

PAPER DETAILS

TITLE: OSMANLI CEZA YARGILAMASI USULÜ HUKUKU ÜZERINE BIR DENEME

AUTHORS: Ibrahim Orkun ATALAY

PAGES: 239-272

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1857333>

OSMANLI CEZA YARGILAMASI USULÜ HUKUKU ÜZERİNE BİR DENEME

*Arş. Gör. İbrahim Orkun ATALAY**

Giriş

İslâm, yalnız bir din değil, aynı zamanda bir hukuk düzenidir. Müminin Allah’a karşı, bizatihi kendisine karşı ve diğer kimselere karşı dış sahadaki faaliyetini tanzim eden kurallardır¹. İslâm Hukukunun gayelerinden en önemlisi adaletin yerine gelmesidir. Hem Kuran-ı Kerim ve hem de sünnet sürekli adaletten bahsederken, bunu ödüllendirmekte, adaletsizliği ise lanetlemekte ve cezalandırmaktadır. Şeri’at, gayelerine ulaşabilmek için suç sayılan fiillere yargı yoluyla yaptırım uygular. Yargılama olmaksızın hiçbir vakıa hakkında karar verilemez². Tarih boyunca suçlar ve bunların tayin edilmiş cezalarının bulunmasına karşın, belli bir zaman ve yerdeki koşullardan etkilenmek suretiyle hükümdarın, Şeri’attan ve onun genel ilkelerinden esinlenerek niyabet tevcih etmesine dek Şeri’at bir ceza usul sistemi kurmamıştır³. Ancak bundan sonradır ki Şeri’at suçlar için cezalar koyarken, suçların kovuşturulması ve soruşturulması için usulleri, failin tutuklanması ve mahkeme önüne getirilmesi vasıtalarını kamu düzenine en çok hizmet edecek şekilde mülkiye tarafından düzenlenmeye bırakmıştır⁴. İddia edildiğinin aksine Osmanlı Şer’i mahkemeleri’nde uygulanan İslâm Hukuku, zamanın diğer hukuk sistemleri gibi, ceza yargılamasını suçlunun

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı.

(Yazar, tarihe ve usul hukukuna duyduğu merak ve saygı sebebiyle bu makaleyi kaleme almıştır. Hukukun bir bütün olduğu, yapılan ayrımların pratik mülahazalardan kaynaklandığını düşünmektedir.)

1 NALLİNO, “İslâm Hukuku”, çev. Akif Erginay, AÜHFD, S. 11, 1954/1-2, s. 543.

2 AWAD, “The Rights of The Accused Under Islamic Criminal Procedure”, The Islamic Justice System, ed. M. Cherif Bassiouni, Londra, Roma, New York, 1982, s. 91.

3 AWAD, s. 91; ORTAYLI, “Osmanlı Kadısı Tarihi Temeli ve Yargı Görevi”, AÜSBFD, C. XXX, No. 1-4, 1975, s. 118.

4 AWAD, s. 93.

cezalandırılması gayesine göre düzenlemiş⁵ ve yargılama sùjeleri arasındaki ilişkiler bakımından da tahkik sistemini⁶ uygulayan, tipik bir dinî yargılama hukuku değildi⁷. Osmanlı yargılama hukuku, kendine özgü olarak, hem kişilerin haklarını teminat altına almaya, hem de kamu düzenini korumaya yönelik bir usul hukukuydu. Adaletin gecikmesini zulüm saydığı için ceza yargılamasının bir gayesinin de yargılamanın en kısa sürede ve en az masrafla gerçekleşmesi olduğunu kabul etmiştir⁸.

Gerçekten de, sırf İslâm Hukuku’nun geçerli olması halinde Şeri’atın dışında hiçbir hukuk kaynağı bulunmaması gerekirken, Osmanlı Devleti’nde, Şeri’atın düzenlemediği yani, hukuk boşluğu bulunan konularda, eskiden beridir süregelen Türk devlet geleneği olarak “*örfi hukuk*” da yürürlükte bulunmaktaydı⁹. Bahsi geçen örfiliğin kaynağı sultan kanunnameleri olduğu gibi aynı zamanda örf-âdetin kanunnamelerde yer almasıdır¹⁰. Osmanlı Devleti’nde yürürlükte bulunan İslâm Yargılama Hukuku klasik devirde, Tanzimat’a kadar medenî yargılama ve ceza yargılaması olarak bir ayrıma tâbi tutulmamıştır. Ancak, hukuk yargılamasında ceza yargılamasıyla ilgili bazı ilkeler vardır ki bunlar bir araya getirildiğinde bir ceza yargılaması hukuku ortaya çıkmaktadır¹¹. Ayrıca, yargılama usulünün safhaları ve yargılamaya katılan sùjeler de farklıdır. Özellikle şer’iye sicillerinde ceza yargılaması hakkında bilgi bulmak mümkündür¹². Çalışmamızda yeri geldikçe şer’iye sicillerine yer verilecektir.

Osmanlı’nın son iki yüz yılındaki gelişmelerle ve çıkarılan “1840 tarihli Ceza Kanunnamesi’yle” ceza yargılaması hukuku belirli kurallara bağlanmaya başlanmıştır¹³. Daha sonra, “1858 tarihli Ceza Kanunname-i

5 KUNTER/YENİSEY, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, 1998, s. 21.

6 KUNTER/YENİSEY, s. 59.

7 Aynı grş. AKMAN, Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, İstanbul, 2004, s. 20.

8 BAYINDIR, İslam Muhakeme Hukuku, İstanbul, 1986, s. 124; TDAV, Şer’iye Sicilleri, C. I, İstanbul, 1988, s. 71.

9 İNALCIK, Osmanlı İmparatorluğu, İstanbul, 1996, s. 319.

10 İNALCIK, s. 320.

11 BAYINDIR, s. 123; bkz. BERKİ, Mecelle, Ankara, 1959, s. 8 vd.

12 Katalog için bkz. TDAV, s. 85 vd.

13 TANÖR, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, 10. Baskı, İstanbul, 2001, s. 110.

Hümayunu”, dini kurallar yanında lâik örfi kuralları da barındırmakla ve “Nizamiye Mahkemelerini” kurmakla, Şer’i yargılama usulünden kopma da başlamıştır ¹⁴ . Konu hakkında fikir vermek mahiyetinde bir giriş yapılmasının ardından, makalede önce klasik devir Osmanlı ceza yargılaması usulüne değinip sonra yargılama sūjelerinin ilişkileri ve buna hâkim olan ilkeler tek tek ele alınacaktır. Müteakiben yargılama engelleri ve yargılama sonucunda verilen nihai karara karşı başvurulabilecek kanun yollarına değinilecektir. Son olarak da genel bir değerlendirme yapılarak sözlerimize son verilecektir.

I. Yargılama Usulü

A. Yargılama Makamları

Osmanlıda müstakil bir ceza yargılaması hukuku çok geç inkişaf ettiği için ayrıntılı ve gelişmiş bir ceza yargılaması usulü bulunmamaktaydı. Osmanlı’da yargılama Şer’iye mahkemesinde yapıldı. Yargılamanın sūjeleri “*kadı*” (hâkim), davacı ve davalı idi¹⁵. Suçun türüne göre, şikâyeteye tabi ve resen kovuşturma şeklinde, yargılama usulü değişmekteydi ¹⁶ . Şikâyeteye tabi olmayan suçları kadı, sahip olduğu yargılama ve idari işlevleri ¹⁷ mucibince re’sen kovuşturabilirdi. Yargılama ve kovuşturma işlemlerinde Kadının “*nâib*” ve “*kâtip*” gibi yardımcıları vardı¹⁸. Kâtip yargılamayı kayda geçirerek usule uyulmasını sağlıyordu. Ayrıca şahitlere ve şüphelilere tebligat¹⁹ ve olay mahallinde keşif²⁰ için görevlendirildiği de

14 TANÖR, s. 102.

15 BAYINDIR, s. 131.

16 ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, Türk Hukuk Tarihi, 9. Baskı, Ankara, 1999, s. 83; JENNINGS, Studies on Ottoman Social History in The Sixteenth and Seventeenth Centuries: Women, Zimmis and Sharia Courts in Kayseri, Cyprus and Trabzon, İstanbul, 1999, s. 266.

17 AYDIN, Türk Hukuk Tarihi, 3. Baskı, İstanbul, 1999, s. 161.

18 JENNINGS, s. 297.

19 TDAV, Şer’iye Sicilleri, C. II, İstanbul, 1989, s. 107, “...yüce mahkeme katiplerinden Molla Mahmud Efendi gönderilmiş, adı geçen mahalleye varılınca, namusluluğu kabul edilenlerden... isimli kimselere kanunî davet yapılmak için...”

20 TDAV, s. 132, “...mahkeme yoluyla... keşif yapılmasını istemesi üzerine şer’î mahkeme katiplerinden Molla Mehmed Efendi gönderilmiştir.”

olmuştur. Nâib ise kadıya vekâleten ifade alır ve keşiflere katılırdı²¹. Bir nevi sorgu hâkimi gibiydi. Nâib hâkimlik günümüzde de bulunan bir müessesedir ve işlevi de benzerdir.

Bir de kadı ile işbirliği içinde bulunan ama bağımsız faaliyet gösteren “ehl-i örf” vardı. Bunlar, failleri yakalayıp, mahkeme önüne getirir ve cezaları infaz ederdi²². Bazıları ön soruşturma yapıp, dava da açardı²³. Bunlar bir nevi savcı görevi görür ve kamu adına dava açarlardı²⁴. Bunların başında “subaşı” gelirdi²⁵. Aynı görevi “çavuşlar” da görmekteydi²⁶. Bunların yanı sıra, mahalle ahalisi bizzat veya “kethüda” veya “yiğitbaşı” vasıtasıyla vekâleten mahalleden ihraç davası açabilmekteydi²⁷. Bunların yanında “müftü” de yargılamayla ilişkiliydi; fetva verirdi ama yargılamaya katılmazdı²⁸. Bir de “vekiller” vardı ki, lâik hukuktakinden farklı olsalar da,

21 AYDIN, s. 84.

22 AYDIN, s. 80.

23 JENNINGS, s. 297.

24 ÖZKORKUT, “Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devleti’ne Girişi”, AÜHFD, C. 52, S. 4, 2003, s. 148.

25 Subaşının sanığı kadı önüne getirip suç ithamında bulunmasına ilişkin şeriye sicilleri için bkz. TDAV, s. 103, s. 104, “Kayseri harici zabıta amiri Ali Subaşı Amel cemaatinden Abdurrahman oğlu Seyyid Ali’yi, yargı meclisine getirerek, aynı kesimden Karaca oğlu Halil’in gece bir koyununun çalındığını, izi sürüldüğünde onun kapısına geldiğini şahitlerin ifadeleriyle tesbit ettiğini bildirmiş ve kanuna uygun ceza talep etmiş...”; “Subaşı Hüsrev, şer’î meclise, Karacalı’dan Ramazan oğlu Hasan’ı getirip; ‘sen Dülük köyünden Fakih Beşir’in bir sahan, bir kazan, bir kaftan ve bir yatağını çaldın ve karısı Heves’in de kulağını kestir. Şüphem sendedir.’ dedi. Davalı Hasan isteği ve rızası ile ikrar edip...”

26 TDAV, s. 108, “...Silifke kazasından Taşkın oğlu Ali, yargı meclisine, tımar sahiplerinden Kunkî oğlu Seyyid Ahmed, Mehmed Paşa hazretleri (Allah kolaylaştırsın) tarafından mübaşir tayin olunan Aslan Çavuş’un teşebbüsüyle, hazır ederek hakkında dava taktir ederek...”

27 TOK, “Kadı Sicilleri Işığında Osmanlı Şehrindeki Mahalleden İhraç Kararlarında Mahalle Ahalisinin Rolü (XVII. ve XVIII. Yüzyıllarda Kayseri Örneği)”, EÜSBED, S. 18, 2005/1, s. 165; Müellif, mahalleden ihraç davasında kararın aslında mahalle ahalisi tarafından verildiğini, kadının bu kararı tasdiklediğini belirtmektedir (TOK, s. 170).

28 JENNINGS, s. 297.

yargılamanın bir tarafını teşkil etmesi bakımından yaygın bir uygulamaydı²⁹. Bunların dışında, Şer'i hukukun uygulandığı diğer devletlerde de görülen, mahkemelerde yargılamanın aleniyetini ve kadının adil bir karar vermek için daha özen göstermesini sağlayan “*şühüddü'l-hâl*” denilen ahali de bulunurdu. Bunlar, vakıalara şahitlik etmezler ve jüriden farklı olarak maddi bir değerlendirme yapmazlar, sadece yargılamanın adil bir şekilde yürütülmesine şahitlik ederlerdi³⁰.

