T.C.
KASTAMONU ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

İSLAM CEZA HUKUKUNDA SAVUNMA HAKKI

FATMA BETÜL MENGEN

Danışman Dr. Öğr. Üyesi AHMET ÖZDEMİR
Jüri Üyesi Prof. Dr. FAHRETTİN ATAR
Jüri Üyesi Dr. Öğr. Üyesi ÖMER FARUK HABERGETİREN

KASTAMONU - 2019

TEZ ONAYI

Fatma Betül MENGEN tarafından hazırlanan "**İslam Ceza Hukukunda Savunma Hakkı**" adlı tez çalışması aşağıdaki jüri üyeleri önünde savunulmuş ve **oy birliği / oy çokluğu** ile Kastamonu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü **Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı**'nda **YÜKSEK LİSANS** olarak kabul edilmiştir.

Danışman	Dr. Öğr. Üyesi Ahmet ÖZDEMİR Kastamonu Üniversitesi İlahiyat Fakültesi	.....
Jüri Üyesi	Prof. Dr. Fahrettin ATAR Karabük Üniversitesi İlahiyat Fakültesi	.....
Jüri Üyesi	Dr. Öğr. Üyesi Ömer Faruk HABERGETİREN Karabük Üniversitesi İlahiyat Fakültesi	.....

08 /02/2019

Enstitü Müdürü Prof. Dr. Cevdet YAKUPOĞLU .....

TAAHHÜTNAME

Tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada bana ait olmayan her türlü ifade ve bilginin kaynağına eksiksiz atıf yapıldığını bildirir ve taahhüt ederim.

Fatma Betül Mengen

ÖNSÖZ

Bu çalışma, savunma hakkının İslam ceza hukukundaki yerini, kullanım şeklini, kapsamını, sınırlarını incelemektedir. İslam hukuku kaynaklarında, klasik dönem ya da yakın dönemde, İslam ceza hukukunda sanık hakları hususunda pek fazla çalışmaya rastlanmamaktadır. İslam ceza hukukuna bu alanda katkı sağlayabilmek amacıyla ortaya koyduğumuz bu çalışmamız, şayet bu hususta bir nebze olsun başarılı olabildiyse, bu öncelikle Cenab-ı Hakk'ın (c.c) lütfudur. Âlemlerin Rabbine sonsuz hamd-ü senâlar olsun.

Bu çalışmanın ortaya çıkmasındaki katkılarından dolayı başta, her dersinden feyiz aldığım, bilhassa ahkâm hükümlerini anlayabilmek hususunda bana hayatım boyunca faydalanacağım bir bakış açısı kazandıran, çalışma azmi ve disiplini ile her daim örnek aldığım, çalışmamın her safhasında değerli vakti ve bilgilerini esirgemeyerek tezin oluşumuna büyük katkı sağlayan çok değerli danışman hocam sayın Dr. Öğretim Üyesi Ahmet ÖZDEMİR'e teşekkür ediyorum.

Yüksek lisans eğitimim boyunca ilgiyle ve heyecanla biz öğrencilerine yol gösteren, destek ve katkılarını esirgemeyen, İlahiyat Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Mehmet ATALAN Bey'e ve İlahiyat Fakültesinin kıymetli kadrosunu oluşturan diğer hocalarıma, tezin okunması ve değerlendirilmesinde görev alan jüri üyesi hocalarıma da teşekkürü borç bilirim.

Hayatımın her evresinde maddi manevi katkıları ile arkamda olan, bilhassa İslam hukuku alanında eğitim almam konusunda yol gösterip beni teşvik ederek, bu ilmî yolculuğa baş koymama ve gönül vermeme vesile olan, ilmî birikimleri ve şahsi kütüphaneleri ile bana büyük imkân ve kolaylık sağlayan evdeki öğretmenlerim değerli annem Kadriye Doğan'a ve babam Mehmet Doğan'a, son olarak tez çalışmam süresince gösterdiği sabır ve destek için değerli eşime sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

Fatma Betül MENGEN

Kastamonu, 2019

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

İSLAM CEZA HUKUKUNDA SAVUNMA HAKKI

Fatma Betül MENGEN
Kastamonu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı
Danışman: Dr. Öğretim Üyesi Ahmet ÖZDEMİR

Araştırma İslam Ceza Hukukunda savunma hakkını ele almaktadır. Savunma hakkı en temel insan haklarından olup, aynı zamanda söz ve düşünce özgürlüğünün en önemli uygulama biçimidir. Adil bir hukuk sistemi için, şüpheli kişiler yargılama makamları önünde hiç bir endişe altında olmaksızın, haklarını iddia edebilmeli ve kendilerini savunma fırsatına sahip olmalıdır. Şayet hukuk sistemleri bu hakkı kişilere tanımazsa, yargılamada hedeflenen gerçeğe ulaşmak imkânı olmayacaktır. Bu nedenle, savunma hakkı hukuk sistemleri için oldukça önemli temel bir haktır. Aynı zamanda yargılamanın iddia, savunma ve hüküm olarak tasnif edilen, üç temel müessesesinden biridir. Savunmanın hukuk sistemleri için taşıdığı bu önemden dolayı çalışmamızda, İslam ceza hukukunda savunma hakkı incelenmiştir.
Çalışmamızda öncelikle savunma hakkının tanımı, önemi ve kullanılma şekli incelenmektedir. Daha sonra, şüphelinin savunma hakkı kapsamındaki diğer hakları, savunma hakkının sınırları ve savunma hakkını destekleyip koruyan diğer haklar ve ilkeler incelenmiştir.

Çalışmamızın amacı İslam ceza hukukunda savunma hakkının mevcudiyetini ispatlamak, savunma hakkının kapsamını, sınırlarını, kullanım şekline ilişkin şartları ortaya koymaktır. Bu amaçla, Kur'an-ı Kerim ve Hadis-i Şeriflerden delillere, İslam tarihinden uygulama örneklerine yer verilmiştir. Böylece İslam hukukunda savunma hakkının mevcut olduğu ve etkin bir şekilde uygulandığı tespit edilmiştir.

Anahtar kelimeler: Savunma hakkı, İddia, İslam hukuku, Ceza hukuku, Eşitlik, Adalet, Yargı.

2019, 146 Sayfa.

ABSTRACT

MSc.

THE RIGHT TO DEFENSE IN ISLAMIC CRIMINAL LAW

Fatma Betül Mengen
Kastamonu University
Institute for Social Science
Department of Basic Islamic Studies
Supervisor: Assit. Prof. Ahmet Özdemir

The research considers the right of defense in the islamic criminal laws. The right to defense is one of the most fundamental human rights. Also, it is most important application form of latitude of thought. For a fair legal system, in front of the court authorities, the suspects should claim their rights and should have the opportunity to defence themselves, without being under the influence of no concern. If the legal arrangements don't provide this right, there is no chance to reach the targeted facts during judgment. Therefore, the right to defense is a fundamental right for legal systems. It is also one of the three main institutions of the judiciary, classified as claims, defenses and judgments. Because of the importance of defense for legal systems, the right of defense has been examined in Islamic criminal law.
First, in our study, the definition of the right to defense, the importance of the right to defense, and the usage method is analyzed. And then other rights of the suspect under the right to defense, the limits of the right to defense and other rights and principles that support and protect the right to defense are analyzed.

The aim of our study is to prove the existence of the right to defense in Islamic criminal law, to define the scope, limits, and conditions of the right of defense. For this purpose, examples from the Qur'an and the Hadiths, and the practices in the history of Islam are included. Thus, in Islamic law, it is determined that the right of defense is present and applied effectively.

Key Word: The right of defense, Assertion, Islam law, Criminal law, Equality, Justice, Judgment

2019, 146 Pages.

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAYI ..... **ii**
TAAHHÜTNAME ..... **iii**
ÖNSÖZ ..... **iv**
ÖZET ..... **v**
ABSTRACT ..... **vi**
İÇİNDEKİLER ..... **vii**
KISALTMALAR ..... **x**
GİRİŞ 1
1. TEZİN AMACI ve KONUNUN ÖNEMİ 2
2. KULLANILAN METOT VE YARARLANILAN ANA KAYNAKLAR 3
3. ARAŞTIRMANIN SINIRLILIKLARI 4
4. KAVRAMSAL ÇERÇEVE 5
4.1 Savunmanın Tanımı 5
4.1.1 Genel Olarak Savunma Kavramı 5
4.1.2. Ceza Hukuku Anlamında Savunma 5
4.1.2.1.Dar anlamda savunma 5
4.1.2.2.Geniş anlamda savunma 6
4.2. Savunma Hakkı Kavramı 6
BİRİNCİ BÖLÜM 8
1. İSLAM CEZA HUKUKUNDA SAVUNMA HAKKININ ÖNEMİ 8
1.1. Genel Olarak Savunma Hakkının Önemi 8
1.2. İslam Ceza Hukukunda Kabul Edilen Temel Hak ve İlkelerden Olan Adalet, Eşitlik ve Söz Hürriyeti Bakımından Savunma Hakkının Önemi 10
1.2.1. İslam Ceza Hukukunun Temel Hedef ve İlkesi olan Adalet ve Adaletin Tesisinde Savunma Hakkının Önemi 10
1.2.2. İslam Ceza Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Savunma Hakkının Önemi 13
1.2.3. İslam Ceza Hukukunda Söz Hürriyeti ilkesi ve Söz Hürriyetinin Sağlanmasında Savunma Hakkının Önemi 18
2. İSLAM CEZA HUKUKUNDA SAVUNMA HAKKININ MEVCUDİYETİ VE MEŞRUİYETİNE DAİR DELİLLER 23
2.1. Savunma Hakkının Mevcudiyeti ve Meşruiyetine Dair Naslar 23
2.2. İçtihat ve Doktrinde Savunma Hakkının Mevcudiyeti 27
İKİNCİ BÖLÜM 30

1. İSLAM CEZA HUKUKUNDA MUHAKEME USULU BAKIMINDAN SAVUNMA HAKKI 30
1.1. İslam Ceza Muhakemesi Usul Hukukuna İlişkin Bilgiler 30
1.2. İslam Ceza Muhakemesi Usul Hukukunda Savunma Hakkının Yeri ve Önemi 33
1.3. Usul Hukukuna Göre Kişiler İçin Savunma Hakkının Doğuşu 35
1.4. Usul Hukukuna Göre Savunma Hakkının Kullanımına İlişkin Esaslar 37
1.4.1.Ceza Yargılamasında Savunma Hakkına Haiz Kişiler 37
1.4.1.1. Müddei aleyh/ Davalı 38
1.4.1.2. Müddei/ Davacı 39
1.4.1.3. Müdafi 41
1.4.2. Savunma Hakkının Kullanım Şekilleri 45
1.4.2.1. İddiayı tamamen reddederek savunma 47
1.4.2.2 İddiayı kısmen kabul kısmen reddederek savunma 47
1.4.2.3 Haksız tahrik nedeniyle suç işlemiş olduğunu ileri sürerek savunma 48
1.4.2.4 Meşru müdafaa nedeniyle suç işlemiş olduğunu ileri sürerek savunma 52
1.4.2.5 Cebir, korku, tehdit nedeniyle suç işlemiş olduğunu ileri sürerek savunma 54
1.4.2.6 Mağdurun affi yahut rızası olduğunu ileri sürerek savunma 55
1.4.2.7 Suç işleme niyetinin (kastının) olmadığını ileri sürerek savunma 57
1.4.2.8 Bir takım şahsî sebepler nedeniyle cezalandırılamayacağını ya da daha az cezalandırılması gerektiğini ileri sürerek savunma 59
1.4.2.9 Ceza Ehliyetini etkileyen bir ehliyet arızasının mevcut olduğunu ileri sürerek savunma 63
1.4.3. Savunma Hakkının Sözlü/ Yazılı Olması Açısından Şekli 69
1.4.4. Bir Savunma Delili Olarak Yemin 72
1.5. Muhakeme Usulüne Göre Savunma Hakkının Kapsamı ve Sınırları 76
1.5.1. Savunma Hakkı Kapsamında Kişiye Tanınan Haklar 76
1.5.1.1. Duruşmada hazır bulunma hakkı 76
1.5.1.2. İsnadı en kısa sürede ve anlayacağı biçimde öğrenebilme hakkı 79
1.5.1.3. Bizzat ya da müdafi aracılığıyla kendini savunma hakkı 79
1.5.1.4. Tercümandan yararlanma hakkı 80
1.5.1.5. Masumiyet karinesinden yararlanma ve suçlu muamelesi görmeme hakkı 81
1.5.1.5.1. Masumiyet karinesi kavramı 81
1.5.1.5.2. Suçlu muamelesi görmeme 82

1.5.1.6. Savunmasını destekleyici delil getirebilme, delil toplanmasını talep etme ve tanık dinletme hakkı 84
1.5.1.7. Konuşmama hakkı (sukut) ve kendini suçlayıcı beyandan kaçınma hakkı 86
1.5.2. Savunma Hakkının Sınırları 87
1.5.2.1. Dava ile sınırlılık 87
1.5.2.2. Zaman sınırı 89
1.5.2.3. Suç işleme yasağı ve mahkeme düzeni 91
2. MUHAKEME USULÜ HUKUKUNDA SAVUNMA HAKKINI KORUYAN İLKE VE TEDBİRLER 92
2.1. Mahkemenin Yetkili, Tarafsız ve Bağımsız Olması 92
2.1.1 Yetkili Mahkeme 93
2.1.2.Tarafsız Mahkeme 94
2.1.3.Bağımsız Mahkeme 97
2.2. Hâkimlerde Bulunması Gereken Vasıflar 100
2.3 İspatın Sıhhati Üzerinde Hassasiyet 102
2.3.1 İspat İçin Gerekli Şartların Zorluğu 103
2.3.2. Şahitlerin Vasıfları Üzerinde Hassasiyet 104
2.3.3. Delillerin İncelenmesi Bakımından Hassasiyet 107
2.4. Hükmü Temyiz Etme Hakkına Sahip olma 110
2.5. Hâkimin Gerekçeli Karar Vermesi 111
2.6. Makul Süre İçinde Yargılama Yapılması 112
2.7. Açık Duruşma ve Alenî Yargılama İlkesi 114
2.8. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi 116
2.9. Mahkemenin Maddî Yapısı, Görünümü İle Savunmaya Uygun Ortam ve İmkân Sağlama 118
2.10 İşkence Yasağı 121
2.11 Cezaların Umumiliği İlkesi 123
2.12. Suçun Kanuniliği İlkesi 125
2.13. Suçun Şahsiliği İlkesi 127
2.14. Cezaların Geriye Yürümezliği İlkesi 128
SONUÇ 130
KAYNAKLAR 135
ÖZGEÇMİŞ 146

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tez
b.	: bin (İbn)
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.c.	: Celle Celaluhu
çev.	: Çeviren
DİA.	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
md.	: Madde
no	: Numara
nşr.	: Neşreden
ö.	: Ölümü
p.p	: Sayfalar (ingilizce)
r.a.	: Radiyallahu anh
s.	: Sayfa
s.a.v.	: Sallallâhu aleyhi ve sellem
TDK	: Türk Dil Kurumu
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
t.y.	: Tarih yok
thk.	: Tahkik
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
v.dğr.	: Ve diğerleri
vs.	: Vesaire
y.y.	: Yayımcı yok
yy.	: Yüzyıl

GİRİŞ

İnsanoğlunun tarih boyunca uğruna mücadele ettiği en önemli ihtiyacı, adil bir toplum ve devlet düzenidir. Adalet mefhumunun olmadığı toplumlar, huzur ve refaha kavuşamaz. Adaletten uzaklaşmış devletler yıkılmaya, fertleri adil olmayan milletler perişan olmaya mahkûmdur. Nitekim tarihte nice devletler, nice otoriteler, adaletten uzaklaştıklarında yıkılmıştır. Milattan önce yetmişli yıllarda gerçekleşen köle gladyatörlerin isyanından, 18. yy.'da çağ kapatıp çağ açan Fransız İhtilali'ne kadar bütün büyük tarihi değişimlerin arkasında, adaletsiz düzenden bıkan insanoğlunun mücadelesi vardır. Adaletle hükmeden devletler ise farklı milletlerden ve farklı dinlerden insanları bir araya getirerek imparatorluk haline gelmiş, asırlarca hüküm sürmüştür. İşte görüldüğü gibi adalet, devletlerin ve milletlerin yolunu çizen, insanoğlunun en zor imtihanlarından biridir. Zira Kur'an-ı Kerim'de, Mâide suresi 8. ayet-i kerimede "Ey müminler! Allah için hakkı ayakta tutan hâkimler ve adaletle şahitlik eden kimseler olun. Bir topluluğa olan kininiz, sizi adaletsizliğe götürmesin. Adil olun.'' buyrulmakta ve otuz bir ayette adalet kelimesi geçmektedir.

İnsan bilhassa yaşadığı devletin hukuk sisteminde adaletin olmasına muhtaçtır. Hukukun ticaret, miras, aile hukuku gibi diğer alt dallarına nazaran ceza hukuku alanı ise, insanoğlunun adaletin gözetilmesine en muhtaç olduğu alandır. Şüphesiz diğer hukuk alanlarında adil olmamak, yalnızca o alanlardaki hak kayıplarına sebep olurken, ceza hukuku alanında adaletsizlik bir kişinin bütün hayatını değiştirebilir, bütün haklarını elinden alabilir. Ceza hukuku alanında adil olmak, toplum ve devleti bir arada refah içinde tutan en önemli yapı taşıdır. Adaletin sağlanamadığı ceza yargılamaları, bireylerin kendi öçlerini kendilerinin almak istemesi ile başlayan terör eylemleri, kan davaları, töre ve namus cinayetleri, devlete isyan, toplumda linç ve işkence eylemlerinin başlaması gibi pek çok karışıklığa sebep olur, toplumu ve devleti felakete sürükler. Ceza yargılamalarında adaletin tesis edilebilmesini mümkün kılan, en önemli mefhum ise, savunma hakkıdır. İşte bu doğrultuda, biz çalışmamızı İslam hukukunun savunma hakkına yaklaşımı hakkında yapmış bulunuyoruz.

Bu çalışma, giriş bölümü hariç iki bölümden oluşmaktadır. Girişte konunun seçilme sebebi, araştırmanın problemi, amacı, önemi, yöntemi, kavramsal çerçevesi, literatürü ile sınır ve sınırlılıkları tespit edilmiştir. Ardından ilk bölümde, savunma hakkının hukuk sistemleri için öneminden bahsedilmiş ve İslam hukukunda savunma hakkının mevcut olduğuna dair deliller derlenmeye çalışılmıştır. İkinci bölümde ise, savunma hakkının usul hukukunda nasıl kullanıldığı, kapsamı, sınırları incelenmiş, ayrıca İslam ceza hukukunda kabul edilen bir takım ilke ve tedbirlerin savunma hakkı ile ilişkisine yer verilmiştir.

1. TEZİN AMACI ve KONUNUN ÖNEMİ

Çalışmanın temel konusunu oluşturan savunma hakkı, günümüzde bütün hukuk sistemleri için vazgeçilmez bir temel hak olarak görülmektedir. Bir hukuk sisteminde savunma hakkı yok ise, bu hukuk sistemi adil olamaz, bu hukuk sisteminde söz hürriyeti yoktur, eşitlik yoktur, diğer hak ve özgürlükler yoktur. Bir hukuk sisteminin savunma hakkını kabul edip ve fakat savunma hakkına olağan sınırları aşan kısıtlamalar getirmesi de aynı sonucu doğurur. Öyleyse, savunma hakkının kabulü ve etkin şekilde kullanımına imkân verilmesi, ancak ideal ve adil hukuk sistemlerine mahsustur. İslam hukuku, elbette bu hakkı kişilere tanımış, kullanılmasının yolunu açmış, bu hakkın önündeki engelleri yani kısıtlamaları en aza indirmiştir. Buna ilişkin iddiamızın ispatlanması, işte bu çalışmanın temel amacıdır.

Çalışmanın diğer amacı, İslam ceza hukukunda sanığın savunma hakkının boyutlarını ortaya koymaktır. Bu amaçla çalışmada, sanığın savunma hakkına ilişkin nas ve örnek uygulamaların yer almasına gayret edilmiştir. Çalışmamızda yer verilen, deliller ve örnek uygulamalar neticesinde, İslam hukukunda savunma hakkının kabul edildiği, etkin ve kapsamlı bir şekilde uygulama alanı bulduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca savunma hakkının İslam ceza hukukunda kapsamlı bir şekilde uygulandığı hususuna işaret edebilmek amacıyla, savunma hakkı kapsamında sayılabilecek diğer haklar incelenmiş, İslam hukukunda yer alan bir takım ilke ve tedbirler üzerinde durulmuştur. Bu anlamda çalışmamızda, hem sanığın temel hakları incelenmiş, hem de İslam ceza hukukunun temel prensiplerine değinilmiştir. Böylece, İslam ceza hukukunun genel bir portresinin çizilmesi de mümkün olmuştur.

2. KULLANILAN METOT VE YARARLANILAN ANA KAYNAKLAR

Bu çalışmada çeşitli bilimsel metotlardan yararlanılmıştır. Bunları şu şekilde ifade edebiliriz.

1. İstikrâ metodu: Öncelikle hadis kitaplarında ki ahkâma ilişkin hadisi şerifler, yeni ve eski fıkıh kayaklarındaki ceza yargılaması ile ilgili bölümler, edebü'l-kâdî hükümleri araştırılmıştır. Fâkihlerin yargılama hukukunun usulü alanında ortaya koyduğu ilkeler, görüş ve yaklaşımlar tespit edilmeye çalışılmıştır.

2. Tüme varım metodu: Klasik fıkıh kaynaklarının genel özelliği, genel kaideleri ortaya koymak yerine meseleci (kazuistik) yaklaşımı tercih etmeleridir. Bu yöntem ile her bir somut olay tek tek çözümlenir. Bu çalışmada da fıkıh kaynaklarının bu özelliğinden hareketle, örnek hadiselere yer verilmiş, bu örnek hadiselerden çözüm ve çıkarımlar yapılmıştır. Böylece özelden genele, tümevarım metodu kullanılmıştır.

3. Tahlil (analiz) metodu: İslam hukukunda savunma hakkının uygulanış biçimini ortaya çıkarabilmek için savunma hakkının kimler tarafından kullanılabileceği, kullanım şekilleri, kapsamı, sınırları tahlil yöntemiyle ayrı ayrı ele alınarak incelenmiştir.

4. Mukayese (Karşılaştırma) metodu: İslam hukuku ile kara Avrupası hukuk sistemi arasında zaman zaman karşılaştırmalar yapılmıştır. Ayrıca farklı görüşlerin mevcut olduğu konularda, mukayeseli hukuk yöntemi mezhepler arası mukayese için de kullanılmıştır. Böylece gerek hukuk sistemleri arasında gerekse İslam mezhepleri arasında mukayeseler yapılmıştır.

Çalışmanın ortaya çıkması aşamasında, fıkıh tarihi boyunca oluşmuş literatürden, klasik ve modern döneme ait eserler incelenmiştir. Ayrıca farklı hukuk sistemlerine ilişkin mukayeselerin yapılabilmesi için farklı hukuk sistemleri hakkında yazılmış kaynaklar incelenmiştir. Yararlanılan kaynakların en başında muhakkak kutsal kitabımız Kur'an-ı Kerim gelmiştir. Zira konunun adalet ile ilişkisi ortadadır. Dolayısıyla adalet ile ilgili olan pek çok ayet, bu konuda çalışmanın en temel kaynaklarıdır. Çalışmanın diğer önemli kaynağı ise hadis külliyatı olmuştur. Kütübü's-sitte'de yer alan hadis külliyatı içerisinden yargılama hukuku, dava, adap, kadı, hüküm, adalet, hâkimlik, cezalar, diyetler, gibi çalışmamız ile alakalı olabilecek her konuda hadisler taranarak analiz edilmiştir. Bu anlamda, Buhari'nin el-Camiu's-

Sahih'i, Müslim'in el-Camiu's-Sahih'i, Tirmizî'nin Sünen'i, Ebu Dâvud'un Sünen'i, İbn Mâce'nin Sünen'i çalışmanın en önemli kaynaklarıdır.

İslam hukukunda sanığın savunma hakkı, ayrı bir başlık olarak ele alınmamıştır. Ancak klasik kaynakların hâkimlik adabı ile ilgili kısımlarında, hâkimin hangi sıra ile davanın taraflarını dinleyeceği, davanın taraflarını dinlerken eşit davranması gerektiği gibi, bir takım hâkimlik adabına ilişkin hükümlerden savunma hakkının mevcudiyetine ve kullanımına ilişkin kaideler çıkarılabilmektedir. Bu anlamda klasik fıkıhçıların kitaplarından hâkimlik adabı ile ilgili kısımlar çalışmanın diğer önemli kaynaklarıdır. Hâkimlik adabına ilişkin hükümler içeren kitaplar arasında en çok es-Serahsi'nin eseri el-Mebsut, Merginânî'nin eseri el-Hidaye, Mavsilî'nin eseri el-İhtiyar, İbn Rüşd'ün eseri Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid, el-Kâsânî'nin eseri Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi'ş-Şerâi kitaplarından istifade edilmiştir.

Kavramların açıklanmasında Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi'nin ilgili maddelerinden ve İslam fıkhına ilişkin pek çok bilgiyi derleyen Prof. Dr. Vehbe Zuhaylî'nin İslam Fıkhı Ansiklopedisi'nden ve el-Fetava'l-Hindiyye'den sık sık yararlanılmıştır.

İslam ceza hukukunda adli teşkilat konularıyla ilgili yakın dönemde yapılan çalışmaların sahibi, ülkemizin yaşayan önemli İslam hukukçularından sayın Prof. Dr. Fahrettin Atar'ın değerli kitapları 'İslam Yargılama Hukukunun Esasları', 'İslam Adliye Teşkilatı, Ortaya Çıkışı ve İşleyişi' tezimiz için yol gösterici olmuştur.

3. ARAŞTIRMANIN SINIRLILIKLARI

Araştırma yapılırken, İslam coğrafyasındaki uygulamalar, içtihatlar ve tarihsel gelişmelerin tümü, bütün İslam devletlerinin mahkeme tutanakları tek tek ele alınamamıştır. Böylece savunma hakkının tanımı, önemi, İslam hukukundaki meşruiyeti, kapsamı, mahkeme usulü içerisindeki yeri ve nasıl uygulandığı, sınırları gibi zaman ve mekândan ari şekilde çalışma yapılmış, bu hakka ilişkin genel hükümler ortaya konmaya çalışılmıştır. Tek bir mezhep anlayışının ya da tek bir İslam devletindeki uygulamanın aktarılması yerine, tüm fıkhi görüşlerden istifade edilerek konunun analizine çalışılmıştır.

Ayrıca savunma hakkı çok geniş bir anlam ifade etmekte ise de, çalışmada ceza hukuku anlamında savunma hakkı ele alınmıştır.

4. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

4.1 Savunmanın Tanımı

4.1.1 Genel Olarak Savunma Kavramı

Savunma kelimesinin birinci anlamı saldırıya karşı koymak, ikinci anlamı ise bir kişiyi, bir düşünceyi doğru, haklı göstermeyi amaçlayan yazı veya konuşmadır.[1] Esasen savunma kelimesi bilhassa hukuki anlamıyla, 'müdafaa' kelimesinin anlamca karşılığı olarak kullanılmaktadır. مدافعة Müdafaa kelimesi ise, def' kökünden türemiş olup, saldırıyı def etme, direnme, saldırıya karşı koyma anlamındadır.[2]

4.1.2. Ceza Hukuku Anlamında Savunma

Hukukî anlamda savunma, bir kimsenin yargı ve yetkililer önünde, kendisine verilen yasal haklarını kullanarak gerekli gördüğü şekilde kendisini korumasıdır. Ceza muhakemesinin iki temel unsuru iddia ve savunmadır, iddia bir kişinin suç işlediğine dair oluşan şüphedir, savunma teknik anlamda işte bu iddianın çürütülmesidir denilebilir.[3] Ceza hukuku anlamında savunma dar anlamda ve geniş anlamda savunma olarak ele alınabilir.

4.1.2.1.Dar anlamda savunma

Dar anlamda savunma; isnada cevap vermektir. Dar anlamda savunmadan yalnızca isnat altındaki kişinin yani sanığın kendini savunması anlaşılmaktadır. Dar anlamda savunma ile suç isnadı altındaki kişi, yetkili yargı makamı önünde, kendisine isnat edilen suçu işlemediğini, ya da işlemiş olduğu fiilin kanunen suç teşkil etmediğini, ya da bazı kanunî nedenlerle cezalandırılmaması gerektiğini veya iddia edildiğinden daha az cezayı hak ettiğini ileri sürmektedir.[4] Örneğin haksız tahrikten dolayı suç

---

[1] **Türkçe Sözlük I-II,** Türk Dil Kurumu Yayınları, 8. Basım, Ankara 1988, II, s. 1920.
[2] İbrahim Mustafa v.dğr**., el-Mu'cemü'l-Vasit,** Mektebetu'ş-Şurûgu'd-Devliyye., y.y, Kahire 2011, s. 299.
[3] Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri,** 4.Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1984, s. 252.
[4] Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 204-205; Bahri Öztürk- Mustafa Ruhan Erdem -Veli Özer Özbek, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s. 329.

işlediğini, bu nedenle, öngörülen cezadan daha az cezalandırılması gerektiğini ileri sürmek dar anlamda savunmadır.[5]

4.1.2.2.Geniş anlamda savunma

Geniş anlamda savunma; iddia ve isnadı karşılamak, bunu yaparken aynı zamanda yeni iddia ve isnatlarda bulunmak, savunma hakkı kapsamında sayılabilecek diğer haklardan yararlanmaktır. Kişinin, iddia makamı tarafından, hakkında yürütülen hukukî eylem ve işlemlere karşı kendisini korumak için yasal yollara başvurması veya yasal imkânlardan faydalanmasıdır. Dar anlamda savunma iddia olunan suç fiilini işlemediğini yahut işlese dahi daha az cezalandırılması gerektiğini beyan etmek anlamına gelir iken; geniş anlamda savunma mahkemeye, taraflara şahitlere sorular sorma, itirazda bulunma, açıklamalar yapma, işlemlerde hazır bulunma, tercümandan yararlanarak haklarını öğrenme ve dilekçe verme şeklinde iddia ve isnada karşı koymak anlamına gelmektedir.[6] Görüldüğü gibi geniş anlamda savunma kapsamında isnat altındaki kişi aktif bir rol oynamaktadır.[7]

Sanığın bütün insani hakları savunma hakkıyla doğrudan bağlantılıdır. Örneğin işkence görmeme hakkı, keyfi tutuklamaya maruz kalmama hakkı, bağımsız ve tarafsız hâkimlerce yargılanma hakkı, aleni olarak yargılanma hakkı, isnadı öğrenme hakkı, geniş anlamda savunma kavramı altında ele alınabilir.[8] Tezimizde sıklıkla geçen savunma kelimesinden kasıt, işte bu geniş anlamda savunmadır.

4.2. Savunma Hakkı Kavramı

Savunma hakkı bir kimsenin yargı ve yetkililer önünde, kendisine yöneltilmiş isnada karşı, yasaların kendisine tanıdığı hak ve çıkarlarını usulünce ortaya koyabilmesi, bu hak ve çıkarları hiç kimseden korkmadan ve çekinmeden ileri sürebilmesi, talep edebilmesi, kendisini bu yöntemle koruyabilmesi hakkıdır. Bir başka tanımla,

---

[5] Nur Centel- Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 2012, s. 159; Feyzioğlu, a.g.e, s. 203- 205; Öztürk/Erdem/Özbek, a.g.e, s. 329.

