Mübeyyin Talimat”ın 13’üncü maddesinde, adliye müfettişlerinin, dava vekilleri hakkında yapılacak şikâyet üzerine baroya haber vererek işlem yapacaklarını, baro bulunmayan yerlerde ise, bizzat tahkikat yaparak karar vereceklerini düzenlemiştir. Uygulamaya bakıldığında, Adliye Müfettişliği tarafından kötü hali tespit edilen dava vekillerinin dava vekâletinden men edildikleri görülmüştür (Örsten Esirgen, ss. 768, 769).

sağlayan, dağıtan kişiyse, avukat da o hak ve adaletin ortaya çıkmasını bildiren ve yol gösteren kişidir¹¹⁷⁷.

Yapılan düzenlemelerle hakkaniyete uygun yargılamalar amaçlanmışsa da bunu gerçekleştirecek alt yapı oluşturulamamış ve uygulamada birçok sorun yaşanmıştır. 1896 yılında Sultan II. Abdülhamit'e adliye örgütünün sorunlarıyla ilgili sunulan lâyhada, Teşkil-i Mehâkim Kanunu'nun kaza mahkemelerinin birer reis, savcı ve sorgu hâkimi ile ikişer daimi üyeden oluşmasını öngörmesine rağmen bu mahkemelere başkan, savcı yardımcısı ve sorgu hâkimi atanamadığı belirtilmiştir. Bunların yerine başkanlık görevi, az bir maaşla kanun ve usûl bilgisi bulunmayan naipler; savcılık görevi, okuyup yazmaları bile olmayan zaptiye çavuşları veya onbaşılar; sorgu hâkimliği hizmeti de köy halkı veya çiftçiler arasından seçilen üyelerden birisi tarafından yürütülmektedir. Lâyhada belirtilen bu sebebe göre, kazâlarda ortaya çıkan her türlü cürüm ve cinayetin araştırma ve kovuşturması gereği gibi yerine getirilemediğinden birçok genel ve şahsî hak kaybı olmaktadır. Ayrıca hukuk mektebinden mezun, nitelikli kişiler uzak bölgelere gitmek istemeyip yakın yerlerdeki daha düşük memuriyetleri tercih etmektedirler; bu yüzden önemli mahkemelerde nitelikli ve bilgili görevliler bulunmamaktadır. Bunların yerine, halk arasından mülk ve nüfûz sahibi kimseler seçilmekte, seçim sırasında türlü yolsuzluklar yapılmaktadır¹¹⁷⁸.

I. Aleniyet İlkesi

Adil yargılamanın temel ilkelerinden birisi olan aleniyet ilkesi, tarafların hak ve özgürlüklerinin ihlâl edilmesini önleyici niteliktedir. Tanzimat Dönemi'nde yapılan düzenlemelerde en açık şekilde ifade edilen ilkelere biri aleniyet ilkesi olmuştur.

1839 tarihli Tanzimat Fermanı'nda adil ve açık usûllerle yargılama ilkelerine de yer verilmiştir. Ferman'da yer alan "yargılamanın alenîliği" ilkesi, adaletin gerçekleşmesinde halkın denetimine imkân vererek, hâkimlerin yargılama ve hükümlerde daha çok dikkat etmeleri ve tarafsızlıklarını sağlamaları bakımından

¹¹⁷⁷ Örsten Esirgen, ss. 757, 758, 775; Özkent, ss. 13, 15, 536; Mehmed Şerif, s. 61.

¹¹⁷⁸ Köksal, s. 266; Midhat Paşa'nın Suriye Lâyihası'nda da benzer sorunlar dile getirilmiştir (Gedikli, Midhat, ss. 180, 181).

kişiler için büyük bir garanti oluşturmuştur. Mahkemelerde duruşmaların açıklığının sağlanması, keyfilğin engellenmesi açısından Ferman'da yer alan önlemlerden biridir¹¹⁷⁹.

1840 tarihli Ceza Kanunu'nda birinci faslın 1'inci maddesinde, adam öldürme suçunda alenen ve kanunen gerekli soruşturma ve inceleme yapılmadan, tarafsız bir yargılama yapılmadan faile ceza verilemeyeceği düzenlenerek aleniyet ilkesine de yer verilmiştir¹¹⁸⁰.

1851 tarihli Kanun-ı Cedid'de birinci faslın birinci maddesinde de, benzer bir şekilde, alenen soruşturma ve yargılama yapılmadan kimseye ceza verilmeyeceği belirtilmiştir. 1851 tarihli Kanun'un üçüncü faslının 2'inci maddesinde, hırsızlık ve irtikâp suçu işleyenlerin cezalandırılmasıyla ilgili "...alenen yargılama yapılarak suçu sabit olduktan sonra..." ifadesi yer almıştır¹¹⁸¹.

1856 tarihli Islahat Fermanı'na göre, eğer iki taraftan biri Müslüman ve biri zimmî ya da bir yan zimmî, öbür yan yabancı ise, bunlar arasındaki ceza davaları karma mahkemelerde açık olarak görülecek, alenî yargılama yapılacaktır¹¹⁸².

Aleniyet ilkesi, Mecelle'nin 1815'inci maddesinde de "*Hâkim muhakemeyi alenen icra eder. Fakat kabl-el-hüküm ne veçhile hükm edileceğini ifşa etmez.*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, hâkim mahkemeyi, duruşmaları açık olarak yürütür; ancak hükümden önce ne yönde karar verileceğini açıklamaz¹¹⁸³. Mecelle'de yer alan bu hüküm ceza yargılamaları bakımından da geçerli olmaktadır.

Aleniyet ilkesi, 1876 yılında ilân edilen Kanun-ı Esasî'nin 82'inci maddesinde, "*Mahkemelerde hernevi muhakeme alenen cereyan eder ve ilâmatın neşrine mezuniyet vardır. Ancak kanunda müsarrah esbaba mebnî mahkeme muhakemeyi hafî tutabilir*" şeklinde düzenlenmiştir¹¹⁸⁴. Burada mahkemelerde her türlü yargılamanın açık bir şekilde yapılacağı, kararın açıkça ilân edileceği ve sadece

¹¹⁷⁹ Cin/Akyılmaz, s. 191; Tanör, ss. 88, 89; Taner, s. 4; Yıldız, s. 69.

¹¹⁸⁰ "...şer'an ve kanunen ve alenen vetahkikat-ı lâzime ve tetkikat-ı muktaziye (gerekli soruşturma ve incelemeler) ile kirâren ve mirâren davası görülerek bila garaz cünhası (suçu) ba'des sübut hüküm-i şer'i terettüp etmeksizin (tarafsız bir şekilde suçu sabit olup mahkemece karara bağlanmaksızın) hafî ve celî (gizli ve açık) katilen ve tesmîmen (öldürerek ve zehirlenerek) ve gerek her türlü suver-i mümkün ile hiç kimesnenin canına kasdolunmaya." (Akgündüz, Mukayeseli, s. 811; Ahmed Lütfi, s. 115).

¹¹⁸¹ Akgündüz, Mukayeseli, ss. 822, 827; Ahmed Lütfi, ss. 131, 139.

¹¹⁸² Cin/Akyılmaz, s. 194; Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 335.

¹¹⁸³ İlhan, s. 575; Akgündüz, Mukayeseli, s. 768; Fendoğlu, s. 206.

¹¹⁸⁴ Gözübüyük/Kili, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>, (E.T. 12.02.2017); Gözler, s. 18.

kanunda belirtilen hallerde yargılamanın kapalı oturumlarda yapılabileceği belirtilmiştir.

1879 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu'nun 143'üncü maddesinde, her davanın yargılamaşının alenî olacağı ve alenî olmayan yargılamaların yok hükmünde sayılacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Kanun'da, yargılamanın her aşamasının ileride ispatlanması açısından, kâtipler tarafından kayda geçirilmesi gerektiği vurgulanmıştır¹¹⁸⁵.

İ. Makûl Sürede Yargılanma Hakkı

Tanzimat Dönemi'ne kadar dava sayısının az olması, basit yargılama usulü gibi sebeplerden dolayı mahkemelerin iş yükü düşüktü ve davalar daha hızlı sonuçlandırılıyordu. Ancak Tanzimat'tan sonra, özellikle devletin son zamanlarında, dava sayıları artmaya başlamış ve yargılamalar eskisi kadar hızlı sonuçlandırılmaz olmuştur. Yargılamanın makûl bir süre içinde sonuçlanması sanığın en temel haklarından biri olduğu ve yargılamanın gereğinden fazla uzaması adalete aykırı görüldüğü için Tanzimat Dönemi'nde yapılan düzenlemelerde makûl sürede yargılanma hakkına yönelik hükümler yer almıştır.

Makûl sürede yargılama ile ilgili Mecelle'de yer alan hükme göre, hâkim duruşmada ispat, delil ve savunmalarla ilgili incelemeleri yaparken bile işi sürüncemeye bırakmamalıdır (m. 1813)¹¹⁸⁶. Mecelle'nin 1828'inci maddesi de makûl sürede yargılanma hakkıyla ilgilidir; bu maddeye göre, "hükümün sebep ve şartları tamamlandıktan sonra hâkimin hüküm vermeyi geciktirmesi uygun olmaz"¹¹⁸⁷.

Kanun-ı Esasî'nin 84'üncü maddesinde yargılamanın gereksiz yere uzamaması gerektiği, "*Bir mahkeme, vazifesi dâhilinde olan davanın her ne vesile ile olursa olsun rü'yetinden imtina edemez ve bir kere rü'yetine veyahut rü'yeti için iktiza eden tahkikat-ı evveliyeye başlandıktan sonra tatil veya tâviki dahi caiz*

¹¹⁸⁵ "Her davanın muhakemesi suret-i alenide olacak ve alenî olmayan muhakemat keenlemeyekün hükmünde tutulacaktır. ... Zabıt varakaları var ise mahkeme kâtibi tarafından kıraat olunur." (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 147; Gökçen, Usûl, s. 228).

¹¹⁸⁶ Akgündüz, Mukayeseli, s. 767; Atar, İslam, s. 32; İlhan, s. 575.

¹¹⁸⁷ İlhan, s. 577; Akgündüz, Mukayeseli, s. 769.

olamaz.” şekilde ifade edilmiştir¹¹⁸⁸. Buna göre, bir mahkeme, görev alanına giren her davaya bakmak zorundadır; ne sebeple olursa olsun davaya bakmaktan kaçınamaz. Bir kere davaya bakmaya başladıktan veya davayla ilgili soruşturma başladıktan sonra davayı geciktirmek veya ertelemek bile uygun görülmemektedir.

1879 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu, birçok maddesinde makûl sürede yargılanma hakkını sağlamaya çalışmıştır. Kanun’un 49’uncu maddesinde, adliyenin zabıta memurları ve teftiş memurlarının, doğrudan kendilerine bir suç ihbarı geldiğinde ihbarnameyi derhal savcıya göndermeleri gerektiği düzenlenmiştir¹¹⁸⁹. Kanun’un 88’inci maddesinde, davetiyeyle mahkemeye gelen sanığın hemen, zorla getirilen sanığın ise, 24 saat içinde sorgulanacağı hususu hükme bağlanmıştır¹¹⁹⁰. Kanun’un 127’inci maddesinde, soruşturma sonucu dava açılmasına karar verildiyse savcının işi en geç 48 saat içinde mahkemeye havale etmesi gerektiği belirtilmiştir¹¹⁹¹. Mahkeme heyetinin soruşturma ve yargılama sonucu suçu açıkça sabit olan sanık hakkında karar vermek zorunda olduğu, işi sürüncemede bırakamayacağı (m. 213) ve mahkeme başkanının dava sonucunu etkilemeyen, davanın uzamasına sebep olacak şeyleri reddedeceği (m. 234) de makûl sürede yargılanma hakkı ile ilgili Kanun’da yer alan diğer hükümlerdir¹¹⁹².

1913 tarihli “Hükkam-ı Şer’ ve Memurin Şer’iyye Hakkında Kanun-ı Muvakkat’a göre, kadıların görevlerini sebepsiz olarak geciktirdikleri ispatlandığında, kendilerine uyarı, azarlama ve yükselmelerinin geçici veya sürekli

¹¹⁸⁸ Gözübüyük/Kili, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>, (E.T. 23.01.2017); 1876 Kanun-ı Esasîsi, <http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>, (E. T. 12.02.2017).

¹¹⁸⁹ “Zabıta-i adliye memurları tahkikine doğrudan doğruya memur olmadıkları bir cünha veya cinayetin vukuu kendilerine haber verildiği halde ihbarnamesini derhal müddeiumumiye gönderecekler ve bu dahi iddianame-i mahsus ile müstantike irsal eyleyecektir.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 134; Gökçen, Usûl, s. 212).

¹¹⁹⁰ “Celp müzekkeresi ile getirilen eşhas derhal ve ihzar müzekkeresi ile getirilenler nihayet 24 saat zarfında müstantik tarafından istintak olunacaktır.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 142; Gökçen, Usûl, s. 217).

¹¹⁹¹ “Davanın mahkemeye havalesi takdirinde müddeiumumi, bilcümle evrak-ı davayı tertip ve numaralarını vaz’ettikten sonra nihayet 48 saat zarfında işi ait olduğu mahkemeye irsal edecek...” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 147; Gökçen, Usûl, s. 225).

¹¹⁹² Madde 213; “Heyet-i ithamiye mazmununaleyhin fiili kanunen cinayeten madud olduğu ve ithamı için delail-i kafiye bulunduğu halde liva bidayet mahkemesine veyahut mahkeme-i istinafiyye irsalini emreder. Müstantikin emri her ne surette bulunur ise bulunsun heyet-i ithamiye huzuruna gönderilmiş olan mazmununaleyhinden her biri hakkında müddeiumuminin iddiası üzerine tahkikat-ı vakıadan müsteban olan (açık olarak anlaşılan) bilcümle cinayet ve cünha ve kabahatler için bir karar vermeye her halde mecburdur.” Madde 234; “Reis mahkemede netice-i davaca bir gûna faidesi olmayıp mebahisin uzamasını icab edecek şeyleri red ve men edecektir.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, ss. 160, 163; Gökçen, Usûl, ss. 238, 241).

olarak engellenmesi, azil ile beraber iki seneye kadar adlî memuriyetten men gibi cezalar verilebilir¹¹⁹³.

Yapılan tüm düzenlemelere rağmen uygulamada makûl sürede yargılanma hakkının ihlâl edildiği görülmektedir. 1896 yılında Sultan II. Abdülhamit'e sunulan adliye örgütünün sorunlarıyla ilgili lâyihada, makûl sürede yargılanma hakkına aykırı uygulamalardan da bahsedilmiştir. Lâyihada, nizamiye mahkemelerinde kadro yetersizliğinden dolayı hâkimlik vasfı bulunmayan kişilerin görevlendirildiğinden yakınılmaktadır. Hâkimlik vasfı bulunmayan bu kimseler, davanın görülmesinde gecikme ve yolsuzluklara sebep olmaktadır. Lâyihaya göre, mahkemeler arasındaki dereceli sistem dolayısıyla davalar uzun süre sürüncemede kalmaktadırlar. İlk derece mahkemelerince verilen kararların bir üst mahkemede kontrol edilmesi hak ve adaletin sağlanması açısından faydalı olmakla birlikte genellikle bu hak kötüye kullanılmaktadır. Yetki ve görev itirazı üzerine verilen kararların bile istinaf veya temyiz edilebilir görülerek mahkemece haksız çıkanlara ikişer üçer aylık istinaf ve temyiz süresi tanınması buna örnektir. Ayrıca temyiz isteğinde bulunanların İstanbul'a gelmeleri hem çoğu zaman mümkün olmamakta hem de bu kişiler, davaları dolayısıyla büyük masraf ve zarara uğramaktadırlar. Mahkeme, temyiz talebinin incelenmesi sırasında tarafların temyiz mahkemesine kadar gelmelerine gerek olmadığı halde, davayı tarafların gelmelerine kadar bekletmekte, bu da davaların sonuçlanmasını senelerce geciktirmektedir¹¹⁹⁴.

J. Sanık Hakları

1. Genel Olarak

Tanzimat Dönemi'nde sanık hakları bakımından yapılan düzenlemeler dikkat çekicidir. Sanığı yakalama, tutuklama, sorguya çekme sırasında tanınan haklar, sanığı duruşmada hazır bulundurma, gıyapta yargılama yasağı, sanığın savunmasını alma, tercüman yardımından yararlandırma, işkence yasağı gibi konularda düzenlemeler yapılmıştır.

