

**T.C.**  
**BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**  
**TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

**OSMANLI HUKUKUNDA**  
**CEZALARIN İNFAZI**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**HAZIRLAYAN**  
**Ezgi TURAN**

**TEZ DANIŐMANI**  
**Prof. Dr. Ahmet MUMCU**

**ANKARA – 2019**



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 21/ 08/ 2019

Öğrencinin Adı, Soyadı : Ezgi TURAN

Öğrencinin Numarası : 21610356

Anabilim Dalı : Kamu Hukuku

Programı : Tezli Yüksek Lisans

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı : Prof. Dr. Ahmet MUMCU

Tez Başlığı : OSMANLI HUKUKUNDA CEZALARIN İNFAZI

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 64 sayfalık kısmına ilişkin, 24/ 07 / 2019 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 15'dir.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

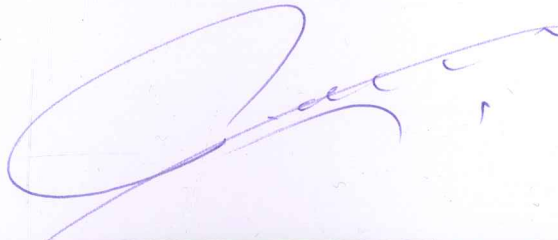
“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:.....

Onay

21. / 08 / 20.19

Prof. Dr. Ahmet MUMCU



.....Ezgi Tuzun..... tarafından hazırlanan  
.....Osmanlı Hukukunda Cezaların İhtisarı.....  
.....adlı bu çalışma jürimizce Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Kabul (sınav) Tarihi: 21 / 08 / 2019 .....

(Jüri Üyesinin Unvanı, Adı-Soyadı ve Kurumu):

İmzası Jüri Üyesi : Prof. Dr. Ahmet Mumcu - Başkent Hukuk Fak.

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Ali AKYILDIZ - Başkent Huk. Fak.

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Nevin Ünal - Başkent Huk. Fak.

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

...../...../20.....

Prof. Dr. İpek KALEMCI TÜZÜN

Enstitü Müdürü

## ÖZET

Osmanlı Devleti, İslam hukukunu kendi gelenekleriyle birleştirmiştir. Böylece şer'î ve örfî hukukun beraberce uygulandığı bir sistem oluşmuştur. Toplumda meydana gelen suç tiplerine şer'î ve örfî hukuk kurallarına göre farklı yaptırımlar uygulanmıştır. Osmanlı hukukunda unsurları ve ispat şartları gerçekleşen had ve kısas suçlarına belirlenen cezalar uygulanmaktadır. Had ve kısas suçlarının dışında kalan ta'zîr suçları ve cezaları kanunnameler ile belirlenmektedir. Aynı şekilde had ve kısas suçlarının unsurları oluşmadığında onlara uygulanacak cezalar da kanunnameler ile belirlenmektedir. Böylece suçların kanuni unsuru oluşturulmaya ve ta'zîr cezaları uygulanırken keyfilik ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. Ancak cezaların infazında keyfiyet ortadan kaldırılamamıştır. Çünkü ta'zirde devlet başkanının emri ile infaz gerçekleştirilirdi. Çalışmamızda Osmanlı ceza hukukunu oluşturan temel kavramlar ve cezaların infazına ilişkin çeşitliliğin görülmesi mümkündür.

**Anahtar kelimeler:** Şer'i Hukuk, Örfî Hukuk, Suç, Ceza, İnfaz.

## **ABSTRACT**

The Ottoman Empire combined Islamic law with its own traditions. Thus, the shar'i and conventional law has created a system in which they were applied together. Different sanctions were applied to the types of crimes occurring in the society according to the rules of Shar'i and customary law. In Ottoman law, punishments are imposed for had and kisas crimes, which are realized in terms of elements and conditions of proof. Ta'zir crimes and penalties other than Had and kisas crimes are determined by the laws. In the same way, the punishments to be applied to them are determined by the code of laws when the elements of had and retribution crimes are not formed. Thus, the legal element of the crimes were created and the arbitrariness was eliminated while the Ta'zir punishments were applied. However, arbitrariness in the execution of punishments could not be eliminated. Because in ta'zir, the execution would be carried out by order of the head of State. In our study, it is possible to see the basic concepts of Ottoman criminal law and the diversity of the execution of punishments.

**Keywords:** Sharia law, Conventional law, Crime, Penalty, Execution

## İÇİNDEKİLER

|  |     |
|--|-----|
| ÖZET .....   | i   |
| ABSTRACT .....   | ii  |
| İÇİNDEKİLER.....                                       | iii |
| GİRİŞ.....   | 1   |
| <b>BİRİNCİ BÖLÜM</b>                                   |     |
| OSMANLI HUKUKU .....                                   | 3   |
| 1. GENEL OLARAK .....                                  | 3   |
| 2. İSLAM ETKİSİ ALTINDA TÜRK HUKUKUNUN KAYNAKLARI..... | 4   |
| 3. OSMANLI HUKUKUNUN KAYNAKLARI .....                  | 4   |
| 3.1. ŞER'İ HUKUK .....                                 | 4   |
| 3.1.1. Aslı Kaynaklar .....                            | 5   |
| a. Kur'an (Kitap).....                                 | 5   |
| b. Sünnet.....   | 6   |
| c. İcma .....  | 9   |
| d. Kıyas (İçtihat) .....                               | 10  |
| 3.1.2. Tâli Kaynaklar .....                            | 11  |
| a. Örf ve Âdet.....                                    | 11  |
| b. İstihsan .....                                      | 12  |
| c. İstishab.....                                       | 12  |
| d. İstislab .....                                      | 13  |
| e. Sahabe Fetvası.....                                 | 13  |
| 3.2. ÖRFÎ HUKUK.....                                   | 13  |
| <b>İKİNCİ BÖLÜM</b>                                    |     |
| OSMANLI HUKUKUNDA CEZALARIN İNFAZI .....               | 16  |
| 1. GENEL OLARAK OSMANLI CEZA HUKUKU .....              | 16  |
| 1.1. İSLAM CEZA HUKUKU.....                            | 16  |
| 1.1.1. Suçun Unsurları.....                            | 17  |
| a. Suçun Kanunî Unsuru.....                            | 17  |
| b. Suçun Maddî Unsurları .....                         | 17  |
| b.1. Hareket .....                                     | 18  |
| b.2. Netice .....                                      | 18  |
| b.3. Nedensellik Bağı .....                            | 18  |

|   |    |
|---|----|
| b.4. Fail .....   | 18 |
| b.5. Mağdur .....   | 19 |
| b.6. Suçun Maddî Konusu.....  | 19 |
| c. Suçun Manevî Unsurları.....  | 19 |
| c.1. Kast .....   | 20 |
| c.2. Taksir .....   | 20 |
| c.3. Kast-taksir kombinasyonu (netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar; şibhü'l-<br>amd, hatau'l-amd)..... | 21 |
| c.4. Amaç ve Saik .....   | 21 |
| d. Hukuka Aykırılık .....   | 21 |
| d.1. Hukuka Uygunluk Sebepleri .....  | 22 |
| d.1.1. Meşru Savunma .....  | 22 |
| d.1.2. Görevin İfası .....  | 22 |
| d.1.3. Hakkın Kullanılması .....  | 22 |
| d.1.4. İlgilinin Rızası .....   | 23 |
| d.1.5. Zilyetliğin Korunması .....  | 23 |
| e. Kusurluluğu Kaldıran veya Azaltan Sebepler .....   | 24 |
| 1.1.2. Suçun Özel Görünüş Şekilleri .....   | 24 |
| a. Suça Teşebbüs.....   | 24 |
| b. Suçtan Vazgeçme ve Tövbe .....   | 25 |
| c. Suça İştirak.....  | 25 |
| d. İçtima.....  | 25 |
| 1.2. OSMANLI HUKUKUNDA YARGI FONKSİYONU.....  | 26 |
| 1.2.1. Şer'iyeye Mahkemeleri .....  | 27 |
| 1.2.2. Nizamiye Mahkemeleri .....   | 27 |
| 1.2.3. Osmanlı Devleti'nde Kadılık .....  | 28 |
| a. Kadıların Bağımsızlık Vasfı.....   | 29 |
| b. Kadıların Tarafsızlığı.....  | 29 |
| c. Dürüstlük.....   | 30 |
| d. Mesleğe Uygunluk Vasfı .....   | 30 |
| e. Eşitlik .....  | 30 |
| f. Ehliyet Vasfı.....   | 31 |
| 1.3. GENEL OLARAK CEZA .....  | 32 |
| 1.3.1. Cezaların Özellikleri.....   | 32 |

|  |    |
|--|----|
| a. Kanunîlik İlkesi .....  | 32 |
| b. Şahsîlik İlkesi.....  | 32 |
| c. Genellik İlkesi.....  | 33 |
| 1.3.2. Cezaların Çeşitleri .....   | 33 |
| a. Aslî – Fer’î – Tamamlayıcı Cezalar .....  | 33 |
| b. Bedenî – Ruhî – Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar .....   | 34 |
| c. Malî Cezalar .....  | 34 |
| 1.3.3. Cezayı Düşüren veya Azaltan Sebepler .....  | 35 |
| 2. OSMANLI HUKUKUNDA CEZALAR ve CEZALARIN İNFAZI.....  | 36 |
| 2.1. HAD CEZASI GEREKTİREN SUÇLAR.....   | 38 |
| 2.1.1. Hırsızlık Suçu ve Cezası.....   | 38 |
| 2.1.2. Yol Kesmek ve Eşkıyalık Suçu ve Cezası .....  | 39 |
| 2.1.3. Zina Suçu ve Cezası .....   | 40 |
| 2.1.4. İffet Üzerine İftira (Kazf) Suçu ve Cezası.....   | 40 |
| 2.1.5. Şarap İçme Suçu ve Cezası (Hadd-i Şirb).....  | 41 |
| 2.1.6. Dinden Dönme (İrtidat) Suçu ve Cezası.....  | 42 |
| 2.1.7. Devlete Karşı İsyân ve İhtilal (Bağy) Suçu ve Cezası .....  | 42 |
| 2.2. CİNAYET CEZALARINI GEREKTİREN SUÇLAR (ŞAHSA KARŞI<br>İŞLENEN SUÇLAR ve CEZALARI – KISASI GEREKTİREN ve<br>GEREKTİRMEYEN SUÇLAR ve CEZALARI – YARALAMA ve UZUV<br>TATİLİ SUÇ ve CEZALARI)..... | 44 |
| 2.2.1. Adam Öldürme Suçu ve Cezası (Cinayet Ala’n-Nefs: Katl) .....  | 44 |
| a. Kasten Adam Öldürme (El-Katlü’l-Amd) .....  | 44 |
| b. Kasta Benzer Adam Öldürme (El-Katl Şibhu’l-Amd).....  | 45 |
| c. Hataen Adam Öldürme (Hataen Katl).....  | 46 |
| d. Hata ile Adam Öldürmeye Benzeyen Adam Öldürme (Hata Mecrasına Cari<br>Katl) .....   | 46 |
| e. Adam Ölümüne Neden Olma (Tesebbüben Katl) .....   | 46 |
| 2.2.2. Yaralama (Cerh) ve Sakatlama (Cinayet fi ma Dune’n-Nefs).....   | 46 |
| 2.2.3. Cinayet Konusunda Bazı Özel Durumlar .....  | 48 |
| a. Kasame .....  | 48 |
| b. Cenine Karşı İşlenen Suçlar (İskat-ı Cenin) .....   | 48 |
| c. Duvarın Yıkılması Nedeni İle Adam Ölmesi (Cinayet-i Hait).....  | 48 |
| 2.3. ÜÇ SUÇA VERİLEN CEZANIN SINIRLANDIRILMASI.....  | 49 |



|   |    |
|---|----|
| 2.3.1. Kıyas Cezasının Sınırlandırılması.....   | 49 |
| 2.3.2. Bu Üç Cezanın Sınırlandırılmasında Getirilen Bazı Hukukî Önlemler .....                    | 49 |
| 2.3.3. El Kesme İçin Aranılan Bazı Hukukî Şartlar .....   | 50 |
| 2.3.4. Kasten Müessir Fiil Suçunda Kıyas Cezasının Uygulanması İçin Gereken<br>Bazı Şartlar ..... | 50 |
| 2.3.5. İspat Konusunda Getirilen Sınırlamalar .....   | 51 |
| 2.4. TA'ZİR SUÇ ve CEZALARI .....   | 53 |
| 2.4.1. Ta'zir, Had ve Kıyas ile Birleşebilir.....   | 53 |
| 2.4.2. Ta'zirde, Bireysel Hak ve Kamu Hakkı.....  | 53 |
| 2.4.3. Ta'zir, Had ve Kıyas Arasındaki Farklar .....  | 54 |
| a. Erteleme (Tecil) Açısından .....   | 54 |
| b. Hâkimin Takdir Hakkı Açısından .....   | 54 |
| 2.4.4. Ta'zir Suç ve Cezalarının Çeşitleri.....   | 55 |
| a. Ölüm Cezası (Siyaseten Katl, Katl, Salb).....  | 57 |
| b. Hapis Cezası.....  | 58 |
| c. Sürgün (Nefy: Tağrib) .....  | 58 |
| d. Celd (Sopa).....   | 58 |
| e. Para Cezası.....   | 58 |
| f. Kürek Cezası.....  | 59 |
| SONUÇ.....  | 61 |
| KAYNAKÇA .....  | 64 |

## GİRİŞ

Devletlerin ayakta kalabilmeleri için hukukun gerekliliği aşikârdır. Türk hukuk tarihinde İslam hukuku çok geniş bir yere sahiptir. Türklerin yerleşik hayata geçmeleri sonrasında İslamiyet’i kabul etmeleri ile İslam hukuku Türk hukukuna girmiştir. Osmanlı Devleti de kendinden önceki Türk beylik ve devletlerinin devamı olarak İslamiyet’i kabul etmiş ve dolayısıyla bu hukuku kullanmış ve geliştirmiştir. Osmanlı Devleti, Türk tarihinde şüphesiz çok önemlidir. Türk tarihinde en uzun hüküm süren devlet olması sebebiyle, çok geniş ve kapsamlı incelemelere tâbi tutulmuştur.

Çalışmamızın konusu, Osmanlı hukukunda cezaların infazıdır. Bu konu; Osmanlı hukukunda cezaların infazında kuralların dışına çıkıldığının bilinen bir gerçeklik olması sonucunda, esasen uygulanması gereken kuralların tespiti amacıyla seçilmiştir. Cezaların keyfiyetle verildiği, özellikle ta’zir ile kuralların dışına çıkarak pek çok cezanın infazının devlet başkanının emriyle yapıldığı bilinmektedir. Çalışmamızı yaparken iki bölümde inceleme yapmanın uygun olacağını düşünerek, kademeli ve derleme yöntemi ile bir gidişat seçtik. İlk bölümde Osmanlı hukuku, ikinci bölümde Osmanlı hukukunda cezalar ve cezaların infazını incelemeye çalıştık.

Osmanlı Devleti, bir İslam devleti olduğundan İslam’ın kaynaklarından faydalanmıştır. İslamiyette pek çok mezhep vardır. Bu mezhepler, İslam hukukunda adeta hukuk okulu gibi değerlendirilmiş ve her mezhebin görüşü ayrı bir kaynak, ayrı bir içtihat oluşturmuştur. İlk etapta Şia ve Sünnî mezhepler ortaya çıkmış; daha sonra Sünnî mezhebi de kendi içinde bölünmüştür. Şiîler, çoğunlukla İran ve Azerbaycan’da yaşamaktadır. Bölünmüş dört Sünnîlik mezhebi Hanefîlik, Malîkîlik, Şafîîlik ve Hanbelîliktir. Esasen bu dört mezhebin birbirinden görüş olarak ayrıldığı noktalar çok ince ayrıntılardır. Osmanlı hukukunda çoğunlukla Hanefîlerin görüşleri uygulanmıştır. Çalışmamızda bahsi geçen konularda, mezhepler arasında ayrılık olduğu hâllerde bu durum her mezhebe göre ayrı ayrı belirtilmemiştir. Çoğunluk görüşü ve diğer görüş olarak ifade edilmiştir.

Türk hukukunda, yerine getirme ve cezanın çektirilmesi şekillerinde ifade edilen infaz; fıkıh kitaplarında imza-yı kaza, istifâu’l-ukûbat, ikametü’l-hudud ve tenfiz kelimeleriyle; Osmanlı hukuku kaynaklarında ise icra, tenfiz-i hudud şekillerinde ifade edilmektedir.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Prof. Dr. Mustafa AVCI, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 440.

Modern Türk hukukunda; ceza muhakemesi hukuku ve infaz hukukunda infaz terimi, tutuklama, akıl hastaları ile alkol-uyuşturucu bağımlılığı ile ilgili tedbirler ve hapsen tazyik kararları için de kullanılmaktadır. Geniş anlamda infaz; sanığın tutuklanmasına karar verilmişse tutukevine, hapis mahkûmiyeti kesinleşmişse cezaevine konulması, sanığa para cezası verilmişse bunun ödettirilmesidir. Yani yetkili kamu merciinin ceza hukuku yaptırım kararını kamu gücü vasıtasıyla uygulamasıdır. Dar anlamda infaz ise ceza ve güvenlik tedbiri mahkûmiyetlerinin yerine getirilmesidir.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> AVCI, s. 440.

# BİRİNCİ BÖLÜM

## OSMANLI HUKUKU

### 1. GENEL OLARAK

Osmanlı Devleti, bir Türk-İslam devletidir. Tüm Türk-İslam devletlerinde olduğu gibi, Osmanlı Devleti'nde de büyük ölçüde İslam öncesi Türk geleneklerine bağlı kalınmış, İslam hukukunun boşlukları kendi anlayışları ölçüsünde doldurulmuştur.<sup>3</sup>

Osmanlı hukuku, Tanzimat'a kadar kat'i surette İslam hukukuna tabiyken, Tanzimat sonrası Batılılaşma sürecinde İslam hukuku bir ölçü de olsa yumuşatılmıştır.<sup>4</sup>

İslam hukuku, 20. yy. başına kadar "fıkıh" olarak anılıyordu.<sup>5</sup> Kur'an-ı Kerim'de fıkıh, anlamak demektir. Bu noktada yapılacak yorum ile fıkıh, şeriati bilmek; hukuki davranış açısından kişinin lehine ve aleyhine olan şeyleri bilmek anlamlarına gelmektedir.<sup>6</sup> İslamiyetin kabulü sonrası Türk hukuk tarihi kaynaklarında aşağıda belirtileceği üzere fıkıh terimi fazlasıyla geçtiğinden, öncesinde böyle bir tanımlamayı uygun gördük.

Fıkıh, günümüzde amme hukuku denilen idare hukuku gibi alanlarla pek ilgilenmemiş, devletin yönetimini ilgilendiren kısımlar daha çok halifenin takdirine bırakılmıştır.<sup>7</sup> İslamda dinin, hukukun da kaynağı olduğu ortada olup dinî ve hukukî işler ayrılamayacak şekilde iç içe girmiştir. İslam hukukçuları, dinî, siyasî, ahlaki, malî meseleleri din çerçevesi içine almıştır.<sup>8</sup> Yani bu görüşe göre tüm bu bahsedilenler fıkıh kavramı içine girer.

---

<sup>3</sup> Prof. Dr. Coşkun ÜÇOK; Prof. Dr. Ahmet MUMCU; Prof. Dr. Gülnihal BOZKURT, *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 58.

<sup>4</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 57; Prof. Dr. Halil CİN; Prof. Dr. Gül AKYILMAZ, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Ankara, 2017, s. 39.

<sup>5</sup> Prof. Dr. Sabri Şakir ANSAY, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 8; Doç. Dr. H. Tahsin FENDOĞLU, *Türk Hukuk Tarihi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s. 39.

<sup>6</sup> ANSAY, s.8; FENDOĞLU, s.39; ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 59.

<sup>7</sup> ANSAY, s. 11.

<sup>8</sup> ANSAY, s. 11.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, İslam hukukunda mezhepler doktrin yerine geçer.<sup>9</sup> İslamiyette dört mezhep de eşit olduğundan bir mezhepteki Müslümanın diğer mezhepteki hükümlere göre karar vermesi yasak değildir.<sup>10</sup>

## 2. İSLAM ETKİSİ ALTINDA TÜRK HUKUKUNUN KAYNAKLARI

İslam hukukunun kaynağı şeriattır. İslam hukukundaki kaynaklara “şer’î deliller” denir.<sup>11</sup> Bu kaynaklar da asli ve tâli kaynaklar olarak incelenebilir. Asli kaynaklar, hukukçuların delil olarak kabul etmede müttelik olduğu kaynaklarken tâli kaynakların kaynaklık niteliği, tartışma konusu olabilir.<sup>12</sup>

İslamiyetten sonraki Türk hukuk tarihinin kaynakları; Fıkıh Kitapları, Usul-i Fıkıh Kitapları, Hadis ve Tefsir Kitapları, Monografik Eserler, Tarihler, Şer’iyye Sicilleri, Arşiv Belgeleri, Fetva Kitapları ve Kanunnamelerdir.<sup>13</sup>

Bunların hepsi, Osmanlı hukukunda geçerli kaynaklar sayılır ancak; Osmanlı hukuk sistemini şer’î ve örfî hukuk olarak ayırmak ve kaynaklarını asli ve tâli kaynaklar olarak incelemek kanımızca daha uygun olacaktır.

## 3. OSMANLI HUKUKUNUN KAYNAKLARI

Yukarıda da bahsedildiği gibi, Osmanlı hukuku şer’î ve örfî hukuk olarak ikiye ayrılmakta olup İslam hukuku şer’î hukuku, şeriat altında incelenmeyen kısım ise örfî hukuku oluşturmaktadır. Bu bölümde önce şer’î hukuk ve bunun kaynakları incelenecek; daha sonra örfî hukuk ayrıntılandırılarak bu ikisi arasındaki ilişkiden bahsedilecektir.

### 3.1. ŞER’Î HUKUK

İslam hukuku, bilindiği üzere dinî kökenli olup temel esasları Allah ve peygamber tarafından belirlenmiştir. İslam hukuku karşılığı olarak kullanılan fıkıh, hukuktan daha da öte bir anlama sahiptir. Fıkıh; ibadet, muamelat ve ukubat ana başlıkları altında incelenebilir. İbadet kısmı, isminden de anlaşılacağı üzere namaz ve oruç gibi hukuku

---

<sup>9</sup> ÜÇÖK; MUMCU; BOZKURT, s. 74; FENDOĞLU, s. 42.

<sup>10</sup> Prof. Dr. Mustafa AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, Atlas Akademi Yayınevi, Konya, 2018, s. 83.

<sup>11</sup> FENDOĞLU, s. 83; AYDIN, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 31, ANSAY, s. 9.

<sup>12</sup> FENDOĞLU, s. 83; CİN; AKYILMAZ, s.42; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 42.

<sup>13</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 46.

ilgilendirmeyen meselelerden oluşurken muamelat kısmında kişiler, aile, miras (feraiiz), borçlar, ticaret ve usul hukuklarını; ukubat kısmında ise ceza hukukunu oluşturur.<sup>14</sup>

İslam hukukunda başlıca dört asli kaynak vardır. Bunlar Kitap veya Kur'an, sünnet, icma ve kıyas ya da başkaca adıyla içtihatır.<sup>15</sup>

### **3.1.1. Asli Kaynaklar**

#### **a. Kur'an (Kitap)**

İslam hukukunun ilk ve asıl kaynağı kitap, yani Kur'an'dır.<sup>16</sup> Kur'an'da 114 sure ve 6660 ayet vardır. Birbirinden bağımsız bölümlere sure, sureleri oluşturan cümle veya cümleciklere ayet denir. Her ayet bir emir, bir yasak, bir öğüt, bir davet içerebilir.

Kur'an'da irtikadi, ahlaki hükümler, geçmiş toplumlar ve peygamberlerle ilgili hikâyeler kadar hukuki hükümler de bulunmaktadır. Bu hukuki hükümler genel hükümler, özet hükümler ve ayrıntılı hükümler olmak üzere üç çeşittir.<sup>17</sup>

Genel Hükümler: Kur'an'da yer alan bazı hukuki hükümler genel hukuk prensipleri şeklinde, hukuk kurallarının temelini ve dayanağını oluşturan hükümler şeklindedir. Bunlar çerçeve hükümler şeklinde olup bunları ayrıntılandırma yetkisi Peygambere, İslam hukukçularına ve dönemin yasama organlarına verilmiştir. Söz konusu hükümlerin diğer kaynaklardan yararlanılarak yorumlanması ve açıklanması gereklidir.<sup>18</sup> Örneğin devlet yönetiminde şura prensibi, suç ve ceza arasındaki denge, adaletle hükmetme, başkasının malına zarar vermeme, suç ve cezaların şahsiliği ve kanuniliği, haksız kazanç elde etmeme gibi hükümlerin somut hukuk normlarına dönüştürülmesi hususunda diğer kaynaklardan yararlanılmıştır.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 47; ÜÇÖK; MUMCU; BOZKURT, s. 60.