Mahkeme dışında padişah, “*siyâseten katl*” yetkisini kullanarak siyasi suçlarda ölüm cezası verebilmekteydi³¹. Padişahın vekili sıfatıyla sadrazam da siyâseten katl yetkisini kullanabilirdi. Ancak bunun için önce padişahın onayını alması gerekmekteydi. Para cezası ve ihtar gibi hafif cezalar ise Beylerbeyi, Sancakbeyi ve Subaşı gibi mülki amirler tarafından verilebilmekteydi³². Bunun dışında “*muhtesip'ler*”³³ ve “*sipahi'lerin*” suçluları hâkim kararı olmadan cezalandırmalarına veya para karşılığı serbest bırakmalarına sınırlı da olsa rastlandığı bazı kaynaklarda ifade edilmektedir. Ancak, bu mahzuru gidermek için hâkim kararı olmadan kimseye ceza verilmemesi üzerinde kanunnamelerde titizlikle durulduğu da aynı

29 Bkz. JENNINGS, s. 277 vd.; Osmanlı yargılama hukukunda vekil kavramı ve uygulamadan örneklerle yargılamadaki rolü için ayrıntılı bir monografi için bkz. SELLE, *Prozessrecht des 18. Jahrhunderts im Osmanischen Reich*, Wesbaden, 1962, s. 103 vd.

30 AYDIN, s. 84. Müellif, *şühüddü'l-hâl* kadının yardımcıları arasında saymaktadır (AYDIN, s. 84); *Şühüddü'l-hâl* hakkında ayrıntılı bilgi içeren monografi için bkz. ASLAN, *İslâm Yargılama Hukukunda “Şühüddü'l-hâl” Jüri Osmanlı Devri Uygulaması*, İstanbul, 1999, tamamı.

31 AYDIN, s. 82; TDAV, s. 115, “...Bu adam kavga âletiyle beraber zikrolunan köy havalisinde dolaşmak ve adam öldürmek devamlı adetidir. Hatta bundan önce anasını tüfek ile öldürmüş bundan başka...es-Seyyid Mehmed'i dahi bir ay önce...de tüfek ile vurup öldürmüştür. Yine işçisi Dimo isimli adamı da on beş gün önce...de bıçak ile kolundan vurup yaralamıştır. İşte bu şekilde kötü halini haber verip ellerinde Terkos Naibi İsmail Efendi imzâ ve mühürünü taşıyan dilekçelerini ibraz edip bildirmişlerdir. Mezkûr Desbu için mezkûr nahiye ahâlileri kavga âletiyle serkeşlik ve kâtillik âdetidir diye verdikleri haber kaydedilmiş ve bu Desbu halka muzır ve kötü işler peşinde olduğu ihbar edilmiştir. Bu mâlum şahsın söylenilen bu şikâyetler sebebiyle ulû'l-emrin (taz'ir cezası olarak) emriyle öldürülmesi meşru olduğundan durum ma'lûm-ı devletlerinizindir. Emir ve ferman sizlerindir.”

32 AKGÜNDÜZ, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, 1. Kitap, İstanbul, 1990, s. 127.

33 AYDIN, s. 89.

kaynaklarda belirtilmektedir³⁴. Padişah ilk kez “1839 tarihli Gülhane Hatt-ı Hümayunu’yla” Fermanla bağlı kalacağına dair yemin etmiş, örfi ceza verme yetkisinden vazgeçmiş ve bu yetkisini mahkemelere devretmiştir³⁵. Ancak, sözkonusu yeminin sadece dönemin padişahı olan Abdülmecit’i bağliyor olması, sonraki padişahlar için değişik uygulamaları mümkün kılmıştır³⁶.

B. Yargılama Engelleri

Osmanlı ceza yargılamasında, bugün olduğu gibi yargılama işlemlerine başlanmasına engel olan bir takım şartlar bulunmaktaydı. Bunlar; kişi yönünden, makam yönünden ve süre yönünden şartlardır.

1. Kişi Yönünden

Osmanlı ceza yargılamasında kişi yönünden yargılama engelleri, sanığın yaşı ve temyiz kudretine sahip bulunup bulunmadığıdır. Ancak, yaş sınırı konulması yerine ilke olarak cezalandırmada failin ergin olup olmadığına bakılmıştır. Fatih ve Süleyman Kanunnameleri’nde yaş küçüklüğüne ilişkin hüküm yoktur ve mesele erginlik ile çözülmüştür³⁷. Erginlik alâmetleri kendisinde gözüken erkek ve kadınlara ergin denirdi, ancak kızlar dokuz, erkekler 12 yaşından önce ergin sayılamazlardı. 15 yaşını doldurmuş olan kızlar ve erkekler ise erginlik alâmetleri kendilerinde görülme bile ergin sayılırlardı. Bunun yanı sıra bir kimsenin cezaya çarptırılabilmesi için ayrıca akli başında olması gerekirdi. İradesini sarhoşluk gibi bir sebeple geçici bir zaman için kaybetmiş olanlar bu durumda işledikleri suçlardan ötürü sorumlu sayılırlardı³⁸. Tanzimat devri öncesinde durum böyleyken,

34 AYDIN, s. 82; bkz. İNALCIK, *Osmanlı’da Devlet, Hukuk, Adalet*, İstanbul, 2000, s. 112 vd.; Yargısız infazların yapıldığına dair bkz. AKGÜNDÜZ, s. 288. Hiçbir suçun kadının verdiği karar veya tesbit varakası olmadan infaz edilemeyeceğinin tüm Osmanlı kanunlarında açıkça belirtildiği hakkında bkz. AKGÜNDÜZ, s. 127.

35 TANÖR, s. 89. Müellif, örfi hukukun ürünü olan padişah fermanını lâik hukuk olarak yorumlamaktadır (TANÖR, s. 89); Buna karşın örfi hukukun kıyası bir hükmü geride bırakabilmesine karşın nâssı (Kur’an, hadîs ve icmâ) bir hükme aykırı olamayacağı kabul edilmektedir (İNALCIK, s. 28).

36 TANÖR, s. 91.

37 AKSAY, *Ceza Hukukunda Yaş Küçüklüğü*, İstanbul, 1990, s. 27.

38 ÜÇÖK, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler”, AÜHFD, C. 3, 1946/1, s. 128.

Tanzimat devrinde “1256 tarihli Ceza Kanunu” ve “1267 tarihli Kanun-u Cedit”, ceza sorumluluğunu erginliğe dayandırmıştır. Osmanlı’da sistematik olan ilk ceza kanunu “1274 (1858) tarihli Ceza Kanunname-i Hümayunu’nun” 40. maddesi, İslâm hukukundaki ilkeyi kabul etmiş ama ergin olmayanlara temyiz kudreti araştırması yapılması ve indirilmiş ceza verilmesini öngörmüştür. Emniyet tedbiri olarak ergin ve temyiz kudreti olmayan küçüğün ana, baba veya akrabasına teslimi öngörülmüşken, temyiz kudreti varsa, fiilin suç olduğunu biliyorsa, cezanın kanuni oranda indirilerek verileceği belirtilmiştir. Yani, sekiz veya dokuz yaşındaki çocuk, temyiz kudreti varsa, hafif ceza alacak, temyiz kudreti yoksa hiç ceza almayacaktır. Temyiz kudreti araştırmasında bedeni ve psikolojik gelişim ölçüt alınmıştır³⁹. Hukuk birliğine aykırı düşmekle birlikte, İmparatorluk içinde her kabile veya mahal için, o mahallin özelliklerini içeren kanunnameler de hazırlanmıştır. Örneğin, “Kanunname-i Kaza-i Bozok’un”, “*Ahkâm-ı Kuttauttarik ve Sürrek*” başlıklı fashının 40. maddesine göre ergin olmayanlar yani, on yaşından küçükler cezalandırılmazdı. Bunun yerine, Ta’zir olarak dayak cezası verilmekteydi⁴⁰. 1913 yılında 40. maddede yapılan değişiklikle erginlik ceza sorumluluğu için ölçüt olmaktan çıkarılmıştır. Buna göre; sıfır ile 13 yaş arası mutlak sorumsuz sayılmış, 13 ile 15 yaş ve 15 ile 18 yaş arasındakilerin cezalarının indirilmesi düzenlenmiştir⁴¹.

2. Makam Yönünden

Osmanlı hukukunda makam itibariyle imtiyazlı konumda olanlar vardı. Yönetici kesimde yer alan “*enderunlular*” ve diğer büyük yöneticilerin cezalandırılması yetkisi padişaha aitti⁴². Ancak padişah bu sınıfın cezalandırılmasında tek yetkili değildi. Padişaha “*Arz-i Hâl*” (Şikayet) ile başvuran reâyâ örneğin, sancak beyinden şikayetçi olmuş ise şikayet o

39 AKSAY, s. 28.

40 ŞENSOY, Çocuk Mahkemeleri ve İnfaz Müesseseleri, İstanbul, 1949, s. 90; İslâm Hukuku’nda ve Türklerde erginlik yaşı olarak 15 yaşın kabul edildiğine dair bilgi için bkz. aşağıda, dn. 169; Ayrıca, bu noktada, hukuk birliği sağlanması bakımından günümüzde cumhuriyetin önemine değinmeden geçmemek gerekir. Ülkedeki herkesin aynı kurallara tâbi olması bir milletin varlığı için olmazsa olmaz şarttır.

41 ŞENSOY, s. 91.

42 TANÖR, s. 29.

sancak beyinin tâbi bulunduğu beylerbeyine iletilir, o da davayı kadıya havale ederdi⁴³. Aynı şekilde tımar sahiplerinin ve “*sipahilerin*” de kadı önünde yargılanıp cezalandırıldığı olmuştur⁴⁴. Padişah ise Had suçları bakımından ceza yargılamasından muaftı. Zira Allah’ın haklarına karşı işlenen suçlarda cezalandırma yetkisi bizzat padişaha aitti. Dolayısıyla kendi davasında hem hâkim hem de sanık olamazdı. Kısas suçları bakımından ise padişah da ceza yargılamasına tabiydi⁴⁵.

3. Süre Yönünden

Bir diğer yargılama engeli müruru zamandır. Suçun işlenmesinden itibaren belli bir süre geçtiği halde yargılama yapılmayıp ceza verilmemiş olmak veya verilen cezanın infaz edilmemiş olması halinde müruru zaman tahakkuk etmiş olur⁴⁶. Müruru zamanın başlangıcı Mecelle’de dava konusu şeyi iddia etmeye yetkili olduğu tarih olarak düzenlenmiştir⁴⁷. Yine Mecelle’ye göre davanın görülmesine mani olan müruru zaman özürsüz geçirilen müddettir⁴⁸. Örneğin, bir kimsenin zorbalardan biriyle davası olup zorbalıktan dolayı açamadığı davada müruru zaman dolmuş olsa dahi o dava

43 İNALCIK, s. 54.

44 TDAV, s. 108, “Silifke kazasından Taşkın oğlu Ali, yargı meclisine, tımar sahiplerinden Kunkî oğlu Seyyid Ahmed, Mehmed Paşa hazretleri (Allah kolaylaştırsın) tarafından mübaşir tayin olunan Aslan Çavuş’un teşebbüsüyle, hazır ederek hakkında dava takrir ederek...adı geçenlerin şahitlikleri tezkiye ve yemin ettirildikten sonra kabul edilerek, adı geçen kotanın Seyyid Ahmed’e ödettirilmesine karar verilip...”; TDAV, s. 96-97, “...Sipahi Ali...İttifakı reddetmekle inkâr etmekle birlikte, en azından ağırlığından akçe olduğunu anlaması kesindir. Bu sebeple o da sanıklar arasına sokuldu. Böylece Süleyman, Hasan ve Ali’den her biri layık oldukları ta’zir cezasıyla cezalandırılmaları hususunda emir ve ferman yetki elinde olan makamındır.”

45 AKMAN, s. 39; Örneğin, Fatih Sultan Mehmet, kendisi için inşa edilen bir köşkün sütunlarının olması gerekenden daha kısa olduğu gerekçesiyle yargılama yapılmaksızın elleri kesilen bir Rum mimarın kısas talebiyle dava açması üzerine kısas olarak ellerinin kesilmesine mahkûm edilmiş, ancak davacının kısas talebinden vazgeçerek diyet talep etmesi üzerine baş kadı Hızır Bey tarafından günde on akçe ödemeye mahkûm edilmiştir (H. Argun BOZKURT, Hukukun Öyküsü, Ankara, 2006, s. 136-37).

46 KARAMAN, Mukayeseli İslâm Hukuku, C. I, İstanbul, 1986, s. 157.

47 BERKİ, s. 256.

48 BERKİ, s. 255.

ikame olunabilir. Müruru zaman zorbalığın sona erdiği tarihte başlar⁴⁹. Yani ikrah altında dava ikame edilememesi halinde müruru zaman işlemezdi.