¹¹⁹³ Düstur, 2. Tertip, Cilt:5, ss. 352-361; Ekinci, Mahkeme, s. 163.

¹¹⁹⁴ Köksal, ss. 266, 267; Benzer sorunlar için ayrıca bakınız Gedikli, Midhat, ss. 180, 181; Yıldız, ss. 222, 223.

1879 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu, sanık haklarını koruyucu düzenlemeler içermektedir. Sanık mahkemeye geldiğinde öncelikle hakkındaki iddialar yüzüne karşı okunacak ve elde edilen deliller anlatılacaktır (m. 265, 266). Sonrasında sanık savunma hakkı çerçevesince iddiaları reddedebilir, delil ileri sürebilir ve şahit dinletebilir (m. 266)¹¹⁹⁵. Sanığın belirlediği şahitler, mahkeme başkanı tarafından usûlüne uygun olarak dinlenir (m. 267-271). Sanık, sanık vekili ve savcı, şahitlere mahkeme başkanı aracılığıyla istediği soruları sorabilirler (m. 270)¹¹⁹⁶. Tüm deliller karşılıklı sunulduktan, sorular sorulup cevaplar verildikten sonra, en son söz söyleme hakkı sanığa veya vekiline verilir ve yargılama safhası bitirilir (m. 289)¹¹⁹⁷. Savunma hakkı gereği son söz sanıktır. Yargılama aşaması bitince mahkeme üyeleri kararını verir; verilen karar da mahkeme başkanı tarafından sanığın yüzüne karşı okunur (m. 291)¹¹⁹⁸.

2. Tutuklamada Sanık Hakları

Osmanlı Hukuku'nda hapse benzeyen, ancak hükmen farklı olan zorla getirme ve tevkif (tutuklama) kurumları bulunmaktaydı. Zorla getirme, nezarete alma olup, 24 saatlik bir tutukluluk halidir; zorla getirme emriyle getirtilen kişinin 24 saat içinde hâkim tarafından sorguya çekilmesi gerekir. Zorla getirme kurumu, 1879

¹¹⁹⁵ Madde 265; “Reis okunacak evraka dikkat etmesini mütteheme ihtar ile zabıt katibine dahi heyet-i ithamiyenin mazbatasıyla müddeiumuminin ithamnamesini kıraat eylemesini emredek ve katip dahi cehren kıraat eyleyecektir.” Madde 266; “İş bu kıraatten sonra reis müddeiumuminin ithamnamesinin mealini mütteheme tefhim edip ona hitaben “işte sana bu cürmü etmişsin diyorlar bak ettiğini de nasıl isbat ediyorlar” diyecektir. Bunun üzerine müddeiumumi müttehemin ithamına sebep olan maddeyi teşrih ve beyan edecek ve badehu kendisiyle hukuk-ı şahsiye müddeisinin ve gerek müttehemin istid’a ve ifadesi üzerine celp ve istima olunacak şahitlerin pusulasını ibraz eyleyecektir. ...Müttehem ve müddeiumumi kendilerine tahriren bildirilmemiş veyahut bildirilmişse layıkıyla tasrih ve tarif edilmemiş olan şahitlerin istimai hakkında itiraz edilebilecek ve itiraz-ı vakün şayan-ı kabul olup olmadığına mahkeme tarafından derhal karar verilecektir.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 168; Gökçen, Usûl, s. 246).

¹¹⁹⁶ Madde 267; “Reis şahidlere mahkeme dairesinde kendilerine tahsis olunan odaya gitmelerini emredek...” Madde 268; “Şahidler müddeiumuminin tertibi vecihle münferiden icrayı şahadet edeceklerdir.” Madde 269; “Reis bu şahidlerin şahadet-i vakasıyle ifadat-ı sabıkası beyinde zuhur edebilecek ziyade ve noksanı mahkeme kâtibine zaptettirecektir.” Madde 270; “...Müttehem veyahut vekili veyahut müddeiumumi veyahut müdde-i şahsi şahide badeş-şehade reis vasıtasıyla istedikleri suali edeceklerdir.” Madde 271; “Her şahid icra-yı şahadetten sonra reis tarafından meclisten çıkmasına emir vukuu bulmadıkça çıkamayacaktır.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, ss. 168, 169; Gökçen, Usûl, ss. 246, 247).

¹¹⁹⁷ “...Fakat herhalde en son söz söylemek hakkı mütteheme veyahut vekiline aittir. Badehû reis muhakemenin hitam bulduğunu beyan eder.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 172; Gökçen, Usûl, s. 250).

¹¹⁹⁸ “Reis müttehemi huzur-ı mahkemeye celbedecek ve zabıt kâtibi mahkemenin hükmünü müttehemin muvacehesinde kıraat edecektir.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 173; Gökçen, Usûl, s. 251).

tarhli Ceza Usul Kanunu'nun 86'ıncı maddesinde, usulüne uygun çağrılmasına rağmen sorgulama için mahkemeye gelmeyen veya çağrılmayan sanık hakkında ihzar müzekkeresi (yakalama emri) düzenleneceğı ifadesiyle yer almıştır. Kanun'un 88'inci maddesinde de ihzar müzekkeresi ile getirilen sanıkların 24 saat içerisinde sorgulanması gerektiğı belirtilmiştir¹¹⁹⁹.

Tevkif ise, şüpheli kişilerin kaçmalarını ve delilleri yok etmelerini önlemek için uygulanan, ceza niteliğinde olmayan ve 1 ay gibi süreli veya süresiz tutukluluğı gerektiren bir tedbirdir. 1879 tarihli Kanun'un 89'uncu maddesine göre, sorgulamadan sonra sanığın kaçma tehlikesi varsa veya işlediğı fiilin cezası hapis ya da daha ağır bir cezayı gerektiriyorsa geçici veya geçici olmayan tevkif müzekkeresi verilebilir. Geçici olmayan tevkif müzekkeresi savcı dinlemedikçe verilemez. Geçici tevkif en fazla 30 güne, geçici olmayan tevkif hüküm verilene kadar uzatılabilir¹²⁰⁰.

1858 tarihli Ceza Kanunu'nun 14'üncü maddesine göre, kanuna dayanmadıkça ve kanunen gerekli olmadıkça hiç kimse tutuklanamaz¹²⁰¹. 1909 değişiklikleriyle Kanun-ı Esasî'ye de kanun dışı tutuklama yasağı getirilmiştir. Kanun-ı Esasî'nin 10'uncu maddesine göre, kanunun belirlediğı bir sebep ve suret dışında kimse tevkif edilip cezalandırılmaz. 1909 değişiklikleriyle birlikte Anayasa, hem cezalandırmalar hem tutuklamalar bakımından kanuna uygunluk koşulunu getirmiştir. Değişiklikten önce kişi özgürlüğü sadece kanun dışı cezalandırmalara karşı korunmaktaydı¹²⁰².

Tanzimat Dönemi'nde tutuklama sırasında önce kimlik tespiti yapılarak sanığın sabıka durumuna göre, hangi tip sanık kategorisine dâhil olduğı belirlenirdi.

¹¹⁹⁹ Madde 86; "...müstantik ...mazmununaleyh icabet etmediğı halde hakkında ihzar müzekkeresi ita eyleyecektir." Madde 88; "...ihzar müzekkeresi ile getirilenler nihayet 24 saat zarfında müstantik tarafından istintak olunacaktır." (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 142; Gökçen, Usûl, s. 217); Gökçen, s. 47; Avcı, Hapis, s. 145; Öztürk/Kazancı/Güleç, s. 111; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 306.

¹²⁰⁰ Madde 89; "İstintaktan sonra veyhut mazmununaleyh firar ettiğı halde hareket-i vakaası hapis cezası veya daha ağır bir cezayı müstelzim ise muvakkat veyahut gayri muvakkat tevkif müzekkeresi verilebilir. Ve gayri muvakkat tevkif müzekkeresi müddeiumumi istima olunmadıkça verilemez. Muvakkat tevkif nihayet 30 gün imtidat edebilir. Ve gayri muvakkat tevkif mahkemeden hükmün suduruna kadar mümted olur." (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 142; Gökçen, Usûl, s. 217); Gökçen, s. 48; Avcı, Hapis, s. 145.

¹²⁰¹ "...Ve kanunen lazım gelmedikçe hiç kimse zaptiye nezareti altına alınamaz." (Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 539; Akgündüz, Mukayeseli, s. 836; Gayretli, <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=106>, E.T. 30.03.2016).

¹²⁰² 1909 değişiklikleri için bakınız <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876-1/1876-1-degisiklik.pdf>, (12.01.2017); İkinci, s. 196; Tanör, s. 196; Gözler, s. 20, Karakoç, Kanun-ı, ss. 136-140.

Tutuklama sebepleri önce kişiye bildirilmekte, tutuklu, tutukevine konulduktan sonra hemen yakınlarına haber verilmekteydi¹²⁰³.

Sanıklar, tevkifhaneye (tutukevine) konulduktan sonra da bazı haklara sahip olurlardı. Tutuklu sanıkların masraflarının devlet tarafından karşılanması gerektiği 1851 tarihli Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir. 1851 tarihli Kanun-ı Cedid'in Birinci Faslı'nın 15'inci maddesine göre, geçim ve giyim masraflarını karşılayacak veli ve akrabası olmadığı halde mahpusun (veya tutuklunun) masrafı hazineden karşılanır¹²⁰⁴. Kanun'un üçüncü faslı'nın 16'ıncı maddesinde, tutuklulardan ağır hasta olanların, iyileşene kadar evlerinde ikamet edip, tedavi olmalarına izin verileceği ve hastalık süresinin cezalarından düşürüleceği düzenlenmiştir¹²⁰⁵. Üçüncü faslı'nın 17'inci maddesinde, *"Hapsolunmuş olan fakir suçlulardan tutukluluk süresince yedirip giydirmeye mecbur olan veli ve akrabası bulunmayanların nafakaları bulundukları mahallîn emval-i mürettebe-i miriyesinden verilerek..."* ifadesi yer almıştır. Hükümde masrafın öncelikle tutuklu ve yakınlarına ait olduğu, tutuklu fakirse ve yakınlarının imkânı yoksa devlet tarafından karşılanacağı belirtilmiştir¹²⁰⁶.

1851 tarihli Ceza Kanunu'nda, sanık haklarına ve kanunîlik ilkesine aykırı düzenlemeler de yer almaktadır. Kanun'da yer alan "süresiz hüküm" ile toplum için tehlikeli sayılan kişiler hakkında tedbirlere yer verilmiştir. Kanun'un üçüncü faslı'nın 13'üncü maddesinde, *"...bu suretle iyileşmesi, ıslahı mümkün olmayan toplum için tehlikeli kişiler iyileşmesi mümkün olana kadar hapsoluna"* ifadesi yer almıştır¹²⁰⁷. Burada ne zaman biteceği belli olmayan tutukluluk hali söz konusudur; bu tutukluluk, suçlu için bir çeşit işkence niteliğinde görülmektedir.

Tutuklu sanık haklarını ilgilendiren bir başka koruyucu düzenleme de, 5 Haziran 1879 tarihli "Mehâkim-i Nizamiyenin Teşkilâtı Kanun-ı Muvakkati"nde bulunmaktadır. Kanun'un 83'üncü maddesine göre; *"Müfettişler... kanuna aykırı olarak hapsedilmiş şahıslar bulunup bulunmadığını ve hapishanelerin dahili*

¹²⁰³ Avcı, Genel, s. 504; Karakoç, s. 215.

¹²⁰⁴ *"...haps ile müddet-i mahbusiyetinde infak ve iksasına (geçim ve giyimine) icbar olunacak veli ve akrabası olmadığı halde canib-i beytûlmaldan infak ve iksâ oluna."* (Akgündüz, Mukayeseli, s. 824; Ahmed Lütfi, s. 135).

¹²⁰⁵ *"Alel-ıtlak mahbus olanlardan ağır hasta olanların kavî kefile raptıyla tahsil-i bür'i tam edinceye kadar (tam olarak iyileşinceye kadar) hanelerinde ikamet ve tedavi eylemelerine ruhsat verilip eyyam-ı hastalıkları müddet-i muayyene-i mahbusiyetlerine (ceza gününe) mahsup oluna."* (Akgündüz, Mukayeseli, s. 830; Ahmed Lütfi, s. 145).

¹²⁰⁶ Ahmed Lütfi, s. 145; Avcı, Genel, ss. 524, 525; Akgündüz, Mukayeseli, s. 830; Gökçen, s. 25; Avcı, Hapis, s. 300.

¹²⁰⁷ Ahmed Lütfi, ss. 143, 144; Karaman, I, s. 223; Akgündüz, Mukayeseli, s. 829.

idareleri ve mahbuslar (tutuklu sanıklar) hakkında memurların muamelelerinin yolunda olup olmadığını ve hapishanelerin koruyucu sağlık kurallarına uygun bulunup bulunmadığını araştırmak için hapishaneleri yoklayacaklardır”¹²⁰⁸.

1879 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu’nun 448-458’inci maddelerinde tevkifhane ve hapishanelerle ilgili düzenlemeler yer almıştır. Her ceza mahkemesi yakınında bir tevkifhane bulunacak ve bunlar mahkûmlar için kurulan hapishanelerden tamamen ayrı olacaktır (m. 448, 449). Devlet görevlileri, bu hapis ve tevhifhanelerin güvenli ve temiz olmasına son derece dikkat edeceklerdir (m. 450). Zabtiye memurları ile valiler, tutukluların yiyecek ve içeceklerinin, ihtiyaçlarının karşılanmasına, sağlıklarının korunmasına dikkat edeceklerdir (m. 457)¹²⁰⁹.

1879 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu’nun 108-121’inci maddelerinde nakdî kefaletle tutuklu sanıkların serbest bırakılabileceği ve uygulanacak esaslar düzenlenmiştir¹²¹⁰.

Meclis-i Tanzimat Mazbatası’nda en fazla önem verilmesi gereken konunun tutukevinin cezaevi gibi olmaması ve sanığın beraat edebileceği göz önüne alınarak bunlara masumiyet karinesi gereği peşinen suçlu muamelesi yapılmaması konusu olduğu vurgulanmıştır¹²¹¹.

Uygulamada maalesef yukarıda bahsedilen olumlu düzenlemelere riayet edilmediği görülmektedir¹²¹². Fiziki şartlar ve kapasite eksikliği sebebiyle, taşradaki ceza infaz kurumlarında tutuklular bir türlü kurulamayan tevkifhaneler yerine

¹²⁰⁸ Avcı, Genel, s. 538; Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 235 vd.

¹²⁰⁹ Madde 448; “Mücazat için müesses olan hapishanelerden maada her mahkeme-i cezaiyye nezdinde birer tevkifhane bulunacaktır.” Madde 449; “İşbu tevkifhaneler mücazat için tesis olunan hapishanelerden bütün bütün ayrı olacaktır.” Madde 450; “Hükümet memurları mezkûr hapis ve tevkifhanelerin emniyet ve nezafetine (temizliğine) ve sıhhat-i bedeniyyeyi ihlal ve ifsat etmeyecek derecede bulunmasına dikkat ve itina edeceklerdir.” Madde 457; “Dersaadette zabtiye nazırı ve vilayatta valiler mefkûfin ve mahbusun me’kûlat ve meşrubatının sağlam ve kâfi olmasına ve ailemum tevkif ve hapishanelerin umur-ı inzibatiyesine dikkat ve nezaret edeceklerdir.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, ss. 203, 204; Gökçen, Usûl, ss. 281-283).

¹²¹⁰ Sekizinci Fasıl; “Muvakkaten Tahliye-i Sebil ile Kefalet Beyamındadır.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, ss. 150-153; Gökçen, Usûl, ss. 221-224). 109’uncu maddeye göre, cünha niteliğindeki suçlar bakımından mali teminatla salıverme ve teminatın üçüncü bir kişi tarafından yatırılması kabul edilmekteydi. Teminat ya bizzat sanık ya da herhangi bir kimse tarafından mal sandığına yatırılacak bir miktar para olabileceği gibi, güvenilir bir şahsın malî kefaleti de olabilir; teminat tutarı sorgu hâkimi veya mahkeme tarafından tespit edilirdi (Avcı, Hapis, s. 149).

