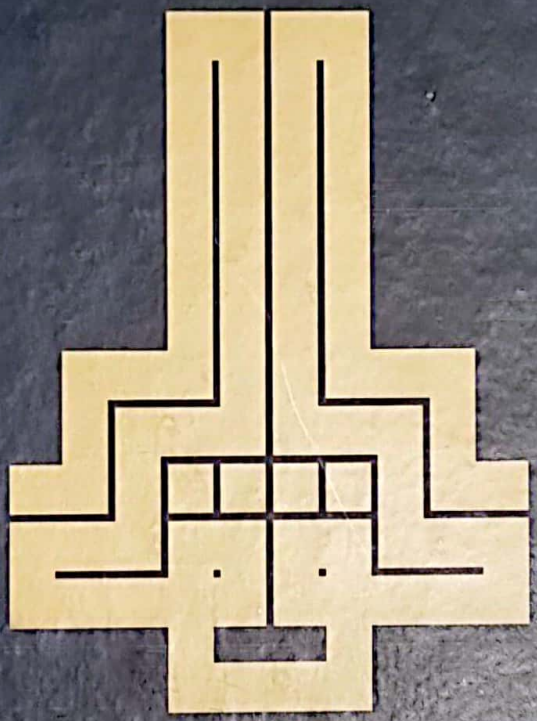
İSLAM CEZA HUKUKU



ISLAMIC CRIMINAL LAW

القانون الجنائي الإسلامي

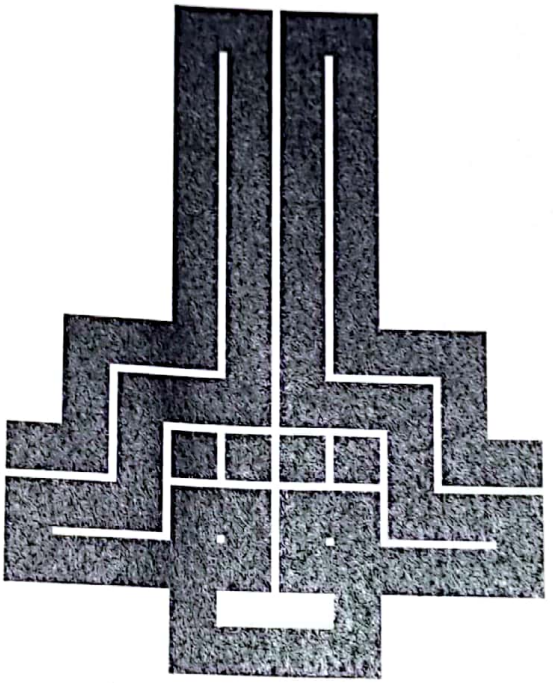
Uluslararası Hukukçular Birliği

الإتحاد الدولي للحقوقيين

International Jurists Union

CamScanner ile tarandı

İSLAM CEZA HUKUKU



ISLAMIC CRIMINAL LAW | القانون الجنائي الإسلامي

Editörler
Prof. Dr. Abdurrahman EREN
Prof. Dr. M. Refik KORKUSUZ

Yayına Hazırlayan
Av. Ahmet AKCAN

CamScanner ile tarandı

TEBLİĞLER KİTABI I CİLT 2 I VOLUME 2 I كتاب ٢

Yayına Hazırlayan I Publisher I مالك الامتياز
Av. / Att. Ahmet Akcan

Editörler I Editors I المحررين
Prof. Dr. Refik Korkusuz
Prof. Dr. Abdurrahman Eren

Editör Yardımcıları I Deputy Editors I مساعد المحرر
Doç. Dr. Mehmet Bilen
Yrd. Doç. Dr. Ali Emrah Bozbayındır
Yrd. Doç. Dr. Esra Alan Akcan
Arş. Gör. Ömer Temel
Arş. Gör. Mevlüt Göl
Arş. Gör. Volkan Aslan
Evren Soyuçok

Kitap ve Kapak Tasarımı I Book & Cover Design I التصميم
Utku Aydın

Kapak Hattı (El Hak) I Caligraphy I خط اليد
Ali Hüsrevoğlu

Tashih I Rectification I التصحيح
Dr. Mahmoud Naassan
Lakhdar Elguaizi
Evren Soyuçok

Yayın I Publisher I النشر

LALE YAYINCILIK

Baskı I Print I الطباعة
Gök Matbaacılık
Sertifika No: 33157

TAKIM ISBN **978-605-84443-7-9**
ISBN **978-605-84443-9-3**

Tarih ve Baskı Adedi I Date & Print Run I عدد الطبعة التاريخ
Nisan 2017 - 3000 Adet

BU KİTAP 30 NİSAN - 3 MAYIS 2015 TARİHLERİ ARASINDA ANTALYA'DA DÜZENLENEN İSLAM CEZA HUKUKU ULUSLARARASI SEMPOZYUMUNDA SUNULAN TEBLİĞLERDEN OLUŞMAKTADIR. KİTAPTAKİ METİN VE FOTOĞRAFARIN TAMAMININ VEYA BİR KISMININ ELEKTRONİK, MEKANİK, FOTOKOPİ VEYA HERHANGİ BİR KAYIT SİTEMİYLE ÇOĞALTILMASI YAYIMLANMASI VE DEPOLANMASI YAZILI İZNE TABİDİR.

CamScanner ile tarandı

Arapça Çevirmenler | Translators for Arabic | المترجمين باللغة العربية
Doç. Dr. Osman Güman
Doç. Dr. Soner Duman
Muhammet Uysal
Abdulmelik Yangın

İngilizce Çevirmenler | Translators for English | المترجمين باللغة الانكليزية
Yrd. Doç. Dr. Selman Dursun
Arş. Gör. Ömer Temel
Arş. Gör. Volkan Aslan
Burak Çağ
Sercan Karadoğan

CamScanner ile tarandı

İÇİNDEKİLER | CONTENTS | المحتويات

İSLAM CEZA HUKUKUNUN UYGULANABİLİRLİĞİ
TEBLİĞLER

APPLICABILITY OF ISLAMIC CRIMINAL LAW
PAPERS

قابلية تطبيق القانون الجنائي الإسلامي
أوراق

16-29 **Abdullah Al Mamun**
أ. د. عبد الله المأمون
İSLAM CEZA HUKUKU ÇERÇEVESİNDE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK
COMPARATIVE LAW WITHIN THE FRAMEWORK OF ISLAMIC CRIMINAL LAW
القانون المقارن في إطار القانون الجنائي الإسلامي

30-49 **Afrooz Maghzi**
أفروز مغزي
YENİ İRAN CEZA KANUNLARI:
GELENEKSELCİ YAKLAŞIMLARA KARŞI MODERN YAKLAŞIMLAR
THE NEW IRANIAN PENAL CODE:
TRADITIONALIST VERSUS MODERN APPROACHES
قانون العقوبات الإيراني الجديد:
المنهج التقليدي مقابل المنهج الحديث

50-97 **Prof. Dr. Ahmed Samir Hassenein**
أ. د. أحمد سمير حسنين
İSLAM CEZA HUKUKU'NUN KATAR CEZA KANUNU ÜZERİNDEKİ ETKİSİ
THE IMPACT OF ISLAMIC CRIMINAL LAW ON THE QATARI PENAL CODE
أثر أحكام الشريعة الاسلامية على قانون العقوبات القطري

98-117 **Dr. Benjamin Vogel**
د. بنيامين فوغل
KARŞILIKLI TANIMA VE EMPATİ: CEZA HUKUKUNUN
ÇOK KÜLTÜRLÜ BİR TOPLUMDAKİ ROLÜ
MUTUAL RECOGNITION AND EMPATHY:
THE ROLE OF CRIMINAL LAW IN A MUTICULTURAL SOCIETY
الاعتراف المتبادل والتعاطف:
دور القانون الجنائي في مجتمع متعدد الثقافات

118-153 **Cüneyt Toraman**
Avukat / Attorney
دجونايت تورامان
محامي
CEZA HUKUKUNDA "KANUNSUZ SUÇ OLMAZ, KANUNSUZ CEZA OLMAZ"
PRENSİBİNİN, MÜSLÜMAN TOPLUMLARDA İZDÜŞÜMÜ
THE PROJECTION OF THE PRINCIPLES OF "LEGALITY OF THE CRIMES AND
PUNISHMENTS" IN MUSLIM SOCIETIES
انعكاس مبدأ«لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»
في المجتمعات الإسلامية

CamScanner ile tarandı

İÇİNDEKİLER | CONTENTS | المحتويات

İSLAM CEZA HUKUKUNUN UYGULANABİLİRLİĞİ
TEBLİĞLER

APPLICABILITY OF ISLAMIC CRIMINAL LAW
PAPERS

قابلية تطبيق القانون الجنائي الإسلامي
أوراق

320-331 Muhammad Tajul Islam
محمد تاج الاسلام
İSLAM CEZA ADALETİ SİSTEMİNDE ÖNYARGISIZLIK İLKESİ: BANGLADEŞ ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİYLE BİR KARŞILAŞTIRMA
THE RULE AGAINST BIAS IN THE ISLAMIC CRIMINAL JUSTICE SYSTEM: A COMPARISON WITH THE INTERNATIONAL CRIMES TRIBUNALS OF BANGLADESH
مبدأ «عدم التحيز» في نظام العدالة الجنائية الإسلامية: مقارنة مع محكمة بنجلاديش العسكرية الدولية

332-351 Yrd. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Yılmaz Yurtseven
أ. م. د. يلماز يورتسفان
SUÇ VE CEZALARIN KANUNİLİĞİ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE İSLAM CEZA HUKUKU'NDA ÖRFÎ HUKUKUN YERİ VE OSMANLI UYGULAMASI
THE CUSTOMARY LAW IN ISLAMIC LAW WITHIN THE SCOPE OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY OF CRIMES AND PUNISHMENTS AND THE OTTOMAN PRACTICE
مكانة القانون العرفي في القانون الجنائي الإسلامي والتطبيق العثماني في إطار مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»

İSLAM CEZA HUKUKU VE MODERN CEZA HUKUKU KARŞILAŞTIRMASI
TEBLİĞLER

THE COMPARISON OF ISLAMIC CRIMINAL LAW AND MODERN CRIMINAL LAW
PAPERS

القانون الجنائي الإسلامي و القانون الجنائي الحديث المقارن
أوراق

354-379 Prof. Dr. Abdurrahman Eren
أ. د. عبد الرحمان ايرين
MÜSLÜMAN ÜLKE ANAYASALARINDA CEZA HUKUKU İLKELERİ
THE PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW IN THE CONSTITUTIONS OF ISLAMIC COUNTRIES
مبادئ القانون الجنائي في دساتير الدول الإسلامية

380-407 Dr. Abdurrahman Muhammed Seyyid
د. عبد الرحمن محمد سيد
İDAM CEZASI
THE CAPITAL PUNISHMENT
عقوبة الإعدام

408-421 Ahmad Atif Ahmad
احمد عاطف احمد
İDAM CEZASI & BEDENSEL CEZA
CAPITAL PUNISHMENT AND CORPORAL PUNISHMENT
عقوبة الإعدام و العقوبة الجسدية

CamScanner ile tarandı

Yrd. Doç. Dr. / Asst. Prof. Dr. Yılmaz Yurtseven[1]

أ. م. د. يلماز يورتسفان[١]

SUÇ VE CEZALARIN KANUNİLİĞİ İLKESİ ÇERÇEVESİNDE İSLAM CEZA HUKUKU'NDA ÖRFÎ HUKUKUN YERİ VE OSMANLI UYGULAMASI

THE CUSTOMARY LAW IN ISLAMIC LAW WITHIN THE SCOPE OF THE PRINCIPLE OF LEGALITY OF CRIMES AND PUNISHMENTS AND THE OTTOMAN PRACTICE

مكانة القانون العرفي في القانون الجنائي الإسلامي والتطبيق العثماني في إطار مبدأ «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص»

1 Ondokuzmayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi, Türk Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Ondokuz Mayıs University Ali Fuad Başgil Faculty of Law, Turkish Legal History Department.