Malik, Şafiî ve Hanbel'e göre müruru zaman Ta'zir dışındaki suç ve cezaları düşürmez. Eğer maslahata uygunluk varsa devlet bu tür suç ve cezaları müruru zamana tâbi kılabilirdi⁵⁰. Örneğin Kazf suçlarında müruru zaman kabul edilmemekteydi⁵¹. Hanefilere göre; Kıyas, Diyet ve Kâzif cezaları hariç diğerlerinde müruru zaman mümkündür. Ancak, bu suçun deliline göre bir tasnife tâbidir. Eğer delil şahitlik ise o takdirde müruru zaman vardır. Ama delil ikrar ve itiraf ise, içki içme suçu hariç, suçu ve cezayı düşürmez. Zaman aşımı hususunda Ebû Hanife her hangi bir süre öngörmemiş, İmam Muhammed 6 ay olarak takdir etmiştir⁵². Başka bir görüş müruru zamanı bir ay olarak öngörmektedir. Diğer taraftan, içki içme suçunda ağızdan içki kokusunun geçmesinden sonra ceza verilemezdi. Dolayısıyla müruru zaman, içki kokusunun geçmesine kadar olan zamandı⁵³. Mecelle ise müruru zaman için belirli bir süre vermekten kaçınmakla birlikte uzun mesafenin normal yürüyüşle üç günlük, on sekiz saatlik yol olduğu yönünde bir düzenleme içermiştir⁵⁴.

C. Yetki ve Görev

Yer yönünden yetki kuralları olarak kadılar padişah tarafından tayin edildikleri coğrafi bölge sınırları dâhilindeki davalara bakmakla yetkiliydiler. Bunun gibi yetkili mahkeme, suçun işlendiği yer mahkemesiydi. Sanık, suçun işlendiği yerden başka bir yere kaçtığı takdirde yakalanarak suçun işlendiği yere getirilir ve orada yargılanırdı⁵⁵. Görev bakımından ise hukuk davaları ile ceza davaları arasında bir ayırım

49 BERKİ, s. 256.

50 KARAMAN, s. 158; ŞA'BÂN, İslâm Hukuk İlminin Esasları, 1. Baskı, çev. İbrahim Kâfi Dönmez, İstanbul, 2001, s. 123, "Hz. Ömer, muhaliflerletartıştı. Sonunda onlar da çoğunluk görüşünü kabul ettiler. Böylece, Sahabe'nin bu hüküm üzerinde icmâsı gerçekleşmiş oldu.bu icmânın senedimaslahat düşüncesidir."

51 ÜÇÖK, s. 129.

52 KARAMAN, s. 158.

53 ÜÇÖK, s. 131.

54 BERKİ, s. 256.

55 AKMAN, s. 37.

yapılmamaktaydı. Kadı her iki tür davaya da bakardı. Ancak kişi yönünden yetkili farklı yargı mercileri de bulunmaktaydı. Örneğin ⁵⁶, askerlerin yargılandığı davalar askeri *kassâmlar* tarafından da görülebilmekteydi. Gayri-müslüm din adamları ise doğrudan Divan-ı Hümayun'da yargılanmaktaydılar.

Yetkili ve görevli kadının bir davaya bakabilmesi için bir takım şartları yerine getirmesi de gerekmektedir. Kadı, babasının, azatlı köle ise eski efendisinin ve nesepten birinci derecedeki hısımlarının taraf olduğu davada hüküm veremezdi. Buna karşılık hasta, aç ve aşırı yorgun değilse hiç bir dava ve müracaatı da reddedemezdi⁵⁷. Görülmektedir ki hâkimin davadan re'sen istinkâfı kabul edilmiştir. Zira kadının duruşmada âdil yargılama yapmadığı iddiasıyla onu reddetmek mümkün değildi. Aksi davranış cezalandırıldı⁵⁸. Yani Osmanlı ceza yargılaması usulünde hâkimin reddi müessesesi yoktu. Ayrıca iddianamenin reddi de söz konusu değildi. Kadı, önüne gelen davayı görmek ve karara bağlamakla mükellefti.

D. Ön Soruşturma

Osmanlı ceza yargılaması usulünde ön soruşturma, şikâyet üzerine veya re'sen olarak iki türlü başlardı. Takibi şikâyeteye tâbi, Kisas ve Diyet gibi suçlar işlendiğinde, mağdur bizzat veya yakınları kadıya şikâyetçi olurdu. Takibi şikâyeteye tâbi olmayan Had ve Ta'zir suçlarında ise herhangi bir kişi ihbarda bulunabileceği gibi, kamu düzenini sağlamakla görevli ehl-i örf re'sen olaya müdahale edip, faili mahkeme önüne getirebilirdi⁵⁹. Yalnız İslâm Hukukunun amacı mutlak olarak gerçeğin ortaya çıkarılması olmadığından Had suçlarında suç aleniyet kazanmamışsa, suçun ortaya çıkması arzu edilmez; kişi ile Allah arasındaki alana terk edilirdi. Bu durumda artık suçtan değil, dini bir kavram olan günahı bahsedilirdi⁶⁰.

56 AKMAN, s. 37.

57 ORTAYLI, "Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme (Binanın Yeri, Yargılama Usulü, Mahkeme Görevlileri ve Bürokratik Faaliyet, Mahkeme Gelirleri ve Arşiv)", Prof. Dr. Bülent Nuri ESEN'e Armağan, Ankara, 1977, s. 249.

58 ORTAYLI, s. 250.

59 AYDIN, s. 82.

60 AKMAN, s. 20.

Bir kere ön soruşturma başladığında artık münhasıran devlete bırakılan soruşturma açılması ve iddianame hazırlanması aşamalarında, mağdur usul işlemlerine müdahale edemezdi⁶¹. Yalnız kişilerin hakları ihlal edilmişse o zaman davacı, şikâyetini kadıya bildirir, kadı da davalıyı mahkemeye çağırırdı⁶². Ta'zir suçlarında davacının davalıyı bizzat kadı önüne getirdiği de olmuştur⁶³. Diğer taraftan, kadı bizzat veya “muhezır” ya da “çuhadar” vasıtasıyla delil toplayabilirdi⁶⁴. Keşif yapabilir ve “ehl-i vukufa” baş vurabilirdi. Ehl-i vukufun kadın⁶⁵ veya erkek, Müslüman veya gayrimüslüm⁶⁶ olması önemli değildi⁶⁷. Adam öldürme suçlarında ehl-i vukuf incelemesi yapılmadan ölü defnedilmezdi⁶⁸. Müessir fiille ilgili keşiflerde

61 al_‘Awwa, “The Basis of Islamic Penal Legislation”, The Islamic Justice System, ed. M. Cherif Bassiouni, Londra, Roma, New York, 1982, s. 141.

62 ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, s. 83.

63 TDAV, s. 142, “Hacı Mehmed oğlu Hacı Mehmed, şer’i meclise, Ali oğlu Budak’ı getirip şöyle ikrar eyledi Adı geçen Budak,...ok ile vurulduğu zaman, bizden rüşvet yoluyla 25 akçe aldı dedi. Adı geçen Budak’dan sorulduğunda, yukarıda açıklandığı üzere ikrar etti...”

64 Bkz. JENNINGS, s. 308 vd.

65 TDAV, s. 227, “...Süleyman, Doğancılar Meydanında menzilhâne karşısındaki umumî yolda, iki memem ortasına bıçak ile kasden vurup yaralamış ve sonra da kaçmıştır. Durumun keşif ve muâyene edilerek elime i’lâm verilmesini istiyorum. Davacının bu beyânı üzerine Ümmü Gülsüm’ün a’zası kadınlara gösterilmiş ve gerçekten iki memesi ortasından bıçak yarasıyla yaralı olduğu görülmüştür...”

66 TDAV, s. 122, “...Tenaş isimli zımmînin yarası, evinde keşif ve muâyene edildikten sonra başından üç yerinden ve sağ ve sol taraflarından iki yerinden kazma parçasıyla vurulup yaralandığı ve iki kollarından yine kazma darbından yaralı olduğu muâyene ve müşâhede sonucu, cerrah Sava zımmîye tedavisi için tenbih olunduğu Ahmet Çuhadar aracılığıyla yüksek huzurlarına i’lâm olundu.”; TDAV, s. 125, “...şer’î meclisinde şöyle ifade vermiştir ‘dilekçe tarihinden iki gün önce müvekkilemi Yaraman oğlu Ramazan isimli Kıptî birkaç defa kaldırıp yere çalarak taşla iyice dövmüş, müvekkilem de yara beresi olduğu için tamamen zayıf düşmüştür. Bu dayaktan ölme ihtimali vardır’ diyerek mahkemece keşfini talep etmiş, şer’î mahkeme kâtiplerinden Molla Mehmed gönderilerek yazının altında isimleri bulunan müslümanlarla gidip Hüma’yı gördüklerinde omuzunda ve diğer bazı yerlerinde yara beresi olduğunu müşâhede etmişler...”

67 ASLAN, s. 108; Ayrıca bkz. TOK, “Kayseri Kadı Sicillerindeki Yaralanma ve Ölüm Vakalarıyla İlgili Keşif Raporları (1650-1660)”, EÜSBED, S. 22, 2007/1, s. 327-347.

68 TDAV, s. 134, “Sâdır olan yüce fermanın emrine uyarak...berber dükkanının içine zâbitler ile varılmış; arzuhalde ismi zikredilen...zımmînin cesedi keşif ve muayene edildikten sonra...cesedin kabre konulmasına izin verilmiştir.”; TDAV, s. 114,

müşahedede bulunan ehl-i vukuf yargılamada Şühûdü'l-hâl olarak görev yapardı. Keşif raporunun vakıya uygunluğuna şahitlik ederlerdi⁶⁹. Bu safhada fail şüphelidir ve hukukun emrettiği delillere dayanılarak suç işlediği farz edilen kişidir. Şüphe, iddianame ile suç isnat edilecek kadar kuvvetli değilse, tek başına bir şey ifade etmezdi. Sanığın, bir takım hakları vardı. Bunlar savunma hakkı ve kovuşturma veya soruşturmayı yapan makamın yetkilerini sınırlandıran, şüpheli açısından haklar olarak adlandırılacak teminatlardı⁷⁰. Kimsenin evi ve üstü, suç işlendiğini destekleyen ek bir delil olmaksızın, aranamazdı⁷¹. Arama kararı bulunmadığı hallerde şüphelinin rızası bulunmaksızın arama yapılamazdı⁷². İzin alınmadan mektupların açılması ve okunması da yasaktı. Diğer taraftan, gizli ajan kullanmak da yasaktı. Aramayı sınırlandırıcı bir uygulama, resmi arama emriydi⁷³. Arama emrini verecek olan makam kadıdır⁷⁴. Kaldı ki, kadının muhızır ve çuhadarlara delil toplamaları emri vererek, göreve gönderebiliyor olması da şüpheli için bir teminat sayılırdı.

Tutuklama ise, sadece kamu düzeni ve soruşturmanın selameti bakımından sözkonusu olabilirdi⁷⁵. Ayrıca, resmi makam tarafından verilmiş bir tutuklama emri bulunması gerekirdi⁷⁶. Tutuklama emrini sadece kadı verebilirdi⁷⁷. Bu da şüpheli için teminat sayılırdı.

Tutukluluk muvakkat bir yargılama tedbiri olduğundan belirli bir müddete bağlanıp bağlanmayacağı tartışılmış ve üç görüş ileri sürülmüştür.

“...binadan düşen...adlı zımmînin organları Müslümanların huzurunda incelendi ve muayene edildi. Sonuçta yaralama, dövme ve öldürme izi bulunamadığı, adı geçen zımmînin eceliyle öldüğü tesbit edildi. Cesedin gömülmesine Bostancı Yemin Ağa ve Haseki Muhammed'in bilgileri dahilinde izin verildi...”

69 ASLAN, s. 69–70.

70 AWAD, s. 94.

71 AWAD, s. 105.

72 al.SALEH, “The Rights of The Individual to Personal Security in Islam”, The Islamic Justice System, ed. M. Cherif Bassiouni, Londra, Roma, New York, 1982, s. 68.

73 al.SALEH, s. 69.

74 TANÖR, s. 29.

75 al.SALEH, s. 74.

76 al.SALEH, s. 75.

77 TANÖR, s. 29.

Maverdi, Ebu Ya'la, İbn Teymiye, İbn Kayyım, İbn Ezrak ve Hanefilerden Tahavi'nin görüşüne göre tutukluluk için önceden bir müddet öngörülemez. Bu kadının takdirine bırakılmalıdır. Zira her somut olayın özelliklerine göre tayin edilmelidir. İbn Ferhun tarafından bazı Maliki'lerden aktarılan bir görüşe göre tutukluluk süresi iki günden on beş güne kadardır. Maverdi'ye göre kadı soruşturmayı üç gün içinde tamamlamalı, aksi takdirde sanığı serbest bırakılmalıdır. Şafilerden Abdullah b. Zübeyir ile Hanefilerden Tahavi tutukluluğun asgari süresini bir gün, azami süresini bir ay olarak belirlemişlerdir⁷⁸. Tutukluluk müddetinin müessir fiil suçlarında yaralanan mağdurun iyileşmesine kadar tayin edildiği de olurdu⁷⁹. Tutukluluğun sona erdirilmesi veya önlenmesi için kefalet müessesesi bulunmaktaydı. Kefalet cezaya değil, kişiye olurdu. Üçüncü bir kişinin borcu yüklenmesi halinde, kişinin zimmetten kurtulmuş sayılacağı şeklinde, diyet gibi tazminat niteliği ağır basan kefalet olduğu gibi, sanığın istenildiğinde hazır edilmesini tekeffül şeklinde de kefalet bulunmaktaydı⁸⁰. Kefaletle tutukluluk halinin sona erdirilmesi için sanığın iyi halinin ve bundan sonra bir daha suç

78 AVCI, "Ceza Yargılaması Hukuku Tarihimizde Koruma Tedbirlerinden Tutuklama", (Çevrimiçi), <http://www.dicle.edu.tr/dictur/suryayin/khuka/cezayargilamasi.htm>, 20 Ocak 2008.