¹²¹¹ Bozkurt, Batı, s. 110; Yıldız, ss. 83-85, 181; Avcı, Genel, ss. 520, 521; Avcı, Hapis, s. 296. Tutukevi ve cezaevinin farklı olması konusunda ayrıca bakınız Foucault, ss. 339, 391.

¹²¹² Örneğin, Musul hapishanesinde yatan Hızır adlı bir kişinin muhakemesi temyiz safhasıyla beraber tam 17 yılda tamamlanmayarak unutulmuş ve sonrasında ‘iyi halden’ affedilip tahliye edilmiştir (Yıldız, s. 302).

hapishanelerde barındırılmıştır¹²¹³. 1861 yılında vali, mutasarrıf ve kaymakamlara gönderilen bir talimatta, uzun tutukluluk sürelerinin haklarında kanunen o kadar hapsedilmeyecek olanlara zulüm olduğu ve bunun hapishanelerdeki nüfusun artmasına, bu sebeple izdiham ve ölümlere sebep olduğuna işaret edilmiştir¹²¹⁴. Midhat Paşa'nın Suriye Layihası'nda, personel yetersizliğinden ve ehil olmayan hâkimlerden dolayı yargılamaların senelerce sürdüğü, tevkif olunan şüphelilerin çoğunun hâkim kararı olmadan hapiste kaldığı ve ancak tutukluluk için gereken azami sürelerin dolması veya rica üzerine tahliye oldukları; cezaevinde bulunan ikiyüzden fazla tutuklunun yarısından fazlasının hükümsüz mahkûm ve tutuklu olduğu belirtilmiştir¹²¹⁵.

3. Savunma Hakkı

Adil bir yargılama için tarafların dinlenmesi, davacının davasını açık ve net olarak ifade etmesi, sanığın da kendisini savunması gerekmektedir. Tanzimat Dönemi'nde de sanık savunmasını ister bizzat isterse avukat yardımıyla yapabildi.

Tanzimat Dönemi'nde de savunma hakkı kapsamında dilekçe verebilen, vekil atayabilen sanığın vekili ile kimse dinlemeden görüşebilmesine, diğer kişilere veya şahitlere çapraz sorgu yapmasına ve bunların ifadelerine itiraz etmesine izin verilirdi. Bununla birlikte Sultan Abdülaziz'in 1866 tarihli bir Fermanı'nda şahitlerin sadece alenî tezkiyesinin değil, belgelenecek şekilde gizli tezkiyesinin de adil bir karara varmak için gerekli olduğu, zira alenî tezkiyede sanık ile yüz yüze kaldığında şahidin doğru şahitlik etmekten çekinebileceği ifade edilmiştir¹²¹⁶.

Mecelle'nin 1830'uncu maddesine göre, "*hüküm sırasında tarafların hazır olması şarttır*"¹²¹⁷. Savunma hakkı, tarafların hazır olduğu bir davada etkin bir şekilde kullanılabilir. Davalının hükümden önce son sözü söylemesi, son savunmasını yapması önemlidir.

Mecelle'de sanığa, savunma hakkı kapsamında susma hakkı da tanınmıştır. Mecelle'nin yargılama usûlüne ilişkin hükümleri arasında sanığın sorgu sırasında

¹²¹³ Yıldız, s. 359.

¹²¹⁴ Yıldız, s. 223.

¹²¹⁵ Gedikli, Midhat, s. 180. Benzer şikâyetler için bakınız Yıldız, s. 161.

¹²¹⁶ Awad, s. 95; Atalay, s. 256; Atar, İslam, ss. 147, 200; Akyılmaz, s. 172.

¹²¹⁷ İlhan, s. 579.

evet veya hayır demeyip sükût etmekte ısrar etmesi halinde, bu sükûtun inkâr anlamına geleceği yer almaktadır (m. 1822)¹²¹⁸. Bunun gibi, “ikrar da inkâr da etmem” demesi halinde, bu beyan inkâr sayılır ve sanıktan delil getirmesi istenmektedir. Ayrıca savunma hakkının gereği, sanık suçu ikrara zorlanamamakta ve işkenceyle elde edilen ikrar delil olarak kullanılamamaktadır¹²¹⁹.

1876 tarihli Kanun-ı Esasî’de savunma hakkına yönelik olarak, herkesin mahkemelerde bütün meşru yollardan yararlanarak kendisini ve davasını savunabilmesi, işkence ve eziyetin yasaklanması gibi esaslar yer almıştır. Kanun-ı Esasî’nin 83’üncü maddesine göre; “herkes mahkeme huzurunda haklarını koruma açısından gerekli gördüğü her türlü meşru araçtan faydalanabilme hakkına sahiptir”. Böylece Kanun-ı Esasî, savunma hakkına modern bir şekilde yer vermiş olmaktadır¹²²⁰.

1879 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu’nda, sanığın duruşmada hazır bulunmasını sağlamak için duruşma davetiyesi gönderilmesi gerektiği; eğer sanığın gelmeyeceği anlaşılırsa zorla getirilmesinin uygun olduğu belirtilmiş; bunlar için yapılacak işlemler ve usûl ile ilgili düzenlemeler yer almıştır (m. 86-107)¹²²¹. Kanun’un 142’inci maddesinde de, mahkemeye davet edilen şahsın ya bizzat hazır olacağı ya da vekâletnameye sahip bir vekil gönderebileceği düzenlenmiştir¹²²².

Sanığın savunmasını yaparken avukat/vekil yardımından yararlanabilmesi Tanzimat Dönemi düzenlemelerinde yerini almıştır. Mecelle’de, davalının savunmasını yapmak için vekil tayin edebileceği de 1516’ıncı maddede düzenlenmiştir. Buna göre, davacı ve davalı her biri dilediğini davaya vekil tayin edebilir; diğerinin rızası şart değildir. Müvekkil, vekilini istediği zaman vekâletten

¹²¹⁸ İlhan, ss. 576, 577.

¹²¹⁹ Akman, s. 83; Akşit, s. 106; Avcı, İşkence, s. 50; Karaman, I, s. 195.

¹²²⁰ Üçok/Mumcu/Bozkurt, ss. 340-342; Cin/Akyılmaz, ss. 470-472; Tanör, s. 147; 1876 Kanun-ı Esasîsi, <http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>, (E.T. 12.02.2017).

¹²²¹ Yedinci Fasil; “*Celp ve İhzar ve Muvakkat ve Gayri Muvakkat Tevkif Müzekkereleri Beyanındadır.*” Bu fasıl 86’ıncı maddeyle başlamaktadır; “*Cinayet ve cünha kabilinden olan mevadda müstantik maznununaleyh aleyhine yalnız celp müzekkeresi itasıyla iktifa edebilir. Ancak badel-istintak maznununaleyhin tevkifine görüldüğü halde iktiza eden müzekkeresini ita edebilecek ve mazmununaleyh icabet etmediği halde hakkında ihzar müzekkeresi ita eyleyecektir.*” (Düstur, I. Tertip, Cilt:4, ss. 153-157; Gökçen, Usûl, ss. 217-221).

¹²²² “*Mahkemeye celp olunan şahıs ya bizzat hazır olur veya vekâletname-i mahsus ile bir vekil gönderir.*” (Düstur, I. Tertip, Cilt:4, s. 164; Gökçen, Usûl, s. 228).

azl edebilir¹²²³. Osmanlı'da dava vekilliği kurumu kabul edilene kadar bu vekâlet hükümleri tüm davalarda uygulanmıştır.

Yargı örgütünde ve hukuk alanındaki gelişmeler, savunmanın bir kurum olarak ortaya çıkmasına ve sistem içerisinde yer almasına zemin hazırlamıştır. Tanzimat Dönemi'nde temel hak ve güvenceler açısından atılan adımlar, yeni getirilen hukuk kuralları ve yeni mahkemelerin kurulması olası hak kayıplarını da beraberinde getirmiş; bu durum, savunma hakkının etkin kullanılabilmesi açısından kurumsallaşmayı gerektirmiştir. 1875 yılında dava vekilliğinin Osmanlı yargı sistemine girmesinden sonra, sanıklar bakımından vekille savunma hakkı kurumsal bir hâl almıştır¹²²⁴.

1870 tarihli “Dersaadet ve Mülhakatı İdare-i Zabıta ve Mülkiye ve Mehâkimi Nizamiyesine Dair Nizamname”de sanığın vekil aracılığıyla savunma hakkını kullanabilmesi açık bir biçimde düzenlenmiştir. Nizamname'nin 76'ncı maddesi, *“cinayetden ileri gelen hukuku şahsiye davalarında davacı ve davalı taraflar kendilerine vekil tayin edebilirler”* şeklindedir. Nizamname'ye göre, ceza yargılamasında sanık, kendisi bizzat hazır bulunmak şartıyla savunma için bir vekil bulundurabilir¹²²⁵.

1879 tarihli Usûl-i Muhakemât-ı Cezaiyye Kanunu, “müdafaa vekili” sistemini getirmiştir. Kanun'un 249'uncu maddesine göre, şüpheli ya da sanığa müdafaasında yardım etmek üzere bir vekil seçmesi teklif edilir; seçmediği takdirde vekil mahkeme tarafından belirlenir. 250'inci maddede, vekilin mahkemede bulunan dava vekillerinden, bunlar yoksa şüphelinin hısım akrabası ve dostları arasından seçileceği belirtilmiştir. Kanun'a göre, cinayet mahkemelerinde şüphelinin mutlaka bir müdafaa vekiline sahip olması gerekmektedir¹²²⁶.

1880 tarihli “Hapishane ve Tevkifhane İdaresine Dair Nizamname Lâyihası”nın 86'ncı maddesinde, haklarında henüz bir hüküm çıkmamış olan

¹²²³ İlhan, s. 463.

¹²²⁴ Örsten Esirgen, s. 738.

¹²²⁵ 76'ncı madde için bakınız Düstur, 1 Tertip, Cilt:1, ss. 699, 700; Durhan, Avukatlık, s. 32.

¹²²⁶ Madde 249; “Mütteheme müdafaatında muavenet etmek üzere bir vekil intihabı teklif ve intihab etmediği halde mahkeme tarafından derhal bir vekil tayin olunacak ve tayin olunmadığı halde muamelat-ı müteakıbe keanlemyekün hükmünde tutulacaktır.” Madde 250; “Müttehem veyahut mahkeme tayin edeceği vekili ancak mahkeme maiyetinde bulunan dava vekillerinden intihap etmeye mecbur olacak ve fakat bazen müttehemin akraba ve ehlibasından (dostları) biri dahi mahkemenin müsaade-i mahsusasıyla vekil tayin edilebilir.” (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 179; Gökçen, Usûl, s. 243).

şüphelilerin tutuldukları tevkifhane ya da hapisanelerde avukatlarıyla görüşebilmeleri için her kolaylığın sağlanacağı belirtilmiştir¹²²⁷.

Tanzimat Dönemi'nde avukatların görevleri, yargı kararlarının hak ve adalet çerçevesinde verilmesini kolaylaştırmak ve savunma hakkının etkin bir şekilde gerçekleştirilmesine yardımcı olmaktır. Ayrıca avukatların, karışık kanun maddelerinin anlaşılması bakımından önemli bir toplumsal görev gördüğü kabul edilmiştir. Avukatın görevi hiçbir zaman gerçeği çarpıtmak, hakkın yerine getirilmesini engellemek değildir; o duruşmalarda savunma hakkını serbestçe kullanarak, adaletin gerçekleşmesine yardımcı olmalıdır¹²²⁸.

4. Gıyapta Yargılama Yapılmaması

Osmanlı Devleti'nde Klâsik Dönem'de geçerli olan “gıyapta yargılama yapılmaması” ilkesi Tanzimat Dönemi için de söz konusudur. Özellikle ceza yargılamalarında gıyapta yargılama yasaktır. Yargılama usûlüne göre, taraflar doğrudan doğruya ya da vekilleri aracılığıyla hazır bulunmadıkça dava görülmezdi. Her iki dönemde de şer'iyye sicilleri incelendiğinde, sicillerde tarafların veya vekillerinin hazır bulunmadığı hallerde yargılamanın yapıldığına ilişkin bir kayda rastlanmamıştır¹²²⁹.

Mecelle'nin 1618'inci maddesinde gıyapta yargılama yapılamayacağı, “*Hin-i da'vâda hasmın huzuru şarttır. Ve müddeâleyh mahkemeye gelmekden ve vekil göndermekden imtinâ ettiği takdirde olunacak muamele Kitab-ı Kazâ'da beyan kılınacaktır*” denilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; dava sırasında davalının hazır bulunması şarttır. Davalı, meşru bir mazereti olmaksızın mahkemeye gelmekten veya vekil göndermekten çekindiği takdirde yapılacak işlem mahkeme tarafından önceden bildirilmekte ve bu durumda davalı duruşmaya zorla getirilmektedir. Getirilmesi mümkün olmadığı durumda ise, hâkim tarafından menfaatlerini korumak amacıyla bir vekil tayin edilmektedir¹²³⁰.

¹²²⁷ Yıldız, s. 388; Düstur, 1 Tertip, Cilt:3, s. 220.

¹²²⁸ Örsten Esirgen, s. 756; Özkent, ss. 13, 15.

¹²²⁹ Demir, ss. 211, 212; Cin/Akgündüz, I, s. 411; Akgündüz, Gıyap, ss. 171, 180; Bilmen, VIII, s. 231; Atalay, s. 271.

¹²³⁰ İlhan, ss. 500, 501; Akgündüz, Mukayeseli, s. 727; Bilmen, VIII, s. 232.

Osmanlı Hukuku'nda kısas davalarında şahsın yokluğunda dava görülüp kısas kararına varılsa bile, sanık mahkemede hazır olup karar yüzüne okunmadıkça ve savunma yapmadıkça kısasla cezalandırılmazdı¹²³¹.

Mecelle, 1833-1836'ıncı maddelerinde hukuk davalarında gaip hakkında hüküm verilebilmesi için izlenmesi gereken usûlü ayrıntılarıyla düzenlemiştir. Ancak bu maddelerde belirtilen şartlarla yapılan gıyabî yargılama, Hanefî hukukçular tarafından ceza davalarında kabul edilmemiştir. 1913 yılında ilân edilen tek maddeli bir nizamnameyle¹²³² gıyabî yargılamanın en önemli şartı olan davalıya vekil tayini usûlü kaldırılmış ve şer'îyye mahkemelerinde gıyabî yargılama kolaylaştırılmıştır¹²³³.

Mecelle'deki bu hükümlere rağmen, uygulamada gaip hakkında karar vermenin kamu yararı gereği, adaleti geciktirmemek adına uygun olabileceği kabul edilmiş ve şer'îyye mahkemeleri, kaçak olmayıp evinde bulunan, hatta iş başında görevini yapanlar hakkında bile gıyabî hüküm vermeye başlamışlardır¹²³⁴.

1879 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanunu, cinayet davalarında gıyapta yargılamayı kabul etmezken, cünha ve kabahat davalarında çağrılmasına rağmen süresinde mahkemeye gelmeyen sanıkların yargılamasının gıyapta yapılacağını düzenlemiştir (m. 139). Hatta bu sanıkların yokluğunda alınan kararlara itiraz edemeyecekleri de Kanun'da vurgulanmıştır (m. 140)¹²³⁵. Cinayet davalarında gıyapta yargılama kural olarak yasak olmakla birlikte, belli şartların yerine getirilmesi, sürelerin geçmesi ve belli bir usûl izlenmesi halinde istisnaî olarak kabul edilmiştir (m. 371-384)¹²³⁶. Ancak Kanun'da sanığın yokluğunda verilen cinayet

¹²³¹ Miyâr-ı Adalet, m. 95, s. 32.

¹²³² Mehâkim-i Şer'iyede Birden Ziyade Davetiye Tebliği ve Muhakeme-i Gıyabiyede Vekil-i Musahhar Tayini Usûlünün Lağvı Hakkında Nizamname, 31 Mart 1330 (Düstur, 2. Tertip Cilt:6, s. 399).

¹²³³ Cin/Akgündüz, I, ss. 411, 412; Akgündüz, Mukayeseli, s. 771; Akgündüz, Gıyap, ss. 193, 194.

1917 tarihli Usûl-i Muhakeme-i Şer'îye Kararnamesi, mahkemelerin davetine uymayanlara karşı gerekli tedbirlerin alınmasını, cebren mahkemeye celbin kaldırılmasını ve yargılama için belirlenen günde davalı davete uymadığı takdirde, davacının talebiyle gıyapta yargılama yapılmasını hükmüne bağlamıştır. Kanun, azami 15 gün itiraz süresi tanımıştır (Akgündüz, Gıyap, ss. 198, 199).