١ الأستاذ المساعد د. ييلماز يورت سون، أستاذ في قسم تاريخ الحقوق التركي في كلية علي فؤاد باشغيل للحقوق بجامعة أون طقوز مايس

CamScanner ile tarandı

I. Giriş

İslam ceza hukuku, ilahi kaynaklı bir ceza hukuku sistemi olmakla birlikte, toplumun ihtiyaçlarına ve değişimine uygun olarak yapılacak düzenlemeler konusunda, katı bir karakter sergilememiştir. Asli kaynaklarda, belli başlı suç tipleri (Had ve Kısas) ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bunların dışında kalan suç ve fiillere uygulanacak müeyyideleri belirleme yetkisi, zamanın devlet otoritesine (ulü'l-emr) bırakılmıştır.

Teorik olarak İslam hukuku temeline oturmuş olan Osmanlı Ceza Hukuku, İslam Ceza Hukuku'nun temel esasları yanında ve onun çizdiği sınırlar içerisinde gelişen örfi hukuk ile kendine özgü bir karakter arz etmiştir. İslam Ceza Hukuku'nun temel esasları ve asli kaynaklarla getirilen hükümler aynen uygulanmıştır. Bununla birlikte, toplumsal hayatın getirdiği değişimler ve ihtiyaçlar, yeni cezai müeyyidelerin meydana getirilmesini kaçınılmaz kılmıştır. İslam Ceza Hukuku'nun devlet otoritesine verdiği ta'zir cezası koyma ve uygulama yetkisi, Osmanlı uygulamasında oldukça geniş bir kullanım alanı bulmuştur. Dolayısıyla Türk hukuk tarihinin ve aynı zamanda İslam Hukuk tarihinin önemli bir bölümünü oluşturan Osmanlı hukuku üzerinde incelenip gün ışığına çıkarılacak çok önemli müesseseler ve uygulamalar bulunmaktadır. Şer'î ceza hukukunun dışına çıkmadan ve bu hukukun temel ilkeleri çerçevesinde gelişen Osmanlı örfî ceza hukukunda bilhassa "suç ve cezaların kanuniliği" ilkesi bildirimizin temel hareket noktasını oluşturmaktadır

Batılı hukuk sistemlerinde XVIII-XIX. Yüzyıllarda tartışılmaya başlanan kanunilik ilkesi, İslam Ceza Hukuku'nun doğuşundan bu yana var olan temel prensiplerden biri olmuştur. Kanunilik, İslam ceza hukukunun en temel kaynakları olan Kitap ve Sünnet kaynaklı bir ilkedir. İslam ceza hukukunda "numerusclausus" (sınırlı sayı) olarak belirlenen Had ve Kısas suçlarında bu ilke kesin bir biçimde gözetilmiştir. İslam Hukukunun dışına çıkılmaksızın, düzenlenmesi siyasi otoriteye bırakılmış ve İslam örfî hukukunun uzantısı olan ta'zir suç ve cezalarında ise zaman zaman kimi farklı uygulamalar göze çarpmaktadır.

İslam Ceza Hukukunun önemli ve uzun soluklu uygulama zeminlerinden biri olan Osmanlı Devleti'nde Örfî ceza hukuku geniş bir düzenleme ve uygulama alanı bulmuştur. Osmanlı Örfî ceza hukukunda Ta'zir suç ve cezalarının belirlenmesinde genellikle kanunilik ilkesine uyulmaya özen gösterilmiş, devletin meşihat makamı olan Şeyhülislam ve dolayısıyla ulema sınıfının bu konudaki fetva çalışmaları, söz konusu uygulamaların meşruiyet zeminini oluşturmuştur. Ancak zaman zaman Şer'î sınırları aşan uygulamalar da vukuu bulabilmiştir.

Bu bildiride Osmanlı uygulaması örneğinden hareketle, kanunilik ilkesinin İslam Ceza Hukuku'nun "tazir suç ve cezaları" açısından durumu incelenecektir.

CamScanner ile tarandı

■ II. Kanunilik Kavramı

Suç, insanoğlunun birlikte yaşama arzusunun devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali ya da en azından bu değerleri korumaya ilişkin kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarıdır[1].

Bir ilke olarak suç ve cezaların kanuniliği, kanunun açıkça suç olarak tanımlamadığı bir fiilden dolayı kimsenin yaptırıma tabi tutulamayacağı anlamına gelmektedir. Bir fiil kanunda suç olarak düzenlenmemişse, o fiil suç değildir. Kanunun yasaklamadığı her fiil meşrudur. Ancak fiilin açıkça suç oluşturması yetmez. Fiile uygulanacak yaptırımın da fiil henüz işlenmeden önce belirlenmiş olması gerekir[2].

Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin konulmasının gerekçeleri toplum ve birey bakımından şu şekilde özetlenebilir[3]:

Toplum bakımından kanunilik ilkesinin değeri; kanunda suç ve cezaların düzenlenmiş olması, suç oluşturan fiili işlemeye hevesli ya da niyetli olanları mahkemenin, verebilme veya bertaraf edebilme yetkisine sahip olduğu farazi bir suç ya da cezadan daha fazla düşünmeye yöneltecektir. Toplumsal anlamda bu durum düzenin korunması ve devamına katkıda bulunur.

Birey bakımından ise kanunun suç olarak düzenleyip yaptırıma bağlamadığı bir fiilin işlenmesinden dolayı, muhakeme yapılması imkânı sağlanmaz veya mahkemeye failin öngöremeyeceği bir cezaya hükmedebilme yetkisi tanınırsa, ceza adaleti rastlantılara, keyfi uygulama ve ihtiraslara terkedilmiş olur. Kuşkusuz böyle bir durum, kişi hürriyetini ve güvenliğini tehlikeye sokar. Zira işlediği fiilin suç olup olmadığını, dolayısıyla cezalandırılıp cezalandırılmayacağını önceden öngöremeyen birey, çelişki ve kuşkular içerisinde kalacak, davranışlarında hür iradesini gerektiği gibi kullanamayacaktır. Bireyin özgürlükleri bağlamında kanunilik ilkesi bir güvence fonksiyonu oluşturmaktadır[4].

Kanunilik ilkesi gereği bir fiilin suç sayılması yetkisinin sadece kanuna tanınmasıyla, insan temel hak ve özgürlükleri güvence altına alınmaktadır. Öte yandan bu ilke sayesinde devletin cezalandırma hak ve yetkisi kanunla düzenlenirken, suça verilecek cezanın yine kanun tarafından belirlenmesiyle de cezalandırmada keyfiliğe engel olunmaktadır[5]. Dolayısıyla söz konusu ilke, doğrudan temel hak ve özgürlükleri güvence altına almakla kalmamakta, aynı zamanda hukuki güvenliğin tesisine de hizmet etmektedir.

Kanunilik ilkesinin önemini daha iyi kavrayabilmek için bu ilkenin tarihi gelişimine bakmak gerekir.

A. Eski Çağlarda Suçların Cezalandırılmasına İlişkin Uygulamalar

İlkel ceza hukuku sistemlerinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesinden söz etmek mümkün görünmemektedir. Ceza hukuku kuralları genellikle örf ve adet kuralları şeklinde ortaya çıkmakta, suç kabul edilen davranışlar kabile liderinin keyfi uygulamalarına bağlı olarak cezalandırılmaktaydı. Dolayısıyla, hangi eylemin suç oluşturacağı ve bu eyleme nasıl bir yaptırımın uygulanacağı belirlenmiş değildi[6]. Hukukun bilinen ilk kaynağının inanç sistemleri olduğu düşünülürse ceza hukukuna ilişkin

1 ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 106.

2 HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 12.

3 ARTUK Emin/GÖKÇEN Ahmet/YENİDÜNYA Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 94.

4 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 94.

5 DAĞCI Şamil, İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Diyanet İleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1999, s. 13.

6 AVCI Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınları, Konya 2010, s. 45.

CamScanner ile tarandı

suç ve yaptırımların da –ilkel de olsa- pagan kabile inanışlarından doğması doğaldır. Böyle bile olsa ilkel egemenlerin yönettikleri kabile ya da toplulukları oluşturan insanlar üzerinde tamamen sübjektif ve anlık suç tipleri ve onlara bağlı olarak yaptırımlar ihdas etmeleri beklenen bir sonuç olmalıdır.

Ceza hukukunda yaptırımların evrim süreci dikkate alındığında en ilkel yaptırım şekli olan ihkak-ı haktan günümüze kadar suç ve yaptırım kavramı büyük değişikliklere uğramıştır. Ancak söz konusu evrimin ilerleyişi semavi ve beşeri inanç sistemlerine dayalı hukuk sistemlerinde farklılık gösterir.

B. İslam Ceza Hukukunda Suç Ve Cezaların Kanuniliği İlkesinin Tarihi Kökeni

İslam Hukukunun ortaya çıkışından itibaren kanunilik ilkesi var olagelmiştir. Bu kural ondört asırdır gelişimini ve varlığını sürdüren İslam Hukukunda en temel kaynak olan Kitab'a, Kur'an-ı Kerim'e dayanır. Böylece İslam hukuku, tüm çağdaş hukuk sistemlerinden farklı olarak daha teşekkül döneminde bu ilkeyi olmazsa olmaz bir niteliğe büründürmüş ve bu yönüyle çağdaş hukuk sistemlerinden ayrılmıştır.

Bilindiği üzere İslam hukukunda kanun koyucu (Şârî) Allah'tır. Kur'an hükümlerini açıklayan sünnet ise İslam hukukunun ikinci aslî kaynağıdır. Ayrıca İslam hukuku terminolojisinde ulü'l-emr olarak nitelendirilen siyasi otoritenin de Sınırlı yasama yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkinin sınırlı olmasından kasıt, devlet otoritesinin ancak İslam hukukunun temel kaynaklarında belirlenmiş olan sınırlar çerçevesinde yasama fonksiyonunu yerine getirebileceğidir. Bu çerçevede kaynağını ister Kur'an ve sünnetten, isterse ulü'l –emrden alsın, bir fiil ancak açık ve hiçbir tereddüde yer vermeyecek biçimde suç olarak tanımlandıktan sonra yaptırıma tabi tutulabilecektir[7]. Görülüyor ki İslam Hukuku hukukun kaynağı konusunda yoruma yer vermeyecek biçimde delillerini ortaya koymaktadır.