79 TDAV, s. 127, "Yaralandıkları keşif sonucu ortaya çıkan Bostancı neferlerinden...adlı şahıslar Beşiktaş mahkemesine getirdikleri...huzurunda, ilâm tarihinde...muayene olunan siyah kabız bıçak ile Bostancı Hasan Beşe'yi ise sol kolunun pazusundan ve Bostancı Ahmed Beşe'yi ise sol kolunun bileğinden haksız olarak kasden yaralandığını iddia eylemişler ve şer'i gereğinin yapılmasını isteriz diye talep etmişlerdir. Durum mahalle sakinlerinden...şahitlik yapmalarıyla şer'an isbat olunmuş ve adı geçen mağdurların tam olarak iyileşmelerine kadar sanık Mustafa tevkif olunmuştur..."; TDAV, s. 124, "...adı geçen...zimmî tam olarak iyileşinceye kadar...hapis lazım geldiği yüksek huzurlarına i'lâm olundu..."

80 AKMAN, "Bir Ceza Yargılaması Aracı Olarak Kişiye Kefalet: Osmanlı Örneği", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 11, s. 12; Kefaletle ilgili hâdis için bkz. ERDOĞAN, Sahih-i Buhârî'den 1001 Hâdis, İstanbul, (t.y.), s. 332 vd.; Şeriye sicillerinde diyet gibi tazminat niteliğinde kefalet karşılığı tutukluluk halinin sona erdirildiğine dair kararlara örnek olarak bkz. TDAV, s. 138, "Kayseri harici emniyet görevlisi Pirî Bey, yargı meclisine...getirerek şöyle demiştir; adı geçen Pirî, daha önce emniyet görevlisi olan İbrahim Subaşıyı tutup 46 gün kadar hapsedmiş, bana teslim etti. Ben de 46 gün vardım ki hapsedirim. Kimse buralardan dava hakkını kullanmadı. Şahıslarına kefil verirsiniz salıveririm. Deyince adı geçen...şahıslarına adı geçen...kefil olmuş..."

işlemeyeceğine dair kanaat getirilmesinin arandığı da olmuştur⁸¹. Diğer taraftan, suçu ne olursa olsun hiçbir tutuklu ve mahkûm, aşağılanamaz, dövülemez, işkenceye maruz bırakılamaz, zincirlenemezdi⁸². Kısacası işkence ve kötü muamele yasaktı⁸³. Ancak, diyet suçlarında davacının, ölümle sonuçlanan eylem için ehl-i örfün sanığa işkence yapmasını kadıdan talep ettiğine rastlanmaktadır. Bunun karşılığında, teminat olarak sanığın işkencede göreceği zarar için aynı zarara kendisinin de duçar olmasını davacı kabul etmekteydi⁸⁴.

Bu aşamada taraflar veya kadı müftüden fetva isteyebilirdi. Bu fetva kadıyı bağlayıcı değildi ama karara tesir ediciydi⁸⁵. Hatta ihtilafın mahkemeye götürülmeden hallini bile sağlayabiliyordu⁸⁶. Fetva mahkemeye getirildiğinde, kadının, fetvanın önündeki davanın esasına müteallik olup olmadığına karar verme yetkisi vardı. Dolayısıyla, fetva talep edenin, müftüye meselesini anlatırken yanılması veya yalan söylemesinin önemi yoktu⁸⁷. Fetva, kadıları bağlayıcı olmamakla birlikte, hukukun işleyişinde önemli bir yere sahipti⁸⁸. Zira fetvaya uyulmaması halinde temyiz incelemesinde fetvaya neden uyulmadığı sorulmakta ve hatta karar bozulmaktaydı⁸⁹. Müçtehit hukukçu olmadıklarında kadıların, önlerine gelen dava ile ilgili hukuki esası bulmakta kendilerine yardımcı olacak bir müftüye zaman zaman ihtiyaçları olmuştur. Bazı meselelerin mahkemeye

81 TDAV, s. 139, "...dilekçe sahibi...tazir için hapsedilmiştir. Bu müddet içerisinde iyi hali görülmüş bundan sonra nizama aykırı ekmek çıkarmamak üzere bizatihi ortağı...ve ekmekçiler ustalarından...isimli şahıslar yüce mahkeme meclisinde kefil ve kefaletleri tescil olunup..."

82 al_SALEH, s. 85.

83 TANÖR, s. 29.

84 TDAV, s. 114.

85 TDAV, C. I, s. 66, s. 71; krş. grş. TOK, s. 157, Müellif, kadının kararlarında tamamen bağımsız olduğu, kimseye danışmak mecburiyetinde olmadığını ifade etmektedir.

86 AYDIN, s. 95.

87 JENNINGS, s. 296-97.

88 AYDIN, s. 94.

89 EKİNCİ, Ateş İstidâsı İslâm-Osmanlı Hukukunda Mahkeme Kararlarının Kontrolü, İstanbul, 2001, s. 95.

götürülmeden halli de gerçekleşmiştir⁹⁰. Sulh, hâdiste de kabul edilmiş ve teşvik edilmiştir⁹¹.

E. Son Soruşturma

Son soruşturma safhasında, yargılamayı kadı yapardı. Yargılama aleni ve sözlüydü. Davacı iddiasını bildirir, davalı iddianın haklı olduğunu kabul ederse dava biter, başka delil gerekmezdi. Davalı itiraz ederse, davacının davasını ispat etmesi gerekirdi. Davada başlıca deliller şahit ve senetti⁹². Bahsi geçen ispat vasıtaları üzerinde ileride ayrıntılı olarak durulacağından burada kısaca geçilmektedir⁹³. Emare de delil olarak kabul edilmekteydi. Özellikle içki içme suçunda sanığın ağzının içki kokup kokmadığı araştırılırdı⁹⁴. Emareye dayanan bir diğer ispat vasıtası *kasame* olarak adlandırılan ve suç ve cezalarda şahsilik ilkesinin istisnasını teşkil eden bir durumdu. Diyet cezasından çıkarılan bu ispat vasıtasına göre; bir köy ya da mahallede, yol veya cami gibi umumi bir yerde veya özel bir mülk içinde üzerinde katl belirtileri mevcut olan faili meçhul bir ceset bulunması durumunda, maktulün mirasçılarının dava etmeleri üzerine söz konusu yerin ahalisinden 50 kişiye “vallahi biz onu öldürmedik, katilini de bilmiyoruz” şeklinde yemin ettirilirdi. Yeminin edilmesiyle birlikte öldürülen kişinin diyeti, cesedin bulunduğu yer bir özel mülk ise mülk sahibine, umumi bir yer ise köy veya mahalle halkına ödettirilirdi⁹⁵. Yemin etmeyen olursa hapsedilirdi veya diyetin tamamını ödemeye mahkûm edilirdi⁹⁶.

90 AYDIN, s. 95.

91 ERDOĞAN, s. 376, Ümmi Gülsüm’ün zikrettiği hâdise göre; “İnsanların arasını bulmaya çalışan kişi yalancı sayılmaz. Çünkü O, hayra çalışıyor veya hayrı söylüyor...”; Sehl b. Sa’d’ın zikrettiği hâdise göre de “Kubâ ahalisi çarpıştılar hatta birbirlerine taşlar attılar. Bu, Peygamber sallallahu aleyhi ve seleme bildirilince, ‘Haydi gidelim, onları barıştıralım!’ buyurdu.”

92 ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, s. 83.

93 Aşağıda, dn. 163, dn. 184.

94 TDAV, s. 229, “Davalı Abdullah sarhoş iken şer’î meclise geldiğinde Bahaeddin oğlu Hacı Ömer ve Hacı Halil oğlu Hasan ağzını koklayıp ‘sarhoştur’ diye şahadet ettikleri sicile kaydolundu.”

95 PAMİR, “İslâm ve Osmanlı Hukuku’nda Kasame Müessesesi”, AÜHFD, S. 54, 2005/4, s. 343–44.

96 PAMİR, s. 355.

Delillerin elde edilişi ve yargılamada kullanılması bakımından günümüzde geçerli olan hukuka aykırı delillerin kabul edilmezliği o zaman için de geçerliydi⁹⁷. Sorguda sanığın kendini savunma hakkı⁹⁸ olduğu gibi, susma hakkı da vardı⁹⁹. Ayrıca, herkesin iddiasını ispatla mükellef olduğu ve aksi ispat edilinceye kadar kişinin suçsuz olduğu¹⁰⁰, şüpheden sanığın yararlanacağı¹⁰¹ gibi teminat niteliğinde ilkeler de vardı.

Yargılama usulünü izleyen şühûddü'l-hâl, yargılamanın dürüst ve etkin olmasını sağlıyordu¹⁰². Diğer taraftan kâtip, kadının verdiği kararları usulüne uygun olarak deftere geçirirdi ve böylece yargılama sırasında bir eksikliğin olmaması sağlanırdı¹⁰³. Savunma hakkı kişinin sırf suçlanmasından dolayı sahip olduğu bir haktır¹⁰⁴. Bu hak sayesinde sanık masumiyetini kanıtlamak için, aleyhteki delillerin yetersiz veya geçersiz olduğunu ileri sürerek ya da delil getirerek, isnadı reddedebilirdi. Savunma yapılmayan isnat katılaşır¹⁰⁵. Ayrıca bir mustaminin getirdiği aleyhteki deliller Osmanlı tebasından gayri-müslümlere karşı kabul edilmezdi¹⁰⁶. Nazariyede, sanığın savunmasını bizzat yapması gerekirken, başkalarını kendisine yardımcı olması için tayin etmesi mümkündür. Vekil, müvekkilini mevcut bütün olanaklarla savunur ama bu durum sanığın delil getirerek kendini savunmasını engellemezdi. Savunmayı yapan sanıktır, vekil ise onun

97 Bkz. AWAD, s. 104 vd.

98 AWAD, s. 97.

99 AWAD, s. 106.

100 BAYINDIR, s. 125.

101 Bkz. al-‘Awwa, s. 143 vd.

102 JENNINGS, s. 303; krş. grş. ORTAYLI, “Osmanlı Kadısı Tarihi Temeli...”, s. 124, Müellif, kadının görevine müdahale eden, yalancı şahit tutan, düşmanlarını şikâyet edip adaleti yanıltan kimseler olduğunu zikretmektedir. Ancak, kanaatimizce aradaki fark Osmanlı’nın gerileme ve çökme devirlerinde adalet sisteminde yaşanan yozlaşmadan da kaynaklanıyor olabilir.

103 AYDIN, s. 86.

104 AWAD, s. 94.

105 AWAD, s. 95.

106 ORTAYLI, “Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme...”, s. 252.

temsilcisidir¹⁰⁷. Vekiller, savunma yapmak için değil, müvekkili temsil etmek¹⁰⁸ için yargılamaya katılırlar ve onlar gibi delil sunarlardı¹⁰⁹. Ancak öncelikle vekâletin ispatlanması gerekmektedir¹¹⁰. Burada, günümüzde hala İngiliz Hukuku'nda¹¹¹ uygulanan ve dini hukuktan intikal eden bir uygulama olarak doğrudan temsil görülmektedir.

Kadı, bir vekili dürüst olmadığı gerekçesiyle mahkemeden atabilirdi¹¹². Vekilin görevi müvekkili için en iyi neticeyi elde etmek için delilleri saklamak ya da karartmak değil, hakikate ulaşılabilmesi için kadıya tüm bilgileri vermektir. Hanefilere göre vekil kullanmak karşı tarafın izni olmaksızın, savunmayı etkileyeceğinden ve davanın tarafının bizzat kadının önüne çıkması kuralı gereği, caiz değildi. Hastalık ve gaiplik bunun istisnasıydı. Kadınlar da her zaman yargılamadan vareste tutulabilirdi. Bazı yüksek düzeyli kişiler mahkemede halkın önüne çıkmanın onur kırıcı olduğunu düşünebilirdi. Bu sebeple bir sözleşme ile vekil tayin edebilirdi¹¹³.