¹²³⁴ Akgündüz, Gıyap, s. 193.

¹²³⁵ Madde 139; "Davet olunan kimsenin celpnamede tayin olunan vakitte mahkemeye gelmediği halde muhakemesi gıyaben icra kılınacaktır." Madde 140; "Gıyaben mahkûm olan şahsın madde-i atide tayin olunan zamanda mahkemeye gelmediği halde aleyhinde verilen ilamın icrasına muhalefetle vuku bulacak itirazı kabul olunmayacaktır." (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 163; Gökçen, Usûl, s. 227).

¹²³⁶ 371-384'üncü maddelerin yer aldığı bu faslın başlığı, "Cinayatta Hükm-ü Gıyabi Beyanındadır" şeklindedir (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, ss. 203-206; Gökçen, Usûl, ss. 267-269).

davalarıyla ilgili kararlara itiraz ve temyiz yolunun açık olduğu belirtilmiştir (m. 379)¹²³⁷.

5. Tercüman Yardımından Yararlanma Hakkı

Osmanlı Devleti'nde tüm dönemlerde olduğu gibi Tanzimat Dönemi'nde de sanıklara tercümandan yararlanma hakkı tanınmış ve titizlikle mahkemelerde uygulanmıştır. Bu hak, bazı Tanzimat Dönemi kanunlarında da açıkça ifade edilmek suretiyle yerini almıştır.

Mecelle'de tercümandan yararlanma hakkı, 1825'inci maddede, "*dil bilmeyen kimsenin ifadesini çeviri için mahkemede ehliyetli, güvenilir bir tercüman bulundurulur*" şeklinde hükme bağlanmıştır¹²³⁸.

1879 tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Cezaîyye Kanunu da tercümandan yararlanma hakkını 286'ıncı maddesinde düzenlemiştir. Buna göre, sanık ve şahitlerin ya da bunlardan birinin konuştuğu dil bilinmediği takdirde mahkeme başkanı en az 21 yaşında olan, güvenilir bir tercüman atayacaktır. Sanık veya savcının atanan tercümanı reddetme hakları da bulunmaktadır¹²³⁹. Madde 287'ye göre, sanık veya şahitler sağır, dilsiz ise onlara da bir tercüman atanacaktır¹²⁴⁰.

Uygulamada kimi zaman yabancı devletler, Osmanlı mahkemelerinin yabancı unsurlu ceza davalarında, tercüman hazır bulunduğu halde, münhasıran yetkili olmasını kabul etmek istememişler; özellikle karma mahkemelerde yargılamaya müdahale etmişlerdir¹²⁴¹.

¹²³⁷ "Gıyaben sadır olan hükmün temyiz davası mücerret baş müddeiumumi ve hukuk-i şahsiye cihetince dahi müdde-i şahsi tarafından ikame olur." (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 204; Gökçen, Usûl, s. 269).

¹²³⁸ İlhan, s. 577; Akgündüz, Mukayeseli, s. 769.

¹²³⁹ "Müttehem ve şahitler yekdiğerinin veyahut bunlardan birisi sairlerinin söylediği lisan ile tekellüm edemediği (konuşamadığı) halde reis-i mahkeme resmen lâ ekal 21 yaşında olmak üzere bir tercüman tayin edecek ve bu tercüman doğruca tercümanlık edeceğine dair tahlif olunacaktır. ...Müttehem ve müddeiumumi beyan-ı esbab ile tayin olunan tercümanı reddedebilirler..." (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 143; Gökçen, Usûl, ss. 249, 250).

¹²⁴⁰ "Eğer müttehem sağır ve dilsiz olupta yazı yazmak bilmezse reis bununla mübadele-i efkâra (fikirlerin karşılıklı iletilmesi) en ziyade ülfet ve melekese olan birisini resen tercüman tayin edecektir." (Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, s. 143; Gökçen, Usûl, s. 250).

¹²⁴¹ Ekinci, Mahkeme, s. 205.

6. İşkence Yasağı

Tanzimat Dönemi Osmanlı Devleti'nde işkence, ağır suç teşkil eder ve mutlaka cezalandırılması gerekirdi. Tanzimat Dönemi'nde yapılan düzenlemelerde işkencenin yasaklanması yönünde hükümler yer almaktadır. Özellikle işkencenin kaldırılması, cezaların insancılaştırılması gibi düzenlemelere yer veren 1856 tarihli Islahat Fermanı, işkence yasağı konusunda oldukça önemli bir belge olarak kabul edilmektedir¹²⁴².

1840 tarihli Ceza Kanunu'nda üçüncü faslın birinci maddesinde, dövme ve sövme suçları düzenlendikten sonra askerî subaylar, zabıta memurları gibi devlet görevlilerinin kimseyi dövemeyeceği ve kimseye hakaret edemeyeceği, görevleri gereği şüpheli kişileri yakalayıp götürürken bile kimseye bir şey yapmadan doğruca zabıt mahalline teslim etmeleri gerektiği belirtilmiştir. Maddenin devamında, eğer kişiler görevlerini yerine getirirken birine karşı dövme ve sövme suçlarını işlerlerse davası Meclis-i Ahkâm-ı Adliye'de görülecek ve suçun derecesine göre 5 günden 25 güne kadar hapis cezasına çarptırılacaktır. Bu maddelerin neredeyse aynısı 1851 tarihli Kanun-ı Cedid'de de yer almıştır¹²⁴³.

1856 tarihli Islahat Fermanı'nda sanık ve mahkûmlara işkence etmek kesinlikle yasaklanmıştır. Islahat Fermanı'nda, ceza ve tutukevlerinin ıslah edilme

¹²⁴² Cin/Akyılmaz, s. 194; Tanör, s. 96; Avcı, İşkence, s. 69; Yıldız, s. 165.

¹²⁴³ 1840 tarihli Kanun Üçüncü Fasil Madde 1; “*Irz ve namus dahi kişinin canı gibi aziz ve muhterem olarak muhafaza ve vikayesi muktezayı hamıyyet ve mübteğay-ı insaniyetten (vatanperverliğin ve insanlığın gereği) olup, faraza bir adamın itibarına dokunacak söz söylemek ve bir adamı döğmek ve bir şahsa söğmek, onun namusunu hetketmek (namusunu lekelemek) demek olduğundan ve bundan böyle zâbitan-ı askerîye ve neferât ve kavas ve sair umûr-u zaptiye ve raptiye memurları hod be hod (askerî subaylar, erler, kavaslar ve zabıta memurları kendi başına buyruk olarak) kimseyi döğemeyip de kimseye bed lakırdı söylemeyip, fakat onların memuriyetleri sokaklarda kavga ve niza vukuunda ve bazı erbab-ı töhmetin zuhurunda (mezmunların yakalanışında) tutup hiçbir şey yapmaksızın doğruca iktiza eden zâbıt mahalline görütüp teslim etmekten ibaret olacağından fimâ ba'd (bundan sonra) umûr-u zaptiye ve raptiyeye memur olan asâkir (askerler) ve kavalardan ve alel-ıtlak her hangi rütbe ve sıfstan olur ise olsun, her kim bir gayrısına söğecek ve itibarına dokunur bir söz söyleyecek olur ise, ...davası mutlaka Meclis-i Ahkâm-ı Adliyede görülerek cünhasının cesametine (suçunun büyüklüğüne) ve derecesine göre zâbıtı tarafından beş günden yirmü beş güne kadar mahbus ola.*” (Akgündüz, Mukayeseli, ss. 812, 813; Ahmed Lütfi, ss. 118, 119).

1851 tarihli Kanun İkinci Fasil Madde 1; “*...bir adamın itibarına dokunacak söz söylemek ve bilâ mucip döğmek veya söğmek onun namusunu hetketmek olduğundan o makule hetk-i namusa mütecasir olan kesânın (kimselerin) cünhası şer'an sabit olup hadd-i şer'i lazım geldiği halde hadd-i şer'isi icra oluna.*” Madde 4; “*Zâbitan-ı askerîye ve neferat ve sair umûr-i zaptiye memurları hod be hod kimesneyi döğemeyip ve bed lakırdı söylemeyip fakat onların memuriyetleri sokaklarda kavga ve niza vukuunda ve bazı erbab-ı töhmetin zuhurunda tutup hiçbir şey yapmaksızın doğruca iktiza eden zâbıt mahalline görütüp teslim etmesi...*” (Akgündüz, Mukayeseli, s. 825; Ahmed Lütfi, ss. 136, 137).

gerekliliği yanında, mahkûm ve tutuklulara kötü muamelenin cezalandırılacağı da belirtilmiştir. Ferman'da, serseri ve kötü halli olarak tanınanlarla kısa süre cezaevinde kalması gerekenlerin uslandırılmaya çalışılması gerektiğinden, kendilerine mahkûmiyet kararında yer almayan bedenî ceza, eziyet, işkence edilmesi yasaklanmış ve bu yasağı ihlâl edenlerin ceza kanuna göre cezalandırılacakları ifade edilmiştir¹²⁴⁴.

1858 tarihli Ceza Kanunu'nun altıncı faslında işkence yasağına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. 103'üncü maddesiyle Kanun, devlet görevlilerinin şüpheli şahıslara suçlarını itiraf ettirmek için eziyet ve işkence yapmalarını yasaklamış; eğer yaparlarsa memuriyetten men ve kalebentlik cezalarına çarptırılacaklarını düzenlemiştir. Eğer memur amirinin emriyle bu işkenceyi yapmışsa, bu cezalar amir hakkında da uygulanır. İşkenceye uğrayan şahıs ölürse ya da bir organı kullanılamaz hale gelirse, bunu yapan memur hakkında kısas cezası da verilebilir. 104'üncü maddeye göre, yargılama ve infâz işlerinde görevli memur, kanunen belirlenen cezadan daha ağır bir ceza verir veya uygularsa, 6 aydan üç yıla kadar hapis ve sonsuza kadar yargılama ve infâz görevlerinden men cezası alır. 106'ıncı maddeye göre de, infâz memurları kanunun öngördüğü usûllere aykırı olarak bir kimse hakkında işlem yaparsa, o kimsenin ırz ve namusuna zarar verirse suçunun şiddetine göre bir haftadan bir seneye kadar hapisle cezalandırılırlar¹²⁴⁵.

¹²⁴⁴ Islahat Fermanı, <http://www.anayasa.gen.tr/islahatfermani.htm>, (E. T. 25.02.2017); Avcı, Genel, ss. 537, 538; Avcı, İşkence, s. 69; Cin/Akyılmaz, s. 194; Yıldız, s. 165.

¹²⁴⁵ Madde 103; "Mahâkim ve mecâlis erbabından ve sair memurin-i devletten biri, müttehem olan eşhasa cürümlerini söyletmek için eziyet ve işkence etmeyi hüküm veyahut icra eder ise, muvakkaten kal'a-bendlik ve müebbeden rütbe-i memuriyetten mahrumiyet cezalarıyla mücâzat olunur. Ve bunu maiyyet memurları mâfevkinde bulunan amirlerinin emriyle yapmış ise, bu cezalar bu emri eden kimse hakkında icra kılınır. Ve işkence olunan şahıs bundan müteessiren fevt olur veyahut eziyetten dolayı azasından birine bir güne zarar ve noksan isabet eyler ise, buna cüret eden memur hakkında kâtil yahut cârih cezası dahi icra edilir." Madde 104; "Mahâkim ve mecâlis erbabından ve sair memurin-i devletten biri, mücrimiyete kanunen tayin olunan mücazattan ziyade ve ağır suretle muamele eylemeyi hüküm ve icra eder ise, altı aydan üç seneye kadar hapis ve fîmî ba'd mahâkim ve mecâlis memuriyetlerinde kullanılmak üzere tard olunur." Madde 106; "Kuvve-i cebriye imaline memur olanlar ...amirlerinin emrini infazda, kanun ve nizamın tayin ettiği usulden gayrı surette olarak bir kimse hakkında bir su-i muameleye yani kesr-i ırz ve namusa sebep olacak veyahut cismen eza verecek halete tasaddi eder ise, harekât-ı vakasının derece-i şiddetine göre bir haftadan bir seneye kadar hapis ile mücazat olunur." (Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 557; Akgündüz, Mukayeseli, s. 851; Avcı, Genel, s. 529).

1876 tarihli Kanun-ı Esasî’de de işkence ve eziyetin yasaklanması ile ilgili hükümler yer almıştır. Kanun-ı Esasî’ye göre, her türlü eziyet, işkence, müsadere ve angarya yasaktır (m. 24, 26)¹²⁴⁶.

Yapılan bu düzenlemeler sonucunda Osmanlı Devleti’nde keyfî ve gizli idamlar, işkenceler tamamen ortadan kalkmadıysa da, büyük oranda azalmış ve bazı sorumlular, görev ve mevkilerine bakılmaksızın cezalandırılmışlardır¹²⁴⁷.

IV. TANZİMAT DÖNEMİ’NİN GENEL DEĞERLENDİRMESİ

Tanzimat, Osmanlı Hukuku’nda önemli bir dönüm noktası olarak görülmektedir. Kodifikasyon (kanunlaştırma) kavramı bu dönemde yerleşmiş ve hukukî eşitsizlikler kaldırılmaya çalışılmış, yargılama yöntemleri geliştirilmiştir. İslam Hukuku’nun bir bölümü dağınıklıktan kurtulmuş, İslam Hukuku’nun düzenlemediği alanlarda Batı kanunları kabul edilmiştir.

Kanunlaştırma faaliyetinin önemli bir kısmında, en azından şeklen, İslam Hukuku’na ve Osmanlı Hukuku’nun genel yapısına uygun davranılmaya dikkat edilmiştir. Fakat zaman içinde hem şer’iyye mahkemelerinin faaliyet alanının daraltılması hem de kanunların uygulamada öne çıkmasıyla, şer’i hukukun göz ardı edilmeye başlandığı söylenebilir. Tanzimat Dönemi’nde, yeni devlet kurumları ve kanunlaşan hukuk ilkeleri sayesinde, teokratik devlet anlayışı ve yapısı darbeler almaya başlamıştır.

Tüm ıslahat hareketlerinde olduğu gibi yargılama alanında yapılan ıslahatlarda da şer’i kurallara ve geleneklere uygun davranılmaya çalışılmıştır. Yargılamayla ilgili yenilikler, görünüşte hep şer’i bir esasa dayandırılmıştır. Bunun sebebi, o dönemin hukukçularının, yüzlerini ne kadar Batıya çevirmiş olsalar da, yetişme tarzı ve zihniyetin etkisinden kurtulamamış olmaları ve ülkede hâlâ belli bir etkisi olan ulemânın tepkisinden çekinmeleridir. Bütün bunlar yüzünden Tanzimat’ta her alanda ikicilik hâkim olmuştur.

Tanzimat Dönemi’nde devlet içinde şer’iyye, nizamiye, ticaret, cemaat ve konsolosluk olmak üzere beş çeşit mahkeme faaliyettedir. Bu kadar çok mahkeme

¹²⁴⁶ 1876 Kanun-ı Esasîsi, <http://www.anayasa.gen.tr/1876ke.htm>, (E.T. 12.02.2017); Cin/Akyılmaz, s. 471; Avcı, İşkence, s. 70; Ekinci, s. 196; Tanör, s. 145.

¹²⁴⁷ Tanör, s. 110.

arasındaki yetki-görev çekişmeleriyle birlikte adalet düzeni, dağınık ve karmaşık bir halde varlığını sürdürmüştür.

Yargı alanındaki yeniliklerin başarıya ulaşması için yeterli sayıda eleman da bulunamamış; mahkemelerde hâkimlik yapmak üzere çok az hukukçu yetişmeye başlamıştır. Gidilecek bir hukuk okulu bulunmadığı için okur-yazar bile olmayanları -sırf gayrimüslim kontenjanını doldurmak için- nizamiye mahkemelerine üye olarak katılmışlardır. Yetişmiş hukukçu azlığı sebebiyle nizamiye mahkemelerine hâkim olarak kadılar ve ilmiye sınıfı mensupları getirilmiş ve çoğu yerlerde kadılar hem şer'iyeye hem nizamiye mahkemelerinde davalara bakmışlar ve sonuçta ulemânın nüfuzu kırılmak istenirken daha da arttırılmıştır¹²⁴⁸.