[6] Centel/Zafer, a. g. e, s. 142; Timur Demirbaş, **Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İzmir 1996, s. 52.

[7] Bu savunmaya, aktif savunma da denilmektedir. Bkz. Teoman Ergül, *"Savunmanın Teori ve Uygulaması*", **Ankara Barosu Dergisi**, Ankara 1990, Sayı: 4, s. 591.

[8] Nurullah Kunter- Feridun Yenisey, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku,** 12.Bası, Beta Basım Yayın, İstanbul 2002, s. 248.

"yargılama makamları önünde ve belli bir amaçla, bir suçlamadan kurtulmak için kullanılan söz ve düşünce özgürlüğüdür.*"*[9] Türk ceza hukuku mevzuatında ise, kısaca; iddia makamının, esas hakkındaki mütalaasına karşılık gelen, iddianameye karşıt olan ifade ve beyanlar olarak düzenlenmiştir.[10]

İslam ceza hukukunda savunma hakkının tanımlanmadığı söylenebilir. Bu durum İslam ceza hukukunun, batılı hukuk sistemlerine benzer şekilde tedvin edilmemiş olmasından kaynaklanır. Zira İslam ceza hukuku kazuistik/ meseleci bir yapıya sahip olması nedeniyle, batılı hukuk sistemlerinde yer alan ceza genel hükümleri ve kavramları İslam hukukçuları tarafından ayrı ayrı tanımlanarak tasnif edilmemiştir. Parçadan bütüne yaklaşım sistemine sahip olan İslam ceza hukukunda, fıkıhçıların meselelerin çözümünde izledikleri yollardan İslam ceza muhakemesi usulü ve bu anlamda ceza hukukunun genel hükümlerinin tespit edilebildiği görülmektedir. Bu anlamda, her ne kadar genel hükümler çerçevesinde bu hakkın tanımlanması ve kullanımına ilişkin çalışmalar yapılmamış olsa da, İslam ceza hukukunun uygulamasında savunma hakkı mevcuttur.

[9] Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1984, s. 11.
[10] Bkz. "*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası"*, **Resmi Gazete,** 9/11/1982/17863, md. 36; "C*eza Muhakemesi Kanunu",* **Resmi Gazete**, 17.12.2004/25673, md. 216.

BİRİNCİ BÖLÜM

1. İSLAM CEZA HUKUKUNDA SAVUNMA HAKKININ ÖNEMİ

1.1. Genel Olarak Savunma Hakkının Önemi

Ceza yargılamasını yürüten hâkim, önüne gelen davada, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek, suç şüphesi altındaki kişinin suç olarak tavsif edilen bir eylemi işleyip işlemediğini tespit etmek ve hakkı ihlal edilenin hakkını teslim etmek gayesiyle hareket eder. Dünya üzerindeki bütün hukuk sistemlerinde ceza yargılamasının nihaî hedefi elbette yargılama neticesinde maddî gerçeğe ulaşmaktır. Maddî gerçek, şekli gerçekle yetinmeyip, bir takım varsayımların ötesinde, somut olaydaki gerçeğin akılcı ve realist yollarla, kanunî delillerle tespit edilmiş, ispatlanmış halidir.[11] Maddî gerçek, dolaylı olarak, gerçek suçlunun ortaya çıkarılması manasına da gelmektedir. Ceza yargılaması sürecinde, soruşturma yapılması, delil toplanması, sanık tanık ve mağdur tarafların dinlenmesi vb. tüm yargısal işlemlerin nihaî hedef ve gayesi maddî gerçeği ortaya çıkarmaktır. Bu yargısal aşamalardan en önemlisi ise elbette savunmanın dinlenilmesidir. Gerçek suçlunun ortaya çıkarılması etkili bir şekilde savunma makamına söz hakkı tanınmasına bağlıdır. Savunmanın söz almadığı bir yargılamada gerçeğin ortaya çıkması imkânsızdır. Savunma hakkı sayesinde yargılama sağlıklı ve hayatın olağan akışına uygun şekilde yürür ve böylece maddî gerçeğe ulaşılır. Bu nedenle savunma öncelikli olarak ceza yargılamasının amacına hizmet etmesi yönüyle önemli ve vazgeçilmezdir.

Savunma hakkı, mevcut olduğu hukukî sistemde, hem bireysel hem kamusal menfaat sağlar. Bireysel olarak, suç şüphesi altındaki kişinin işlemediği suçtan ötürü cezalandırılmasının ya da hak ettiğinden daha fazla cezaya mahkûm edilmesinin önüne geçer. Kamusal olarak ise, kişilerin mahkeme önünde söz hakkına ve savunma

[11] "Maddî gerçek" kavramı ve "Maddî gerçeğin araştırılması ilkesi" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eralp Özgen, **Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 232, Ankara 1968, s. 3; Faruk Erem, **Ceza Usulü Hukuku,** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 181, Ankara 1964, s. 316.

hakkı kapsamındaki diğer haklara sahip olmasını, adalet sistemine güven duymalarını, dertlerini anlatabilmelerini, kendilerini emin ve güvenilir bir sistem içerisinde hissetmelerini sağlar.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 11. Maddesinde düzenlenen savunma hakkı, günümüz hukuk mevzuatlarında vazgeçilemez ve devredilemez olarak nitelendirilmiş, insanın doğuştan sahip olduğu kabul edilen birinci kuşak hakların içerisinde görülmüştür.[12] Bu hak, insanın özellikle haksız müdahaleye uğradığı hallerde muhtaç olduğu bir haktır. Yokluğu halinde, diğer temel insan haklarından da mahrumiyet söz konusu olur. Zira yargı makamı önünde söz hakkına sahip olmamak, suç şüphesi altındaki kişiyi diğer temel haklarını da kullanamayacak derecede zor duruma düşürür. Örneğin; haksız tutuklamaya karşı hakkını arayamayan kişinin yalnızca söz hakkı elinden alınmamış, bunun yanında hürriyeti tamamen kısıtlanmıştır. Dolayısıyla savunma hakkının etkin bir biçimde kullanılamayacağı hukuk sistemlerinde diğer temel insan haklarının kullanımı ya mümkün değildir ya da tehlikededir.

Savunma hakkı esasen masumiyet karinesinden doğmaktadır. Zira masumiyet karinesine göre insan, suçlu olduğu kesin delillerle tespit edilene kadar masumdur.[13] Bir kimsenin kendisi hakkında bir suç şüphesi hâsıl olması ve bunun üzerine yargı makamına çıkarılması durumunda söz hakkına sahip olması gerekir. Çünkü bu kişi bir suç şüphesi ile yargı makamına çıkarılmış olsa dahi kendisi hakkında kesin bir hüküm henüz verilmemiştir ve kendisinin masum olduğu kabul edilmektedir. Savunma hakkının engellenmesi halinde kişinin masumiyetine olan inanç kaybedilmiş demektir. Savunma hakkı, bu açıdan bakıldığında masumiyet karinesinin korunmasını, yalnız sözde kalmamasını; fiilen var olmasını, işlevsel bir özellik kazanmasını sağlar. Herhangi bir kimsenin aleyhinde sabit deliller ile suç işlediği ispat edilene kadar masum kabul edilmesini sağlayan ve destekleyen bir hak olması bakımından da savunma hakkı son derece önemlidir.

---

[12] Faruk Erem, *"Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi*", **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 47, Sayı: 2, Ankara 1990, s. 211.

[13] Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda ki başlık "*4.5.1.5.1. Masumiyet karinesi kavramı".*

1.2. İslam Ceza Hukukunda Kabul Edilen Temel Hak ve İlkelerden Olan Adalet, Eşitlik ve Söz Hürriyeti Bakımından Savunma Hakkının Önemi

İslam ceza yargılamasının temel hedefi olan adaletin tesisi ilkesi, yine ceza yargılamasının en temel düsturlarından biri olan eşitlik ilkesi ve hakkı İslam hukukunda kabul edilen diğer bir temel hak olan söz hürriyeti ile savunma hakkı pek çok önemli noktadan ilişki içerisindedir. Bu üç ilke ile savunma hakkı arasında bir sebep- sonuç ilişkisi mevcuttur; savunma hakkı bu ilkelerden güç alıp dayanak bulurken, bu üç ilkenin gerektiği ölçüde var olabilmesi için savunma hakkının kısıtlanmaksızın uygulanıyor olması gerekmektedir. Dolayısıyla bu ilkeler ile savunmanın ilişkisine, bu üç ilkenin uygulanabilirliğini sağlaması bakımından savunma hakkının önemine ayrı ayrı değinmek yerinde olacaktır.

1.2.1. İslam Ceza Hukukunun Temel Hedef ve İlkesi olan Adalet ve Adaletin Tesisinde Savunma Hakkının Önemi

Hüküm verenin maddî gerçeği ortaya çıkarıncaya dek gösterdiği bütün çaba, elbette uygulamakta olduğu ceza yargılamasının temel hedef ve ilkelerinden doğar ve hâkim bu temel hedef ve ilkeler doğrultusunda yargılamayı sürdürür. İslam ceza hukukunun temel ve asıl hedefi adaletin tecellisini sağlamaktır. Adaletin tecellisinin sağlanması, İslam ceza hukukunun bütün sistemini, bu sistemin işleyişini ve yargılama usulünün yolunu çizen en temel gaye ve ilkedir.

İslam dinine göre âdil olmak sorumluluğu yalnız hâkim, kadı ve devlet idarecilerine yüklenmemiştir. Toplum içindeki görev ve işlerinde insanın toplumun diğer bireylerine karşı, aile içindeki görevlerinde aile bireylerine karşı adil olmak yükümlülüğü vardır. Veli, velisi olduğu kişilere karşı, velilik görevini yaparken en az bir hâkim kadar adil olmak zorundadır.[14] Aynı şekilde şahitler, hakkı olanın hakkını koruyacak şekilde şahitlik yapmalıdır. Talak Suresinin 65/2 "... İki adâlet sahibi kimseyi şahit tutun" ayetinde, "Âdil olunca kölenin şahitliği câizdir"[15] hadisinde, Nahl Suresi 16/90 "Allah size adâleti, ihsânı ... emrediyor" ayetinde görüldüğü gibi, yargılamada, devlet idaresinde ve günlük hayatta günlük işlerde kişilerin adaletli

[14] Bkz. Buhârî, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail**, el-Camiu's-Sahih,** Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, Hibe, 12.
[15] Buhârî, Şehâdât, 13.

olmaları ayet ve hadislerle pek çok kez tavsiye edilmiş, adil olmayanlar uyarılmış, bilhassa devlet idaresi ve yargı göreviyle görevli olanlara adil olma yükümlülüğü getirilmiştir.[16] Böylece İslam dininin tam anlamıyla yaşandığı bir toplumda, devlet idaresinde, adlî hükümlerde, günlük alış-veriş, alım satım gibi işlerde, aile hayatında, velhasıl hayatın her anında adaletin hâkim olduğu ideal bir toplum hayatı sağlanmış olacaktır. Tarihin bütün dönemlerinde insanlığın muhtaç olduğu işte tamda budur. İnsanoğlunun ideal devlet ve toplum düzeni arayışında vazgeçilmez olan tek mefhum adalettir, bu gün ve yarın da insanoğlu tam anlamıyla adaletli bir ideal toplum düzenine ulaşmayı, yargı ve idare makamlarında adaleti temin etmeyi gaye edinecek, adaletin yara aldığı bir devlet muhakkak çökecektir. Bunun için İslam dini bireyden devlete herkesin adil olmasını emretmektedir.

İslam dininin adalet mefhumuna gösterdiği ihtimam, Hz. Peygamber'in uygulamasında, onun görevlendirdiği kadıların aldığı kararlarda, Hz. Peygamber'in vefatından sonra görev alan halifelerin ve sahabelerin uygulamalarında aşikârdır. Hz. Ömer'in adaleti ile ilgili birçok örnek uygulama bulunmaktadır. Bir kölenin hükümdarı dava edip hakkını alabildiğini gösteren davalar adalet anlayışındaki hassasiyeti göstermesi bakımından oldukça önemlidir.[17]

Bir hukuk düzeninde adaletin sağlanması görevini üstlenenler oldukça ağır bir sorumluluk altındadırlar. Bu sorumluluğun bilincinde olan hâkim, haklı olanın hakkını üstün tutması gerektiğini bilir. Bu nedenle hüküm verirken, tarafların arasında kendisine menfaat sağlayacak olanı değil, haklıyı ayırt etmeyi gözetir. Bir kimseyi işlemediği bir suçtan ötürü cezalandırmak hatasına düşmekten imtina eder, iddia eden ile iddianın muhatabına farklı davranmaktan çekinir. Bu durumda hâkim, adalete ters ancak dünya menfaati sağlayacak olan yolu değil, ne kadar zorlu da olsa, hakkı haklı olana teslim etmek yoluna gidecektir.[18]

Hâkim hüküm verirken İslam'ın emrettiği ölçüde adil davrandı ise, kendisini bekleyen mükâfatlar vardır. Hz. Peygamber bu mükâfatları şöyle müjdelemektedir: "Adil devlet başkanı ve idareciler mahşer yerinde Allah'ın yüce lütfuna ve

[16] Bkz. Nisâ 4/58; Mâide 5/42; Sâd 38/26.
[17] Bkz. Abdülkadir Udeh, **Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk,** (çev.: Ruhi Özcan- Ali Şafak), Rehber Yayınevi, Ankara 1990, c. I, s. 299.
[18] Bkz. Nisâ 4/135.

himâyesine mazhar olacakların öncüleridir."[19] Yine bir başka hadiste "Hükmünde, ailesine karşı ve velayeti altında olanlar hakkında adil davrananlar, kıyamet gününde nurdan minberler üzerindedirler." buyrulmuştur.[20]

Hâkim, adaleti sağlama vazifesini, naslara ve Hz. Peygamber'in öğretisi ile başlayıp gelişen muhakeme usulü kurallarına riayet ederek yürütür. Bu kurallar, kişiye göre değişmez, adaleti sağlamaya yönelik kurallardır. Dolayısıyla bu usul kuralları, adaletli hükme ulaşmada izlenen yol ve hatta adaletli hükmün bir parçasıdır. Uygulamak zorunda olduğu yargılama usulü kurallardan en önemlisi hâkimin tek taraflı hüküm vermemesi kuralıdır. Hz. Peygamber tek taraflı hüküm verilmemesi hususlarında kadıları uyarmış, kendisi de tek tarafın beyanı ile hüküm vermemiş, tek tarafın beyanına göre verilen hükmün adaletli olmayacağını vurgulamıştır.[21] Bu nas nedeniyle, İslam hukukunda hâkim suç şüphesi altındaki kişiye söz hakkı tanımadan hükmetmez, hükmedemez, uygulama bu şekilde yerleşip gelişmiştir.

Günümüzde, savunma hakkı pek çok uluslararası anlaşma ve sözleşmede yer almakta, adaletin sağlanması için savunma hakkının korunması gerektiği her fırsatta ifade edilmektedir. Günümüz hukuk mevzuatlarında yer alan temel ilkelere göre, bireylerin adil bir hukuk devletinde, adil bir şekilde yargılanma hakkı vardır ve bu hakka göre adil bir yargılama usulünde muhakkak savunmanın söz hakkının kabul edilmiş ve etkin bir şekilde uygulamasına yer verilmiş olması gerekmektedir. Birey, savunma hakkından mahrum bırakılıyor ise bu devletin tarafsız ve bağımsız mahkemelere, hukuk devleti ilkesine uygun bir yargılamaya sahip olduğu söylenemez. Böyle bir yargılamanın adil olduğu söylenemez. Dünya tarihinde savunma hakkı yakın zamana kadar yeterli öneme sahip değildi.[22] Bilhassa ortaçağ Avrupa'sında işkence ile itirafname alındığından savunma gereksiz içi boş bir eski Roma hukuku âdeti olarak hatırlarda kalmıştı.[23] Savunmanın kabul görmediği orta çağda, savunma hakkının tanınması için mücadele eden düşünürler adalet ve

[19] Müslim, Ebu'l-Hüseyin b. Haccac, **el-Camiu's-Sahih**, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, İmaret, 5, 18.
[20] Müslim, İmaret, 5.
[21] Bkz. Ebû Dâvûd, Süleyman b. Eş'as es-Sicistânî, **es-Sünen**, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, Akziye, 6.
[22] Metin Feyzioğlu, "*Savunma Hakkına ilişkin iki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafi ve Sanık Yan Yana Oturabilir mi?",* **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:67, Sayı: 1, 2009, s. 23.
[23] Erem, *a.g.m,* s. 210 v.d.

savunmayı her daim bir arada tutmuş, savunmasız adaletin olamayacağını söylemişlerdir.[24]

Savunma hakkının etkin şekilde kullanılıp kullanılmamasına bakılarak, savunma makamı olan kişi yahut müdafi o devletin adil olup olmadığını söyleyebilir. Şayet yargılama makamı önünde şikâyet eden ile şikâyetçi adil muameleye maruz kalıyor ise bunu şikâyet eden tarafa nazaran daha çok fark edebilecek olan taraf savunma makamıdır. Çünkü adil muameleye ihtiyacı olan odur. Oysaki adil bir yargı makamı önünde değil ise, savunma hakkı yoktur. Böyle bir durumda şüpheli, söz hakkı dahi olmadığından, belki işlemediği bir suçtan cezaya mahkûm edilebilir. Bu bakımdan savunma makamı, yargılama makamının adil olup olmaması açısından denetçi konumundadır. Savunma hakkı yargılama sisteminin, böylece devletin adil olup olmadığını ölçebilecek kadar kuvvetli ve önemli bir haktır. Öyleyse savunma hakkı olmadan adil bir devlet ve hukuk sistemi olmaz, adaletli bir hukuk sisteminin olmadığı yerde de savunma hakkı olamaz, ya da etkin bir şekilde işleyemez. İslam dininin adalete verdiği önem göz önündedir. Adil bir hukuk düzeni emreden İslam, elbette bu adaletin sağlanmasında büyük önem taşıyan savunma hakkını tanıyıp kabul etmiş, bu hakkın etkin bir şekilde kullanımının önünü açmıştır. İslam hukuku hâkimleri de, savunma ile adalet mefhumunu aynı terazide birbirlerini dengeleyen bir düzende görmüş, savunmaya adaletin tesisine verdiği önemle aynı ihtimamı göstermiştir.

1.2.2 İslam Ceza Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Eşitliğin Sağlanmasında Savunma Hakkının Önemi

İslam dini indirildiği ilk günden itibaren açıkça, yeryüzündeki bütün insanların eşit olduğunu, ırk, dil, cinsiyet, renk, soy, kabile, mal, makam gibi farklılıkların insanlar arasında üstünlük vesilesi sayılamayacağını ortaya koymuştur. “Ey insanlar! Şüphe yok ki, biz sizi bir erkek ve bir dişiden yarattık ve birbirinizi tanımanız için sizi boylara ve kabilelere ayırdık. Allah katında en değerli olanınız, O’na karşı gelmekten en çok sakınanınızdır. Şüphesiz Allah hakkıyla bilendir, hakkıyla haberdar

[24] Serhat Sinan Kocaoğlu, “*Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafi”*, **Ankara Barosu Dergisi,** Yıl:68, Sayı: 2010/2, s. 126 v.d.

olandır."[25] Ayeti kerimede buyrulduğu üzere insanoğlu farklı kavimler, farklı milletler, halinde yaratılmıştır. Dolayısıyla insanoğlunun her bir ferdi diğerinden siyasal, kültürel, coğrafi vb. pek çok etken nedeniyle farklıdır, farklı bir kimlik sahibidir. İnsanoğlu sahip olduğu bu kimlik ile tanınır. Bu farklılıkların tanınma ve tanışma vesilesi olduğunu ifade eden bu ayet, bu farklılıkların görevini ve hikmetini açıklıyor. Ancak bu farklılıkların üstünlük vesilesi olarak kullanılmasını yasaklıyor. İnsanın değerinin, iradesi olmaksızın sahip olduğu; bir kavme aidiyet, renk, dil, cinsiyet, milliyet gibi unsurlar ile değil, iradesi ile geliştirebileceği takva; yani hak dine iman ve diğer evrensel insani değerlere ve erdemlere sahip olmak ile ölçülebileceğini söylüyor.

İslam dininde takva, insanlar arasındaki tek üstünlük ölçüsüdür. Ancak bu üstünlük vasıtası, hak ve hukuk meselelerinde, insanların insanlarla olan münasebetlerinde yine bir fark oluşturmaz, bu üstünlük yalnızca Allah (c.c) nezdindedir ve insanlara diğerlerinden farklı haklar ve imtiyazlar vermez.

Bütün insanların aslı birdir, biyolojik olarak temel özellikleri aynıdır, öz itibariyle birbiri ile aynı olan şeyler arasında üstünlük söz konusu olamaz. Hz. Peygamber'in "Ey Kureyşliler! Allah sizden cahiliye gururunu, büyüklenmeyi ve babalarınız ile övünmeyi kaldırmıştır. Bütün insanlar Âdem' dendir, Âdem de topraktandır"[26], "İnsanlar bir tarağın dişleri gibi birbirine eşittir; Arap, Arap olmayandan ancak takva ile üstün olabilir".[27] beyanı bu hususa işaret etmektedir. Dolayısıyla İslam dininin istediği toplum düzeninde, efendinin köleden, makam sahiplerinin gariplerden, beyazın siyahtan, erkeğin kadından, idare eden yöneticinin idare edilenden, zenginin fakirden üstün olmadığını, olamayacağını ve bu eşitliğin hiçbir şart yahut istisnasının bulunmaksızın kabul edildiği aşikârdır.

İslam dini eşitlik ilkesini getirdiğinde, bilhassa Arap toplumunda makam, mevki, mal, soy ve kabile, bir kişiyi toplum içinde diğer insanlardan üstün tutacak unsurlardı. Adeta insani haklara sahip olabilmek için dahi soy, makam, mal gibi hatırı sayılır bir özelliğe sahip olmak gerekiyordu. Toplumda çok ciddi şekilde

[25] Hucurât 49/13.
[26] Buhârî, Enbiyâ 14, 19, Menakıb 1; Müslim, Fedail, 168.
[27] Ahmed bin Hanbel, **Müsned,** Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, c. V, s. 411.

yerleşmiş bir kast sistemi mevcuttu. Bu sistemde kölelik sistemi oldukça şiddetli şekilde uygulanıyor, köleler üzerinde efendilerinin sonsuz hakimiyet sahibi olduğu kabul ediliyor, zaman zaman yaşama hakkının elinden alınması neticesini doğuran işkencelerde dahil olmak üzere, temel insan haklarını ve insan onurunu hiçe sayan uygulamalardan dolayı hiç bir efendi sorumlu tutularak yargılanmıyor, cezalandırılmıyordu. Yine benzer bir durum kadınların toplumdaki konumunda da mevcuttu. Bilindiği üzere Arap toplumunda kız çocuğunu diri diri gömme adeti yerleşmişti ve böyle bir durumda bir insanı öldürmek suçundan baba yargılanmıyordu, çünkü kız çocuğunun en temel hakkı olan yaşama hakkının olup olmadığına yani öldürülüp öldürülmeyeceği meselesine babası karar veriyordu ve öldürülmesine karar verirse şayet, bu karar ve eyleminden dolayı babanın cezai sorumluluğu yoktu.[28]

İslamiyet öncesi Arap toplumundaki eşitsizlik kadın ve erkek, efendi ve köle arasında ki ilişkilerle de sınırlı değildi. Malı ya da makamı olan, önemli bir kabileden gelen, ya da diğerine göre daha saygın bir soydan gelenler hiç bir makam karşısında diğer insanlarla eşit sayılamaz, yargılama makamı karşısında dahi üstün hakları ellerinden alınamazdı. Bir kimse maddî gücü var ise hakkını almakta güçlük çekmezken, hakkı ihlal edilen kişinin kuvveti yok ise hakkı zayi olup gider hakkını alamazdı. İslam dini öncesinde Arap toplumundaki ceza-i yargılamalar da kuvvetli olanlar mümkün olduğu kadar ceza görmemek veya daha hafif bir ceza ile kurtulmak için makam, mal, soyluluk gibi imkânlarını kullanırlardı.[29]

İslam dini kadın ile erkek, kız çocuk ile erkek çocuk, köle ile efendiyi, makam mal sahibi güçlü kabileler ile güçsüz kabileleri bütün hak ve sorumluluklar bakımından eşit kılmıştır.[30] Bir gün Kureyş kabilesinden bir kadın hırsızlıkta bulunmuş, Hz. Peygamber kadının elinin kesilmesi kararını verdiğinde insanlar Hz. Peygamber'e kadının elinin kesilmemesi hususunda ricacı olmuşlardır. Zenginliği ile bilinen Kureyş kabilesinden birinin suç işlediğinde ayrıcalık görmesini istemek, şüphesiz

---

[28] Bu uygulama Roma Uygarlığında da mevcuttu. Kız çocuğunun yaşama hakkına babası karar veriyor sırf kız olduğu için onu ölüme terk edebiliyordu. Roma da kız çocuklarını ve bazı sakat doğan çocukları ölüme terk ettikleri Columna Lactaria (süt sutunü) gibi özel yerler vardı. Bkz. Hatice Palaz Erdemir, *"Roma Vatandaş Hukukunun Konusu Olarak Kadın"*, **İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi**, Sayı: 63, İstanbul, 2016, s.4.

[29] Neşet Çağatay, **İslam Öncesi Arap Tarihi ve Cahiliye Çağı**, Divan Kitapevi, Ankara 1982, s.138.

[30] Salih Tuğ, **İslam Ülkelerinde Anayasa Hareketleri,** İrfan Yayınevi, İstanbul 1969, s. 31 v.d.

eşitlik ilkesiyle bağdaşmayan eski örf ve adetlerden ileri gelmektedir. Bu hadise üzerine, her daim eşitliğe riayet eden Hz. Peygamber "Sizden önceki milletler şu sebeple yok olup gittiler: Aralarından soylu, mevki ve makam sahibi biri hırsızlık yapınca onu bırakıverirler, zayıf ve kimsesiz biri hırsızlık yapınca da onu hemen cezalandırırlardı. Allah'a yemin ederim ki, Muhammed'in kızı Fâtıma hırsızlık yapsaydı, elbette onun da elini keserdim." [31] buyurmuştur.

Ömer b. Hattab ile Ubey b, Kâ'b bir olay hakkında ihtilâfa düştükleri ve bu ihtilaf nedeniyle mahkeme karşısına çıktıkları bir hadisede, mahkemenin görülmesi için Zeyd b. Sâbit'in önünde duruşmaya çıktıkları zaman, Zeyd b. Sabit, Hz. Ömer için hemen bir yastık koydurmuştur. Bunun üzerine Hz. Ömer, Zeyd b. Sâbit'e, "Bu senin ilk haksızlığın!" diyerek ikaz etmiş, sonra her ikisi yan yana Zeyd b. Sabit'in önünde oturarak davalarını arz etmişlerdir."[32] İslam dinini getirdiği eşitlik anlayışı neticesinde fertler hiç bir ayrım gözetmeksizin kanun karşısında mutlak surette eşittir. Buna göre, yargılamada, ceza vermede, cezayı infazda fertlerin ait oldukları toplumsal sınıfa, mallarının miktarına vb. etkenlere göre farklılıklar asla söz konusu olamaz.

Allah'ın hükmü karşısında mutlak surette herkes eşittir. Oysa beşeri kanunların hemen hemen hepsinde on sekizinci asrın sonlarına kadar kanun önünde eşitlik söz konusu bile değildi. Özellikle Fransız İhtilali' ne kadar beşeri kanunlarda, fertlerin ait oldukları tabakaya göre yargılanacakları mahkemeler dahi değişiyordu, eşrafın özel mahkemeleri, din adamlarının özel mahkemeleri, halkın ayrı mahkemeleri vardı. Aynı suç için bu ayrı ayrı mahkemelerden ayrı cezalara hükmediliyordu. Toplumun üst tabakasından, eşraftan ya da din adamlarından birinin işlediği suç ya yok sayılıyor ya da çok hafif bir müeyyide ile cezalandırılıyorken aynı suçu toplumun sıradan bir ferdi işlediğinde en ağır cezalara hükmedilebiliyordu. Mahkemeler, hâkimler, cezaların derecesi kişilere göre değiştiği gibi, aynı ceza-i müeyyidenin infaz usulü dahi değişebiliyordu, şöyle ki idam kararı verilen iki kişiden biri soylu ise kılıçla boynu uçuruluyor, soylu değil ise iple asılarak sallandırılıyordu. Oysa İslam

[31] Buhârî, Enbiyâ, 54, Megâzî 53, Hudûd 11, 12; Tirmizî, Muhammed b. İsa b. Sevre b. Musa, **es-Sünen**, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, Hudûd, 6; İbn Mâce, Ebu Abdillah Muhammed b. Yezidel-Kazvini, **es-Sünen**, Çağrı Yayınları, İstanbul 1992, Hudûd 6.

[32] Ebu Bekr Muhammed b. Ebi Sehl es-Serahsî, **el-Mebsût**, (Yayına Hazırlayan: Mustafa Cevat Akşit), Gümüşev Yayınevi, İstanbul 2008, XVI, s. 111.

hukukunda valiler, halife ve sultanların yargılanmaları için ayrıcalıklı mahkemeler yoktur, bu yargılamalarda normal mahkemelerde yapılır, toplumsal statüleri yüksek kimselerin kanun karşısında ayrıcalıklı bir durumları, kendilerine münhasır tanınmış hakları yoktur, alacakları cezalar ve bu cezaların infaz usulleri toplumdaki sınıflarına vasıflarına göre değişmez.

İslam hukukunun eşitlik prensibi çok geniş ve kapsamlı bir alanda uygulanmaktadır. Eşitlik fikrinin ortaya atıldığı Fransız İhtilali' nden sonra bu mücadeleye girişenler sınırsız bir eşitliğe kavuşamamış, pek çok beşeri hukukta mutlak bir eşitlik yerine sınırları ve şartları, istisnaları olan bir eşitlik anlayışı kabul edilmiştir. Bu istisnaî durumlarda ancak on dokuzuncu asrın sonlarında düzenlenen bazı yeni hukuk kuralları ile bir ölçü daha daraltılmıştır. Ancak halen beşeri ceza kanunlarının mutlak bir eşitlik anlayışına sahip oldukları söylenemez. Hemen hemen bütün beşeri hukuk sistemlerinde mevcut olan, devlet reislerinin, diplomatların, parlamento mensuplarının dokunulmazlıkları, kanunlar karşısındaki farklı statüleri eşitlik ilkesine getirilen istisnalara örnek gösterilebilir. İslam hukukunda devlet başkanı ile vatandaş kanun önünde eşittir, suç işlediği takdirde dokunulmazlık hakkından yararlanarak yargılanmayacak, ya da özel mahkemelerde yargılanacak olan imtiyazlı bir kesim yoktur. Hz. Peygamber devlet başkanlığı yaptığı sırada asla kendisine imtiyazlı davranılmasına izin vermemiştir, bir gün huzurunda konuşmadan evvel heyecanlanan bir bedeviye "Telaşlanma ben yalnızca kuru et yemiş bir kadının oğluyum."[33] diyerek devlet reisi ile vatandaş arasındaki köprüleri kaldırmıştır.