Savunma hakkının birçok hali vardı. Öncelikle sanık, kendisine isnat edilen suçlama ve delilleri, bu delillerin toplanması ve kabul edilmesi işlemleri hakkında bilgilendirilirdi. Yani bugünkü anlamında hakları bildirilirdi. Bu bilgilendirmenin her işlemin yapıldığı yer ve zamanda yapıldığı, bu işlemler sırasında hazır bulunulduğu ve kovuşturma yapanın

107 AWAD, s. 95.

108 JENNINGS, s. 277; Vekillerin müvekkillerin menfaatlerini savunduğu ancak bugünkü anlamda Avukat olmadıkları için bkz. ÖZKORKUT, s. 148; Gerçekten, Hâdis'e de bakıldığında vekil, sadece asilin yerine, onun yapacağı işi yapandır. Bkz. ERDOĞAN, s. 335 vd.

109 JENNINGS, s. 278; TDAV, C. II, s. 125, "...Hüma adında Kıptî kadın tarafından aşağıdaki hususa vekaleti sâbit olan kardeşi Abdullah oğlu Malgoç, şer'î mecliste...mahkemece keşfini talep etmiş..."

110 TDAV, s. 121, "Davacı Ali, şer'î meclise gelip söz alarak şöyle dedi davacı Fatma...sulh ve ibraya beni vekil tayin etti. Adı geçen Abdi'nin vekaletine delil istendiğinde, şehadeti kabul olan Müslümanlardan...şahitlik yaparak şöyle dediler, davacı Fatma, adı geçen Abdi'yi...sulh ve ibraya vekil tayin etti..."; TDAV, s. 137, "Hüseyin oğlu Mehmed kız kardeşi Siddî Ayşe'den vekaleti sabit olduktan sonra..."

111 Bkz. ZWEIGERT/KÖTZ, Introduction to Comparative Law, 3. Baskı, çev. Tony Weir, Oxford, 1998, s. 410 vd.

112 JENNINGS, s. 277.

113 JENNINGS, s. 278; bkz. SELLE, s. 103 vd.

elinde bulunan her delilden haberdar edildiği farz edilirdi. Sanığın, gıyabında yapılan işlemlerden haberdar etmeden, yargılanmaya hazırlanmasına izin verilmezdi. Bu hususta sanığa uygulanan, vekiline de uygulanırdı. Sanığa, soruşturmayı yapana olayla ilgili ya da hukuki olan, kendini ele veren türden olmayan ya da masumiyetini kanıtlayan, delil verme imkânı sağlanmaktaydı. Sanık dilekçe verebilir, itiraz edebilir, kararları temyiz edebilir, vekil, teknik müşavir veya şahit tayin edebilirdi. Bunlarla ilişkili olarak, sanığın vekili ile kimse dinlemeden, görüşebilmesine, diğer kişilere veya şahitlere çapraz sorgu yapmasına ve bunların ifadelerine itiraz etmesine izin verilirdi¹¹⁴. Bununla birlikte Sultan Abdülaziz’in 1866 tarihli bir fermânıyla şahitlerin sadece aleni tezkiyesinin değil, belgelenecek şekilde gizli tezkiyesinin de adil bir karar varmak için gerekli olduğu, zira aleni tezkiyede sanık ile yüz yüze kaldığında şahidin doğru tanıklık etmekten çekinebileceği ifade edilmiştir¹¹⁵.

F. Ceza Yargılamasını Sona Erdiren Sebepler

Osmanlı ceza yargılamasını beraat ve mahkûmiyet dışında sona erdiren sebepler sulh, ibra, ikrar, “*nükûl*” (yeminden kaçınma), yemin ve afitir. Şüphesiz ki hâkim kararıyla ihtilaf ortadan kalkar. Bu durum Mecelle’de “*hâkimin tekzibi ile dahi tenakuz mürtefi’ olur*”¹¹⁶ şeklinde düzenlenmiştir. Bununla birlikte davalının davayı kabulüyle de niza ortadan kalkar. Bu durum da Mecelle’de “*hasmın tasdiki ile tenakuz mürtefi’ olur*”¹¹⁷ şeklinde düzenlenmiştir. Şeriye sicillerinde¹¹⁸ de davalının itham edilen suçu ikrar etmeleri davanın sona ermesi için bir sebep olarak kaydedilmiştir.

Yukarıda¹¹⁹ da ifade edildiği gibi ihtilafın kadı önüne götürülmeden, mahkeme dışı sulh ile ortadan kaldırılması mevcuttu ve teşvik edilirdi. Bir de mahkeme önünde sulh vardı. Müessir fiillerde para karşılığı sulh

114 AWAD, s. 95.

115 Fermanın metni için bkz. TDAV, s. 221-22.

116 BERKİ, s. 253.

117 BERKİ, s. 253.

118 TDAV, s. 130, “Subaşının adamı Veli, Şer’î meclise, Mahmud oğlu Şahkulu ve Eslem oğlu Hüseyin’i hazır edip, ‘bıçak çekmişer’ deyince, adı geçen Hüseyin, adı geçen Şahkulu’na bıçak çektiğini ikrar ve itiraf etti...”

119 Yukarıda, dn. 86.

yapılmakta ve davacı, davalıyı tüm davalardan ibra ederdi¹²⁰. Mecelle gereği de, tarafların uzlaşmaya niyeti bulunduğu takdirde hâkim uzlaşma tavsiye ederdi. Taraflar muvafakat ederse sulh olurlardı¹²¹. Diğer taraftan davacı iddiasını ispatlayamazsa davalıdan yemin etmesini isteyebilirdi. Davalı nükûl ettiği takdirde suçlu sayılıp cezalandırılırdı¹²². Kadı da davalıya yemin teklif edebilirdi. Ancak önce şahitleri dinlemek zorundaydı. Davalı nükûl ettiği takdirde kısa süreli bir tazyik hapsiyle cezalandırılırdı. Daha sonra kendisinden tekrar sorulurdu¹²³. Yine Mecelle'ye göre kadı kararını verdikten sonra sanığın yemin etme isteği kabul görmezdi¹²⁴.

Davayı sona erdiren son sebep aftır. Davacının veya vekilinin davalıyı af etmesi¹²⁵ gibi padişahın, kadının veya hafif suçlarda zabitanın sanığı af etmeleri de mümkündür. Buna göre suçların önlenmesi için cezaya hükmetmek hâkimlerin kararına bırakılmış ise de verilecek cezalar şer'i hükümlerle sınırlıdır. Bunlar da icabına göre hapis, dayak, para cezası, teşhir ve alenen tahkir olabilmekteydi. Bu cezalar yerine hiçbir zaman kısas veya ölüm cezası verilemezdi. Ayrıca bu cezaları padişah ve kadı her zaman affedebilirdi. Fitne suçu işlendiğinde zabıta dahi af yetkisine sahipti. Zira bu nevi davalar şahsi hak davaları gibi zarar gören tarafın talebiyle görülen

120 TDAV, s. 123, "...kâfirlere mahsus mahallede benim sağ kolumun pazusundan bir yerinden haksız olarak kasden bıçak ile beni vurup yaraladı. Bu iddiası karşısında da vadan beş kuruş bedelle karşılıklı rıza ile sulh akdinden sonra söz konusu yaralama fiiline ait bütün davalardan adı geçen... zimmetini ibra eylediğini açıklamıştır..."

121 İbrahim URAL/Salih ÖZCAN, Sadeleştirilmiş Mecelle, İstanbul, 1995, s. 407.

122 TDAV, s. 135, "...davacının iddiasını ileri sürmesi inkârından sonra davacı... iddiasını isbatta âciz düşünce hasmına yemin teklif edilmesini istemiş ve... e yemin teklif edildiğinde o da yeminden kaçınmış (nükûl) eylemiştir. Bu sebeple... e şer'an (hukuken) ta'zir lâzım geldiği..."

123 ORTAYLI, s. 251; TDAV, s. 138, "Hacı Mahmud oğlu Hacı İbrahim, şer'î meclisde, daha önce hazır olmuş, 'Hacı Emiroğlu Görpeci'de cektik' diye himmet etmiş, talep edince adı geçen Hacı İbrahim inkar etmiş, zamanın hakimi -izzeti daim olsun- 'Kemderes'e vardınsa üzerine isbat olsun(mu)' diyince 'hoş olmasın' demiş, bundan sonra Ahmed oğlu Mehmed ve Yahya oğlu Ali şahitlik etmişler. Bunun üzerine bağlanarak birkaç gün hapsedilmiş, sonra da hapisten çıkarılarak teftiş edince, şer'î yargı meclisinde sahih ikrar ve açık itiraf ederek..."

124 URAL/ÖZCAN, s. 406.

125 TDAV, s. 117, "...anılan Emine kocası Mehmet'i, merhum Halil'in kanı hususunda davayı terk eylemeye ve -kâtili- af etmeye vekil tayin eyledi..."

davalardan değildi¹²⁶. Ancak Had suçlarında af hiçbir şekilde mümkün değildi¹²⁷.

G. Kanun Yolları

Osmanlı hukukunda sistematik bir kanun yolu usulü bulunmamakla birlikte, sanık aleyhindeki mahkeme kararına karşı temyiz yoluna başvurulabilirdi. Özet olarak Divan-ı Hümayun, Veziriazamın Çarşamba ve Cuma Divanları, Kazasker Divanları, Şer'i mahkemelerin kararlarını inceleyip, geri gönderebilirdi¹²⁸. Bununla birlikte Osmanlı'da asıl karar mercii padişah olduğundan ve kadılar padişahın vekili olarak karar verdiklerinden padişah her kararın son denetim merciiydi¹²⁹. Kadı kararına karşı temyiz yoluna başvurulması hükmün icrasını durdurmazdı. Ancak Had cezaları padişah tarafından tasdiklenmedikçe yerine getirilmezdi¹³⁰.

II. İlkeler Işığında Osmanlı Ceza Yargılaması

A. Âdil Yargılanmaya İlişkin Temel İlkeler

Osmanlı Devleti'nde yürürlükte bulunan İslâm Yargılama Hukuku başlangıçta, medenî yargılama ve ceza yargılaması olarak bir ayrım öngörmemişti. Ancak ceza yargılamasında da kullanılabilecek ilkeler bir araya getirildiğinde, bir ceza yargılaması hukuku ortaya çıktı¹³¹. Bu noktada sanığın âdil yargılanmasına yönelik temel ilkeler ele alınacaktır. Bu ilkelerin tatbiki sayesinde sanığın hak ve hürriyetleri tam olarak sağlanmıştır. Dikkat edilecek olursa günümüzde de geçerli olan ve en çok tartışılan ilkelerin aslında Osmanlı devrinde uygulanmakta olduğu hayretle görülecektir. Şer'îye sicillerinde yer alan klasik devir mahkeme kararlarında bulunan bu ilkeler daha sonra Mecelle'de de düzenlenmiştir. Dolayısıyla Mecelle hükümleri ile

126 AKGÜNDÜZ, s. 288.

127 AKMAN, Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, s. 25.

128 Bkz. AYDIN, s. 86 vd.

129 EKİNCİ, s. 83.

130 EKİNCİ, s. 121.

131 BAYINDIR, s. 123.

şer'îye sicillerini birlikte ele alırken aynı zamanda günümüz hukukuyla mukayeseli değerlendirme yapılacaktır.

1. Şek İle Yakın Zail Olmaz

Mecellede yer alan “*şek ile yakın zail olmaz*”¹³² hükmünü kıyasen ceza yargılaması hukukuna uygulamak mümkündür. Mecelle'nin bu hükmüyle, varılan kanaat ve hukuki durum hilafına veya zıttına dayanan ihtimaller dikkate alınarak karar verilemeyeceği esası getirilmiştir¹³³. İki ihtimalden ikincisi muhtemel görünmediği takdirde varılan kanaatteki *zannı galib* kesin bilgiyi ifade eder. Çünkü insanlar çoğu zaman ancak bu kadarını başarabilir¹³⁴. Şüphe ile kesin bilgi yok olmaz. Yani, sanık başlangıçta bir suçluluk şüphesi altındadır ve suçluluğuna delalet eden bazı deliller bulunmakla birlikte, suçluluğu ispat için yeterli görülmemekte dolayısıyla zan altında kalmaktadır. Dolayısıyla fail başlangıçta sanıktır, suçlu değildir.

Ceza yargılamasında hakikatin araştırılmasına büyük önem verilmiş ve bu hususta objektif ölçütler esas alınmıştır. Çünkü insan şeref ve haysiyeti her şeyden üstündür ve bir hâkimin kanaatine bırakılamaz. Bir kişinin cezalandırılabilmesi için suçluluğunun kesin olarak ispat edilmesi gerekir¹³⁵. Suçluluğun iki dürüst ve güvenilir şahitle ispat edilmesi gerekir. Kesin bilgi ise olduğu veya olmadığı kesin olan ya da muhtemel olandır. Dolayısıyla, sanığın başlangıçta suçsuz kabul edilmesidir. Çünkü insan annesinden masum doğar. Suç işlemesi mümkündür ama kesin delil olmadan suçlu sayılamaz¹³⁶. İspat yükü davacıdadır. İslâm hukukunda, mahkûmiyet suçluluğun kesin olmasına bağlıdır, olasılık olmasına değil. Şüphe halinde her zaman sanık lehine hükmedilir¹³⁷. Bu açıklamalardan şüpheden sanık

¹³² BERKİ, s. 9.