İslam'ın ve dolayısıyla İslam Hukukunun temel kurallarından biri, "nass (delil-hukuki kaynak) olmadan akıl sahibi insanların fiilleri için hüküm yoktur" şeklindedir. Dolayısıyla kişinin fiilini, yasaklayıcı kural bulunmadan," yasaktır" biçiminde nitelemenin imkânı yoktur. Fiilin yasak olmasına ilişkin bir hüküm bulunmadıkça kişi için herhangi bir fiili ifa etmek ya da terk etmek tamamen onun iradesine bırakılmıştır. Modern hukukun gelişim sürecinde "kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralına karşılık gelen, "*Nullumcrimennullapoena sine lege*[8]" kuralı esasında tamamen bu duruma işaret etmektedir. Ayrıca, İslam hukuku öngörüsünde "fiil ve eşyada asıl olan mübahlıktır". Bu durumda, yasaklanmasına ilişkin bir hüküm bulunmadıkça her fiil veya terk, aslında serbesttir. Fiili gerçekleştirene ya da terk edene herhangi bir yaptırım uygulanamaz[9].

"Kanunsuz suç ve ceza olmaz" şeklinde formüle edilen kanunilik ilkesi doğrudan akıl ve mantığa hitap ederek, İslam'ın adalet ve iyiliği emreden, zulmü, haksızlığı yasaklayan genel hükümlerine değil, bu konuda son derece açık özel hükümlere dayanmaktadır[10]. Kur'an'daki pek çok ayet söz konusu ilkeyi öngörmektedir: *"Biz bir peygamber gönderinceye kadar hiçbir kimseye ve kavme azap ediciler değiliz"*[11]; *"Senin Rabbin, memleketlerin ana merkezlerine, karşılarında ayetlerimizi okuyacak bir peygamber gönderinceye kadar o memleketleri helak edici değildir"*[12]; *"Allah, yasakladığı şeyleri size tek*

---

7 CİN Halil/AKYILMAZ Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram Yayınları, Konya 2014, s. 232.

8 "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin bu latince formülünün kaynağı Alman hukukçu AnselmRittervonFeuerbach olarak kabul edilir. Yazar, 1801 yılında yayınladığı "Lehrbuchdesgemeinen in DeutschlandgültigenPeinlichenRechts" adlı eserinde bu ifadeyi kullanmıştır. ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 94.

9 UDEH Abdülkadir, Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Hukuku –Genel Hükümler- (Mütercim: Prof. Dr. Ali Şafak), Kayıhan Yayınları, İstanbul 2012, c. 1, s. 144.

10 UDEH, s. 146.

11 Kur'an, İsra, 17/15.

12 Kur'an, Kasas, 28/59.

CamScanner ile tarandı

tek açıklamıştır"[13]; *"Yasaklananlar dışındakiler size helal kılınmıştır"*[14]; *Her topluluğa mutlaka bir elçi gönderilmiştir. Ancak bu topluluğun elçisi geldikten sonra onlar hakkında bütünüyle adil bir yargıda bulunulur ve onlara asla haksızlık yapılmaz"*[15].

Kanunilik ilkesiyle ilgili olarak yukarıdaki ayetler aynı zamanda genel olarak hukuki ve cezai hükümlerin ancak bununla ilgili kurallar konduktan sonraki olaylara uygulanabileceğini ortaya koymaktadır. Özellikle Maide 4/95'de yer alan *"Allah geçmiş günahları affetmiştir"* ayeti suçları da kapsayarak *bütün geçmiş günahların affedildiğini belirtmektedir. Yine Hz. Peygamber'in "Kim İslam'da güzel işler yaparsa cahiliye döneminde yaptıklarıyla hesaba çekilmez"; Bilmez misin ki İslam önce işlenen günahları ortadan kaldırmaktadır"* hadisleri de söz konusu ilkenin bir başka biçimde ifade edilmesidir. Kaldı ki İslam'ın sorumluluk anlayışına ilişkin bu hükümlerinin ceza hukukunu da kapsadığını düşünmemek için bir sebep yoktur[16].

Kanunilik ilkesi İslam Ceza Hukukunda kıyasın uygulanmasını da imkânsız hale getirmiştir. Çünkü hâkime kıyas yoluyla suç ve ceza ihdası yetkisinin verilmesi, kanunlarda olmayan fiillerin suç sayılması ve yine kanunla düzenlenmemiş yaptırımların uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Konu, İslam hukukçuları arasında da tartışılmış ve bu konuda iki farklı bakış açısı ortaya çıkmıştır. Bir kısım hukukçuya göre had ve kısas suçlarında ve keffâretlerde kıyas uygulanamaz. Çünkü bunların illeti bilinemez. İlleti bilinemeyince de bunlara dayanılarak kıyas yapılamaz. Ayrıca kıyasta hata ihtimali vardır. Kaldı ki hata ihtimali bir şüphe olup, şüphe ile had cezaları düşer. Diğer grup hukukçular ise kıyas ile bu tür suç ve cezaların ihdas edilebileceğini, örnek olarak da Hz. Ali'nin şarap içme (haddi şirb-sarhoşluk) suçunu kazf (iffete iftira) suçuna kıyas ettiğini ileri sürmektedirler. Diğerleri bu cezanın kıyasla değil, icma ile sabit olduğu iddiasındadırlar[17]. Kanaatimizce söz konusu tartışmalar kıyas yasağının kanunilik ilkesinin bir sonucu olduğunu göstermektedir.

Kanunilik ilkesi suçun kanuni unsurunu oluşturur. İslam hukukçularına göre suç ve cezaların kanuniliğinden amaç, "hakkında herhangi bir hüküm bulunmadan bir fiilin suç sayılmaması ve failine ceza verilememesi"dir. Bir fiilin yasak sayılabilmesi için nassa ihtiyaç vardır. Ayrıca failin cezalandırılabilmesi için fiilin gerçekleştiği anda kanunla konulmuş, yürürlükte olan bir cezanın bulunması şarttır. Bu ilkenin özü "kanunsuz suç ve ceza olmayacağı" hükmüdür[18] .

Kanunilik ilkesinin mantığı, kişilerin yasak olan fiil ve hareketleri önceden bilmelerini sağlamak düşüncesine dayanır. Kişi ancak bu şekilde hareketlerini düzenleyebilir. İslam Ceza Hukuku açısından kanunilik ilkesi had ve kısas suçlarında en ince ayrıntılarına kadar geçerlidir. Ta'zir suçlarında ise ilkenin uygulanacağı bir gerçektir. Ancak İslam Hukuku bu çeşit suçlarda had ve kısas suçlarında olduğu gibi açık hükümler içermez. Çünkü bütün ta'zir suçlarını kendisi belirlememiştir. Fakat ulü'lemr bu kuralın uygulanmasından kesin olarak sorumludur. Nitekim Osmanlı Ceza Hukuku uygulamasında Fatih, Kanunî ve benzeri ceza kanunlarının belirlediği suçlar dışında suç icat edilmemiştir[19].

Kanunilik ilkesinin üç yönü vardır. Bunlar, cezaî hükümlerin zaman, yer ve kişi bakımından yürürlüğüdür.

---

13 Kur'an, En'am, 6/119.

14 Kur'an, Nisa, 4/24.

15 Kur'an, Yûnus, 10/47.

16 AYDIN Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 159, dipnot 18.

17 AYDIN, s. 160.

18 ŞAFAK Ali, Mezhepleraası Mukayeseli İslam Ceza Hukuku, Erzurum 1977, s. 36; BARDAKOĞLU Ali, "Ceza" , DİA, c. VII, İstanbul 1993, s. 475.

19 CİN Halil/AKGÜNDÜZ Ahmet, Türk Hukuk Tarihi c. 1, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1995, s. 253-254;BARDAKOĞLU Ali, "Ceza", DİA, c. VII, s. 475; YURTSEVEN Yılmaz, Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Ta'zir Suç ve Cezaları (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Konya 2001, s. 13.

CamScanner ile tarandı

1. Zaman Bakımından Yürürlük

Ceza kanunlarının geçmişe yürümemesi kuralı olarak ifade edilen bu esas, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucudur. Ceza hukukunun zaman bakımından uygulanmasıyla bugün kastedilen, ceza kanunlarının yürürlük tarihinden itibaren işlenen suçlara uygulanması ve daha önceden işlenmiş suçlara uygulanmamasıdır. Ancak bu kuralın istisnası sanığın lehine olan hükümlerin geriye yürümesidir[20].

2. Yer Açısından Yürürlük

Ceza hukukunun yer bakımından uygulanması klasik kaynaklarda daha çok İslam ülkesi dışında (Darü'l-Harb) işlenen suçların İslam ülkesinde (Darü'l-İslam) cezalandırılıp cezalandırılmayacağı meselesiyle ilgili olarak tartışmalara konu olmuştur . İslam hukukuna göre dünya Darü'l-Harb (harb ülkesi) ve Darü'l-İslam (İslam ülkesi) olarak iki kısma ayrılır. İslam ülkesinde yaşayanlar ya müslümandır ya İslam ülkesi vatandaşı gayrimüslimlerdir (zimmîler) yahut da izinli ve pasaportlu olarak İslam ülkesine gelmiş olan müste'menlerdir .Harb ülkesinde yaşayanlar ise ya harbî (gayrimüslim) ya da müslümandır. Problem, Darü'l-Harb'de suç işleyen kimsenin İslam ülkesine döndüğü zaman cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Bu konuda Ebu Hanife, İslam ülkesinde müslüman ve zimmîlere İslam hukukunun her halde uygulanacağı görüşünü savunmuştur. Ancak müste'menlere sadece şahıs haklarını ilgilendiren suçlarda İslam hukuku uygulanacak, Allah hakkına yönelik suçlarda ise İslam hukuku uygulanmayacaktır. Ebu Yusuf aksi görüşte olup, İslam ülkesinde suç işleyen herkese İslam hukukunun uygulanacağını belirtir. Osmanlı uygulaması Ebu Yusuf'un görüşünü esas almıştır. Müslümanlar ve zimmîler Darü'l-Harb'de işledikleri suçlardan dolayı ülkelerine (Darü'l-İslam'a) döndüklerinde cezalandırılmazlar. Çünkü bu suçları işledikleri yerde İslam devletinin hükümranlık hakkı yoktur. Ancak kul hakkını ilgilendiren suçlarda tazminat hakkı saklıdır[21] .

İmam Malik, İmam Şafi ve Ahmed bin Hanbel'e göre ise İslam ülkesinde işlenen suçlar kimin tarafından işlenirse işlensin İslam hukukuna göre cezalandırılır. Darü'l Harb'de suç işleyen müslüman ya da zimmî ise İslam ülkesine döndüklerinde İslam hukukuna göre cezalandırılır[22] .