Bir hukuk sisteminin temellerinde eşitlik anlayışı mevcut ise, toplumsal düzen ve birlik oluşur, bu eşitlik anlayışı kanunlarla sağlandığında toplum adaletle idare edilir, yargılama müessesesi adaletle ve hakkaniyetle işler. Bilhassa ceza hukuku alanında, yargılama aşamalarının tümünde, şüphenin soruşturulmasından başlayarak haklıyı ve haksızı tespite, cezanın tayinine, cezanın infazına kadar bütün aşamalarda eşitlik ilkesi doğrultusunda oluşturulmuş bir hukuk sistemi, toplum vicdanının arzu ettiği ideal hukuk sistemidir. Ceza hukuku alanında eşitlik ilkesi, cezaî davaların hakka ve adalete uygun şekilde nihayete erdirilmesinde başrolü oynar. Eşitlik ilkesinin

[33] İbn Mâce, Et'ime, 30.

mevcudiyeti, devlete ve yargı makamına güven telakki eder, toplumun her ferdinin huzurla yaşamasını sağlar.

Eşitlik hususuna bu denli önem veren İslam hukukunun yargılama esnasında, iddia sahibi ve iddianın muhatabı arasında eşitliğe riayet edeceği şüphe götürmez bir gerçektir. Ceza hukuku alanında eşitlik anlayışı, öncelikle bireylere bir suç şüphesi altında yargılama makamı karşısında iken, iddiada bulunan kadar konuşabilme hakkı verir ve savunmanın da iddia kadar dinlenilmesi imkânını sağlar. Hâkimin zanlı ve şikâyetçiye tarafsız bakmasını, iki tarafında delillerini getirebilmesini, iki tarafında eşit muamele görmesini sağlayanda eşitlik ilkesidir.

Ceza yargılamasında eşitlik ilkesinin varlığı savunma hakkının kabulü ve uygulanabilirliği için hayati önem arz eder. Bir hukuk sisteminde savunma hakkının kabul edilebilmesi için o hukuk sisteminin temellerinin eşitlik ilkesine dayanması, yargılama sisteminde eşitliğe dikkat edilmesi gerekmektedir. Mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere, savunmanın varlığı eşitlik ilkesinin varlığına bağlıdır. Eşitlik ilkesinin tam ve mutlak surette uygulanabildiği bir hukuk sisteminden bahsedebilmek için de ceza yargılamasında tam ve sınırsız bir savunmanın varlığı şarttır. Bu iki müessese hem birbirlerinin kaynağı, hem de birbirlerinin koruyucularıdır. Eşitlik olmadan savunma hakkı, savunma hakkı olmadan da mutlak bir eşitlik var olamaz.

1.2.3. İslam Ceza Hukukunda Söz Hürriyeti ilkesi ve Söz Hürriyetinin Sağlanmasında Savunma Hakkının Önemi

Hürriyet insan haklarının özüdür, bugünkü manada temel insan hakları olarak kabul edilen diğer hak ve fikirlerin temeli hürriyet fikrine dayanır. Hürriyet fikri, İslam dininin kabul ettiği temel ilkelerden biridir. İnsanoğlunun yeryüzüne varis, halife kılınması insanın yeryüzünde hür oluşuna işaret eder.[34] İnsan yeryüzüne bir imtihan süreci yaşamak için gelmiştir ve insanın yaratanına karşı sorumlu olduğu bu imtihan süreci, doğal olarak hür iradenin mevcudiyetini zorunlu kılar.[35]

[34] Bkz. Bakara 2/30; Fâtır 35/39; Kasas 28/5; A'râf 7/137; Enbiyâ 21/105.
[35] Bkz. Mülk 67/2.

İslam hürriyet fikrini, düşünce hürriyeti, inanç hürriyeti ve söz hürriyeti olarak açıklamış, tespit etmiş ve kabul etmiştir. Kur'an insanın aklını kullanmasını, düşünme gücünü çalıştırmasını, başkalarını taklit etmemesini, hurafe ve akla uymayan gelenekleri bırakmasını emretmektedir. Aklı hür bir şekilde kullanmak, pek çok ayette zikredilmektedir.[36] Aklın, düşünmenin, sorgulamanın kullanılmasının emredilmesi düşünce hürriyetinin mevcudiyetini gerektirir. Aklın kullanılması ve düşünce hürriyeti, söz hürriyeti ile tamamlanır. Akıl ile donatılan insanoğlu, sorgulamanın, düşünmenin neticesinde ilme ulaşır, bu ilmi söz hürriyeti sayesinde yayabilir ve çoğaltabilir. Düşünce hürriyeti olmadan söz hürriyeti olmayacağı gibi, söz hürriyeti olmadan da düşünce hürriyeti eksik kalacaktır.

İslam hukukunda temel kural düşünce ve söz hürriyetinin varlığıdır.[37] Ancak söz hürriyetinin İslam dininin temel ilkelerine ve toplum ahlakına aykırı olmama şartı vardır. Nitekim söz hürriyetinin olması, kişinin söylediklerinin neticelerinden hukuk önünde sorumlu tutulmaması anlamına da gelmez.

Ayet-i Kerime'de "Allah kötü sözün açığa vurulmasını sevmez; ancak haksızlığa uğrayan başka"[38] buyrulmuştur. Buna göre bir başkası aleyhinde konuşmak, bir kimseyi incitici, toplum içindeki saygınlığını zedeleyici beyanda bulunmak caiz olmamakla beraber, vuran, kıran, yalan söyleyen, dolandırıcılık yapan, ve benzeri şekillerde insanlara zarar veren kimse için bu kötülüğün ifade edilmesi durumu istisna sayılmıştır. Öyleyse herhangi bir kişiden zarar gören kişi, serbestçe bu zararını dile getirebilir, bu zarardan davacı olabilir, bu maksatla (olumsuz ifadeler içeriyor olsa dahi) söz söyleme hürriyetine sahiptir.

İslam hukukunun belirlediği sınırlar içerisinde olan söz ve beyanların özgürce ifade edilmesi şüphesiz toplumların gelişmesi için muhakkak gereklidir. Bir hukuk siteminde söz hürriyetinin yokluğu kişilerin ceza mahkemelerinde yargılanıp haksız cezalandırılmasına, belki işkencelere tabi tutulmasına sebebiyet verir. Söz hürriyetinin varlığı ise, ceza mahkemeleri önünde fikrini açıklayabilme, çiğnenmiş

[36] Bkz. Bakara 2/218, Yûnus, 10/16, Âl-i İmrân 3/191, Ra'd 12/3, Rûm 30/24, Câsiye 45/13.
[37] Ayrıntılı bilgi için bkz. Servet Armağan, **İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler,** Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 2015, s. 133.
[38] Nisâ 4/ 148.

olan hakkını talep edebilme, kendi hakkına zarar veren kişi veya kurumları şikâyet edebilme hakkını verir.

Bir kimsenin herhangi bir gerekçe ile dava açabilmesi hakkının, davacı olarak devlet makamlarının önüne çıkabilmesinin temelinde ona tanınan söz hürriyeti yatar. İslam hukukunda kişi kendisine yapılan haksızlığa karşı beyanda bulunarak yetkili mercilere başvurmak, dava açmak hakkına sahiptir.[39] Şayet kişi, böyle bir hakka sahip olmasa idi, kimseden şikâyetçi olarak sözlü yahut yazılı beyanda bulunamayacak, herhangi bir hakkı çiğnendiğinde bu hakkını talep edemeyecekti. Bu anlamda söz hürriyetinin ceza mahkemeleri önünde davacı olma vasfı kazandırmada rol oynadığı açıktır. Söz hürriyeti, kişilerin davacı olarak hak talep edebilmelerinin yanında, ayrıca devlet idarecilerini kontrol edebilmelerini, istek ve şikâyetlerini de devlet erkânına iletebilmelerini sağlar. Bu faydası neticesinde yönetilenlerle yöneticileri birleştirir, toplumla devlet arasında köprü vazifesini görür. Zalim ve adaletsiz uygulamaların eleştirilmesini, bu uygulamaların ıslahını sağlar. Zaten, müminlerin, diğer Müslümanları, ya da devlet idarecilerini doğru yola yönlendirici, kötüden sakındırıcı ifadelerde, nasihatlerde bulunmaları ve devlet idarecilerini kontrol etmeleri vazifeleridir[40] ve bu vazifelerini elbette söz hakkı, fikir beyan etme hakkı ile tamamlayabilirler. Hz. Peygamber "Cihadın en büyüğü zalim bir hükümdara söylenen hak sözdür."[41] buyurarak söz hakkının öneminin altını çizmiştir.

Bireylerin derdini, isteklerini, şikâyetini anlatabildiği bir toplum ve hukuk sistemi, elbette ideal toplumun en belirgin özelliklerinden biridir. Böyle bir toplumda yaşamak, kişilere güven ve huzur ortamı sağlar. Söz hürriyetinin bir diğer faydası ise insanlara yargı makamı önünde savunma hakkı tanımasıdır ki bu husus adaletli bir devlete, adil bir hükme ulaşmadaki en önemli yoldur. Nasıl kişiye hakkını aramak maksadıyla davacı olabilmesi için söz hakkı tanınıyorsa, bir ithamla karşılaşan kişiye de bu konuda kendisini savunabilme konusunda söz hakkı tanınmıştır.

Orta çağda bilim adamları dahi fikirlerini açıklamalarından ötürü ceza mahkemelerinde yargılanıp cezalandırılıyorken, İslam topraklarında devlet

[39] Bkz. Şuarâ 26/227; Nisâ 4/148.
[40] Bkz. Asr, 103/1-3; Tevbe, 9/71; Âl-i İmrân,3/104, 110.
[41] Ebû Dâvud, Melahim, 17; Tirmizî, Fiten 13; İbn Mâce, Fiten 20; Hanbel, a.g.e, III, 19, 61.

başkanlarının içtihatları dahi eleştirilebiliyordu ve bu eleştiri söz hürriyetinin olağan sınırları içerisinde sayılıyordu.[42]

Kadınların Hz. Peygamber döneminde mescitlerde yalnızca dinleyici konumunda olmamaları soru sorabilmeleri, kendilerine yapılan bir haksızlık olması halinde Hz. Peygamber'e şahsen müracaat ederek bu haksızlıkları veya anlaşmazlık yaşadıkları kişileri şikâyet edebilmeleri, davacı olmaları, tanıklık yapabilmeleri de İslam dininde kadınların toplumda söz hakkının varlığına delildir. Bu durum, Hz. Peygamber döneminden sonra da devam etmiştir. Bir gün Hz. Ömer mehirlere sınır getirmek ile ilgili görüşünü açıkladığında, orada bulunan bir kadın söz alarak kendisinin yanıldığını söylemiş ve Nisâ suresinin 10. Ayetini okumuştur. Bunun üzerine Hz. Ömer, "Kadın isabetli konuştu, Ömer ise hata etti." demiştir[43]. Olayda kadınların hukuki içtihatlarda, fıkıh ilmine ilişkin konularda söz hakkı alabilmesinin mümkün olduğu görülmektedir. Bu ve benzer hadiseler, İslam dininde kadının toplumda günlük hayatta söz hakkına sahip olduğunu ispatlamakla beraber, aynı zamanda ceza mahkemeleri önünde de söz hakkını kullanabileceğine işaret eder.[44] Zira kadının günlük hayatta söz sahibi olabilmesi, onun haklarını öğrenebilmesini kolaylaştırır, yargı makamı karşısına çıktığında da kolaylıkla iddiasını dile getirebilecek, gerektiğinde davacı olarak hakkını takip edebilecek, bir suçla suçlandığında, korkmadan çekinmeden kendini savunabilecek yetki ve yeterlilikte olmasına imkân verir.

Yalnızca ifade hürriyetinin korunduğu hukuk sistemlerinde adaletin tesisi ve devletin adaletine güvenin telakkisi mümkün olabilmiştir. Adaletin tam anlamıyla tesisi için söz hakkının yargı makamları önünde bireylere tanınması gerekir. İnsan haklarının en temel ilkelerinden olan düşünce ve bilhassa söz hürriyeti olmasa idi bugün ki anlamıyla savunma hakkının varlığından da şüphesiz söz edilemezdi. Toplumda düşünmenin cezalandırıldığı, düşünürlerin bilim adamlarının fikir adamlarının şiddetle yargılandığı devirlerde kişinin yetkili makamlar önünde kendi fikirlerini izah etmesi, haksız fiil işlediğinde sebebini, maruzatını ifade etmesi yahut yapmadığı bir

---

[42] Hüseyin Yılmaz, "*Hz. Peygamber Döneminden Günümüze Kadınlar ve Cami Eğitimi"*, **Değerler Eğitimi Dergisi,** 5(14), 2007, s. 121.
[43] Muhammed Reşid Rıza, **el-Vahyu'l-Muhammedi,** Matba'atu'l-Menâr, Mısır 1935, s. 283.
[44] Mustafa es-Sibâî, **İslâm'a ve Garplılara Göre Kadın** (çev.: İhsan Toksarı), Nida Yayınları, İstanbul 1969, s. 80.

eylemle suçlandığında bu suçu işlemediğini ifade edebilmesi imkânı elbette ki olamazdı. İslam dininde temel İslamî esaslara ve genel ahlaka aykırı olmamak kaydıyla kamu düzenini bozmayan her türlü beyanda bulunma hürriyeti kabul edilmiştir. Öyleyse, herkes kanun önünde de bu hürriyet ve hakktan yararlanabilir. Buna ceza yargılamasında iddiaya muhatap olanın söz söyleme hakkı yani savunma hakkı da dâhildir. Öyleyse İslam dininin herkese tanımış olduğu söz hürriyeti, suçlu yahut şüpheliye de tanınmıştır, kişinin herhangi bir fiilinden yargılanması halinde de söz hakkı vardır ve bu aşamada söz söyleme hakkı artık savunma hakkı olarak zuhur edecektir.

Sosyal hayatın her alanında söz söyleme kişinin en temel haklarındandır. Yetkili makamların suç şüphesi ile sorguladığı kimselerin söz hürriyetinin olması demek ceza yargılamasında kişilerin savunma hakkına haiz olması anlamına gelmektedir. Başka fikirleri susturup bir fikre söz hakkı vermek nispi bir ifade özgürlüğü değil ifade özgürlüğünün tümden ihlali demektir. Buna göre, adli ve cezaî yargıda tarafların tek taraflı dinlenmesi, temelden kabul edilen hürriyet ve söz hürriyeti ilkeleri ile bağdaşmayacaktır. Tıpkı eşitlik ilkesinin nihai sonucu olarak savunma makamının iddia makamı ile eşit tutulması gerektiği gibi, söz hürriyeti ilkesinin nihai sonucu olarak iddia makamına verilen söz hakkının eşit derecede savunma makamına da verilmesi gerekmektedir. Söz hürriyeti ancak bu şekilde tam anlamıyla var olur. Yargı önünde söz söyleme hakkı suç şüphesi altındaki kişilere tanınmazsa bu yargılamayı yapan devletin hukuk sisteminde söz hürriyetinden bahsedilemez.

Söz ve düşünce özgürlüğünün kısıtlandığı bir sistemde savunma hakkının varlığından bahsedilemez. Neticede İslam hukuku hürriyet ilkesini ve söz söyleme hürriyetini tanımış ve kabul etmiştir. Yargı makamları önünde suç şüphesi altındaki kişilerin savunma hakkının olmadığı bir hukuk sisteminde söz söyleme hürriyetinden bahsedilemeyeceği için savunma ve söz söyleme hürriyeti ilkesi birbirlerinin bütünleyici parçaları gibidir, birisi olmadan diğer hakkın varlığından bahsedilemez.[45] İslam hukukunda bilhassa kanun önünde, devlet idarecileri karşısında tam anlamıyla söz söyleme hakkının varlığı şüphesiz var olduğundan, savunma hakkı da söz hürriyetinden ayrılmaz bir parça olarak son derece önemlidir.

[45] Centel, a. g. e, s. 11.

2. İSLAM CEZA HUKUKUNDA SAVUNMA HAKKININ MEVCUDİYETİ VE MEŞRUİYETİNE DAİR DELİLLER

2.1. Savunma Hakkının Mevcudiyeti ve Meşruiyetine Dair Naslar

Öncelikle savunma hakkının ceza yargılamasında adaletin tecellisi için elzem olduğu, savunma hakkına fırsat verilmeden verilen hükmün İslam hukukunun hassasiyetle dikkat ettiği adalet kavramına uymayacağı aşikârdır. Kur'an-ı Kerim'de adaletli olmak emredilmiştir. "Allah, size, emanetleri mutlaka ehline vermenizi ve insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emrediyor"[46], "…ve şayet, aralarında hükmedecek olursan, o takdirde adalet ile hükmet. Muhakkak ki Allah muksıtîn (âdil) olanları sever."[47], "Haberiniz olsun ki Allah, size adaleti, iyi davranmayı ve yakınlara yardımda bulunmayı emrediyor."[48] buyruluyor.[49] Hz. Peygamber de, kadı olarak vazifelendirdiği kimseleri, adaletle hükmetmesi için uyarmıştır. "Kıyamet günü Allah'a inananların en sevimlisi ve makam, mevki bakımından en yakını adil hükümdardır. Allah'ın en çok kızdığı ve makam, mevki bakımından en uzak olanı ise zâlim hükümdardır."[50] gibi pek çok beyanı mevcuttur.

Hz. Ali (r.a.) "Resulullah 'ın (s.a.v) kendisini Yemen'e kadı olarak gönderdiğinde *"*Yanına iki hasım geldiği vakit, birinciyi dinlediğin gibi, diğerini de dinlemeden sakin hüküm verme. Böyle yapman (daha isabetli, adaletli) karar vermen için gereklidir!" diyerek uyardığını rivayet etmiştir.[51] Bu durum savunma hakkı olmadan adaletli yargılama olamayacağına işaret etmektedir. Yine savunma hakkının İslam ceza hukukunda mevcudiyetinin ispatı niteliğinde bir başka hadisi şerif şöyledir; "Eğer hâkimler insanlara tek taraflı beyan ve iddialara dayanarak hak dağıtacak olsalar, kan davaları ve hukuk davaları üzerinde doğru ve âdil olmayan hükümler verilirdi."[52]

---

[46] Nisâ 4/58.
[47] Mâide, 5/42.
[48] Nahl, 16/90.
[49] Adaletle ilgili diğer ayeti kerimeler için bkz. En'âm, 6/152; Mâide, 5/8; Nisâ, 4/135.
[50] Tirmizî, Ahkâm 4.
[51] Ebû Dâvûd, Akdiye 6; Tirmizî, Ahkâm 5; İbn Mâce, Ahkâm 1.
[52] İbn Mâce, Ahkâm, 7, Müslim, Akziye, 1.

Hz. Peygamber'in ceza muhakemesi yaparken uyguladığı usulde savunma hakkına yer verdiği, suç isnat edilen kişi orada ise hemen o esnada bu iddiayı muhakkak kendisine sorduğu, o kimse o esnada yanında değil ise, bu iddiayı sormak üzere yanına çağırttığı pek çok örnekte görülmektedir.[53] Hz. Peygamber'in hem sözlü ikazı hem de uygulamasının bu yönde olması, savunma hakkının mevcudiyetini ispatlamaktadır.

İslam hukukunun getirdiği eşitlik ilkesi bilhassa kanun önünde tarafların eşit olmasını zorunlu kıldığından, eşitlik ile ilgili ayet[54] ve hadisler[55] savunma hakkının mevcudiyetini ispatlar. Zira mahkeme önünde, hâkim karşısında iki taraf vardır, bunlardan biri davacı, diğeri davalıdır. Davalının suçu hâkim kararı ile kesinleşinceye kadar, davalıya suçlu muamelesi yapılamaz, davalının masumiyeti karine olarak kabul edilmiştir.[56] Öyleyse, hâkim kararını verinceye dek, hâkim karşısındaki iki taraf olan davalı ve davacı eşit muamele görmek zorundadır, zira iki tarafta masumdur. Öyleyse masumlar arasında ayrım yapılması eşitlik prensibine aykırıdır. Bir tarafın nasıl davacı olmak hususunda söz hürriyeti varsa, eşitlik ilkesi gereği davalı tarafında istediği takdirde kendini savunmak hususunda konuşma hakkı olmalıdır. Bu anlamda, eşitlik ilkesine delalet eden ayet ve hadisi şeriflerde savunma hakkının kaynaklarıdır.

İslam hukukunda kişilere davacı olmak, hakkını aramak maksadıyla söz hakkı ve hürriyeti tanınmıştır. Bu bağlamda ister sözlü ister dilekçe hakkını kullanarak kişiler kendilerine yapılan haksızlığı, ihlal edilen hakkın kendilerine teslimi talebi ile ya da hakkını ihlal eden kişinin cezalandırılması talebi ile yetkili makamlara başvurabilirler. Nasıl ki bir kişi hakkı ihlal edildiğinde davacı olarak sözlü veya

---

[53] Davalıya savunma imkânı verilmesine örnek bir uygulama şöyledir: İbn Abbâs'dan rivâyete göre, Resulullah (s.a.v.), Mâlik'in oğlu Mâiz'e: Senin hakkında bana ulaştırılan haber doğru mudur? buyurdu. Mâiz: Benim hakkımda size nasıl bir haber iletildi dedi. Resulullah (s.a.v.): "Falan ailenin cariyesiyle zina ettiğin bana bildirildi" buyurunca Mâiz "Evet" dedi ve kendisi aleyhine dört kez şahitlik yaptı da Resulullah (s.a.v.)'in emri üzerine taşlanarak öldürüldü. (Buhârî, Muharîbin: 6; Müslim, Hudud: 5). Bir başka örnek: Abbad b. Şurahbil'den rivâyete göre, şöyle demiştir: Amcalarımla Medine'ye gelmiştim. Medine bahçelerinden bir bahçeye girerek başaklarından bir miktar ufalayıp aldım. Bahçe sahibi geldi elimdeki torbamı aldı ve beni dövdü. Ben de Resulullah (s.a.v)'in huzuruna çıkarak onu şikâyet ettim. Resulullah (s.a.v) hemen bir adam gönderdi ve bahçe sahibi getirildi. Resulullah (s.a.v) bahçe sahibine: "Bu adama neden böyle yaptın" dedi. Bahçe sahibi de: "Ey Allah'ın Rasûlü! Bahçeme girdi başaklardan bir miktar alıp ufaladı" dedi. Resulullah (s.a.v): "Bilmiyorsa cahilse, öğretmen gerekirdi. Aç ise, doyurman gerekliydi. Bunları yapmadığına göre ver adamın torbasını" buyurarak bir ölçek veya yarım ölçek buğday vermemi emretti." (Ebû Dâvud, Cihad: 93; İbn Mâce, Ticarât: 67.)

[54] Bkz. Hucurât 49/13.

[55] Bkz. Buhârî, Enbiyâ 14, 19, Menakıb 1; Müslim, Fedail, 168; İbn Hanbel, a.g.e, c. V, s. 411.

[56] Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıdaki başlık "*4.5.1.5.1. Masumiyet karinesi kavramı".*

yazılı yetkili makamlara başvurabiliyor ise, aleyhinde bir suçlama ile mahkeme huzuruna çağrılan kişinin de hem dava açma ve dilekçe hakkı gereğince, hem de söz hürriyeti hakkı gereğince kendisini yazılı veya sözlü olarak savunabilmesi imkânı olmalıdır. Dolayısıyla söz hürriyetine ve dava hakkına işaret eden başta "Ancak iman edip iyi işler yapanlar, Allah'ı çok çok ananlar ve haksızlığa uğratıldıklarında kendilerini savunanlar başkadır."[57] ayeti ve bu hakka işaret eden hadisi şeriflerde savunma hakkının kaynaklarıdır.

Bugün hemen hemen bütün hukuk sistemleri savunma hakkını temel insan haklarından kabul etmektedir. Temel insan hakları insanın doğuştan sahip olduğu, fıtratından kaynaklanan (yaşamak, hür olmak v.b.) ihtiyaçlarını karşılamasını sağlayan, şahsiyetini ve hayatını devam ettirebilmesi için elzem olan, vazgeçilmez haklardır. Temel insan haklarını bugünkü hukuk sistemlerinden asırlar önce kabul etmiş olan İslam hukuku, elbette böylesine önemli bir hakka riayet etmek hususunda da asırlarca öndedir. Adalet ilkesini koruyucu nitelikteki bir ayeti kerimede "İnsanların hakkı olan şeyleri kısmayın, bozgunculuk yaparak yeryüzünde karışıklık çıkarmayın"[58] buyrulmaktadır. Bir suçla itham edilen insanoğlu tabiatı gereği (şayet o suçu ikrar edecek durumda değil ise) kendisini savunmak isteyecektir, söz hakkı almak isteyecektir ve söz hakkı onun temel haklarındandır.[59] Söz hakkının kısıtlanması, temel insanî hakların kısıtlanmasıdır, devletten adalet talep eden bir insanın bu anlamda muhtaç olduğu bir hakkının kısıtlanmasıdır ki bu, söz konusu ayet ile yasaklanmıştır.

Kur'an-ı Kerim'de geçen, peygamberler tarihine ilişkin kıssa ve hadiseler, İslam hukukunun usul ve kaidelerini oluşturmada yol gösterici olmuştur. Her ne kadar, bu kıssalar fıkıh âlimleri tarafından sarih ahkâm ayetlerinden hariç tutulmakta iseler de, kıssalardan temel nas ve ilkelere uygun olmak şartı ile içtihatlar çıkarılabilir, bu içtihatlar ile hukuka yardımcı ilkeler oluşturulabilir.[60] Bu anlamda, açıkça savunma hakkına işaret eden bir ahkâm ayeti olmamakla beraber, Hz. Yûsuf kıssasında, Hz. Yûsuf'un suçsuzluğunun ispatlanmasının anlatıldığı ayetlere, savunma hakkının

[57] Şuarâ 26/227.
[58] Şuarâ 26/183.
[59] Armağan, a.g.e, s. 133 vd.
[60] Abdullah Acar, *"Bir İçtihat Kaynağı Olarak Kur'an Kıssaları*", **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 9, 2007, s.97-152; Remzi Kaya, *"Kur'an-ı Kerim Kıssaları ve Düşündürdükleri***", Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi,** Cilt: 11, Sayı:2, 2002 s. 31-58.

kullanımına örnek olarak bakılmalıdır. Söz konusu kıssada, Hz. Yûsuf' a kralın huzuruna çıkması için elçi gönderilir. Ancak Hz. Yûsuf elçiye "Efendine dön de sor ona, 'Ellerini kesen o kadınların zoru neydi?" diyerek, hapisten çıkmadan önce suçsuzluğunun ispatlanmasını istemiştir.[61] Elçi Hz. Yûsuf'un bu sorusunu krala ilettiğinde kral, kadınları çağırarak onları sorgulamıştır. Kadınların "Hâşâ! Allah için, biz ondan hiçbir eğrilik görmedik" diyerek Hz. Yûsuf' un lehine beyanda bulunmaları üzerine, kralın karısı artık gerçeği açıklamak durumunda kalmış, Hz. Yûsuf'un suçsuzluğunu itiraf etmiştir.[62] Bu hadisede Hz. Yûsuf, hapishanede tutuklu olan bir müddei aleyh konumunda, kral ülkenin idarecisi olması sebebiyle yargı makamının da en üst merci olarak hâkim konumunda, elçi Hz. Yûsuf'un talebini hâkime iletmesi bakımından yasal vekili, kralın karısı davacı, ellerini kesmeleri olayından dolayı sorgulanan kadınlar ise şahit olarak değerlendirilebilir. Bu davada, Hz. Yûsuf, kendisine isnat edilen suçtan masumiyetinin ortaya çıkarılması için, kendisinin masum olduğuna dair tanıklık edecek kişileri şahit göstermiş ve şahitlerin dinlenilmesini talep etmiş, böylece geniş anlamıyla savunma hakkını kullanmıştır.

Bir başka kıssada, aralarında anlaşmazlık çıkan iki kişi Hz. Davut' a gelir. Hz. Davut içlerinden davacı olanı dinler, dinlediği olay üzerine hiddetlenir ve davalının savunmasını dinlemeden aleyhinde hüküm verir. Bu hükmün hak ve adalete aykırı olduğu ortaya çıkınca, Hz. Davut Allah'tan af diler, bunun üzerine kendisine konuyla ilgili ayetler nazil olur[63]

İslam hukukunda cezalandırma yapılırken suç teşkil eden fiili işleyenin niyeti dikkate alınır, çünkü İslam ceza hukukunda kabul edilen ilkeye göre; ameller niyetlere göredir.[64] Örneğin, kasıtlı öldürmekle hatayla öldürmenin cezası farklıdır.[65] Rızası olmaksızın cinsel saldırıya uğradığında kişi zina suçunu işlemiş olmaz.[66] Meşru müdafaa halinde nefsini müdafaa ederken suç işlemek zorunda kalan kişi işlediği

[61] Yûsuf 12/50.
[62] Yûsuf 12/51.
[63] Bkz. Sâd 38/21-26.
[64] "Şüphesiz Allah, ümmetimin üzerinden hata, unutma ve yapmaya zorlandıkları şeyin hükmü (cezası) kaldırılmıştır." Buhârî, Talâk 2, İlim 44; İbn Mâce, Talâk 16-20; "Ameller, ancak niyetlere göre değerlendirilir" Buhârî, İman 41; Müslim, İmâre 155; ayrıca bkz. Bakara, 2/ 284.
[65] Hatayla adam öldürme suçunda kısas uygulanmaz. Bkz. Nisâ 4/ 92.
[66] Hz. Peygamber ve Hz. Ömer rızası olmadan ırzına geçilen kadınlar için zina cezasını uygulamamıştır. Bkz. Ebû Dâvûd, Hudud, 8; Tirmizî, Hudud, 22.

suçtan dolayı sorumlu tutulmaz.[67] Söz konusu durumlarda kişinin alacağı cezayı etkileyen faktör, fiili işlerken taşıdığı niyetidir. Öyleyse bahsi geçen hususların ortaya çıkması için kişinin iddia olunan fiili işlerken sahip olduğu niyetini ifade etmesi gerekir. Zira hiç bir hâkim suç işleyen kişinin bu suçu işlemekteki niyetini kendi kanaati ve şahsî bilgisi ile anlayamaz, ölçemez, tartamaz. Zaten hâkimin belki de ilk kez gördüğü, mahkemede önüne gelen kişi hakkında yorum yaparak suçluya 'sen bu suçu hatayla işlemişsindir' gibi bir yaklaşımda bulunması, akla mantığa ve adaletli hükmün gereklerine uymaz. Hayatın olağan akışına uygun olan, suçla itham edilen kişinin bu fiili işlemekteki niyetini bizzat kendisinin anlatmasıdır. İddia karşısında kişinin, suç işlemeye kastı olup olmadığını, nefsi müdafaa üzerine olup olmadığını, bu fiili işlerken rızasının olup olmadığını anlatabilmesi ancak mahkemede söz alabilmesi, savunma hakkını kullanarak kendini ifade etmesi ile mümkündür. Bu açıdan bakıldığında İslam hukukun önemli ilkelerinden olan ameller niyetlere göredir ilkesine işaret eden ayet ve hadisler, savunma hakkının mevcudiyetini ve kapsamlı bir şekilde uygulandığını ispatlar.