¹³³ URAL/ÖZCAN, s. 22.

¹³⁴ ŞA'BÂN, s. 136, “Kuran-ı Kerim’de zanna uymaktan sakındıran ve zannın hakikatten hiçbir şeyi yansıtmadığını belirten ayetler vardır. Mesela: ‘Bilmediğin şeyin ardına düşme’, ‘.....zan, hiçbir şekilde gerçeğin yerini tutmaz’ buyrulmuştur.”

¹³⁵ BAYINDIR, s. 124.

¹³⁶ BAYINDIR, s. 125.

¹³⁷ al.SALEH, s. 67.

yararlanır sonucuna ulaşmak mümkündür¹³⁸. Had ve Kısas cezaları şüphe ile düşer¹³⁹. Suçun unsurlarında veya ispat şartlarında bir eksiklik olması halinde Had cezası yerine Ta'zir cezası verilir¹⁴⁰.

2. Beraat-i Zimmet Asıldır

Mecellenin diğer bir hükmü olan “*beraat-i zimmet asıldır*”¹⁴¹ aslında borç ilişkilerine ilişkindir. Ancak, bunu da ceza hukukuna kıyasen uygulamak mümkündür. Bir kişinin suçsuz olması esastır. Çünkü herkes annesinden suçsuz olarak doğar. Ancak, sonradan yapacağı fiillerle suçlu durumuna düşebilir¹⁴². Dolayısıyla, suçluluk iddia eden, bunu ispatla mükelleftir¹⁴³. İslâm hukukunda kişinin suçsuzluğu esastır. Bunun doğal sonucu olarak da ispat külfeti davacıya aittir. İslâm hukukunda sanığın suçsuzluğunu ispat etmesi beklenmez ve karşı delil getirmesi istenmez¹⁴⁴.

¹³⁸ AWAD, s. 94; AKMAN, s. 21.

¹³⁹ BAYINDIR, s. 126; al. 'Awwa, s. 143.

¹⁴⁰ AYDIN, s. 210; al. 'Awwa, s. 144-45; TDAV, C. II, s. 96-7, “.... *Sipahi Ali cevabında beş yüz kuruş kadar akçe için Hasan'ın yetiştirek 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*”

¹⁴¹ BERKİ, s. 9.

¹⁴² BAYINDIR, s. 124.

¹⁴³ URAL/ÖZCAN, s. 22-23; ŞA'BÂN, s. 219, “İslâm hukukuna göre, kural, kişinin zimmetinin sorumluluktan arınmış kabul edilmesidir.”; TDAV, s. 130, “Davacı Ali davalı Mehmed'i hazır edip dedi ki '.... Mehmed bana bıçak çekti'. Davalı Mehmed inkâr ile cevap verince, iddia sahibinden delil istendi. Şahadeti kabul edilen Müslümanlardan şahitlik yaparak dediler ki '.... Mehmed, Ali'ye bıçak çıkardı. Elinden aldık.' Dedikleri sebepten sicile kaydolundu.”; ŞA'BÂN, s. 131, “Davacının bu iddiasını davalı Abdurrahman inkâr edince davacı Şahbendi'den iddiasına uygun delil talep olunmuş ve delil getirmekten âciz kalınca araları sulh edilerek durum sicile”

¹⁴⁴ AKMAN, s. 24.

3. Sakit'e Bir Söz İsnad Olunmaz Lâkin Ma'rız-ı Hacette Sükût Beyandır

Mecelle, “*sukut eden kimseye şu sözü söylemiş oldu denilemez, lâkin söyleyecek yerde sükût etmesi ikrar ve beyan addolunur*” öngörmüştür¹⁴⁵. Bunun anlamı, sükût eden kimseye şu sözü söylemiş denilemez, lâkin söyleyecek yerde sükût etmesi ikrar ve beyan addolunurdur¹⁴⁶. Sükût ikrardan gelmez. Ancak, sükût, gerek muvafakate gerekse muhalefete işaret teşkil edebilecek belirtilerden uzak olmalıdır. Eğer muvafakati gösteren bir belirti varsa, bu sükûtî değil, sarîh olur¹⁴⁷. Örneğin, davacının suç ithamı ve aleyhte şahit ifadeleri karşısında sanığın susup başını öne eğmesi böyledir¹⁴⁸. Mecelle'nin yargılama usulüne ilişkin hükümleri arasında da sanığın sorgu sırasında evet veya hayır demeyip sükût etmekte ısrar etmesi halinde bu sükûtun ikrardan geleceği yer almaktadır. Buna karşın ikrar da etmem inkâr da etmem demesi halinde inkâr sayılırdı ve delil istenirdi¹⁴⁹. Kıyasen uygulanırsa, konuşulması gereken yerde sessiz kalmanın haklı gösterilecek yanı yoktur. Günümüz hukuku göz önüne alındığında da sükût ikrardan gelmez ama bir kere konuşulmuş ise diğer sorulara cevap vermemek de olmaz. Aksi takdirde ikrar anlamına gelecektir.

Bununla birlikte fıkıhta konuşmayanın sükûtu, diğerinin görüşüne muvafakat ettiğini kesin olarak belirlemiş olmaz. Dolayısıyla, kesin delil olarak nitelendirilemez¹⁵⁰. Bazen ise sükûtun muvafakat ihtimali yüksektir. Çünkü *selef-i sâlihîn*in tutumları incelendiğinde, onların, büyük sıkıntılara maruz kalacaklarını bilseler bile ve görüşüne karşı çıktıkları kişinin mevkii ne olursa olsun, doğruluğuna inandıkları şeyi söylemekten kaçınmadıkları

145 BERKİ, s. 13.

146 BERKİ, s. 13.

147 ŞA'BÂN, s. 107.

148 TDAV, s. 107, “Fahrü'l-ümerâ Mustafa Bey'in kethüdâsı Hasan Kethüdâ, yargı meclisine gelerek, Aydoğan adlı bir hırsız huzura çıkarmış ve aleyhinde şöyle şahitlik etmiştir; ‘Bu şahıs hırsızdır, uğrudur, haramîdir’ Bu şahadet üzerine Aydoğan, müsbet veya menfî bir cevap vermeyerek başını öne eğmiş susmuştur. Sonra şahitlik edenlerin isimleri şöyle sıralanmıştır.”

149 URAL/ÖZCAN, s. 407.

150 ŞA'BÂN, s. 112.

görülür¹⁵¹. İslâm hukukunda sanığın sorgu sırasında, sorulara cevap vermek ya da vermemek hususunda mutlak serbestisi vardır. Eğer konuşursa, doğruyu söylemekle mükellef değildir. Hatta ikrar ederse, bunu geri alabilir. Böylece, bu ikrar geçersiz olur ve yargılamada delil olarak kullanılamaz. Burada bir teklifi hüküm söz konusudur ki, mükelleften bir fiili yapıp yapmamakta serbest bırakılmıştır¹⁵². Had suçlarında böyle olmakla birlikte, Kazf suçlarında ikrarın geri alınamayacağı kabul edilmekteydi¹⁵³. İslâm hukukçuları, sanığın suçu ikrara zorlanamayacağını ve işkence ile elde edilen ikrarın delil olarak kullanılamayacağını kabul ederler¹⁵⁴. Şeriye sicillerinde de sanığa işkence edilmediği, kendi hür iradesiyle fiili ikrar ettiği özellikle belirtilirdi¹⁵⁵. Eğer sanık ikrar eder ve cebinden çaldığı para çıkarsa, o takdirde verilen ceza, sanığın ikrarı için uğradığı ikrahtan değil, çalıntı parayla yakalanmış olmasındandır¹⁵⁶. İşkence ile ikrar elde edilmiş ise, sanığın işkence yapılmasını emredenlere karşı kanun yoluna başvurma hakkı vardı¹⁵⁷. Ön soruşturmada ehl-i örf tarafında işkenceye maruz kalarak ikrarda bulunan sanık kadı önünde ifadesinden dönebilirdi¹⁵⁸.

151 ŞA'BÂN, s. 112.

152 ŞA'BÂN, s. 230.

153 ÜÇÖK, s. 129.

154 ŞA'BÂN, s. 342, “Şâri bir işin yapılmasını talep etmiş ve bu işin belirli bir vasfı taşıması yasaklanmış ise, bu nehiy, Şâri’in o işi o yasak vasıftan hâli olarak yerine getirmesini talep etmiş demektir.o vasıfla birlikte yerine getirilmişse, artık Şâri’in talep ettiğiolmaktan çıkar.”; ŞA'BÂN, s. 303, “Şayet hakkında ikrâhta bulunulan hukuki tasarruf ikrâr nev’inden ise, ikrâh bâtil sayılır. bir kimseikrârında bulunmaya zorlanmış olsa onun bu ikrârı hukuken geçersizdir, bir değer taşımaz.”

155 TDAV, s. 104, “....zina bile etmişler.... Ali’ye sorulduğunda, isteğiyle ve zorlanmaksızın ikrar ve itiraf ederek....”; TDAV, s. 138, “....şer’î yargı meclisinde sahih ikrar ve açık itiraf ederek kendi isteğiyle ve isteyerek, zorlanmaksızın...”

156 AWAD, s. 106.

157 AWAD, s. 107.

158 AKMAN, s. 85.

4. Bir Şeyin Umûr-u Bâtında Delili Ol Şeyin Makamına Kaim Olur

Mecelle'nin “bir şeyin umûr-u bâtında delili ol şeyin makamına kaim olur”¹⁵⁹ hükmüyle, gerçekte ilgili şeylerde delilin o şeyin yerine geçeceği ifade edilmektedir. Hukuki münasebetlerde kastın önemi büyüktür. Bu kastı belirten bir delil meydana çıkarsa bu delil o şeyin yerine kaim olur. Burada kastın bir fiil haline gelmesi lazımdır. Ancak ondan sonra kasıt için delil aranır¹⁶⁰.

5. Beyyine Hilâf-ı Zahirî İsbat İçin ve Yemin Aslı İbka İçindir

Suçluluğu iddia eden bunu ispat etmekle mükellef tutulmuştur. Çünkü delil, yeni bir şeyi iddia edenden istenir¹⁶¹. Mecelle de “*beyyine hilâf-ı zahirî isbat için ve yemin aslı ibka içindir*” hükmünü getirmiştir¹⁶². Yasal delillerle gerçeğe ulaşılmaya çalışılmıştır. Yasal delil sisteminin bir özelliği olarak da yargılamada sadece yasal delillerin ispat vasıtası olarak kabul edilmiş ve hâkim aksi kanaatte olsa dahi, bu delillerle bağlı kalmıştır. Delilleri davacı getirmek ve iddiasını ispat etmek zorundadır. Başlıca delil şahit beyanıdır¹⁶³. İddianın *zannı gâlib* oluşturacak şekilde ispat edilmesi gerekir. Bu sebeple, tek şahit yeterli görülmemiş, en az iki şahit şart koşulmuş ve bunlar için de sınırlandırılmalar getirilmiştir. Şahitliğin kabul edilmesi için sanığın yakını olmamak¹⁶⁴, ehliyetli olmak¹⁶⁵, güvenilir ve Müslüman olmak¹⁶⁶, hür olmak,¹⁶⁷ iftiradan dolayı Kazf Haddi ile cezalandırılmamış olmak¹⁶⁸, 15

¹⁵⁹ BERKİ, s. 13.

¹⁶⁰ URAL/ÖZCAN, s. 35.

¹⁶¹ BAYINDIR, s. 124; TDAV, s. 137, “...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...şâhitlik yaptılar.”

¹⁶² BERKİ, s. 14.

¹⁶³ YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, 10. Baskı, İstanbul, 2004, s. 79.

¹⁶⁴ ŞA’BÂN, s. 125.

¹⁶⁵ Bkz. ŞA’BÂN, s. 293 vd.

¹⁶⁶ TDAV, s. 92, “...adlarında 11 güvenilir ve Müslüman şahısşâhitlik edince.”

¹⁶⁷ TDAV, s. 112.

¹⁶⁸ ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, s. 83.

yaşından küçük olmamak¹⁶⁹ gerekir. Ayrıca şahitlerin temyiz kudretlerinin de yerinde olması şarttı¹⁷⁰. Zira ettikleri yeminin¹⁷¹ anlamını kavrayabilecek güçte olmalıydılar.

Her ne kadar şahitlerin Müslüman olması şartı aranmaktaysa da şer'îye sicillerinde sadece gayri-müslümlerin bulunduğu bir ortamda işlenen fiillerle ilgili olarak gayri-müslümlerin şahitliğine başvurulduğuna dair kayıtlar da bulunmaktadır¹⁷². Ayrıca Müslümanlar ile gayri-müslümlerin birlikte şahitlik etmeleri de kabul edilmiştir¹⁷³. Ancak şahitliklerinin kabul edilmesi için bahsi geçen gayri-müslümlerin kilise veya havraya gidiyor olmaları güvenilirlik bakımından gözönünde tutulmaktaydı¹⁷⁴. Diğer taraftan, davacının iddiasını doğrulayan şahitler bulunmasına rağmen kadının bir de mahalle ahalisinin şahitliğine başvurduğu olurdu¹⁷⁵. Bunların yanı sıra, sanığın lehine olarak diğer birtakım kurallar da mevcuttur. Örneğin, şahitlerin yalan yere¹⁷⁶ ve rüşvetle¹⁷⁷ tanıklık yapmaları Hâdis ile

169 ERDOĞAN, s. 373, Hz. Muhammed (S.A.V.), Uhud Savaşı'nda, İbn-i Ömer 14 yaşında olduğu için onu askere almamıştır. Hendek Savaşı'nda ise, yaşı 15 olduğu için askere almıştır.