<sup>15</sup> ÜÇÖK; MUMCU; BOZKURT, s. 61; FENDOĞLU, s. 83; AYDIN, s. 32-39; CİN; AKYILMAZ, s. 49; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 42; ANSAY, s. 15-23.

<sup>16</sup> ÜÇÖK; MUMCU; BOZKURT, s. 62; FENDOĞLU, s. 84; AYDIN, s. 32; CİN; AKYILMAZ, s. 49; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 42; ANSAY, s. 15.

<sup>17</sup> AYDIN, s. 32; CİN; AKYILMAZ, s. 50; FENDOĞLU, s. 84.

<sup>18</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 50.

<sup>19</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 50; FENDOĞLU, s. 85.

Özel hükümler: Bunların da açıklığa kavuşturulması sünnet gibi diğer kaynaklara bırakılmıştır. Örneğin had ve kısas cezaları, zekât, ne tür işlemlerin faiz sayılacağı gibi.<sup>20</sup>

Ayrıntılı hükümler: Bu hükümler adından anlaşılacağı gibi ayrıntılı olduğundan diğer kaynaklara başvurma zorunluluğu yoktur. Örneğin miras payları, boşanma, evlenilmesi yasak olan kimseler gibi. Kur'an'da bu nevi de hükümler oldukça azdır.<sup>21</sup>

Kur'an, kanun boşluğunu tanımaktadır. İslam hukuku hükümlerinin büyük çoğunluğu içtihatla elde edilmiştir.<sup>22</sup>

## **b. Sünnet**

Sünnet, kelime anlamı olarak adet, yol, davranış anlamlarında olup Peygamber'in sözleri (kavli), davranışları (işleri, fiili) veya başkalarının söz ve davranışlarını onaylaması (takriri, sükûti) olarak incelenir. İslam hukukunun Kuran'dan sonraki ikinci asli kaynağıdır ve fıkıhta mevcut boşlukları doldurmak için kullanılmıştır.<sup>23</sup>

Peygamberin bütün söz ve davranışları İslam hukukunun kaynağı olan sünnete esas alınmaz. Yalnızca peygamber sıfatı ile söyledikleri, yaptıkları ve onayladıkları sünnet olarak İslam hukukunun kaynağı olabilir.<sup>24</sup> Sünnet, Kur'an'da mevcut olmayan hükümler beyan eder.<sup>25</sup>

Yukarıda bahsedilen kavli sünnet, peygamberin sözle koymuş olduğu kurallardır. Fiili sünnet, peygamberin bir işi veya bir hareketi ile koymuş olduğu kurallardır. Takriri veya sükûti sünnet ise, peygamberin bir kimseyi bir işi yaparken görüp engellemediği; bir işin yapıldığını duyup ses çıkarmadığı ve bu yolla oluşan kurallardır.<sup>26</sup>

---

<sup>20</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 50; FENDOĞLU, s. 84.

<sup>21</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 51; FENDOĞLU, s. 85.

<sup>22</sup> FENDOĞLU, s. 85.

<sup>23</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 51; FENDOĞLU, s. 86; ÜÇÖK; MUMCU; BOZKURT, s. 63; AYDIN, s. 33; ANSAY, s. 18; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 45.

<sup>24</sup> AYDIN, s. 35.

<sup>25</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 46.

<sup>26</sup> ÜÇÖK; MUMCU; BOZKURT, s. 64; CİN; AKYILMAZ, s. 51; Prof. Dr. Halil CİN; Doç. Dr. Ahmet AKGÜNDÜZ, *Türk-İslam Hukuk Tarihi*, Timaş Yayınevi, İstanbul, 1990, s. 150.

Sünnet, yukarıda açıklanmış üç ayrı bölümden oluşan bir hukuk kaynağıdır. Sünnetin delil olduğu, Kur'an'da belirtilmiştir. Peygamberin sözlerine hadis denir. Bu tanım, anlamı daraltmaktadır. Geniş anlamda hadis ise sünnet anlamında kullanılmaktadır. Burada önemli olan, sünnetin naklinin sağlıklı olup olmadığıdır. Yani sünneti nakleden kişi (ravi<sup>27</sup>) çok büyük önem ifade etmektedir.<sup>28</sup>

Öte yandan, nitelikleri bakımından sünnetler de üçe ayrılır: Kur'an'a tam uygun sünnetler, Kur'an'ın yorumundan ibaret olan sünnetler, Kur'an'da bulunmayıp yeni bir kural koyan sünnetler.<sup>29</sup>

Kur'an'a tam uygun olan sünnetler, Kur'an'daki hükümleri destekler ve pekiştirir veya Kur'an ayetlerinde açık olmayan konuları açıklar. Yalancı şahitlik veya başkasının malının hukuka aykırı olarak alınması hususlarına yönelik sünnetler bu konuya örnek teşkil edebilir.<sup>30</sup>

Kur'an'ın yorumundan ibaret olan sünnetler ise, genel ve özet hükümleri tefsir eden, kapsamını daraltan veya bazı kayıtlar ilave eden sünnetlerdir. Zekâtın hangi mallardan ne oranda verileceğine, kara hayvanlarının ölümlerinin etlerinin yenmeyeceğine, haccın nasıl eda edileceğine ilişkin sünnetler buna örnek verilebilir.<sup>31</sup>

Kur'an'da bulunmayıp yeni bir kural koyan sünnetler de Kur'an'da yer almayan hukuki meselelere çözümler getiren ve yeni kurallar koyan sünnetlerdir. Bazı durumlarda nineye torununun mirasından pay verilmesini öngören sünnet, bu hususta örnek olabilir.<sup>32</sup>

Sünnet, senet ve metin olmak üzere iki kısımdan oluşur.<sup>33</sup> Metin, peygamberin söz ve davranışlarını anlatan asıl kısımdır. Senet ise, metni ilk kaynağından 3. Asrın ortalarına kadar getiren kimselerin, yani ravilerin zinciridir.<sup>34</sup> Hadislerin ilk kısmı olan senet için "isnad"

---

<sup>27</sup> "Bir hadisi rivayet eden ravi için dört koşul aranır: temyiz gücü yerinde olmak, Müslüman olmak, güvenilir (adil) olmak ve duyduğunu iyi anlamış (zabıt) olmaktır." (FENDOĞLU, s. 88, naklen.)

<sup>28</sup> FENDOĞLU, s. 86.

<sup>29</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 64; CİN; AKYILMAZ, s. 51.

<sup>30</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 51.

<sup>31</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 52.

<sup>32</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 52.

<sup>33</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 52; AYDIN, s. 36.

<sup>34</sup> AYDIN, s. 36.



terimi de kullanılır; asıl hadis metindir.<sup>35</sup> Bu isim zincirinde yer alan kişilerin sayısına, güvenilirliklerine ve bu zincirde kopukluk olup olmamasına göre hadisler muhtelif kısımlara ayrılır ve bu ayırım bazı hukuki sonuçlar doğurur. Hukuk mezheplerinin sünneti kaynak olarak kabul biçimleri bu ayırım çerçevesinde birbirinden farklı olabilmektedir.<sup>36</sup> Önceleri sünnetleri Sahabiler, yani peygamberin yanında yaşamış, onun sözlerini işitmiş, yaptıklarını görmüş olanlar iletmıştır. Onlardan sonra bunları, Sahabiler'den işitmiş olan Tabiler (Tabiin) ve onlardan sonra da Tabilerin Tabileri (Taba-i Tabin) iletmış ve bu böylece devam etmiştir.<sup>37</sup> Sünnetler böylece iletildikleri için Hadisler özellikle Sünnetleri bildirir. Hadis yalnızca Hz. Muhammed'in söz ve davranışlarını değil, Sahabiler'in ve Tabiler'in de söz ve davranışlarını bildirir. "Allah der ki" sözüyle başlayan hadisler Hadis-i Kutsi, peygamberin diğer hadislerine Hadis-i Nebevi, Sahabiler'in hadislerine de Hadis-i Sahabi denir.<sup>38</sup>

Rivayet bakımından hadisler, daha önceden peygamberin hadislerin Kur'an ayetleriyle karışmaması için yazılmasına müsaade etmemesi dolayısıyla 3. Asrın ortalarına kadar kitaplaştırılmamıştır.<sup>39</sup> Sünnetler, doğrudan peygambere ait olup olmamasına göre sahih (doğru) olan sünnet ve sahih olmayan sünnet olarak ikiye ayrılır.<sup>40</sup> Sahih sünnetler de rivayet edilmişlerine ve ravi sayısına göre mütevatir, meşhur ve ahad sünnet olarak üçe ayrılır.<sup>41</sup>

Mütevatir hadis, kesinlik arz eden ve Hz. Peygamberden itibaren her nesilden büyük bir topluluğun rivayet ettikleri hadislerdir ve sayıları oldukça azdır. Bütün mezheplerin kesin delil olarak kabul ettiği bu sünnetler genellikle ibadete, itikada ve muamelata ilişkindir.<sup>42</sup>

Meşhur hadis, ilk iki nesilde bir veya iki; sonraki nesillerde çok sayıda ravi tarafından aktarılan sünnetlerdir. Hanefî mezhebine göre meşhur sünnetler kesin delil teşkil eder; yani Kur'an'da yer almayan bir hüküm, meşhur hadis ile sabit olur. Meşhur sünneti inkâr eden günahkâr sayılır ancak bu kişi dinden çıkmaz.<sup>43</sup>

---

<sup>35</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 65.

<sup>36</sup> AYDIN, s. 36.

<sup>37</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 65.

<sup>38</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 65.

<sup>39</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 65; AVCI, s. 47.

<sup>40</sup> FENDOĞLU, s. 86.

<sup>41</sup> AYDIN, s. 36; AVCI, s. 47; CİN; AKYILMAZ, s. 52.

<sup>42</sup> AVCI, s. 47; CİN; AKYILMAZ, s. 52; FENDOĞLU, s. 86; ANSAY, s. 19.

<sup>43</sup> AVCI, s. 48; CİN; AKYILMAZ, s. 52; FENDOĞLU, s. 86; ANSAY, s. 19.

Ahad hadis ise, her nesilde bir tek ravi tarafından rivayet edilen sünnetlerdir. Hz. Peygambere ulaşmasında kesinlik olmadığından zanni bilgi ifade eder. Hukuka ilişkin sünnetlerin büyük bölümü ahad sünnettir.<sup>44</sup>

Hadisler, senedinde kopukluk olup olmamasına göre muttasıl ve munkatı olmak üzere iki kısma ayrılmıştır.<sup>45</sup>

Muttasıl (müsnet) sünnet, ravi zincirinde herhangi bir kopukluk olmayan; son ravi ile peygamber arasında boşluk olmayan sünnetlerdir.<sup>46</sup>

Munkatı (mürsel) sünnet ise genel olarak senedinde kopukluk olan sünnettir. Birinci ravisi yani sünneti Hz. Peygamberden rivayet eden sahabenin adının bulunmadığı hadislerdir.<sup>47</sup>

Bir hadisin kaynak olarak kabul edilmesi için bazı koşullara uygun olması zorunludur. Bu koşullar; hadisin ayete uygun olması (nasıl tüzük kanuna uygun olmak zorunda ise), sünnetin, mütevatir olan sünnete uygun olması, hadisin selim akla uygun olması, hadisin müsnet yani muttasıl olması ve ravilerin kendilerinde bulunması gereken şartları (sezgin yani mümeyyiz olması, Müslüman olması, adil ve zabıt olması) taşıması olmak üzere beş tanedir.<sup>48</sup>

### c. İcma

Fıkıhın üçüncü kaynağı olan icma, belli bir dönem veya zaman içinde yaşayan fakihlerin bir sorun üzerine aynı düşüncede olmalarıdır.<sup>49</sup> Buna, icma-ı ümmet de denir.<sup>50</sup> İcmanın temeli ilahi irade olmayıp hukukçuların genel uzlaşmasıdır. İcma yapılırken mutlaka Kur'an'a, Sünnete veya İslam hukukunun bir başka kaynağına dayanılması şarttır.<sup>51</sup> İcma, içtihatların toplanması (ittifak) anlamına da gelir.<sup>52</sup>

---

<sup>44</sup> AVCI, s. 48; CİN; AKYILMAZ, s. 53; FENDOĞLU, s. 86; ANSAY, s. 19.

<sup>45</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 53; AYDIN, s. 36; ANSAY, s. 19; FENDOĞLU, s. 88.

<sup>46</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 53; AYDIN, s. 36; ANSAY, s. 19; FENDOĞLU, s. 88.

<sup>47</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 53; AYDIN, s. 36; ANSAY, s. 19; FENDOĞLU, s. 88.

<sup>48</sup> FENDOĞLU, s. 88.

<sup>49</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 66.

<sup>50</sup> CİN; AKGÜNDÜZ, s. 151.

<sup>51</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 54.

<sup>52</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 51.

Bir hukuki olayda icmanın varlığını ileri sürebilmek için, o sorunun çözümlenmesi sırasında yaşayan tüm fakihlerin ölmüş olmaları; böylece itiraz imkânı kalmamış olması gerekir. Dolayısıyla icma ancak bir sonraki kuşağı bağlar.<sup>53</sup> İcma bir kez meydana gelince, sonraki kuşaklar buna uymak zorundadır.<sup>54</sup>

İcma; Kavli (sarih, açık)<sup>55</sup>, Takrirî (sükûtî, zımnî)<sup>56</sup> ve Fiilî<sup>57</sup> olarak oluşabilir:

Kavli icma, dönemin tüm fakihlerinin bir araya gelerek söz ile aynı düşüncede olduklarını belirtmeleriyle oluşur. Takrirî icma, dönemin fakihlerinin bir kısmının açıkça görüşlerini bildirdikleri, diğer fakihlerin de buna sessiz kalmaları ile oluşur. Fiilî icma ise aynı fakihlerin bir sorunu hep aynı şekilde eylemle veya yazıyla çözmeleri yolu ile oluşur.

#### **d. Kıyas (İçtihat)**

Kıyas, fıkıhın dördüncü kaynağı sayılmaktadır. Kıyas, Kur'an veya sünnette bir sorunun çözümlenmesi için konulmuş, kullanılmış olan bir kuralın, aynı kaynaklarda yer almamış bir sorunu çözmek için benzetilerek uygulanmasıdır.<sup>58</sup> Kıyasın kelime anlamı ölçme ve eşitlemedir.<sup>59</sup>

Kıyasın dört unsuru vardır: hakkında hüküm bulunan mesele, hakkında hüküm bulunmayan mesele, mevcut hüküm, ortak gerekçe (illet, benzerlik).<sup>60</sup>

Kıyasta ortak gerekçenin tespiti çok önemlidir. Zira bu konudaki tespitler hükümde farklılıklara yol açmaktadır. Zaman zaman ortak gerekçenin tespiti mezheplere göre farklılıklar göstermiştir.<sup>61</sup> Kur'an'da ve hadiste mevcut bir hükme dayanılarak bir sorunun

---

<sup>53</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 54.

<sup>54</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 66.

<sup>55</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 66; CİN; AKYILMAZ, s. 54; AYDIN, s. 37; ANSAY, s. 21; FENDOĞLU, s. 93.

<sup>56</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 66; CİN; AKYILMAZ, s. 54; AYDIN, s. 37; ANSAY, s. 21; FENDOĞLU, s. 93.

<sup>57</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 66.

<sup>58</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 68; AYDIN, s. 35; CİN; AKYILMAZ, s. 55; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 51.

<sup>59</sup> AYDIN, s. 38.

<sup>60</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 55.

<sup>61</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 55.; FENDOĞLU, s. 95.

kıyas yoluyla çözümlenmesine içtihat (rey<sup>62</sup>), içtihatla bulunanlara müçtehit adı verilir. Bir müçtehit bir sorunu çözerken bir ayete veya bir hadise dayanmak zorundadır. Bir sorun hakkındaki ayetler farklı şekilde yorumlanabildikleri veya aynı sorun hakkında çeşitli hadisler olduğu için varılan sonuçlar birbirine aykırı olabilir. Dolayısıyla aynı sorun hakkında birden çok içtihat bulunabilir.<sup>63</sup>

Bir konuda ayet veya sahih hadis varsa içtihat yapılamaz. Bu durumda kıyas kitaba uygun ise gereksiz olduğu için geçersiz; kitaba aykırı ise batıl olur. Kitap ve sünnet kesin iki kaynak olmasına rağmen kıyas, kesin olmayan bir delildir.<sup>64</sup>

Kıyasın yapılamayacağı dört durum vardır: 1- İbadette ve akaidde kıyas olmaz; iman ve ibadet konularında kıyas işlemez, 2- Hudud suçlarında kıyas olmaz (Hanefilere göre), 3- Kefaretlerde de kıyas mümkün değildir (Hanefilere göre), 4- Ruhsatlarda (bazı mazeretler dolayısıyla asıl hükmün gereğine uymamayı meşru hâle getiren geçici hüküm) da kıyas yapılmaz.<sup>65</sup>

İlk üç kaynağa dayanmayan rey'e bir değer verilmek istenmemişken; Hanefiler'de istihsan, Malikiler'de istislah ve Şafiiler' de istishab denen metotları bazı fıkıhçılar, fikhın kaynakları arasında saymışlardır.<sup>66</sup>

### **3.1.2. Tâli Kaynaklar**

#### **a. Örf ve Âdet**

Örf ve âdet kelimesinin sözlük ve terim anlamları değişiktir. Örf, sözlükte, tanımak, bilmek, kavramak demektir. Terim anlamı ise din veya akıl yönünden iyi görünen, sağduyu sahiplerince kötü karşılanmayan şeylerdir. Âdet, sözlükte, alışkanlık demektir. Terim anlamı ise halk tarafından alışkanlıkla yapılan iyi veya kötü şeylerdir. Âdet, yalnızca fiilidir; örf ise sözlü veya fiilidir.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup> ANSAY, s. 23.

<sup>63</sup> ÜÇÖK; MUMCU; BOZKURT, s. 69.

<sup>64</sup> FENDOĞLU, s. 95; ANSAY, s. 23.

<sup>65</sup> FENDOĞLU, s. 96; ANSAY, s. 23.

<sup>66</sup> ÜÇÖK; MUMCU; BOZKURT, s. 69; AYDIN, s. 39; FENDOĞLU, s. 99; CİN; AKYILMAZ, s. 57; AYDIN, s. 61.

<sup>67</sup> FENDOĞLU, s. 106.

İslamiyette örf ve âdet mutlak kabul veya mutlak ret yerine dinin temel esaslarına uygunluk bakımından değerlendirilmiş, bu esaslara uygun olanlar kabul edilirken diğerleri reddedilmiştir. Kur'an, sünnet ve icmada hüküm bulunmayan durumlarda örf ve âdete göre hüküm verilebileceği öngörülmüştür.<sup>68</sup>

Örf ve âdetten yararlanabilmek için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir: 1- İlgili olay ya da tasarrufların tamamında ya da çoğunda uygulanır olmak, 2- İlgili hukuki olay ve tasarruf zamanında yaşıyor olmak (Olay sırasında mevcut olmadığı halde geçmişte bulunan veya sonradan ortaya çıkacak olan âdet, hukuka kaynaklık edemez.), 3- Âdete aykırı bir açıklamanın bulunmaması, 4- Âdet ve örfün dinin daha kuvvetli ve kesin delillerine aykırı bulunmaması.<sup>69</sup>

### **b. İstihsan**

Sözlükte "güzel saymak, bir şeyi güzel görmek" anlamlarına gelen istihsan, fıkıh usulünde, müçtehidin daha kuvvetli gördüğü bir delil veya bir husus dolayısıyla bir meselede benzerlerine verdiği hükümden vazgeçip başka bir hüküm vermesidir.<sup>70</sup>

### **c. İstishab**

Sözlükte "kısa süreli olmayan beraberlik, bir arada bulunma" anlamındaki sohbet kökünden türeyen ve "beraberliği istemek, birlikte olmayı devam ettirmek manasına gelen istishab, fıkıh usulünde şer'î hükmü belirlemenin yanında bu hükümlerin uygulanmasına ilişkin rolleri olan belli başlı şer'î delillerden biridir. İstishabın terim anlamı, "bir zamanda sabit olan bir durumun aksini gösteren bir delil bulunmadıkça sonrasında da mevcut olduğuna hükmetmek" şeklinde özetlenebilirse de gerek kelimenin fıkıh usulündeki terimleşme sürecine gerekse usulcülerin delil ve delilden hüküm çıkarma yöntemi konusundaki farklı eğilimlerine bağlı olarak istishabın tanım ve mahiyeti, türleri, böyle bir yönteminin delil değeri, kavâidle ilişkisi ve fûrû-i fıkıh alanında kullanımı gibi konular etrafında çeşitli tartışmaların cereyan ettiği ve literatürde zengin bir bilgi birikiminin oluştuğu görülmektedir.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 59; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 67.

<sup>69</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 59.

<sup>70</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 69; AYDIN, s. 39; FENDOĞLU, s. 99; CİN; AKYILMAZ, s. 57; AYDIN, s. 61; Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi < <https://islamansiklopedisi.org.tr>>.

<sup>71</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 69; AYDIN, s. 39; FENDOĞLU, s. 99; CİN; AKYILMAZ, s. 57; AYDIN, s. 61; Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi < <https://islamansiklopedisi.org.tr>>.

#### **d. İstislah**

Sözlükte “düzeltme, iyileştirme, bir şeyi iyi bulma” anlamına gelen ve sulh, ıslah, maslahat kelimeleriyle de kök birliğine sahip bulunan istislah, fıkıh usulünde “kaynaklardan hüküm çıkarmada izlenen yöntem” manasında şer’î delillerden birinin adı olup nasların kapsamına girmeyen ya da kıyas yoluyla nasta düzenlenmiş bir olaya bağlanamayan fikhî bir meselenin hükmünü şer’an itibar edilebilir maslahatlara ve İslâm fikhının genel ilkelerine göre belirleme yöntemini ifade eder. Böyle olduğu için istislah, fıkıh usulünde nasların doğrudan ve dolaylı kapsamını belirlemeye yönelik dört şer’î delilin yani kitap, sünnet, icma ve kıyasın dışında kalan ve nasların bıraktığı bilinçli boşluğu doldurmaya yarayan fer’î delillerden biridir.<sup>72</sup>

#### **e. Sahabe Fetvası**

Sahabe arasında fıkıhta derinleşen, müçtehit seviyesine ulaşan ve fetva vermekle tanınan pek çok kişi mevcuttur. Bunlar sahip oldukları bilgiler ve fetvalarının sayısı bakımından aynı seviyede olmayıp Hz. Peygamberin yanında bulunma sürelerine, ilme önem verme durumlarına ve kavrayış yeteneklerine göre farklılık gösterir.<sup>73</sup>

### **3.2. ÖRFİ HUKUK**

Osmanlı Hukuku, şer’î ve örfî hukuk şeklinde ikili bir yapılanmadan oluşmaktadır. Örfî hukukun farklı şekillerde tanımlandığı bilinmektedir. Bu farklı tanımlamaların ortak noktası örfî hukukun oluşum sürecinde esas yetkinin ulul’emrde olduğudur.<sup>74</sup> Ulul’emr; halife, sultan gibi tek kişi olabilir veya bu yetki çeşitli organ ve kişiler arasında paylaşılabilir. Ulul’emr, sınırlı yasama yetkisine dayanarak örfî kurallar geliştirebilir. Örfî hukuk, şer’î hukuktan farklı olarak İslam hukukçularının içtihatlarıyla değil; ulul’emrin koyduğu kurallarla gelişmiştir.<sup>75</sup>

Ulul’emrin, Osmanlı Devleti’nde padişah olduğu görülmektedir. Zira her ne kadar geniş yorumlansa da İslam hukukunda bu yetki, devlet başkanına tanınmıştır. Bu

---

<sup>72</sup> UÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 69; AYDIN, s. 39; FENDOĞLU, s. 99; CİN; AKYILMAZ, s. 57; AYDIN, s. 61; Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi < <https://islamansiklopedisi.org.tr> >.

<sup>73</sup> Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi < <https://islamansiklopedisi.org.tr> >.