Tanzimat Dönemi'nde yapılan yeniliklere rağmen adliye teşkilâtı daha karmaşık ve kötü duruma gelmiştir. Yargı yetkisinin kullanımında, adalet dağıtımındaki aksaklıklara, yolsuzluklara yönelik çok sayıda şikâyet bulunmaktadır. Klâsik Dönem'de yargılamalar hızlı bir şekilde sonuçlanırken, Tanzimat Dönemi'nde bu durum değişmiş ve makûl sürede yargılanma hakkı ihlâl edilmeye başlanmıştır. Nizamiye mahkemelerinde hâkimlik vasfı bulunmayan kişilerin görevlendirilmesi ve mahkeme sayısının azlığından dolayı, bir mahkemede günde kırkı aşkın davaya bakılması; mahkemeler arasındaki dereceli sistem dolayısıyla davaların uzun süre sürüncemede kalması bu değişimin sebepleri arasında sayılabilir.

Tanzimat Fermanı ve onun getirdiği yenilikler geniş halk kitleleri tarafından benimsenmemiş; özellikle mahallî otoriteler yeni kanun ve tüzüklerin uygulanışına sistemli olarak karşı çıkmışlardır. Yapılan ceza kanunlarına rağmen, idare ve adliyede rüşvet ve irtikâp gibi yolsuzlukların önüne bu dönemde de geçilememiştir¹²⁴⁹.

Hukuk kanundan ibaret bulunmadığı için, kanun iktibası bir hukuk iktibası değildir. Bu yüzden kanun iktibasıyla mevcut hukuk anlayışı ve görüşü bir anda değişemez. Tanzimat Dönemi'nde girişilen ıslahatlar, malî imkânsızlıklar, iç ve dış tepkiler nedeniyle ileriye götürülemediği ve beklenen hedeflere tam anlamıyla ulaşamamıştır. Müslüman halk, bu yenilikleri geleneksel düzenden ve dinden

¹²⁴⁸ Ekinci, Mahkeme, s. 205.

¹²⁴⁹ Ziya Paşa, 1840 yılında Hürriyet Gazetesi'nde yayınlanan yazısında, rüşvete engel olmak için çıkarılan ceza kanunuyla bile bu durumun önüne geçilemediğini, örnekler vererek açıklamış ve o dönemde rüşvet alan memurlardan hiç birinin cezalandırılmadığını söylemiştir (Gökçen, ss. 14, 15).

uzaklaşma olarak görmüş; bu yüzden halkın devlete karşı bağlılık ve güveni azalmıştır. Hukuk birliği iyice parçalanmış; yabancı devletlerin büyük oranda yargı hakkına sahip olmaları egemenlik anlayışını ve devlet otoritesini sarsmıştır.

Tanzimat hareketi, istenen amaçları gerçekleştirememiş olsa da devlet kurumlarını bir süre daha ayakta tutarak çözülmeyi geciktirmiş ve Cumhuriyet sonrası yargı reformlarına temel olmuştur. Tanzimat hareketi, hukukî ve fikrî bir taban yaratarak halkı Cumhuriyet devrimine hazırlamıştır. Ayrıca, Tanzimat'ın hukuk alanında meydana getirdiği birikim, Cumhuriyet Dönemi'ndeki büyük hukuk devrimini gerçekleştirecek hukukçuların yetişmesine yol açmıştır. Öte yandan Osmanlı Hukuku'nun her alanda çok başlılığı yeni hukuk sisteminin kolay ve hatasız düzenlenmesi için tekrarlanmaması gereken bir tecrübe olmuştur¹²⁵⁰.

Uygulamada başarıya ulaşmasa da, Tanzimat Dönemi'nde adil yargılama ilkesini sağlamaya yönelik kanun anlamında yapılan yenilikler oldukça ileri düzeydedir. 1876 tarihli Kanun-ı Esasî'de yer alan düzenlemeler tüm Cumhuriyet Dönemi Anayasaları'ndaki düzenlemelere benzer niteliktedir. Bu da, günümüzde uygulanan birçok ilkenin Tanzimat Dönemi'nde yerleştiğini göstermektedir. Zaten adil yargılama ilkesinin açıkça anayasada yer alması, Cumhuriyet Dönemi'nde bile, 2001 yılında gerçekleşmiştir.

1924 Anayasası'nın 8'inci maddesinde yargı hakkının millet adına, usûl ve kanuna göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı belirtilmiş, ancak mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik güvencesini sağlayacak hükümler Anayasa'da ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Buna rağmen 1924 Anayasası'nın dördüncü faslında yer alan, "hâkimlerin müdahale edilmezliği, azledilmelerinin güçlüğü, alenilik ilkesi, savunma hakkı" gibi hükümler adil yargılanma hakkı bakımından önem taşımaktadır¹²⁵¹.

Temel hak ve özgürlükler alanında daha geniş düzenlemelere yer veren 1961 Anayasası'nda adil yargılama hakkı çerçevesinde, hak arama hürriyeti (m. 31), tabii hâkim ilkesi (m. 32)¹²⁵², mahkemelerin bağımsızlığı (m. 132), hâkimlik teminatı (m.

¹²⁵⁰ Üçok/Mumcu/Bozkurt, s. 373.

¹²⁵¹ Kaşıkara, ss. 60, 61; Erdoğan, s. 23.

¹²⁵² 12 Mart 1971 Askerî Muhtırası sonucunda ise, Anayasa'nın çeşitli maddelerinde değişiklikler yapılmış ve bu değişiklikler kapsamında Anayasa'nın tabii yargı yolu başlıklı 32'inci maddesinin kenar başlığında yer alan "tabii" ifadesi "kanunî", madde metninde yer alan "tabii hâkimden başka" ifadesi ise "kanunen tabi olduğu mahkemeden başka" ifadesi ile değiştirilmiştir. Yapılan bu değişiklik

133) ve alenî yargılama ilkesi (m. 135) gibi esaslar detaylı olarak düzenlenmiştir. 1961 Anayasası'nın en önemli özelliklerinden birisi Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasını sağlamış olmasıdır. Bu durum, adil yargılanma hakkının korunması bakımından oldukça önemli bir gelişmedir¹²⁵³.

1982 Anayasası'nda adil yargılanma hakkı ile ilgili bazı kurallar geçmişten beri yer almakla birlikte bu kavram, daha önce de belirtildiği gibi, 3 Ekim 2001 tarihli ve 4709 sayılı Anayasa değişikliği ile Anayasa'ya 36'ncı maddeye eklenen hükümle girmiştir. Adil yargılanma hakkı, 1982 Anayasası'nda açıkça ifadesini bulmuştur¹²⁵⁴. Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36'ncı maddesine göre; "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz." Ayrıca Anayasa'da adil yargılanma hakkı ile doğrudan bağlantılı bazı güvencelere de yer verilmiş bulunmaktadır. Bunlar; kanunîlik ilkesi, masumiyet karinesi, ceza sorumluluğunun kişiselliği, hiç kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamaması, makûl sürede yargılanma hakkı, genel müsadere yasağı, idarenin kişi özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açan bir yaptırım uygulayamaması ve vatandaşın suç nedeniyle başka ülkeye geri verilmesi yasağıdır.

1982 Anayasası'nın üçüncü bölümünde, mahkemelerin bağımsızlığı (m.138) hâkimlik ve savcılık teminatı (m. 139), hâkimlik ve savcılık mesleği (m. 140), duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması (m. 141) ve mahkemelerin kuruluşu (m.142) ile ilgili anayasa kuralları da yer almıştır¹²⁵⁵.

Adil yargılanma hakkının Anayasamız tarafından açık bir ifadeyle güvence altına alınmasıyla birlikte 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da adil ve hakkaniyete uygun bir yargılamanın gerçekleştirilmesi adına birçok hükme yer verilmiştir.

ile adil yargılanma hakkının önemli unsurlarından biri olan tabii hâkim ilkesi değiştirilmiş böylece Sıkıyönetim Askerî Mahkemeleri'nin kurulmasının önü açılmıştır (Kaşıkara, s. 64; Erşen, s. 24).

¹²⁵³ Kaşıkara, ss. 62-65; Erşen, s. 24.

¹²⁵⁴ Kunter/Yenisay/Nuhoğlu, s. 34; Yurtcan, s. 115; Erdoğan, s. 26.

¹²⁵⁵ Tezcan/Erdem/Sancakdar/Önok, s. 169.

SONUÇ

Osmanlı Devleti'nde adil yargılama ilkesini esas alan çalışmamızda ulaşılan birçok sonuç bulunmaktadır. Klâsik Dönem Osmanlı ceza yargılaması, Orta Çağ'da Avrupa'da hâkim olan itham sisteminden tamamen farklıydı; engizisyon yargılamasıyla da hiçbir benzerliği bulunmamaktaydı. Osmanlı Devleti, insan haklarına saygılı bir yargılama yaptığı için o dönemin en ileri ceza yargılaması hukukuna sahipti. Avrupa'da kişiler başta suçlu kabul edilip kendilerinin suçsuzluğunu ispat etmeye zorlanırken, Osmanlı yargılamasında tam tersine kişi başta suçsuz kabul edildiğinden suçsuzluğunu ispat etmesi ondan beklenmemiştir. Ancak suçun kuvvetli delillerle o kişi tarafından işlendiği sabit olduktan sonra kişi suçlu sayılmıştır. Bunun doğal sonucu olarak, açıkça düzenlenmese bile, âdil yargılama ve maddî gerçeği araştırma ilkelerinin Osmanlı Ceza Hukuku'nda devletin ilk dönemlerinden beri var olduğu ortaya çıkmaktadır.

Klâsik Dönem Osmanlı Ceza Hukuku'nda İslam Hukuku kuralları uygulandığı için, Kur'an ve Sünnet'te adaleti emreden hükümler doğrultusunda adil yargılama ilkesine uygun yargılamalar yapılmaya çalışılmıştır. Adil yargılama ilkesi bütün hakların esasını oluşturmaktadır. Osmanlı Hukuku'nda verilen hükümlerin şer'i ve adil olmasına dikkat edilmiştir. Osmanlı Hukuku'nun amacı adalet dağıtmak olup hak ve hürriyetlerin gerçek anlamda korunması bu amacın gerçekleşmesine bağlı görülmüştür. Yargılamada kadıların eşitlik ve hakkaniyet ilkelerine aşırı hassasiyet göstermeleri de adalete olan güveni arttırmış ve hakların korunmasına yardımcı olmuştur.

Osmanlı Hukuku'nda yargı organı, diğer organlardan bağımsızdı; yargı bağımsızlığının korunması da İslam Hukuku'nun genel ilkeleriyle teminat altına alınmıştı. Osmanlı Devleti'nde yargı çok önemli bir konumdaydı. Osmanlı'da kadıların hiçbir baskı ve etki altında kalmadan bağımsız ve tarafsız olarak hükmünü vermesi için her zaman gerekli özen gösterilmiştir.

Davanın hak arama niyetiyle usûlüne uygun olarak açılması, tarafların iddia ve savunmalarında doğruyu söylemeleri, şahitlerin yalan söylememeleri şeklinde özetlenebilecek olan "hakkaniyete uygun yargılama hakkı"nın da Osmanlı Hukuku'nda var olduğu görülmektedir. Ayrıca berâet-i zimmet yani masumiyet

ilkesinin yargılamalarda dikkate alındığı incelediğimiz şer'i kayıtlardan anlaşılmaktadır. Buna göre Osmanlı Hukuku'nda suçluluğu sabit olana kadar şüpheliye suçlu gözüyle bakılmaz ve yargısız infâz yapılamazdı; kişinin suçsuzluğu asıl kabul edilmişti. Osmanlı Hukuku'nda sanığa meşrû her türlü yoldan hakkını arama imkânı tanınmıştır ki, bu adil yargılama ilkesinin gereğidir.

Osmanlı Kanunnameleri'yle keyfi olarak, kanuna dayanmadan ve kadı kararı olmadan kimseye ceza verilemeyeceği kuralı güvence altına alınmıştır. Adil bir yargılamada, sanığın korunması açısından önemli olan bu kurallara uygulamada da dikkat edilmiş; aykırılıklar ortaya çıktığında ise, bu durum merkez tarafından sıklıkla yasaklanmış ve gerekli denetlemeler yaptırılmıştır.

Osmanlı'da kadı yargılamayı eşitlik, tarafsızlık ve aksi ispat edilene kadar kişilerin suçsuz olacağı ilkesine bağlı kalarak yürütür; tarafların delillerini, gerekçelerini ve savunmalarını değerlendirirdi. Kadının kendisine sunulan delillere göre hüküm vermesi, yargılamanın kanunîliğini, açıklık ve güven içinde geçmesini sağlayacak önemli bir ölçüttür. Adaletli hüküm vermek; mutlak adaleti sağlamak değil, yargılamada tarafsızlığın gözetilmesi, adil karar vermek için gerekli titizliğin gösterilmesi demektir.

Osmanlı Devleti'nde özellikle yargılamanın alenîliği ilkesine uygulamada büyük özen gösterilmiştir. Hazırlık soruşturmalarının ve duruşmaların güvenilir kişiler önünde halka açık olarak yapılması o dönemde hak ve hürriyetlerin korunması bakımından önemli bir güvence oluşturmaktaydı.

Makûl sürede yargılanma hakkı da Osmanlı Devleti'nde titizlikle uygulanırdı. Kadı, hüküm için gerekli sebep ve şartlar oluştuktan sonra kararını vermeyi geciktiremezdi. Zaten yargılamalar basit usûlle yapıldığı için genellikle davalar bir veya iki celsede bitirilmekteydi. Geç gelen adalet hakların kaybolmasına ve tarafların mağduriyetine neden olacağı için makûl sürede yargılanma ilkesi hakların korunmasında ve adil yargılamada önemli bir rol oynamaktadır.

Klâsik Dönem'de Osmanlı yargısında uygulanan adil yargılamaya ilişkin ilkeler, zaman içinde ihmâl edilmeye başlanmış ve uygulamada türlü yolsuzluklar, aksaklıklar olmuştur. Bu sebeple bu ilkelerin tekrar uygulanabilirliğini sağlamak için Tanzimat Dönemi kanunlarında ilkeler yazılı hale getirilmiştir. Bu dönemde adil

yargılamaya ilişkin ilkeler gerek anayasal belgelerde gerek Mecelle’de ve ceza kanunlarında düzenlenmiştir.

Tanzimat’tan sonra, nizamiye mahkemelerinde uygulanmak üzere, Avrupa’dan alınan kanunlar bir tarafa bırakılacak olunursa, Osmanlı mahkemelerinde ceza yargılaması alanında bütünüyle İslam Hukuku’nun uygulandığı ortaya çıkmaktadır. Ancak Osmanlı Devleti, şer’i hukuk ile örfî hukuku bir araya getirip, kendine özgü bir hukuk sistemi yaratabilmiştir. Bu sayede, ceza hukukuna ilişkin hem maddi hem usûlî kurallar ortaya çıkartılmıştır.

Tanzimat Dönemi’nde, devletin çöküşünün durdurulması, gayrimüslim tebaanın haklarının korunması ve bu noktada yapılan baskıların önlenmesi gibi nedenlerle girilen reformların, tam anlamıyla başarıya ulaştığı söylenemez. Ancak Tanzimat Dönemi’nin çelişkileri ve olumsuzluklarına karşın, bu dönemin, siyasî ve hukukî yaşama ilişkin olumlu katkıları olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Bu dönemde, yargı bağımsızlığı, eşitlik ve kanunîlik ilkesi gibi adil yargılamayı sağlamaya yönelik birçok ilkenin kabulü, siyasî iktidarın sınırlanması düşüncesinin gelişmesi, kurum ve kurallarda lâik anlayışa yönelinmesi, hukuk devletine giden yolun açılması, çağdaşlaşma ve batılılaşma sürecine girilmesi gibi birçok önemli sonuç elde edilmiştir.

Hukuk alanındaki düzenlemeler, zaman içinde hem mevzuat hem de uygulama bakımından ciddi gelişme kaydetmiş ve Türkiye’ye özgü bir hukuk birikimini oluşturmuştur. Mahkeme kararları incelendiğinde, bugün de kullanılan pek çok kavram ve yaklaşım tarzının en az yüz sene önce mevcut ve gelişmiş olduğu görülmektedir.