Türklerde de buluş çağına ermek için aranan yaş on beş idi. Dedem Korkut, "Dirse Han Oğlu Boğaç Han" hikâyesinde 15 yaşı zikretmiştir. Bkz. BİNYAZAR, Dedem Korkut, (y.y.), 1976, s. 99 vd.

170 CİN/AKGÜNDÜZ, *Türk-İslâm Hukuk Tarihi*, C. 1, İstanbul, 1990, s. 408.

171 TDAV, s. 100, "...Şahitlikleri tezkiye ve yemin ettirildikten sonra kabul edilmiş..."

172 Örneğin, "Terzi oğlu Zekeriya isimli bir kimse, çeşitli şirretlikler ederek, bir kâfirin bacasına gece varıp ev sahibi olan kimse, çıkarıp kovalayarak tutup, mahkeme naibi olan Pir Ömer almış yargı meclisine geldi. Hudabahş ve Ağın isimli gayri müslim, yüzüne şahitlik ederek karar verilmiştir..." (TDAV, s. 141); "...kâfirlere mahsus mahallede, benim sağ kolumun pazusunda bir yerinden haksız olarak kasden beni bıçak ile vurarak yaraladı şeklindeki iddiasını, adı geçen kasaba sâkinlerinden...Yahudi şahitlikleriyle şer'î usule uygun olarak geçen...huzurunda isbat eylemiştir..." (TDAV, s. 124).

173 TDAV, s. 100, "...müslümanlar ve zimmîler adı geçen...in ifadesine uygun olarak şahitlik etmişler..."

174 ORTAYLI, "Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme", s. 253.

175 TOK, s. 159.

176 ERDOĞAN, s. 372, Enes'in zikrettiği Hâdis'e göre; "Resûlullah sallallahu aleyhi ve selemler büyük günahlardan sordular, şu cevabı verdi: 'Allah'a ortak koşmak, anne babaya asi gelmek, adam öldürmek ve yalan yere şahitlik etmek ..."

yasaklanmıştır. Şeriye sicillerinde de şahitlerin “mübaşir” vasıtasıyla mahalle ahalisinden soruşturulduğu ve bu soruşturma neticesi yalancı şahitlik edenlerin tespit edildiğine dair kayıtlar bulunmaktadır¹⁷⁸. Şahitlere cinsiyet bakımından getirilen sınırlandırma olarak, kadınların şahitliğinin erkeklerinkinin yarısı kadar sayılmıştır. Bunun sebebi; dönemin koşulları göz önünde tutulduğunda kadınların eğitimsiz olmaları itibarıyla erkeklere nispeten daha kolay tesir altında kalmalarına bağlandığı görülmektedir¹⁷⁹. Ancak, sütannenin şahitliği sıradan bir kadının şahitliğinden daha kuvvetli sayılmıştır¹⁸⁰. Bunun sebebi İslâm’ın anneliğe tanıdığı kutsal değer olabilir. Bununla beraber Mecelle’de¹⁸¹ sadece kadınların bilebileceği hususlarda yalnız kadınların şahitliğinin kabul edilebileceği düzenlenmişti¹⁸². Şahitlere getirilen bir diğer sayı sınırlaması Kazf suçunda zinanın en az dört şahitle ispat edilmesi mecburiyetiydi¹⁸³. Bundaki amaç şüphesiz hem sanık

177 ERDOĞAN, s. 374, İbn-i Mesud’un zikrettiği Hâdis’e göre; “Kim, mal koparmak için yemin ederse, Allah kendisine gazap etmiş bir halde mülâki olur.”

178 TDAV, s. 219-20, “...mübaşir efendi muhızır Hacı Ahmet ile durumu mahalle halkından sorduklarında...çok şahıs şerî meclise gelerek adı geçen Hasan’ın huzurunda, bu şahsın yalancı şahitliği âdet hâline getirdiğini ve bu yüzden iki mahalleden kovulduğunu haber vermişlerdir. Yine mezkur Hasan’ın huzurunda...adlı Müslümanlar, sözkonusu durum için ‘yalancı şahitlik etmek üzere sekiz filori aldım ve şahitlik ettim’ diye ikrar ve itirafda bulunduğu şahitlik etmişler ve şahitlik beyânları kabûl edilebilir olarak tesbit edilince, davalının yalancı şahit olduğu kesin bir şekilde tahakkuk etmiştir. Durum...sicile kaydedilmiştir.”

179 ERDOĞAN, s. 373, Ebu Said el-Hudrî’nin zikrettiği Hâdis’te her ne kadar ki, “...aklının noksanlığındandır.” denilse de bu, kadınların erkeklerden daha akılsız olduğu anlamına gelmemektedir. O dönemde, kadınların okutulmaması sebebiyle erkeklerden daha eğitimsiz olmaları itibarıyla kolay tesir altında kalabilmeleri sözkonusudur.

180 ERDOĞAN, s. 373, Haris oğlu Ukbe’nin zikrettiği hâdis’e göre; “Bir kadınla evlendim. Kadın gelip: ‘Ben ikinizi de emzirdim’ dedi. Bunun üzerine Resûlullah sallallahu aleyhi ve selemle geldim. ‘Bu nasıl olur, sana, onu bırak veya benzeri söylenmiştir.’ buyurdu.”

181 BERKÎ, s. 260.

182 Yukarıda, dn. 65.

183 Bu hüküm Kur’an-ı Kerim’in 24. sûresi olan Nûr Sûresi 4. ve 5. Ayetlerine dayanmaktadır. Ayetlere göre; “İrz ehli kadınlara atan [zina isnad eden], sonra dört şahid getirmeyen kimselere de sekse değnek vurun ve ebedâ [asla] şehadetini kabul etmeyin! Bunlar fâsıklardır! Ancak onun arkasından tevbe edip ıslâh-ı hal edenler başka; zira Allah gafûrdur, rahîm’dir!” (ELMALILI HAMDÎ YAZIR, Kur’an-ı Kerim ve Meali, haz. Dücane Cündioğlu, İstanbul, 1993, s. 349).

durumdaki namuslu kadınları korumak, hem de adaletin yanıtılmasını önlemektir.

Önemli ispat vasıtalarından biri de senettir. Senet inkâr edilirse, edene birkaç satır yazdırılarak senedin yazısıyla karşılaştırılırdı¹⁸⁴. Bunun gibi senedin muhtevasının şahit ifadesiyle doğrulanması veya sanık tarafından kabul edilmesine kadar takdiri bir delil niteliğine sahipti. Hatta başka bir mahkemeden alınmış ilamlar dahi bu hükümdeydi¹⁸⁵. Senet iki şahitle tasdiklendiği takdirde delil kuvveti kazanırdı¹⁸⁶. Şer'îye sicillerinde belge yerine şahit ifadesinin kabul edildiği de vakidir¹⁸⁷. Davacı delil göstermeyi reddeder ve davalı da iddianın yersiz olduğuna yemin ederse, davacı davayı kaybeder¹⁸⁸. Ancak davalının yeminine karşın şahitlik eden şahitler olursa o takdirde davalı davayı kaybederdi¹⁸⁹. Mecelle'de ve şer'îye sicillerinde şahitlerin şahitlik konusu olan şeyi bizzat muayene etmeleri

184 ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, s. 83.

185 AKMAN, s. 94.

186 ORTAYLI, s. 252.

187 TDAV, s. 100, “...sonra Mehmed'in iddiasının doğruluğuna uygun belge istenmiş, bunun üzerine güvenilebilir Müslümanlardan...şahitlik ederek...”

188 ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, s. 84; TDAV, s. 135, “...Davacının iddiasını ileri sürmesi inkârından sonra davacıiddiasını isbatta âciz düşünce hasmına yemin teklif edildiğinde o da yeminden kaçınmış (nükûl) eylemiştir. Bu sebeple (davalıya) şer'an ta'zir lâzım geldiği sicile kaydedildi...”; TDAV, s. 142, “...adı geçene şifâhen sorulunca inkar etmiş, bu durumda şikâyetçi...iddiasının doğruluğunu belgeleyememiş, bunun üzerine adı geçenler Allah kelâmı üzerine el koyup yemin etmişler, bundan sonra adı geçenlerin serbest bırakılmasına karar verilip, istek üzerine sicile kaydedilmiştir.”

189 TDAV, s. 125-26, “...şer'î meclisinde şöyle ifâde vermiştir 'dilekçe tarihinden iki gün önce müvekkilemi Yaraman oğlu Ramazan isimli Kıptî birkaç defa kaldırıp yere çalarak taşla iyice dövmüş, müvekkilem de yara beresi olduğu için tamamen zayıf düşmüştür. Bu dayaktan ölme ihtimali vardır' diyerek mahkemece keşfini talep etmiş, şer'î mahkeme kâtiplerinden Molla Mehmed gönderilerek yazının altında isimleri bulunan müslümanlarla gidip Hüma'yı gördüklerinde omuzunda ve diğer bazı yerlerinde yara beresi olduğunu müşahade etmişler ve kendisine sorulduğunda '...birkaç defa beni yere çalıp taşla iyice dövdü...' diye cevap vermiştir. Durum...sorulmuş, o da ; 'ben dövmemiş, masandereden düşmüş' diye inkar etmiş, Abdullah oğlu Nur orada hazır olup, 'bu Ramazan onu yere çalarak taşla dövdü' diye şahitlik etmiş. Bütün bunları yukarıda adı geçen Mevlana, yerinde kaydederek gelip yüksek şer'î mahkeme meclisinde ilam edince olay istek üzerine yazılarak davacının eline teslim edildi.”

öngörülmekteydi. Duyduğuna şahitlik geçerli değildi¹⁹⁰. Hâdiste de mahkeme önünde yeminin davalıya ait olduğunu belirtilmektedir¹⁹¹. Daha önce de belirtildiği gibi davacı iddiasını ispatlayamazsa davalıdan yemin etmesini isteyebilirdi. Davalı nükûl ettiği takdirde suçlu sayılıp cezalandırılırdı¹⁹².

6. Tevehhüme İ'tibar Yoktur

Mecelle “tevehhüme i'tibar yoktur”¹⁹³ hükmüne yer vererek kuruntuya itibar edilmeyeceği kuralını getirmiştir. Mecelle'nin bu hükmüyle delile dayanmayan hususa itibar edilmeyeceği ifade edilmiştir. Bir hakkın ispatı ancak delille olabilecektir. Bunun dışındaki ihtimaller dikkate alınmaz¹⁹⁴. Haklı çıkmak için palavra konuşmak Hâdis'te de caiz görülmemiştir¹⁹⁵.

7. Bir Kimse Diğer Kimesneyi Cemi' Da'vadan İbra Ettikten Sonra Kendisi İçin Andan Bir Mal Da'va Etse Sahih Olmaz; Amma Başkası İçin Bilvekâle Yahut Bilvesaye Da'va Edebilir

Mecelle'de düzenlendiği üzere “bir kimse diğer kimesneyi cemi' da'vadan ibra ettikten sonra kendisi için andan bir mal da'va etse sahih olmaz; amma başkası için bilvekâle yahut bilvesaye da'va edebilir.”¹⁹⁶ Yani, bir kimse bir şahsı bütün davalardan ibra ettikten sonra aynı şahsı bir mal için dava edemez, fakat vekâlet veya vesayetle başkası için dava edebilir¹⁹⁷. Kıyasen ceza yargılamasında tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci bir

¹⁹⁰ BERKİ, s. 260; TDAV, s. 126, “...Durum...sorulmuş, o da ; ‘ben dövmedim, masanereden düşmüş’ diye inkar etmiş, Abdullah oğlu Nur orada hazır olup, ‘bu Ramazan onu yere çalarak taşla dövdü’ diye şahitlik etmiş.”

¹⁹¹ ERDOĞAN, s. 374.

¹⁹² Yukarıda, dn. 122.

¹⁹³ BERKİ, s. 14.

¹⁹⁴ URAL/ÖZCAN, s. 36.

¹⁹⁵ ERDOĞAN, s. 375, Ümmi Seleme'nin zikrettiği Hadîs'e göre; “Siz, şüphesiz ki huzurunda mahkemeleşirsiniz; belki kiminiz kiminizden, hüccetini daha edip olur. Binaenaleyh, kendi sözünün sebebiyle kimse kardeşinin hakkında bir şey ile hüküm edersen, ona ateşten bir parça kesmiş olurum, sakın onu almasın!”

¹⁹⁶ BERKİ, s. 252.