<sup>74</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 78; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 88.

<sup>75</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 78.

çerçeve de örfî hukuk, şer'î hukukun yanı sıra padişahın irade ve fermanlarıyla yani kanunlarla oluş an hukuktur.<sup>76</sup>

Bazı görüşler, Osmanlı kamu hukukunun İslam kamu hukukundan tamamen bağımsız ve Osmanlı'ya özgü olduğunu; bazı görüşler ise Osmanlı kamu hukukunun İslam kamu hukukunun tam etkisinde kaldığını belirtmişlerdir.<sup>77</sup>

Örfî hukukun oluş um tarzı şer'î hukuktan farklıdır. Şer'î hukuk müçtehit hukukçuların İslam hukukunun kaynaklarına dayanarak, fıkıh usulü ilmindeki esaslar çerçevesinde yapmış oldukları içtihatlardan oluş maktadır. Ayrıca oluş um sürecinde çok istisnai durumlar haricinde devletin bir müdahalesi ya da katkısı olmamıştır. Buna karşılık örfî hukuk İslam hukukçularının içtihatlarıyla değil, ulul'emrin koyduğu kurallarla gelişmiştir. İslam devletinin sınırlarının genişlemeye başlaması ve yeni toplumların İslamiyeti kabulü ile birlikte ortaya konan pratik esaslar ilk önce dine mal edilmiş, daha sonra İslam hukukçuları da etkisi altında kalmış oldukları memleketlerin şartlarına göre ayrı içtihatlarla bulunarak İslami usul ve idare kurallarının çeşitlenmesine sebep olmuşlardır. Böylece devlet başkanları kamu zarureti ve iyi geleneklere uyma düşüncesi ile şeriatın açıkça karşı çıkmadığı konularda herhangi bir kural ile bağı kalmadan kanun çıkarma yetkisini kazanmışlardır. Bu şekilde yorumlanabilir, kodifiye edilebilir fakat asla değiştirilemez ve eklenemez olan şeriatın yanında bizzat onun açık bıraktığı alanlarda ayrı bir örfî hukuk oluşmuştur.<sup>78</sup>

Osmanlı Devleti'nde örfî kanunların hazırlanmasında devletin en üst kademelerinde tecrübe kazanmış devlet adamlarından oluş an Dîvân-ı Hümâyun'un ve özellikle örfî hukuktan sorumlu bulunan nişancıların önemli rolleri vardır. Divânda yapılan görüşmeler ve nişancıların faaliyetleri sonucu şekillenen hukukî esaslar padişahların tasdikleriyle kanun haline gelmekte ve uygulamaya girmektedir. Padişahlar tarafından konan kanunların yürürlük süreleri de esas itibariyle bunların hayatlarıyla sınırlıdır. Bu sebeple her padişah değişikliğinde yürürlükte kalması istenen kanun ve imtiyazların yenilenmesi gerekmektedir.<sup>79</sup>

Örfî içtihat, şer'î hükümlerce doğrudan düzenlenmeyen ve daha çok cevaz alanında aklın gereklerine göre hüküm vermektir. Şer'î hukukun ana ilke ve hedeflerinin

---

<sup>76</sup> Yrd. Doç. Dr. Seda ÖRSTEN ESİRGEN, *Osmanlı Devleti'nde Kanun Yapma Geleneği ve Cumhuriyet Döneminde Uygulanan Osmanlı Kanunları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 8.

<sup>77</sup> FENDOĞLU, s. 239.

<sup>78</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 78; AYDIN, s. 67; ÖRSTEN ESİRGEN, s. 9.

<sup>79</sup> AYDIN, s. 67.

denetimine tâbi olması dolayısıyla örfî içtihat şer'î hukuka dâhil edilmektedir.<sup>80</sup> Kural olarak örfî hukuk şer'î hukuka aykırı olamaz. Bir konuda şer'î hukuk düzenlemesi varsa buna aykırı hukuk normu yok hükmündedir. Yani şeriata aykırı emirler ve kararlar bağlayıcı değildir.<sup>81</sup>

Örfî hukuk, daha çok şeriata açıkça karşı çıkmadığı, kanun boşluğu bıraktığı ve müçtehitlerin de çok içtihat yapmadığı alanlarda söz konusu olmaktadır. Kanunnâme koyan sultanlar şer'î hukukun eksikliklerini tamamlamak amacıyla hareket etmişlerdir.<sup>82</sup> Bir görüşe göre şeriata izin verdiği konularda padişah sınırlama yapabilir ya da yasak koyabilir. Ayrıca örfî hukuk ve şer'î hukuk arasında bir uyum olduğu da savunulabilir. Şer'î ve örfî hukuk kaynaklı davalar, Tanzimat döneminde şer'îye ve nizamiye mahkemeleri uygulaması hariç, klasik dönemde kadı mahkemeleri tarafından yani aynı mahkemede çözülmüştür. Hâkimler, şer'î davalarda fıkıh kitaplarına, örfî davalarda da kanunlara bakarlar.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 91.

<sup>81</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 91; HEYD, Uriel; *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford, 1973, s. 148 – 192.

<sup>82</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 91.

<sup>83</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 92; AYDIN, s. 76.



## İKİNCİ BÖLÜM

### OSMANLI HUKUKUNDA CEZALARIN İNFAZI

#### 1. GENEL OLARAK OSMANLI CEZA HUKUKU

Osmanlı'da ceza hukukunun anlaşılabilmesi için öncelikle İslam ceza hukukundan bahsetmek gerekecektir. Zira Osmanlı hukukunun, Tanzimat'a kadar İslam hukukuna tâbi olduğu, Tanzimat sonrası Batılılaşma sürecinde İslam hukukunun bir ölçü de olsa yumuşatılmış olduğundan yukarıda bahsedilmiştir. Bu bölümde kısaca Osmanlı ceza hukukundan ve Osmanlı yargı sisteminden bahsedilecek; Osmanlı hukukunda verilen cezalar ve bu cezaların infazı detaylandırılacaktır.

##### 1.1. İSLAM CEZA HUKUKU

İslam hukuku, kendi çağında başkaca hukuk sistemlerince suç ve cezada kişiselleştirme ilkesinin benimsenmediği bir dönemde çağının ilerisine geçmiş ve İslam hukukunda, çok istisnaî bir durum olan Kasame ve farklı bir kurum olan akilelik dışında, suç ve cezada kişiselleştirme ilkesi uygulanmıştır; İslam hukukunda kolektif ceza yoktur.<sup>84</sup>

İslam hukukunun özünde ölüm cezasına çok az yer verilmiştir. Ancak daha sonra uygulamada sapmalar oluşmuş ve ölüm cezasının kapsamı genişlemiştir. İslam hukukunda dinden dönmenin kesin olarak ölümle cezalandırılması mezhepler arasında değişkenlik göstermektedir. Bir diğer ölüm cezası ise özel hukukla karışmış şekilde verilen kısas ile kendini gösterir. Suçlulara verilen cezalar ve suçlar temel olarak dörde ayrılır: Kısas, diyet, hadd, ta'zir.<sup>85</sup>

İslam ceza hukuku kamusallaşamamıştır. Kısas ve diyet gerektiren suçlarda kamu davası yerine takibi şikâyete bağlı suç özelliği dikkate alınmıştır. Ancak bütün koşullar gerçekleşir ve öldürülenin bütün yakınları isterse kısas ile katil öldürülebilir. Bir kişinin bile kısası kabul etmemesi halinde diyete yani tazminata hükmedilir.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 90.

<sup>85</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 91; AYDIN, s. 154.

<sup>86</sup> ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 90; CİN; AKYILMAZ, s. 225.

İslam ceza hukukunun (Ukubat) konusu suç değil günahdır. Bazı günahlar ne kadar ağır olursa olsun kovuşturmaya tabii olmazlar. Ancak günah ile topluma veya başkasına zarar verilirse ve bu konuda bir ceza öngörülmüşse bu durumda suçun kovuşturması yapılır. Yani İslam hukukunda suç, Allah'a (Hakk Allah) ya da kişiye (Hakk Ademî) karşı işlenebilir.<sup>87</sup> Çoğunlukla Kitabu'l Ukubat (Ceza Hukuku) gibi genel başlık altında incelenen ve topluma karşı işlenen suçlar olarak kabul edilen hadler Kitabu'l Hudud bölümünde; şahsa karşı işlenen suçlar Kitabu'l Cinayat, Kitabu'l Diyat gibi bölümlerde; ta'zir suç ve cezaları da Kitabu't Ta'zir bölümünde incelenir.<sup>88</sup>

İslam ceza hukukunun kaynakları, İslam hukukunun kaynakları gibidir. Kitap, Sünnet, İcma, Kıyas İslam ceza hukukuna kaynaklık etmektedir.<sup>89</sup> Kanunnamelerin de (yani İslam ceza kanununun) özellikle ta'zir alanında önemi yüksektir. Şer'îye sicilleri, fetva kitapları ve arşiv belgeleri de bu kısımda önemlidir. Kadılar, yorum kuralları konusunda fıkıh ile bağlıdır.<sup>90</sup>

### **1.1.1. Suçun Unsurları**

İslam ceza hukukunda suçun dört unsuru bulunmaktadır: Kanunî unsur, maddî unsur, manevî unsur, hukuka aykırılık.<sup>91</sup>

#### **a. Suçun Kanunî Unsuru**

Suçta kanunilik ilkesine dayanır. Yükümlülük normu emir ve yasaklama şekillerinde olur. Suç, kanun koyucunun emirlerini ihmal, yasaklarını ihlal şeklinde işlenir. Emrin yükümlülük ifade etmesi için emre uymayanın kınanması gerekir.<sup>92</sup>

#### **b. Suçun Maddî Unsurları**

Hareket, netice, nedensellik bağı, fail, mağdur, suçun konusundan oluşmaktadır:

---

<sup>87</sup> ÜÇÖK; MUMCU; BOZKURT, s. 91.

<sup>88</sup> FENDOĞLU, s. 428.

<sup>89</sup> FENDOĞLU, s. 433.

<sup>90</sup> FENDOĞLU, s. 435.

<sup>91</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 228; AVCI, s.206; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 73.

<sup>92</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 206; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 73; AYDIN, s. 158.

### **b.1. Hareket**

İcrai veya ihmali davranışla işlenebilir. Kişisel yararları ihlal eden suçlar, genellikle icrai hareketle, kamusal yararları ihlal eden suçlar ise genellikle ihmali davranışla işlenir. İhmali suçlar da saf ihmali suçlar ve ihmal suretiyle icra suçları olarak ikiye ayrılır. Kişinin yapmaya mecbur olduğu şeyi yapmaması başka bir zararın doğmasına yol açıyorsa ihmal suretiyle icra suçu meydana gelir. Örneğin; Hz. Ömer bir topluluktan su istediği halde onların su vermemesi sebebiyle susuzluktan ölen birinin diyetini o topluluğa ödetmiştir. İmam Malik'e göre de öleceğini bilerek çocuğunu beslemeyip ölmesine sebep olan anneye kısas cezası verilir.<sup>93</sup>

### **b.2. Netice**

Suçun kanuni tanımında yer alan ve icra edilen fiilin dış dünyada oluşturduğu değişikliktir. Suçlar neticenin belirme şekline göre zarar ve tehlike suçları olarak ikiye ayrılır. İnsan öldürme, mala zarar verme ve hırsızlık zarar suçlarındandır. Sağlığa zararlı yiyecek, anarşi ve kaos dönemlerinde silah satışı, putperestlere dini gerekçelerle hakaret edilmesi gibi fiiller, ta'zir suçu sayılıp cezalandırılırsa; bu suçlar tehlike suçlarına örnek oluşturur.<sup>94</sup>

### **b.3. Nedensellik Bağı**

Hareket ile netice arasındaki sebep sonuç ilişkisidir. Mezhepler nedensellik bağına geniş veya dar yorumlamıştır. Mağdurun fiili ile nedensellik bağı kesilirse fail, ortaya çıkan son neticeden değil kendi fiilinin neticesinden sorumlu olur.<sup>95</sup>

### **b.4. Fail**

İslam hukukunda ancak gerçek kişi olabilir; hayvan ve tüzel kişiler (fiil ehliyeti yoktur; tüzel kişiler adına suç işleyen gerçek kişiler cezalandırılır) suçun faili olamaz. İslam ceza hukukunda, içki içme suçunun faili yalnızca Müslümanlardır. İnançlarına göre içki içmeleri yasak olmayan zimmî veya müstemenler bu suçun faili olamaz. Osmanlı hukukunda

---

<sup>93</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 208.

<sup>94</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 209; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 81; AYDIN, s. 163.

<sup>95</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 209; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 82; AYDIN, s. 163

zulüm suçunun faili kamu görevlileri (Askeri Sınıf) olabilirdi. Dolayısıyla zulüm özgü suçlardandır.<sup>96</sup>

### **b.5. Mağdur**

Suçun hukuki konusunun ait olduğu kişidir. Tüzel kişiler suçun mağduru olamaz, suçtan zarar gören olabilirler. Ancak bazı suçlarda mağdur bir kişi değil, toplumu oluşturan herkeştir. Örneğin; rüşvet, çevre ve genel tehlike suçlarında mağdur toplumu oluşturan herkeştir.<sup>97</sup>

### **b.6. Suçun Maddi Konusu**

Suçun cismini teşkil eden insan veya şeydir. Bazı suçlarda konu ile mağdur iç içe olabilir. Ancak konu ile mağdur aynı şey değildir. Örneğin; kasten yaralama suçunda mağdur yaralanan kişi, konu ise bu kişinin vücududur. Korunan hukuki yarar kişilerin vücut dokunulmazlığıdır. Suçun hukuki konusu ise ceza normu ile korunan yani suç ile ihlâl edilen hak ve menfaattir.<sup>98</sup>

### **c. Suçun Manevî Unsurları**

Kast, taksir, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar, amaç ve saiktir. İslam ceza hukukunda kusursuz yani objektif sorumluluk yoktur. Zararlı fiilin faili ancak kusuru varsa cezalandırılabilir, ceza sorumluluğu kusurunun ağırlığı ile orantılıdır. Modern hukuktaki kast İslam hukukunda niyettir. Ceza sorumluluğunun esasını niyetin varlığı oluşturur.<sup>99</sup> Asli kusur türü kasttır. Kasten suç işleyebilmek için kusur ehliyetinin olması gerekmektedir. Ancak ceza ehliyeti ile hareketin işleniş tarzı olan kast ve taksirin bağlantısı yoktur. Yani mümeyyiz olmayan küçük ve akıl hastası da kasten suç işleyebilir. Bunların ceza ehliyeti olmadığı için kendilerine güvenlik tedbiri türü yaptırım uygulanır. Ceza sorumluluğu için idrak (fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama) ve ihtiyar (bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği)

---

<sup>96</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 210; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 84; AYDIN, s.163; Prof. Dr. Ahmet MUMCU, *Osmanlı Devletinde Rüşvet*, İnkılap Yayınevi, Ankara, 2005, s. 9-12.

<sup>97</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 210; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 85; AYDIN, s. 163.

<sup>98</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 211; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 85; AYDIN, s. 163.

<sup>99</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 211; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 85; AYDIN, s. 168.

olmalıdır. Bir fiilin haksız olduğunu bilmek yeterlidir; bu fiil karşılığında uygulanacak yaptırımı bilme şartı aranmaz.<sup>100</sup>

### **c.1. Kast**

İradenin ceza hukuku yaptırımı ile karşılanan icrai veya ihmali bir davranışa yönelmesidir. Suç kastı neticesini isteyerek veya kabullenerek, iradenin fiile (icrai veya ihmali bir davranışa) yönelmesidir.<sup>101</sup> Kast, doğrudan kast ve olası kast şeklinde oluşabilir. Bir suçun kanuni tanımındaki unsurlarının somut olayda kesinlikle gerçekleşmiş olduğunun kabul edildiği hallerde doğrudan kast; bir suçun kanuni tanımındaki unsurların somut olayda gerçekleşmekte olduğunun muhtemel sayıldığı ve kabullenildiği hallerde olası kast söz konusu olur.<sup>102</sup>

### **c.2. Taksir**

Bir işi eksik yapmak, yapabilirken çekinip yapmamak, kusur etmek, kabahat ve günah anlamlarındadır. Fıkıh kitaplarında kastın yanında ikinci bir kusurluluk şekli olarak hata terimi kullanılmıştır. Hata, failin iradesini yönelttiği fiilin, olması istediğinden farklı bir şekilde meydana gelmesidir. Modern hukuktaki taksir kavramının içeriği ile islam hukukunda hatanın içeriği aynıdır. Hataen katil ve cerh suçları taksirle öldürme ve taksirle yaralama anlamına gelir. Ceza sorumluluğunda failin kusur derecesinin yani kast ve taksirinin farklı sonuçları vardır.<sup>103</sup> Taksirle bir suç işleyen kimsenin sorumluluğunun esası, onun fiili ve neticesini bilerek ve isteyerek işlemesinde yani kastından dolayı değil; taksiri yani dikkatsizlik ve tedbirsizliğinden kaynaklanır. Fıkıh kitaplarında yalnız taksirle öldürme ve yaralama fiilleri suç olarak yer almıştır. Dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik ile birinin ölümüne veya yaralanmasına sebep olan, fiili taksirle işlemiş olduğu için kısas değil diyetten sorumlu olur; devletin ta'zir cezası verme yetkisi saklıdır. Osmanlı hukukunda taksirle yangın çıkarma, firara sebebiyet, taksirle haberleşmenin engellenmesi ve taksirli iflas da suç sayılmıştır.<sup>104</sup>

---

<sup>100</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 212; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 89; AYDIN, s. 170.

<sup>101</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 212; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 89; AYDIN, s. 171.

<sup>102</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 213; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 92.

<sup>103</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 213; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 94; AYDIN, s. 172.

<sup>104</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 215; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 97.

### **c.3. Kast-Taksir Kombinasyonu (Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar; Şibhü'l-Amd, Hatau'l-Amd)**

Şibhü'l-AMD, fiilden ortaya çıkan neticenin failin kastettiğinden daha ağır olmasıdır. Bu şekilde işlenen suçlarda failin iradesi hem harekete hem de neticeye yönelmekte; ancak netice failin istediğinden ağır olmaktadır. Hareket ile irade arasında bir uygunluk var iken netice ile irade arasında tam uygunluk yoktur. Dolayısıyla failin, hareket bakımından kusuru kast, netice bakımından kusuru taksirdir. İslam ceza hukukuna göre Şibhü'l-AMD halinde failin ağır neticeden sorumlu tutulmasının sebebi kastla taksirin bir arada bulunmasıdır.<sup>105</sup> Hz. Peygamber: Hatau'l-AMD (kamçı, sopa ve taş) ile öldürülenlerin diyeti kırk gebe olan yüz devedir; Şibhü'l-AMD şekilde öldürmenin diyeti kasten öldürmenin diyeti gibi ağırdır. Ancak faile kısas cezası verilmez demiştir. Osmanlı uygulamasında Şibhü'l-AMD katle kürek cezası verilmiştir.<sup>106</sup>

### **c.4. Amaç ve Saik**

Saik (bais), kastı hazırlayan duygu ve düşünce yani faile suç işleme kararını verdiren etkidir. Kast ve saik aynı şey değildir; kast olmazsa suç oluşmaz ancak saik olmasa da suç oluşmuş sayılır. Kast sabit; saik değişkendir. Saik bazen suçun unsuru olabilir. Örneğin suç işlemek amacıyla örgüt kurmada, örgütlenenlerin saiki suç işlemektir. Malî saikle işlenen suçlar hırabe; siyasi saikle işlenenler yani hem devlete hem de topluma (sivil halka) karşı zarar vermeyi amaçlayanlarla (ridde), sadece devlet başkanına isyanı amaçlayıp topluma zarar verme amaçları olmayanlar ise bağydir. Saik, bazı suçlarda ise suçun daha ağır veya daha az cezalandırılmasını gerektiren nitelikli bir hâl olabilir.<sup>107</sup>

### **d. Hukuka aykırılık**

Fiilin hukuk düzeninin bütünü ile çatışma içinde olması demektir. Hukuka aykırılık, işlenen fiilin hukuk düzenince tecviz edilmediğini, mubah sayılmadığını gösterir. Tipiklik hukuka aykırılık karinesi oluşturur. Hukuka aykırılığı ve bunun sonucunda tipe uygun fiilin cezalandırılması imkânını ortadan kaldıran sebeplere hukuka uygunluk sebepleri denir. Kasten insan öldürmede hukuka uygunluk sebebi “Kim bir cana karşılık (kısas cezasının infazı)

<sup>105</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 216; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 99.

<sup>106</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 216; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 103.

<sup>107</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 217; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 104.

veya yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya karşılık olmaksızın (haksız yere) kasten insan öldürürse bütün insanları öldürmüş gibi olur.” ayetinde yer almıştır.

#### **d.1. Hukuka Uygunluk Sebepleri**

Meşru savunma, görevin ifası ve hakkın kullanılmasıdır. Hukuka uygunluk sebebi varsa fail, saldırgana verdiği zarardan sorumlu olmaz; ancak failin üçüncü kişilere verdiği zarar hakkaniyet gereği tazmin edilmelidir.<sup>108</sup>

##### **d.1.1. Meşru Savunma**

Hukuken koruma altında bulunan bir hakka yönelik haksız bir saldırıyı, bununla orantılı bir güç kullanıp durdurmak veya ortadan kaldırmaktır. İslamda; canını, dinini, namusunu ve malını korumak için meşru savunma yaparken öldürülenler şehit sayılmaktadır. Dolayısıyla, bunlara yönelik saldırılarda savunma, bir görevdir.<sup>109</sup>

##### **d.1.2. Görevin İfası**

Görev, kanundan veya amirin hukuka uygun emrinden kaynaklanır. Hukuka uygun emrin yerine getirilmesi hukuka uygundur.<sup>110</sup>

##### **d.1.3. Hakkın Kullanılması**

Şikâyet hakkı, tedip hakkının kullanılması, spor faaliyetleri, tıbbî müdahaleler, eleştiri hakkı ve direnme hakkının kullanılması da hukuka uygunluk sebepleridir. Şikâyet hakkı, suç mağdurunun kendisine karşı işlenen suçu açıklaması veya ilgililere duyurması (ihbar/şikâyet) sınırları içinde kalınarak kullanıldığında hukuka uygundur. İslam hukukuna göre kocanın, karısı ve çocukları üzerinde tedip hakkı vardır. En geniş anlamda tedip hakkı veli veya vasiye aittir. Tedip hakkı kullanılırken psikolojik-pedagojik esaslara uygun kullanılmalı; öğüt, terk, kulak çekme ve hafifçe dövme sırasına uyulmalı ve sınır aşılmamalıdır.<sup>111</sup> Spor oyunları hasma güç kullanmayı gerektirenler (güreş vb.) ve gerektirmeyenler olarak ikiye ayrılabilir. Her iki türde de spor kuralları içinde hareket edilmişse rakibin zarar görmesi durumunda bu faaliyetler hukuka uygunluk sebebi oluşturur. Kural dışına çıkılarak rakibe kasten zarar verilmişse, kasten işlenmiş suçtan sorumluluk gerekir. Taksirle hareket edilmişse

<sup>108</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 219; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 105; FENDOĞLU, s. 443.

<sup>109</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 219; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 107.

<sup>110</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 221; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 115; FENDOĞLU, s. 443.