Tanzimat Dönemi’nde, yargı teşkilâtındaki çok başlılık ve karmaşaya karşın, getirilen yeni yargı kurumlarıyla ve kabul edilip kanunlarda düzenlenen yargılama ilkeleriyle modern yargı sisteminin temelleri atılmıştır. Ancak tam anlamıyla modern, köklü bir değişim ve adil yargılama ilkesinin açıkça kanunlarda yer alması Cumhuriyet Dönemi’nde gerçekleştirilmiştir.

Ceza yargılaması usûlünün bir milletin medeniyet seviyesini gösterdiği kabul edilirse, o takdirde Osmanlı medeniyetinin çağdaşları arasında en ilerisi olduğu söylenebilir. Çünkü günümüzde geçerli olan ceza usûl kuralları, ilkeleri ve müesseseleri, yazılı olarak kanunlarda düzenlenmemiş olsa da, o zaman da mevcuttu.

Yabancı hukuklardan iktibas edilen müesseseler aslında bir yenilik değil, farklı yollarla öze dönüş olmuştur.

KAYNAKÇA

Ahmed Lütfi. **Osmanlı Adalet Düzeni**, Sadeleştiren Erdiñ Beylem, Marifet Yayınları, İstanbul, 1997.

Akad, Mehmet ve Bihretin Dinçkol Vural. **Genel Kamu Hukuku**, 2. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2002.

Akbulut, İlhan. “İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:52, Sayı:1, 2003, ss. 168-181.

Akdağ, Mustafa. **Türk Halkının Dirlik ve Düzenlik Kavgası, Celali İsyanları**, Barış Kitap Basım Yayın, İstanbul, 1999.

Akgündüz, Ahmet. “İslam ve Osmanlı Hukukunda Gıyapta Yargılama Müessesesi”, **Belleten**, Cilt:50, Sayı:196, Nisan 1986, ss. 169-199, (Gıyap).

Akgündüz, Ahmet. **Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı**, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Diyarbakır, 1986, (Mukayeseli).

Akgündüz, Ahmet. **Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri**, Cilt:1-9, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul 1990-1996, (Kanunnameler).

Akgündüz, Ahmet. “1274/1858 Tarihli Osmanlı Ceza Kanunnamesinin Hukukî Kaynakları, Tatbik Şekli ve Men-i İrtikâb Kanunnamesi”, **Belleten**, Cilt:51, Sayı:199, Ankara, 1987, ss. 153-191, (İrtikab).

Akıllıoğlu, Tekin. **İnsan Haklarının Korunması Alanında Uluslararası Temel Belgeler**, Bilgi Yayınları, Ankara, 1995.

Akıllıoğlu, Tekin. “Adalet Kavramı ve İnsan Hakları”, **Adalet Kavramı**, Ed. Adnan Güriz, Meteksan Basımevi, Ankara, 1994, (Adalet).

Akipek, Serap. “Türk Mevzuatının Onaylanan Uluslararası Antlaşmalar İle Uyumlaştırılması Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:1-4, Cilt:48, 1999, ss. 15-22.

Akman, Mehmet. **Osmanlı Devleti’nde Ceza Yargılaması**, Eren Yayıncılık, İstanbul, 2004.

Akman, Mehmet. “Osmanlı Ceza Muhakemesi Hukukuna Hâkim Olan İlkeler”, **Osmanlı**, Cilt:6, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999, ss. 470-477, (İlkeler).

Akman, Mehmet. “Osmanlı Hukukunda Faili Bilinmeyen İtlaf Durumlarında Öngörülen Ortak Sorumluluğun Hukuki Niteliği”, **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi**, Sayı:3, Bahar 2007, ss. 7-12, (Ortak).

Akman, Mehmet. “Osmanlı Hukukunda Kasâme”, **Türkler Ansiklopedisi**, Cilt:13, Ankara, 2002, ss. 789-794, (Kasâme).

Akşit, M. Cevat. **İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları**, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2011.

Akyılmaz, Gül. “Osmanlı Hukukunda Masuniyet-i Şahsiyye İlkesi”, **I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2014, ss. 163-220.

Arat, Reşit Rahmeti. “Eski Türk Hukuk Vesikaları”, **Makaleler I**, Haz. Osman Fikri Sertkaya, Türk Kültürünü Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1987, ss. 506-572.

Arık, Feda Şamil. “Eski Türk Ceza Hukukuna Dair Notlar I Suçlar ve Cezalar”, **Ankara Üniversitesi Tarih Araştırmaları Dergisi**, Sayı:28, Cilt:17, Ankara, 1995, ss. 3-50.

Arsal, Sadri Maksudi. **Türk Tarihi ve Hukuk**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1947, (Türk).

Arsal, Sadri Maksudi. **Umumi Hukuk Tarihi**, İstanbul Matbaacılık, İstanbul, 1948.

Arslan, Ramazan. **Medeni Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, “S” Yayınları, Ankara, 1989.

Aslan, Nasi. **İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri**, Karahan Kitabevi, Adana, 2014.

Aslan, Nasi. **İslâm Yargılama Hukukunda “Şühûdü'l-hâl” Jürî: Osmanlı Devri Uygulaması**, Beyan Yayınları, İstanbul, 1999, (Jürî).

Aşçıoğlu, Çetin. “Yargıda Temel Sorun, Doğru ve Güvenli Yargılanma Hakkı”, **Yeni Türkiye Dergisi İnsan Hakları Özel Sayısı**, Cilt:2, Sayı:22, Ankara, Temmuz-Ağustos 1998, ss. 901-945.

Atalay, İbrahim Orkun. “Osmanlı Ceza Yargılaması Usûlü Hukuku Üzerine Bir Deneme”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:11, Sayı:3-4, 2007, ss. 239-272.

Atar, Fahrettin. “Avukat”, **DİA**, Cilt:4, ss. 166-167, (Avukat).

Atar, Fahrettin. **İslam Adliye Teşkilâtı**, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1991, (Adliye).

Atar, Fahrettin. **İslam Yargılama Hukukunun Esasları**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 2013, (İslam).

Atar, Fahrettin. “Kadı”, **DİA**, Cilt:24, 2001, ss. 66-69, (Kadı).

Atar, Fahrettin. “Kazâ”, **DİA**, Cilt:25, 2002, ss. 114-116, (Kazâ).

Atar, Fahrettin. “Mürâfaa”, **DİA**, Cilt:32, 2006, ss. 38-40, (Mürâfaa).

Atar, Fahrettin. “Sulh”, **DİA**, Cilt:37, 2009, ss. 481-485, (Sulh).

Awad, M. Awad. “The Rights of the Accused Under Islamic Criminal Procedure”, **The Islamic Criminal Justice System**, Ed. M. Cherif Bassiouni, Oceana Publications, New York, 1982.

Avcı, Mustafa. **Hukuk Tarihimizde Hapis**, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara, 2014, (Hapis).

Avcı, Mustafa. **Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, (Genel).

Avcı, Mustafa. **Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 2. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, (Özel).

Avcı, Mustafa. **Türk Hukuk Tarihi**, 6. Bası, Atlas Akademi Yayınları, Konya, 2017, (Türk).

Avcı, Mustafa. “Ceza Yargılaması Hukuku Tarihimizde Koruma Tedbirlerinden Tutuklama”, **Kamu Hukuku Arşivi**, Sayı:1, Haziran 1988, ss. 27-43, (Tutuklama).

Avcı, Mustafa. “Hukuk Tarihimizde Hukuka Aykırı Deliller Sorunu: İşkence (Örf-i Maruf) Uygulaması”, **Türk Dünyası Araştırmaları**, Sayı:147, Aralık 2003, ss. 45-76, (İşkence).

Avcı, Mustafa. “Osmanlı Ceza Muhakemesinde Sulh (Uzlaştırma)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:25, Sayı:1, 2017, ss. 11-71, (Sulh).

Avcı, Mustafa. “Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Anlayışının Tarihi Gelişimi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:24, Sayı:1, 2016, ss. 7-36, (Tazminat).

Aydın, Mehmet Akif. **Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet**, 2. Baskı, Klasik Yayınları, İstanbul, 2017, (Adalet).

Aydın, Mehmet Akif. **Türk Hukuk Tarihi**, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

Aydın, Mehmet Akif. "Osmanlı Ceza Hukuku", **DİA**, Cilt:7, 1993, ss. 478-482, (Ceza).

Aydın, Mehmet Akif. "Haksız Fiil", **DİA**, Cilt:15, 1997, ss. 210-211, (Haksız).

Bahçekapılı, Nedim. "İslam Hukukunda Yargı Bağımsızlığı ve Bir Mukayese", **Makaleler**, <http://www.akademi.nl/sayi3/dos2.htm>, (E. T. 24.02.2012).

Bal, Hüseyin. "Machiavelli Ve Koçi Bey'de Siyaset, Adalet Ve Erdem", **Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi**, Sayı:9, Güz 2008, ss. 75-100.

Bardakoğlu, Ali. "Berâet", **DİA**, Cilt:5, 1992, ss. 470,471, (Berâet).

Bardakoğlu, Ali. "Diyet", **DİA**, Cilt:9, 1994, ss. 473-479, (Diyet).

Bardakoğlu, Ali. "Hak", **DİA**, Cilt:15, 1997, ss. 139-140, (Hak).

Bardakoğlu, Ali. "Hapis", **DİA**, Cilt:16, 1997, ss. 54-64, (Hapis).

Bardakoğlu, Ali. "İsbat", **DİA**, Cilt:22, 2000, ss. 492-495, (İsbat).

Bardakoğlu, Ali. "Kasâme", **DİA**, Cilt:24, 2001, ss. 528-530, (Kasâme).

Barkan, Ömer Lütfi. "Türk Hukuk Tarihine Giriş", **Belgelerle Türk Tarih Dergisi**, Sayı:14, Ankara, 1986, ss. 9-21.

Bayındır, Abdülaziz. **İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)**, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1986.

Bayındır, Abdülaziz. “Osmanlı’da Yargının İşleyişi”, **Tarih Araştırmaları**, <http://www.suleymaniyevakfi.org/tarih-arastirmalari/osmanlida-yarginin-isleyisi.html>, (E. T. 08.12.2015), (Yargı).

Bayındır, Abdülaziz. “Örneklerle Osmanlı’da Ceza Yargılaması”, **Türkler Ansiklopedisi**, Cilt:10, Osmanlı Özel Sayısı, Ankara, 2002, ss. 120-148, (Ceza).

Belgesay, M. Reşit. “Tanzimat ve Adliye Teşkilâtı”, **Tanzimat I**, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940.

Berki, Ali Himmet. **İslam’da Kaza**, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1962.

Beroje, Sahip. **Ceza Muhâkemesi Hukuku Açısından İslâm İspat Hukuku**, Fecr Yayınları, Ankara, 2007.

Bilge, Necip. **Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, 28. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.

Bilgin, Orhan. “Yargı-Yargıç Bağımsızlığı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1, 1998, ss. 117-124.

Bilmen, Ömer Nasuhi. **Hukuk-ı İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, Cilt:6 ve 8, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1967.

Blount, Henry. **A Voyage into the Levant**, Hard Press, London, 2008.

Bassiouni, M. Cherif. “Sources of Islamic Law and the Protection of Human Rights in the Islamic Criminal Justice System”, **The Islamic Criminal Justice System**, (ed. M. Cherif Bassiouni), Oceana Publics, Londra, 1982, ss. 3-43.

Bozkurt, H. Argun. **Hukukun Öyküsü**, Sistem Ofset Basın Yayın, Ankara, 2006.

Bozkurt, Gülnihal. “Türkiye’de Hukuk Eğitiminin Tarihçesi”, **Hukuk Öğretimi Sempozyumu**, Ed. Adnan Güriz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1993, ss. 51-70, (Hukuk Eğitimi).

Bozkurt, Gülnihal. **Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi**, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1996, (Batı).

Buharî, Ebu Muhammed b. İsmâil (v. 256/869). **Sahih-i Buharî Tecrid-i Sarîh Muhtasarı**, Cilt:4, Çev. Konyalı Mehmed Vehbi, Sabah Neşriyatı, İstanbul, 1966.

Cammack, Mark. “Islamic Law and Crime in Contemporary Courts”, **Berkeley Journal of Middle Eastern and Islamic Law**, Cilt:4, Sayı:5, 2012, ss. 1-15.

Can, Ayhan. “Rumeli Ahkâm Defterlerine Göre Avlonya Sancağı’nda Faili Meçhul Cinayetler ve Kasâme Uygulamasına Dair Bir Değerlendirme (1745-1780)”, **II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri**, Cilt:1, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 799-817.

Canan, İbrahim. **Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi**, Cilt:4, 6 ve 14, Akçağ Yayınları, Ankara, 1989-1992.

Canbakal, Hülya. **17. Yüzyılda Ayntâb Osmanlı Kentinde Toplum ve Siyaset**, İletişim Yayınları, İstanbul, 2009.

Candan, Rabia Beyza. “1840 Tarihli Ceza Kanunname-i Hümayûnu İncelemesi”, **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:1, Sayı:1, 2015, ss. 63-81.

Centel, Nur ve Hamide Zafer. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

Cevdet Paşa, Ahmet. **Tezakir**, Cilt:1-12, Ed. Cavid Baysun, 3. Bası, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1991.

Cin, Halil ve Ahmed Akgündüz. **Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku**, Cilt:1, 3. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1995.

Cin, Halil ve Ahmed Akgündüz. **Türk Hukuk Tarihi Özel Hukuk**, Cilt:2, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1996.

Cin, Halil ve Gül Akyılmaz. **Türk Hukuk Tarihi**, 9. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2017.

Cin, Halil. "Tanzimat Döneminde Osmanlı Hukuku ve Yargılama Usûlleri", **150. Yılında Tanzimat**, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1992, ss. 11-32.

Crone, Patricia. "Jahili and Jewish Law: The Qasama", **Jerusalem Studies in Arabic and Islam**, Sayı:4, 1984, ss. 153-201.

Çadırcı, Musa. "Tanzimat'ın İlanı Sıralarında Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Kurumu ve 1838 Tarihli Tarik-i İlmiyye'ye Dair Ceza Kanunnamesi", **Tarih Araştırmaları Dergisi**, Cilt:14, Sayı:25, 1982, ss. 139-161, (Ceza Kanunnamesi).

Çağrı, Mustafa. "Adalet", **DİA**, Cilt:1, Ankara, 1988, ss. 341-343.

Çağrı, Mustafa. "Hak", **DİA**, Cilt:15, Ankara, 1997, ss. 137-139, (Hak).

Çağrı, Mustafa. "Zulüm", **DİA**, Cilt:44, Ankara, 2013, ss. 507-509, (Zulüm).

Çandarlıoğlu, Gülçin. **Uygur Devletleri Tarihi ve Kültürü (Çin Kaynakları ve Uygur Kitabelerine Göre)**, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2004.

Çeçen, Anıl. **Adalet Kavramı**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1993.

Çetinkaya, Esra. **Osmanlı Hukukunda Sulh Sözleşmesi: Üsküdar ve Bursa Şer'iyye Sicillerine Göre Borç İlişkilerinde Sulh Sözleşmesi (M.1501-1551/H.906/958)**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016.

Dağcı, Şamil. "İslam Muhakeme Hukuku İle İlgili Bazı Mülahazalar", **İslam Perspektifinden Hukuk/Yargı-Ahlak İlişkisi Sempozyumu**, Bildiri Metni Fotokopisi, Adana, Mayıs 2016, ss. 571-578.

Dede Cöngi Efendi. "Siyaset-i Şer'iyye", çev. Mehmed Arif, (Akgündüz, **Osmanlı Kanunnameleri**, Cilt:4 içinde, ss. 122-254).

Demir, Abdullah. **Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi**, Yitik Hazine Yayınları, İzmir, 2010.

Demirbaş, Timur. **Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1992.

Demirel, Fatmagül. "Adliye Nezaretinin Teşkilât Tarihçesi", **Adalet Kitabı**, Ed. Bülent Arı ve Selim Aslantaş, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2015, ss. 283-311.

Demirkol, Ferman. **Yargı Bağımsızlığı**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1991.

Dinç, Güney. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Adil Yargılanma Hakkı**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2006.

Dönmezer, Sulhi. **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2000.

Dönmezer, Sulhi. "Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler", **Nurullah Kunter'e Armağan**, Beta Basım, 1988, ss. 67-74, (Suçsuzluk).