2.2. İçtihat ve Doktrinde Savunma Hakkının Mevcudiyeti

İslam topraklarında hâkimlik görevini yapan kişiler, Hz. Peygamber'in savunma hakkına önem verilmesi yönündeki ikaz niteliğindeki hadisi şeriflerine uyarak, savunma hakkına riayet etmişlerdir. Bu doğrultuda, öncelikle Hulefa-i Raşidin'in uygulamaları ve içtihatları savunma hakkının İslam ceza hukukundaki mevcudiyetini kanıtlamakta önemli rol oynar. Zira İslam hükümlerini aslına uygun ve en güzel şekliyle büyük bir ihtimamla uygulamış olan dört halifenin tatbikat ve beyanları Kur'an ve Sünnetten sonra en önemli kaynaklardır. Dört halife içerisinde özellikle, adaletiyle anılan Hz. Ömer'in uygulamalarında savunma hakkına yer verildiği görülmektedir. O'da Hz. Peygamber gibi tek taraflı hükme varmamış, soruşturma yaparak iki tarafı dinleyerek hükme varmıştır.[68]

---

[67] Tirmizî, Diyât, 22.

[68] Hz. Ömer hac mevsiminde insanları toplayıp, "Ben valilerimi size zulmetsinler diye göndermedim, onları aranızda adaletle hükmetsinler diye gönderdim. İçinizde onlardan haksız muameleye maruz kalan varsa kalksın.' deyince, insanlardan biri, 'Falanca vali bana yüz kırbaç vurdu"' diyerek şikâyetçi oldu. Hz. Ömer önce valiye, "Ona niçin vurdun?" diyerek sordu, böylece valiyi şikâyetten dolayı sorguya çekip, savunma hakkını kullanmasına müsaade etti. Bkz. Muhammed Faruk Nebhan, **İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları** (çev.: Servet Armağan), Sönmez Neşriyat, İstanbul 1980, s. 170.

Hz. Ömer, Basra valisi/kadısı Ebu Musa el- Eş'ari'ye gönderdiği "Risaletü'l-kadâ"[69] adını verdiği mektupta şöyle demiştir: "Sana iki kişi bir iş gelince, onların söylediğini iyi anla ve dinle. İnsanlar arasında davranış, muamele ve hükümlerinde eşit ol." bu ifadelerle uyarılan hiç kimse, önüne gelen uyuşmazlıkta tek tarafı dinleyerek yahut kendisine gelen bir haber ile doğrudan soruşturmaya başladığında, suçluyu dinlemeksizin hükme varamaz. Hz. Ömer'in bu sözünün manasının, davadaki tarafların her birinin konuşmasını dinle, maksadını anla demek olduğu da söylenmiştir.[70]

Dört halife devrinden sonra, Emevi halifesi Ömer b. Abdilaziz, hâkimlerinden birine gönderdiği talimatnamede, "Sana tek gözünün çıkarıldığı iddiasıyla gelen bir davacı hakkında ona işkence edilerek gözü çıkarılmış diye hükmetme, belki diğer şahsın iki gözü de çıkarılmıştır." diyerek, tek taraflı beyan ile hükmetmeyi yasaklamış ve savunma hakkının önemine değinmiştir.[71]

İslam hukukçuları, davanın taraflarının duruşmada hazır bulunması hususunda ısrarla durmuşlardır.[72] Fıkıh âlimlerine göre, davalının çağrıldığı duruşmada bulunması bir görev, kendini savunması bir haktır.[73] Hz. Peygamber'in davalının beyanının sorulması ile ilgili ikaz niteliğindeki hadisi nedeniyle İslam hukukçularının çoğunluğu davalının gıyabında hüküm verilemeyeceğine kanaat etmişlerdir. Buna göre, davalı mahkeme yeri ile aynı bölgede ise, Şâfiîler hariç çoğunluğa göre davalının gıyabında hüküm verilemez.[74] Hatta davalının kendi isteği ile mahkemeye gelmediği durumlarda, Hanefiler, davalının mahkemeye zorla getirilmesi ve yine mahkemeye gelmezse davalının yerine vekil tayin ederek onun haklarını koruyacak

[69] Bu mektup Kur'an ve Sünnetten sonra yargılama usulü hukukunun temelini oluşturan kaynaklardan sayılan, çok önemli bir talimatnamedir. Risaletü'l-kaza isimli bu mektup, hâkimin uyması gereken ilkeleri kapsamlı bir şekilde ortaya koymuştur. Pek çok fıkıhçının edebü'l-kâdî kitaplarında ve/veya bölümlerinde bu mektuptan önemle bahsedildiği görülebilir. Örneğin Bkz. el-Mâverdî, **el-Ahkâmü's-sultâniyye ve'l-vilâyâtü'd-dîniyye** (nşr. Hâlid Abdullatif el-Uleymî), y.y, Beyrut 1999, s. 139-140; Mektubun orijinal dilinde ki tam metnine yer veren yakın dönem eserlerinden biri için bkz. Fahrettin Atar, **İslam Yargılama Hukukunun Esasları,** Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 355; Türkçe tam metni için bkz. Fahrettin Atar, Fahrettin Atar, **İslâm Adliye Teşkilâtı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi),** Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları Ankara 1999, s. 75;

[70] es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 87.

[71] Bkz. Atar, İslam Adliye…, s. 186.

[72] Ayrıntılı bilgi için bkz. Atar, İslam Yargılama…, s.271 v.d.; Hanefi fıkıh kitabı el-İhtiyar'da "Hazırda bulunmayan bir davalı aleyhine hüküm vermenin bir manası olamaz. Ancak onun yerine geçen biri olursa, hüküm verilebilir. Onun yerine geçen ya kendisinin vekâlet verdiği vekildir, ya da Şer'-i şerifin salahiyet verdiği ve kadı tarafından tayin edilmiş olan vasidir." denilmiştir. Bkz. Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd el-Mavsılî, **el-İhtiyar li-Ta'lîlî'l-Muhtar**, (çev.: Mehmet Kesin) 4 c., Ümit Yayınları, İstanbul 1998, II, s. 108-109.

[73] es-Serahsî, a.g.e, XVII, s. 29-30.

[74] Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıdaki başlık "*4.5.1.1. Duruşmada hazır bulunma hakkı".*

bir kişi görevlendirilmesi ve bunun ardından hüküm verilmesi gerektiği görüşündedirler.[75] Fakihlerin davalının gıyabında hüküm vermemek hususundaki bu ihtimamı, tarafların iddia ve savunma haklarını tam manasıyla kullanabilmelerinin ancak duruşmada hazır bulunmaları ile mümkün olmasındandır.

İslam devletlerinin mahkeme kararları da savunma hakkının mevcudiyetini ve usulünü gösterir mahiyette kaynaklardır. Ancak ne yazık ki, İslam tarihinin asırlar boyunca oluşturduğu teamül ve mahkeme içtihatlarının tamamı bugüne kadar ulaşmamıştır. Emeviler, Abbasiler devirlerinden itibaren mahkeme tutanakları tutulmaya başlanmış olsa da, bu tutanakların bir kısmı çeşitli sebeplerden yok olmuş, harplerde kaybolmuş, yeterince korunamamıştır.[76] Ancak İslam uygarlıkları içerisinde en büyük topraklara ulaşmış ve asırlarca hükmünü sürdürmüş olan Osmanlı devletinin mahkeme tutanaklarına günümüzde erişilebilmektedir. Hanefi hukukunu büyük bir ihtimamla geliştirilip uygulayan, Osmanlı mahkemelerinin uygulamalarında ve içtihatlarında savunma hakkına riayet edildiği bugün elimize ulaşan şer'iyye sicillerinde görülmektedir.[77] Şeriyye sicillerinde, ilk olarak davacının iddia ettiği dava konusu anlatıldıktan sonra, "gıbbe's-sual ve akibe'l-inkar…" denilerek, davalıya iddianamenin sorulduğu ve davalının iddiayı inkar ettiği hususu tutanaklara kaydedilirdi, eğer kişi iddianameyi kısmen kabul, kısmen reddederse, bu da açıkça yazılırdı.[78]

[75] Mecelle, md. 1618, 1791.
[76] Armağan, a.g.e, s. 28.
[77] Abdülaziz Bayındır, **İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması),** Süleymaniye Vakfı Yayınları, İstanbul 2015, s. 29-31.
[78] Bayındır, a.g.e, s. 29-31, 261.

İKİNCİ BÖLÜM

1. İSLAM CEZA HUKUKUNDA MUHAKEME USULU BAKIMINDAN SAVUNMA HA KKI

Ceza hukuku bağlamında savunmadan bahsedebilmek için elbette öncelikle bir davanın, bilhassa bir ceza davasının var olması gerekmektedir. Zira hukuken geçerli sayılan bir dava mevcut olmadan, kişilerin yetkili makamlar önünde ortaya koymadığı iddia, hukuken geçerli bir iddia niteliği taşımayacağından ceza hukuku anlamında savunmanın ortaya çıkması mümkün değildir. Öyleyse savunma hakkının usulen varlığı, hukuken geçerli şekilde açılmış bir dava ve yetkili makamlar önünde veya bizzat yetkili makamın kendisi tarafından ortaya konmuş bir iddia gerektirir. Hukuken geçerli bir davanın mevcudiyeti için gerekli şartlar, geçerli bir iddia için gereken şartlar ve iddianın götürüleceği makamların hangilerinin yetkili olacağı gibi meseleler Usul Hukuku ilminin konularıdır. Ayrıca savunma hakkının dava sürecindeki yerini, kapsamını ve sınırlarını belirleyen, kimler tarafından ne şekilde kullanılabileceğini düzenleyen objektif ve sistematik kurallar da usul hukukunun çalışma alanındadır. Bu bölümde usul hukuku nezdinde savunma hakkı incelenecek, böylece savunma müessesesinin usulü ele alınacak, savunmanın muhakeme sürecindeki yerinden, savunma hakkının hangi usul ve şartlarda ve nasıl kullanılabileceğinden, sınırlarından ve kapsamından bahsedilecektir.

1.1. İslam Ceza Muhakemesi Usul Hukukuna İlişkin Bilgiler

Savunmanın usulü konusu, usul hukukunun çalışma alanındadır. Savunmanın usulüne ilişkin esaslara geçilmeden önce usul bilgisine, bilhassa “dava” kavramına, dava sürecini açıklayan “muhakeme” kavramına ve muhakeme usullerini açıklayan “muhakeme usul hukuku” tanımına ve bu hukuk dalına ilişkin bazı temel bilgilere değinilmesi lazım gelmektedir.

Ceza yargılaması bir iddia ve bu iddianın görüleceği davanın varlığı ile başlar. Sözlükte dava, insanın iddia ettiği şey olarak tanımlanmıştır.[79] Dava, Mecelle'de şu şekilde yer almıştır: "Dava, bir kimse, diğer bir kimseden huzur-i hâkimde hakkını talep etmektir."[80] Buradaki "hak" kelimesiyle hem hakkın tespiti ve temini, hem de haksız taleplere karşı kişinin hukuken korunması ve hakkının ihlâlinin önlenmesi kastedilir.[81]

İnsan, bir başkası tarafından ihlal edilen veya tehlikeye sokulan haklarını elde edebilmek için mahkemeye başvurmak veya haksız bir talep yahut haksız bir muamele ile karşı karşıya kalması halinde hukuk kuralları çerçevesinde mahkemeden koruma istemek hakkına sahiptir, bu hakka dava hakkı denilir. Dava hakkı, en temel insan haklarındandır.[82] Bu hakkın kullanılarak davanın açılması sonrasında dava sürecinin sağlıklı olarak işlemesi, adaletli bir yargılama için elzemdir. Bir davanın mahkemede dinlenip sonuca bağlanması işlemine murâfaa, muhâsame ve daha yaygın bir tabirle muhakeme adı verilir.[83] Muhakemenin sağlıklı ve adaletli şekilde işlemesi belli bir takım objektif ve sistematik kurallar ile sağlanır. Bu objektif ve sistematik kurallar Muhakeme Usulü Hukukunu oluşturur. Kısaca, yargılama (muhakeme), hukukî bir çekişme içindeki iki tarafın mahkeme önünde talep ve delillerini serdetmesi, bir dava sırasında mahkemelerin uymak zorunda olduğu usul kurallarının tamamı ise yargılama usulüdür. Klasik fıkıh kitaplarında yargılama, yani muhakeme için Türkçe' de "kaza" şeklinde telaffuz edilen "kadâ" kelimesi kullanılmıştır. Kaza kelimesi, bir fıkıh terimi olarak ibadet ve muâmelât alanlarında farklı anlamlarda kullanılır. Muâmelât alanında kaza, "yargı kararı" ve "yargılama hukuku" anlamına gelir.[84] Mecelle'de ise "hüküm ve hâkimlik" şeklinde tanımlanır.[85] Klasik fıkıh literatüründe yargılama yapmak ve karar vermek üzere tayin edilen memura "kadı" verdiği karara "kazâ", kadının yargılama esnasında uymakla yükümlü olduğu yargılama usulü kurallarına "edebü'-kâdî" veya "edebü'l-kazâ"

[79] İbn Manzur, Ebu'l-Fadl Cemaluddin Muhammed, **Lisanu'l-'Arab,** Daru Sadr, Bulak 1308, XIV, 257.
[80] Ali Himmet Berki, **Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye),** Hikmet Yayınları, İstanbul 1978, Mecelle md. 1613.
[81] Cevdet Yavuz, "*Dava*", **D.İ.A**, Cilt: 9, İstanbul 1994, s. 12-16.
[82] Davanın İslam Hukukunda kabul edilen en temel haklardan olması ile ilgili deliller için bkz. Atar, İslam Adliye…, s. 34- 40
[83] Yavuz, "*Dava*", **DİA**, s. 12.
[84] Atar, İslam Yargılama…, s. .21.
[85] Mecelle, md. 1784.

denilir.[86] Usul hukuku, klasik fıkıh kitaplarında "dava, deâvî, beyyinât, kazâ, akziye" gibi başlıklarla ayrı bölümler halinde ve bu alanda "edebü'l-kâdî - âdâbü'l-kazâ" türünde yazılan müstakil eserlerde incelenmiştir. Hanefî mezhebinde: Hassâf ve Cessâs'ın *Edebü'l Kâdî* adlı eserleri ile Trablusî'nin *Muînü'l hükkâm* adlı eseri, Şâfiî fakihi Mâverdî'nin *Edebü'l Kâdî* adlı eseri, Malikî fakihi İbn Ferhûn'un *Tabsıratü'l Hükkâm* adlı eseri, Hanbelî fakihi İbn Kayyim el- Cevziyye'nin *et-Turuku'l hukmiyye fi's siyâseti'ş şer'iyye* adlı eseri yargılama hukuku alanında en meşhur eserlerdir.[87]

Muhakeme usulü hukuku esas itibariyle elbette Kur'an'a ve Hz. Peygamber'in (s.a.v) uygulamasına dayanır. Kur'an-ı Kerim'de yargılama hukukuna dair bazı genel ilke ve amaçlar belirlenmiştir.[88] Buna göre yargılama ve hüküm vermede temel amaç hak ve adaletin tesisidir ki bu amaçla bir takım ilke ve tedbirlerden bahsedilmiştir.[89] Ancak muhakeme usulüne ilişkin ayrıntılı hükümler getirilmemiştir. Zira bir mahkemenin nasıl işleyeceği hususu hukuk ilminin bir alt dalı olarak, yalnızca hüküm verme yetkisine ve hukuk ilmine sahip kişilerin muhatap ve sorumlu olacağı bir konudur. Dolayısıyla İslam muhakeme usulü hukukunun kurallarının geniş ve kapsamlı kaynağı Hz. Peygamber'in sünnetidir. Zira, Hz. Peygamber'in sünnetinde dava, ispat, savunma ve hükme varma ile ilgili birçok uygulama örneği bulmak mümkündür. Çünkü Resul-i Ekrem'in bir peygamber ve devlet başkanı olarak özellikle Medine döneminde yargılamada bulunduğu bilinmektedir. Devlet başkanı, hâkim, üst yargı mercii sıfatlarıyla birçok dava dinlemiş, hükme bağlamış, ihtilâfları gidermiştir. Elbette bu yargılamalar esnasında pek çok usul ilkesini uygulayıp ortaya koymuştur. Hz. Peygamber'in uygulamasına göre İslam ceza muhakemesi usulünde, hâkimin davada iki tarafı da dinlemesi, açık ve eşit şartlarda yargılaması, objektif verileri ve tarafların mahkemede ileri sürdükleri delil ve izahları esas alması gibi birtakım ilke ve tedbirler mevcuttur[90].

Usul hukukunun en önemli öğelerinden birisi olan dava ve onunla başlayan muhakeme süreci, fıkıh kaynaklarında ilk dönemlerden itibaren ele alınmış ve

[86] Fahrettin Atar, *"Kaza"*, **D.İ.A**, Cilt: 25, yıl: 2002, s. 113-117.
[87] Edebü'l-kâdî türündeki eserler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atar, İslam Yargılama…, s.62.
[88] Bkz. Nisâ 4/58; Mâide 5/8, 42; Şûrâ 42/15
[89] Bkz. Bakara 2/188, 282
[90] Bkz. Müslim, Akziye, 1-5; Ebû Dâvûd, Akziye, 6-7, 9, 16, 21; Tirmizî, Ahkâm, 12.

incelenmiştir. Ayrıca İslamiyet'in yayılması ile geniş bir coğrafyada İslam hukukçuları yetişmiş ve çalışmalar yapmıştır. Bu çalışmalar sayesinde, coğrafyalar büyüyüp, devletler değiştikçe genişleyen bir hukuk doktrini oluşmuştur. İçtihat ve doktrin, bu hukuk dalının, Kur'an ve Sünnetten sonra gelen diğer kaynaklarıdır.

Geçerli bir dava olabilmesi için davada bulunması gereken şartlar, davanın açılması, iddia ve savunmanın ne şekilde olacağı, tarafların beyan ve delillerinin değerlendirilmesi gibi muhakeme sürecine ilişkin esaslar Muhakeme Usulü Hukukunun en önemli konularıdır. Dolayısıyla muhakeme usulü hukukunu bilmek, kaynaklarını ve tarihi gelişimini, hangi tür eserlerde bulunabileceğini bilmek demek, savunma müessesesinin usulünü, kaynaklarını ve hangi eserlerde bulunabileceğini bilmek demektir.

1.2. İslam Ceza Muhakemesi Usul Hukukunda Savunma Hakkının Yeri ve Önemi

Muhakemenin olmazsa olmazı savunmadır. Bizzat mahkemenin kendisi, savunmayı dinlemek için vardır. Hatta mahkemenin ve özellikle duruşma müessesesinin kurulmasının ve var olmasının amacı savunmayı dinlemektir denilebilir. Zira böyle olmasa idi; savunmanın dinlenilmesine ihtiyaç görülmediğinden mahkeme teşkilatının hazırlanmasına gerek olmayacak, tarafların karşılaştığı duruşma kavramı ortaya çıkmayacaktı. Böylece herhangi bir mahkeme teşkilatı kurulmaksızın, karar vermeye yetkili olan makam, kendisine gelen şikâyetleri yahut kendisinin ortaya koyduğu iddiaları, yine kendi karar mercii içinde değerlendirecek ve sonuca bağlayacaktı. Dolayısıyla aleyhinde bir iddia var olan kişi muhtemelen bu iddianın varlığından dahi haberdar olmaksızın, cezaî hükme çarptırılacaktı. Böyle bir ceza yargılaması sisteminin adaletle hükmetme düsturu ile bağdaşmayacağı kesindir. Akla ve mantığa, hakka ve hakkaniyete uygun olan ceza yargılaması sistemi, aleyhinde bir iddia olan kişiyi bundan haberdar etmek, iddianın muhatabını huzura çağırmak, ona iddiayı açıklamak ve bu iddia karşısında söyleyeceklerini dinlemekle olur. İslam hukukuna göre ceza muhakemesi usulü işte bu çizgi üzerine kurulmuştur.

Hz. Peygamberin hâkim sıfatı ile yargılama görevinin başındayken, bir kişi hakkında bir iddia öne sürüldüğünde muhakkak duruşma yaptığı ve aleyhinde iddia olan kişiyi dinlediği görülmektedir.[91] Özellikle çekişmeli iki tarafın bulunduğu yargılamada davacının tek taraflı iddiası üzerine hüküm verilemeyeceğine dair hadisler mevcuttur.[92] Hz. Peygamber görevlendirdiği kadıları bu yönde uyarmıştır.[93] Bu nedenle, sahabi ve tabiinden görevli ve yetkili kişilerin ve daha sonraki dönemlerde kurulan bütün İslam devletlerindeki yargılama makamlarının, cezaî muhakemelerde, duruşma müessesesine ve aleyhinde iddia olanın dinlenilmesi ilkesine riayet edilmiştir.

İslam ceza muhakemesi usulünde muhakeme süreci, iddianın oluşması, bu iddiaya karşı savunma ve ikisinin tahlili olan hüküm kısımlarından oluşmaktadır. Bu üç ana bölümden olan savunma, eksikliği halinde hükmü adaletten yoksun ve geçersiz kılacak kadar önemlidir. Zira savunma dinlenilmeden varılan karar, tek taraflı beyan ve belgelere dayanarak hâsıl olmuş olan kanaattir. Oysa tek tarafın beyanları ile oluşmuş olan kanaat, maddî gerçeği yansıtmayacaktır. Nasıl iddia olmadan muhakeme başlamazsa, savunma olmadığında da hükme varılamaz. Velhasıl muhakemenin amacı maddî gerçeğe, hakka ve adalete riayet eden hükme ulaşmak ise, savunma olmaksızın verilen hüküm, muhakkak yanlıştır, eksiktir. Savunma olmadan kişi aleyhinde ileri sürülen iddia hükme bağlanırsa, bu hükmün bozulması gerekir. Çünkü çekişmeli davada aleyhinde iddia var olan kişinin dinlenilmesi usul kuralıdır. Bir şeyin usul kuralı olması, onun yokluğu halinde hükmün usul kurallarına aykırılık nedeniyle bozulması gerekliliğini doğurur. Söz gelimi bir yargılamada yetkili makam tek taraflı beyanlar ile hükme vardı ve iddia sahibini dinledi fakat iddianın muhatabını dinlemeden cezaya hükmetti ise, cezaya hükmolunan kişi bir üst merciiye, karara varılırken usul kurallarına riayet edilmediği gerekçesiyle kararın bozulması için başvurabilir.[94] Böyle bir durumda üst merci, belirlenen usul

[91] "Resulullah (s.a.v) Efendimiz, iki hasım (davacı ile davalı) hâkimin huzurunda oturmuş bir halde iken hüküm vermiştir." Ebû Dâvud, Akziye, 8.
[92] Resulullah'ın (s.a.v) şöyle buyurduğu bildirilmiştir: "Ya Ali! İki hasım (davalı ile davacı) senin önünde oturdukları zaman, birini dinlediğin gibi diğerini de dinlemedikçe sakın aralarında hükmetme (bir karar verme). İşte gerçekten sen böyle yaptığın takdirde hüküm sana tam anlamıyla tebeyyün etmiş olur, açıklığa kavuşmuş bulunur." Ebû Dâvud, Akziye, 6.
[93] Bkz. Tirmizî, Ahkâm, 5.
[94] Atar, İslam Adliye…, s. 51.

kurallarına uyulup uyulmadığına bakarak önüne gelen dosyadaki hükmü bozma yetkisine sahiptir.[95]

Özetle, İslami esaslara göre cezaî yargılama yapılan ilk muhakemeden itibaren, muhakeme süreci savunmanın dinlenilmesi ilkesi üzerine kurulmuştur. İslam muhakeme usulü hukukuna göre dosya üzerinden cezaî yargılama mümkün değildir. Özellikle çekişmeli yargı için duruşmalı usulde yargılama esastır, mahkemenin ve duruşmanın amacı ise savunmayı dinlemektir. Dolayısıyla muhakemenin üç ana bölümünden olan savunma adaletli bir hüküm için olmazsa olmazdır. Bu nedenle savunma dinlenilmeksizin varılan hüküm, İslam ceza muhakemesi usulü kurallarına uymaz, haklı bir temyiz sebebidir ve bozmayı gerektirir.

1.3. Usul Hukukuna Göre Kişiler İçin Savunma Hakkının Doğuşu

Savunma hakkının mahkeme sahnesine çıkabilmesi için, geçerli bir ceza davasının açılması ve muhakeme sürecinin başlaması gerekir. Usul hukukuna göre geçerli bir davanın mevcut olabilmesi için öncelikle, dava şartlarının sağlanması gerekir.

İslam hukukuna göre bir davanın geçerli bir dava sayılabilmesi için bazı belirlenmiş şartlara sahip olması gerekir.[96] Bu şartlar olmadan hâkim bu davayı dinleyemez, inceleyip hükme bağlayamaz. Davanın şartları bir meselenin taraflar arasından çıkıp dava vasfını kazanarak, mahkeme heyetince dinlenebilir ve incelenip hükme bağlanabilir olması için gerekli şartlardır. Bunlardan ilki dava konusuna ilişkin şartlardır ki bunlar; dava konusunun malum, mümkün, muhtemel ve meşru olmasıdır.[97] Dava konusunun mâlumluğu, dava konusu hak ve menfaatin taraflarca ve mahkemece açıkça bilinmesi şartıdır ki bu bilinirlik hukuk davalarında ve suç isnadı davalarında farklı ölçülerde ele alınabilir.[98] Dava konusunun mümkünlüğünden kasıt,[99] akla ve mantığa uygun, adalet ve hakkaniyete göre mümkün olması, muhtemelliğinden kasıt davacının muhtemel bir hakkına dayanması, ispatı halinde davalıyı bir yükümlülük altına sokması, meşruluğundan

[95] Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda ki başlık "4.6.4. Hükmü temyiz etme hakkına sahip olma."
[96] Atar, İslam Yargılama…, s. 194.
[97] Bayındır, a. g. e, s. 127 vd.
[98] Mecelle, md. 1620, 1621, 1622, 1624, 1627.
[99] Mecelle, md. 1629.

kasıt ise bu dava çeşidinin tanınmış olması, yani bu davada aranan hakkın yahut isnat edilen suçun hukuken tanınmış olmasıdır.[100]

Diğer bir dava şartı davanın taraflarının oluşmuş olmasıdır. Davanın tarafı olabilmek için gerçek ve tüzel kişilerin vücut ehliyetinin bulunması ve taraf (husumet) sıfatına sahip olması gerekir.[101] İddia makamı davanın oluşan ilk tarafıdır. İddia makamı olmaksızın geçerli bir dava düşünülemez. Hukuk davalarında iddia makamı (müddei), uyuşmazlık konusu hakkın sahibi olduğunu ileri süren kişidir. Dava ancak bu kişi veya kanuni temsilcisi tarafından açılabilir. Hukuk hâkimi resen herhangi biri adına dava açamaz, yürütemez. Ancak ceza davalarında hâkim müddei olmaksızın muhakemeye başlayabilir.[102] Çünkü ceza davalarında kural olarak herkes iddia makamını teşkil edebilir. Bu tür davalarda iddia makamını toplumun her ferdi oluşturur, iddia makamını yani toplumu temsilen, toplum adına adaleti yerine getirmekle yükümlü olan mahkemeler; davayı resen açar ve usule uygun şekilde muhakeme ettikten sonra hüküm verir. Görüldüğü gibi resen açılan ve yürütülen ceza davalarında iddia makamı bizzat mahkemenin kendisidir, zira mahkemenin iddia makamı vasfı toplumu temsil etme yetkisi ve vazifesinden gelmektedir.[103] Söz konusu resen dava açma ve yürütme yetkisinin istisnası vardır. Kısas ve kazif gibi kul haklarının ağırlıkta olduğu hakların ihlali söz konusu olduğunda, hakkı ihlal edilen kimsenin şikâyeti olmaksızın resen yargılama yapılamaz, ceza yargılamasına başlanabilmesi için bizzat hakkı ihlal edilen kişi veya kanuni temsilcisinin şikâyeti gerekir.[104]

Takibi şikâyete bağlı suç tiplerinin mevcut olduğu ceza yargılamasında iddia makamı, bizzat hakkı ihlal edilen kişidir. Davanın diğer tarafı, iddia makamının üzerinde hak iddiasında bulunduğu kimsedir ki ona "müddei aleyh" denir. Davanın taraflarının davacı ve davalı olarak adlandırılması da mümkündür. Genel olarak davacı "bir hakkı iddia eden", davalı da "aleyhinde iddiada bulunulan" taraf demektir. Tarafların yani davalı ve davacının doğru tespiti meselesi usul hukuku

[100] Bayındır, a. g. e, s. 125.
[101] Ahmet Akgündüz, *"Husumet"*, **DİA**, cilt: 18, yıl: 1998, s. 417-418.
[102] Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukuk-u İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu**, Bilmen Yayınevi İstanbul 1985, VIII, s. 229; Celal Erbay, **İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1999, s. 29, 35.
[103] Benzeri bilgiler için bkz. Atar, İslam Adliye…, s. 184-185.
[104] Bkz. Ebû Dâvûd, Diyat 10; Tirmizî, Diyat 6, 13.

açısından önemlidir. Çünkü davacı ve davalı sıfatları ispat mükellefiyeti ve savunma hakkının kimde olduğunu belirler.

Davacı ve davalı sıfatları süreklilik arz eden bir sıfat ve konum değildir, dava sonuçlanıncaya dek taraflar değişebilir. Taraf sıfatlarının yön değiştirmesi ile ispat yükümlülüğü ve savunma hakkı da bu yeni konuma göre belirlenir. Dava sonuçlanıncaya kadar taraflar arasında yeni iddialar doğması mümkündür. Böyle bir durumda bir hakkı iddia eden anlamındaki davacı ve aleyhinde iddia ortaya konan anlamındaki davalı sıfatları, kişiler arasında yön değiştirecektir. Ortaya bir iddia koyan iddia makamı karşısında savunma yapan kişi yeni bir karşıt iddia ortaya koyduğunda, bu kez bu yeni iddianın muhatabı, ilk iddianın sahibidir ve ortaya çıkan yeni iddia için savunma makamı kendisidir. Öyleyse savunma hakkı, davanın tarafları oluştuktan sonra ilk olarak, hakkında iddia olan taraf için söz konusu iken, davanın seyrinde yeni iddialar ortaya çıkarsa bu yeni iddiaların yönüne göre taraf değiştirebilecektir.[105] Böylece davanın ilk iddiasının sahibi iddia makamı için de davanın ilerleyen aşamalarında savunma hakkı doğabilecektir.

Dava konusuna ilişkin şartlar tamam olmuş, davanın tarafları da oluşmuş ise ortada geçerli bir iddia söz konusudur ve bu iddianın muhatabına söz hakkı doğmuştur. İşte İslam ceza hukuku usulüne göre iddianın muhatabı kişiler için savunma hakkı bu aşamada doğmuştur. Kısaca savunma hakkı usulen, geçerli bir dava açıldığında, davanın taraflarının oluşması ve mahkemece geçerli bir iddianın ileri sürülmesi ile doğar. Söz gelimi iki kişi arasındaki husumet mahkemeye yansımadan, aleyhinde bir iddia olduğu gerekçesiyle kişinin mahkemeye başvurarak bu hususta savunma yapması hayatın olağan akışına ve mantığına aykırıdır. Kişinin yetkili makamlar önündeki hukuki anlamda söz söyleme hakkı olan, savunma hakkı, bu kişi aleyhinde bir iddianın geçerli ve gerekli usullerde mahkemeye taşınması ile başlar.