<sup>111</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 224; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 121.

ve bu durum taksirle işlenmesi suç olarak kabul edilen bir davranışsa ceza sorumluluğu doğar. Taksirle işlenmesi halinde suç olarak değerlendirilmeyen zararlı hareketler, haksız fiil olarak değerlendirilip sadece tazmin sorumluluğu doğurur.<sup>112</sup> Tıbbî müdahalede tıp ilmi ve mesleğinin gereklerine uyulmuşsa; ölüm, organ veya duyu kaybı olsa bile, hekim sorumlu olmaz. Tıbbî zorunluluk olmaksızın, estetik kaygılarla ameliyat olmaya rıza hukuken geçerli değildir; bu durumda hekim de mesleğin icrası hukuka uygunluk sebebinden yararlanamaz. Hekimin tıbbî müdahalesinde kötü sonuçtan sorumlu tutulmaması için gerekli şartlar şunlardır: - müdahalede bulunanın hekim olması, - hekimin tedavi kastıyla hareket etmesi, - tıbbî metotlara uygun olması, - hastanın yasal temsilcisinin veya hâkimin izninin olması.<sup>113</sup> Eleştiri hakkı, eleştirinin cezalandırılmaması esasına dayanır. Meşru şekilde işbaşına gelen devlet başkanına eleştiri yakın tehlike oluşturmadığı (fiilen silahlı ayaklanmaya dönüşmediği) sürece cezalandırılmamalıdır. Kadınları eleştirmek de caiz olarak değerlendirilmiştir.<sup>114</sup> Direnme hakkı, haklı direnişin bağı olmamasını korumaktadır. Zalim veya görevi ifadan aciz ulul'emre karşı isyan bağı değildir; meşru olan direnmedir. Zalim idarecinin azli gerektiğinden muhalefet hakkını kullanan zümreye herkesin yardım etmesi gerekir.<sup>115</sup>

#### **d.1.4. İlgilinin Rızası**

Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiil suç oluşturmaz. Kişinin kendi canı üzerindeki tasarrufu mutlak değildir. Bu sebeple hayatı üzerinde hukukî tasarruflarda bulunamaz. Bir kimsenin işlediği suç sebebiyle kendisini cezalandırması icma ile haramdır.<sup>116</sup>

#### **d.1.5. Zilyetliğin Korunması**

Mal sahibine ve saldırıya şahit olan diğer Müslümanlara; bağırma, el ile ya da sopa veya silah kullanarak menetme, uzvunu sakatlama ve öldürme şeklinde hafiften şiddetliye doğru sıralanan bir yetki verilmiştir.<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 227; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 128.

<sup>113</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 228; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 130.

<sup>114</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 229; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 135.

<sup>115</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 230; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 137.

<sup>116</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 230; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 138.

<sup>117</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 232; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 140.



## e. Kusurluluğu Kaldıran Veya Azaltan Sebepler

Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, zorunluluk hâli (ıztırrar) ve cebir-tehdit (ikrah) gibi kusurluluğu kaldıran sebeplerde; fiil suç olma özelliğini korurken failin ceza sorumluluğu kalkmaktadır.<sup>118</sup> Zorunluluk hâlinde işlenen fiil, haksızlık oluşturma niteliğini kaybetmez ancak haksızlığı gerçekleştiren kişinin cezai sorumluluğu ortadan kalkar. Ancak zorunluluk hâlinde birinin malını izinsiz alan, kullanan, tüketen kişinin tazmin borcu düşmez.<sup>119</sup> İkrah, bir kimseyi korkutarak rızası olmayan bir işi yapmaya haksız yere zorlamaktır. İslam hukukunda isnat yeteneği olan kişinin suç sayılan fiili kusurlu olarak işlemesi yeterli değildir; kişinin bu fiili cebir ve zorlama yani ikrah olmaksızın işlemesi gerekir.<sup>120</sup> Bir insan hareketinin karıştığı fakat gerek fail gerek üçüncü kişilerin öngörmesinin mümkün olmadığı neticeye kaza denir. Kaza hâlinde failin taksirinden bile söz edilmesi mümkün değildir.<sup>121</sup> İslam hukukunda işlenen fiilin haksızlık olduğu konusunda yanılmak yani bu konuda hataya düşmek mazeret sayılabilir. “Yasak olduğunu bilmeden, haksızlık bilinci olmadan hukukî hata sonucu kötü bir fiil işleyip sonra tevbe ederek dürüst ve erdemli bir hayat yaşayan Allah’ın çok affedici olduğunu görecektir” ayeti gereği; haksızlık yanılışı sorumluluğu ortadan kaldırır ancak bilgisizlik mazeret olarak kabul edilmez.<sup>122</sup> Bedeni özür, haksız tahrik, uyku ve beklenebilirlik hâlleri de kusuru azaltır veya ortadan kaldırır.<sup>123</sup>

### 1.1.2. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

#### a. Suça Teşebbüs

Kişinin, işlemeyi kastettiği bir suçu, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp sırf hareket suçlarında elinde olmayan sebeplerle tamamlayamaması; neticeli suçlarda neticenin meydana gelmemiş olmasıdır. Suçun işlenmesinde ilk aşama düşünme, tasarlama, niyet aşamasıdır. Bu aşamada hukuk dünyasında herhangi bir sonuç doğmadığı için yaptırım uygulanması söz konusu değildir. İkinci aşama, suça hazırlık aşamasıdır. Bazı mezheplerin uygulamasında yalnızca hazırlık aşamasındaki fiiller suç teşkil ediyorsa cezalandırılır. Bazı mezheplerde de suça hazırlık aşamasındaki fiiller suç teşkil etse de etmese

<sup>118</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 232; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 141.

<sup>119</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 233; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 142; FENDOĞLU, s. 443.

<sup>120</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 235; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 148; FENDOĞLU, s. 443; AYDIN, s. 173.

<sup>121</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 236; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 157.

<sup>122</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 237; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 158.

<sup>123</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 238; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 162; AYDIN, s. 170.

de cezalandırılır. Teşebbüs hâlinde suç had, kısas veya ta'zirden hangisine girerse girsin; esas suça verilecek cezadan daha az bir ceza verilir.<sup>124</sup>

### **b. Suçtan vazgeçme ve tövbe**

Failin, suçun maddî unsurunu tamamlamadan; kendi rızasıyla fiilden vazgeçmesidir. Bu durumda suç tamamlanmamış ve dolayısıyla zararlı sonuç ortaya çıkmamış olduğundan fiil cezalandırılmaz. Ancak maddî unsur tamamlanıp da fail suçtan vazgeçerek tövbe ederse buna etkin pişmanlık denir ve buna ilişkin farklı görüşler vardır. Bu konuda yol kesme yani hırsabe suçu bakımından özel bir durum vardır: bu suçu işleyen kimse ele geçmeden önce tövbe ederse had cezası düşer.<sup>125</sup>

### **c. Suça İştirak**

İslam hukukunda suça iştirak iki başlık altında incelenmiştir. Suçun maddî unsurunu icraya iştirak eden faillere mübaşir fail (aslî fail) denerek bu kimseler suçu tek başlarına işlemiş gibi ilgili suç için belirlenen esas ceza ile cezalandırılmışlardır. Suçun maddî unsurunu icraya katılmadan iştirak eden faillere de mütesebbib fail (fer'î fail) denerek bu kimseler de o suç için belirlenen esas ceza ile değil; daha hafif cezalar ile cezalandırılmışlardır.<sup>126</sup>

### **d. İçtima**

İslam ceza hukukunda kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır (gerçek içtima). Yani kural, cezaların içtimaıdır. Kişilere karşı işlenen suçlarda gerçek içtima kuralları uygulanır. Had suçlarında ise içtima kuralları uygulanabilir. Bazı görüşlere göre; bir kimse zina, kazif, şürb ve sirkad gibi suçlar işlerse bu kimse her birinin cezası ile ayrı ayrı cezalandırılır. Bir başka görüşe göre, bu suçların cezaları aynı türden olduğu için (celde) içtima hükümleri uygulanır.<sup>127</sup>

---

<sup>124</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 242; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 172; AYDIN, s. 165; CİN; AKYILMAZ, s. 236.

<sup>125</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 245; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 194; AYDIN, s. 166; CİN; AKYILMAZ, s. 236.

<sup>126</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 248; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 201; CİN; AKYILMAZ, s. 236.

<sup>127</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 250; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 223.

## 1.2. OSMANLI HUKUKUNDA YARGI FONKSİYONU

Osmanlı yargısının temelini şer'iyeye mahkemeleri, tek hâkimli olan bu mahkemelerin çekirdeğini kadı oluşturmaktadır.<sup>128</sup> Osmanlı yargı teşkilatı; Rumeli, Anadolu ve Mısır olmak üzere üç bölgeye ayrılır. Osmanlı'da yargı fonksiyonu esas itibariyle hükümdara aittir. Halifelik unvanını alan Osmanlı padişahının görevlerinden biri de adaleti yerine getirmektir. Padişah, yargının başıdır; kadılık görevini tevzi eder. Divan-ı Hümâyün'un verdiği kararları Şeyhülislama danışarak infaz eder.<sup>129</sup>

Osmanlı yargı teşkilatında mahkemeler; hukuk, ceza veya idare mahkemesi olarak ayrılmamıştır. İslam ceza muhakemesinde iddia görevlerini yerine getirmek üzere oluşan bir kurumsal yapı yoktur.<sup>130</sup> İslam hukukunda, müdafaa işlevini yerine getirmekle görevlendirilmiş bir avukatlık kurumu bulunmadığı görülmektedir. Ancak davacıyı veya davalıyı temsil eden bir vekil olabilir. Osmanlı Devleti'nde de Tanzimat Dönemine kadar kurumsallaşmış bir avukatlık makamı bulunmamaktadır ancak okuma-yazma oranının düşüklüğü sebebiyle halkın kendini resmî makamlar önünde rahat ifade edebilmesi ihtiyacı ile arzuhalciler ortaya çıkmıştır. Ancak herkesin arzuhalcilik yapmasına izin verilmeyip arzuhalcilik için ocaktan yetişmek ve ruhsat almak gibi denetime tâbi şartlar oluşmuştur.<sup>131</sup>

İddia işlevi bakımından; örneğin kamu kamu haklarını ihlâl eden suçlarda, ihbar ve öğrenme üzerine re'sen takip ve cezalandırma mümkün olduğundan savcılık kurumuna gerek görülmemiştir ancak; her suçun bizzat öğrenilmesi mümkün olmadığından Müslümanlara da ihbar yetkisi tanındığı belirtilerek İslam hukukunda kamu menfaatinin ve yararının korunması görevi, devlet başkanına ve vekillerine verildiğinden savcıya ender olarak gereksinim duyulduğu ifade edilmektedir.<sup>132</sup>

---

<sup>128</sup> Doç. Dr. Nevin ÜNAL ÖZKORKUT, *Osmanlı Hukukunda Müdde-i Umumilik Savcılık Kurumunun Türk Hukukuna Girişi ve Uygulanış Süreci*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 57.

<sup>129</sup> FENDOĞLU, s. 377.

<sup>130</sup> ÜNAL ÖZKORKUT, s. 57.

<sup>131</sup> ÜNAL ÖZKORKUT, s. 58.

<sup>132</sup> ÜNAL ÖZKORKUT, s. 58.

### 1.2.1. Şer'iyeye Mahkemeleri

Tanzimat dönemine kadar her türlü hukukî ihtilafın çözüldüğü bir mercii olmuştur.<sup>133</sup> Şer'iyeye mahkemelerinde ceza muhakemesi süreci, şikâyet ya da suç ihbarının yapılmasıyla başlamaktadır. Davacı, delillerini mahkemeye sunmakta ve mahkeme de gerekli tedbirleri almaktadır. Subaşı, bir nevi savcı işlevi görmektedir. Suç ihbarında bulunanı ve şüpheliyi mahkeme önüne kendisi getirmektedir. Kısasa tâbi suçlarda, davacı mağdur ya da yakınlarıdır. Had suçlarında ise herkes ihbarla yükümlüdür.<sup>134</sup>

Ceza davaları, soruşturma safhası ile yargılama ve hüküm safhasından oluşmaktadır. Soruşturma görevini genellikle naib (kadı vekili) yerine getirmektedir. Naib olarak görevlendirilen kişi son kararı vermeye yetkili değilse; hâkim davayı incelemek ve tanıkları tekrar dinlemek zorundadır. Naib yetkili ise onun dinlediği tanık ifadeleri ile hüküm verilebilmektedir.<sup>135</sup>

İslam muhakeme hukukunda savcılık kurumu olmamakla birlikte, İslam muhakeme tarihinde bugün savcılarının yerine yükümlü olduğu görevlerin bir ya da birkaçını ifa eden kişiler bulunmaktadır. Örneğin devlet başkanı (halife), hâkim, muhtesip, polis (şurta) ve Müslüman halk. Faili bilen ya da gören her Müslümanın, durumu mahkemeye bildirmek ve davayı takip etmek yükümlülüğü bulunmaktadır. Halifenin ve hâkimin kamu davası açma yetkisi bulunmaktadır.<sup>136</sup>

### 1.2.2. Nizamiye Mahkemeleri

Osmanlı yargı örgütüne Tanzimat ile girmiş olan çok hâkimli mahkemelerdir. Bu düzenleme ile nizamiye mahkemeleri, ceza ve hukuk mahkemeleri olmak üzere ikiye; bidayet ve istinaf olmak üzere de iki dereceye ayrılmıştır. İstanbul'da da bir temyiz mahkemesi kurulmuştur. Kanuna göre; cünha ve kabahat derecesindeki suçlara ilişkin davalarla, istinaf yolu açık olan hukuk davaları, bidayet ve istinaf yolu ile görülebilmektedir. Cinayet davalarında istinaf yoluna gidilememekte, yalnızca temyiz yoluna gidilebilmektedir. Liva merkezli her kazanın bidayet Mahkemesi, o kazadaki davalara bidayeten, sancağa bağlı diğer kaza mahkemelerinin istinafi mümkün kararlarına istinafen bakmaktadır. Vilayet merkezi olan her

---

<sup>133</sup> AYDIN, s. 77.

<sup>134</sup> ÜNAL ÖZKORKUT, s. 59.

<sup>135</sup> ÜNAL ÖZKORKUT, s. 59.

<sup>136</sup> ÜNAL ÖZKORKUT, s. 60.

kazada bir istinaf mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme, o vilayete bağlı liva merkezlerindeki bidayet mahkemelerinin istinafı mümkün, hukuk ve ticarete ilişkin kararlarına ve ceza mahkemelerinin cünhaya dair hükümlerine ve diğer kaza bidayet mahkemelerinin hukuk davalarına dair hükümlerine istinafen bakmaktadır.<sup>137</sup>

### 1.2.3. Osmanlı Devleti'nde Kadılık

Osmanlı Devleti'nde padişah yargı yetkisini kendisi kullanmaz; bu yetki genellikle kadılara aittir. Kadı kelimesi, 1838 tarihli Tarik-i İlmîyeye Dair Ceza Kanunnamesinde ve Mecelle'de hâkim kelimesi kullanılıncaya kadar kullanılmıştır.<sup>138</sup> Kadı, insanlar arasında meydana gelen dava ve sorunları yasal hükümlere göre çözen; bu nedenle hükümdar tarafından atanan kişidir.<sup>139</sup> Kadılar, sadece şer'î davalara değil; örfî davalara da bakmakla yükümlüdürler.<sup>140</sup>

Kadıların aslî görevleri; hukuk kurallarını önlerine gelen uyuşmazlığa uygulamak ve uyuşmazlığın taraflarının haklarını korumaktır. Bu sebeple, kadı olacak şahısların dış müdahalelere karşı bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük gibi ve uyuşmazlığı âdil bir şekilde çözebilmek için de mesleğe yaraşır olma, tutarlılık ve yeterli hukuk bilgisine ve işine özen gösterme gibi birtakım niteliklere sahip olması gerekmektedir. Kadıların, hüküm verebilmek için öncelikle önlerine gelen hukukî uyuşmazlığı iyi anlamaları gerekir. Bu hukukî uyuşmazlığı anlayabilmek için de yeterli seviyede hukuk bilgisine sahip olmak gerekmektedir. Bu sebeple de kadının Kur'an ve sünneti iyi bilmesi esastır.<sup>141</sup> Kadılarda olması gereken beş özellik şu şekilde sıralanmıştır: kendisinden öncekileri (ilimleri) bilmek, açgözlülükten kaçınmak, davanın taraflarından duyduklarından sadece bir kısmıyla hükmetmemek, kınamaya aldırış etmemek ve görüş (fikir) sahiplerine danışmak. Bu bağlamda kadılarda bulunması gereken nitelikler; bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük, mesleğe yaraşırılık, eşitlik ve ehliyet ve liyakattir.<sup>142</sup>

---

<sup>137</sup> ÜNAL ÖZKORKUT, s. 71.

<sup>138</sup> AYDIN, Melikşah, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 41.

<sup>139</sup> FENDOĞLU, s. 380.

<sup>140</sup> AYDIN, s. 79.

<sup>141</sup> AYDIN, Melikşah, s. 45.

<sup>142</sup> AYDIN, Melikşah, s. 47; FENDOĞLU, s. 393.

### a. Kadıların Bağımsızlık Vasfı

Genel olarak yasama, yürütme ve yargı organlarına karşı olan bağımsızlık çerçevesinde incelenmektedir. İslam hukukunda yasama organı dönemsel olarak padişah veya halife, meclisler veya başka kurullardır. Yasama faaliyeti, kural ve kanun koyma faaliyetidir. Yasama faaliyeti, İslam hukukunun kaynaklarına aykırılık teşkil edemez. Dolayısıyla, kadı hüküm kurarken esas alması gereken kaynaklar Kur'an, sünnet ve içtihatdır. Yasama organının, bu kaynaklardan başka bir kaynağa dayanarak yargı organından hüküm istemesi, bağımsızlığa bir müdahaledir ve İslam hukuku yargının bağımsızlığına bu şekilde bir müdahaleyi hukuka uygun sayamaz.<sup>143</sup> İslam hukukunda yürütme organı, devlet başkanıdır ve yargı bağımsızlığına karşı en çok tehdit oluşturabilecek organdır. Osmanlı'da yürütmenin devlet teşkilatındaki tezahürü olan valilerin de kadıların işlerine karışmaları katı bir şekilde yasaklanmıştır. Kural olarak İslam hukukunda, devlet başkanının yargı organına ve dolayısıyla yargı organının en önemli görevlisi olan kadılara baskı kurması ve kadıları etki altına almaya çalışması yasaktır.<sup>144</sup> Osmanlı'da, kadıların yargılama görevlerinin yanı sıra idarî görevleri de bulunduğu için, idarî konularda taşra teşkilatındaki görevlilerden veya bizzat merkezî hükümetten emir ve talimat almaları doğaldır. Yargılama görevlerinde ise hiçbir kurum ve merciye bağlı olmamakla beraber, hükümlerin temyiz merci olarak değişik dönemlerde Divan-ı Hümayun, şeyhülislam veya kazaskerlere başvurulduğu görülmüştür.<sup>145</sup> Kadının, yargı organının içinden veya dışından olan üçüncü bir kişiden emir ve talimat alamayacağı açıktır. Ayrıca kadının yargısal bağımsızlığı sadece dış etkenlerden uzak olma ile değil; aynı zamanda diğer kadıların tutumları ile de ortaya çıkabilecek etkilerden uzak olma ile sağlanmaktadır. Bu konuda İslam hukukunda kadıların hiyerarşik bir konumu bulunmamaktadır. Kadının kadıya üstünlüğü yoktur. Bir kadının bir davada hüküm verirken bir içtihat oluşturması, diğer kadıları bağlamaz. Bu bakımdan "ıctihad ile ıctihad nakz olunmaz" hükmü, İslam hukukunda yerleşmiş bir kuraldır.<sup>146</sup>

### b. Kadıların Tarafsızlığı

Yargı faaliyetinin âdil bir şekilde devam etmesi için asıldır. Kadının tarafsızlığı hem kararı vereceği süreçte hem de verdiği kararın kendisinde sağlanmalıdır. Kadının taraflara eşit davranması, taraflara yönelik mimik ve hareketleri, tarafların mahkeme salonunda

<sup>143</sup> AYDIN, Melikşah, s. 49; FENDOĞLU, s. 393.

<sup>144</sup> AYDIN, Melikşah, s. 50.

<sup>145</sup> AYDIN, Melikşah, s. 53.

<sup>146</sup> AYDIN, Melikşah, s. 59.

oturdukları yer bakımından eşit ve tarafsız bir konumda bulunması önemli gerekliliklerdir. Kadının taraflara nasıl hitap ettiği bile tarafsız olup olmadığının tespitinde çok önemlidir. Kadı, tarafsız olabilmesinin yanı sıra taraflara karşı da tarafsız görünmelidir. Taraflar, kadıyı tarafsız olarak görmezler ise adalete olan güvenleri kaybolur. Bu durumda önemli olan husus, yargılama yaptığı sırada dışarıdan kadıyı gözlemleyen birisinin; kadının tarafsız olup olmadığı konusunda edindiği kanaatidir. Eğer kadının tarafsız olamayacağı konusunda şüphe var ise kadı; kendi tasarrufu ile davadan çekilmelidir. Kadının taraflardan birisini haksız yere tutarak karar vermesi hâlinde, fetva kitaplarında belirtildiği üzere, kadının tazmin yükümlülüğü doğar.<sup>147</sup>

### **c. Dürüstlük**

Doğru olmak, hatasız olmak, sözünde ve davranışlarında istikametten ayrılmamak demektir. Toplumun yargı organlarına olan güveni sadece kurallara uyulması, bağımsız ve tarafsız olunması ile ilgili değildir. İnsanların adliyeye olan güvenleri, kadıların bizzat iyi bir insan olarak algılanması ile de ilgilidir. İnsanlar, kadıların iyi insanlar olmalarını isterler. Bu sayede, onların âdil bir şekilde yargılama faaliyetlerini yapabileceklerine olan inançları sağlamlaşır. İslam hukukunda, kadılar dürüstlüğe aykırı davranışları dolayısıyla bu dünyada veya ahirette cezalandırılacağı bilinci ile hareket etmelidirler. Bu bilinç, kadıların davranışlarında dikkatli olmalarına sebep olur.<sup>148</sup>

### **d. Mesleğe Uygunluk Vasfı**

İslam ve Osmanlı hukukunda temel olan husus, kadının nasıl davrandığından çok toplum tarafından nasıl görüldüğüdür. Bu sebeple kadılar, toplum tarafından sürekli eleştirilmeye açık olmalıdır.<sup>149</sup>

### **e. Eşitlik**

Adaletli olmakla ilgilidir. Adalet; herkesin hakkını tanıma, karşılıklı zıt yararlar arasında hakka uygun olan eşitlik veya denge, zulmetmeme, insafli davranma anlamlarını taşır. Hakkaniyet ise; somut olayda adaleti, nesafet, hukukun katılığının giderilmesi, bireylerin yasa karşısında eşitliği ve onların haklarına uyulmasının zorunlu bulunduğu esaslarından çıkartılan adalet ilkesidir. Kur'an'da da sıkça adaletli olmaktan, hak ile hüküm vermek gerektiğinden

---

<sup>147</sup> AYDIN, Melikşah, s. 83.

<sup>148</sup> AYDIN, Melikşah, s. 90.

<sup>149</sup> AYDIN, Melikşah, s. 104.

bahsedilmiştir. Ayrıca, hüküm verme faaliyetinin ne kadar dikkat isteyen ve kadıya büyük sorumluluklar yüklediğinden de bahsedilmiştir. Kadıların bulunması gereken eşitlik niteliği ise insanların mahkemede eşit muameleyle tâbi tutulması açısından kadıların adaleti olması gerekliliğidir.<sup>150</sup>

#### **f. Ehliyet Vasfı**

Kadının hukuk bilgisine, yeteneğe, titizliğe sahip olmasını ve hazırlıklı olmasını gerektirir. Bir kadının yargılama faaliyetini sürdürürken sahip olması gereken meslekî yeterlilik ve titizlik, davanın taraflarından olmayan üçüncü kişiler tarafından da görülebilmelidir. Bu sebeple kadıların toplum içinde nitelikli olan, hukuk bilgisine sahip ve adaletli ve hakka sahip çıkan kişilerden atanması gerekmektedir. Kadıların atanmasında etkili olan bir diğer vasfı ise ilim sahibi olma vasfıdır. Kadı olacak kişinin hukuk eğitimi almış olması şarttır. Osmanlı Devleti'nde kadıların yüksek dinî ilimler ve hukuk ilimlerinin okutulduğu belirli medreselerin yüksek tahsil kısımlarından mezun olmaları gerekmektedir.<sup>151</sup>

Osmanlı Devleti'nde, Sultan Abdülaziz'e kadar, kadı maaş almazdı. Kadılar, mahkeme harçları ile geçinirlerdi. Abdülaziz devrinde kadıların maaş bağlanmış olup 1328 tarihli bir Osmanlı maaş bordrosuna göre; kadı 35 Osmanlı altını, başkâtip 10 Osmanlı altını, kâtip 8 Osmanlı altını, hademe 2 Osmanlı altını almaktadır. Kadı, maaşına ek olarak, padişah fermanı ile belirtilen harçları da alırdı.<sup>152</sup>

Osmanlı Devleti'nde yürütme ile yargı güçleri arasında çok uzun yıllar mücadele yaşanmış; ehl-i örf, istediği kararı almak için yargıçlara baskı yapmış, yargıçlar güçleri var ise direnmiş; ehl-i şer, ehl-i örfü hukuk çizgisine çekmeye çalışmıştır. Zaman zaman sipahiler de yargıç kararı olmaksızın suçlulara ceza vermiş veya para karşılığı serbest bırakmış; bu nedenle ehl-i örfün, yargıç kararı olmadan ceza vermemeleri veya hapisteki kişiyi tahliye etmemeleri için durum, titizlikle takip edilmiştir.<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> AYDIN, Melikşah, s. 122.