¹⁹⁷ URAL/ÖZCAN, s. 358.

dava açılmayacağı, yani ne bis in idem kuralının Osmanlı ceza yargılaması hukukunda da bulunduğu görülmektedir. Şer’iye sicillerinde¹⁹⁸ de bu yönde kayıt bulunmaktadır.

8. İstiklâl-i Mahkeme

İstiklâl-i mahkeme şüphesiz ki âdil yargılanmanın temel şartıdır. Kadı, bir hukuk adamı ve Şer’i hâkim olarak daima bağımsızdır ve hükümdarın mutlak yetkiye sahip vekilidir. Merkezîyetçi imparatorlukta bir mülki amir olarak kadı tabiatıyla merkeze bağlıydı. Ancak, ehl-i örfün emri veya etkisi altında değildi. Aynı şekilde, *şeyhülislam* ve kadı asker de kadıyı sınırlayıcı otoriteler değillerdi. Bunlar, adlî hataları ve yolsuzlukları önleyen temyiz makamlarıydı. Muhtariyeti önleyici, kararlara tesir edici bir durumları yoktu¹⁹⁹. Kadının, padişah tarafından belirlenmiş pozisyonlara sahip bürokrat ve askerlerden daha geniş bir hareket hürriyeti vardı²⁰⁰.

9. Bitarafılık

Kadılık vasıflarından biri tarafsız olmaktı²⁰¹ ve her iki tarafı da dinleyip, öyle karar vermeliydi²⁰². Kadı, hasımlar arasında ayırım yapmaksızın adalet ve hakkaniyetle karar vermezdi. Yargılama esnasında tarafları oturtturmak, taraflara bakmak ve söz söylemek gibi bütün muamelelerinde tam bir eşitlik

198 TDAV, s. 130, “...Nikola adlı zımmî...kasaba mahkemesine getirttiği...arzuhalin içinde ismi zikredilen şerbetçi Todori oğlu Yorgi adı, zımmiden şöyle da’va eyledi: iki ay önce adı geçen şerbetçi Yorgi’nin meyhânesinde beni şu anda yargılama meclisinde bulunmayan Emir Ali oğlu Seyyid Mehmed bıçak ile vurup yaraladı ve sağ gönümü de hastalandırdı. Adı geçen Yorgi’yi da’va sebebi olan şeyden ibrâ ederek Yorgi’nin zimmetini dahi her şeyden ibra olunmak üzere i’lâm vermişdim. Ancak aynı davayı yeniden talep ederim. Davacının bu şekildeki davası geçerli olmadığından davacı Nikola sebepsiz olarak davaya teşebbüsden men’ edilmiştir.”

199 ORTAYLI, “Osmanlı Kadısı Tarihi Temeli...”, s. 124.

200 JENNINGS, s. 302.

201 ORTAYLI, s. 118; TDAV, C. I, s. 71, “...kararı töhmet altında bırakacak hususî konuşmalardan ve el göz işareti gibi davranışlarda bulunamaz.”

202 AWAD, s. 97, “Hz. Muhammed (S.A.V.) Hz. Ali’yi Yemen valiliğine atadığı zaman ona: ‘Ali! İnsanlar sana adalet için başvuracaklar. Eğer iki hasım hakemliğin için gelirse, diğerini dinlemeden birisi lehine karar verme. Bu, adaletle daha uygun olur ve kimin haklı olduğunu bilirsin.’ demiştir.”, “Umur ibn-i Abdül Aziz hâkimlere tavsiyede bulunurken ‘Eğer gözü kör edilmiş bir davacı size gelirse, ötekisi gelmeden karar vermeyin. Zira, belki de diğerinin iki gözü de kör edilmiştir.’ demiştir.”

içinde hareket etmekle mükellefti²⁰³. Şüphesiz ki bu, âdil yargılanmanın olmazsa olmaz şartlardan biridir. Mecelle’de ²⁰⁴ kadının yargılama sonuçlanmadan evvel ne karar vereceğini, yani ihsası reyde bulunmasını yasaklamıştı.

10. Âdilânelik

Kadı âdil olmalıydı²⁰⁵. Çünkü ceza, adaletin gerçekleşmesi için ve veryüzünde fesada engel olmak için başvurulmuş bir araçtır²⁰⁶. Kanunî Sultan Süleyman, Gazi Bâli Bey’e hitaben nasihatinde, her iyiliğin kaynağının adalet olduğunu, âdil olmayan kişinin elinde çıkan işin, kötü iş olduğunu ifade ettikten sonra, Hz. Muhammed’in “*Bir günün adaleti yetmiş yıllık ibadetten üstündür*” Hâdis’ini zikretmiştir²⁰⁷.

11. Alenilik

Yargılama aleni yapılmalıydı²⁰⁸. Mahkemede dinleyicilerin bulunması temel prensipti. İslâm hukukçularının genel kanısına göre açıkta cereyan etmeyen bir duruşma şaibelidir²⁰⁹. Bu ilke şüphesiz sanık için teminat sayılırdı. Mecelle’de de hâkimin duruşmayı aleni yapacağı öngörülmüştür ²¹⁰. Yargılamaya düzenli olarak katılan şühûddü’l-hâl, yargılama usulüne şahitlik eder, mahkemenin dürüst ve etkin çalışmasını temin ederlerdi. Bunlar ulema ve ayandan oluşabileceği gibi kendi çevrelerinden bir kişinin davasına katılan mahalleli veya köylülerden de oluşmaktaydı²¹¹. Ayrıca nâib başkanlığında kazanın her yerine gidip davaları

²⁰³ TDAV, s. 71.

²⁰⁴ URAL/ÖZCAN, s. 406.

²⁰⁵ ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, s. 83; TDAV, s. 71.

²⁰⁶ EBU ZEHRÂ, *İslâm Hukukunda Suç ve Ceza*, İstanbul, 1994, s. 14-15.

²⁰⁷ Bkz. *Osmanlı Devleti’nin 700. Kuruluş Yılı münasebetiyle Emlak Pazarlama Proje Yönetimi ve Servis A.Ş.’nin bastırduğu “Yücelik Belgesi” başlıklı afiş.*

²⁰⁸ ÜÇÖK/MUMCU/BOZKURT, s. 83.

²⁰⁹ ORTAYLI, “Osmanlı Şehirlerinde Mahkeme...”, s. 247.

²¹⁰ URAL/ÖZCAN, s. 406.

²¹¹ JENNINGS, s. 303.

görüp, hallediyorlardı²¹². Davalara katılmanın yanı sıra, taraflar arasında, mahkemede ve mahkeme dışında, sulh sağlanmasında rol oynamaktaydılar²¹³.

12. Suçun Kanuniliği ve Hâkimin Takdir Yetkisi

Bir fiile suç denilebilmesi için onun ceza tehdidi ile yasaklanmış olması gerekir. Cezası olmayan fiiller ceza hukuku bakımından suç sayılmaz²¹⁴. Osmanlı’da, Tanzimat’a kadar kanunnamelerde bu ilkeye yer verilmemiştir. Bazı hallerde, İslâm Hukuku’nun idarecilere verdiği “siyaseten tecziye” hakkı suiistimale uğramış, keyfiliğe kaçılmıştır. 1839 Gülhane Hattı “*umûmen emniyet-i cân-ü mâl ve mahfûziyet-i ırz-u nâmus*” esasını ilan etmiş, 1293 Kanûn-ı Esâsi de “*kanunda yazılı hal ve şekillerden başka türlü hiçbir kimse yakalanamaz ve tutulamaz.*” maddesini içermiştir²¹⁵. Had, Kısas ve Diyet suçlarında bu ilkeye riayet edilmiştir. Ta’zirde ise hâkime takdir hakkı tanınmıştır. Cezalar bakımından ise Had, Kısas ve Diyet suçlarında ceza tek ve kesin olarak tayin edilmiştir. Ta’zir cezalarında ise hâkimin serbestisi vardır²¹⁶. Günümüz hukukunda da mevcut bulunan cezaların dönüştürülmesi müessesesini burada da görmekteyiz. Böylece Osmanlı ceza yargılaması hukukunda cezaların şahsileştirilmesi ilkesinin kabul edildiği anlaşılmaktadır.

13. Yargılamada Çabukluk ve Ucuzluk

Daha önce²¹⁷ de belirtildiği üzere İslâm Hukuku’nda adaletin bir tanımı da hak sahibine hakkını en kısa zamanda vermektir. Bu sebeple yargılama basit usulle yapılır. Gerekli tahkikatın gereği gibi yapıp davanın bir gün içinde neticelendirilmesi sağlanmaktaydı²¹⁸. Gerçekten de şer’iye mahkemelerinde yargılama bir veya iki celsede tamamlanmaktaydı²¹⁹. Bunu

212 JENNINGS, s. 305.

213 JENNINGS, s. 306.

214 KARAMAN, s. 148.

215 KARAMAN, s. 149.

216 KARAMAN, s. 150.

217 Yukarıda, dn. 8.

218 BAYINDIR, s. 129.

219 AKMAN, s. 21.

Hâdis de kabul etmiştir. Hz. Muhammed (S.A.V.) de “*Kolaylaştırın, güçleştirmeyin; müjdeleyin, nefret ettirmeyin!*”²²⁰ buyurmuştur. Aslında günümüz ceza yargılaması hukukunda da önsoruşturmanın eksiksiz yapılıp tamamen hazır bir dosyayla müteakiben yargılamanın tek celsede tamamlanması amaçlanmakta ise de uygulamada bu mümkün olmamaktadır. Oysaki Osmanlı şer’i mahkemeleri bunu başarmaktaydı.

14. Gıyapta Yargılama Yapılmaması

Mezhepler arasında görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte Osmanlı devletinin resmi mezhebi olan Hanefiliğe göre gıyapta yargılama yapılamaz²²¹. Mecelle de gıyapta yargılama yapılmayacağını kabul etmiştir²²². Buna göre; meşru bir mazereti olmaksızın davalı mahkemeye gelmekten veya vekil göndermekten çekindiği takdirde zorla getirilirdi. Getirilmesi mümkün olmadığı takdirde hâkim tarafından menfaatlerini korumak amacıyla bir vekil tayin edilirdi²²³. Gerçekten de şer’iye sicillerinde tarafların veya vekillerinin hazır bulunmadığı halde yargılamanın yapıldığına dair bir kayda rastlanmamıştır. Günümüzde de sanığın gıyabında yargılama yapılamamaktadır.

SONUÇ

Netice olarak denilebilir ki, Osmanlı ceza yargılaması, tipik olmayan ve kamu menfaati ile sanığın haklarını bir araya getirebilen bir hukuktu. Yani, o devirde Avrupa’da hâkim olan itham sisteminden tamamen farklıydı. Engizisyon yargılamasıyla hiçbir benzerliği bulunmamaktaydı. İnsan haklarına saygılı bir yargılama olarak çağdaşlarının önüne geçmiştir. Avrupa’da kişiler başta suçlu kabul edilip kendilerinin suçsuzluğunu ispat etmeye zorlanırken, yani kişiden delile ulaşılrken, Osmanlı’da tam tersine kişi başta suçsuz kabul edilerek, delilden sanığa ulaşılması amaçlanmıştır. Bunun doğal sonucu olarak da âdil yargılama ve maddi gerçeği araştırma ilke olarak kabul edilmişti. Diğer taraftan, sırf dini bir yargılama da söz

220 ERDOĞAN, s. 20.

221 AKMAN, s. 32.

222 URAL/ÖZCAN, s. 348.

223 URAL/ÖZCAN, s. 409.

konusu değildi. Şer'i hukuk ile örfi hukuku bir araya getirip, kendine özgü bir hukuk yaratabilmişti. Bu hukuk, hem maddi hem de usuli ceza hukukuna ilişkin kurallar ortaya çıkartmıştır. Kadıya bazı cezaların tayininde serbestî tanınması ve günümüzde de mevcut olan cezalarda dönüştürme müessesesinin bulunması, cezaların şahsileştirilmesine hizmet ederek yine günümüz hukukuna yaklaştırmıştır.

Bu çalışmamızda bu kuralların ağırlıklı olarak sanık haklarını güvenceye alan usuli olanları topluca ele alınmıştır. Günümüzde de geçerli olan bu haklar ve kuralları Osmanlı devrinde de görmekteyiz. Ceza yargılaması usulünün bir milletin medeniyet seviyesini gösterdiği kabul edilirse, o takdirde Osmanlı medeniyeti çağdaşları arasında en ileri olanıydı denilebilir. Hatta günümüzde geçerli olan ceza usul kuralları, ilkeleri ve müesseseleri o zaman da mevcuttu. Yabancı hukuklardan iktibas edilen müesseseler aslında bir yenilik değil, öze dolaylı dönüş olmuştur. Tabii bu müesseselerin öncelikle araştırılarak, bulunup ortaya çıkarılması gerekmektedir. Zengin bir tarihi birikime sahip olan Türklüğün her yönden ortaya serilmesinde bu nevi çalışmaların önemli bir katkıda bulunduğuna inanmaktayız.