1.4. Usul Hukukuna Göre Savunma Hakkının Kullanımına İlişkin Esaslar

1.4.1.Ceza Yargılamasında Savunma Hakkına Haiz Kişiler

[105] Ayrıntılı bilgi için bkz. “4.4.1.Ceza Yargılamasında Savunma Hakkına Haiz Kişiler”.

Savunma hakkı yalnız iddia ve isnadın muhatabına tanınmış bir hak olmayıp aynı zamanda iddia ve isnatta bulunan tarafın da hakkıdır. Dolayısıyla hakkın hamili; ceza yargılaması için hem isnat eden (müddei/davacı) hem de isnadın muhatabı (müddei aleyh/davalı)dır.

1.4.1.1. Müddei aleyh/ Davalı

Hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde yazılı kaynaklar, savunma hakkı denildiğinde öncelikle aleyhinde suç şüphesi bulunan kişinin savunma hakkını ele alır ve düzenler. Çünkü savunma hakkı denildiğinde ilk akla gelen adlî yargılama karşısında savunma hakkına muhtaç kişi davalıdır.

Aleyhinde suç iddiası ile dava açılan kişi, hakkındaki suç iddiası kesin deliller ile kesinleşene ve mahkemece suçlu olarak nitelendirilinceye kadar savunma hakkını kullanabilir. Suç şüphesi kesin deliller ile sabit olup suçun sabit olduğuna mahkemece hükmedilince, bu kişi artık suçludur. Türk Ceza Hukukunda aleyhinde ceza davası açılan kimseye 'sanık, şüpheli'[106] ifadesi kullanılırken, suçun ispatlanması ve mahkemenin suçun sabitliğine karar vermesi ile artık bu kişiye 'suçlu'[107] sıfatı verilir. İslam Ceza Hukukunda da bu ayrım yapılmıştır. Suç şüphesi altındaki, hakkında ceza davası açılan kişiye 'müddei aleyh, davalı'[108] ifadeleri kullanılırken, suçun ispatlanması ve mahkemenin suçun sabit olduğuna karar vermesi ile kişiye 'cani, suçlu'[109] sıfatları verilir.

İslam ceza hukukuna göre müddei aleyh öncelikle ceza ehliyetine sahip bir kimsedir. Zira ceza ehliyetine sahip olmayan kimse suçlu olamayacağından herhangi bir suç isnat edilmek istenen müddei aleyh olarak ceza davasının tarafı olamaz. Bu bağlamda müddei aleyh, ancak yaşayan bir kimse olabilir. Zira ölüm ile kişilik son bulduğundan, cezaî ehliyette son bulur ve suçların şahsiliği prensibine göre suçlu

---

[106] Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılaması Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 141.

[107] Bahri Öztürk- Mustafa Ruhan Erdem -Veli Özer Özbek, **Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar,** Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 105.

[108] İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed el-Makdisî (ö.620/1223), **el-Muğnî ve'ş-Şerhu'l-Kebîr alâ Metni'l-Mukni'**, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1997. X, 22; İbn Ferhûn, Burhânüddîn Ebû'l Vefâ İbrahim b. Şemsüddîn Ebû Abdullah el-Mâlikî**, Tebsıratu'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdıye ve Menâhici'l-Ahkâm,** (Tahrîc ve Ta'lîk: Cemâl Maraşlı), Daru'l-Kütübi'l-Ilmiyye, Beyrut 1995, I, 105.

[109] İbn Muflih, Ebû İshâk Burhânüddîn İbrâhim b. Muhammed, **el-Mubdi' Şerhu'l-Mukni'**, (Tahkîk: Muhammed Hasan Muhammed), Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1997, VII, 210.

olma vasfı mirasçılara intikal etmez. Ayrıca insan olmayan varlıklar (canlı olsalar dahi) cezaî ehliyetleri olmadığından suçun faili olamayacağından müddei aleyh olamazlar.[110] Yine ceza ehliyetleri olmaması nedeniyle tüzel kişiler de herhangi bir suçun isnat edildiği müddei aleyh olamazlar çünkü tüzel kişilerin yalnız hukukî sorumlulukları vardır.[111] Bu bilgiler çerçevesinde müddei aleyh, ceza ehliyetine sahip olan ve uymakla yükümlü olduğu ceza normlarına uymadığı iddia edilen, henüz suç işlediği kesin delillerle ispatlanmamış olmakla beraber suç şüphesi altındaki kimsedir.

1.4.1.2. Müddei/ Davacı

Ceza yargılamasında genellikle savunma hakkının, yalnız davalı konumunda bulunan isnadın muhatabının hakkı olduğu yargısı akıllara yer edinmiştir. Oysaki savunma hakkı ceza yargılamasında tek tarafa ait bir hak değildir. İsnadın hem muhatabının hem de isnat edenin savunma hakkı haizdir. Ceza yargılaması seyrinde bazen karşı tarafa suç isnat eden davacının, bu kişi mağdur dahi olsa, savunma hakkına ihtiyacı olabilir.

Mağdur, genel bir tanım ile "ceza normları ile korunan ve suçla ihlal edilen ya da tehlikeye sokulan, hukukî varlık veya menfaatin sahibidir".[112] Daha kısa bir ifade ile suç oluşturan fiilden doğrudan doğruya zarar gören kişidir. İslam Ceza Hukukunda, daha genel bir kavram olan mağdur ifadesinin yerine daha çok, kendisine karşı suç işlenen anlamında mecniyyün aleyh[113] kavramı, ya da bazı belli suçlarda maktûl/katîl (öldürülen),[114] makzûf (kazf edilen)[115] ve mesrûku minh (malı çalınan)[116] gibi

---

[110] Ceza ehliyetine sahip olmayan canlı ya da cansız varlıklar suçun faili değil yalnız konusu olabilirler. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Ünal Yerlikaya, *"İslam Ceza Hukukunda Mağdur"* **Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,** Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 9.

[111] Şâmil Dağcı, **İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller**, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1999, s. 35; Ali Bardakoğlu, "*Ceza*", **DİA**, İstanbul 1993, VII, s. 475.

[112] Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 463; Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara 2005, s. 67; M. Fatih Dikici, **İcra-İflas Hukuku Ceza Hukuku Ceza Usul Hukuku,** Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 232.

[113] Bilmen, III/10, No:29

[114] el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd, **Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi'ş-Şerâi'**, (Tahkîk ve Ta'lîk: A. M. Muavvıd ve A. A. Abdulmevcûd), Dâru'l-Kütübi'l-Ilmiyye, Beyrut 1997, X, s. 241; en-Nevevî, Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref Ebî Zekeriyyâ, **Ravdatu't-Tâlibîn ve Umdetu'l-Muftîn,** 10 c., Dâru'l-Fikr, Beyrut 1995, VIII, s. 117.

[115] en-Nevevî, a.g.e, VIII, s. 429;

[116] el-Mâverdî, a.g.e, XIII, 335; el-Kâsânî, a.g.e, IX, 323.

terimler kullanılmıştır. Klasik İslam Hukuku kaynaklarında, mecniyyün aleyh[117] kavramının, kısas ve diyet gerektiren suçlarda, mağdur kavramına karşılık gelecek biçimde kullanıldığı görülmektedir.[118]

Mağdurun savunma hakkına ihtiyaç duyması için davalının kendisi hakkında yeni bir suç isnadı ortaya koyması gerekir. Bilindiği üzere; ceza yargısında bir kimseye suç isnat eden kişinin bu isnadına ve iddiasına karşın davalı, savunma hakkını kullanarak isnadı gidermeye bertaraf etmeye çabalar. Bu çaba, kendi lehine deliller ve beyanlar ile olur. İşte şüphelinin kendisine yönelik isnadı gidermekte kullandığı beyanları ve buna ilişkin ileri sürdüğü delilleri de birer yeni iddia ortaya koyabilir. Bu yeni iddialar da davacıya yöneltilen isnadı oluşturur. Dolayısıyla şüpheli de ortaya bir iddia koymuş, bir isnatta bulunmuş olur. Bu yeni iddianın muhatabı ise, asıl isnadın sahibidir yani davacıdır. İşte burada ortaya çıkan yeni iddia ve delillere karşı, bu kez asıl isnat sahibi savunma hakkını kullanmak ihtiyacını hissedecektir. Söz gelimi; bir kimsenin yaralandığı, kendisini yaralayan kişiden şikâyetçi olduğu bir durumda, şikâyetçi olan yaralanan, yaralama fiilinden mağdur olandır ve bu kimse davacıdır. İlk isnat, yaralama eylemidir. Davacı asıl isnadın sahibidir. Yaralama eylemini gerçekleştiren kişi davalı, aleyhinde iddiada bulunulandır (müddei aleyh). Davacı ve davalının mahkeme huzurundaki beyanları sırasıyla iddia ve savunmadır. Ancak yaralama eyleminde bulunan davalı kişi, şayet savunmasını yaparken, davacının kendisini öldürmek üzere olduğunu, bu nedenle kendini korumak için yaralama eylemine başvurmak durumunda kaldığını anlatırsa, ortaya yeni bir karşıt iddia çıkmış olur, bu karşıt iddia neticesinde bu kez, davacının savunma yapması gerekir. Bu durumda davacıya söz hakkı verilerek, davalının ifade ettiği üzere, davalıyı öldürmeye kastedip etmediği sorulacak ve öldürmeye kast iddiasına karşı savunması dinlenecektir. Bu örneğe benzer bir hadise Hz. Peygamber (s.a.v.) zamanında şöyle cereyan etmiştir; bir kimse dişinin kırıldığı gerekçesi ile davacı olarak Hz. Peygamber huzuruna gelip dişinin diyetini istemiştir. Davalı ise, davacı ile kavga ettiklerini, davacının bu kavga esnasında kendisinin elini ısırdığını, elini acıdan dolayı çekince davacının dişinin kırıldığını söylemiştir. Söz konusu olayda, davacı

[117] Mecniyyün aleyh kavramının tam anlamıyla mağdur kavramı kadar kapsamlı olmaması, genellikle bu kavramın kısas ve diyet suçlarından zarar görenleri kapsaması bakımından, çalışmada mecniyyün aleyh yahut diğer terimler yerine mağdur terimi kullanılmıştır.
[118] el-Mâverdî, a.g.e, XII, s. 200; es-Serahsî, a.g.e, XXVI, s. 154, 155, 156, 166.

olarak gelen şahsın dişinin kırılması bakımından bir suçun mağduru olduğu görülüyor. Ancak davalı savunmasını yaparken davacıya yönelik yeni bir iddia ortaya koyduğundan, bu kez davacı (davalının elini ısırıp ısırmadığı hususunda) savunma hakkına muhtaç oluyor. İki tarafta de dinlenildikten sonra Hz. Peygamber uygun gördüğü hükmü vermiştir.[119] Velhasıl bir ceza yargılamasında mağdurun/davacının da savunma hakkına ihtiyacı olabilir. Dolayısıyla mağduru/davacıyı savunma hakkının dışında bırakmak ve sanığa verilen savunma hakkı kapsamındaki haklarını davacıya teslim etmemenin mantıki bir açıklaması olamaz.

Pek çok hukuk sistemi savunma hakkı denildiğinde yalnız isnadın muhatabının yani davalının hakkını ele almaktadır. Türkiye Cumhuriyetinde şuan geçerli olan 4.12.2004 kabul tarihli 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu müdafaa başlığı altında yalnızca sanığın savunma hakkını düzenlemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, kanunda mağdurun savunma hakkının tanımlanmamış, daha doğrusu yazılmamış olması ceza yargılaması içerisinde mağdurun kendisine yöneltilen bir isnat olması halinde savunma hakkını ve savunma hakkından doğan diğer hakları kullanamayacağı anlamına gelmemektedir. Yani uygulamada mağdur/ şikâyetçinin de gerekli hallerde savunma hakkını kullanabilmesi mümkündür ancak bu hak kanunda yazılı olarak kendisi için tanımlanmamıştır.

İslam ceza hukukunda şayet davalı, davacıyla ilgili bir iddia ortaya koyarsa, bu yeni iddiaya karşı davacı da savunma hakkını kullanarak kendini savunabilir. Dolayısıyla İslam ceza hukukunda savunma hakkı, tek taraflı olarak yalnız sanığa tanınan bir hak olmayıp, mağdur/davacı taraf içinde tanınan ve korunan hakları kapsayan bir kavramdır.[120]

1.4.1.3. Müdafi

Ceza yargılamasında savunma hakkını kullanabilecek diğer kişi elbette hakkın hamilinin vekili/yasal temsilcisidir. Zanlının vekili için kullanılan müdafinin kelime

[119] Bkz. Ebû Dâvûd, Diyet, 22.
[120] İslam ceza hukukunda taraflar, tarafların davacı ve davalı sıfatlarının tespiti, buna göre ispat ve savunma hakkının yön değiştirmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yavuz, "*Dava*", **DİA,** s. 12-16.

anlamı müdafaa eden demektir. Müdafi sanık için savunma yaparken, mağdur vekili de mağdura yöneltilen bir isnat olması halinde mağdur için savunma hakkını kullanacaktır.

İslam hukukunun oluştuğu ilk dönemde, batı ülkelerinde olduğu gibi bir baro teşkilatı ve bu kuruluşa bağlı olarak çalışan avukatların bulunmadığı söylenebilir. Batı hukuku anlamında avukatlar belli bir hukuk eğitiminden geçtikten sonra belirli şartlara uyarak bulundukları yerdeki baro teşkilatlarına kaydolan ve kendilerine ait bürolarda görev yapan meslek erbaplarıdır ve geçimlerini böyle sağlarlar başka bir işle meşgul olmazlar. Batı hukuku anlamında teşkilatlanmış bir avukatlık müessesesi İslam hukukunda özellikle ilk dönemlerde görülmemektedir. Onun yerine vekillik müessesesi vardır ve batı hukukunda avukatların gördüğü vazifeyi İslam hukukunda vekiller yürütmüşlerdir. Vekiller, Avrupa hukuklarındaki teşkilatlanmış ve meslek haline gelmiş olan avukatların bütün özelliklerini haiz değillerdir, örneğin hepsinin almış olduğu standart bir hukuk eğitiminden bahsedilemez, ya da bağlı oldukları bir meslek kuruluşu yoktur. Vekil olabilmek için belli bir kuruma başvurmak belli belgeleri temin etmek zorunda değillerdir, büroları yoktur, genellikle mahkeme önünde kişiler ile buluşurlar, başka geçim kaynakları, sahip oldukları başka ilimler olabilir. Bu farklara rağmen vekillerin batı anlamında avukatlık mesleğinden mahkeme önünde bir farkı yoktur. Yürüttükleri yargı fonksiyonu ve amacı aynıdır, görevlerini yürütme usulü de aynıdır. İslam hukukunda vekiller de batı hukuku anlamındaki avukatlar gibi, genel olarak dava yürütme ve takip etme yeteneği ve ilmi diğer kişilere nazaran daha fazla olan kişilerdir ve yargılama sürecindeki temel gayeleri, yargılama sonucunda maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardım etmek, mahkemenin bu görevine hizmet edici ve kolaylaştırıcı şekilde davayı yönlendirmektir. Bu doğrultuda temel görevleri tarafların davalarını usule uygun şekilde açmalarına ve yürütmelerine yardımcı olmak, davalarını takip etmek, hak ve menfaatlerini savunmaktır. Bu esasla vekillik, yalnızca teşkilatlanma olarak farklı bir statüye sahip olan avukatlık mesleği ile gaye, görev ve usul bakımından aynıdır.

İslam hukukuna göre kişilerin davalarını tayin etmek amacıyla vekil tayin etmesi mümkündür.[121] Hz. Peygamberin bakmış olduğu davalarda vekillerin

[121] el-Kâsânî, a.g.e, VI, 22; Mecelle md. 1516.

müvekkillerinin davalarını takip ettikleri görülmektedir.[122] Örneğin bir cinayet davasında Hz. Peygamber maktulün vekillerini dinlemiştir.[123] İslam tarihinde ilk önce, Abbasiler döneminde vekillik bir meslek haline gelmiştir.[124] Abbasi halifelerinden, Muktedir Billah (908-932) zamanında Ebu Ali en- Nâkıd isimli bir şahsın avukatlık mesleğini icra ettiği, bu kişinin hapishanedeki tutuklularla görüşüp içlerinden suçsuz olanları tespit ettiği, bu kişileri yetkili makamlarda savunduğu ve müvekkillerinin serbest kalmasını sağladığı bilinmektedir.[125]

Hayatın olağan akışı ve mantığına göre herkesin davasını bizzat takip etmeye yönelik bilgi ve becerisinin olması imkânsızdır. Günümüz şartlarında, bir davası olan kişinin konuyla ilgili bilgi sahibi olması, araştırması, davasını kendisinin takip etmesi mümkündür ancak bir davanın hukuk usulünün inceliklerini bilmek ile kazanılabileceği yahut usule ilişkin bilgisizlikten dolayı kaybedilebileceği düşünülürse, kişilerin her ne kadar bilgiye ulaşabilmeleri kolaylaşsa da hukuk ilmine sahip kişilerce davaların yürütülmesinin muhakkak ki faydası fazladır. Günümüzde hal böyle iken, bundan asırlar önce, insanların çoğunluğunun okuma yazma bilmedikleri göz önüne alındığında, kişinin hakkını talep edebilmesi yahut hakkının ihlal edildiğini ifade edebilmesi, gerek ispat yükümlülüğünün altından kalkabilmesi gerekse suçsuzluğunu ortaya çıkarabilecek ölçüde savunmaya ehil olabilmesi çok güçtür. Bu yargı faaliyetleri, bilhassa hukuk, kelam ve hatiplik bilgilerine haiz olmayı gerektirir ki, bu hemen herkeste kolaylıkla rastlanamayacak niteliklerdir. İşte bu nedenle, Hz. Peygamber'in *"*Sizlerden biri diğerine nazaran beni ikna etmede daha elverişli deliller ileri sürüp davasını daha güzel ve beliğ anlatabilir ve bende o beliğ sözlerin doğruluğuna inanarak, anlatılan ve işitilene göre hüküm verebilirim."[126] buyurmuştur. Bu hadis İslam hukukunda hem davalı hem davacı kişinin avukat, vekil tayine edebileceğine delil olarak yorumlanmıştır.[127]

İslam hukukuna göre vekillik müessesesinde, vekil tayin edilecek kişinin hukukçu olması şartı aranmaz ancak kişiler genellikle toplumda bu işleri bilen, dava takip

---

[122] es-Serahsî, a.g. e, XIX, 4.
[123] Bkz. Ebû Dâvûd, Diyet 8.
[124] İsâm Muhammed Şebaru, **el-Kadâ ve'l Kudat fi'l- İslam "el-Asrü'l- Abbasi",** y.y., Beyrut 1983, s. 52; Ayrıntılı bilgi için bkz. Atar, İslam Yargılama…, s.145-146.
[125] Şebaru, a.g.e, s.52.
[126] Buhârî, Ahkâm, 29.
[127] Bilmen, a.g.e, VI, s. 346; el-Mavsılî, a.g.e, II, s. 262.

etmeye ehil ve yetenekli, bu konuda ilim sahibi kimseleri vekil tayin etmek istemekteydi. Dolayısıyla çoğunlukla vekil tayin edilen kimseler belli bir ilme sahip kişiler olmaktaydı.[128] Hz. Ali'nin, hem davacı hem davalı sıfatıyla kendisi adına davalarını takip etmesi için kardeşi Akil b. Ebi Talib'i vekil ettiği, Akil yaşlanınca Abdulllah b. Cafer'i vekil tayin ettiği, bu iki şahsın da toplumda zeki olmaları ve hatiplik becerileri ile öne çıkan kişiler olduğu ve hazır cevap vermekte yetenekli oldukları bilinmekteydi.[129]

Genel olarak vekil eden ile vekâlet verilenin arasında ki ilişki genel vekâlet akdi kapsamında ele alınmıştır. Vekâlet akdinin geçerli şekilde kurulabilmesi için iki tarafında akit kurmaya ehil olmaları, ehliyet şartlarına haiz olmaları gerekir. Vekilin vekâlet vereni hangi konularda temsil edeceği hususu bilhassa vekâlet akdinde belirtilir. Bu vekâlet akdinin sınırlarını vekil eden tayin eder, vekil eden sınırsız yetki ile de vekili donatabilir. Bu akit ile davanın takibi işinin yapılması edimine karşılık vekile bir miktar ücretin ödenmesi hususunda taraflar anlaşabilir. Yani İslam hukukunda vekillik görevi, ücret mukabilinde yapılabilir.[130] Bu ücreti taraflar belirleyebilir yahut rayice göre sonradan belirlenebilir. Bir iş için birden fazla kişi vekil tayin edilebilir.

Vekil eden vekâlet ile kendisini temsil ettirecek kişiyi hür iradesi ile seçer. Müdafinin hür irade ile seçilebilmesi ve müdafinin herhangi bir engel olmaksızın savunmaya dâhil olabilmesi savunma hakkının kapsamında sayılır.[131]

Vekil, mahkemede vekâlet eden adına söz hakkına kavuşabilmek için öncelikle vekilliğini şahit ile yahut kâtib-i adil gibi resmi bir kuruluştan alacağı vekâleti gösterir yazılı bir belge ile ispat etmelidir.

Vekillik akdi feshi kabil bir akit olup, vekâlet veren tarafından vekil azledilebileceği gibi vekil de istediğinde istifa edebilir.[132] Ancak istifa yahut azlin tarafları ve üçüncü

---

[128] es-Serahsî, a.g.e, XIX, 3.
[129] es-Serahsî, a.g.e, XIX, 3; el- Mavsılî, a.g.e, II, s. 262-263.
[130] Ayrıntılı bilgi için bkz. Bilal Aybakan, "*Vekalet",* **DİA**, yıl: 2013, cilt: 43, sayfa: 1-6.
[131] Demirbaş, a.g.e, s. 76-77; Hamide Zafer, *"Savunma Hakkı Ve Sınırları*", **Prof. Dr. Nur Centel' e Armağan**, Cilt 19, Sayı: 2, 2013, s. 507-541.
[132] Vekâlet akdinin feshi sebebiyle taraflar zarar görmemiş olmalıdır, üçüncü şahıslara zarar doğuran fesih geçerli değildir. Bkz. Mecelle md. 1521, 1522, Vekilin azli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. el-Mavsılî, a.g.e, II, s. 276.

şahısları zarara uğratmaması gerekmektedir, zarara sebep olan ve kötü niyetli istifa veya aziller geçerli sayılmaz, bu işlemler yok hükmünde sayılır.

Sonuç olarak İslam ceza hukukunda, isnat edilen iddiaya karşı iddianın muhatabı kişinin bu hususta kendisini temsil etmek üzere vekâlet verdiği, bu vekâletin geçerliliğini ve mevcudiyetini ispat eden kişi, vekâletin azline kadar mahkemede müddei aleyh adına savunma hakkını kullanabilir.

1.4.2. Savunma Hakkının Kullanım Şekilleri

Kural olarak savunma nezdinde söz hakkı, iddianın muhatabı olan kişiye suçlandığı hususun sorulması ile başlar. Hâkimler, iddia sahibini dinledikten sonra, bu iddiayı iddianın muhatabına sorarlar. Böylece iddianın muhatabının söz hakkı başlamış olur. Resulullah'ın (s.a.v) Hz. Ali'ye "Yanına iki hasım geldiği vakit, birinciyi dinlediğin gibi, diğerini de dinlemeden sakin hüküm verme."[133] Tavsiyesinde görüldüğü üzere, akla ve mantığa, hayatın olağan akışına da esasen uygun olan usul, öncelikle şikâyetçi olan hasmın dinlenilmesi, ardından şikâyet olunan hasımdan bu hususun sorulması hususudur. Hâkim, ihtilafı davacıdan dinledikten sonra, aleyhinde iddia olan kimseye bu iddiayı sorduğunda, kişinin iki seçeneği vardır. Birincisi bu iddiayı kabul ederek suçunu itiraf edebilir ki, bu itirafa hukukî terimi ile ikrar denilir. Hukuk ve ceza davalarında bir kimsenin kendisine atıf ve isnat edilen suçu veya borcu kabul edip itiraf etmesine ikrar denir.[134] Fıkıh âlimleri ikrarı davayı sona erdiren, kesin ispat yollarından birisi kabul etmişlerdir, dolayısıyla ikrar davayı davacı lehine sonlandırır. Şayet davalı, suçunu itiraf ederse, hâkim genellikle aleyhinde hükmederek davayı neticelendirir. Hz. Peygamber zina ve hırsızlık davalarında ikrarı hükme mesnet kabul etmiştir.[135] Dört halife ve tayin ettikleri kadılar da ikrarı kesin bir hüccet kabul etmişler ve ikrar halinde davayı davacı lehine davalı aleyhinde hükme bağlamışlardır.[136] İkrar sözlü, yazılı olabilir, şayet davalı dilsiz ise yapacağı işaretlerle de ikrarı geçerli kabul edilir, ancak her halükarda ikrarın açık anlaşılır bir irade beyanı ile ortaya konması esastır.

---

[133] Ebû Dâvûd, Akdiye 6; Tirmizî, Ahkâm 5; İbn Mâce, Ahkâm 1.

[134] İkrarda bulunan kişiye' *mukırr*', lehine ikrarda bulunulan kişiye ' *mukarrun leh',* ikrar edilen hususa *'mukarrun bih'* denir. Bkz. Mecelle md.1572.

[135] Bkz. İbn Mâce, Hudud, 22, 24, (2588) 29 (2597); Ebû Dâvûd, Hudud, 30.

[136] İkrarın sahih olabilmesi ve hükme mesnet sayılabilmesi için bir takım şartlar vardır, ayrıntılar için bkz. Mecelle md.1573; Atar, İslam Yargılama…, s. 236.

İkrar beyanının alınması için işkence, fizikî yahut psikolojik baskı yapılması İslam hukukunda yasaklanmıştır. Kişi şayet kendi iradesi ile suçunu itiraf etmek istiyorsa elbette bu yönde beyanda bulunabilir ancak aksi takdirde kişi suçu kabul etmeye zorlanamaz. Zira suçluya işkence yasaktır.[137] Bu bağlamda, kişinin ikrara zorlanmasının yasak olması da savunma hakkının kapsamındadır. Hz. Peygamber kişilerin ikrarını hükme mesnet kabul ederken zaman zaman, kendi kendine gelip bir suç işlediğini itiraf eden kişinin itirafını ilk duyduğu anda kişiye bilinçli olarak kulak vermeyerek yahut emin olması için sorular sorarak, üç defa ikrarı tekrar ettirerek, kişinin ikrarı yenilemesini, ikrarında ısrarcı olmasını beklemiştir. Ebû Hüreyre'den rivayet edildiğine göre; Mâiz bin Mâlik (el-Eslemî) Hz. Peygamber'e gelerek, (Yâ Resulallah) ben şüphesiz zina ettim, dedi. Hz. Peygamber söylediği söz üzerinde durmadı. Sonra Mâiz yine: Şüphesiz ben zina ettim, dedi. Resul-i Ekrem (gene) ondan yüz çevirdi. Daha sonra Mâiz (tekrar): Ben şüphesiz zina ettim, dedi. Resul-i Ekrem (tekrar) ondan yüz çevirdi. Sonra Mâiz: Ben zina ettim, dedi. Hz. Peygamber ondan yüz çevirdi. Nihayet Mâiz dört defa ikrar edince Resul-i Ekrem onun recmedilmesini emretti. Sonra Mâiz (götürülüp) taşlanınca, (acıya dayanamayıp) kaçtı. Elinde bir deve çene kemiği bulunan bir adam (Abdullah bin Üneys) ona yetişip vurdu ve yere yığdı. (Böylece öldürüldü.) Taşların kendisine verdiği ıstıraba dayanamayıp kaçışı sonradan Resul-i Ekrem 'e anlatılınca Hz Peygamber; "Niçin onun peşini bırakmadınız (belki itirafından dönüş yapardı. Allah da onun tevbesini kabul ederdi." buyurdu.[138]

Bu olayda da görüldüğü üzere, kişiye zorla suçunu kabul edecek şekilde ifade verdirilmesi şöyle dursun, cezasını çekeceğini bile bile kendi aleyhine ifade veren kişinin bu iradesindeki açıklık ve kesinlikten emin olunması gerekir. Ayrıca kişinin vermiş olduğu ikrardan dönme hakkı vardır. İkrardan dönmenin cezalandırmayı değiştirici bir takım sonuçları olur.[139] Cumhurun ittifakına göre, bilhassa zina suçunda,[140] had suçlarında, ikrardan dönmek şüpheyi ortaya çıkardığından kişinin cezalandırılmaması gerekir.[141] Bu bağlamda, kişi ister kendi aleyhine beyanda

[137] Bkz. Buhârî, Mezalim, 30; Tirmizî, Siyer, 38.
[138] İbn Mâce, Hudud, 9.
[139] Bkz. Bilmen, a.g.e, III,286; Vehbe Zuhaylî, **İslam Fıkhı Ansiklopedisi**, Risale Yayınevi, İstanbul 1990, VII, s. 415.
[140] İbn Mâce, Hudud, 9.
[141] Ferhat Koca,*"İkrar",* **DİA**, yıl: 2000, cilt: 22, sayfa: 38-40.

bulunmak ve yine isterse kendi aleyhine verdiği bu ikrardan dönmek hakkına sahiptir. Dolayısıyla hiçbir baskı altında kalmadan ikrar etmek ve ikrardan dönmek şeklindeki beyanlar da kişinin iddia karşısında hürce söz hakkını kullanabilmesi demektir ve bu anlamda savunma hakkının kullanılması kapsamındadır.

Kişinin kendisine iddia sorulduğundaki suçu kabul etmekten başka diğer seçeneği, aleyhindeki bu iddiaya karşı savunma yapması yani iddiayı kısmen ya da tamamen reddetmesidir. Eğer kişi aleyhinde ki iddiayı reddederse, buna ilişkin savunmasını aşağıdaki ihtimallerden birine uyarak yapar.

1.4.2.1. İddiayı tamamen reddederek savunma

Davalı kendisi hakkındaki iddiayı tamamen reddedip, iddiaya konu olan fiili işlemediğini beyan edebilir. Bir kimse kendisine izah edilen iddiayı tamamen reddetme hakkına sahiptir. Böyle bir durumda kişinin bu iddiayı kabul etmediğine ilişkin kısa ve öz tek cümlelik beyanı dahi yeterlidir. Davalının iddiayı kabul etmemesine ilişkin beyanından sonra hâkim, davacıya dönerek davasını ispatlaması için beyyine ve delil getirmesini ister. İslam hukukunda iddiayı ileri süren kişi iddiasını ispatla mükelleftir.[142] Hz Peygamber zamanında bir kişi karısının zina ettiği iddiasıyla mahkemeye şikâyette bulunmuş, yapılan muhakemede karısı (davalı) bu iddiayı kabul etmemiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber davacıdan bu iddiasını ispatlamasını istediğinde, davacı iddiasını ispatlayamamış, muhakeme sonucunda davalı beraat etmiştir. Davalı için zina suçunun cezası uygulanmazken, davacıya iddiasını ispatlayamaması nedeniyle iftira suçundan seksen değnek vurulmuştur.[143] Örnek olayda iddia eden ve aleyhinde iddia olanın sırayla dinlenilmesi kuralının, aleyhinde iddia olana iddianın sorulması kuralının uygulandığı, şayet davalı iddiayı reddederse, masumiyetini ispatlama zorunluluğunun kendisine yüklenmediği, iddia sahibinin delil getirmekle yükümlü olduğu görülmektedir.