<sup>151</sup> AYDIN, Melikşah, s. 136.

<sup>152</sup> FENDOĞLU, s. 404.

<sup>153</sup> FENDOĞLU, s. 425; AYDIN, s. 81.



### 1.3. GENEL OLARAK CEZA

Ceza, ukubat yani suçun yaptırımını demektir. İslam hukukunda cezalandırmanın amacı sırf suçluya acı çektirmek değildir. Topluma karşı işlenen suçlarda (hudud) aslolan önleme ve caydırma, toplumun korunması, korkutma ve ibret; kişilere karşı işlenen suçlarda aslolan onarma (tamir, tazmin); ta'zir cezaları ve güvenlik tedbirlerinde ise uslandırmadır. Ceza, kefaret özelliğinin yanı sıra toplumda hâkim olan hukukî değerlerin etkin bir şekilde korunması amacına hizmet eden bir araçtır.<sup>154</sup> Klasik fıkıh kitaplarında cezaların suç işlemeden önce birer engel; suç işlendikten sonra ise müeyyide olduğu belirtilmiştir.<sup>155</sup>

#### 1.3.1. Cezaların Özellikleri

İslam ceza hukukunda cezaların ayırıcı özellikleri kanunîlik, şahsîlik ve genellik başlıkları altında toplanmaktadır.

##### a. Kanunîlik İlkesi

Suçlarda olduğu gibi cezalarda da uygulanmıştır. Had ve kısas cezalarında bu ilke sıkı sıkıya uygulanmıştır. Çünkü bu cezalara sebep olan fiiller Kur'an ve sünnette belirtilmiştir. Ta'zir gerektiren suçlarda Kur'an ve sünnet tarafından belirli bir cezanın öngörülmemiş olması bu suçların cezasında kanunîlik ilkesinin uygulanmadığı anlamına gelmemektedir. Osmanlı'da suç ve cezalar kanunnamelerle tespit edilmiş ve bu sayede ta'zir suçlarında da kanunîlik ilkesi uygulanmıştır.<sup>156</sup>

##### b. Şahsîlik İlkesi

Cezaların infazında esastır ve cezanın ancak suçu işleyen kimse tarafından çekilmesi anlamındadır. Akile ve kasame kurumları, şahsîlik ilkesinin istisnalarıdır. Akile, failin yakın akrabaları olup kasta benzer ve hataen adam öldürme ve müessir fiillerde diyetin ödenmesinde faile yardımcı olan kişilerdir. Failin yakın akrabasının bulunmaması veya diyete katılmak istememeleri hâlinde, meslektaşları ve devlet hazinesi de akile fonksiyonunu üstlenebilmektedir. Bir diğer istisna olan kasame ise, bir fıkıh terimidir. Bir köy veya mahallede katili meçhul bir ceset bulununca, maktulün yakınlarının dava etmeleri üzerine, köy veya

---

<sup>154</sup> AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 277; AYDIN, s. 174.

<sup>155</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 244.

<sup>156</sup> AYDIN, s. 174; CİN; AKYILMAZ, s. 244.

mahalle halkından elli kişiye “maktulü kendilerinin öldürmediğine ve öldüreni de bilmediklerine dair” yemin ettirilmesidir.<sup>157</sup>

### c. Genellik İlkesi

Kapsamında İslam hukukunda cezaların infazı bakımından esas itibarıyla bütün şahıslar aynı kategoride değerlendirilmiştir. Bu prensip, eşitlik ilkesini de beraberinde getirmiştir. Toplumun muhtelif katmanları arasında, ceza bakımından farklılık gözetilmemesi gerekmektedir.<sup>158</sup>

### 1.3.2. Cezaların Çeşitleri

Cezaların farklı farklı tasnif edilmesi mümkündür. Aslî - fer'î - tamamlayıcı cezalar; bedenî –ruhî - hürriyeti bağlayıcı cezalar; malî cezalar, en belli başlı ayrımlardır.<sup>159</sup>

#### a. Aslî – Fer'î – Tamamlayıcı Cezalar

Aslî cezalarda, suç için tespit edilen asıl cezalar söz konusudur. Had suçlarında öngörülen sopa, el kesme, ölüm cezaları; kısas suçlarında kişilerin kısas edilmesi veya diyete mahkûm edilmesi, bazı suçlarda öngörülen kefarete cezaları; ta'zir suçları için öngörülen cezalar buna örnektir.<sup>160</sup>

Fer'î cezalar, belirli hallerde suçlu için sabit olan ilave cezalardır. Bir mirasçının murisini, bir vasiyet lehdarının vasiyet edenini öldürmesi halinde mirastan veya vasiyetten mahrum olması, asıl cezaya ilave olan munzam bir ceza olmaktadır. Zina iftirasında bulunan kimsenin şahitliğinin hiçbir zaman veya bazı görüşlere göre tövbe edene kadar kabul edilmemesi de asıl cezaya ek bir cezadır. Bu tür cezaların kadı tarafından ayrıca hükmedilmesine gerek yoktur.<sup>161</sup>

Tamamlayıcı cezalar, kadı tarafından ayrıca hükmedilmesi durumunda aslî cezaya ilave olarak suçluya verilmiş cezalardır. Zina veya yol kesme suçunda, kadı gerekli

<sup>157</sup> AYDIN, s. 175; CİN; AKYILMAZ, s. 246; FENDOĞLU, s. 446.

<sup>158</sup> AYDIN, s. 175; CİN; AKYILMAZ, s. 246; FENDOĞLU, s. 447.

<sup>159</sup> AYDIN, s. 175; FENDOĞLU, s. 445.

<sup>160</sup> AYDIN, s. 175.

<sup>161</sup> AYDIN, s. 176.

görürse suçluya sürgün cezası verebilir. Bu durumda sürgün tamamlayıcı bir ceza olmaktadır. Sürgün cezası, aslî bir ta'zir cezası da olabilmektedir.<sup>162</sup>

### **b. Bedenî – Ruhî – Hürriyeti Bağlayıcı Cezalar**

Bedenî cezalar, bedene yönelik olan cezalardır. Yol kesme suçunda asılma (salb), adam öldürme suçunda ölüm veya bir organın kesilmesi (kısas), hırsızlık suçunda elin kesilmesi, zina ve zina iftirası suçunda dayak, evlinin zinasında recm bu tür cezalara örnektir. Bu cezalara belirli esaslar dâhilinde ta'zir suçlarında da başvurulmaktadır. Osmanlı uygulamasında karşımıza çıkan yüzün karalanması, sakalın kesilmesi, bir organın dağlanması da bedenî cezalara örnektir.<sup>163</sup>

Ruhî cezalar, hafif ta'zir suçlarında söz konusu olan ve suçlunun bedeninde değil, ruhunda elem doğuran cezalardır. Kınama, suçluyu teşhir etme, öğüt verme, suçluyu yalnızlığa terk etme gibi cezalar buna örnektir.<sup>164</sup>

Hürriyeti bağlayıcı cezaların en tipik örneği hapis cezasıdır. İslam hukukçularının bir kısmı sürgün cezasını da toplumdaki sürgün yani hapis cezası olarak değerlendirmektedirler. İslam hukukunda hapis cezası bulunmakla birlikte, çok uzun süreli hapis cezalarına pek hoş gözle bakılmamış, bunun yerine suçu önlemede ve suçluyu eğitime ve ıslah etmede daha etkili olacağı düşünülen bedenî cezalar tercih edilmiştir.<sup>165</sup>

### **c. Malî Cezalar**

Had suçlarında herhangi bir malî ceza öngörülmemiştir. Diyet; bir tazminat olarak kabul edildiğinde, kısas ve diyet suçlarında da malî cezalar öngörülmemiştir. Bu nedenle ta'zir suçlarında malî cezaların, özellikle para cezalarının mümkün olup olmadığı İslam hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Arapça'da “ödemek, vermek” anlamındaki diyet, İslam hukukunda bir şahsın haksız olarak öldürülmesi, sakat bırakılması veya yaralanması halinde ceza ve kan bedeli olarak ödenen mal veya parayı ifade eder.

Para cezaları, Osmanlı uygulamasında birçok ta'zir suçu için öngörülmüş ve bunların miktarları suç nevelerine göre kanunnamelerle düzenlenmiştir. İslam hukukunda

---

<sup>162</sup> AYDIN, s. 176.

<sup>163</sup> AYDIN, s. 176.

<sup>164</sup> AYDIN, s. 176.

<sup>165</sup> AYDIN, s. 177.

müsadere, yani şahısların mallarına devletin el koymasının örneklerine rastlanmaktadır. Hz. Peygamber'in zekâtını vermeyen kimsenin malının yarısına el koyduğu; Hz. Ömer'in de hileli mal satan kimselerin mallarına el koyduğu bilinmektedir. İslam hukukunun sonraki dönemlerinde özellikle zimmetine devlet malı geçirenlere karşı bu cezanın uygulandığı görülmektedir. Nitekim Osmanlı Devleti'nde de bu uygulamaya rastlanmaktadır. Devletin malî darlık içine düştüğü sonraki dönemlerde sadece servetlerinin kaynakları şüpheli olan devlet adamlarının değil; zengin olan birçok devlet adamının malvarlıklarına muhtelif bahaneler ile el konulmuş, bu durum gittikçe artan rahatsızlıklara sebep olmuştur.<sup>166</sup>

### 1.3.3. Cezayı Düşüren veya Azaltan Sebepler

Suçlunun ölümü, kısas edilecek uzvun yokluğu, suçluya mirasçı olmak, sulh, tövbe, af, mağdurun rızası, zamanaşımı gibi sebeplerin varlığı hâlinde ceza düşebilir ya da hafifleyebilir.

Suçlunun ölümü hâlinde, bütün bedenî ve şahsî cezalar düşmektedir. Malî cezalar bakımından da İslam hukukçularının bir kısmı diyet gibi malî cezaların terekeden ödeneceği görüşündedirler.<sup>167</sup>

Kısas edilecek uzvun yokluğu hâlinde, kısas düşer ancak böyle bir durumda mağdur diyete hak kazanır.<sup>168</sup>

Suçlunun kısasını isteyen kişi suçluya mirasçı olmuşsa, kısas düşer. Öldürülenin mirasçıları arasında suçlunun oğlu var ise kısas cezası uygulanmaz. Çünkü oğul, babasının kısasını talep edemez. Ceza bölünemeyeceği için diğer hak sahipleri talepte bulunsa bile kısas cezası uygulanamaz.<sup>169</sup>

Sulh, sadece kısas ve diyet cezalarını düşürür. Diğer cezalar üzerinde bir etkisi yoktur.<sup>170</sup>

---

<sup>166</sup> AYDIN, s. 177.

<sup>167</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 247.

<sup>168</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 247; FENDOĞLU, s. 448.

<sup>169</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 248; FENDOĞLU, s. 448.

<sup>170</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 248; FENDOĞLU, s. 448.

Tövbe; şahıs haklarına yönelik suçlarda değil, Allah (İslam kamu) haklarına yönelik suçlarda cezayı düşürür. Tövbe, tazminat ya da aynen iade gibi özel hakları düşürmez.<sup>171</sup>

Af, genel bir ceza düşürme sebebi değildir. Kural olarak şahıs haklarına yönelik suçların af ile düştüğü, Allah haklarına yönelik suçların ise düşmediği kabul edilmektedir. Bu sebeple had suçları af ile düşmez. Ancak her ne kadar hırsızlık ve kazif suçları had suçları içinde yer alsada bunlar içinde şahıs hakları da yer aldığından, bazı durumlarda af cezayı düşürebilir. Kıyas ve diyet suçlarında af, bu iki cezanın kalkması için yeterlidir ancak af yetkisi yalnızca mağdura veya mağdurun belirli derecedeki yakınlarına aittir. Ta'zir suçlarında da af mümkündür. Kıyas cezalarının aksine, ta'zir cezalarında devlet başkanının da af yetkisi vardır.<sup>172</sup>

Mağdurun rızası, özellikle kıyas ve diyet suçlarında verilecek ceza üzerinde etkili olmuştur. Bazı görüşler, adam öldürme suçunda mağdurun rızasının hem kıyası hem diyeti düşürdüğünü savunurken bazı görüşler de bunun kıyası düşürdüğünü ancak diyeti düşürmediğini savunmaktadır. Yaralama fiilinde ise mağdurun rızasının hem kıyası hem de diyeti düşürdüğü konusunda görüş birliği vardır. Ancak devlet başkanı ya da kadı ta'zir cezasına hükmedebilir. Ta'zir suçlarında ise genellikle mağdurun rızasının cezayı etkilemeyeceği savunulmaktadır.<sup>173</sup>

Zamanaşımının cezayı düşürmedeki etkisi konusunda iki ayrı görüş vardır. İlk görüşe göre, zamaşıma had ve kıyas cezalarını düşürmez ama ta'zir cezalarını düşürebilir. Diğer görüşe göre de zamaşıma kıyas ve diyet cezalarını düşürmez ama ta'zir ve kazif (iffet iftira) dışındaki had cezalarını düşürür. Bu görüşe göre zamaşımanın süresini kadı tayin etmektedir.<sup>174</sup>

## **2. OSMANLI HUKUKUNDA CEZALAR ve CEZALARIN İNFAZI**

İslam ceza hukukunda, yani ukubat içinde yer alan cezaların tasnifi pek çok şekilde yapılmıştır. Dünyevi ve uhrevi cezalar, bağımlılık yönünden cezalar, takdir yönünden cezalar, mahalline göre cezalar ve naslarla belirlenmiş ve belirlenmemiş olan cezalar bu

---

<sup>171</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 248; FENDOĞLU, s. 448; AYDIN, s. 179.

<sup>172</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 248; FENDOĞLU, s. 448; AYDIN, s. 178.

<sup>173</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 248; AYDIN, s. 179.

<sup>174</sup> CİN; AKYILMAZ, s. 249; FENDOĞLU, s. 449; AYDIN, s. 179.

tasniflerden bazılarıdır. Bir başka tasnif şekli de verilen cezanın büyüklüğüne göre yapılmıştır. Bu tasnife göre cezalar; had cezaları, cinayet cezaları (kısas ve diyet) ve ta'zir cezaları olmak üzere üçe ayrılmaktadır.<sup>175</sup> Biz de incelememize bu son tasnif üzerinden devam etmeyi uygun gördük.

Had cezaları, İslam hukukunda Kur'an ile belirtilen ve değiştirilmeyen cezalardır. Bu cezalar; zina suçuna, hırsızlık suçuna, şarap içme ve sarhoşluk suçuna, iftira ve yol kesme suçuna, irtidat (dinden dönme) ve isyan suçuna verilir.<sup>176</sup>

Cinayet cezalarından kısas gerek öldürme ve yaralama gerek herhangi bir uzvun yok edilmesi veya işe yaramaz duruma getirilmesi yolunda işlenmiş olan suçların faillerinin de eğer mümkün ise işledikleri suçun aynısı ile cezalandırılmalarıdır.<sup>177</sup>

Ölümlü veya yaralama ile sonuçlanan bir suç işlendiğinde; kısas istenmiyorsa veya olanaksızsa mal olarak verilen bedele de diyet denmektedir. Suçu bilerek ve isteyerek işleyenlerin diyetini akilenin değil kendilerinin ödemeleri gerekmektedir.<sup>178</sup>

İslam hukukunda ta'zir cezaları; had ve kısas cezalarını gerektirmeyen, Allah'a veya kişiye karşı işlenen suçlarda miktarı önceden tespit edilmemiş cezalardır. Ta'zir cezalarını gerektiren fiillerin suç ve günah olduğu naslarla yani vahiy yolu ile belirtilmiştir.<sup>179</sup>

Had, kısas ve ta'zir cezalarını devlet başkanı veya vekili infaz ettirir. Osmanlı'da cezaları, padişah veya padişahın vekili olan sadrazam uygulamıştır. Osmanlı'da kısas cezaları, mutlaka padişahın onayı ile ve yalnızca kılıç ile infaz edilirdi. Osmanlı'da kadı, şeriat ve kanunlara göre hüküm verir; infazı ehl-i örf denen ve idari mekanizma içinde yer alan görevliler yapardı. Tüm cezaların infazında geçerli olmak üzere mahkûm; sarhoş, hamile, hasta veya akıl hastası ise; bu haller ortadan kalkmadan, hasta iyileşmeden infaz gerçekleşmezdi. Çok soğuk ya da çok sıcak günlerde had cezaları infaz edilmezdi. Zina ve iffete iftira suçlarında verilen

---

<sup>175</sup> Doç. Dr. Esra YAKUT, *Osmanlı Hukukunda Tazir Cezaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 25; Prof. Dr. Hayreddin KARAMAN, *Mukayeseli İslam Hukuku 1*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 197; ANSAY, s. 315.

<sup>176</sup> YAKUT, s. 24; KARAMAN, s. 198; ANSAY, s. 316.

<sup>177</sup> YAKUT, s. 24; KARAMAN, s. 209; ANSAY, s. 316.

<sup>178</sup> YAKUT, s. 25; ANSAY, s. 322.

<sup>179</sup> YAKUT, s. 25; KARAMAN, s. 215.

sopa (celd) cezasının infazında, infaz esnasında iç organlara zarar verilmemesi, yüze, başa, hayatî noktalara vurulmaması şart idi.<sup>180</sup>

## 2.1. HADD CEZASI GEREKTİREN SUÇLAR

### 2.1.1. Hırsızlık Suçu ve Cezası

Hanefilere göre hırsızlık (sirkat haddi), akıllı ve ergen (baliğ) olan bir kişinin, başkasına ait, hemen bozulmayan, belirli miktardaki bir malı, gizlice, muhafaza altındaki yerden (muhrez), tevîl veya şüpheye yer olmayacak şekilde almasına denir. Hırsızlığı; gasb, ihtilas ve intihabdan (yağma) ayıran özellik, gizlice almaktır. Hırsızlık suçunun cezası, ayete dayanır. Buna göre bu suçun teşekkülü için, çoğunluğa göre şu şartlar aranır:

- Hırsızlık yapan kişi, cezai ehliyet sahibi yani akıllı ve ergen olmalı;
- Çalınan mal, başkasına ait bir mal olmalı, mülkiyet şüphesi olmamalı;
- Et, sebze, meyve, ekmek, süt, cam, balık, kireç, odun, tuğla gibi kısa zamanda bozulan veya aslı mübah bir mal olmamalı (bozulup bozulmama, halkın örfüne göre tayin edilir);
- Mal, belli bir değere (nisap) ulaşmış olmalı. Nisap, Hanefilere göre, 10 dirhem (45 gram) gümüş veya 1 Dinar (4,5 gram) altındır. Tek bir hırsızlıkta çalınanın, çalınan günkü fiyatının 10 dirheme ulaşmış olması şarttır. Hırsızlıkta nisap, Şafiî ve Malikilerde 4 dirhemdir.
- Mal, muhafaza altına alınmış bir yerden (muhrez) çalınmış olmalı,
- Cürmî kasıt olmalı;
- Mal, gizlice alınmış, egemenlik alanından çıkarılmış olmalıdır.

Hırsızın bir kez ikrarı, suçun gerçekleşmesi için yeterlidir. Hırsızlığın cezası, çoğunluğa göre, sağ elin bilekten; bazı müçtehitlere göre, sağ elin parmaktan kesilmesidir. Bazılarına göre, bu ceza ibret olacaksa verilir. İslam etkisi altındaki Türk hukuk tarihi boyunca, hırsızlık haddi sadece birkaç kez uygulanmış olup genelde kanunnamelerdeki ta'zir cezası

---

<sup>180</sup> FENDOĞLU, s. 447; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 449.

uygulanmıştır.<sup>181</sup> Hırsızlık ile ilgili, ayette (el-Mâide:6/39) aynen “...Çalan erkek ve kadının yaptıklarına karşılık ve Allah’tan ibret verici bir ceza olmak üzere ellerini kesin...” şeklinde ifade yer almaktadır.

### 2.1.2. Yol Kesmek ve Eşkîyalık Suçu ve Cezası

Hırâbe, kat-ı tahrik veya büyük sırkat denilen bu suç, tek başına veya bir grup halinde, halkın malını ve canını almak için yol kesmek demek olup kamu hakkı sayılan had suçları arasında düzenlenmiştir. Bu suç, insanların gelip geçeceği yere çıkarak güç ve kuvvetle mallarını almak, yollarını kesmekle oluşur. Bir ayet, silahlı gasb – soygun ve meşru bir yönetime karşı isyan hallerini düzenlemiştir. Bu ayete göre bu suçun cezası öldürülmek veya sürülmektir. Failin akıllı ve ergin olması gerekir. Kadın ve köle de bu suçu işleyebilir. Çoğunluğa göre soygun esnasında öldürücü silahların kullanılmış olup olmaması, bu suçun had cezasına tâbi olması bakımından fark etmez. Suçun cezası, bir görüşe göre; yol kesmiş, yolun emniyetini ihlal etmiş ama soygun yapmamış, adam da öldürmemiş ise sürgün cezası, adam öldürmüş ama soygun yapmamış ise ölümdür hem öldürmüş hem de soygun yapmış ise devlet ayetteki cezalardan birini uygulayabilir. Bir başka görüşe göre yalnızca ölüm cezası verilir. Bir diğer görüşe göre, adam öldürmüş ise ya öldürülür ya da asılır; başka bir ceza verilemez, sadece yol kesmiş ise devlet, ayette geçen cezalardan birini seçebilir. Cezada, eşkıyanın başı olmak veya suçun işlenmesinde etkin olmak da dikkate alınır. Bazı müçtehitlere göre, ayette geçen cezalardan birini veya birkaçını uygulamak, devlete bırakılmıştır. Soyguncu, bütün durumlarda aldığı malı iade eder. Suça yardım eden ve bizzat işleyen, bu cezada aynı hükme tâbidir.<sup>182</sup> İlgili ayette “Allah’a ve peygamberine karşı savaşılanların ve yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya çalışanların cezası ancak ya öldürülmeleri veya asılmaları yahut el ve ayaklarının çapraz olarak kesilmesi ya da buldukları yerden sürgün edilmeleridir. Bu, onların dünyada uğradıkları aşağılayıcı cezadır. Ahirette ise onlar için büyük bir azap vardır (el-Mâide:5/33). Ancak onları yenip ele geçirmenizden önce tövbe edenler müstesna! Biliniz ki Allah çok bağışlayıcı, çok esirgeyicidir (el-Mâide:5/34).” denmektedir.

---

<sup>181</sup> FENDOĞLU, s. 452; KARAMAN, s. 199; AYDIN, s. 180; CİN; AKYILMAZ, s. 255; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 310; ÜÇÖK; MUMCU; BOZKURT, s. 97; ANSAY, s. 326.

<sup>182</sup> FENDOĞLU, s. 454; KARAMAN, s. 200; AYDIN, s. 182; CİN; AKYILMAZ, s. 257; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 309; ÜÇÖK; MUMCU; BOZKURT, s. 98; ANSAY, s. 327.



### 2.1.3. Zina Suçu ve Cezası

Zina; evlilik, şüphe ve mülkiyet gibi bir bağ bulunmadan cinsî münasebete elverişli bir kadın ile rızaları ile cinsî münasebette bulunulmasıdır. Zinanın cezası, suçlunun muhsan (akıllı, ergen, sahih evlilik içinde birleşmiş, hür ve Müslüman) olup olmamasına göre değişir. Bekâra verilen ceza; 100 kırbaştır (celde). Kırbacın iri olmaması, parmak kadar düz ve budaksız olması gerekir. Cezayı infaz eden kişi kolunu, omzundan arkasına geçirmemeli ve çıplak vücuda vurmamalıdır. Baş, yüz, karın gibi narin ve tehlikeli organlara vurulmamalıdır. Ayette geçen kırbaç cezası konusunda müçtehitler ittifak hâindedir ancak sürgün cezasının olup olmadığı konusunda ihtilaf etmişlerdir. Bir görüşe göre, sopa ile sürgün cezası birleşmez; çünkü sopa cezası had, sürgün cezası ta'zirdir, devlet başkanı uygun görürse uygular. Bir başka görüşe göre, 100 sopa ile birlikte yaya olarak en az 24 saatlik bir mesafeye veya bir başka beldeye bir yıl müddetle sürgün cezası verilmesi şarttır. Bir diğer görüşe göre de kadına sürgün cezası verilmez; bu onu aynı suçu işlemeye itebilir. Evliye verilen ceza; recmdir. Bu cezanın dayanağı da Kur'an değil hadislerdir. Akıl hastasının ve matuk olanın (bunağın) cinsî münasebeti suç olmaz. Zorla zina edene, çocuğa, akıl hastasına had uygulanmaz. Recm cezası ağır bir ceza olduğundan ispat imkânı ileri derecede sınırlandırılmıştır. Türk hukuk tarihinde, zina haddi kabul edilmiş ancak çok az uygulanmıştır. Çünkü tam ehliyetli ve dürüst 4 erkek Müslüman şahit bizzat görececek, zamanaşımı olmayacak veya zina edenin 4 ayrı celsede ikrarı gerekecektir.<sup>183</sup> Zina suçunun cezası Kur'an'da şu sırayı takip etmiştir: Evde hapsedmek (Nisâ: 4/15); maddî manevî eziyet etmek, incitmek (Nisâ: 4/16); yüz kırbaç vurarak cezalandırmak (Nûr: 24/2).