3. Kişi Bakımından Yürürlük

İslam ceza hukukunda genel kural, suçlular arasında eşitliğe uyulması ve herhangi bir ayrım yapılmamasıdır. Ancak kendine özgü niteliği olan bazı kişi ve gruplar hakkında farklı görüşler vardır. Hanefilere göre devlet başkanı Allah hakkına yönelik suçlardan (hadd) sorumlu değildir. Çünkü bu suçların takibi devlet başkanının sorumluluğu altındadır. Ancak kısas ve diyet suçlarında hiçbir dokunulmazlıkları yoktur. Diğer mezhepler ise devlet başkanı için hiçbir dokunulmazlık kabul etmezler[23].

Yine zimmîlere de esas olarak İslam hukuku uygulanmakla birlikte, Ebu Hanife'ye göre içki içme suçu açısından özel bir durum söz konusudur. Zimmîlerin kendi dinleri içki içmeyi yasaklamadığı için bu konuda cezaî sorumlulukları yoktur. Ancak diğer hukukçular bunu kabul etmezler. Ayrıca köleler için de birtakım indirim ve muafiyetler söz konusudur[24] .

---

20 Bir başka istisna da kamu güvenliğini ve düzenini doğrudan ilgilendiren önemli suçlarda ceza kurallarının geriye yürüyebileceğidir. Devlet ve millet aleyhine suçlar gibi. Ancak bu husus mecburi değildir. CİN/AKGÜNDÜZ, c. I, s. 255

21 YURTSEVEN, s. 14-15.

22 ÖZEL Ahmet, İslam Hukukunda Ülke Kavramı, İstanbul 1984, s. 156-157.

23 YURTSEVEN, s. 15.

24 Geniş bilgi için bkz. CİN/AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 232-238.

CamScanner ile tarandı

İslam ceza hukuku için kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralı bir "olmazsa olmaz"ı ifade ederken, Batılı hukuk sistemlerinde bu ilkenin gelişimi son derece geç dönemlere rastlamaktadır. Ne antik Yunan'da ne de Roma'da söz konusu ilkeye ilişkin gelişmeler göze çarpmaz. Ceza hukukun Batı'daki evrimini gözden geçirecek olursak özellikle Ortaçağ feodalizminde bu ilkeden söz edebilmek mümkün değildir. Feodal sistemin temelini oluşturan asiller-köylüler ayrımı, her şeyden önce bu iki gruba mensup insanların aynı mahkemede yargılanamayacağı gerçeği ile karşılaşırız. Feodalizm[25], primitif bir federal yapı görüntüsü vermektedir. Bu yapıda, toprak mülkiyeti belli hizmetler ve özellikle askeri hizmet karşılığında kral tarafından derebeylerine dağıtılır. Derebeyinin mülkiyeti toprak üzerinde yaşayan insanları da kapsar. Her derebeyi kendi toprakları ve bu topraklar üzerinde yaşayan ahali üzerinde sınırsız yasama, yürütme ve yargı yetkilerine sahiptir. Dolayısıyla derebeyleri kendi toprakları üzerinde bağımsız hareket edebilirler. Ahali üzerine dilediği gibi vergi koyabilir, angaryalar yükleyebilir. Ceza hukuku açısından tam anlamıyla yetkiyi elinde bulunduran derebeyini kendi topraklarında yaşayan ahali karşısında sınırlayabilecek bir güç yoktur. Bu noktada, suç ve cezaların kanuniliğinden söz edilemez. Kendisi de bir derebeyi olan kral da yalnızca kendi toprakları üzerinde yaşayan ahaliden sorumludur. Bununla birlikte kral gücü ve otoritesi elverdiği ölçüde diğer derebeyleri üzerinde bir takım yetkilere sahip olabilir.

Ortaçağ Avrupa feodalizminde kral-derebeyi ilişkisi vergilendirme ve asker besleme şeklinde belirmiştir. Derebeyleri kendilerinden daha güçlü olan krala vergi öder. Savaş durumunda besledikleri askerlerle birlikte kralın ordusuna katılırlar. Feodal organizmanın karşılaşacağı dış tehditlere karşı nispeten gevşek bağlarla birbirine bağlanmış bu ilkel federe yapılar ortak hareket ederler. Soylu lordlar arasında ortaya çıkabilecek cezai uyuşmazlıkların çözüm yeri kralın kuracağı mahkemedir. Burada uygulanacak hukuk daha çok bir takım teamüllerden başka bir şey değildir.

Topun icadı feodalizmin çöküşünü getirmiştir. Feodalizmin çöküşü düşünce ve bilimin gelişmesini de hızlandırmıştır. Batı'da ortaya çıkan aydınlanma felsefesi ve reform hareketleri sürecinde, ceza hukuku alanında suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin tartışılmaya başlanmıştır.

Batı dünyası için "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin kabulü, oldukça uzun bir sürece işaret etmektedir. Eski ve orta çağlarda kanunun suç saymadığı bir fiilin cezalandırılmasına veya hâkimin faili kanunda var olan cezalardan kendisine en uygun görüneni ile cezalandırmasına bir tepki olarak ortaya çıkan ilkenin gerekleri önceleri kıskançlıkla uygulanmıştır. Her suç için sabit yaptırımlar konarak hâkime takdir yetkisi tanınmamıştır. Hatta 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunu'nda olduğu gibi hâkim adeta kanun hükümlerini sadakatle uygulamak zorunda olan bir memur haline getirilmiştir. Ancak her suç için tek ve sabit bir cezanın uygulanması zamanla bir takım sakıncaları da ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle suçlara uygulanacak yaptırımların aşağı ve yukarı hadlerini belirleyen yeni bir sistem ortaya konularak, hâkime bu iki had arasından cezayı belirleme yetkisi tanınmıştır. Örneğin 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu bu prensibe bağlı kalınarak düzenlenmiştir[26].

Avrupa ceza kanunlarında kanunilik ilkesinin yer aldığı ilk metin, imparator II. Joseph'in hazırlattığı 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunu'dur. Söz konusu kanunda *"Mevcut ceza kanunu tarafından ancak kanuna aykırı olarak ilan edilen hareketler cürüm olarak sayılır ve muamele görürler"* hükmü ile suçların ancak kanunla düzenlenebileceği belirtilmiştir. Kanunilik ilkesi sırasıyla, 1789 Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi, 1791 ve 1793 Fransız Anayasaları, 1810 Fransız Ceza Kanunu, hukuk

25 Kavramla ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. CİN Halil/AKYILMAZ Gül, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1995.

26 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 95.

CamScanner ile tarandı

devleti ilkesinin kabul görmeye başlamasıyla diğer Batılı ülkelerin anayasa ve ceza kanunlarında yer almaya başlamıştır. Nihai gelişimini yirminci yüzyılda tamamlayan ilke 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve 4 Kasım 1950 tarihli "İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Avrupa Devletleri Arasında İmzalanan Sözleşme"de hüküm altına alınmıştır[27].

■ III. Osmanlı Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi

İslam dininin hayatın tüm yönlerini kapsayan bir sistem olması, doğal olarak Osmanlı Devleti'nin birçok alanda olduğu gibi hukuk alanında da İslam hukukunu esas alması sonucunu doğurmuştur.

İslam Ceza hukukunda suç ve cezalar had, kısas ve ta'zir olmak üzere üç gruba ayrılır. Had suçları, Allah (Kamu) hakkını ihlal eden, yaptırımı bizzat kanun koyucu olan Şârî tarafından kesin olarak belirlenen suç tipleridir. Tanımda da ifade edildiği had, suç oluşturan fiile değil, ona uygulanacak olan yaptırıma karşılık gelir. Ancak klasik fıkıh eserlerinde had kavramı hem fiil hem de yaptırım olarak kullanılmış ve böyle yerleşmiştir. Had suçları toplumsal yönü ağırlıklı olan hak ve menfaatleri ihlal ettiği için tanımdaki "Allah hakkı" ibaresi kamu hakkı olarak yorumlanmıştır[28]. Tanımından da anlaşılacağı üzere had cezaları miktarı ve sınırları kesin olarak belirlenmiş olan yaptırımlar olduğundan faile verilmesinde hâkimin takdir yetkisi mevcut değildir. Suçun unsurları tamam ise hâkim asli kaynaklarda belirtilen cezayı vermekle yükümlüdür. Benzer şekilde suç, Allah (Kamu) hakkını ihlal etmiş bir eylem olduğundan, uygulanacak yaptırımın hiçbir şekilde düşürülmesi, azaltılması veya affa uğraması mümkün değildir.

Kısas ve diyet gerektiren suçlar ise kişinin hayatına ya da vücut bütünlüğüne yönelik müessir fillerdir. Bu suçlara uygulanacak yaptırımlar da bizzat aslî kaynaklar olan Kur'an ve Sünnet ile belirlenmiştir. Had cezalarında olduğu gibi bu fillere uygulanacak yaptırımlar kesin ve net olarak belirlenmiş, uygulanmalarında herhangi bir azaltma, artırma ya da takdir yetkisi söz konusu değildir. Ancak had cezalarından farklı olarak bu suç tiplerine uygulanacak yaptırım, mağdur ya da mağdurun mirasçıları tarafından affedilebilirler[29].

Ta'zir suçları ise yaptırımı Kur'an ve sünnet tarafından belirlenmemiş, düzenlenmesi İslam hukukunun çizmiş olduğu sınırlar çerçevesinde sınırlı yasama yetkisine sahip olan siyasi otoriteye veya mahkemeye bırakılmış suçlardır. Bu suçlar içerisinde kamu hakkını ihlal edenler olduğu gibi kişi hakkını ihlal edenler de vardır. Had ve kısas suçlarında sınırlı sayı ilkesi (numerusclausus) geçerliyken ta'zir suçlarında herhangi bir sınırlama mevcut değildir[30]. Toplumsal ihtiyaçlar, iktisadi, siyasi, sosyal ve hatta teknolojik gelişmeler yeni yeni ta'zir suçlarının ortaya çıkmasına neden olabilir. Örneğin, günümüzden 30-35 yıl öncesine kadar internet gibi bir uygulamadan söz edilemezdi. Oysa günümüzde internet sosyo-ekonomik ve kültürel hayatın içine oldukça girmiş, internet üzerinden işlenebilen "bilişim suçları" ortaya çıkmıştır. İşte böyle bir suç, bir örfî hukuk ürünü olan ta'zir suçları ve yaptırımlarına çarpıcı bir örnektir. Dolayısıyla siyasi otorite örfî hukuk yapma yetkisine dayanarak son derece kapsamlı ve geniş düzenlemeler yapabilir.

Osmanlı Devleti'nde esas itibariyle hukukun diğer alanlarında olduğu gibi ceza hukukunda da İslam hukuku ilkeleri geçerli olmuştur. Ancak İslam Ceza Hukuku'nda devlet başkanına, ta'zir suç ve ce-

27 ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA, s. 96-97.