1.4.2.2 İddiayı kısmen kabul kısmen reddederek savunma

[142] Bkz. İbn Mâce, Ahkâm, 7.
[143] Bkz. Buhârî, Şehadet, 22.

Kişi aleyhindeki iddiayı kısmen kabul eder, kısmen reddeder. Buna kısmî savunma da denilebilir. Örneğin, davalı kişinin, iki kişiyi öldürdüğü yönündeki iddiaya, maktullerden birini öldürdüğüne ilişkin ikrar ve fakat diğerinin ölümüyle bir ilgisinin olmadığına ilişkin itirazı, kısmî savunmadır. Ya da davalı kişi, davacıya hakaret ve tehdit içeren sözler sarf etmek suçlarından yargılanırken, beyanında yalnızca hakaret suçunu işlediğini kabul etmekle beraber, davacı kişiyi tehdit etmediğini öne sürmesi yine kısmî savunmadır.

Bu savunma şekline göre kişiye kabul ettiği suç teşkil eden eylemler için ikrar hükümleri uygulanır, iddianın kabul etmediği kısmı için ise hâkim tarafından, iddia sahibinden beyyine getirmesinin istenmesi aşamasına geçilir.

1.4.2.3 Haksız tahrik nedeniyle suç işlemiş olduğunu ileri sürerek savunma

Davalı, iddia konusu, suç teşkil eden fiilleri işlediğini, ancak bu fiilleri işlemekte bir haklı sebebi olduğunu ileri sürebilir. Bu haklı sebepler haksız tahrik, meşru müdafaa ve cebir, korku, tehdit altında iken suçu işlemiş olmak olarak sınıflandırılabilir.

Haksız tahrik "bir kimseyi kötü bir iş yapması için ileri sürme, kışkırtma, etki yapma, körükleme" anlamlarına gelir.[144] Haksız tahrik, bir kişiyi "acı, elem, keder" hissettirecek ve bu nedenle onu suç işlemeye yöneltecek olan eylemdir. Hayatın olağan akışına göre bir fail haksız bir takım hareketler, sözler, eylemler ile karşılaşmış, bu eylemlerden ötürü yoğun bir elem, keder, öfkeye kapılmış bu nedenle bir tepki olarak suç işlemiş olabilir. Tahrik kavramı, failin işlediği suçu ortadan kaldıran, bu eylemi suç olmaktan çıkaran bir sebep değil, failin cezasında indirim yapılmasına sebeptir. Dolayısıyla davalı kişi, işlediği bir suçu bir başkasının ona karşı haksız tahrik sayılabilecek birtakım eylemlerde bulunması ve bu eylemlerden ötürü elem, öfke, keder, acı duyması neticesinde bu suçu işlediğini beyan etmesi, bu nedenle isnat edilen cezadan daha az cezalandırılmayı talep etmesi savunmanın en doğal ve en çok rastlanılan seçeneklerinden biridir. Zira insanoğlunun öfke, acı, elem gibi duyguları doğrultusunda hareket etmesi tabiatından kaynaklanır. Bu duygular neticesinde kişi suç işlemeye yönelebilir. Bütün hukuk sistemlerinde, suçun normal

[144] Ferit Develioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, Aydın Kitapevi, Ankara,1984 s. 150.

şartlarda işlenmesi ile elem, keder, öfke gibi duygular içerisinde işlenmesi farklı ele alınmıştır. Yine de, suçun elem, keder, öfke gibi duygular altında işlenmesi, suçun suç olma vasfını bozmaz, kişiyi cezalandırmadan geri bırakmaz, yalnızca suçu işleyene yaşadığı haksız tahrik oranında indirim sağlayabilir.

Haksız tahrik kavramı, klasik fıkıh kaynaklarında açıkça yer almamaktadır. Zaten bu kavram, batı kaynaklı hukuk sistemlerinin de XIX. yüzyılda ele aldığı bir kavramdır. Her ne kadar açıkça tanımlanmamış olsa da, İslam hukukunda hâkimler, kişin suç işlerken ki ruh halini dikkate almışlardır.[145] Öfke gibi şiddetli duygular halinde kişi, mantıklı makul bir insanın olağan bir gününde vereceği şekilde isabetli karar veremeyebilir, yapacağı eylem genellikle fevri bir eylemdir ve bunun hukukî sonuçlarını tahayyül edemeyebilir, ölçüp tartarak hareket edemeyebilir. Kişinin öfke halinde yapacağı talakın geçerli sayılmamasının altında da bu düşünce vardır.[146] Talakı geçersiz kılan öfke, ceza ehliyetine de elbette etki eder. İbn Kayyım; öfke, unutma, korku, cinnet, hüzün ve gafleti, ceza ehliyetine etki eden haller olarak kabul etmektedir.[147] İbni Âbidin de aynı şekilde öfke halinde sorumluluğun kalkacağını ya da azalacağını ifade etmiştir.[148]

İslam hukukunda iki ceza çeşidi mevcut olup, bunlar ta'zir ve had cezalarıdır.[149] Ta'zir cezaları net bir şekilde belirlenmeyip, hâkimin takdir yetkisi içerisinde bırakılmıştır. Dolayısıyla ta'zir cezalarında, suçun öfke, elem, keder gibi hallerde işlemiş olması durumunda, bu hallerin kişiyi suça yönlendirdiği göz önünde tutularak, takdir edilen bir ceza indirimi uygulanabilir. Ancak genel kaide olarak, miktarı ve şekli kesin surette belirlenmiş olan had cezalarında hâkimin takdir yetkisi yoktur.[150] Mesela namusa iftira (kazf) suçunun cezası Nur Suresi'nin 4. ayetinde seksen sopa olarak emredilmiştir. Hâkim kanunilik ilkesi gereği bu seksen sopayı artırma ya da azaltma yoluna gidemez. Hâkim had cezasını suçlunun durumuna göre

---

[145] Udeh, a.g.e, II, s. 255.
[146] Sabri Erturhan, *"İslâm Hukuku Açısından Öfkeli Şahsın Talakı*", **Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi,** Cilt 6, Sayı 2, Yıl 2002, s. 208-222.
[147] Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed İbn Kayyım el-Cevziyye (ö. 751/1350), *"İğâsetü'l-Lehfân fî Hükmi Talâki'l-Gadbân (Öfkeli Şahsın Talakının Geçersizliğine Dair)",* (çev.: Muhammet Ali Danışman), **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı 9, Yıl 2007, s. 264; Erturhan, *İslam Hukuku Açısından…*, s. 208.
[148] İbn Âbidin, Muhammed Emin; **Reddu'l-Muhtar**, Kahraman Yayınları, İstanbul 1984, IV, s. 95.
[149] Muhammed Ebu Zehra, **İslam'da Suç ve Ceza,** Kitabevi Yayınları, İstanbul 1994, II, s. 60.
[150] Ebu Zehra, a.g.e, II, s.79.

azaltıp çoğaltamaz.[151] Dolayısıyla had cezasında, suçlunun haksız tahrike maruz kalmış olması sebebiyle had cezasında indirim yapılamaz.

Ancak İslam hukukunda, bazı durumlarda, uygulanması gereken had cezası uygulanmamıştır, esasen başka bir sebepten had cezası düşmüştür, fakat meselede bir de haksız tahrik unsuru görülmektedir.[152] Bunlardan ilki, suçu kesinleşen katili, maktulün yakınlarının öldürmesi durumudur. İslam hukukuna göre kasten ve haksız yere bir insanı öldüren kişi kısas hükmü gereği öldürülür.[153] Kasten adam öldüren birisinin kısas cezasına çarptırılması ve devletin henüz cezayı uygulamadığı bir vakitte (örneğin infaz vaktinden önceki gece), maktulün yakınlarının gelip, katili öldürmelerinden dolayı kendilerine, adam öldürme suçunun cezası olan kısas cezası uygulanmaz, devletin otoritesini sarsıp cezayı kendileri verdikleri için uygun görülen bir ta'zir cezası verilir.[154] Zira İslam hukukunda cezayı devlet verir, devlet uygular, kişilerin kendi başlarına ceza infaz etmesi hukukî değildir.[155]

Esasen canın İslam hukukunda dokunulmazlığı vardır, ancak bir kişiyi kasten öldüren kişiden, bu dokunulmazlık kalkar.[156] Her ne kadar maktulün yakınlarının, suçlu kişiyi öldürmelerinden dolayı kısas cezası almamalarının sebebi klasik kaynaklarda 'suçlunun suç işlemiş olması nedeniyle can dokunulmazlığının kalkmış olması' olarak tespit edilmiş ise de,[157] söz konusu durumda suçlunun can dokunulmazlığı kişiler için değil devlet için kalkmıştır. Fakat böyle bir durumda, maktulün yakınlarının derin elem keder ve öfke içerisinde hareket ettikleri de

[151] Had cezalarının uygulanamayacağı, ya da azaltılıp ertelenmesini gereken durumlar da vardır ancak bunlar istisnadır ve sınırlıdır. Bu durumlar, kişinin şahsî özelliklerinden kaynaklanan bazı özel hallerdir. Örneğin kişinin had cezası uygulandığında ölecek kadar zayıf olması gibi. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıdaki başlık "4.4.2.8 Bir Takım Şahsî Sebepler Nedeniyle Cezalandırılamayacağını Ya da Daha Az Cezalandırılması Gerektiğini İleri Sürerek Savunma"

[152] Ayrıntılı bilgi için bkz. Kenan Yıldız, *"İslam Ceza Hukukunda Haddi Gerektiren Suçlarda Devletin ve Şahısların Yetki Alanları*", **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,** Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014.

[153] Bkz. Bakara, 2/178–179.

[154] Udeh, a.g.e, II, s. 145; Ebu Zehra, a.g.e, s. 394.

[155] Ebu Zehra, a.g.e, s. 393.

[156] Dokunulmazlık ve dokunulmazlığın kalkması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Recep Şentürk, "*İsmet",* **D.İ.A**, yıl: 2001, cilt: 23, sayfa: 137-138.

[157] Ebu Zehra, a.g.e, s. 394.

şüphesiz ortadadır.[158] Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında, ortada bir haksız tahrik nedeniyle cezanın azalması örneği de mevcuttur denilebilir.[159]

Benzer bir durumda zina ile ilgili bir hususta ortaya çıkmaktadır. Karısını, bir başka erkekle ilişki halinde gören kocanın, bu esnada yaşadığı öfkeden şuurunu kaybederek, karısını ve adamı öldürmesinden dolayı, (bu konuda görüş birliği yoktur) bir görüşe göre kısas gerekmez.[160] Bu durumda, katile kısas uygulamayanların görüşüne göre, can dokunulmazlığı kalktığı için şüphe hâsıl olmuştur ve had cezaları şüphe ile düşer. Ancak bu durumda da ortada haksız tahrik unsurunun mevcut olduğu görülmektedir.[161] Zira zina halinde birini yakaladığında toplumdan herhangi birine bu kişileri öldürme yetkisi verilmemiştir, ya da bir katili gö ren Müslüman katili kendisi öldüremez. Burada kısas cezası yerine yalnızca ta'zir cezası ile cezalandırılması öngörülen kişiler, muhakkak bu olaydan elem, keder, öfke duyan ilgili kişilerdir. Söz konusu ilgili kişiler, zina meselesinde zina eden kadının eşi, katili infaz etme meselesinde ise öldürülenin yakınlarıdır.

Haksız tahrik hükümlerinin açıkça uygulanmasına örnek olarak; iftira, hakaret suçunda karşılıklı birbirlerine hakaret eden kişilerin bu eylemlerinden dolayı haksız tahrik nedeniyle cezalandırılmamaları verilebilir. Bir kişinin kendisine hakaret eden kimseye karşı yalan beyanda bulunmamak ve iftira atmamak şartıyla maruz kaldığı

---

[158] Günümüz Türk Ceza Kanunlarında adam öldürme suçundan yargılanan kişilere kan davası ve namus davası nedeniyle haksız tahrik indirimi uygulanmaktadır. Bkz. "*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*", **Resmi Gazete,** 12/10/2004, Md. 29.

[159] Hadi Sağlam- Mehmet Çolak- Sema Gökbayır, *"İslam Ceza Hukukunda Haksız Tahrikin Ceza İndirimine Etkisinin Değerlendirilmesi"* **Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt 5, Sayı 1, 2012, s. 159-194.

[160] Hz. Peygamber, eşi zina halinde yakalama durumunda, şiddetli bir öfke-elem-keder haline sebep olsa dahi, kesin bir delil olmadan, İslam hukukunun şart koştuğu mahkeme safhaları olmadan, duygusal davranıp fevrî hareket etmenin, devletin vermesi gereken suçu şahısların kendilerinin vermelerinin yanlış olduğuna işaret etmiştir. Bkz. Buharî, Tevhid, 20. Nur, 24/6–7 ayetleri bu hususta çok açıktır, karısı zina eden kişi ya dört şahit getirerek mahkeme tarafından cezalandırılmasını talep edebilir ya da taraflar lanetleşerek boşanır. Bunun haricinde bir şeye müsaade edilmemiştir. Bu durumlarda işlenen öldürme suçlarında kısas uygulamaması kişilere verilen bir izin değildir. Zaten, haksız tahrik, suçu masumlaştırmaz, suçu suç olmak vasfından çıkarmaz, ancak belli şartlarda cezada indirim sağlayabilir. Söz konusu fetvalar kişinin kendi eliyle öç almalarını teşvik edici fetvalar olmayıp, kişinin yaşadığı şiddetli öfke nedeniyle işlediği suçun ağır cezasından kurtarmaktadır. Ceza bir haktan dolayı değil, mazeretten dolayı düşmüştür.

[161] Sağlam- Çolak- Gökbayır, *a.g.t,* s. 186.

hakaret nispetinde karşılık vermesi caiz görülmüştür.[162] Karşılıklı kazifte bulunan iki kişinin ikisine de had vurulmaması yönünde Hz. Ali'nin bir uygulaması olmuştur.[163]

Sonuç olarak İslam hukukunda kişinin derin öfke, elem, keder içerisinde suç işlemesi, gerek cezaî ehliyetini etkilemesi bakımından ele alınmış, gerek ta'zir cezalarında indirim sebebi olarak dikkate alınmıştır. Bu durum, kişinin bir suçtan yargılanırken haksız tahrikten dolayı suç işlediğini ifade edebilmesine olanak vermiştir. Elbette ortada haksız tahrik olup olmadığını, cezada indirime gidilip gidilmeyeceğini durumun şartlarına ve cezanın türüne göre hâkim belirleyecektir, ancak haksız tahrikin İslam hukukunda dikkate alınan bir husus olduğu aşikârdır.

1.4.2.4 Meşru müdafaa nedeniyle suç işlemiş olduğunu ileri sürerek savunma

Bir kimse kendi canını malını namusunu korumak maksadıyla hareket ederken kendisini koruduğu şahsa karşı suç teşkil eden bir eylemi işlemiş olabilir. Buna meşru müdafaa denilmektedir. Meşru müdafaa nedeniyle suç işlediğini söyleyen kişi, cezasının meşru müdafaa nedeniyle kaldırılmasını talep ederek kendini savunur. Bu savunmayı yapan kişi, bir bakımdan işlemiş olduğu suçu ikrar etmekle beraber, canına, malına, namusuna karşı bir saldırı bulunduğu iddiasını öne sürmektedir.

İslâm hukukunda, belli şartlar[164] dâhilinde kişinin müdafaa yapabileceğini ve bu müdafaa sırasında yaptıklarından sorumlu tutulamayacağına ilişkin kesin naslar mevcuttur.[165] Ayrıca bu konuda cumhurun görüş birliği vardır.[166] Kişilerin ırzı, canı, malı dokunulmaz sayılmıştır, bunlar hukukun himayesi altındadır.[167] Hz. Peygamber "Müslüman'ın, Müslümana ırzı, namusu, malı ve kanı (canı) haramdır."[168] buyurmuştur. Dolayısıyla bunları korumak maksadıyla suç işlemek durumunda kalan kişi cezalandırılmaz. Örneğin zinaya zorlanan kadın, öldürmekten başka (yardım

---

[162] İbn Kayyım el-Cevziyye, *a.g.m,* s. 269; Hasan Doğan, *"İslâm Hukukunda İftira Suçu ve Cezası",* **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara 2008, s. 184.
[163] İbn Kayyım el-Cevziyye, *a.g.m,* s. 269.
[164] Bir olayın/suçun meşru müdafaa kapsamında sayılıp sayılamayacağına ilişkin belli şartlar vardır ve bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini hâkim takdir eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. İbra him Kafi Dönmez, "*Meşru Müdafaa",* **DİA**, cilt :29, yıl: 2004, s. 383-387.
[165] "O hâlde kim size saldırırsa, size saldırdığı gibi siz de ona saldırın, (fakat ileri gitmeyin).", Bakara, 2/194; "Kim, canı (nefs) uğrunda ölürse şehittir, kim namusu (ailesi) uğrunda ölürse şehittir; kim malı uğrunda ölürse şehittir.",Tirmizî, Diyât, 22.
[166] es-Serahsî, a.g.e, XXIV, 38.
[167] Bkz. Buhârî, Hudud, 9.
[168] Tirmizî, Birr, 18.

çağırma, yaralama, kaçma vs. gibi) kurtuluş yolu yoksa saldırganı öldürmesinden dolayı cezalandırılmaz.[169]

Hz. Peygamber zamanında yaşanmış olan şu hadisede meşru müdafaa hükümlerinin örneği görülmektedir; Ya'lâ b. Ümeyye bir adamla kavga etmiştir. Biri diğerinin elini ısırınca, ısırılan kişi acıdan dolayı elini çeker, bu esnada ısıranın ön dişi düşer, bu kişi dişinin kırılması nedeniyle dava açar. Hz. Peygamber bu dişe tazminat hükmetmez.[170] Yine bir başka rivayete göre bir adam "Bir adam Resulullah'ın yanına gelerek: 'Ey Allah'ın Resulü! Bir adam gelip malımı almak istese ne yapayım?' dedi, Resulullah : 'Malını ona verme' dedi. Adam: 'Ya benimle dövüşecek olursa dedi?' Resulullah: 'Sen de onunla dövüş' dedi. Adam tekrar: 'Peki ya beni öldürürse dedi?' Resulullah: 'Sen bir şehitsin' dedi. Adam: 'Peki ya ben onu öldürürsem deyince?' Resulullah: 'O cehennemdedir' buyurdu."[171]

Herhangi bir kimsenin canı ya da namusunu korumak maksadıyla, üçüncü bir kişinin yardım etmek niyetiyle saldırganı yaralaması veya öldürmesinde de meşru müdafaa hükümleri geçerlidir.[172] Hz. Peygamber '"Her kim, bir mümin yanında zelil edildiği halde ona yardımcı olmazsa, Allah da onu kıyamet gününde yarattıklarının huzurunda zelil eder.'[173] buyurmuştur. Yani üçüncü bir kişi bir başkasının canını ya da namusuna saldırıldığını görür, canı-namusu tehlikede olan kişiyi korumak maksadıyla saldırganı yaralar ya da öldürürse bundan cezaî sorumluluğu olmaz.

Her ne kadar meşru müdafaa ile haksız tahrik, birbirine benzeyen unsurlar taşısa da ikisi birbirinden farklı kavramlardır. Meşru müdafaa halinin varlığı halinde işlenen fiil suç olmaktan çıkar, karşılığında kişi cezalandırılmaz. Ancak haksız tahrik nedeniyle işlenen fiil suç olma özelliğini korur, yani karşılığında cezalandırma gerektirir, fakat haksız tahrikten dolayı faile cezasında indirim yapılır.

Meşru müdafaa kapsamında ceza gerektirmeyen fiilin, saldırı fiili ile orantılı olması gerekir ki, fiilde saldırı ile orantı olup olmadığı, yani kişinin o fiili işlemeye mecbur

---

[169] Zuhaylî, a.g.e. VII, 240; Udeh, II, 86.
[170] Müslim, Sahih, I, 312.
[171] Tirmizî, Diyât, 23; Müslim, Îman, 62.
[172] Muttalip Yılmaz, **İslam Hukukunda Zaruret Hali**, 2. Baskı, 2008, Ankara, s. 237-238.
[173] Ahmed b. Hanbel, a.g.e , III, 487.

olup olmadığı hâkim tarafından ölçülecektir. Bu hususa örnek olarak, bir saldırgan bir kişiye bir kez vurup çekilse ancak saldırılan kişi saldırganı öldürse, bu kişiye kısas gerekir çünkü bir kez vurup çekilen saldırganın niyeti öldürmek değildir denilmiştir.[174]

Sonuç olarak bir kimse, kendisinin ya da bir başkasının canı, namusu ve malına yönelik bir saldırıyı defetmek amacıyla, saldırganı öldürmek ya da yaralamak durumunda kalırsa, bu eyleminden dolayı cezaî sorumluluğu yoktur. Böyle bir yaralama ya da öldürme eyleminden dolayı davalı olan kişi, mahkemede kendisine bu suçu sorulduğunda, söz konusu meşru müdafaa durumunu izah ederek kendini savunduğunda (meşru müdafaanın gereken şartları oluşmuş ise) diyet ya da kısas cezasından kurtulur.

1.4.2.5 Cebir, korku, tehdit nedeniyle suç işlemiş olduğunu ileri sürerek savunma

İslam ceza hukukunda bir suçun cebir, tehdit, ya da korku altında işlenmiş olduğu iddiası dikkate alınmış ve buna cezalandırma açısından bazı sonuçlar bağlanmıştır. Klasik kaynaklarda ikrah başlığı[175] altında ele alınan bu kavram; "bir kimsenin serbest kaldığında razı olmayacağı ve istemeyeceği bir işi yapmaya zorlanması" veya "bir kimseyi korkutarak ve yapılan tehdidin icra edileceğine inandırarak istemediği bir işe zorlamak"[176] olarak tanımlanmıştır. İslam hukukunda suç işleme niyetinin var olması çok önemli bir husus olarak suçun maddî unsuru olarak ele alınmıştır.

Kişinin zinaya zorlanması halinde kişiye zina suçundan ceza verilmemiştir. Zira "Şüphesiz ki Allah, ümmetimin üzerinden hata etmenin, unutmanın ve onlara zorla yaptırılanların sorumluluğunu kaldırmıştır."[177] Hz. Peygamber, Hz. Ömer ve Hz. Ali zinaya zorlanan kadına zinadan dolayı ceza vermemişlerdir.[178]

---

[174] Celal Yıldırım, **Kaynaklarıyla İslam Fıkhı**, Uysal Kitabevi, Konya 1980, IV, s. 255.
[175] Bkz. Buhârî, İkrâh; Burhanpurlu Şeyh Nizam vdğr. **el-Fetava'l-Hindiyye (Feteva-i Alemgiriyye**), (çev.: Mustafa Efe), Akçağ Yayınları: Ankara 1986, X, s. 269; Yıldırım, a.g.e, III, s. 481; Şeyhü'l-Îslâm Burhanüddîn Ebu'l-Hasan Ali b. Ebû Bekir Merginânî**, Hidaye**, (çev.: Ahmet Meylani), Kahraman Yayınları, İstanbul 1983, III, s. 433-435; el- Mavsılî, a.g.e, II, s. 149 vd.
[176] es-Serahsî, a.g.e, XXIV, 38.
[177] İbn Mâce, Talak, 16.
[178] İbn Mâce, Talak,16; Buhârî, İkrah, 6; Tirmizî. Hudud, 22.

Herhangi bir kişinin cebir, tehdit ya da korku nedeniyle bir başkasını öldürmesi halinde kısas cezasına çarptırılıp çarptırılamayacağı hususunda fakihler ihtilaf etmişlerdir.[179] Bir kısmı, kişinin öldürme kastı ve sâikiyle hareket etmemesinden yola çıkarak suçun maddî unsurunun oluşmadığını söylemişler bu nedenle kişiye kısas cezası gerek görmemişlerken, bazı fakihler ise kan dökmeye korku cebir ya da tehdit gibi bir sebep gösterilemeyeceğini ileri sürmüşler ve bu kişiye kısas gerekir demişlerdir.[180]

Meşru müdafaada olduğu gibi, kişinin kendisinden başka, bir yakınına[181] ya da başka bir Müslümanın[182] canına yönelik yapılan tehditler de, kişinin şahsına yöneltilmiş ikrah gibi sayılmıştır.

Hangi şartlarda ikrah, cebir ve tehdidin suçun cezasını düşüreceği ya da kaldıracağı belirlenmiştir, olayda bu şartların oluşup oluşmadığını hâkim belirleyecektir. Netice itibariyle İslam ceza hukukunun ele alıp düzenlediği, belli şartlar halinde cezanın kalkmasına ya da düşmesine sebep olan ikrah, bu tür bir durum içerisindeyken suç işlemiş olan kişinin yapacağı haklı ve yerinde bir savunmanın konusudur.

1.4.2.6 Mağdurun affı yahut rızası olduğunu ileri sürerek savunma

Rıza suçun işlenmesinden evvelki beyanlar iken, af veya sulh, suçun işlenmesinden sonraki irade beyanlarıdır. İslam ceza hukukunda bazı hallerde mağdura af yahut suça rıza gösterme hakkı tanınmıştır. Bu hallerde suçlunun cezası kalkar yahut ceza da indirime gidilir. İşte bu nedenle, rıza beyanı doğrultusunda suç işlemiş olduğunu ileri sürmek nedeniyle ya da suçu işledikten sonra mağdurun kendisini affettiğini beyan etmiş olması nedeniyle hiç cezalandırılmama ya da daha az cezalandırma talep etmek, suçlu kişinin hakkıdır.

---

[179] Cinayeti emretmek hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Şeyh Nizam vdğr. a.g.e, XIII, s. 5-15.
[180] Hanbeliler ve Malikiler hem zorlayan hem zorlanan kişinin kısasen katledilmesi gerekir der. Hanefilerden Ebu Yûsuf ise hem zorlanan hem zorlayan kişiye kısas uygulamaz der. Zorlanan kişinin iradesi olmadığından ona kısas uygulamazken, zorlayan kişinin de fiili işlememesi nedeniyle ona kısas uygulamaz. Ebu Hanife ve İmam Muhammed'e göre bir kişi bir başka kişiyi öldürmekle ya da buna benzer bir şeyle tehdit ettiğinde, bu kişi suça sürüklenip suç işlerse artık bu kişinin iradesi ortadan kalkmıştır ve bu zorlanan kişi adeta cinayet silahı haline gelmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Bardakoğlu, "*İkrah",* **DİA**, cilt: 22, 2000, s 30-37.
[181] es-Serahsî, a.g.e, XXIV, 142-144; İbn Âbidîn, VI, 130,
[182] Bkz. Buhârî, "İkrâh", 7.

İslam hukukunda af, mağdura ya da suçun mağdurunun öldüğü durumlarda ölen kişinin varislerine ya da kanuni temsilcisine tanınmış olan, suçlunun cezaî yargılamasını son bulduran, ya da kanunda öngörülen şekilde cezalandırılmasının önüne geçen hukuki beyanlardır.[183] Af değişik suç tiplerine göre farklılık arz eder. İslam hukukunda suçlar; karşılığında öngörülen cezalar bakımından kısas ve diyet gerektiren suçlar, had gerektiren suçlar ve tazir cezasını gerektiren suçlar olarak üç sınıfa ayrılabilir. Bunlardan birinci sınıf suçların mağdurunun yalnızca kısastan ya da hem kısas hem diyetten vazgeçerek, suçluyu tamamen affedebilmesi mümkündür.[184] İkinci sınıf suçların cezası hadlerdir, had gerektiren suçların kimisi kamu haklarına ilişkin olup, kimi ise şikâyete bağlı suçlardır. Kamu haklarına ilişkin olan suçlarda, örneğin zina veya içki içmede, kişilerin affi ya da rızası hukuki sonuç doğurmaz. Ancak hem had gerektiren hem de şikâyete bağlı suçlarda (kazf ve hırsızlık suçları) yaygın görüşe göre af mümkündür.[185] Ancak affın mümkün olması birtakım şartlara bağlıdır. Örneğin hırsızlık suçunda mağdur, suçluyu ihbardan önce affetmelidir, aksi takdirde soruşturma başladıktan sonra gelen af ile kişinin cezası düşmez.[186] Bu nedenle mağdurun hırsızlık ve kazf suçundan şikâyetçi olmaması affetmesine yorumlanırken, bir kez şikâyetçi olduktan sonra artık affı mümkün değildir.[187]

Söz konusu belirli şartlara uyan bir af ile had gerektiren şikâyete bağlı suçlarda da mağdur, suçluya hükmedilecek cezanın kalkmasını ya da azaltılmasını sağlayabilir. Had cezası af nedeniyle düşse bile hâkim suçluya ta'zir cezası vermek yetkisine sahiptir. Ayrıca ta'zir cezalarında, hâkime geniş bir takdir yetkisi verildiğinden, mağdur af beyanında bulunsa dahi hâkim bu hususu takdir eder, suçluya isterse hiç ceza vermezken isterse af beyanı yokmuş gibi cezaya hükmedebilir ya da ceza da indirime gidebilir.

Mağdurun rızası da af gibi, belli şartlar halinde, ceza sorumluluğunu kısmen veya tamamen ortadan kaldıran hukukî bir işlemdir. Klasik kaynaklarda mağdurun rızası

---

183 Fahrettin Atar, *"Af*", **DİA**, cilt 1, İstanbul 1988, s. 395.

184 Af ve sulh hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şeyh Nizam vdğr. a.g.e , XII, s. 514-523; el- Mavsılî, a.g.e, II, s. 301-315; Maktülün mirasçılarının bir kısmının katili affetmeleri hakkı için bkz. el- Mavsılî, a.g.e, IV, s. 245.

185 el-Kâsânî, a.g.e, IX, s. 248; Davut Yaylalı, **İslam Hukukunda Sulh**, Taştan Matbaacılık, İstanbul 1993, s. 148; ayrıntılı bilgi için bkz. Kenan Yıldız, *"İslam Ceza Hukukunda Haddi Gerektiren Suçlarda Devletin ve Şahısların Yetki Alanları*", **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,** Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, 2014, s. 66 vd.

186 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yüksel Salman, "*İslam Ceza Hukukunda Af",* **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,** Basılmamış Doktora Tezi, Konya 2005, s. 109 vd.

187 Af ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Yerlikaya, *a.g.t,* s. 118.

veya suça izni meselesi, genellikle adam öldürme ve müessir fiillerde ele alınmıştır. Katl suçlarında rızanın makbul olup olmadığı hususunda üç görüş vardır. İmam Züfer dışındaki Hanefi hukukçulara göre, maktulün rızası ile öldürme suçunu işleyen katile, bu rızadan dolayı kısas cezası uygulanmaz, ancak katil diyete mahkûm edilir.[188] Bu görüşe göre, maktulün rızası, öldürme fiilini hukukî bir eyleme dönüştürmese de, kısas cezasının diyete düşmesine sebep olan bir şüphe doğurmaktadır. İmam Züfer'e ve Malikilere göre ise, katle rızanın hiçbir hukukî niteliği yoktur, katile kısas gerektirir.[189] Şâfiî ve Hanbelîlerde tercih edilen görüşe göre de, katl suçlarında mağdurun rızası, fiili mubah hale getirmese de, ceza sorumluluğunu kaldırarak kısas ve diyet cezasını tümden düşürür.[190]

Sonuç olarak belli şartlar dâhilinde mağdurun rızası ve affı suçun cezasını kaldıran ya da düşüren bir hukukî etkendir. Şayet ortada bu hukukî beyanlar mevcutsa, bu beyanları ileri sürerek savunma yapan kişinin, af ya da rıza şartlarının uygunluğu hâkim tarafından tespit edildikten sonra öngörülen cezasının kaldırılması ya da azaltılması hukuken mümkündür.