### 2.1.4. İffet Üzerine İftira (Kazf) Suçu ve Cezası

Kazf, sözlük anlamı olarak atmak demektir. Terim olarak zina sebebiyle atmak, yani kişiyi belirli şartlarla zinaya nisbet etmektir. Kazf, Kur'an ile yasaklanmış olup cezası dayaktır. İffete iftira suçunu ve bunun cezasını açıklayan ayetlere göre; “Namuslu kadınlara iftira atıp da dört şahid getirmeyen kimselere seksen kırbaç vurun. Onların şahitliğini artık hiç kabul etmeyin. Fâsık kimseler onlardır. Ancak tevbe edip hallerini ıslah edenler müstesna...”

---

<sup>183</sup> FENDOĞLU, s. 455; KARAMAN, s. 202; AYDIN, s. 186; CİN; AKYILMAZ, s. 252; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 311; ÜÇÖK; MUMCU; BOZKURT, s. 96; HEYD, s. 263; ANSAY, s. 324.

buna göre birine veled-i zina diyene kazf haddi gerekir. Kazf suçunun teşekkülü için gereken şartlar şunlardır:

- İtham; zina veya neseple ilgili olmalı;
- İftira atanın aklî dengesi yerinde ve ergenlik çağına girmiş olmalı;
- İftiraya uğrayan kadın muhsan olmalı, burada recm ihsanı (evlilik içinde birleşmiş olma şartı) yerine sadece kazf ihsanı (sadece iffetli ve namuslu olma) şartı vardır.
- İspat edilemediği için iftira etmiş olduğu ortaya çıkmış olmalı.

Bu şartlardan biri bile eksik olsa, had yerine ta'zir cezası gerekir. Kazf suçu karı – koca arasında olur ve koca dört şahit getirip ispat edemez ise dört defa yemin eder ve beşincisinde “yalancıysam Allah’ın laneti üzerimde olsun” diyerek kazf haddinden kurtulur; karı da aynı şekilde yemin ederek zina haddinden kurtulur. Buna lian denir. Bu suç hem kadına hem erkeğe karşı işlenebilir. Tarihte, bu suçun cezası olarak 80 kırbaç cezası verilmiştir ayrıca bu suçu işleyen kişinin şahitliği kabul edilmez (tebei ceza) (Nûr: 24/4-5). Türk hukuk tarihinde kazf suçuna had cezası uygulanmıştır.<sup>184</sup>

### **2.1.5. Şarap İçme Suçu ve Cezası (Hadd-i Şirb)**

Hadisler, şarabın haram olduğunu kesin ve açık bir şekilde ifade etmiş; müçtehitler de bu hükmü benimsemişlerdir. Hadislerde geçen hamr kelimesi, yeterince kaynatılmamış üzüm ve hurma suyundan yapılan şarap için kullanılmaktadır. Müçtehitler, bunların dışında kalan fakat azı veya çoğu içildiği zaman sarhoş eden içki ve şerbetlerin de hamre dâhil olup olmadığı konusunda ihtilaf etmişlerdir. Durum ne olursa olsun içen ve sarhoş olan suç işlemiş sayılmaktadır. Ancak suçun haddi gerektirmesi için; suçlunun hür, Müslüman, mükellef, özürsüz ve iradeli, sarhoşluğun dili dolaşacak veya kadını erkekten ayıramayacak derecede olması gerekmektedir. Hamr içenin sarhoş olması şart değildir. Zimmî ve müstemene had yoktur. Bilmeden, ilaca veya susuzluğa zarureti bulunduğu için içki içene had yoktur. Hz. Peygamber, bu suçun cezasını belirlememiştir ancak suçluyu, yaklaşık 40 defa sopalatmıştır. Bazı görüşler, suçluyu 80 defa sopalamıştır. Hadd-i şirb, bütün Müslüman Türk devletleri tarafından uygulanmıştır. Osmanlı’nın son zamanlarında çıkarılan Men’i Müskirat Kanunu ise,

---

<sup>184</sup> FENDOĞLU, s. 456; KARAMAN, s. 203; AYDIN, s. 187; CİN; AKYLMAZ, s. 253; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 312; ÜÇÖK; MUMCU; BOZKURT, s. 96; ANSAY, s. 325.

içki içenlere verilecek cezaları seçenekli göstermiş; bunların içinden hadd-i şirb'i mutlaka uygulanacak bir ceza olmaktan çıkarmıştır.<sup>185</sup> İlgili ayet “Ey iman edenler, şarap, kumar, dikili taşlara (kurban kesmek), fal oklarını (kullanmak) pis, şeytan işinden başka bir şey değildir. Bunlardan kaçının ki kurtulasınız.” (el-Mâide: 5/90) şeklindedir.

### **2.1.6. Dinden Dönme (İrtidat) Suçu ve Cezası**

İrtidat veya ridde, bir Müslümanın dinini terk etmesi yahut başka bir dine dönmesidir. Bu suçun cezası, sünnet ve icma ile tespit edilmiştir. Ridde suçu, bir şüphe nedeniyle oluşmuş ise mürtedde gerçek anlatılır ve yeniden Müslüman olması istenir. Müçtehitlerin çoğuna göre; gerektiğinde dinden dönene, düşünme için mehil verilir. Mürted, mahkemeye sevk edilmeden veya mahkemede şahadet kelimesi söylese, had cezası düşer. Kadınlar dinden dönerse, öldürülmez; Müslüman oluncaya kadar hapsedilir. Ridde suçunun oluşması için, mürtedin akıllı ve seçme gücünün elinde olması şarttır; ergin olması gerektiği konusunda ise ihtilaf vardır.<sup>186</sup> İlgili ayet aynen “...içinizden kim dininden döner ve kâfir olarak ölürse işte bunların bütün yaptıkları, dünyada da ahirette de boşa gider. Bunlar cehennemliktirler ve orada kalıcıdır.” (el-Bakara: 2/218) şeklindedir.

### **2.1.7. Devlete Karşı İsyân ve İhtilal (Bağy) Suçu ve Cezası**

Müslümanlardan bir grubun kendi kanaat ve içtihatlarına göre, yanlış yolda olan devlet başkanına başkaldırmalarına, onu devirmek, düzeni değiştirmek veya ayrı bir devlet kurmak istemelerine bağy; bunu yapanlara da bağı denir. Osmanlı hukukunda sıkça görülen siyaseten katl kurumunun temelini, devlete isyan (bağy) suçu teşkil etmektedir. Bağyin suç olduğunu gösteren ayet ve hadisler vardır. Bu suçun cezası kısmen had ve kısmen ta'zir olmak üzere, suçun safhalarına göre değişik şekillerde uygulanmaktadır:

- Ehl-i sünnet ve cemâat dışında bir inanç ve içtihadı sahip bulunmak veya iktidara muhalif olmakla beraber bir yere toplanıp grup teşkil etmeyen,

---

<sup>185</sup> FENDOĞLU, s. 457; KARAMAN, s. 205; AYDIN, s. 188; CİN; AKYILMAZ, s. 254; ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 97; ANSAY, s. 328.

<sup>186</sup> FENDOĞLU, s. 458; KARAMAN, s. 206; AYDIN, s. 192; CİN; AKYILMAZ, s. 262; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 317; ÜÇOK; MUMCU; BOZKURT, s. 98; ANSAY, s. 322.

devlete başkaldırmayanlara dokunulmaz; diğer Müslümanların yararlandığı hak ve hürriyetlerden onlar da istifade ederler.

- Muhalifler, Müslümanlar arasında bozuk (ehl-i sünnet inancına aykırı) inançların propagandasını yaparlarsa kendileri ikaz edilir; gerçek İslam telkin edilir, ısrar ettikleri takdirde (kamu düzenini korumak için) devlet onları ta'zir ile cezalandırır.
- Muhalifler, bir yerde toplanır fakat yine devlete itaate devam ederlerse, kendilerine dokunulmaz.
- Son durumda devlete itaat etmez, devlet içinde devlet hâline gelirlerse önce itaate davet edilirler, sonra savaşla yola getirilirler.
- Doğru İslam'dan, inanç veya uygulama olarak sapan yöneticiyi değiştirmek üzere harekete geçen Müslümanlar bağı sayılmazlar.
- Savaş hâlinde, cumhura göre kaçanın arkasından gidilmez; yaralılar ve esirler öldürülmez, malları zaptedilmez ve çocukları esir edilmez. Bu savaştan maksat imha değil, yola getirme ve itaate mecbur kılmaktır.<sup>187</sup>

Bu suç ile ilgili ayet ve hadisler vardır. Örneğin el-Hucurât 49/9'da aynen “Eğer müminlerden iki grup birbirleriyle vuruşurlarsa aralarını düzeltin. Şayet biri ötekine saldırırsa, Allah'ın buyruğuna dönünceye kadar saldıran tarafla savaşın. Eğer dönerse aralarını adaletle düzeltin ve (her işte) adaletli davranın. Şüphesiz ki Allah, adil davrananları sever.” İfadesi yer almaktadır.

---

<sup>187</sup> FENDOĞLU, s. 458; KARAMAN, s. 208; AYDIN, s. 190; CİN; AKYILMAZ, s. 262; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 318; ÜÇÖK; MUMCU; BOZKURT, s. 98.

## **2.2. CİNAYET CEZALARINI GEREKTİREN SUÇLAR (ŞAHSA KARŞI İŞLENEN SUÇLAR ve CEZALARI – KISASI GEREKTİREN ve GEREKTİRMEYEN SUÇLAR ve CEZALARI – YARALAMA ve UZUV TATİLİ SUÇ ve CEZALARI)**

İnsanın canına yönelik suçlara dar anlamda cinayet denir. Geniş anlamda cinayet; mal ve nefse karşı işlenen suçlardır. Dar anlamda cinayet ise adam öldürme (cinayet ala'n-nefs) ve müessir fiil (cerh-kat' veya cinayet ala ma dunen'nefs) diye ikiye ayrılır.<sup>188</sup>

Kıyas ve diyet cezalarından yukarıda kısaca bahsetmiştik. Tekrarlamak gerekirse kıyas cezası; kasten adam öldürme, yaralama ve uzuv kesme suçlarına karşı verilmektedir. Diyet cezası ise; kısasa tâbi suçların yanlışlıkla işlenmesi veya bu suçların kasten işlenip de kıyasın şartlarının gerçekleşmediği hâllerde, yasa koyucunun ceza miktarını belirlediği cezalardır. Kıyas, mağdur veya velisi için bir hak olmakla birlikte, kıyas veya diyetten ya da her ikisinden de vazgeçmek mümkündür. Af hâlinde, yetkili otorite suçluya ta'ziren ceza verebilir. Kıyas suçlarında sanık, yalnızca mağdura yaptığı ile cezalandırılır. İki arasında benzerlik kurulamadığı, aynı durum söz konusu olmadığında kıyas düşer. Kıyas, öldürülenin velisinin hakkıdır. Başka biri veya devlet başkanı adam öldüreni af yetkisine sahip değildir. Kıyasla birlikte intikam yasaktır, mahkûmdan başkası öldürülemez ve mağdur tarafından mahkûmun cezası infaz edilemez.<sup>189</sup>

### **2.2.1. Adam Öldürme Suçu ve Cezası (Cinayet Ala'n-Nefs: Katl)**

Adam öldürme suçu, İslam ceza hukukunda beş bölümde incelenir: Kasten öldürme, kasıt benzeriyle öldürme, hataen öldürme, hata yerine sayılan öldürme, tesebbüben öldürme. Bu ayırım, sonraki devir İslam hukukçularının tasnifidir.

#### **a. Kasten Adam Öldürme (El-Katlü'l-Amd)**

Ayetler ve sahih hadisler, kasten adam öldürme suçunun cezası olarak kıyası emreder. Ancak kan sahibi (veliyüddem) affeder ise kıyas düşer. Çünkü kıyas bireyin hakkıdır. Kasten adam öldürmenin cezasının kıyas olduğunda ittifak var ise de kast ve taammüdün karinesi konusunda ihtilaf vardır. Bir görüşe göre, sadece bir uzvu vücuttan ayırabilecek bir silah ile (alet-i cariha) icra edilen katl olayı, kasten işlenmiş sayılır. Demir, ağaç gibi bir aletle

---

<sup>188</sup> FENDOĞLU, s. 459.

<sup>189</sup> FENDOĞLU, s. 459; ÜÇOK; MUMCU, BOZKURT, s. 92; ANSAY, s. 321.

adam öldürmek haddi gerektiren kasten adam öldürme suçu değildir. Katil, maktulün miras ve vasiyetinden mahrum olur (tebei ceza) Türk hukuk tarihinde bu görüş uygulanmıştır. Bir başka görüşe göre, kısasın gerekmesi için böyle bir kesici alet şart değildir. Denize atmak, boğmak, zehirlenmek de kısası gerektirir.<sup>190</sup>

Maktulün sahibi, kısası affederse; katil ile bu konuda anlaşma yapılmadan önce diyet istenmesi konusunda bir görüş, maktulün velisinin ya kısas ya da diyet (kanlık) isteyebileceğini söyler. Katil ile diyet üzerine anlaşmadan önce maktulün velisi, kısastan vazgeçerse; artık diyet isteyemez. Bu durumda diyet, bedelî bir ceza olur; bu da affedilebilir. Bir diğer görüşe göre ise, affetmek diyete dönmek demektir ve bu dönüş katilin rızasına bağlı değildir. Maktulün kadın, erkek, Müslüman ya da zimmi olması cezayı değiştirmez.<sup>191</sup>

Tam diyet (diyet-i kâmile), bir görüşe göre 100 deve veya 1000 dinar altın veya 10.000 dirhem gümüşdür. Başka bir görüşe göre de bunlardan başka 200 sığır veya 2000 koyun veya 200 takım elbise de olabilir. Vücutta ikincisi olmayan uzuvların kesilmesi veya tatil edilmesinde de tam diyet gerekir. Türk hukuk tarihi boyunca adam öldürme suçlarında bu cezalar uygulanmıştır.<sup>192</sup>

#### **b. Kasta Benzer Adam Öldürme (El-Katl Şibhu'l-Amd)**

Suçsuz bir insanı yaralayıcı alet (alet-i cariha) sayılmayan bir alet ile öldürmektir. Tokatla veya sopayla adam öldürmek gibi (Bu suç, TCK'daki kastı aşan müessir fiil sonucu adam öldürmek suçuna benzer.). Bu suçun aslî cezası diyet (diyet-i muallaza: ağır diyet) ve kefarettir. Diyet cezasını (üç senede) adam öldüren değil, akile öder (diyet-i müeccele). Adam öldürme kefareti, köle azadı veya 2 ay kesiksiz oruç tutmaktır. Tebei ceza ise; katilin, maktulün mirasından ve vasiyetinden mahrum olmasıdır. Yetkili otorite, ayrıca ta'zir cezası verebilir.<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> FENDOĞLU, s. 460; KARAMAN, s. 209; AYDIN, s. 193; CİN; AKYILMAZ, s. 265; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 309; ÜÇÖK; MUMCU, BOZKURT, s. 92; ANSAY, s. 319.

<sup>191</sup> FENDOĞLU, s. 460; AYDIN, s. 193; CİN; AKYILMAZ, s. 266.

<sup>192</sup> FENDOĞLU, s. 460; KARAMAN, s. 210; CİN; AKYILMAZ, s. 266; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 313.

<sup>193</sup> FENDOĞLU, s. 461; AYDIN, s. 194; CİN; AKYILMAZ, s. 266; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 313; ÜÇÖK; MUMCU, BOZKURT, s. 92.

### c. Hataen Adam Öldürme (Hataen Katl)

Kasıtsız olarak adam öldürmedir. Failin, zannında hata (tavşan zannıyla adam öldürme) ve failin fiilinde hata (belirli bir hedefe atılan kurşun, başka birini öldürmüştür) buna girer. Cezası; diyet (akile öder), kefaret, maktulün miras ve vasiyetinden mahrumiyettir. Ayrıca, ta'zir cezası da verilebilir. Akile, sadece hata sebebiyle ve şibh-i amd suretiyle adam öldürmelerde ve bir de ıskat-ı cenin suçunda gurre tazminatını ödemekle yükümlüdür. Kasten adam öldürmede ödenecek diyeti ve diğer hâllerde tam diyetin 1/20'sinden daha büyüğünü ödemekle yükümlü değildir. Diyetin hesaplanmasında, maktulün bir destek olduğu düşünülerek adeta destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanmıştır. Diyet, ceza olmaktan öte, bir tazminattır.<sup>194</sup>

### d. Hata ile Adam Öldürmeye Benzeyen Adam Öldürme (Hata Mecrasına Cari Katl)

Hiçbir şekilde irade olmadan vaki olan fiil ile adam öldürmektir. Örneğin bir taşıyıcının, sırtındaki yükünü yere bırakmak isterken, istemeyerek bir çocuğun ölmesi; uyurken birinin üzerine düşüp onu öldürmek gibi. Cezası, hataen adam öldürme gibidir.<sup>195</sup>

### e. Adam Ölümüne Neden Olma (Tesebbüben Katl)

Bir insanın ölümüne sebep olmaktır. İzinsiz olarak başkasına ait olan bir yola kazdığı kuyuya birinin düşerek onun ölmesine sebep olmak gibi. Tesebbüben katl, manen adam öldürme ise de bizzat (mübaşeret) adam öldürme değildir.<sup>196</sup>

#### 2.2.2. Yaralama (Cerh) ve Sakatlama (Cinayet fi ma Dune'n-Nefs)

İslam ceza hukukunda müessir fiiller dörde ayrılır: (i) Uzuv kesmek (kat-ı uzuv) ve uzuv sayılanların vücuttan ayrılması; el kesmek, ayak, parmak, tırnak, kulak kesmek, diş kırmak suçları gibi. (ii) Uzuv tatili (Tatil-i uzuv); işitme, görme, yürüme gücünün kaybedilmesi gibi. Göze toplu iğne batırılırsa göz yerindedir ama artık göremez. (iii) Baş ve yüz yaraları (şecc, şecac) şu şekilde ayrılmıştır: kan çıkan fakat akmayan deri yırtılması (damia), kan akan

<sup>194</sup> FENDOĞLU, s. 461; AYDIN, s. 194; CİN; AKYILMAZ, s. 267; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 313; ÜÇOK; MUMCU, BOZKURT, s. 92; ANSAY, s. 320.

<sup>195</sup> FENDOĞLU, s. 461; AYDIN, s. 194; CİN; AKYILMAZ, s. 267; ÜÇOK; MUMCU, BOZKURT, s. 92; ANSAY, s. 320.

<sup>196</sup> FENDOĞLU, s. 461; AYDIN, s. 195; CİN; AKYILMAZ, s. 268; ÜÇOK; MUMCU, BOZKURT, s. 92.

yırtılma (damiya), etin de kesildiği yara (bazia), bazianın daha derini (mütelahima), et ile baş kemiği arasındaki zarın görüldüğü yar (simhak), kemiğin ortaya çıktığı yara (muvazzaha), kemiğin kırıldığı yara (haşima), kemiğin kırıldıktan sonra yerinden oynadığı yara (munakkıla), beyin zarının görüldüğü yara (amma), beyin zarının yırtıldığı yara (damiğa). (iv) Baş ve yüz hariç yaralamalar (cirah) da ikiye ayrılır: Karın boşluğuna nüfuz eden yaralama (caifa); bunlar göğüs, karın, dübür ve böğürlerde olur. Karından aşağıdaki yaralama (gayri caifa). Bunlardan sadece baş veya yüzde meydana getirilip kemiği ortaya çıkararak kasıtlı yaralar (muvvazzaha) kısasa tabidir.<sup>197</sup>

Kasten uzuv kesmek, tatil etmek ve yaralamak hâllerinde denklik (mümaselet) veya eşitlik (müsavat) mümkün olması şartıyla kısas gerekir. Kasten olmayan uzuv kesmek, tatil etmek ve yaralamalarda denklik mümkün değilse hükümet-i adl (vücutta meydana gelen noksanlığın parasal tutarı) gerekir. Erş, bir azanın yaralanması veya kesilmesi dolayısıyla ödenen diyetdir. Erş, uzvun diyetidir; miktarı açıkça – kanunen belli erşe erşi mukadder; bilirkişi vasıtasıyla belirlenen erşe ise erşi gayri mukadder (hükümet-i adl) denir. Hükümet-i adl, sakatlık hâlinde ödenecek diyet olarak da kabul edilebilir. Bu bir kıymet tazminidir.<sup>198</sup>

Müessir fiilin cezası, belirtildiği gibi kısas veya diyet ve ta'zirdir. Had veya cinayet suçunun şartları tam oluşmadığında, kısas cezası diyete dönüşür. Erş-i mukadder, uzuvlara özgü diyetdir. Erş-i gayri mukadder müessir fiil suçunun cezası olan diyetdir. Bir de kasten adam öldürme suçu dışındaki bütün adam öldürme suçlarında ödenen diyet vardır. Kasten adam öldürmede, herhangi bir sebeple ödenen diyet, katilin bizzat kendisi tarafından muaccel (hemen) olarak ödenmesi gerekir. Diğer adam öldürme hâllerinde diyeti, akile müeccel (taksitle) olarak üç sene içerisinde öder. Şibh amd hâlindeki adam öldürmede ise ağırlaştırılmış diyet (diyet-i muğallaza) ödenmektedir.<sup>199</sup>

Yaralı kişi, daha sonra manevî tazminat davası açarsa, hükümet-i elem tazminatı (gördüğü acıdan dolayı tazminat) isteyebilir. Çocuğun ve akıl hastasının kastı hata sayılır. Vücutta ikincisi olmayan uzuvdan dolayı tam diyet; dört adet olan uzuvlardan her biri için ¼ diyet, her bir yara için de ayrı diyet veya hükümet-i adl gerekir. Kısas uygulamasında, infazın

<sup>197</sup> FENDOĞLU, s. 462; CİN; AKYILMAZ, s. 269.

<sup>198</sup> FENDOĞLU, s. 462.

<sup>199</sup> FENDOĞLU, s. 463; KARAMAN, s. 211; AYDIN, s. 196; CİN; AKYILMAZ, s. 270; AVCI, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 314.



vücuda sirayet etmemesi şarttır. Aksi hâlde kısas uygulanamaz. Kısas sadece kılıçla infaz edilir. Bir görüş ise, suç ne ile işlenmişse onunla infaz edilmesi gerektiğini savunur.<sup>200</sup>

### **2.2.3. Cinayet Konusunda Bazı Özel Durumlar**

#### **a. Kasame**

Güzel, yemin etmek anlamlarındadır. İslam ceza hukukunda özel sebeplerle, özel sayıdaki, özel kişilerin Allah'a yemin etmeleridir. Yemin etmezler ise, yemin edinceye kadar hapsedilirler. Daha önce de anlatıldığı üzere; bir yerde faili meçhul bir ceset bulununca, maktul yakınlarının, onlardan şüphelenerek dava etmesi üzerine o yer halkından elli kişiye “vallahi biz öldürmedik, öldüreni de bilmiyoruz” diye yemin ettirilir. Yemin edince, maktulün diyeti, ceset bir mülkte bulunmuşsa, o mülkün sahibinin akilesine; umumî yer ise, o mahalle halkına üç yılda tazmin ettirilir. Çocuk ve akıl hastası, kasameye giremez. Kasamenin şartı, maktulün katlini gösteren bir eser, bir karinenin olmasıdır ki buna levz (eser) denir. Kasame, icmaya dayanmaktadır. Kasame muhakemesinde, diğer davalardan farklı olarak, davacıya yemin vermekle başlanır. “Delil davacıya; yemin de davalıya düşer” genel kuralının istisnası kasamede görülmektedir.<sup>201</sup>

#### **b. Cenine Karşı İşlenen Suçlar (İskat-ı Cenin)**

Gebe bir kadına karşı yapılan müessir fiil sonucu çocuk ölü doğarsa, suçlu gurre tazminatına mahkûm edilir. Çocuk ölü düşerse gurre, diri düşüp sonra ölürse diyet gerekir.<sup>202</sup>

#### **c. Duvarın Yıkılması Nedeni ile Adam Ölmesi (Cinayet-i Hait)**

Bu ve benzeri durumlarda suçu işleyen kişi diyete (maddi ve manevi tazminata) mahkûm edilir.<sup>203</sup>

---

<sup>200</sup> FENDOĞLU, s. 463.