28 ARIKAN Baha, "İslam Ceza Hukukunun Esasları", Adalet Dergisi, yıl 53, sy. 11-12, Ankara 1962, s. 1191; DAĞCI, s. 24; CİN/AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 229; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 154.

29 Had suç ve cezaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. UDEH, c. 1, s. 643 vd.

30 AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 155.

CamScanner ile tarandı

zaları konusunda tanınan geniş takdir yetkisi dikkat çekicidir. Bu yetki Osmanlı padişahları tarafından, bütün İmparatorluk topraklarında yürürlükte olan hukuk normları koymak şeklinde kullanılmıştır. Sonuçta fıkıh kitaplarında var olan cezai esasların yanı sıra bir takım yeni esaslar ortaya çıkmıştır. Kaynağını devletin başı olan padişahtan alan bu esaslar, zaman içinde belli bir bütünlüğe ulaşınca "örfî hukuk" adıyla anılmıştır. Dolayısıyla Osmanlı Ceza Hukuku dendiğinde sadece Şer'î veya Örfî ceza hukuku değil, bu ikisinin birlikte oluşturduğu bir sistem anlaşılmalıdır[31].

Osmanlı ceza hukukunda had ve kısas suçlarına ilişkin olarak kanunilik ilkesi genel kurallara tabidir. Dolayısıyla bu suçlar için kanunilik ilkesine sıkı sıkıya uyulduğu söylenebilir. Ta'zir suçlarında ise kanunilik kural, ihlali ise istisnadır. Açıkçası bu suç tiplerinde tam olarak bu ilkeye göre uygulama ya gidildiğini söyleyebilmek her zaman mümkün görünmemektedir. Ancak bu yaptırımlarda tam bir keyfiliğin uygulandığı düşüncesini de akla getirmemelidir. Ta'zir suçlarının düzenlenmesinde iki usul benimsenmiştir. Birinci usulde meydana gelen her münferit olay siyasi otorite ya da mahkeme tarafından bağımsız olarak değerlendirilmiş ve yaptırımı belirlenmiştir. İkinci usulde ise ta'zir suç ve yaptırımlarının çıkarılacak kanunlarla ayrıntılı olarak düzenlenmesi ve mahkemelerin bu kanunları hükme esas almasıdır. Osmanlı Devleti ikinci yolu benimsemiş ve ta'zir gerektiren fiiller genellikle padişah kanunnameleriyle düzenlenmiş ve kanunilik ilkesine olabildiğince uyulmaya çalışılmıştır[32]. Ayrıca yargılama yapılmaksızın, başka bir deyişle hâkim kararı olmaksızın kimseye ceza verilmemesi kuralına da özel bir itina gösterilmiştir. Nitekim Yavuz Sultan Selim Kanunnamesi'nin 50. maddesinde *"...ve kadimarifetünsüz kimesneyi habsetmeyeler"* hükmü yer almaktadır[33].

Osmanlı ceza hukukunun önemli yürürlük ve bilgi kaynaklarından biri de kanunnamelerdir. Bilindiği gibi Osmanlı İmparatorluğu'nda Şer'i hukukun yanında ve ona aykırı olmamak kaydıyla Örfî hukuk da gelişmiştir. Padişahların emir ve fermanlarıyla va'zettikleri kanun ve nizamları bir araya toplamak suretiyle düzenlenen mecmualara "kanunname" adı verilmiştir. Ayrıca bu mecmualarda toplanan kanunlardan, belli bir zümre veya alana ait olanlar da aynı adla anılmaktadır. Birer Örfî hukuk düzenlemeleri olan kanunnamelerde daha çok idare, maliye ve ceza gibi kamu hukuku alanlarında düzenlemeler mevcuttur. Çünkü özel hukuka ilişkin kurallar Şer'i hukukun asli kaynaklarında genellikle ayrıntılı olarak düzenlenmiştir[34].

Osmanlı Kanunnameleri esas olarak üç grupta değerlendirilmektedir. Birincisi, belli bir konuda hüküm ihtiva eden kanunnamelerdir. Bunlar, ferman, berat ve yasak name şeklinde va'zedilirler. Mahalli idarecilere ve kadılara gönderilen bu kanunnameler, sancak kanunnamelerinin ve genel kanunnamelerdeki pek çok hükümlerin ilk şekillerini oluşturmaktadırlar. Bunlar, nişancı[35] tarafından hazırlanır, Di-

---

31 AYDIN Mehmet Akif, "Ceza", DİA, c. VII, İstanbul 1993, s. 478.

32 AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 159; CİN/AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 233.

33 CİN/AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 233. Konu ile ilgi ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. AKYILMAZ Gül, "Osmanlı Hukukunda Masuniyet-i Şahsiye İlkesi", I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi, İstanbul 21-22 Aralık 2012, I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri (editör: Fethi Gedikli), XII Levha Yayınları, İstanbul 2014, s. 163 vd.

34 BARKAN Ömer Lütfi, "Kanun-name", MEBİA, c. VI., İstanbul 1977, s. 185-187.

35 "Divan-ı Hümayun'un asli üyesi olan nişancı, görevinin hemen hemen tamamını bu divan içinde yürütür. Terminolojik açıdan nişancı, "padişah fermanlarına tuğrayı çeken kişi" anlamına gelse de görevi sadece bununla sınırlı değildir. En önemli görevi olan tuğra çekmenin yanında, fermanların hazırlanmasını sağlamak, çok önemli fermanları bizzat kaleme almak ve yeni konulacak ya da değiştirilecek Örf'i hukuk kurallarının saptanmasıyla uğraşmak diğer önemli fonksiyonlarıdır. Özellikle Örfî hukuk kurallarının hazırlanmasındaki uğraşıları dolayısıyla nişancıya "müfti-i kanun" da denmiştir". MUMCU Ahmet, Hukuksal ve Siyasal Karar Organı Olarak Divan-ı Hümayun, Ankara 1976, s. 47-48; Müfti-i Kanun olarak nişancıların, Örfî kanunları iyi bilmek, yeni ve eski kanunları ve bunlarla Şer'i hükümleri telif etmek, gerektiğinde de Divan-ı Hümayun'da bu konularda fikir beyan etmek gibi sorumlulukları vardır. UZUNÇARŞILI İsmail Hakkı, Osmanlı Devleti'nin Merkez ve Bahriye Teşkilatı, Ankara 1984, s. 214; "Nişancının en kayda değer ve orijinal görevi Örfî kanunların hazırlanmasında oynadığı roldür. Bu açıdan ulü'l-emrin örfî hukuk yapma yetkisini temsil ettiği söylenebilir". CİN Halil/AKYILMAZ Gül, Tarihte Toplum ve Yönetim Tarzı Olarak Feodalite ve Osmanlı Düzeni, Konya 1995, s. 206; FENDOĞLU Hasan Tahsin, Türk Hukuk Tarihinde Yargı Bağımsızlığı (Yayımlanmamış Doçentlik Tezi), Diyarbakır 1995, s. 61; Nişancı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz., AKYILMAZ Gül, Osmanlı Diplomasi Tarihi ve Teşkilatı, Konya 2000, s. 28-35.

CamScanner ile tarandı

van-ı Hümayun'da tartışılıp görüşülür. Sadrazam tarafından padişaha arzedilip onaylandıktan sonra yine nişancı tarafından tuğra çekilerek kesinleşir[36].

Sancak ve vilayetlerde geçerli olan arazi ve vergi kanunlarını toplayan vilayet veya sancak kanunnameleri, ikinci grup kanunnameleri oluşturur. Bunlar belli bir bölgede yürürlükte olup, daha çok arazi ve vergi hukukuyla ilgili hükümleri bir araya getiren kanunnamelerdir. Bunlara özel kanunnameler de denir. Bu kanunnamelerin birer nüshası o vilayet ve sancakta, diğeri de İstanbul'da bulunan tahrir defterinin başına dercedilir. Siyaset cezalarını bir araya getiren siyasetnameler ve Fatih'in teşkilat kanunnamesi bu gruptandır[37].

Sancak kanunnameleri, muttasal defterlerin başına kaydedilir. Çok önemli sayılanlar, merkezde ve nişancının evinde kaleme alınır. Mümeyyiz tashih eder. Sadrazamın arzı ile padişahın onayına sunulur. Padişahın onayından sonra nişancı tuğra çeker. Böylece kanunname kesinleşmiş olur[38].

Bütün İmparatorlukta geçerli olan hükümleri bir araya getiren genel kanunnameler ise üçüncü grubu oluşturur. Nişancı tarafından padişahın fermanı üzerine hazırlanırlar. Divan-ı Hümayun'da görüşülüp üzerinde tartışılır. Sadrazam bizzat bu tartışma ve görüşmelere katılır. Padişaha arzedilir. Padişahın onayından sonra, nişancının tuğra çekmesiyle yürürlük kazanarak tüm reayayı bağlar. Özellikle Kavanin-i Örfiye-i Osmanî adıyla anılan bu kanunnameler, Şer'î fetva ve kaza süzgecinden geçirilir[39]. Genel kanunnameler bütün İmparatorluk topraklarında yürürlükte olan ve daha ziyade ceza, arazi ve vergi hukuku alanlarındaki hükümleri bir araya toplayan kanunnamelerdir[40]. Genellikle bu tip kanunnamelerin düzenlenmesinde güdülen amaç, bir taraftan kanun yapanlara örnekler vermek diğer taraftan kanunları uygulayacak olanlara, hüküm verirken kullanmaları veya emsal bulmaları için kolaylık sağlamaktır[41]. Fatih'in Teşkilat ve Kanun-i Osmanî olmak üzere iki, II. Bayezid, Yavuz, Kanunî ve bir görüşe göre III. Ahmed'in birer umumî Kanunnameleri vardır[42].

Kadıların özellikle ceza, arazi ve vergi hukuku alanlarında en önemli yardımcıları olan kanunnamelerin, Osmanlı hukukunun uygulanmasında da etkili oldukları bir gerçektir. Örfî hukukun gelişmesi ile birlikte özellikle ceza hukuku alanında kanunnameler, kadıların kullandıkları önemli yürürlük kaynağı olmuşlardır. Zaman zaman kadıların ellerindeki kanunname nüshalarını merkeze göndererek, son değişikliklere göre tashih ettirdikleri görülmektedir. Hatta bu kanunnamelerin bir örneğinin isteyen kişilere belirli bir ücret karşılığında verildiği de bilinmektedir. Bu, kanunname muhtevasını vatandaşların da öğrenmesini sağlayan bir uygulamadır. Böylece kanun egemenliğinin sağlanması ve kanunilik ilkesi yolunda önemli bir fonksiyon yerine getirilmiştir[43].