1.4.2.7 Suç işleme niyetinin (kastının) olmadığını ileri sürerek savunma

Davalının iddia konusu olan suç teşkil eden eylemi işlemiş olduğunu kabul etmesi ancak bu eylemi işlerken taşıdığı niyetini izah etmesi de savunma hakkı kapsamındadır. İslam ceza hukuku cezalandırma sistemine göre kişinin fiili işlerken kastının olup olmaması önemli bir husustur. Kişi suç teşkil eden fiili işlediğini, ancak bu suçu işlemeye kastının olmadığını öne sürebilir. Dikkat etmek gerekir ki, burada fail, bu fiilin suç olduğunu biliyordur, bilerek ve isteyerek hareket etmektedir, ancak amacı, netice itibariyle ortaya çıkan suçu kasten işlemek değildir. Bu hususa göre cezalandırma değişebilir ve hatta ceza tamamen ortadan kalkabilir. Zira ameller niyetlere göredir.[191] Pek çok ayet[192] ve hadis[193] niyetin amele ve dolayısıyla suçun tasnifine ve işlenen suçun cezalandırılmasına etki ettiğine işaret etmektedir.

---

[188] el-Kâsânî, a.g.e, X, 247.
[189] el-Kâsânî, a.g.e, X, 247.
[190] eş-Şirbinî, Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed el-Hatîb, **Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Maânî Elfâzı'l-Minhâc,** (Tahkik: A. M. Muavvıd ve A. A. Abdulmevcûd), Dâru'l-Kütübi'l-Ilmiyye, Beyrut 1994, V, s. 291.
[191] Buhârî, Vahy, 1; Müslim, İmare, 155; Ebû Dâvûd, Talak, 11.
[192] Bkz. Nisâ 4/92-94, Bakara 2/284.
[193] Bkz. İbn Mâce, Zühd, 9.

Mecelle'nin ikinci maddesinde de: "Bir işten maksat ne ise, hüküm ona göredir."[194] denilmiştir.

Niyet, ceza hukuku anlamında, suçun kasıtlı olup olmamasıdır. Kasıt, yasaklanan fiilin suç olduğunu ve neticesini bilmek, bu fiili bile bile işlemektir. Hz. Peygamber zamanında müşrikler adına casusluk yaptığı tespit edilen, suçunu da itiraf etmiş olan Hatib b. Ebî Beltaa, yaptığı casusluktan niyetinin muhâcirlerin Mekke'de bulunan yakınlarının can güvenliğini koruma altına almak olduğunu söyleyince Hz. Peygamber onu serbest bırakmıştır.[195] Eğer casusluk yapan kişi, İslâm şeriatını yıkıp, yeni bir devlet kurma arzusu içinde olsaydı, işlediği suçun tasnifi de cezası da farklı olacaktı. Bu örnekte de suçlarda niyetin önemi ortaya çıkmaktadır.

Kasıtlı olmayan suçlar, iki türlüdür. Birincisinde kişi fiili işlemek ister fakat neticesini tahayyül edemez. Örneğin avda hayvan vurmak niyetiyle ateş eden kişi, yanlışlıkla arkadaşını vurmuş olsa, fiili işlemek istemiş fakat neticesini istememiş, hatayla arkadaşını vurmuştur. İkincisinde ise kişi, ne fiili işlemek ister ne de neticesinin meydana gelmesini ister. Bu durumdaki kişi, ihmali ya da dikkatsizliği ile fiile ve neticesine sebebiyet vermiştir. Örneğin uyurken yanındaki bebeğin üzerine düşerek bebeğin boğulmasına sebep olan kişinin durumu böyledir.[196] Her iki halde de, suçlunun cezası, kasten adam öldürme cezasından farklıdır.[197] Bu örnekler hatayla adam öldürme suçunu teşkil eder. Hata, mükellefiyeti bazen tamamen bazen de kısmen ortadan kaldıran, kastın karşıtı olarak kullanılan fıkıh terimidir.[198] Bir şeyin istenilenin dışında bir sonuca isabet etmesi anlamına gelir. Hatayla adam öldürmeye[199] kasten adam öldürme cezasının verilmediği gibi, diğer suçlar için de durum böyledir. Bir başkasının malını kendi malıyla karıştıran kimseye ceza

[194] Bu fıkhi kaide hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, a.g.e, IV, s. 419.
[195] Bkz. Buhârî, Cihâd, 140; es-Serahsî, a.g.e, I, 79, 80.
[196] Bu örnekler ve İslam hukukçuları tarafından hatayla öldürmeyi açıklamak için verilen benzeri pek çok örnek için bkz. Udeh, a.g.e, s.138 v.d.
[197] Hatayla adam öldürme suçunda kısas uygulanmaz. Bkz. Nisâ 4/92.
[198] H. Yunus Apaydın, *"Hata"*, **DİA**, yıl: 1997, cilt: 16, sayfa: 437-442.
[199] Ayrıntılı bilgi için bkz. İlhan Bulut, "*İslam Ve Osmanlı Ceza Hukukunda Hataen Öldürme Suçu*", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi,** Sayı 2018/1, s. 41–71.

verilmez, su zannıyla içki içen kimseye ceza verilmez.[200] Çünkü bu fiiller hatayla işlenmiştir. Bu fiillerden dolayı kişinin ceza sorumluluğu yoktur.[201]

Vazife nedeniyle bir takım fiiller işlemek durumunda kalan kişinin bu fiillerinin neticesinde, zarar gören olursa, bundan dolayı cezalandırılmaz. Çünkü fail, neticesinde zarar ortaya çıkaran fiilleri suç işlemek kastıyla işlememektedir. Örneğin doktorun durumu böyledir. Doktor, tedavi amacıyla yaptığı işlemlerden ötürü (işinin ehli bir doktor, yeterli önlemi aldı ise) ölen, iyileşmeyen ya da sakatlanan hastası nedeniyle cezalandırılmaz.[202]

Sonuç olarak savunma hakkının kullanılmasında önem arz eden konulardan biri de fiili işlerken ki niyetin anlatılmasıdır. Zira niyet hususu hâkimin kendi kendine bilemeyeceği ve öğrenmesinin çok zor olduğu bir meseledir. Görüldüğü üzere pek çok halde, kişinin suça kast etmemiş olması kişiyi o suçun cezasından kurtarır. Ya hiç cezalandırılmamasına ya da daha azıyla cezalandırılmasına sebep olan bu niyet-kasıt etkeninin ifade edilmesi, İslam ceza hukukunda görülen savunma hakkının kullanım şekillerinden biridir.

1.4.2.8 Bir takım şahsî sebepler nedeniyle cezalandırılamayacağını ya da daha az cezalandırılması gerektiğini ileri sürerek savunma

Davalı, suç teşkil eden iddia konusu fiilleri işlediğini kabul eder, ancak bir takım nedenlerle cezalandırılmaması gerektiğini ya da öngörülen cezadan daha az cezayı hak ettiğini öne sürer. Kişi, muhakeme esnasında bazı şahsî hallerini ileri sürerek, işlediği suçun kanunî karşılığı olan cezadan daha azına mahkûm edilmeyi talep

---

[200] Bkz. Bakara, 2/286; İbn Mâce, Talak, 16.

[201] Hatayla adam öldürme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Şeyh Nizam vdğr. a.g.e, XII, s. 460-462; Yıldırım, a.g.e, IV, s. 248; el- Mavsılî, a.g.e, IV, s. 248-249.

[202] Doktorun ceza sorumluluğunun olmaması için ihmalinin olmaması gerekir. Doktorun kastı suç işlemek değil mesleğini işlemek olduğundan, kasıt yokluğu suçun maddî unsurunu ortadan kaldırır, ancak tıbbi müdahale kusurlu bir şekilde yapılmışsa doktorun taksire dayanan ceza ve tazmin sorumluluğu olabilir. Bkz. Sulhi Dönmezer- Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku,** Beta Basım Yayın, İstanbul 1999, II, s. 46. İslam hukukçuları doktorun tedavisi sonucu oluşan zarardan sorumluluğunun kalkmasının sebeplerinde farklı görüştedirler. Örneğin Ebu Hanife'ye göre sorumluluk iki nedenle ortadan kalkar, birincisi tababet içtimai bir zarurettir. Elde olmayan sebeplerden dolayı meydana gelecek zarardan doktor sorumlu tutulursa doktorlar tedavi ilminden çekinir, mesleklerinin gereğini yapamaz ve toplumun zararına bir durum ortaya çıkar. Diğer sorumluluğu kaldıran sebep ise, hastanın veya kanuni temsilcisinin iznidir demiştir. Bkz. el-Kâsâni, a.g.e, VII, s. 305.

edebilir. Zira hak ettiğinden daha fazla cezayı almamak için de savunma yapılır ve daha az cezaya hükmedilmesini talep etmekte savunma hakkı kapsamındadır.

Bu durumda yapılan savunmada, meşru müdafaa ya da haksız fiil, ya da cebir ve tehdit altında iken suç işlemesi halinin öne sürülmesinden farklı olarak, yeni bir iddia ortaya koyulmamaktadır. Davalı, meşru müdafaada kendisini bir şeye karşı savunduğu iddiasını, haksız tahrikte bir tahrik durumunun olduğu iddiasını veya cebir tehdit korku altında iken birisinin onu cebir tehdit korku altında bıraktığı iddiasını öne sürmektedir. Burada ise öne sürülen sebepler, tamamen davalı kişinin şahsından kaynaklanan bir takım durumlardan ibarettir.

Sözü edilen şahsî nedenler dolayısıyla cezada indirim talep edilebilecek durumlara ilk olarak zayıflık hali örnek gösterilebilir. İslam ceza hukukunda fiziksel zayıflık cezada indirim sebebi sayılmıştır. Esasen hadlerin hâkim tarafından azaltılıp değiştirilmesi yetkisi yoktur. Fakat zayıflık hali bu durumun istisnasıdır. İslam tarihinde hadlerin yerine getirilmesinde suçlunun fiziksel takati dikkate alınmıştır. Uygulanacak olan had ölüm cezası değilse fakat suçlunun fiziksel durumu nedeniyle, ceza uygulanırken ölmesine sebep olacaksa, bu had ya ertelenir ya da hafifletilir. Şayet bu suçlunun fiziksel zayıflığı geçici, iyileşebilir bir hastalıktan kaynaklanıyor ise, örneğin yaralı ise, cezası ertelenebilir,[203] ya da cezasında kullanılacak araç hafifletilebilir, had cezasının sayısı da düşürülebilir. Çünkü İslam ceza hukukunda cezadan maksat, suçluyu ıslah etmektir. Ceza suçlunun ahlakını güzelleştirmek, onu uslandırmak, bir daha suç işlemeyecek şekilde ıslah etmek için uygulanır. Şayet bir kimse ceza sonucu ölecek durumda zayıf ise, bu cezanın asıl amacının dışında olacağından, bu durumun önüne geçmek ve suç ile cezanın dengesini sağlamak için cezada hafifletilme yoluna gidilir.

Bir hadisede zayıf ve hasta bir adamın zina ettiği Resulullah'a (s.a.v) anlatılır. Resulullah (s.a.v): "Ona gereken haddi uygulayın." buyurur. Derler ki: "Ey Allah'ın Resulü o adam sizin zannettiğinizden çok daha zayıftır. Eğer biz ona yüz sopa vuracak olursak kendisini öldürmüş, oluruz." Resulullah (s.a.v) bunun üzerine "Yüz

[203] Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldız, *a.g.t,* s. 87 vd.

salkım hurma sapı bulun ve onunla bir kere vurun buyurur." ve aynen böyle yaparlar.[204]

Hamilelik de zayıflık hali gibidir. Zinadan hamile olduğu haber verilen kadına Hz. Peygamber 'Sen misin o?' der. Kadın suçunu ikrar edince, Hz Peygamber, recme hükmetmiş ancak, kadının çocuğu doğurmasına kadar cezasını ertelemiştir. Bu hükmü doğrultusunda, hamile kadının recm cezası, çocuğu doğurmasına ve çocuğu sütten kesinceye kadar ertelenir. Hz. Ömer de benzer şekilde zina eden kadını recm cezasına çaptırmışken, Muaz b. Cebel halifeye, kadının hamile olduğunu söyleyerek, 'Kadına ceza vermeye yetkin var ama karnındaki yavruya ceza vermeye salahiyetin yok.' deyince, Hz Ömer recm cezasını uygulamamıştır.[205] İşte burada suçlu kadının özel-şahsî bir durumunun ileri sürülerek cezanın indirilmesi, ya da cezanın ertelenmesi talep ediliyor ve böylece savunma hakkının kullanıldığı görülüyor.

Fiziksel zayıflığa benzeyen bir başka zayıflık hali de köleliktir. Kölenin suç işlemesi halinde çekeceği cezada zaten hür bir insana göre daha çok yorgun olan bedeni ve maddî güçsüzlüğü vardır, sosyal güçten yoksun olması ve yaşam şartlarının hürler kadar iyi olamayacağı ihtimalleri de düşünüldüğünde, kölelikte bir zayıflık nedeni olarak görülmüştür. Ayrıca hür birisin işlediği suçun duyulması ile toplumda suçun yaygınlaşması, suça özendirme gibi suçun niteliğini artıran hususlar, kölenin işlediği cürümde bulunmaz. Bu bakımdan bazı durumlarda işlediği suçun hürlere göre daha az ceza alması öngörülmüştür. Örneğin; Nisâ suresinde buyrulduğu üzere; kölelerin zina etmeleri halinde cezaları hür kadınların hadlerinin yarısıdır.[206] Zina haddine çarptırılan kadın, kendisinin köle olduğunu söyleyerek kendini savunsa, hâkim bu ayet gereğince cezasını yarıya indirecektir. Burada da zina suçunun niteliği değişmiyor, zina suçu hatayla ya da cebir tehdit altında işlenmiyor ve fakat suçlunun sahip olduğu bir özellikten dolayı had cezası hafifletiliyor, zira kanun bunu emrediyor.

[204] İbn Mâce, Hudud, 18.
[205] Ebu Zehra, a.g.e, II, s. 120.
[206] Bkz. Nisâ 4/25.

Akrabalık da, cezayı ortadan kaldıran ya da cezada indirime gidilmesine sebep olan şahsî sebeplerden bir tanesidir. Furûun, usûlüne karşı kısas hakkı olmaz[207] Şu halde, kişinin suçunun niteliği değişmez ancak maktul ile olan akrabalığı gibi şahsî bir konumu nedeniyle kısasla cezalandırılmaması öngörülmüştür.[208]

Had cezalarında durum böyle iken, ta'zir cezalarında kişilerin fiziksel, ekonomik, sosyal durumlarının cezanın verilmesinde göz önüne alınması pek tabii daha mümkün ve kolaydır. Zira ta'zir cezaları, kişinin durumuna ve işlediği suça göre hâkimin takdir yetkisini kullanarak azaltabileceği cezalar olduğundan, ekonomik, sosyal, fiziksel vb. sebepler var ise bu sebeplerin izah edilmesi, öngörülen cezanın azaltılması yönünde dinlenilebilir ve kabulü mümkün bir savunma olacaktır.

Savunmaya konu edilen bu şahsî durumlar, suçun niteliğini değil, cezalandırmayı ve infazı etkileyen sebeplerdir. Mesela, kişinin bir suçu kasten işlemediğini öne sürmesindeki kasıt yokluğu hususu suçun niteliğini etkiler, örneğin suç kasten adam öldürmeden çıkar ve hatayla adam öldürme olur. Ancak zayıflık hali, kişinin suçunun niteliğini değil, cezalandırılması hususunu etkilemektedir. Burada savunmaya konu edilen şahsî hallerin, diğer savunma şekillerinden farkı budur. Sonuç olarak, her ne kadar işlenen suç sabit görülse de, kişi bu suçu bir başkasının zoru ile işlememiş aksine kendi kasti hareketi ile işlemiş olsa bile, bazı haller vardır ki, bu kişinin alması gereken ceza, uygulanması öngörülen cezadan daha azıdır. Bu minvalde yapılan savunmalar, savunmanın çokça görülen örneklerinden olup, sonuçta cezanın kaldırılmasını ya da indirilmesini sağlar.

Bu başlık altında ele alınan şahsî sebepler suçun niteliğini değiştirmediği gibi, kişinin ceza ehliyetini de etkilemez. İslam hukukunda kişinin cezasının kaldırılmasına ya da daha az cezalandırılmasına sebep olan bazı şahsî durumlar da vardır ki, bunlar kişinin ceza ehliyetini kaldırır ya da azaltır. Bu şahsî hallerin fıkıhtaki adı ehliyet arızalarıdır. Ceza ehliyetine etki eden ehliyet arızası niteliğindeki şahsî haller ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

---

[207] "Baba oğlu dolayısıyla kısas olunmaz." Tirmizî, Diyat, 9; Ayrıntılı bilgi için bkz. Yıldırım, a.g.e, IV, s. 252; el- Mevsılî, a.g.e, IV, s. 245-246.

[208] Akrabalık bazen cezaları düşürücü etki yapabildiği gibi, bazı suçlarda da cezayı artırıcı etki yapar. Hangi hallerde ceza düşürücü hangi suçlarda ceza artırıcı olduğu hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ömer Osman Faruk Aktaş, *"İslâm Ceza Hukuku Hükümlerinin Uygulanmasında Akrabalığın Rolü",* **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2010.

1.4.2.9 Ceza Ehliyetini etkileyen bir ehliyet arızasının mevcut olduğunu ileri sürerek savunma

Ceza ehliyeti, cezaî sorumluluğa haiz olma, ceza ile yükümlü tutulabilme halidir.[209] Bir başka ifade ile kanunen suç sayılan yasaklanmış bir fiili işleyen şahsın, bu fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için gerekli olan cezaî sorumluluğa ehil olma vasfıdır.[210] Ceza ehliyeti, suç işleyen kişinin cezalandırılabilmesi için gerekli bir şarttır. Bir suçtan dolayı, ancak ceza ehliyetine kabil olan kişi cezalandırılabilir.

Ceza ehliyetine sahip olmanın şartları, temyiz kudretine sahip olmak, akıl sahibi olmak ve buluğa ermiş olmaktır.[211] Temyiz, ayırma, inceleyip seçme, iyi ve kötüyü, kâr ve zararını ayırabilecek derecede akıl ve idrak sahibi kimse manalarına gelmektedir.[212] Kur'an-ı Kerim'de temyiz "…pisi temizden ayırabilme…"[213] ifadesi ile geçmektedir. İnsanoğlunun yaptığı hareketlerin sonucunu kavrayabilmesi temyiz kudretine sahip olması ile mümkün olur. Ceza ehliyetine sahip olmanın bir diğer şartı olan akıl ise, İslam hukuku terimi olarak "cünun" yani akıllı olmama kelimesinin zıttı olarak, zihni melekeler açısından yeterli olmak manasında kullanılmaktadır. Akıl insanın her türlü emir ve yasaklara uymakla sorumlu tutulmasının temel şartıdır ve aklî melekeleri yeterli olmayan kişilere hiçbir sorumluluk yüklenemeyeceği konusunda ittifak vardır. Buluğ ise; insanın bedenen olgunlaştığı ve neslini devam ettirmeye elverişli olduğu haldir. İnsanın aklî ve ruhî olgunluğa ulaşması ile biyolojik gelişmesi arasında muhakkak bir doğru orantı vardır, normal olan budur. İyi ile kötüyü ayırt edebilme yeteneği temyiz ile başlamakla beraber bu öngörünün iyice yerleşmesi, kişinin sorumluluklarının bilincine varması için biraz daha yaş alması gerekli görülmüştür. Buluğa ermekle birlikte aklî ve ruhî olarak yeterli derecede

---

[209] Talip Atmaca, "*İslâm Hukukunda Ceza Ehliyeti*", **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2002, s, 31-32.
[210] Mehmet Erdoğan, **Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü,** Rağbet Yayınları, İstanbul 1998, s. 55; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku: Başlangıç ve Şahsın Hukuku Cilt I**, İstanbul Matbaacılık, İstanbul 1948, I, s. 60.
[211] Ayrıntılı bilgi için bkz. Ümit Karslı, *"Mezheplere Göre Ceza Ehliyeti ve Günümüz Hukukuyla Mukayesesi"*, **Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,** Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Kahramanmaraş 2006, s. 42 vd.
[212] Erdoğan, a.g.e, s. 454.
[213] Âli İmran, 3/179.

yetişkinlik kazanıldığı varsayılır ve kişi aksi ispat edilene kadar, cezaî sorumluluk taşımaya ehil hale gelmiş kabul edilir.[214]

Ehliyeti ortadan kaldıran ya da azaltan, yani ehliyetin varlığını olumsuz yönde etkileyen bazı haller vardır. Bunlara "ehliyet arızaları" denir.[215] Bu arızalar İslam Hukukçuları tarafından, meydana gelmesinde kişinin seçim yetkisinin olmadığı, yani iradesi dışında kendinde mevcut olanlar (semavi arızalar) ve kendi iradesi ile meydana gelenler (müktesep arızalar) olarak iki başlık altında sınıflandırılmıştır.[216] Bunlardan, ceza ehliyetine etki eden[217] semavi arızalar; küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, uyku, bayılma ve unutmadır. Ceza ehliyetine etki eden müktesep arızalar ise; sarhoşluk, kanunu bilmeme, hata ve ikrahtır[218].

Küçüklük

Hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde belli bir yaşa erişmemiş kişilerin, temyiz kudretinin olmadığı kabul edilmiştir[219]. İslam hukukunda da küçüklerin[220] ceza ehliyeti yoktur. Küçükler işledikleri suç teşkil eden fiillerin neticelerinden dolayı cezalandırılamaz.[221] "Üç kişiden sorumluluk kaldırılmıştır: Bulûğ çağına kadar

---

[214] Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Bardakoğlu, "*Ehliyet*", **DİA**, İstanbul 1994, cilt 10, s. 537; Ali Bardakoğlu, *"Buluğ*", **DİA,** İstanbul 1992, cilt 6, s. 413.

[215] Bardakoğlu*, "Ehliyet",* DİA, s. 538.

[216] Zekiyuddin Şaban, **İslam Hukuk İlminin Esasları**, (çev.: İbrahim Kafi Dönmez), Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1999, s. 299.

[217] Ehliyet arızaları genel bir terim olup, buradaki ehliyetten kasıt eda ehliyetidir. Bazı ehliyet arızaları vardır ki ceza ehliyetini etkilemez, ancak genel anlamda eda ehliyetini etkiler. Örneğin seferi olmak(müktesep arıza), ya da kadının hayız veya nifas halinde olması(semavi arıza) gibi. Bu ehliyet arızaları kişilerin cezaî sorumluluğuna etki etmez ancak dinî ve hukukî yükümlülüklerine, dolayısıyla eda ehliyetlerine etki eder. Ehliyet arızalarının tümü için bkz. Karslı, *a.g.t,* s.48 vd.

[218] Klasik fıkıhçılar, hata ve ikrahı da müktesep ehliyet arızalarından saymıştır, fakat hata ve ikrahın ceza ehliyetini kaldırmadığını ancak kişinin cezalandırılmasını etkilediğini söylemişlerdir. Muhtemelen, hata ve ikrahı, kişinin cezalandırılmasına etki etmeleri bakımından ehliyet arızası olarak görmüşlerdir. Ancak günümüz İslam hukukçularına göre klasik fıkıhçıların ehliyet arızası saydığı bazı haller, esasen ehliyet arızası tanımına uymamaktadır. İkrah ve hata da böyledir. Öyle ki, ikrah ve hata hali ile suç işlemek kişinin ceza ehliyetini kaldırmaz ya da azaltmaz, yani idrak yeteneğini (akıl-temyiz kudreti ve buluğ şartı ile tamam olan idrak kuvvetini) etkilemez, ancak fiilin neticesinden mesuliyeti etkiler. Örneğin yaş küçüklüğü, akıl hastalığı ve akıl zayıflığı idraki yok ederek ya da azaltarak ceza ehliyetine etki ederken; kast, meşru müdafaa ve ızdırar hali gibi haller ise mesuliyete etki eder. Bilgi için Bkz. Mücahit Çolak, *" İslam Hukukunda Ceza Ehliyetini Etkileyen Durumlar",* **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Basılmamış Doktora Tezi, Erzurum 2003, s.38. Bu nedenle tezimizde, ikrah ve hata, ehliyet arızaları başlığı altında değil, ayrı başlıklar altında incelenmiştir.

[219] Dönmezer- Erman, a.g.e, 3, II, s. 158.

[220] Yaş küçüklüğünün tarifi ve aşamaları için bkz. Çolak, *a.g.t,* s. 110.

[221] Temyiz kudretinden yoksunlukla cezaî sorumluluk kalkar ancak hukukî sorumluluk kalkmaz, temyiz kudreti olmayan kişiler de verdikleri zararı tazminle (diyet) mükelleftir ve fakat zarar verici suç teşkil eden fiillerinden dolayı cezalandırılmazlar. Udeh, a.g.e, I, s. 60.

çocuktan, uyanıncaya kadar uyuyandan ve şifa buluncaya kadar akıl hastasından"[222] hadisi küçüklerin cezaî sorumluluğunun olmayışına delildir.

Her ne kadar küçüklerin taraf ehliyeti bulunmadığından haklarında dava açılması mümkün olmasa da, bazı hallerde kişinin küçük olduğunun bilinmemesi, anlaşılamaması söz konusu olabilir ve hakkında dava açılmış olabilir. Böyle bir durumda kişinin küçüklüğünü ileri sürerek savunma yapılması halinde küçüğün ceza ehliyetinin olmaması nedeniyle hakkında cezaya hükmedilemez. Yine bir yetişkin kişi, küçüklüğünde suç işlemiş olsa ve yetişkinliği zamanında bu suçtan dolayı şikâyet edilse yahut kişi kendini ihbar edip suçunu ikrar etse, bu suçtan dolayı da cezalandırılmaz. Örneğin bir davalı, yargılandığı suçu küçükken işlemiş olduğunu, olayın vuku bulduğu sırada küçük olduğunu ileri sürse ve ispatlasa, bu savunması haklı ve yerinde bir savunma olacaktır zira bu durumda kişi cezalandırılamayacaktır. Çünkü ceza ehliyetinin muhakkak suç teşkil eden fiilin işlendiği anda mevcut olması gerekir.[223]

Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı

Cünun, yani akıl hastalığı, söz ve fiillerin normalin dışında cereyan etmesine sebep olan akıl bozukluğu şeklinde tarif edilmiştir.[224] Zihni bir rahatsızlığın akıl hastalığı kapsamına girmesi, bu hastalığın temyiz gücünü ortadan kaldırmasına bağlıdır. Suçun işlendiği sırada ehliyetin var olması gerektiğinden, o esnada ehliyeti, bilhassa idrak yeteneğini ortadan kaldıran diğer hastalıklar da akıl hastalığı gibi değerlendirilir. Buna göre, sara, histeri ve benzeri hastalıklarda, fiilin işlenmesi esnasında kişinin idrak kuvveti kayboluyor ya da azalıyor ise akıl hastalarının hükmü kendileri içinde geçerlidir, idraklerini kaybetmediklerinde ise cezaî açıdan sorumludurlar.[225] Akıl hastalarının cezaî ehliyetleri yoktur.[226] İşledikleri fiiller netice itibari ile cezalandırılmayı gerektirse bile, bu kişiler cezalandırılamaz.

[222] Buhârî "Hudûd", 22, "Talâk", 11.
[223] Ayrıntılı bilgi için bkz. Çolak, *a.g.t,* s.115.
[224] İbrahim Kafi Dönmez, "*Cünun",* **DİA**, cilt :8, İstanbul 1993, s. 125.
[225] Udeh, a.g.e, I, s. 588.
[226] Bkz. Buhârî "Hudûd", 22, "Talâk", 11

Akıl hastalığı olan kimseler suç sayılan fiilleri işleseler, esasen cezaî ehliyetleri olmadığı halde, kendilerinin cezaî ehliyetlerinin olmadığı dışarıdan ilk bakışta görülüp anlaşılmıyor olabilir ve mahkemeye çıkarılıp yargılanmış hatta aleyhlerinde hükme varılmış olabilir. Böyle bir durumda, bu kimsenin cezaî ehliyetinin olmadığına dair kanuni temsilcisi ya da avukatı vasıtası ile savunma yapılırsa, kişinin cezası düşürülür. Bir rivayete göre Hz. Ömer'in recm cezasına çarptırdığı bir kadını Hz. Ali gördü ve bunun hali nedir diye etraftakilere sorunca kadının falanca kimseden bir deli olduğunu öğrendi. Bunun üzerine Hz. Ömer'e giderek kadının falanca kimselerden bir deli olduğunu öğrendiğini aktardı ve 'Üç gruptan; iyileşinceye kadar deliden, uyanıncaya kadar uyuyandan ve aklı erinceye (baliğ oluncaya) kadar da çocuktan kalem kaldırılmıştır" (diye) buyrulduğunu bilmiyor musunuz? dedi. Hz. Ömer 'Evet biliyorum diyerek, deli kadının salıverilmesini emretti ve hata etmesi nedeniyle tövbe etti.[227] Bu olayda Hz. Ali, akıl hastalığı nedeniyle cezalandırılamayacağını ileri sürerek kadının hakkını savunmuştur.

Ateh terimi ile ifade edilen akıldaki idrak ve anlama noksanlığı olan akıl zayıflığının hükmü de cezaî açıdan aynıdır, bunların da ceza ehliyeti yoktur.[228] Kişinin suçu işlerken ehliyet sahibi olması, bu suçtan yargılanıp suçlu bulunmasının ardından henüz cezası infaz olunmadan akıl hastalığına yakalanması halinde de bu kişinin cezası infaz olunmaz. Bu kişinin cezasının infaz edilebilmesi için iyileşmesi beklenir.[229] Öyleyse suç teşkil eden fiili işlerken akıl hastası olan veya akıl hastalığı gibi idrak kudretini ortadan kaldıran bir hastalığı olan kişi, ya da suçu işlerken ehliyet sahibi olup da yargılanma henüz bitmeden akıl hastalığına yakalanan kişi cezalandırılamaz.[230] Böyle bir durumda akıl hastalığının ileri sürülerek savunma yapılması cezayı ortadan kaldırır.

Uyku ve Bayılma

Uyku hali hukukî açıdan insanın temyiz kudretini etkileyen bir arıza sayılır. Kişilerin uykudayken yürümesi, herhangi bir fiili işlemesi, konuşması mümkündür. Kişinin

---

[227] Ebû Dâvûd, Hudud, 17.
[228] Ayrıntılı bilgi için bkz. Beşir Gözübenli, "*Ateh",* **DİA**, 1991, cilt: 4, s. 51-52.
[229] Udeh, a.g.e, I, s. 597.
[230] Katil hakkında kısas cezası verilse fakat yargılama devam ederken katil akıl hastalığına yakalanırsa hüküm infaz edilmez, bkz. Yıldırım, a.g.e, IV, s. 251.

uykudayken ceza ehliyeti yoktur, çünkü işlediği eylemle ilgili idrak yeteneği yerinde değildir. Uykudayken suç teşkil eden bir fiil işleyen kişi, suçun işlendiği anda kendisinde ehliyet arızasının mevcut olması nedeniyle cezalandırılamaz.[231] Bayılmanın da ceza ehliyeti hususundaki hükmü uyku gibidir, bayılan kişinin de ceza ehliyeti ortadan kalkar.