<sup>201</sup> FENDOĞLU, s. 464; ANSAY, s. 322.

<sup>202</sup> FENDOĞLU, s. 464.

<sup>203</sup> FENDOĞLU, s. 464; ÜÇÖK; MUMCU, BOZKURT, s. 92.

## 2.3. ÜÇ SUÇA VERİLEN CEZANIN SINIRLANDIRILMASI

### 2.3.1. Kıyas Cezasının Sınırlandırılması

Kıyas, sadece kasten adam öldürme ve kasten müessir fiil suçlarında uygulanan bir cezadır. Adam öldürme ve kan davalarını ortadan kaldırmak için alınmış bir önlemdir. İslam ceza hukukunda, temel kaynaklarda olsun, İslam hukukçularının görüşlerinde olsun, kıyası, recmi ve el kesmeyi sınırlandırmaya yönelik bir eğilim vardır. Bütün bu sınırlandırmalar karşısında özellikle recm cezasının uygulanmasının çok zor olduğu açıktır. Hz. Peygamber, had cezalarını sınırlandırmıştır. Kıyas cezasının kabulü ile insanın hayatına ve vücut tamlığına saygı ifade edilmiştir. Kıyasın sınırlandırılmasında ise suçlunun hayatını koruma düşüncesi yer almaktadır. Zina, içki, hırsızlı gibi Allah hakkı sayılan cürümlerde, af ve sulh kabul edilmediği hâlde, kıyas suçlarında kabul edilmiştir. Af, hiçbir karşılık almadan kısastan şartsız olarak vazgeçmek demektir. Af ile kıyas düşer. Kur'an, kıyas hakkı olanların bu haklarından vazgeçmelerini, affetmelerini, affedenlerin izzet ve şerefine artacağını, insanların birbirine karşı nazik ve dürüst olmalarını ister, affi teşvik eder. Sulh ise, belirli bir bedel (diyet) karşılığı kıyas hakkından vazgeçmektir. Bilindiği gibi, kadının had ve cinayet davalarında kendiliğinden af yetkisi yoktur. Af ve sulh de sadece cinayet davalarında olabilir; hadlerde olamaz.<sup>204</sup>

### 2.3.2. Bu Üç Cezanın Sınırlandırılmasında Getirilen Bazı Hukukî Önlemler

Kıtlık zamanı ve benzeri dönemlerde hırsızın eli kesilemezdi. Sadece kasıtlı olarak adam öldürme suçunda uygulanan kıyasın karar altına alınması için öldürme kastının kesin olması, cürmî kastın bulunması gerekir. Bu durum, vurma darbeleri ile de anlaşılabilir. Kıyas hakkı bölünemez. Kıyas hakkı olanlardan sadece birinin affettiğini söylemesi yeterlidir. Başka hiçbir şart aranmadan kıyas hakkı düşer. Kıyas hakkı olan diğerlerine diyet ödenir. Bütün had ve cinayetler için suçun dar-i islamda işlenmesi, cezalandırma şartıdır. Darüislam dışında işlenmiş suçlara, bu kişiler darüislam geldiğinde işlemiş oldukları adam öldürme ve benzeri suçlarından ceza kovuşturması yapılamaz; ceza verilemez. Kıyas hakkı sahiplerinden biri ortada yoksa kıyas uygulanamaz. Çünkü kan, vereselerin hepsinin hakkıdır ve bunlardan birinin affetmesi ihtimali vardır. Sadece vekilin isteğiyle kıyas icra edilemez; müvekkilin de bizzat istemesi gerekmektedir. Affeden kişi daha sonra, zorlanarak affettiğini belirtirse dinlenmez. Sulh bedelinin az veya çok olması, sulh şartnamesinin geçersizliğini göstermez. İki veliden biri

<sup>204</sup> FENDOĞLU, s. 465; KARAMAN, s. 212.

sulh olmuşsa, kısas hakkı düşer. Velisi olmayanın velisi devlet olduğundan, kısas etme veya sulh olma hakkı yetkili kadıya aittir. Kısas için, katilin cezai ehliyet sahibi olması şarttır, yani çocuk ve akıl hastasına kısas gerekmez. Suçlu, infazdan önce akıl hastası olursa, kısas düşer. Adam öldüren birkaç kişiye ve bunların içinde bir de ceza ehliyeti olmayan biri varsa kısas yine düşer. Adam öldürmeye azmettirmede, azmettiren çocuk ise kısas düşer. Kendisine veya malına tecavüz edeni öldüren kişiye kısas yoktur. İslam ceza hukuku, meşru müdafaayı tanımıştır ve Türk hukuk tarihinde de bu prensip uygulanmıştır. Öldürme olayının bizzat katilin elinden çıkmış olması gerekir (mübaşeret katli). Bir kişi, ölüme sebep olursa, sebep olmakla kısas gerekmez. Çünkü kısas, eşitlik temeline dayanır; bu durumda ise eşitlik veya denklik yoktur. Biri bir adamı tutar da diğeri öldürürse, tutan kısas edilmez çünkü sebebiyet vermiştir. Tutan kişi ta'ziren cezalandırılır. Baba veya ana furuunu öldürürse ana babaya kısas gerekmez. Ama çocuk, ana babasını öldürürse kısas gerekir. Maktulün velisi varsa ve bu veli ortadan kaybolmuşsa, bu kişi bulunmadan kısas icra edilemez. Maktulün velisi yoksa Osmanlı'da sultan veli sayılırdı. Bu durumda sultan ya kısas ya da diyet üzere sulh olurdu. Katil veya katilin çocuğu, kısas hakkına varis olursa kısas düşer. Katil herhangi bir sebeple ölürse kısas düşer.<sup>205</sup>

### **2.3.3. El Kesme İçin Aranılan Bazı Hukukî Şartlar**

Değersiz olan bir şey çalındığında, el kesme cezası verilmezdi. Çamur, odun, kireç, cam gibi şeylerde el kesme yoktu. El kesmede, nisap miktarı olarak 10 dirhem alınmakla birlikte, çalınan şeyin değerli, mütekavvim olup olmadığı üzerinde örf ve âdete göre karar verilirdi. Hırsız ile çaldığı malın sahibesi, hükümden önce evlenirse, had kalkar. Çünkü çalınan malın kendisinin olması şüphesi belirir ki, şüphe ile de had düşer.<sup>206</sup>

### **2.3.4. Kasten Müessir Fiil Suçunda Kısas Cezasının Uygulanması İçin Gereken Bazı Şartlar**

Yukarıda aranan şartların tümü, kasten müessir fiil suçlarında kısas için aranır. Ayrıca bir uzvun kesilmesi, tatili veya yaralama hâlinde iki yer arasında eşitlik veya denklik şartı aranır. Arada tam denklik yoksa kısas düşer. Denklik, tıbbi bakımdan bütün şartlar gözetilerek verilen bir raporla açıklanabilir. İki organ arasında hem fayda hem de diyet değeri bakımından denklik aranır. Eşitliği temin etmek mümkün değilse, kıyas caiz değildir. Daha çok veya daha az bir uygulama ile zulüm edilemez. Duyu organlarının veya diğer organların

---

<sup>205</sup> FENDOĞLU, s. 467.

<sup>206</sup> FENDOĞLU, s. 468.

tatilinde bu şartlara uymak mümkün olmayacağı için, kısas caiz değildir. Sağ ile sol organlar denk sayılmaz; sağ elin parmağı, sol elin parmağı ile denk değildir. Şamar atma ve dayak atmalarda denklik mümkün değildir. Göz çıkarmada kısas yoktur. Bütün kemik kırmalarda kısas yoktur. Çünkü bütün bu olaylarda, denklik yoktur.<sup>207</sup>

### 2.3.5. İspat Konusunda Getirilen Sınırlamalar

Had ve kısas suçlarının ispatı; şahit beyanı, ikrar ve bilirkişi beyanı ile olur. Bu davalarda şahidin şahidi olmaz. Talimatla dava görülmez. Kadının hukuk bilgisinin dışındaki konularda bilirkişi dinlemesi gerekir. Bilirkişi dinlenmesi Kur'an'da geçmektedir. Kısas cezası verilebilmesi için şahitlerin adil olmaları gerekir. Had suçlarında ve kısasta yemin de geçerli sayılmaz. Şahidin tanıklığa ehil olması gerekir: olay sırasında akıllı olması, gözünün görür olması ve olayı bizzat görmüş olması gerekmektedir. Şahidin eda şartlarını da taşıması gerekir. Tanıklığı eda ederken akıllı ve ergin olması, zabıt sahibi olması, hür, görür, konuşur ve adil olması şarttır. Adil olmak demek, büyük masiyet işlemek, küçük masiyette de ısrarlı olmamaktır. Kadı, tanıgın güvenilir olup olmadığını araştırır. Bir tanıgın güvenilirlik işlemi yapılmamışsa veya olumsuz olmuşsa kısas düşer. Tanık, iffete iftira (hadd-i kaziften) mahkûm olmuşsa tanıklığı geçersiz olur. Tanık; tanıklığı nedeniyle bir yarar sağlamamış olmalı, bir borcundan kurtulmamalıdır. Usulün fûrua, fûruun da usule tanıklığı geçersizdir. Sanıgın ifadesi de geçerli sayılmaz. Eşlerin ve ortakların birbirine şahitliği geçersizdir. Hasım olan kişilerin tanıklığı geçerli değildir.<sup>208</sup>

Tanık, tanıklık ettiği kişinin kim olduğunu bilmeli ve hatırlamalıdır. Bir görüşe göre; tanıklar, bilmedikleri bir adamla bir kadının zina ettiklerini görürse buna had cezası gerekmez. Tanık, yazdığı yazıya bakarak tanıklık ediyorsa, bu geçersizdir; tanıgın evraka bakmadan konuşması gerekir. Tanıkların tümü, aynı hâkimin önünde tanıklık yapmak zorundadır. Zina suçunun ispatı için en az 4, had suçlarının da ispatı için en az 2 erkek tanık aranır ve bunların tamamının da aynı şekilde konuşmaları gerekir. Kadınların bilgi sahibi olabileceği konularda, sadece kadınların tanıklığı geçerlidir. İslam hukukçularının çoğunluğu, had cezalarında 2 erkek tanık ister. Bunlara göre 1 erkek 2 kadının tanıklığı da kabul edilmez. Ancak kasten adam öldürme suçunun cezası aşamasında 1 erkek 2 kadın veya 2 erkek tanık olabilir. Başka bir görüşe göre; yaralama ve uzuv kesmelerde (müessir fiil) tek erkek tanık ile mağdurun yemini yeterlidir. Kasten yaralama ve kesme suçlarında, 2 kadın ve davacının yemini

<sup>207</sup> FENDOĞLU, s. 468.

<sup>208</sup> FENDOĞLU, s. 469; KARAMAN, s. 213.

yeterli sayılır. Zina suçunda bütün şahitlerin, zinayı tam olarak görmeleri şarttır. Aksi halde recm cezası verilemez ve infaz edilemez. Recm cezası, ikrar ile sübut bulmuşsa, önce hâkim; tanık beyanı ile sübut bulmuşsa önce şahitler, sonra kararı veren hâkimce taşlanır. Üç tanık “zina fiilini gördük”, dördüncü tanık “yorgan altında idiler” derse, had düşer ve gördük diyen tanıklara zina iftirası (kazf) cezası verilir. Kısaca bu konuda formalizm önem taşımaktadır. Kasten adam öldürme ve vasıflı hırsızlık suçlarında kısasın, vasıflı zina suçunda recmin infazı için, şahitlerin cins, zaman ve mekân konusunda aynı beyanda bulunmaları gerekir. Tanıklardan biri fiile, diğeri katilin ikrarına dayanırsa; yine had cezası verilemez. Çünkü cinste ittifak edilmemiştir. Hırsızlık zamanında ittifak edilmezse yine kısas düşer. İki tanık, öldürmeyi görse de zaman ve mekân konusunda ihtilafa düşülmüşse, kısas düşer. Tanıklardan biri taşla, diğeri sopayla öldürdü derse veya biri kasten, diğeri hataen öldürdü derse kısas düşer. Şahitlik, velayet sayıldığından, Müslüman olmayanın Müslümana yaptığı şahitlik geçersizdir. Ceza infaz olunmadan önce, şahitlerin dikkatle izlenmesi gerekir. Çünkü yukarıda sayılan şahitlik şartlarından biri bile infazdan önce yok olursa had (kısas ve diğerleri) uygulanmaz. Ölüm cezası (recm) infazına şahitlerin tamamının gelmesi şarttır. Şahitlerin biri bile gelmezse veya şahitlerden biri ölürse, ölüm cezası düşer. Şahitlikten rücu caizdir. Şahit rücu ettiğinde, kısas (had) düşer. Çünkü şüphe doğmuştur.<sup>209</sup>

İkrar ile kısasın ve diğer hadlerin uygulanması için; ikrar edenin cezai ehliyetinin bulunması, ikrarı söz ile yapması (yazılı olarak veya işaretle olmaz), zina için; mahkemede, hâkimin yanında, dört ayrı mecliste dört kez olması, zina ikrarının gerçeği gösterdiğinin anlaşılması, ikrar edenin ikrarını rıza ile yapmış olması şarttır. Bir görüş, hadlerde ikrarın bir kez olmasını yeterli görürken; bir başka görüş, tek oturumda dört kez ikrarı geçerli sayar. Suçu ikrar eden ikrarından dönebilir. İkrardan rücu, fiilen ya da sözle olabilir. Şüphe ile hadlerin düşmesi ilkesinin ta’zir cezalarında da uygulanmasına bir engel yoktur. Had suçlarından birini işleyen kişiye karşı cezayı mutlaka mahkeme verecek ve infaz edecektir. Hâkimin mahkûm ettiği bir kişi, infazdan önce öldürülürse; bu mahkûmu vuran kişi şartları var ise kısas edilir. Kısas, recm ve el kesmenin sebepleri İslam hukuku kitaplarında açıklanmıştır. Recm cezasının asıl amacının nesep karışmasını önlemek olduğu; nesep karışmasının düzeni bozduğu, zinada muhsan olma ağırlaştırıcı sebebinin de şehveti kırılmış, haramdan uzaklaşmış insanın zinasının anlamsız olmasına dayandırıldığı belirtilmektedir. Buna göre, ceza suçunun hoşuna giderse bu

---

<sup>209</sup> FENDOĞLU, s. 470; KARAMAN, s. 213.

ceza suçluyu caydırmaz. Ceza, suçluyu caydırmalıdır. Ama ceza, suçtan fazla olup haddi aşmamalıdır.<sup>210</sup>

## **2.4. TA'ZİR SUÇ ve CEZALARI**

Ta'zirin tanımına yukarıda kısaca değinmiştik. İslam hukukunda ta'ziri gerektiren suçlar için kesin hükümler bulunmamaktadır. Hükümlerde kesinlik bulunmaması nedeni ile cezalar eksiltip artırılabilir.<sup>211</sup> Ta'zir; kitap, sünnet ve icma ile sabittir. Aslında yasaklanmış fiil olmayan ama kamu düzeni açısından hakkında ceza tertip edilen fiiller de ta'zirin konusuna girer. Bir hukuk kuralına göre “her kötülük işleyen ta'zir edilir (cezalandırılır)”. Örneğin dolandırıcılık, yalan yere tanıklık, rüşvet almak ve vermek, yetim malı yemek gibi suçlar temel kaynaklarla cezalandırılmamış ama temel kaynaklarla kötü olduğu açıklanmış fiillerdir. Günümüzdeki bir ceza kanununun içeriğinin büyük kısmını dolduran ta'zir suç ve cezaları, İslam ceza hukukunda önemli bir yere sahiptir. İslam hukukunda zarar giderilir ve yasaklanır. İslamda zarar vermek ve karşılıklı zararlaşmak yasaklanmıştır. Çünkü zarar, zulmün bir bölümüdür ve zarar vermek haramdır. Suç ve cezaların genel olarak belirlenmiş olması ve kadı olma şartları, ta'zir cezalarında keyfiliği önleyen emniyet tedbirleridir. Ta'zirde kanıt olmadan suç ve ceza olamaz.<sup>212</sup>

### **2.4.1. Ta'zir, Had ve Kısas ile Birleşebilir**

Kamu yararı gerekli kılıyorsa, had ve kısas cezalarıyla birlikte ta'zir cezasına hükmedilir. Had ve kısas cezalarının tam olarak oluşmadığı durumlarda da ta'zir cezası verilir. Ta'zir, ibadet ve ceza arası bir fiil kabul edilen kefaret ile de birleşebilir.<sup>213</sup>

### **2.4.2. Ta'zirde, Bireysel Hak ve Kamu Hakkı**

Ta'zir hakkında da Allah hakkı (kamu hakkı, hukukullah), birey hakkı (ferdî hak, hakk-ı ademî) ayrımı yapılmaktadır. Bu iki hak, birbirinden kesin çizgilerle ayrılmamaktadır. Genelde belirli bir kişinin hukukuna tecavüz var ise bu birey hakkı olarak kabul edilmektedir. Belirli bir insanın değil de toplum veya devletin haklarına tecavüz var ise bu, kamu hakkının ihlalidir. Bu ayrım çok önemlidir. Çünkü (i) birey hakkı olan ta'zir suçlarında takibat, zarar

---

<sup>210</sup> FENDOĞLU, s. 471.

<sup>211</sup> YAKUT, s. 29.

<sup>212</sup> FENDOĞLU, s. 472; ANSAY, s. 326; ÜÇÖK; MUMCU, BOZKURT, s. 100; AYDIN, s. 197; CİN; AKYILMAZ, s. 272; HEYD, s. 196.

<sup>213</sup> FENDOĞLU, s. 472; KARAMAN, s. 216.

görenin şikâyetine bağlıdır. Ferdî olan bu davaları hâkim re'sen düşüremez; otoritenin affi olamaz. Kamu hakkı olanlarda ise otoritenin af yetkisi vardır. Had davalarında bilindiği gibi, suçlu, re'sen kovuşturulur. Bu suçları işleyenleri yakalatmak herkesin görevidir. (ii) Birey haklarında, birey ta'zirde vazgeçse de devlet, ta'ziren kovuşturma yapabilir. Bu, çoğunluğun görüşüdür. Para cezaları ve ihtar gibi hürriyeti bağlayıcı olmayan cezaları, Osmanlı mülkî amirleri verebilirse de diğer tüm ta'zir cezalarının infaz yetkisi sadrazama aittir. Sadrazam da padişahın onayını almak zorundadır. Kamu hakkı olan ihlallerde birkaç ihlale tek ceza verilir. Ferd haklarında ise her ihlale ayrı ayrı ceza verilir. (iii) Kamu hakkı olan ta'zir suçunu gören herkes müdahale edebilir (Toplumun meşru müdafaası). Birey hakkı olan ta'zirde, mağdur vefat ederse dava hakkı, varislerine geçer. Kamu hakkı olan ta'zirde, ölüm davayı düşürür. Ta'zir cezaları, otoritenin üzerine hak değil ödevdir.<sup>214</sup>

### **2.4.3. Ta'zir, Had ve Kısas Arasındaki Farklar**

#### **a. Erteleme (Tecil) Açısından**

Ta'zir cezalarının ertelenmesi mümkündür. Bir görüşe göre, vakarlı bir insan ta'zir suçu işlemiş ise öğüt verilir. Özellikle topluma karşı ilk defa ta'zir suçu işlemiş olanların cezası tecil edilebilir. Şüphesiz, ağır ceza davaları sayılabilecek nitelikteki had cezalarında tecil olamaz.<sup>215</sup>

#### **b. Hâkimin Takdir Hakkı Açısından**

Had ve kısas cezalarında hâkimin takdir yetkisi yoktur. Cezalarda ferdileştirme denilen, cezanın suçlunun şahsiyetine uydurulması ta'zir suçlarında uygulanır. Kadı, suçluya, derecesini kendisinin belirlediği bir ta'zir cezası verebilir. İslam ceza hukukunda ağır cezalara ilişkin cezalar, kesinlikle tayin edilmiş ancak hafif suçlarda ferdileşme esası kabul edilmiştir. Hafif suçlardaki bu ferdileşmeye, bazı İslam hukuku kitaplarında rastlanır. Bunlar, toplumu dört gruba ayırır: (i) Seçkinlerin seçkini olan sınıf (eşrafu'l-eşraf): âlimler bu sınıftandır. Bunlar ta'zir suçlarında mahkemeye çağrılmadan emini vasıtasıyla uyarılır (ilam-ı mücerret cezası). (ii) Seçkinler (eşraf): komutanlar bu sınıftandır. Mahkemeye çağrılarak ikaz edilir. (iii) Orta sınıf: esnaflar bu sınıftandır. Bunlar mahkemeye çağrılır ve hapsedilebilir. (iv) Alt sınıf: bunlar

---

<sup>214</sup> FENDOĞLU, s. 472; YAKUT, s. 28.

<sup>215</sup> FENDOĞLU, s. 473.

mahkemeye çağrılabilir ve hapsedilebilir. Toplumunu dört bölüme ayıran bu yönteme ta'zirin mertebeleri denir; hafif ta'zir suçlarında söz konusudur.<sup>216</sup>

Kanuni Kanunnamesi incelendiğinde, para cezalarında verilen cezanın şahsa uydurulmuş olduğu görülür. Bu kanunnamede cezalar bazen açıkça belirtilirken bazen de kadıya takdir yetkisi tanınmıştır. Hadleri devlet yerine getirir. Af, ibra ve cezanın düşürülmesi mümkün değildir. Hadler ve kısasta mağdurun şahitliği, işitmeye dayanan şahitlik, yemin geçersizdir. İspat vasıtaları ta'zirde daha geniştir. Ta'zir esnasında, ceza infaz edilirken sakatlanma ve kaza olursa tazminat gerekir. Çoğu görüşe göre, had ve ta'zir cezalarının infazında, görevin ifası esnasında yapılan hatalar tazminatı gerektirmez. Çocuğa had ve kısas uygulanmaz. Ta'zir cezalarının alt ve ast oranlarının tayin ve tespiti İslam hukukuna aykırı değildir. Ta'zir suçlarında suçlunun kişiliğine, suça uygun cezanın belirlenmesinde büyük önem verilir.<sup>217</sup>

#### **2.4.4. Ta'zir Suç ve Cezalarının Çeşitleri**

Ta'zir, içerisinde üzüntü bulunan söz, davranış veya ihmali kapsar. Kişi; öğüt, ihtarla veya daha sert önlemlerle ta'zir olunur. Suçundan vazgeçinceye kadar selam vermemek, kendi hâline terk edilmemekle de ta'zir olunabilir. Görevden azil suretiyle, saçı tıraş edilmekle, para cezası vermekle, bir taşınmazın yıkılmasıyla da ta'zir olunabilir. Ta'zir suçunun cezası, zamanın yasama organına bırakılmıştır. Ta'zir cezalarının hapis, sözlü ihtar, tevbihten öteye gitmemesi; had miktarının en azına ulaşamaması gerekir denmekte ise de devlet başkanının siyaseten katl cezası vermesi de mümkündür. Bazı görüşlere göre, adam öldürerek de ta'zir mümkündür. Ta'zir cezaları, zaman ve mekâna göre değişir. Bu cezaların bazıları suç işlenmesini önlemeye veya azaltmaya; bazıları ise sanığın durumunu ıslah etmeye yöneliktir. Bazı İslam hukukçuları ise, ta'zir ile siyaseti birbirinden tamamen ayırmış, ta'ziri haddin altında ceza vermek olarak yorumlarken, siyaseten verilen cezaları idama kadar götürmüşlerdir. Bunlara göre, devletin umumi siyaseti “siyaset-i amme” (kamu yönetimi), suçluların tecziyesi ise “siyaset-i hassa” (özel siyaset)'dir. Fatih kanunnamesinin genişletilmiş sayılan Tevkii kanunnamesinde, kadıların görevinin; ülkenin düzeni, korunması, halkın dirliği ve yönetime

---

<sup>216</sup> FENDOĞLU, s. 473; YAKUT, s. 29; KARAMAN, s. 219.