Klasik dönem Osmanlı Kanunnameleri suç ve cezaların kanuniliği ilkesi bağlamında son derece çarpıcı düzenlemelerdir. Çağdaşları ile karşılaştırıldığında söz konusu padişah kanunnamelerinde özellikle kanuna uyulması hususunda vurgu yapılıyor olması bu düşünceyi güçlendirmektedir. Söz-

36 ANHEGGER Robert/İNALCIK Halil, Kanunname-i Sultânîber Müceb-i Örf-i Osmânî, Ankara 1956, s. 14-17; AYDIN Mehmet Akif, "Osmanlı'da Hukuk", Osmanlı Devleti Tarihi (ed. Ekmeleddin İHSANOĞLU), İstanbul 1999, s. 416-417; AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, İstanbul 1990, c. I, s. 85; YURTSEVEN, s. 8.

37 AYDIN Mehmet Akif, "Osmanlı'da Hukuk", Osmanlı Devleti Tarihi (ed. Ekmeleddin İHSANOĞLU), İstanbul 1999, s. 417.

38 AKGÜNDÜZ Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri c. 1, İstanbul 1990, s. 84; YURTSEVEN, s. 9.

39 AKGÜNDÜZ, c. 1, s. 83.

40 AYDIN, Osmanlı'da Hukuk, s. 417.

41 ANHEGGER Robert/İNALCIK Halil, Kanunname-i SultânîberMüceb-i Örf-i Osmânî, Ankara 1956, s. 11.

42 AKGÜNDÜZ, c. 1, s.83; YURTSEVEN, s. 10.

43 AYDIN, Osmanlı'da Hukuk, s. 417;YURTSEVEN, s. 10.

CamScanner ile tarandı

gelimi, 1453 tarihli Fatih Sultan Mehmed'in kanunnamesi *"Bu kanunname atam ve dedem kanunudur ve benim dahi kanunumdur. Evlâd-ı kiramım neslenbâ-de neslin bununla amil olalar"* hükmüyle başlamakta ve kanuna uygun davranmayı salık vermektedir. Adı geçen kanunname özellikle ceza hukukuna ilişkin olarak önemli düzenlemeler getirmektedir.

Benzer şekilde 1527 tarihli, Kanuni Sultan Süleyman döneminde çıkarılan bir başka kanunname ise ceza hukuku açısından son derece kapsamlı hükümler getirmektedir[44]. Bir örfî hukuk düzenlemesi olan kanunnameler, had ve kısas suçlarını da düzenleyebildiği gibi, tamamen örfî hukuka ilişkin düzenlemeler de getirebilirler.

Osmanlı Devleti'nde kanunilik prensibine resmi belgelerde ilk kez II. Mahmud'un ilmiye ve memurin sınıfları için çıkarmış olduğu 1838 tarihli iki kanunnamede yer verilmiştir. Müslüman ve gayrimüslim tüm tebaa için kanunilik ilkesinin dile getirildiği ilk belge ise 1839 Tanzimat Fermanı'dır. 1840, 1851 ve 1858 tarihlerinde çıkarılan Ceza Kanunnamelerinde bu ilkeden açıkça bahsedilmez. 1876 Kanun-ı Esasisi ise ilkeye tereddütsüz olarak yer vermektedir[45].

Gerek padişah kanunnameleri gerek sancak kanunnameleri gerekse son dönemde yapılandiğer pek çok örfî düzenleme, Osmanlı ceza hukuku açısından çağının çok ilerisinde bir kanunilik anlayışına sahip düzenlemelerdir. Böyle olmakla birlikte, özellikle örfî ceza hukukunda kanunilik ilkesine kesin olarak uyulduğunu söyleyebilmek de mümkün değildir. Hakkında ciltler dolusu eserlerin yazılabileceği bu konu kuşkusuz bir bildiri olma endişesi taşıyan bu çalışmanın haddini aşacaktır. Bu nedenle kanunilik ilkesini aşan uygulamalar noktasında, Osmanlı ceza hukuku sistemi içerisinde iki çarpıcı uygulamayı burada biraz daha ayrıntılı incelemek kanaatimizce yararlı olacaktır. Bunlar kardeş katli meselesi ve kul sistemi uygulamalarıdır.

A. Kardeş Katli Meselesi

Osmanlı Devleti'nde XVII. yüzyıla gelinceye kadar padişahı belirleme konusunda yerleşmiş bir usulün olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu konuda, İslâmî esaslar ve eski Türk geleneklerinden hareketle, egemenliğin ancak Allah'ın lütuf ve inayetiyle bir şahsa tevdi edilebileceği inancı yaygınlaşmıştır. Fatih'in ünlü Teşkilat Kanunnamesi'nde padişah olma konusunda herhangi bir usul öngörmeyerek "Ve her kimesneye evladımdan saltanat müyesser ola, karındaşların nizam-ı alem için katl etmek münasibdir. Ekser ulema dahi tecviz etmişdir. Anınla amil olalar[46]" ifadesini kullanması bu anlayışın bir sonucu olarak yorumlanabilir. Osmanlı padişahları cülüslarını ilan eden fermanlarda "Allah'ın lütuf ve inayeti" inancını hep vurgulamışlardır. Bunun gibi, padişah tahttan indirileceği zaman da Allah'ın isteklerine, emirlerine karşı geldiği, Şeriat'a aykırı davrandığı iddiasına dayanılmıştır[47]. Bu noktada, kardeş katli uygulamasını kanunilik ilkesi çerçevesinde değerlendirecek olursak, kuşkusuz uygulamanın yasal dayanağının olduğu, dolayısıyla bir yaptırımdan öte, egemenliğin güvencesi için

---

44 Örneğin, *"Eğer bir kimesne zinâ eder görülse, şer'an üzerine sabit olsa, lâkin alâvech'iş-şer' recmkılmalu olmasa, eğer eğer evlüolub bin akçe ve dahi ziyadeye mâlik olsa, dörtyüz akçe cerîme alına; mutavassıt'ul-hâl olsa veya fakir olsa, elli akçe alına."* Söz konusu kanunnameler hakkında geniş bilgi için bkz. AKGÜNDÜZ, Ahmet, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Birinci Cild, Kamu Hukuku, İstanbul 2011.

45 Kanun-ı Esâsî m. 10: "Hürriyet-i şahsiye her türlü taarruzdan masûndur. Hiç kimse kanûnuntâyin ettiği sebeb ve sûretten maada bir bahane ile mücazaât olunamaz. Hürriyet-i şahsiye her türlü taarruzdan masundur". Söz konusu madde II.Meşrutiyet'in ilanından sonra yapılan değişiklikle, "Hiç kimse şer' ve kanûnuntâyin ettiği sebeb ve sûretten maada bir bahane ile tevkif ve mücazaât olunamaz." şeklini almıştır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BEKRİ M. Nedim, Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Bu İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması (yayımlanmamış doktora tezi) Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 87-90.

46 Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi, m. 37, AKGÜNDÜZ, Kanunnameler, c. I, s. 328.

47 İNALCIK Halil, "Osmanlı Padişahı, AÜSBFD, c. XII, No. 4, Ankara 1958, s. 73; YURTSEVEN Yılmaz, Osmanlı Devleti'nde Siyasal İktidarın Meşruluk Temelleri (yayımlanmamış doktora tezi), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2006, s. 84. Osmanlı Devletinde kardeş katli meselesi ve hukuki tahlili hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKMAN Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Kardeş Katli, Eren Yayıncılık, İstanbul 1997.

CamScanner ile tarandı

bir tedbir olarak değerlendirebileceğimiz bu uygulamanın kanunilik ilkesine uyduğunu söyleyebiliriz. Ancak sorun bu örfî düzenlemenin Şer'î İslam Ceza Hukukuna ne derece uyduğudur.

Fatih'in Teşkilat Kanunnamesinde yer alan kardeş katli ile ilgili hüküm, Şer'î ve Örfî olmak üzere iki temel dayanağa dayandırılmaya çalışılmıştır. Hükmün Şer'î dayanağı bir had suçu olan devlete isyan (bağy) suçudur. Bu suçun unsurları, meşru devlet otoritesine karşı, kendilerince haklı bir sebebe dayanarak, toplu halde ve kuvvet kullanarak ayaklanmaktır.

"Bağy" (isyan) suçu, içinde birkaç suçu birden barındırabilen karma nitelikte bir eylemdir. Bu nedenle, suçun hangi aşamasına ne tür cezanın uygulanacağı ve verilecek cezanın had mi yoksa ta'zir mi olduğu İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Bunda bağy suçu ve cezası hakkında Kur'an ve Sünnet'te doğrudan bir hüküm bulunmayışının da etkisi vardır[48]. İsyancılar düşüncelerini propagandaya dönüştürürlerse uyarılırlar. İleri giderlerse ta'zir cezaları ile cezalandırılırlar. Ancak kuvvet kullanarak isyan ettikleri an kendileri ile savaşılır ve cezaları idamdır[49]. Öte yandan Hanefîlerin bağy suçunu adi suçlardan ayrı tutarak olağanüstü durum ve ve savaş hukuku kapsamında görmeleri de bu suçun hadd suçları içerisinde yer almasında etkili olmuştur[50].

İslam hukukçularının bir kısmı isyan başlamadan asilerle savaşılamayacağı görüşündedirler. Bu hukukçulara göre, farklı görüşlere sahip olan kişiler bir araya gelip propagandaya başlarlarsa kendileri uyarılır, bu uyarıları dikkate almazlarsa ta'zir cezaları uygulanır. Diğer bir grup hukukçuya göre ise asiler hazırlık yapmakta olup ve isyan edecekleri hakkında kesin bir kanaat uyanmış ise isyan etmeleri beklenmeksizin kendileri ile mücadeleye başlanır. Aksi bir durum fitnenin büyümesine neden olur[51].

İsyancılar harekete geçerlerse kendileriyle savaşılması ve gerekirse öldürülmeleri helal kabul edilmiştir. Ancak isyancıların müslüman olduğu ve suçlarının bir siyasi suç oluşturduğu unutulmamalıdır. Bu düşüncenin sonucu olarak sadece zaruret halinde ve isyanı bastıracak ölçüde şiddete izin verilmiştir. Ele geçirilen isyancılardan yaralı olanlar öldürülmez, malları ganimet olarak dağıtılmaz ve telef edilmez. Aile fertleri de esir alınamaz. İmam Şafii ve Ahmet b. Hanbel, kaçan asilerin takip dahi edilemeyeceği görüşündedirler. Ebu Hanife ise bu kaçış diğer isyancılara katılma ve isyanın büyümesi sonucuna yol açacaksa asilerin takip edilip yakalanması, değilse takip edilmemesi görüşünü benimsemiştir. İsyanın bastırılmasından sonra savaş hukuku hükümleri uyarınca asilerin isyan sırasındaki öldürme ve yaralama gibi suçları ayrıca cezalandırılmaz. Yine bu sırada verdikleri zararlar tazmin ettirilmez. Sadece isyan nedeniyle ta'zir cezasına çarptırılırlar. Ebu Hanife, ta'zir olarak ölüm cezasının da verilebileceğini ileri sürerken, diğer hukukçulara göre ölüm cezası dışında bir ceza uygulanır[52].