Dörtok Abacı, Zeynep. “Bir Sorun Çözme Yöntemi olarak Sulh: 18. Yüzyıl Bursa Kadı Sicillerinden Örnekler ve Düşündürdükleri”, **Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi (OTAM)**, Sayı:20, Güz 2006, ss. 105-115.

Durhan, İbrahim. “Ülkemizde Avukatlık Kurumunun Tarihsel Gelişimi”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:8, Sayı:3-4, 2004, ss. 23-46, (Avukatlık).

Durhan, İbrahim. “Tanzimat Döneminde Osmanlı Yargı Teşkilâtındaki Gelişmeler”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:12, Sayı:3-4, 2008, ss. 55-111.

Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1289.

Düstur, 1. Tertip, Cilt:3, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1293.

Düstur, 1. Tertip, Cilt:4, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1299.

Düstur, 2. Tertip, Cilt:1-7, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1324-1336.

Ebu Zehra, Muhammed. **İslam Hukukunda Suç ve Ceza**, çev. İbrahim Tüfekçi, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994.

Edis, Seyfullah. **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1987.

Ekinci, Ekrem Buğra. “Osmanlı Devleti’nde Mahkemeler ve Kadılık Müessesesi Literatürü”, **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, Cilt:3, Sayı:5, 2005, ss. 417-439, (Kadılık).

Ekinci, Ekrem Buğra. **Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk**, Arı Yayınları, İstanbul, 2008.

Ekinci, Ekrem Buğra. “Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü”, **Belleten**, Cilt:65, Sayı:244, Aralık 2001, ss. 959-1005, (Kontrol).

Ekinci, Ekrem Buğra. **Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası)**, 2. Baskı, İstanbul, 2010, <http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/osmmah.pdf>, (E. T. 20.04.2015), (Mahkeme).

Ellek, Hasan. “Osmanlı’da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle”, **Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 6, 2014, ss. 119-159.

Erbay, Celal. **İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı, İstanbul, 1999.

Erdemir, Hatice Palaz. “Tarihi Gelişim Sürecinde İnsan Hakları ve Osmanlı Modeli”, **Makaleler**, www.academical.org/DERGİ/MAKALE/9-10_sayı_/Erdemir.htm, (E. T. 10.04.2008).

Erdoğan, Gülnur. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Yargıda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

Ergin, Muharrem. **Orhun Abideleri**, 37. Baskı, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, 2006.

Ergin, Osman Nuri. **Mecelle-i Umûr-ı Belediye**, Cilt:1, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Kültür İşleri Daire Başkanlığı Yayınları, İstanbul, 1995.

Erşen, Serkan. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2007.

Erul, Bünyamin. “Vedâ Hutbesi”, **DİA**, Cilt:42, 2012, ss. 591-593.

Esen, Hüseyin. **İslam’da Suç ve Ceza**, Yeni Akademi Yayınları, İstanbul, 2006.

Evik, Vesile Sonay. “Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Haz. Yener Ünver, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004, ss. 283-308.

Foucault, Michel. **Hapishanenin Doğuşu**, çev. Mehmet Ali Kılıçbay, 2. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2000.

Fendoğlu, Hasan Tahsin. **İslam ve Osmanlı Anayasa Hukukunda Yargı Bağımsızlığı**, Umut Matbaacılık, İstanbul, 1996.

Fendoğlu, Hasan Tahsin. **Hukuk Tarihimizde Temel Haklar**, Mimoza Matbaası, Konya, 1994, (Temel).

Gayretli, Mehmet. “1858 Osmanlı Ceza Kanununun Kaynağı Üzerindeki Tartışmalar Ve Bu Kanuna Ait Bir Taslak Metnin Bir Kısmıyla İlgili Değerlendirmeler”, **e-akademi dergisi**, Sayı:106, 2010, <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=106>, (E. T. 30.03.2016).

Gayretli, Mehmet. “İslam Adliye Teşkilâtında Avukatlık”, **e-akademi dergisi**, Sayı:106, Aralık, 2010, <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=106>, (E. T. 06.04.2016), (Avukatlık).

Gedikli, Fethi. “Abdülmecid Zamanında Yazılmış İslam Muhakeme Hukukuna Dair Kamil’in *Âdâb-ı Kuzât’ı*”, **II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri**, Cilt:2, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 103-139, (Kuzât).

Gedikli, Fethi. “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ne Zaman Kuruldu?”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:69, Sayı:1-2, 2011, ss. 91-104, (İstanbul).

Gedikli, Fethi. “Kazâ”, **DİA**, Cilt:25, 2002, ss. 117-119, (Kazâ).

Gedikli, Fethi. “Midhat Paşa’nın Suriye Layihası”, **Dîvân İlmî Araştırmalar**, Sayı:7, 1999/2, ss. 169-189, (Midhat).

Gedikli, Fethi. “Osmanlı Hukuk Tarihi Kaynağı Olarak Şer’iyye Sicilleri”, **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, Cilt:3, Sayı:5, 2005, ss. 187-213, (Sicil).

Gedikli, Fethi. “1560-1566 Yıllarında Akçaabat ve Köylülerin Sosyal ve Hukukî Durumu”, **Osmanlı Hukuku Makaleler**, Gündoğan Yayınları, İstanbul, 2012, ss. 49-114, (Akçaabat).

Gemalmaz, Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005.

Gerber, Haim. **Islamic Law and Culture 1600-1840**, Brill Academic Pub, Leiden, 1999.

Gomien, Donna. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi El Kitabı**, çev. Serkan Cengiz ve Utku Kılınç, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2008.

Gökalp, Ziya. **Türk Medeniyeti Tarihi**, Toker Yayınları, İstanbul, 2007.

Gökçen, Ahmet. **Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri**, İstanbul, 1989.

Gökçen, Ahmet. “1296 (1879) Tarihli Usûl-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-ı Muvakkatı”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:4, Sayı:1-2, Konya, 1994, ss. 203-288, (Usûl).

Gökyay, Orhan Şaik ve Şükrü Özen. “Molla Lutfi”, **DİA**, Cilt:30, 2005, ss. 255-258.

Gözler, Kemal. **Hukuka Giriş**, 14. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2017, (Hukuka Giriş).

Gözler, Kemal. **Tanzimat Fermanı**, [www.anayasa.gen.tr/ tanzimatfermani.htm](http://www.anayasa.gen.tr/tanzimatfermani.htm); (E. T. 27.02.2012).

Gözler, Kemal. **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 14. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2013.

Gözlügöl, Said Vakkas. **Avrupa İnsan Hakları Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Gözübüyük, A. Şeref ve A. Feyyaz Gölcüklü. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.

Gözübüyük, A. Şeref ve Suna Kili. **Türk Anayasa Metinleri 1839-1980**, Ankara, 1982, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>, (E. T. 23.01.2017).

Gözübüyük, Şeref. **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları**, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.

Güleç, Hasan. **İslam Hukukunun Kur'an'daki Genel Prensipleri**, Anadolu Matbaacılık, İzmir, 1996.

Güriz, Adnan. **Hukuk Başlangıcı**, 17. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2016.

Hafız Hüseyin. “Zulmün Cezası”, **İtisam Mecmuası**, Cilt:1, Sayı:1, 1334 (1916), ss. 7-10, <http://ktp.isam.org.tr/?url=makaleosm/findrecords.php>, (E.T. 12.01.2018).

Hamidullah, Muhammed. **El-Vesaiku's-Siyâsiyye: Hz. Peygamber Döneminin Siyâsî İdarî Belgeleri**, çev. Vecdi Akyüz, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1997, (Vesikalar).

Hamidullah, Muhammed. **İslam Peygamberi**, Cilt:2, çev. Salih Tuğ, İrfan Yayınevi, İstanbul, 1993, (İslam Peygamberi).

Hamidullah, Muhammed. **İslam'a Giriş**, 3. Baskı, İrfan Yayınevi, İstanbul, 1973, (İslam'a Giriş).

Hamidullah, Muhammed. **İslam'da Devlet İdaresi**, çev. K. Kuşçu, Nur Yayınları, Ankara, 1979.

Heyd, Uriel. **Studies in Old Ottoman Criminal Law**, ed. V. L. Menage, Oxford University Press, Oxford, 1973.

Heyd, Uriel. "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", çev. Selahaddin Eroğlu, **Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt:26, Sayı:1, 1984, ss. 633-652, (Kanun).

Hussien, Kamer Kal. **İslam Ceza Muhakemesi Usûlü Soruşturma Evresi İhtiyati Tedbirleri (Osmanlı Uygulaması Örnekle 1650-1750)**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.

Hüseyin Efendi, Hezarfen. **Telhisü'l-Beyan fi Kavanin-i Al-i Osman**, Hazırlayan Sevim İlgürel, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1998.

İbn Teymiye, Takıyyuddin Ahmed (ö.1327). **Siyaset 'es-Siyasetü's-şer'iyye'**, Çev. Vecdi Akyüz, Dergah Yayınları, İstanbul, 1985.

Imber, Colin. **Şeriattan Kanuna: Ebussud ve Osmanlı'da İslami Hukuk**, çev. M. Bedir, Tarih Vakfı, İstanbul, 2004.

İlhan, Cengiz. **Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

İlhan, Cengiz. **Mecelle Hukukun Doksan Dokuz İlkesi**, 2. Baskı, Tarih Vakfı, İstanbul, 2003, (İlke).

İnalcık, Halil. “Adâletnâmeler”, **Belgeler**, Cilt:2, Sayı:3-4, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1993, ss. 49-145, (Adâletnâmeler).

İnalcık, Halil. **Devlet-i Aliyye Osmanlı İmparatorluğu Üzerine Araştırmalar-I**, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2009, (Devlet-i Aliyye).

İnalcık, Halil. “İmtiyâzât”, (Osmanlı Dönemi, Kapitülasyonların Karakter ve Mahiyeti), **DİA**, Cilt:22, 2000, ss. 245-252, (İmtiyâzât).

İnalcık, Halil. “Kutadgu Bilig’de Türk İdare Geleneği ve Adalet”, **Adalet Kitabı**, Ed. Bülent Arı ve Selim Aslantaş, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2015, ss. 15-32, (Adalet).

İnalcık, Halil. “Osmanlı Hukuk Sisteminde Adaletin Üstünlüğü”, **Adalet Kitabı**, Ed. Bülent Arı ve Selim Aslantaş, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2015, ss. 155-215, (Üstünlük).

İnalcık, Halil. “Osmanlı Hukukuna Giriş Örfî-Sultani Hukuk ve Fatih’in Kanunları”, **Adalet Kitabı**, Ed. Bülent Arı ve Selim Aslantaş, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2015, ss. 87-115, (Örfî).

İnalcık, Halil. “Sened-i İttifak ve Gülhane Hatt-ı Hümayûnu”, **Belleten**, Cilt:28, Sayı:112, 1964, ss. 603-622, (Gülhane).

İnceoğlu, Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.

İpşirli, Mehmet. “XVI. Asrın İkinci Yarısında Kürek Cezası ile İlgili Hükümler”, **Tarih Enstitüsü Dergisi**, Sayı:12, 1982, ss. 203-248, (Kürek).

İpşirli, Mehmet. “Cuma Selamlığı”, **DİA**, Cilt:8, 1993, ss. 90-92.

İsmail Ratib. “Usul-i Cezaiyye Tedkikatı”, **Dârülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:1, Sayı:4, İstanbul, 1332 (1914), ss. 399-403, <http://ktp.isam.org.tr/?url=makaleosm/findrecords.php>, (E.T. 04.12.2017).

İstanbul Kadı Sicilleri, **Üsküdar Mahkemesi 1 Numaralı Sicil (H. 919-927/M. 1513-1521)**, Hazırlayanlar Bilgin Aydın ve Ekrem Tak, Ed. Coşkun Yılmaz, İsam Yayınları, İstanbul, 2008.

İzgi, Özkan. **Çin Elçisi Wang Yen-Te'nin Uygur Seyahatnamesi**, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1989, (Çin).

İzgi, Özkan. **Uygurların Siyasî ve Kültürel Tarihi (Hukuk Vesikalarına Göre)**, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1987.

Jennings, Ronald C. “Kadı, court and legal procedure in 17 C. Ottoman Kayseri”, **Studia İslamica**, Sayı:48, 1978, ss. 133-172, (Kadı).

Jennings, Ronald C. **Studies on Ottoman Social History in The Sixteenth and Seventeenth Centuries: Women, Zimmis and Sharia Courts in Kayseri, Cyprus and Trabzon**, Isis Press, İstanbul, 1999, (Studies).

Jennings, Ronald C. “The Office of Vekil (Wakil) in the 17. Century Ottoman Sharia Courts”, **Studia İslamica**, Sayı:42, 1976, ss. 147-169.

Kaboğlu, Ö. İbrahim. **Özgürlükler Hukuku**, 5. Baskı, Afa Yayınları, İstanbul, 1998.

Kafesoğlu, İbrahim. **Türk Millî Kültürü**, 5. Baskı, Boğaziçi Yayınları, İstanbul, 1988.

Kahraman, Abdullah. “İslam Hukukunda Şahsa (nefse) Kefalet Müessesesi ve Türk Ceza Muhakemeleri Hukukundaki Teminatla Salıverme Müessesesi ile Mukayesesi”, **Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı:2, 1998, ss. 301-328.

Kandemir, M. Yaşar. **Örneklerle İslam Ahlakı**, 2. Baskı, Nesil Yayınları, İstanbul 1980.

Kara, Mustafa. “Kur’an’da Adalet Kavramı ve Güncel Değeri”, **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı:34, 2013, ss. 137-172.

Karadeniz Çelebican, Özcan. **Roma Hukuku**, 13. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008.

Karakehya, Hakan. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir, 2007, (Adil).

Karakehya, Hakan. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016.

Karakoç, İrem. “Hicrî Birinci Yüzyılda Hukukçu Kavramı”, **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan**, Cilt:16, 2015, ss. 4225-4259, (Hicrî).

Karakoç, İrem. **Hukuk Tarihinde Vatandaşlık-Yabancılık Statüsü**, Yetkin Yayınları, İzmir, 2012.

Karakoç, İrem. “1876 Tarihli Kanun-ı Esasî’de Yürütme Organı”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:8, Sayı:2, 2006, ss. 115-149, (Kanun-ı).

Karal, Enver Ziya. **Osmanlı Tarihi (İslahat Fermanı Devri, 1856-1861)**, Cilt:6, 4. Bası, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1988.

Karaman, Hayreddin. “Adalet”, **DİA**, Cilt:1, Ankara, 1988, ss. 343-344, (Adalet).

Karaman, Hayrettin. **İslam Hukuk Tarihi**, İz Yayıncılık, İstanbul, 2012, (İslam).

Karaman, Hayreddin. **Mukayeseli İslam Hukuku**, Cilt:1-3, 5. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul, 2009.

Kapani, Münici. **Kamu Hürriyetleri**, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993.

Kaşıkkara, Serhat. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türkiye**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

Kenanoğlu, M. Macit ve Figen Kenanoğlu. “Osmanlı Hukukunda Konsolosluk Mahkemelerinin Yeri İtalyan Konsolosluğu Mahkemesi Tahrir Defterleri”, **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, Sayı:7, 2009 Bahar, ss. 63-340.

Kılınç, Ahmet. “Osmanlı Devleti’nde Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olarak Muslihûn: Osmanlı Arabuluculuğu”, **II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri**, Cilt:2, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2016, ss. 15-81.

Koç, Yunus ve Murat Tuğluca. “Klâsik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı”, **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, Sayı:2, 2006 Güz, ss. 7-24.

Koçi Bey. **Koçi Bey Risaleleri**, Hazırlayan Zuhuri Danışman, Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1985.

Köksal, Osman. “Adliye Örgütünün Problemleri ve Yapılması Gerekli Düzenlemelere Dair II. Abdülhamit’e Sunulan Bir Layiha”, **Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi (OTAM)**, Sayı:9, 1998, ss. 263-285.

Köprülü, Orhan Fuat. “Çavuş”, **DİA**, Cilt:8, ss. 236-238.

Köse, Saffet. “İslam’da Hukuk Devleti İlkesinin Dinamikleri”, **İLAM Araştırma Dergisi**, Cilt:1, Sayı:2, Temmuz 1996, ss. 7-52.

Kunter, Nurullah. “Yirmibeş Cumhuriyet Yılıının Ceza Tarihçesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:22, Sayı:10, Ekim 1948, ss. 539-584.

Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu. **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.

Kutadgu Bilig, Tıpkıbasım II, Fergana Nüshası, Türk Dil Kurumu, İstanbul, 1942.