<sup>217</sup> FENDOĞLU, s. 473; YAKUT, s. 29; KARAMAN, s. 219.



ilişkin işleri, askerî ve bürokrasi sınıfı yetkilileri olan devletin vekillerine bırakmak zorunda oldukları ifade edilmektedir.<sup>218</sup>

Osmanlı Devleti, Hanefî mezhebine bağlı olup bu mezhebin görüşüne uygun olarak ta'zir cezalarını, idama kadar en geniş şekliyle uygulamıştır. Diğer bazı İslam hukukçuları da siyaseten katl cezasını kabul ederler. Ta'zir cezalarının çoğunu siyaset cezası teşkil eder. Dar anlamda siyaset, ta'zir olarak takdir edilen para cezası dışındaki cezalara denir. Had cezalarının uygulanmasına da siyaset denir. Bu iki anlam, birbirinden tamamen farklıdır. Otoritenin tespit ettiği kanunlara da siyaset kanunları denir. Osmanlı kanunnameleri ve şer'iyeye sicillerinde, örneğin zina suçuna para cezası verilmesinin sebebi, haddi gerektiren şartların oluşmaması, yani suçun teşekkül etmemesi veya had cezaları ile birlikte otoritenin ceza verme yetkisine dayanarak ayrı bir cezayı yasalastırmasıdır. Ta'zir cezaları içinde, bugün disiplin kurullarınca verilen disiplin cezaları ile belediyelerce verilen cezaların da bulunduğu görülmektedir.<sup>219</sup>

Ta'zir cezası gerektiren suçlar, ihlal ettikleri değerler açısından da tasnif edilebilir<sup>220</sup>:

Cana karşı işlenen suçlar: Çeşitli öldürme ve yaralama suçları ve bu suçlara hazırlık ve eylemlerde; kısas cezasının şartlarındaki eksiklik veya mevcut bir şüphe nedeniyle düştüğü durumlarda ta'zir cezası uygulanır.

Irza tecavüz, ahlâkı bozma, iftira atma veya sövme yolu ile işlenen suçlar: Had cezası uygulanamayan zina, irza tecavüz suçları ve ahlâkı bozan davranışlar ile had cezasını gerektirmeyen kazf ve sövme suçları için ta'zir cezası uygulanır.

Mala karşı işlenen suçlar: Had cezası uygulanamayan hırsızlık ve yol kesme suçları için ta'zir cezası uygulanır.

Kamu yararını zedeleyen suçlar: Eğer işlenen suç kamu menfaatine zarar verdiği halde hakkında herhangi bir had cezası bulunmuyorsa, ta'zir cezası uygulanır.

---

<sup>218</sup> FENDOĞLU, s. 474; ÜÇÖK; MUMCU; BOZKURT, s. 100.

<sup>219</sup> FENDOĞLU, s. 475; HEYD, s. 271.

<sup>220</sup> YAKUT, s. 31.

Devletin güvenliğine karşı işlenen suçlar: Rüşvet, karaborsacılık, fahiş fiyatla satış, ölçü ve tartı aletlerinde hilekârlık, dolandırıcılık gibi suçlar bu bölüme örnektir.

Yukarıda sıralanan suçlar dışında kalan kişilere veya hayvanlara karşı işlenen suçlar: Yalancı şahitlik yapmak, başkasının mülküne izinsiz girmek, başkasının mülkünde hukuka aykırı eylemler işlemek ve hayvanlara karşı işlenen suçlar bu tür suçlardandır.

Başlıca ta'zir cezaları dört grupta toplanır ve bunlar; bedene uygulanan ta'zir cezaları, hürriyeti kısıtlayıcı ta'zir cezaları, malî cezalar, diğer cezalardır.<sup>221</sup> Sayfa 33

Bedene uygulanan ta'zir cezaları ölüm ve sopa cezaları olarak ikiye ayrılır. Hürriyeti kısıtlayan ta'zir cezalarının en önemlileri hapis ve sürgün cezalarıdır. Malî cezaların en önemlileri ise müsadere, tazminat (para cezaları), itlaf etme, tağyir ve malî mahrumiyettir. Diğer ta'zir cezaları da kınama, nasihat etme, kınama ve azarlama, teşhir, ilişkiyi kesme (tecrit), mücerret ilam, mahkemeye celp ve azl gibi cezalardır.<sup>222</sup>

#### **a. Ölüm Cezası (Siyaseten Katl, Katl, Salb)**

İslam hukukunda, ta'zir cezalarının içinde adam öldürme cezası da bulunup buna siyaset denmektedir. Bunu kabul etmeyenler, Hanefîlerin ta'zir veya siyaset dediklerine ya had ya da kısas denerek cezalandırılmasını istemişlerdir; livata ve bid'at suçları gibi. Osmanlı kanunnamelerinde, çağının ceza siyaseti gereği, mükerrer hırsızlık, livata, dükkân açma gibi suçlara bazen idam cezası verildiği görülmektedir.<sup>223</sup>

Genel olarak ta'zire bırakılan suçlar hafiftir. Bu sebeple bunların cezaları da hafiftir. Ancak İslam hukukunda bazı önemli suçlar cezasız bırakılmıştır. Devletin güvenliğini tehlikeye düşüren suçlar (casusluk, rüşvet, kalpazanlık, ihtiyatî zulüm gibi suçlar) buna örnektir. Osmanlı Devleti'nde, İslam hukukunun boş bıraktığı bu önemli alan ta'zir ile doldurulmuş ve doğal olarak bu suçlara ölüm cezası verilmiştir.<sup>224</sup> Bilindiği gibi, ta'zir olarak verilecek cezayı kadı belirlemektedir ve bu ceza aynı cinsten had cezasını aşamaz.

---

<sup>221</sup> YAKUT, s. 33.

<sup>222</sup> YAKUT, s. 33-37-42-49.

<sup>223</sup> FENDOĞLU, s. 475; HEYD, s. 260; YAKUT, s. 33.

<sup>224</sup> MUMCU, Ahmet, *Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl*, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2017, s. 41; AVCI, *Genel Hükümler*, s. 317.

Dolayısıyla ölüm cezasının hükmünü, kadıdan daha yetkili ve örfî hukuk yaratma yetkisi mutlak olan padişah, kendi takdir hakkına yani siyasetine dayanarak vermektedir.<sup>225</sup>

### **b. Hapis Cezası**

İslam ceza hukukunda iki tür hapis cezası vardır: muvakkat (sürelî) ve müebbet (süresiz) hapis. Sürelî hapis cezasının en azı 1 gün olup en çok kaç gün olacağı konusunda mezhepler arasında ihtilaf vardır. Süresiz hapis cezası ise, önemli suçlarda (kalpazanlık gibi) tevbe edinceye kadardır. Hapis cezası kitap, sünnet ve icmaya dayanmaktadır. Haps-i ukubet (mahkûmiyet) ve haps-i istihzar (tutuklama) olarak da ikiye ayrılmaktadır.<sup>226</sup>

### **c. Sürgün (Nefy: Tağrib)**

Bu ta'zir cezası, ırza tecavüz suçlarında uygulanmış olup süresi genelde 1 yıldır. Bu ceza bazen, kürek ve kal'a bendlik cezalarına çevrilmiştir. Bu ceza üst düzeydeki devlet adamlarına, görevden alındıklarında sıklıkla verilmiştir ve hatta bazıları sürüldükleri yerde gizlice öldürülmüştür.<sup>227</sup>

### **d. Celd (Sopa)**

En az 3, en çok 39 sopa olarak uygulanır. Ta'ziren sopa cezasının verilebileceği Kur'an'da belirtilmiştir. Ta'ziren sopa cezası, bilindiği üzere had cezası şartlarının oluşmadığı durumlarda verilebilir. Zina ve iffete iftira (kazf) suçlarında kabul edilmiştir. Ta'ziren verilen sopa cezası, zina haddindeki sopa sayısından fazla olmamalıdır. Bu ceza, İslam etkisindeki Türk hukuk tarihi boyunca uygulanmıştır.<sup>228</sup>

### **e. Para Cezası**

Eski ceza hukukunda malî cezalar; müsadere ve garame (suçlu tarafından hazineye ödeme) olarak ikiye ayrılmaktadır. Osmanlı hukukunda para cezasına cürm-ü cinayet cezası veya garame denir. Ta'ziren para cezası almaya, İslam hukukçularının önemli bir kısmı karşı çıkmıştır. Para cezası, had ve kısas cezaları ile de uygulanabilir. Ta'ziren verilen para cezalarının taban ve tavan sınırları konusunda bir netlik yoktur. Miktarı önceden belirlenmemiş (nisbî) para cezalarında, ceza suçun doğurduğu zarara uygun bir oranda tespit edilmektedir.

<sup>225</sup> MUMCU, *Siyaseten Katl*, s.42; CİN; AKYILMAZ, s. 274.

<sup>226</sup> FENDOĞLU, s. 475; YAKUT, s. 39; CİN; AKYILMAZ, s. 275.

<sup>227</sup> FENDOĞLU, s. 476; YAKUT, s. 42; CİN; AKYILMAZ, s. 275.

<sup>228</sup> FENDOĞLU, s. 476; YAKUT, s. 37; CİN; AKYILMAZ, s. 275.

Nisbî para cezaları, aslî ceza gibi uygulanmıştır. Para cezaları ister tek başına ister diğer bedenî ve malî cezalarla birlikte (tebei olarak) verilsin, aslî ceza olma niteliğini korur. Mahkeme tarafından hükme bağlanan para cezaları, suçlunun zimmetine borç olarak geçmektedir ve borcun ödenmemesi durumunda tazyik hapsi gibi durumlar ortaya çıkmaktadır. Suçlu ancak borcunu ödeyebilecek durumu var iken ödemiyorsa hapsedilir; aksi takdirde ödeme imkânına kavuşması beklenmektedir.<sup>229</sup>

#### f. Kürek Cezası

Kürek cezasına mahkûm olanın ayağına kaçmasın diye zincir vurulabilir. Kürek cezası, hapis cezasının Osmanlı donanmasında kürek çektirilerek uygulanmasıdır. Dolayısıyla bu cezada da hapis cezasının şartları ve infaz şekli geçerlidir.<sup>230</sup>

Siyaseten katl kısmında değinildiği üzere, zulüm suçları da ta'zir cezasını gerektiren suçlardandır. Osmanlı hukukuna göre zulüm, şeriatça ve örfçe tanınmış çeşitli bid'atların, kamu hizmetlileri tarafından halka ya da bir başka yöneticiye uygulanması ile oluşmaktadır.<sup>231</sup> Zulüm suçlarının işlenmesi, yöneticinin görevine bağlıdır. Halk ile doğrudan doğruya temas imkânı olmayanlar, zulüm suçuna yönelemez; zulmedemezler.<sup>232</sup> Bu suç söz konusu olduğunda, suçluya verilecek en ağır ceza, ağır ta'zir (ölüm, siyaseten katl) ve hapistir. Sürgün, azil, kürek cezaları da bu suç için verilebilecek ta'zir cezalarıdır.<sup>233</sup>

Cezaların infazında aşırıktan ve işkenceden kaçınmak gerekmektedir. Ceza infaz edilirken uygun sayı ve nitelikte bir grubun hazır bulunması, cezanın hukuka uygun bir şekilde infazının sağlanması ve ibret ola özelliğinin gerçekleşmesi bakımından önem arz etmektedir. Gerekli durumlarda (havanın sıcaklığı, failin kendinde olmaması, hastalığı) infaz ertelenebilir.<sup>234</sup>

Yukarıda bahsedildiği gibi, Osmanlı hukukunda ölüm; kasten öldürme suçlarında kısas, hırabe suçlarında ve muhsan kimsenin zinasında had ve ta'zir suçlarında da siyaseten katl şeklinde öngörülmüştür. Kısas cezasının infazında, suç daha çok öldürülenin veya

<sup>229</sup> FENDOĞLU, s. 476; YAKUT, s. 46.

<sup>230</sup> FENDOĞLU, s. 476; CİN; AKYILMAZ, s. 275.

<sup>231</sup> MUMCU, Ahmet, *Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı*, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2007, s. 6.

<sup>232</sup> MUMCU, *Zulüm*, s. 8.

<sup>233</sup> MUMCU, *Zulüm*, s. 31.

<sup>234</sup> AVCI, *Genel Hükümler*, s. 447.

yaralananın yakınlarını ilgilendirdiğinden; fail, infaz için (ölüm cezasında) mağdurun yakınlarına teslim edilmelidir.<sup>235</sup> Yaralamada kısas infaz edilecekse, failin mağdura verdiği zarar miktarının aşılması için infaz, kısasta uzmanlaşmış birinin eli ile yapılmalıdır.<sup>236</sup> Recm cezası infaz edilirken kadın ve erkek, kazılmış bir çukurun içine gömülerek taşlanır. Osmanlı uygulamasında recmin yalnızca bir defa uygulandığı sanılmaktadır.<sup>237</sup> Osmanlı uygulamasında hırabe suçu için öngörülen ölüm cezasına da siyaset denirdi. Eşkıyalık suçunda da infaz, suçun işlendiği yerde yapılırdı.<sup>238</sup> Siyaseten katlin infazı için herhangi bir nas bulunmamaktadır. Osmanlı uygulamasında; kadı, siyaseten katli gereken biri var ise bunu İstanbul'a bildirir, eğer ceza uygun görülürse kadıya infaz için onay gönderilirdi.<sup>239</sup> Padişah; valide sultan veya şehzadeler gibi hanedan üyelerinin ölüm cezası, Türk geleneğine göre kan dökme yasağı çerçevesinde mutlaka yay veya kementle boğmak şeklinde infaz edilirdi.<sup>240</sup>

El kesme cezalarının infazında, hırsızın eli kesildikten sonra kan kaybı olmasın diye tıbbî önlemler alınır ve gerekirse kesilen el boyna asılırdı. Osmanlı'da el kesme cezaları hakkındaki kadı hükümleri, kazasker denetiminden geçtikten sonra padişaha sunulmakta ve padişahın emriyle ceza infaz edilmekteydi.<sup>241</sup>

Osmanlı hukukunda sürgün cezasının infazında; sürgün edilenin sürgün yerindeki ikametini sağlamak, ceza süresi boyunca gözetim altında bulundurmamak mahallî kadının görevidir. Hükümlü, sürgün yerinde serbest hareket etme imkânına sahiptir. Ancak halkla görüşmesinde sakınca görülenlerin, halk ile her türlü irtibatının kesilmesi sağlanıyordu.<sup>242</sup>

Osmanlı'da para cezaları hakkında hüküm vermek yalnızca kadıların yetkisindedir. Para cezalarını infaz yetkisi ise ehl-i örfedir. Verilen ceza şer'î ise infaz edenlerin takdir hakkı yoktur; örfî ise takdir hakkı vardır.<sup>243</sup>

---

<sup>235</sup> AVCI, *Genel Hükümler*, s. 451.

<sup>236</sup> AVCI, *Genel Hükümler*, s. 452.

<sup>237</sup> AVCI, *Genel Hükümler*, s. 458.

<sup>238</sup> AVCI, *Genel Hükümler*, s. 460.

<sup>239</sup> AVCI, *Genel Hükümler*, s. 461; MUMCU, *Siyaseten Katl*, s. 51.

<sup>240</sup> MUMCU, *Siyaseten Katl*, s. 204.

<sup>241</sup> AVCI, *Genel Hükümler*, s. 464.

<sup>242</sup> AVCI, *Genel Hükümler*, s. 467.

<sup>243</sup> AVCI, *Genel Hükümler*, s. 468.

## SONUÇ

Bahsedildiği üzere, Osmanlı hukukunun temelini oluşturan kaynaklar; şer'î ve örfî hukuktur. Şer'î hukuk, aslî ve tâli kaynaklar ile gelişmiştir. Aslî kaynaklar; Kur'an, sünnet, icma ve kıyastan oluşmaktadır. Bu kaynaklarda herhangi bir hüküm olmaması hâlinde tâli kaynaklardan yani örf ve âdet, istihsan, istishab, istislah ve sahabe fetvalarından faydalanılmaktadır. Örfî hukuk ise, şer'î hukuka aykırı olmayan ve islam hukukçularının içtihatları ile değil, ulul'emrin koyduğu kurallar ile gelişmiştir. Devletin genişlemesi sonucunda, gelişmek durumunda kalan örfî hukuk; kanunlar, yani kanunnameler ile gelişimini tamamlamıştır.

Osmanlı hukukunda suç, törelere ve ahlak kurallarına aykırı davranış veya toplumda haksız görülüp yasaklanan ve bir yaptırıma bağlanan eylemdir. Esasında dinin özüne uymayan her türlü olumsuz davranış suçtur. Osmanlı ceza hukukunda; cerime veya cinayet kelimeleriyle ifade edilmektedir.

Suçun unsurları; kanunî unsur, maddi unsur ve manevi unsur ile hukuka aykırılıktır. Osmanlı hukukunda kullanılan bu sınıflandırma, günümüzde de geçerliliğini yitirmemiştir. Kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebepler de günümüzdeki kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebepler ile örtüşmektedir.

Osmanlı – İslam hukukunda suçun özel görünüş şekilleri; teşebbüs, vazgeçme– tövbe, iştirak ve içtima olarak kabul edilmiş ve uygulanmıştır. Günümüzde de içeriğindeki bazı değişiklikler ile bu kurumlar varlığını sürdürmektedir.

Osmanlı hukukunda, Tanzimat'a kadar, yargı sistemi şer'iyye mahkemeleri üzerinden yürümekteydi. Yargıda, savcılık ve avukatlık müesseseleri yer almamaktaydı. Şer'iyye mahkemelerinde ceza muhakemesi süreci, şikâyet ya da suç ihbarının yapılmasıyla başlamakta; davacı, delillerini mahkemeye sunmakta ve mahkeme de gerekli tedbirleri almaktaydı. Tanzimat'tan sonra Osmanlı yargı örgütüne girmiş olan çok hâkimli mahkemeler, nizamiye mahkemeleridir. Bu düzenleme ile nizamiye mahkemeleri, ceza ve hukuk mahkemeleri olmak üzere ikiye; bidayet ve istinaf olmak üzere de iki dereceye ayrılmıştır. İstanbul'da da bir temyiz mahkemesi kurulmuştur.

Osmanlı hukukunda yargının başı padişah olduğundan kadılık görevini tevzi etme yetkisi ondadır. Padişah, Divan-ı Hümâyun'un verdiği kararları Şeyhülislama danışarak

infaz eder. Kadıların aslî görevleri; hukuk kurallarını önlerine gelen uyuşmazlığa uygulamak ve uyuşmazlığın taraflarının haklarını korumaktır. Bu sebeple, kadı olacak şahısların dış müdahalelere karşı bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük gibi ve uyuşmazlığı âdil bir şekilde çözebilmek için de mesleğe yaraşır olma, tutarlılık ve yeterli hukuk bilgisine ve işine özen gösterme gibi birtakım niteliklere sahip olması gerekmektedir. Kadıların hakları ve kendilerinde bulunması gereken özellikler günümüzdeki hâkimlerin tâbi olduğu meslek kurallarıyla ve hâkimlerin haklarıyla benzerlik göstermektedir. Kadıların bu kadar geniş güvenceleri olmasının sebeplerinin, rüşvet almalarını engellemek ve âdil olmalarını sağlamak olduğu düşünülmektedir.

Osmanlı hukukunda cezaların kanunîlik, şahsîlik ve genellik ilkelerine tâbi olduğu, bunların bazı istisnaları olsa da kural olarak uygulanmış oldukları incelenmiştir. Cezayı düşüren ve azaltan sebeplerin varlığı da incelenmiş bunların da geniş olarak uygulandığı incelenmiştir. Günümüzdeki cezalandırma ilkelerinin ve şartlarının, Osmanlı uygulamasıyla yakın olduğu fark edilmiştir.

Osmanlı hukukunda cezalar ise çok çeşitlidir. Ölüm cezası, organ kesme cezası, dayak cezası, hapis cezası, sürgün cezası, sürgün cezası ve para cezaları uygulanmaktadır. Cezai ehliyeti olmayanların işlediği suçlarda cezalar düşmüş; gerektiği durumlarda emniyet tedbirleri uygulanmıştır. Cezaların amacı ıslah etmektir ancak bazı cezaların ıslah edip etmeyeceği tartışılmalıdır. Örneğin ölüm cezası, yaşama hakkının ihlali olduğundan, kesinlikle savunulmamalıdır. Osmanlı uygulamasında ölüm cezası daha çok siyaseten katl şeklinde uygulanmıştır. Ölüm cezasının bir türü olan recmden olabildiğince kaçınılmıştır. Cezalar infaz edilirken işkence edilmemesi gerektiği vurgulanmıştır.

Osmanlı Devleti'nde padişah, bahsedilen yasama yetkisini ceza hukuku alanında çok etkin şekilde kullanmıştır. Bu bağlamda da unsurları tam olarak gerçekleşmemiş olan had ve kısas suçlarında ta'zir cezası uygulanmıştır. Osmanlı Devletinde cezaların infazı konusunda uygulanan fazlaca kuralın olmadığı, daha çok keyfiyetle; fermanlarla ve benzeri düzenlemelerle infazın gerçekleştirildiği anlaşılmıştır.

Tanzimat'ın ilânından sonra, 3 Mayıs 1840 tarihinde Ceza Kanunu kabul edildi. Osmanlı Devleti'nde İslam hukukunun tanımadığı suçların, padişahın örfî yetkisine dayanarak cezalandırılmasına alışıldığı için ilk düzenlemenin ceza kanunu olması yadırganmamıştır. Bu ceza kanunnamesi, Osmanlı Devleti'nde bütün vatandaşları ayırtırmadan kapsamına alan ilk kanundur. Ancak bu kanunda, cezalandırılması gereken bütün eylemler bulunmamaktadır.

Bunun en sakıncalı yanı, her suçta tek ve sabit bir cezanın verilmesidir. Bu sebeple kadı, her olayı ayrı ayrı değerlendiren cezayı azaltma ya da artırma yetkisinden yoksun bırakılmaktadır. Bu kanunun en önemli yanı ise hem şer'î hem örfî cezalar birleştirildiğinden; ceza hukukunda bütünlük sağlanmış olmasıdır. Ceza kanunu, 1851, 1855 ve 1858 yıllarında yeniden oluşturulmuştur. 1858 yılındaki kanun ile oluşan ceza kanunu, 1926 yılında yeni ceza kanununun kabulüne kadar pek çok değişiklik geçirmekle birlikte Türk ceza hukukunun temeli olmuştur.<sup>244</sup>

---

<sup>244</sup> ÜÇÖK; MUMCU, BOZKURT, s. 344.



## KAYNAKÇA

- ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- AVCI, Mustafa, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- AVCI, Mustafa, *Türk Hukuk Tarihi*, Atlas Akademi Yayınevi, Konya, 2018.
- AYDIN, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- AYDIN, Melikşah, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Hâkimlik ve Hâkimlerin Nitelikleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- CİN, Halil; AKGÜNDÜZ, Ahmet, *Türk-İslam Hukuk Tarihi*, Timaş Yayınevi, İstanbul, 1990.
- CİN, Halil; AKYILMAZ, Gül, *Türk Hukuk Tarihi*, Sayram Yayınları, Ankara, 2017.
- FENDOĞLU, H. Tahsin, *Türk Hukuk Tarihi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000.
- HEYD, Uriel; *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford, 1973.
- KARAMAN, Hayreddin, *Mukayeseli İslam Hukuku 1*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- MUMCU, Ahmet, *Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl*, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2017.
- MUMCU, Ahmet, *Osmanlı Devleti'nde Rüşvet*, İnkılap Yayınevi, Ankara, 2005.
- MUMCU, Ahmet, *Osmanlı Hukukunda Zulüm Kavramı*, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2007.
- ÖRSTEN ESİRGEN, Seda *Osmanlı Devleti'nde Kanun Yapma Geleneği ve Cumhuriyet Döneminde Uygulanan Osmanlı Kanunları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- ÜÇÖK, Coşkun; MUMCU, Ahmet; BOZKURT, Gülnihal, *Türk Hukuk Tarihi*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.
- ÜNAL ÖZKORKUT, Nevin, *Osmanlı Hukukunda Müdde-i Umumilik Savcılık Kurumunun Türk Hukukuna Girişi ve Uygulanış Süreci*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- YAKUT, Esra, *Osmanlı Hukukunda Tazir Cezaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Türk Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, < <https://islamansiklopedisi.org.tr>>.