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere isyan (bağy) suçuna her halükarda uygulanacak bir ceza söz konusu değildir. Ayrıca isyan sırasındaki ölüm cezasını bir hadd cezası olarak değerlendirebilmek, bu bilgiler ışığında mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla buradaki ölüm cezası isyanın bastırılmasının gerekli kıldığı bir tedbirden öteye gitmemektedir. Bu durum, kardeş katli meselesinin kanuni dayanağını tartışmalı hale getirmektedir. Her ne kadar Fatih'in Teşkilat Kanunnamesi, saltanatın intikali konusunda bir hüküm getirmiş olsa da bu hükmü Şer'î hukuk ile bağdaştırabilmek, ona uygun olduğunu ileri sürebilmek mümkün görünmemektedir. Zira Örfî hukukun Şer'î hukuka uygun olması, onun koyduğu sınırları aşmaması gerekir.

---

48 BARDAKOĞLU Ali, "Hadd", DİA, c. 14, İstanbul 1996, s. 549.

49 AKMAN Mehmet, "Önceki Hukukumuzda İsyan Suçu", Hukuk Araştırmaları, c. IX, sy. 1-3, İstanbul 1995, s. 203; YURTSEVEN, Meşruluk, s. 88.

50 CİN/AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 265.

51 ŞAFAK Ali, "Bağy", DİA, c. 4, İstanbul 1991, s. 452;AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 190.

52 ŞAFAK, s. 452; CİN/AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 265-266; AYDIN, Hukuk Tarihi, s. 190.

CamScanner ile tarandı

Kardeş katlinin Şer'î bir dayanağı olmadığı hususunda görüşler de vardır. İslam Hukukunda ölüm cezası gerektiren suçlar ele alındığında Kur'an ve Sünnet çerçevesinde kasten adam öldürme ve dinden dönme gibi suçlar göze çarpmaktadır. Ayrıca İslam Hukukuna göre bütün unsurları oluştuktan sonra İslam toplumunun huzur ve güvenliğini bozmaya yönelik olarak yeryüzünde fesat çıkaranlar, devlet otoritesine başkaldıranlar, yol keserek adam öldürenler de ölümle cezalandırılır. Bunların dışında hiç kimsenin yaşama hakkına son verilemez ve hiç kimse subjektif bir amaçla bir başkasını öldüremez veya öldürtemez. Kardeş katli meselesine bu çerçeveden baktığımızda şayet İslam Hukuku'nun öngördüğü bütün şartlar gerçekleşmiş ise; yani toplumda fesat çıkarma gibi meşru ve makul bir dayanağı olmayan gerekçelerle ülkede karışıklıklar çıkararak, meşru devlet otoritesine başkaldırma suçu karşısında mahkeme kararı ile ölüm cezası verilebilir. Kaldı ki –isyan suçunun unsurlarından hareketle- buradaki ölüm cezası bir ta'zir cezasıdır. Bir eylemin "bağy" suçu olarak değerlendirilebilmesi ve suça hadd-i bağy uygulanabilmesi suçun tüm unsurlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Osmanlı yöneticileri ve Osmanlı hukukçuları, sultanın meşru yönetimine isyan edenleri ve isyana yol açanları, hatta teşebbüs edenleri bağî (devlete isyan suçunu işlemiş olan kişi) ilan etmiş, bu gibi kimselerin cezalarının ölüm olduğu yönünde görüş bildirmişlerdir. Çünkü devlete başkaldırmanın, güç kullanarak yönetime el koymayı hedefleyip harekete geçmenin devletin yok olmasına neden olacağı ihtimali çok yüksektir. Bu durum İslam hukukuna dair içtihat ya da fetva niteliğine sahip eserlerde genel itibariyle şöyle ifade edilmiştir: *"Yeryüzünde fesat çıkaranların, ümmet içinde fitne uyandıranların, haksız yollarla insanların mallarına el koyup yağmalayanların ve bunu yaparken insanların canlarına kastedenlerin, tüm uyarılara rağmen bu davranışlarından vazgeçmeyenlerin suçları, yalan söylemeleri mümkün olmayacak kadar kalabalık bir müslüman kitlenin tanıklığı ile sabit olursa, cezaları ölümdür"* Dolayısıyla İslam hukukuna göre kimlerin kanının akıtılabileceği açıktır. Bunların dışında durum ne olursa olsun bir kimsenin hayatına son verilmesi İslam Hukukuna göre yasak ve haramdır[53] .

Kardeş katli meselesinin Örfî dayanağı ise bir ta'zir cezası olan siyaseten katl cezasıdır. Bağy suçunun unsurları gerçekleşmediği takdirde, devlet otoritesine karşı işlenen suçlar hadd cezası olarak idam cezası ile cezalandırılamaz. Ancak unsurları tam olarak gerçekleşmese de kamu düzenini bozan bazı fiil ve hareketler devlet otoritesi (padişah) tarafından ta'zir yoluyla idam cezasıyla cezalandırılabilirler. Hanefi ve Hanbeli hukukçukları, kamu düzeni gerekçesiyle devlet otoritesinin idam cezası verebileceğini kabul ederek bu suça "siyaseten katl" adını vermişlerdir. Aynı şekilde fiilen isyan etmese bile isyana hazırlandığı hal ve eylemlerinden belli olan kimsenin kamu düzeni ve yararı amacıyla idam edilebileceğini Hanefi hukukçuları kabul etmektedir. Dolayısıyla Fatih'in kardeş katli ile ilgili kanun hükmündeki "ekseri ulema tecviz etmişlerdir" ifadesi bu duruma işaret etmektedir. Ancak bu durumda bile kişinin cezalandırılabilmesi için kesin delillerin olması gerekmektedir[54].

Kuşkusuz, hukuki ve siyasi açılardan kardeş katli uygulamasının kanunilik ilkesine ne kadar uyduğu meselesi, ayrı bir çalışma gerektirecek kadar önemli bir tartışma konusudur. Bununla birlikte, Osmanlı Devleti'nde siyasi iktidarın meşruluğu bağlamında kardeş katli meselesi gözardı edilemeyecek bir uygulamadır. Osmanlı siyasi iktidarı kardeş katli meselesini meşru bir zemine oturtabilmek için kanaatimizce örfî dayanaklardan çok Şer'î nitelikli normlara yönelmeyi tercih etmiştir. Çünkü Şer'î hukuk İslam dini temellerine oturmaktadır. Osmanlı toplumunda ve yönetim anlayışında İslam dininin önemi ve siyasi iktidara meşruluk kazandırmak konusundaki etkileri dikkate alındığında, iktidarın kardeş katli meselesini Şer'î esaslara dayandırmaya çalışmasının nedenleri daha iyi anlaşılacaktır. Yapılan

53 AĞIRAKÇA Ahmet, "Osmanlılarda Kardeş Katli Meselesine Yeni ve Farklı Bir Yaklaşım", Yeni Türkiye, Osmanlı Özel Sayısı, c. I, Ankara 2000, s. 789-790; YURTSEVEN, Meşruluk, s. 90-91.

54 AKGÜNDÜZ Ahmet, "Osmanlı Hukukunda Kardeş Katli ve Hukukî Boyutları", Yeni Türkiye, Osmanlı Özel Sayısı c. I, Ankara 2000, s. 778;AĞIRAKÇA, s. 789;YURTSEVEN, Meşruluk, s. 91.

CamScanner ile tarandı

uygulamanın, devletin hukuk sisteminin temelini oluşturan Şeriat'e uygun olduğu yönünde bir söylem geliştirilmesi veya bunun bir propagandaya dönüştürülmesi, siyasi iktidarın toplum gözündeki meşruiyetini güçlendirici bir etki de sağlamış olabilir. Kardeş katli meselesinde siyasi iktidarın İslam dini ve dolayısıyla hukukunu, ortaya çıkması muhtemel sosyolojik ve politik tepkileri bertaraf edebilecek en önemli dayanak olarak değerlendirdiğini söylemek, bilimsel açıdan çok iddialı bir yaklaşım olarak görülmemelidir[55]. Kardeş katli meselesini kanunilik ilkesine uygun olarak bir uygulama olarak görmek hiç kuşku yok ki ceza hukukunu, suç ve yaptırım arasındaki illiyet bağını zorlamaktır. Ancak ortada devlet bekası ya da başka bir deyişle "hikmet-i hükümet" söz konusu olduğundan, geçmiş devlet tecrübeleri siyasi otoriteye böyle bir uygulamaya mecbur etmiş olabilir. Görülüyor ki orta da henüz bir suç oluşmadığı halde yaptırım söz konusudur. Elbette burada kanunilik ilkesinden söz edebilmek zordur.

Sonuç olarak Osmanlı uygulamasında kardeş katli meselesi gerçek bir olgudur. Pek çok padişah kardeşlerini, amcalarını, yeğenlerini "nizam-ı âlem" için katletmişlerdir. Katledilenler, kimi zaman gerçekten padişaha isyan etmiş veya isyan edeceği şüphesi uyandıran eylemlerde bulunmuşlar ve bu yüzden öldürülmüşlerdir. Kimi zaman da isyan suçunu hiçbir zaman işlemedikleri gibi böyle bir suçu işleyebileceklerine dair en küçük bir eylem veya davranış sergilememiş olmalarına rağmen katledilmekten kurtulamamışlardır. Bunlar, ya bir takım çekememezliklerin ya da dedikoduların kurbanı olmuş veya ileride isyan edebilirler şüphesi ile öldürülmüşlerdir[56] . Kaldı ki bu durum, hem İslam ceza hukukunda hem de modern ceza hukuku sistemlerinde "şüphe sanığın lehine yorumlanır" ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

B. Devşirme Kul Sistemi ve Kanunilik İlkesi

Osmanlı Devleti'nde siyasi otoritenin merkezî otoriteyi güçlendirmek ve asker-sivil bürokrasinin eleman ihtiyacını karşılamak için gerçekleştirdiği önemli bir uygulama, devşirme kul sistemidir. Osmanlı Devleti'nin en güçlü olduğu dönemlerde padişahın "vekil-i mutlak"ı olan veziriazamın devşirme kullardan seçildiği göz önüne alınırsa, sistemin önemi daha da belirgin bir hale gelecektir.

Osmanlı devlet yönetimindeki devşirme kullar, teorik olarak varlık sebeplerini tamamen padişaha borçlu ve onun denetimi altında bulunan kişilerdi. Siyasi iktidarın kendilerine tanıdığı güç ve imtiyaza rağmen, sistemin iyi işlediği klasik dönemde, devşirme kulların padişahın karşısında baskın güçlü bir bürokratik elite dönüşebildiklerini söyleyebilmek kanaatimizce güçtür. Bunun yanında, fetihle birlikte Osmanlı siyasi iktidarının yapısal kimliğinin kapsamlı bir değişim geçirdiğini; padişahın, egemenliğin mutlak ve sınırsız sahibi olma konumunu ele geçirdiğini belirtmek gerekir. Klasik döneme damgasını vuran bu gelişmenin en büyük göstergesi ise bürokratik ve askeri elitin neredeyse tamamının hayat ve ölüm kararının padişahın iki dudağı arasında olmasıdır[57]. Konumuz açısından önemli olan nokta da tam burada yatmaktadır. Çünkü devşirme kullar, herhangi bir yasal dayanak aranmaksızın ve yargılamaya ihtiyaç duyulmaksızın bizzat padişahın iradesiyle cezalandırılabilmişlerdir.