Levy, Reuben. **The Social Structure of Islam**, 2. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 1979.

Ligeti, Louis. **Bilinmeyen İç Asya**, Çev. Sadrettin Karatay, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1986.

Lippman, Matthew. “Islamic Criminal Law and Procedure: Religious Fundamentalism v. Modern Law”, **Boston College International and Comparative Law Review**, Cilt:12, Sayı:1, 1989, ss. 29-62.

Lippman, Matthew, Sean McConville ve Mordechai Yerushalmi. **Islamic Criminal Law and Procedure, an Introduction**, Praeger Publishers, New York, 1988.

Mahmud Esad Efendi. **Tarih-i İlm-i Hukuk**, Haz. Fethi Gedikli, Mahmud Esad Kalıpçı, Ebru Kayabaş, Sevtap Metin, Ayhan Ceylan, Abdullah Demir, İrem Karakoç, Ali Adem Yörük, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

Matuz, Joseph. **Das Kanzleiwesen Süleymans des Prachtigen**, 7. Baskı, Primus, Weisbaden, 2015.

Maydani, Riyad ve Şamil Dağcı. “İslam Ceza Hukukunun Genel Prensipleri”, **İslami Araştırmalar Dergisi**, Cilt:4, Sayı:1, Ocak 1990, ss. 61-70.

Mehmed Şerif. “Ceza Hâkim ve Avukatları”, **İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası**, Cilt:2, Sayı:7, İstanbul, 1325 (1907), ss. 61-64, <http://ktp.isam.org.tr/?url=makaleosm/findrecords.php>, (E.T. 22.12.2017).

Menekşe, Ömer. **XVII ve XVIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu ve Cezası**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1998.

Mumcu, Ahmet. **Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayûn**, 2. Baskı, Birey ve Toplum Yayınları, Ankara, 1986.

Mumcu, Ahmet. **Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı**, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1972, (Zulüm).

Mumcu, Ahmet. **Osmanlı Devleti’nde Rüşvet -Özellikle Yargıda Rüşvet-**, 3. Baskı, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2005.

Nart, Serdar. **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kimselerin Hukukî Sorumluluğu (Hakkanîyet Sorumluluğu)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

Okandan, Recai Galip. **Umumi Amme Hukuku**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1968.

Okon, Etim E. "Hudud Punishments in Islamic Criminal Law", **European Scientific Journal**, Cilt:10, Sayı:14, 2014, ss. 227-238.

Ongan, Halit. **Ankara'nın İki Numaralı Şer'îye Sicili**, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 1974.

Orkun, Hüseyin Namık. **Eski Türk Yazıtları**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1987.

Ortaylı, İlber. **Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994.

Ortaylı, İlber. "Osmanlı Devleti'nde Kadı", **DİA**, Cilt:24, 2001, ss. 69-73, (Kadı).

Ortaylı, İlber. "Osmanlı Kadısı Tarihi Temeli ve Yargı Görevi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt:30, Sayı:1-4, 1975, ss. 117-128, (Osmanlı Kadısı).

Ortaylı, İlber. "Osmanlı Kadısının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:9, Sayı:1, 1976, ss. 95-107, (Taşra).

Ortaylı, İlber. "Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bülent Nuri Esen Armağanı**, Ankara, 1977, ss. 245-264, (Mahkeme).

Ögel, Bahaeddin. **İslâmiyetten Önce Türk Kültür Tarihi, Orta Asya Kaynak ve Buluntularına Göre**, 5. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2003.

Öğüt, Salim. "Edebü'l-kâdı", **DİA**, Cilt:10, 1994, ss. 408-410.

Öktem, Niyazi. **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1988.

Ömer Hilmi Efendi. **Miyâr-ı Adalet**, Muharrem Efendi Matbaası, İstanbul, 1301.

Örsten Esirgen, Seda. “Tanzimattan Cumhuriyete Avukatlık”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:63, Sayı:4, 2014, ss. 737-777.

Özbek, Veli Özer. **Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, (Mağduriyet).

Özbek, Veli Özer. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, (Arama).

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017.

Özbek, Veli Özer. **İnfaz Hukuku**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, (İnfaz).

Özden, Yekta Güngör. **Hukukun Üstünlüğüne Saygı**, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1990.

Özekes, Muhammet. **Sorular-Şemalar-Örneklerle Temel Hukuk Bilgisi**, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Özkaya, Yücel. “XVIII’inci Yüzyılda Çıkarılan Adaletnâmelere Göre Türkiye’nin İç Durumu”, **Belleten**, Cilt:38, Sayı:151, Temmuz 1974, ss. 445-491.

Özkent, Ali Haydar. **Avukatın Kitabı**, Arkadaş Basımevi, İstanbul, 1940.

Özkorkut, Nevin Ünal. “Kapitülasyonların Osmanlı Devleti’nin Yargı Yetkisine Getirdiği Kısıtlamalar”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:53, Sayı:2, 2004, ss. 83-94, (Kapitülasyonlar).

Özkorkut, Nevin Ünal. “Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devleti’ne Girişi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:52, Sayı:4, 2003, ss. 147-154, (Savcılık).

Özkorkut, Nevin Ünal. “Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı’da ve Günümüz Türkiye’sinde Yargıya Genel Bir Bakış”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:57, Sayı:1, 2008, ss. 225-242, (Yargı).

Öztañ, Bilge. **Medeni Hukukun Temel Kavramları**, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

Öztürk, Bahri, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Özyavuz, Senem. “Medeni Siyasal Haklar Sözleşmesi’nde Adil Yargılanma Hakkı: Sanık Haklarına Genel Bir Bakış”, **Nurullah Kunter’e Armağan Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**, Ankara, 2004, ss. 428-442.

Pala, İskender. “Ömer’in Adaleti”, **Türk Edebiyatı Dergisi**, Sayı:380, Haziran 2005, ss. 16-18.

Pazarcı, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.

Peters, Rudolf. “Murder in Khaybar: Some Thoughts on the Origins of the Qasama Procedure in Islamic Law”, **Islamic Law and Society**, Sayı:9, Cilt:2, 2002, ss. 132-167.

Reisoğlu, Safa. **Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2001.

Rubin, Avi. "From Legal Representation To Advocacy: Attorneys and Clients In The Ottoman Nizamiye Courts", **International Journal of Middle East Studies**, Cilt:44, Sayı:1, 2012, ss. 111-127.

Rubin, Avi. **Ottoman Nizamiye Courts: Law and Modernity**, Palgrave Macmillian, New York, 2011, (Nizamiye).

Saleh, Osman Abd-el-Malek al. "The Right of the Individual to Personal Security in Islam", **The Islamic Criminal Justice System**, Ed. M. Cherif Bassiouni, Oceana Publics, London, 1982, ss. 55-89.

Saner Gönen, Yasemin. "Hukukî Kapitülasyonlar ve Sonuçları", **Osmanlı Ansiklopedisi**, Cilt:6, Ankara, 1999, ss. 340-353.

Sanford, H. S. **The Different Systems of Penal Codes in Europe**, Washington, 1854, http://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Lieber_Collection/pdf/PenalCodes-in-Europe.pdf, (E. T. 12.10.2016).

Sarkis, Karakoç. **Külliyât-ı Kavânin**, Cilt:1, Türk Tarih Kurumu, Ankara, 2006.

Schacht, Joseph. **İslam Hukukuna Giriş**, çev. Mehmet Dağ ve Abdülkadir Şener, 2. Baskı, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1986.

Schneider, Irene. "Imprisonment in Pre-classical and Classical Islamic Law", **Islamic Law and Society**, Sayı:2 Cilt:2, 1995, ss. 157-173.

Seçkin, A. Recai. **Yargıtay Tarihçesi Kuruluş ve İşleyişi**, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 1967.

Serahsî, Muhammed İbn Ahmed. **Mebhut: 1000 yılın İslam Fıkıhı Temel Eseri: Deliller ve Hükümler**, Haz. Mustafa Cevat Akşit, Cilt:1-30, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008.

Seyitdanlioğlu, Mehmet. “Tanzimat Dönemi’nde Yüksek Yargı ve Meclis-i Vâlâ’yı Ahkâm-ı Adliye (1838-1876)”, **Adalet Kitabı**, Ed. Bülent Arı ve Selim Aslantaş, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2015, ss. 239-253.

Shapiro, Martin. “Islam and Appeal”, **California Law Review**, Cilt:68, Sayı:350, 1980, ss. 350-381.

Shroeder, Friedrich Christian. “Ceza Muhakemesi’nde “Fair Trial” İlkesi, **Adil Yargılanma Hakkı**, Ed. Feridun Yenisey, Global Hukuk Eğitimi Programları Direktörlüğü (IGUL), Yayın No: 4, İstanbul, 2004, ss. 145-178.

Sinar, Hasan. “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Yönünden Ceza Muhakemesinde Adil Yargılanma Hakkının Tarihsel Temelleri”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sayı:21, Nisan 2015, ss. 169-227.

Simon of Keza. **The Deeds of the Hungarians**, Budapest 1999, <https://books.google.com.tr/books>, (E. T. 10.12.2016).

Soyaslan, Doğan. “Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Ceza Yargılaması”, **Adil Yargılanma Hakkı**, Ed. Feridun Yenisey, Global Hukuk Eğitimi Programları Direktörlüğü (IGUL), Yayın No: 4, İstanbul, 2004, ss. 291-304.

Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, (Ceza).

Şemseddin Sami. **Kâmûs-ı Türkî**, Hazırlayanlar Raşit Gündoğdu, Niyazi Adıgüzel ve Ebul Faruk Önal, 5. Baskı, İdeal Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Şen, Mahmut. “İslam Hukuk Geleneği Perspektifinden Yargı Etik İlkeleri”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı:6, 2015, ss. 505-534.

Şen, Yusuf. “İslâm Hukukunda Arabuluculuk”, **Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt:11, Sayı:22, 2012/2, ss. 105-135.

Şentop, Mustafa. “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü”, **Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi**, Cilt:3, Sayı:5, 2005, ss. 647-672.

Şentop, Mustafa. “Tanzimat’tan Önceki Dönemde Osmanlı Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi”, **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları**, Sayı:1, 2006, ss. 87-105, (Görev).

Şerefli, Ahmet Şerif. **Türk Doğduk Türk Öldük**, 2. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 2002.

Tahiroğlu, Bülent ve Belgin Erdoğan. **Roma Hukuku Dersleri**, 6. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2010.

Tandoğan, Haluk. **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981.

Taner, Tahir. **Ceza Muhakemeleri Usûlü**, 2. Bası, Arkadaş Matbaası, İstanbul, 1950, (Ceza).

Taner, Tahir. “Tanzimat Devrinde Ceza Hukuku”, **Tanzimat I**, Ayrı Basım, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940.

Tanilli, Server. **Yüzyılların Gerçeği ve Mirası**, Cilt:3, 3. Baskı, Adam Yayınları, İstanbul, 1999.

Tanör, Bülent. **Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri**, 17. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2008.

Tanör, Bülent. **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, 3. Baskı, BDS Yayınları, İstanbul, 1994, (İnsan).

Taş, Hülya. “Osmanlı Kadı Mahkemesinde ‘Şühûdü’l-Hâl’ Nasıl Değerlendirilebilir?”, **Bilig**, Sayı:44, Kış 2008, ss. 25-44.

Tellenbach, Silvia. “Fair Trial Guarantees in Criminal Proceedings Under Islamic”, **ZAOERV**, Cilt:64, 2004, http://www.zaoerv.de/64_2004/64_2004_4_a_29_942.pdf, (E.T. 16.06.2017), ss. 929-941.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rıfat Murat Önok. **İnsan Hakları El Kitabı**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Togan, A. Zeki Velidi. **Umumi Türk Tarihi’ne Giriş**, Enderun Kitabevi, İstanbul, 1981.

Turan, Hüseyin. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Tutar, Adem. “İslam Öncesi Türk Devlet Geleneğinde Adalet Anlayışı”, **Türkler Ansiklopedisi**, Cilt:2, Ankara, 2002, ss. 868-873.

Türkeli, Cevat. “Hunlarda İnsanî Değerler ve Hukuk”, **Türklerde İnsanî Değerler ve İnsan Hakları**, Cilt:1, Türk Kültürüne Hizmet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1992, ss. 71-93.

Üdeh, Abdülkadir. **Mukayeseli İslam Ceza Hukuku ‘Genel Hükümler’**, Cilt:1, çev. Ali Şafak, 2. Baskı, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 2012.

Üdeh, Abdülkadir. **Mukayeseli İslam Ceza Hukuku ‘Özel Hükümler’**, Cilt:2, çev. Ali Şafak, 2. Baskı, Kayıhan Yayınları, İstanbul, 2012.

Uğur, Yunus. “Şer’iyye Sicilleri”, **DİA**, Cilt:39, 2010, ss. 8-11.

Umar, Bilge. **Hukuk Başlangıcı**, DEÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir, 1997.

Umur, Ziya. **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 1999.

Unan, Fahri. “Osmanlı İdare Felsefesinde Adalet”, **Adalet Kitabı**, Ed. Bülent Arı ve Selim Aslantaş, Yeditepe Yayınevi, İstanbul, 2015, ss. 117-131.

Uzunçarşılı, İsmail Hakkı. **Osmanlı Devleti’nin İlmiye Teşkilâtı**, 3. Baskı, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1988.

Üçok, Coşkun. “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:3, Sayı:1, 1946, ss. 125-146.

Üçok, Coşkun, Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt. **Türk Hukuk Tarihi**, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

Ünal, Şeref. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri**, TBMM Basımevi, Ankara, 2001.

Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Vatansever Öztürk, Müge. “Osmanlı Kadı Yargılamasında Dürüstlük Kuralı”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:1, 2016, ss. 93-111.

Veliyyüddin. “Hukûk-ı İslâm”, **İslam Mecmuası**, Cilt:1, Sayı:9, İstanbul, 1330 (1912), ss. 258-260, <http://ktp.isam.org.tr/?url=makaleosm/findrecords.php>, (E.T. 24.12.2017).

Yavuz, Cevdet. “Dava”, **DİA**, Cilt:9, 1994, ss. 12-16, (Dava).

Yaylalı, Davud. **İslâm Hukukunda Sulh**, Taştan Matbaacılık, İstanbul, 1993.

Yazır, Elmalılı Hamdi. **Kur'ân-ı Kerîm ve İzahlı Meâli**, Haz. Düccane Cündioğlu, İslamoğlu Yayıncılık, İstanbul, 1993.

Yediyıldız, Bahaeddin. “Osmanlılarda Hâkimiyet Anlayışı ve Devlet Teşkilâtı”, **Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi**, Cilt:12, ss. 293-453.

Yıldız, Gültekin. **Mapusâne Osmanlı Hapishanelerinin Kuruluş Serüveni (1839-1908)**, Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2012.

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Sözlüğü**, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Yörük, Ali Adem. **Mekteb-i Hukuk'un Kuruluşu ve Faaliyetleri (1878-1900)**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, İstanbul, 2008.

Yurtcan, Erdener. **Ceza Yargılaması Hukuku**, 14. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2017.

Yusuf Has Hacib. **Kutadgu Bilig I Metin**, haz. Reşid Rahmeti Arat, Tıpkıçekimle yapılmış 2. Baskı, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1979.

Zabunoğlu, Yahya. “Adil Yargılanma Hakkı ve İdari Yargı”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir Barosu Yayınları, İzmir, 2000, ss. 314-319.

Ziadeh, Farhad J. “Criminal Law”, **Oxford Islamic Studies Online**, <http://www.oxfordislamicstudies.com/print/opr/t236/e0170>, (E.T. 10.06.2017).

3 Numaralı Mühimme Defteri (966-968/ 1558-1560), Özet-Transkripsiyon ve İndeks, Haz. Nezihi Aykut ve diğerleri, Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1993.

5 Numaralı Mühimme Defteri (973/ 1565-1566), Özet ve İndeks, Haz. Hacı Osman Yıldırım ve diğerleri, Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1994.

6 Numaralı Mühimme Defteri (972/ 1564-1565), Özet-Transkripsiyon ve İndeks, Cilt:1-2, Haz. Hacı Osman Yıldırım ve diğerleri, Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1995.

12 Numaralı Mühimme Defteri (978-979/ 1570-1572), Özet-Transkripsiyon ve İndeks, Cilt:2, Haz. Hacı Osman Yıldırım ve diğerleri, Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1996.