Klasik dönem Osmanlı idaresine damgasını vuran kul sisteminin temelinde devşirme sistemi yatmaktadır. Orhan Bey döneminde Osmanlıların Avrupa'ya geçmeleriyle birlikte orduda artan asker ihtiyacının bir kısmı savaşlarda elde edilen savaş esirlerinden karşılanmaya başlamıştır. Bu uygulamanın esası, savaş esirlerinden devletin hakkı olan beşte birlik kısmı ordu hizmetine almaktır. Bu amaçla, I. Murad döneminde "Acemi Oğlanlar Ocağı" adı verilen askeri kurum oluşturularak başlangıçta savaş

55 YURTSEVEN, Meşruluk, s. 91-92.

56 YURTSEVEN, Meşruluk, s. 92.

57 YURTSEVEN, Meşruluk, s. 105. Osmanlı Devleti'nde devşirme kul sistemi uygulaması ve hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YURTSEVEN Yılmaz, "Osmanlı Kul Sistemi ve Veziriazam, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Kitabevi, Ankara 2008 s. 1439 vd.

CamScanner ile tarandı

esirlerinden "pençikoğlanlar" bu ocağa alınırken, daha sonra zimmî tebaadan devşirme yoluyla toplanan çocuklar da alınmaya başlamıştır. Devşirme yoluyla birden fazla erkek çocukları olan Hıristiyan ailelerin 8 ilâ 18 yaş arası çocuklarının sağlıklı ve kuvvetli görünenleri ocağa alınırdı. Toplanan Hıristiyan çocuklar, önce Anadolu'daki ailelerin yanlarına yerleştirilerek Müslüman-Türk kültür ve terbiyesi ile yetiştirilmişlerdir. Bunların yetenekli olanları Saray'da Enderun mektebine alınmışlar, diğerleri Acemioğlanlar ocağında askeri eğitim aldıktan sonra Yeniçeri Ocağına geçmişlerdir[58].

Devşirme devlet adamları ve asker- sivil bürokratlar, İslam-Osmanlı hukuku çerçevesinde bir çeşit köle olarak kabul edilmelerine karşılık, esasında İslam hukukundaki kölelerden çok farklıdırlar. Devşirme kullar hak ve fiil ehliyetine sahiptir. Üstelik sahip oldukları statünün aksine Osmanlı tebaası üzerinde geniş haklarla donatılmışlardır. Ancak imtiyazlarının genişliği karşısında statülerine bağlı olarak veziriazam dâhil tümü, padişahın kölesidir. Bu nedenle, yargılanmadan infaz ve mallarının müsaderesi gibi müeyyidelerle her zaman yüz yüze kalmışlardır. Kul statüsünde olmak iktidara, yüksek makam ve zenginliğe kulların kendi bağımsız kimlikleriyle değil, devlete ve padişaha sıkı sıkıya bağlılıklarıyla ulaşabilmelerini ifade etmektedir[59].

Devşirme usulünün ortaya çıkmasından önce uygulanan savaş esirlerinden yararlanma usulü, İslam Hukukuna aykırı bir uygulama değildir. Ancak devşirme kul sisteminin İslam Hukukuna uygun olup olmadığı meselesi, üzerinde önemle durulması gereken bir konudur.

Osmanlı Hukuk sistemi İslâmî temeller üzerine kurulu bir hukuk düzeni olduğundan, siyasi otoritenin yapacağı tüm uygulamaların İslam hukukuna uygunluk göstermesi, ilke olarak doğrudur. İslam hukukuna göre, devlet kendi gayrimüslim tebaasını din değiştirmeye zorlayamaz. Dolayısıyla kul sistemini Şer'î hukuk ile açıklamak mümkün değildir. Bu uygulama geçmişte başka devletlerde de gözlendiği gibi siyasi otoritenin kendi koyduğu hukuk ile ortaya konmuş bir uygulama olabilir. Osmanlı devşirme kul sisteminin de ancak padişahın Örfî hukuku ile ortaya koyduğu bir uygulama olduğu fikri ileri sürülebilir. Kaldı ki uygulama Osmanlılarla da başlamış değildir. Fakat Osmanlı Devleti'nde örfî hukuk, padişahın sınırlı yasama yetkisine dayalı olarak ve sadece Şer'î sınırlar içinde gelişebileceği için bu konu tartışmalı bir duruma düşmektedir. Bu bilgiler ışığında, kul sisteminin İslam hukukuna aykırı olduğuna dair görüşler ileri sürülmektedir. Eleştirilerin başında, İslam devletinin koruyuculuğunu kabul ederek zimmet anlaşması yapmış olan gayrimüslimlerin (zimmîler) can, mal ve din güvenlikleri devletin teminatı altındayken, devşirme usulüyle hür doğmuş çocukları bir çeşit köle haline getirmenin İslam hukuku ilkeleriyle bağdaşmadığı görüşü gelmektedir. Öte yandan padişah karşısında onun kölesi olmak sıfatıyla can ve mal güvenliğinden mahrum bırakılan bir grup insana hür tebaa üzerinde cezalandırmaya kadar varabilen geniş yetkiler verilmesi büyük bir tezat oluşturmaktadır. Ayrıca İslam hukukunda efendinin kölesini hiçbir şekilde öldürebilme yetkisi yokken, padişahın kulları üzerinde siyaseten katl cezası verebilme yetkisinin bulunması uygulamanın bir diğer ilginç yanıdır[60].

---

58 İNALCIK Halil, Osmanlı İmparatorluğu Klasik Çağ (1300-1600) (çev. Ruşen Sezer), İstanbul 2003,, s. 84-85; GÖKBİLGİN Tayip, Osmanlı Müesseseleri, Teşkilatı ve Medeniyeti Tarihine Genel Bakış, İstanbul 1977, s. 54 vd.; HALAÇOĞLU Yusuf, "Osmanlı Devlet Teşkilatı", Doğuştan Günümüze Büyük İslam Tarihi, c. 12, İstanbul 1989; s. 338; AKYILMAZ Gül, Osmanlı Devleti'nde Eşitlik Kavramının Gelişimi (yayınlanmamış profesörlük çalışması), Konya 2000, s. 74 vd.; YURTSEVEN, Meşruluk, s.107. Bayezid'in Devşirme Kanunnamesi'nde birden fazla oğlu olan Hıristiyanın bir oğlunun devşirme sistemine tabi olduğu belirtilmektedir: "Kanunname ki yeniçeri oğlanın cem' eylemek içün Nişan-ı Hümâyûnverilür. Kefere-i reayanın, ne kadar oğlanı varsa, babaları ile cem edüp, yanıma getirdüp ve bizzat nazar edüp, görüp, kangı kafirin ki müteaddid oğulları ola, içinden bir yararın ki, sinde ondörtonbeş yaşında nihayet onyedionsekiz yaşında ola., yeniçerilik için yazubalub, zabt ve hıfz eyleye. Amma müteaddid oğlu olmıyanınoğlın almaya ve müteaddidin birin aldıktan sonra bakisin babasına göndere, ziyade hayf ve taarruz eylemeye.", Sultan II. Bayezid'in Umumi Kanunnamesi, AKGÜNDÜZ,Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri c. 2, İstanbul 1990, s. 124. Barkan, devşirme usulünün sebepleri arasında fetihçi ırkın azlığını da göstererek, fetih ve gaza ile uğraşan ırkın tükenme ihtimalini sistemin gerekçelerinden biri olarak ileri sürmektedir. BARKAN Ömer Lütfi, "İslam-Türk Mülkiyet Hukuku", İÜHFM , c. VI, İstanbul 1940, s. 157-158.

59 YURTSEVEN, Meşruluk, s.110.

60 CİN/AKYILMAZ, Hukuk Tarihi, s. 131; ÜÇOK Coşkun/MUMCU Ahmet/BOZKURT Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınları, Ankara 1996, s. 175-176; YURTSEVEN, Meşruluk, s.112.

CamScanner ile tarandı

Osmanlı ceza hukuku sistemi içerisinde suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin belki de en önemli ihlallerinden biri olarak nitelendirebileceğimiz devşirme kul sistemi, kişinin herhangi bir kanuni norma bağlı olmaksızın, yalnızca siyasi otoritenin iradesiyle, kişinin tanımlanmamış bir suç için yaptırıma tabi tutulabileceğine çarpıcı bir örnektir.

■ Sonuç

Osmanlı ceza hukuku sistemi açısından kanunilik ilkesini incelemeye aldığımız bildiri niteliği taşıyan bu kısa deneme sonucunda, söz konuş ilke açısından İslam-Osmanlı Hukukunun çağlarının çok ilerisinde olduğu kanaati ortadadır. İslam Hukukunun ortaya çıkışından itibaren bizzat ilahi kaynaklı temel kaynaklarında suç ve cezanın mutlaka bir norma bağlı olması gerektiğinin vurgulanması bu hukuk sistemini kuşkusuz çok özel ve önemli kılmaktadır. Henüz öc alma ve kısasa kısas uygulamalarından kurtulamamış sistemlerin var olduğu bir dünyada İslam Ceza Hukuku kanuniliği kurumsallaştırmıştır. İslam Hukukunun belki de en önemli uygulama zemini kabul edebileceğimiz Osmanlı hukuk sisteminde yukarıda belirttiğimiz birkaç önemli istisna dışında kanunilik ilkesine hassasiyet gösterildiği göz ardı edilemez bir gerçektir. Kaldı ki "adalet" olgusunu yönetmenin temeli olarak gören bir sistem için kuşkusuz "kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralı bir "mütemmim cüz"dür.

CamScanner ile tarandı

İSLAM CEZA HUKUKU KONFERANSI
30 Nisan-03 Mayıs 2015 Ramada Plaza / Antalya

ISLAMIC CRIMINAL LAW CONFERENCE
30 April - 3 May 2015 Ramada Plaza / Antalya

المؤتمر الأول عن القانون الجنائي الإسلامي
أبريل - 3 مايو 2015 30 فندق رامادا بلازا / أنطاليا

Yrd. Doç. Dr. Yılmaz Yurtseven

İslam Hukuku Araştırmaları, Uluslararası Mukayeseli KonferanslarDizisi'nin ilki olan "İslam Ceza Hukuku Konferansı"na katılımınızdan dolayı teşekkür ederim.

I am gratefull for your participation in "Islamic Criminal Law Conference" which is first of International Series of Comparative Law Conferences, Islamıc Law Researches.

نشكر لكم حضوركم
لمؤتمر "القانو الجنائي الإسلامي" الذي يعد الجزء
الأو لسلسلة مؤتمرات المقارنة العالمي
في الأبحاث القانونية الإسلامية.

Prof. Dr. Refik Korkusuz

Organizing Committee Chairman *Düzenleme Heyeti Başkanı* البروفيسور : رفيق كوركوسوز

CamScanner ile tarandı