Öyleyse ceza ehliyetini ortadan kaldıran bir hal olan uyku veya bayılma hali içinde iken suç teşkil eden bir fiil işlemiş ve bu fiilinden dolayı yargılamaya tabi tutulmuş olan kişi, fiil esnasında ehliyet arızasının mevcut olduğunu ileri sürmesi ve ispatlaması ile cezadan kurtulur.

Unutma

Kur'an-ı Kerim'de kulların, hata ve unutmalarından sorumlu tutulmayacağı belirtilmektedir.[232] Her ne kadar bu ayet-i kerimeden, unutmanın kişinin hukukî ve dinî yükümlülüklerini etkileyebilmesi sonucu doğsa da, ceza hukuku alanında unutma mutlak bir arıza kabul edilmemiştir.[233] Ceza hukuku alanında unutmanın etkisi son derece sınırlı tutularak, kişilerin işledikleri suçtan unutma bahanesi ile kurtularak bu durumu kötüye kullanmalarının önüne geçilmeye çalışılmıştır, zira unutmanın ispatı çok zordur.[234]

Kişinin unutarak suç işlediğini iddia etmesi halinde, İslam hukukçuları bu unutmayı kişinin kusurundan kaynaklanan bir unutma olup olmaması hususunu ele alarak değerlendirmişlerdir. Unutma, akla tesir edecek bir hastalık, yaşlılık gibi olağan dışı bir unsurun sonucu olarak vuku bulduğunda, bu unutmanın kişinin ceza ehliyetini kaldırdığı kabul edilir.[235] Burada söz konusu unutma, kişinin idrak yeteneğini etkileyen, ortadan kaldıran unutmadır. Çünkü burada akıl zayıflığına benzer bir hal mevcuttur. Akıl zayıflığı kapsamına girmeyen, gelip geçici olan, hayatın olağan akışında sıkça karşılaşabileceğimiz unutma şekilleri daha çok hata hususuna benzer. Bu durumlarda kişinin unutması ceza ehliyetini ortadan kaldırmaz, ancak yine de

---

[231] Buhârî "Hudûd", 22, "Talâk", 11.
[232] Bkz. Bakara, 2/286.
[233] Ahmet Özdemir, '*İslam Hukukunda Unutmanın Eda Ehliyeti Üzerindeki Etkileri'.* **Turkish Studies**, Volume 8/12, Ankara 2013, s. 982.
[234] Udeh, a.g.e, I, s. 439-440.
[235] Ayrıntılı bilgi için bkz. Karslı, *a.g.t,* s. 59; İbrahim Kâfi Dönmez, "*Nisyan",* **DİA**, 2007, cilt: 33, s. 144-147

kastı, dolayısıyla mesuliyeti etkileyebileceğinden kişinin cezasını azaltabilir ya da ortadan kaldırabilir. Örneğin iki şişeden birinde içki olduğunu bilip sonra hangisinde içki olduğunu unutarak, su içmek masadıyla içki içen kişinin durumu hatayla içki içenin durumuna benzer. Ya da kendi malı ile başkasının malını karıştırarak, o malın başkasının olduğunu unutarak alan kişinin durumu hata ile gasp fiilini işlemekle eşdeğer durumdadır. Bunlar hata ile suç işlemek meselesinde incelenmiştir.

Sarhoşluk

Kendi iradesiyle ve haram yolla sarhoş olan kişinin bu hali onun eda ehliyetine olumsuz bir etkide bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu haliyle işlemiş olduğu bütün fiillerinden sorumludur, cumhura göre sarhoşken işlediği cürümleri için cezalandırılması mümkündür.[236] Çünkü bilerek ve isteyerek sarhoş olan kişi, içkinin neticelerini bilir, içki içtikten sonra aklı iradesini kaybedeceğini tahmin eder ve bu iradesinin kaybetmesi ile bir takım suç/günah sayılabilecek fiilleri işleme ihtimali olduğunun bilincindedir. Ancak bu kişinin sarhoşluk hali geçtikten sonra yargılanıp cezasının infaz edilmesi gerekir. Çünkü aldığı cezadan ders çıkaramayacak, cezanın mahiyet ve amacını anlayamayacak şekilde cezalandırılması, kişiye acı çektirilmesinden öteye gitmez, bu da İslam ceza hukukunda cezalandırmanın amacına aykırı bir uygulama olacaktır.

Sarhoş olma hali, tedavi maksadıyla içilen ilaçtan dolayı, ikrahla veya hatayla ya da ıztırar nedeniyle içilen şeyden meydana geldi ise, bu kişi akıl hastası ya da baygın bir kimse gibi değerlendirilir ve bu halde iken ceza ehliyeti ortadan kalkar.[237] Böyle bir sarhoşluk halinde, işlemiş olduğu fiillerinden dolayı ona cezaî müeyyide uygulanmaz.[238] Böyle bir hal içinde iken suç işlemiş bulunan kişi, bu suçtan cezalandırılmamak üzere bu durumunu izah ederek savunma yapabilir.

Kanunu bilmeme

---

[236] Büyük Haydar Efendi, **Usûl-i Fıkıh Dersleri**, Meral Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, t.y., .s. 500
[237] Büyük Haydar Efendi, a.g.e., s. 500, 501.
[238] Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Uzunpostalcı, '*İslam Hukukunda Ehliyeti Daraltan veya Ortadan Kaldıran Sebepler',* **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi,** Sayı 9, 2007, s. 91 vd.

Bir kişi iddia konusu suç teşkil eden fiili işlediğini kabul etmesine rağmen bu fiilin İslam hukukuna göre suç sayıldığını bilmediğini iddia edebilir. Buna kanunu bilmeme denir. Esasen kural olarak kanunu bilmemek cezadan muaf olmak için mazeret sayılmaz. Kanunu bilmemek ancak sınırlı bazı şartların varlığı halinde cezayı ortadan kaldırır.[239]

Zinanın haram olduğunu bilmeme veya bunu bilip de zina ettiği kadının, kendisine ebediyen nikâhı haram olan birisi olduğunu bilmemek kanunu bilmemeye örnek gösterilebilir. Hz. Ömer (r.a) yeni fethedilmiş bulunan bir bölgede Şam bölgesinde zina yapan bir erkek ile kadın hakkında "Eğer kanun hükmünü biliyorlarsa onları cezalandırın, ancak bilmiyorlarsa öğretin. Bunun ardından aynı fiili tekrar işlerlerse onları recmedin." demiştir.[240] İslâm ceza hukukunda kanunu bilmemeyi ileri sürerek cezalandırılmaktan kurtulmak için, bu bilmeme durumunda failin kusurunun olmaması gerekir. Yani kendi kusurundan kaynaklanmayan bir nedenle kanunu bilmiyor olması gerekir.[241] Meselâ İslâm'a yeni girmesinden dolayı kanunu bilmediğini iddia eden kişinin bunu ispatlaması, bilgisizliğinin kendi kusurundan kaynaklanmadığını gösterir.[242] Kendi kusurundan kaynaklanmayan bilmeme, ceza ehliyeti arızalarından sayılmış ve bu durumdaki kişiler cezalandırılmamıştır. Haklı bir sebebe dayanarak kanunu bilmediğini öne sürerek savunma yapan kişi o eyleminden dolayı cezalandırılmaz.

1.4.3. Savunma Hakkının Sözlü/ Yazılı Olması Açısından Şekli

Yukarıda ele alınan tüm ihtimallerde yapılan savunma, muhakeme esnasında, hâkim huzurunda sözlü yahut yazılı ya da kişinin dilsiz olması halinde işaret dili ile yapılabilir. Savunmanın yapılması ile ilgili bir şekli şart mevcut değildir. Hakkın zayi olmayacak şekilde kullanılması önemlidir, şekli önemli değildir.

Esasen Hz. Peygamber, muhakeme işlerini yürüttüğü ilk zamanlarda, hâkimlik vazifesini yaparken, genel olarak şikâyetçiler sözlü olarak kendisine başvuruyor ve

---

[239] Ayrıntılı bilgi için bkz. Uzunpostalcı, *a.g.m.,* s. 84 vd.
[240] eş-Şîrâzî, Ebû İshâk Cemaleddîn İbrâhîm b. Ali b. Yûsuf, **el-Mühezzeb fî Fıkhi'l-İmâm eş-Şâfiî,** Dâru'l-Fikr, Beyrut ty, II, s. 267.
[241] Hayreddin Karaman, **Mukayeseli İslâm Hukuku,** İrfan Yayınevi,3 c., İstanbul 1974, I, s. 190.
[242] eş-Şîrâzî, a.g.e., II, 268; Ali Şafak**, Mezheplerarası Mukâyeseli İslâm Hukuku**, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1977, s. 142.

davalı huzurunda ise hemen o esnada, huzurunda değil ise davalıyı çağırtarak, davalıya bu iddiayı sözlü olarak soruyor ve davalının savunmasını yine sözlü olarak dinliyor idi.[243] Bu uygulamada, savunma ve iddianın sözlü olabileceği görülmektedir.

Savunma ve iddia yalnızca sözlü değil, yazılı da olabilir. Savunma makamının yapacağı yemin usulüne ilişkin olarak, şayet kişi sağır ve dilsizse ve okumayı biliyorsa ona yemin metni yazılı olarak verilir ve o da yemini elle yazabilir.[244] Yemin delilinin kullanılması savunma hakkı kapsamında olduğundan, yazılı savunmanında usulen kabul edildiği görülmektedir.

Şayet kişi sağır dilsiz ve okuma yazma bilmiyorsa, sadece sorulan sorulara başı ile işaret ederek de savunma hakkını kullanıp kendini ifade edebilir, teklif edildiğinde yine işaret diliyle yemin edebilir.[245]

İslam hukukunda dilekçe hakkının kabul edilmiş olması[246] yazılı savunmayı mümkün kılar. Dilekçe hakkı, kişilerin kendileri ya da kamu ile ilgili meselelerde istek ve şikâyetlerini yetkili mercilere bildirebilmesi hakkıdır ki, bu zaten Müslümanlara tanınan bir haktan çok görevdir.[247] Öyleyse bu talep ve şikâyetleri devlet idarecilerine bildirmek üzere Müslümanların yazılı olarak devlete başvurmalarında hiçbir sakınca olamaz, zira önemli olan talep ve şikâyetlerin yetkililere ulaştırılabilmesidir. Savunma dilekçesi de nihayetinde bir talep dilekçesidir.

Mahkemede sağır ve dilsiz ancak okuma yazması bulunan kişiye yazılı savunma yaptırılmasının uygun görülmesinin haricinde, günümüzde sağır ve dilsiz olmayan kişilerin de yazılı savunma yapması ihtiyacı doğmuştur. Zira günümüz şartlarında, insan nüfusu çoğalmış, suç teşkil eden eylemlerin işlenme oranı artmıştır. Dolayısıyla bugün hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde mahkemeler iş yoğunluğu ile mücadele etmekte, hızlı ve adaletli hüküm vermek konusunda zorlanmaktadırlar. Bu doğrultuda kişilerin ceza mahkemelerinde yapacakları

---

[243] Davacının sözlü şikâyeti üzerine, davalının, kendisine haber gönderilerek huzura çağrılması ve sözlü olarak ona iddianın sorulmasına örnek teşkil eden bir hadiseyi nakleden Hadis-i şerif için bkz. Ebû Dâvud, Cihad: 93; İbn Mâce, Ticarât: 67.
[244] Bayındır, a.g.e, s. 240.
[245] Mecelle, md. 1752.
[246] Armağan, a.g.e, s. 220.
[247] Bkz. Âl-i İmran 3/104, 110, 159.

savunmaları sözlü olarak anlatmaları hem zaman kaybına, mahkemenin yavaşlamasına neden olabilir hem de ayrıntılı bir savunma yapamamaya neden olabilir. Ayrıca günümüz teknolojisi adlî teşkilatın çalışma şekillerine de yansıdığından, kişilerin yapacağı savunmaların ve iddiaların yalnız duruşma esnasında kâtip tarafından yazılmasının yanında, yazılı birer örneğinin adlî teşkilata sunulması da savunmanın kaybolmaması, kişilere ayrıntılı şekilde kendini ifade edebilme imkânı tanıması açısından önemlidir. Bazı ceza davalarında sanık sayısının yüzlerce olması bugün için şaşılacak bir durum değildir, bu kişilerin hepsinin bütün ayrıntılarıyla savunmalarının ilk duruşmada sözlü olarak dinlenilmesi ise imkânsızdır. Öyleyse bugün savunmanın muhakkak yazılı bir örneğinin bazen fiziken, bazen interaktif olarak adlî teşkilata sunulması ihtiyacı hâsıl olmuştur.

Bugün gelinen teknolojik noktada, adliye binaları teknolojik aletlerle donatılmıştır. Mahkeme salonunda mevcut bulunan kameralar ile hali hazırda bulunan savunma ve iddia makamlarının beyanları sesli ve görüntülü kayıt altına alınmaktadır. Mahkeme salonlarında bulunan büyük ekranları sayesinde, örneğin başka bir suçtan hüküm giydiği için başka bir ildeki cezaevinde bulunan ve yetkili mahkemeye getirilmesi maddî açıdan zorluk ve tehlike oluşturan kişinin, canlı bağlantısı duruşma esnasında salona verilerek, sanığın savunması dinlenilip aynı anda sesli- görüntülü kayıt altına alınmaktadır. Bu kayıtlar, hâkimin vefatı, değişmesi, davanın temyiz edilmesi gibi durumlarda savunmanın tekrar dinlenilmesi imkânını tanır. Kişinin aynı savunmayı tekrar tekrar yapması beklenilmediğinden, muhakeme hızlanır. Ayrıca duruşma salonuna gelemeyecek olan kişinin savunma hakkını kullanmaktan mahrum kalmasının önüne geçer. Söz konusu teknolojik gelişmeler ile kişinin savunmasının yazılı kayıt altına alınması devri yavaş yavaş kapanmakta, sesli ve görüntülü kayıt altına alınması devrine geçilmektedir. Bu ihtiyaç doğrultusunda, İslam adlî teşkilatında bugün gerek yazılı evrak üzerinden savunmanın yapılması, gerek teknolojik alt yapıların kurulması ve savunma şeklinde teknolojiden yararlanılması mümkündür. Çünkü bu teknolojik altyapı ve gelişmeler, muhakemeyi hızlandıran, muhakeme unsurlarını objektif olarak kayda alan, bu anlamda mahkemeyi üst mercilerce denetlenebilir kılan, mahkemenin objektifliğini sağlayan, aynı zamanda mahkemenin tarafsız ve alenî olmasına hizmet eden gelişmelerdir. Dolayısıyla bu gelişmeler, İslam ceza hukukunun mahkeme ve hâkimde sağlamak istediği

objektiflik, alenîlik, hızlılık gibi temel ilkeleri ile uyuşmaktadır. Netice itibariyle savunma, bugün fizikî evrak olarak ya da elektronik ortamda yazılı olabilir, sesli-görüntülü sistemler aracılığıyla yapılabilir.[248] Burada dikkat edilmesi gereken husus, savunmanın şekli, kişinin savunma hakkını kendini ifade edebileceği ölçüde rahat hissetmesine engel olmamalıdır. Bazı son dönem araştırmalarında kayıt cihazları ile yapılacak savunmalarda savunanın kendini rahat ifade edemeyeceği, bu yönüyle teknolojik aletlerin savunma hakkının kapsamına zarar verdiği görüşü tartışılmaktadır.[249] Bu görüşe göre, kişi kendini kamera vasıtası ile savunurken, duruşmaya bizzat katılmasındaki kadar etkili bir savunma yapamamaktadır. Nihayetinde bir takım kolaylıklar sağlayan bu teknolojik gelişmeler aracılığı ile savunma yapmanın, internet bağlantısının kopması, sesin yankılanması gibi aksilikler yaşanması ya da savunanın kamera karşısında kendini rahat hissedememesi gibi bir takım olumsuz yönleri de bulunmaktadır. Öyleyse, savunanın savunma hakkı hürriyetine maddî manevî kısıtlama getirmediği müddetçe ve savunan rızası ve talebi doğrultusunda, mahkeme düzenine uyarak arzu ettiği şekillerde savunma hakkını kullanabilmelidir. İslam hukukunun bu konudaki şekli şart belirlememiş, herhangi bir şekli zorunluluk getirmemiş olmasından bu anlaşılmalıdır. Bu anlamda, İslam hukukunun genel kaideleri göz önüne alındığında, davalının hem dönemin şartlarına ve gereklerine uygun olan, hem de hakkın özüne sınır, manevî ya da maddî zorluk getirmeyecek olan her şekilde söz hürriyetini kullanabilmesi mümkün kılınmalıdır.

1.4.4. Bir Savunma Delili Olarak Yemin

Resulullah (s.a.v) "Delillerle iddiasını ispat etmek davacıya, yemin ise iddiayı reddedene düşer."[250] buyurmuştur. Öyleyse yemin, iddiayı reddeden kişinin bu iddianın doğru olmadığına dair verdiği beyanını Allah'a (c.c.) and içmek suretiyle güçlendirmesidir.[251] Hanefiler yemini, iddianın ispat vasıtası değil, müdafaanın bir delili sayarken, Şâfiî fıkıhçıları ise yeminin hem davalıya hem davacıya teklif

[248] İslam hukuku vahiy kaynaklı bir hukuk sistemi olmasına rağmen kati surette sınırları çizilmiş naslar dışında, tamamen sosyal gelişmelere kapalı bir hukuk sistemi değildir. Savunma hakkının kullanımına ilişkin bir şekli şart bulunmamaktadır, kesin naslarla belirlenmemiş olan bu husus, bir usul meselesidir ve bu açıdan temel ilkelere aykırılık arz etmeyecek şekilde sosyal değişime ve gelişime uyması mümkündür. İslam Hukukunda sosyal değişimin sınırları hakkında bkz. Nihat Dalgın, "*Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku*", **Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi,** sayı 16, 2003, s. 84.

[249] Beytullah Çetin, "*Savunma Hakkının Kısıtlanması*", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Konya 2017, s. 126.

[250] Müslim, Ahkâm, 1.

[251] Bayındır, a.g.e, s. 229.

edilebileceğinden hareketle, yemini hem müdafaanın hem de davacının ispat delili sayarlar.[252] Bu bölümde yeminin savunma makamı tarafından kullanımı ele alınacaktır.

Esasen hiç kimse, masum olduğunu ispatlamakla mükellef değildir. Savunma makamının masum olduğuna ilişkin beyanı, bir karine olarak kabul edildiğinden, bu karinenin tekrar ispatlanması gerekmez. Savunma makamına masumluğu hususunda bir ispat yükümlülüğü düşmediğinden, savunma makamının iddia makamının sahip olduğu deliller gibi, masumluğunu ileri sürmek için kullanacağı; kuvvetli ve belli şartlara tâbi olan delilleri yoktur. Yemin delili, diğer delillere nazaran zayıf bir hüccettir. Örneğin, kişinin hüküm giyinceye kadar masum olduğunun kabul edildiği bir hukuk sisteminde, bir soruşturma karşısında iken, kişinin şahitler bularak masum olduğunu ispat etmesine zaruret yoktur. Şayet savunma makamının şahitler ile kendi masumiyetinin ispatlaması gerekse idi, söz konusu ilke ile çelişen bir hukuk sistemi mevcut olurdu. Dolayısıyla savunma makamının iddia makamı gibi güçlü delillere hem ihtiyacı hem de zorunluluğu yoktur. Ceza muhakemesinde olağanın aksini iddia eden kişinin yani davacının durumu zayıftır. Olağan halde suçsuz/ borçsuz kabul edilen davalının durumu ise güçlüdür. Bu nedenle davacının güçlü delillerle iddiasını ispat etmesi gerekirken, davalının olağan durumunu güçlendirici nitelikteki and içme beyanı olan yemin delili her ne kadar zayıf bir delil olsa da davalının masumluğu hususunda kesin ve katî bir delil olmak için yeterlidir. Olağan durumun aksi davacı tarafından ispatlanamadığında, zayıf bir delil olmasına rağmen, olağanın ispatlanması için yeterli görülen yemin ile davalı kişinin beratına hükmedilebilir.

Bir kimsenin iddiası üzerine derhal muhakemenin başlaması, davacıya hakkını alabilmesinde büyük imkân ve kolaylık sağlar. Davacı ve iddianın bazı şartlar taşıması gerekse de, genel olarak bir kimsenin başka bir kimseye karşı suçlayıcı beyanı ile onu bir töhmet altında bırakması oldukça kolaydır. Elbette bu kolay usul, töhmet altındaki kişiyi zorlu, sıkıntılı bir sürece sokar. Bir suç iddiası ile karşılaşan herhangi bir kişi, panikler, endişe duyar, hatta sosyal itibarı için endişelenir, böylece manevî olarak eziyet çeker. Bunun yanında bir de mahkeme huzurunda fiilen bulunması nedeniyle, belki duruşma esnasında çalışamadığı için kazanç kaybına

[252] es-Serahsî, a.g.e, XVII, s. 29, 32.

uğrar, ya da mahkemeye zorla getirilmiştir, bu esnada bir takım maddî-fizikî zorluklarla karşılaşmak durumunda kalır. Bütün bu maddî manevî zorluğa sebep olan tek şey, bir başkasının aleyhinde verdiği bir beyan ve şikâyettir. Buna karşılık, iddia ile soruşturma başladıktan sonra, iddia sahibi büyük bir sorumluluk almış olur ve bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olurken, davalının muhakeme esnasında hiçbir sorumluluğu yoktur. Oysa davacı davasını ispatlayıcı delil bulmak zorundadır. Aksi takdirde davacı iftira suçundan ceza alabilir. Davacının iddiasını ispata mükellef olması, onun büyük bir sorumluluk altında olması sonucunu doğururken, davalının hiç bir şekilde ispat vasıtaları bulmak zorunda olmaması, yalnızca hâkim tarafından teklif edildiğinde, usulüne uygun bir yemin ile masumiyetine ilişkin olan karineyi kuvvetlendirmesi ve akabinde söz konusu iddiadan beraat edebilmesi, savunma makamına, yalnız bir kişinin beyanı ile soruşturma makamı karşısına zanlı olarak çıkmak zorluğu karşısında tanınmış bir imtiyazdır.

Hâkim davalıya iddiayı sorar, davalı bu iddiayı kabul ederse, hâkim ikrar hükümlerince davayı sonlandırır. Ancak davalı bu iddiayı kabul etmezse, hâkim davacıdan davasını ispatlamasını ister. Şayet davacı davasını ispatlayıcı delil getiremezse, bu kez davacının talebiyle hâkim davalıya yemin ettirir.[253] Yemini bizzat davalı şahıs etmelidir, vekil müvekkili adına yemin edemez.[254]

Davalıdan yemin teklif edilebilmesi için bazı şartların mevcut olması gerekmektedir.[255] Davalıya yemin teklif edilebilmesi için şartlarına uygun bir davanın açılmış olması gerekir.[256] Elbette hukuken açılmamış bir davada yemin ya da şahitlerin hükmü yoktur. Öyleyse davanın geçerli ve sahih olmasını sağlayan şartlardan birinin yokluğu halinde hâkim davalıya yemin teklif edemez. Örneğin, bir kişi falanca kişinin kendisinden (çalınan malın ne olduğunu açıklamadan) bir şey çaldığını söyleyerek hâkim huzuruna gelse ve buna ilişkin hâkimden yemin

[253] Bayındır, a.g.e, s. 230-231.
[254] Mecelle, md. 1745.
[255] Şartların ayrıntılı izahları için bkz. Bayındır, a.g.e, s. 229.
[256] Sahih davanın şartları için bkz. Bayındır, a.g.e, s. 125.

ettirmesini istese, hâkim ne taraflara yemin ettirir ne de davayı dinleyebilir, zira dava konusu net olarak belli olmadığından ortada sahih bir dava yoktur.[257]

Bir diğer şart, davalının iddiayı reddetmiş olması gerekmektedir.[258] Zaten yemin, davalının iddia konusu suçu işlemediği yönünde Allah Teâlâ'nın adını anarak beyanını kuvvetlendirmesidir, davalı iddiayı kabul etmiş olsaydı bu aşamaya geçilmeyeceği ortadadır.

Davacının davalıdan yemin etmesini isteyebilmesinin diğer şartı, davayı ispat edememiş olmasıdır. Bu konuda fakihler ihtilafa düşmüşlerdir. Şâfiîlerin haricindeki cumhura göre, davacının yemin talep edebilmesi davayı ispat edememesine bağlıdır, Şâfiîler ise bunu şart koşmamış, yemini davacının talep edebileceği bir hak olarak görmüşlerdir.[259] Mecelle'nin konuyla ilgili maddesinde de Ebu Hanife'nin bu görüşü esas alınmıştır ve davacının davayı ispat edememesi halinde davalıdan yemin ettirileceği ifade edilmiştir.[260]

Yemin ancak davacının ya da davacının vekilinin talebi ile verdirilir, hâkim resen taraflara yemin teklif etmez.[261] Yeminin hâkimin huzurunda ve onun teklifi ile verilmiş olması gerekir. Başka kimseler huzurunda falanca zamanda yemin etmiş olmak hukuken davaya etki etmez.[262] Ayrıca davacı yemin talep ettikten hemen sonra davalı kendiliğinden yemin etse ve hâkimin yemin verdirmesini beklemese bu yeminde geçerli olmaz, tekrar hâkimin yemin verdirmesi gerekir.[263]

Kamu hukukuna ait sayılan haklara ilişkin davalarda davalıya yemin verdirilemez.[264] Kısas davalarında iddiayı reddeden davalıya yemin teklif edilir.[265]

---

[257] Herhangi bir şeyim çalındı ifadesi, dava konusunun belli olması şartına aykırıdır. Dava konusunun belli olması hususunda bkz. Bayındır, a.g.e, s. 127, Atar, İslam Yargılama…, s 198. Ayrıca İslam ceza hukukunda hırsızlık suçuna konu olan malın bir takım nitelikleri taşıması gerekir bu nitelikler malda yoksa hırsızlık suçunun maddî unsurlarından biri eksik olduğundan suç oluşmaz. Bkz. Ali Bardakoğlu, "*Hırsızlık",* **DİA**, yıl: 1998, cilt: 17, s. 386.

[258] Bayındır, a.g.e, s. 230.

[259] Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 338; Bayındır, a.g.e, s. 230.

[260] Mecelle, md. 1742.

[261] Mecele, md. 1742, 1745, 1746.

[262] Mecelle, md. 1744.

[263] Mecelle, md. 1747.

[264] Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 338; İbn Rüşd Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Hafîd, **Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid,** (çev. Ahmet Meylani), Beyan Yayınları, İstanbul 1991, IV, s. 362-365; el-Mavsılî, a.g.e, II, s. 167-168.

Davalının kendisinin suçsuz/borçsuz olduğuna yönelik ettiği yemini sonucunda, hâkim bu yemini davayı sonlandırıcı hüccet sayar ve davayı takibe son verir. Şayet yemin doğru ise davalının hiçbir zararı olmaz, yemini doğru olduğu için herhangi bir maddî manevî sorumluluğu yoktur. Fakat yemini doğru değilse, hem yalan yemin etmesinden ötürü manevî sorumluluğu vardır hem de davacının zarar etmesine sebep olmuştur.[266]

1.5. Muhakeme Usulüne Göre Savunma Hakkının Kapsamı ve Sınırları

Savunma hakkı, kişinin mahkeme makamı karşısında aleyhinde ileri sürülen iddiaya cevap verebilmesidir. Bu hakkın kullanımı, kişinin mahkemede bulunabilmesine, duruşmaları takip edebilmesine, iddianın kendisine sorulmasına ve iddianın ne olduğunu anlamasına, şayet başka dil konuşuyor ise kendisine tercüman yardımında bulunulmasına bağlıdır. Dolayısıyla kişinin savunma hakkını kullanabilmesi için bu haklarında kendisine tanınmış olması gerekir. Savunma hakkı kapsamında sayılan bu bölümde incelenmiş olan haklar, kişinin savunma hakkını kullanabilmesinde doğrudan etkisi olan, yokluğunda savunma hakkının kullanılması mümkün olmayan haklardır. Ayrıca bu bölümde savunma hakkının muhakeme usulü bakımından sınırları ele alınmış, böylece savunma hakkının hem içerik bakımından hem de sınırlılık bakımından çerçevesi çizilmiştir.

1.5.1. Savunma Hakkı Kapsamında Kişiye Tanınan Haklar

1.5.1.1. Duruşmada hazır bulunma hakkı

Savunma hakkının müddei aleyhe tanıdığı ilk hak, duruşmaya katılma hakkıdır. Esasen ceza yargılamasının özü duruşma yapılmasıdır. Duruşma yapılmadan ceza davaları hükme bağlanamaz. Duruşma yapılması ise, tarafların hâkim karşısında hazır olmaları ile olur. İslam ceza hukukunda taraflardan yalnız davacının hazır

---

[265] el- Mavsılî, a.g.e, II, s. 169.

[266] Fıkıh kitaplarında yalan yemin için 'Yemin-i Ğamûs' denir ki bu kişiyi manevî yönden felakete sürükleyen karşılığı çok ağır bir günahtır. Resulullah 'Bir kimse yemin ile bir müslümanın bir parça malını alırsa Allah ona cenneti haram eyler.' buyurmuştur. Bkz. Müslim, Akziye, 4; es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 116.

bulunması duruşmanın yapılabilmesi içi yeterli değildir, davalının da muhakkak hazır bulunması gerekir.[267]

Müddei aleyhin gıyabında hüküm verilip verilemeyeceği hususunda fakihler, müddei aleyhin duruşma yapılan yargı bölgesinin dışında olup olmamasını ele almışlardır. Şayet müddei aleyh, duruşma yapılan yerin yargı bölgesi içinde ise, çoğunluğa göre gıyabında hüküm verilemez. Fakat davalı aynı bölgede olmasına rağmen duruşmaya kendi isteği ile gelmemekte direniyorsa, mahkemede kendisini temsil etmek üzere vekil tayin etmiyorsa, gıyabında yargılamaya kendisine bir tebligat gönderilerek devam edilebilir. Çünkü davalılar, kendilerinin aleyhinde hüküm verilememesi kuralını istismar edebilirler. Bu nedenle kendi isteği ile davaya gelmemekte direnen veya ulaşılamayan davalının gıyabında bazı hallerde hüküm verilebilir.[268] Hanefilere göre bu durumda, mahkeme kolluk kuvvetlerini göndererek davalının duruşmaya getirilmesini sağlayabilir, yine de mahkemeye getirtilmesi mümkün olmazsa davalıya mahkeme tarafından bir vekil tayin edilerek davaya devam olunabilir.[269]

Yargı bölgesinin dışındaki davalının yokluğunda hüküm verilip verilemeyeceği hususunda ise, davalının yargı bölgesine uzaklığı, yargı bölgesinde malının ya da vekilinin bulunup bulunmadığı ya da dava konusu gibi değişik kıstaslar ele alınarak farklı görüşler ortaya koyulmuştur. Özet olarak savunma hakkını kullanmak isteyen davalının hakkı duruşmaya katılmaktır, İslam hukukunda duruşmaya katılma hakkı tanınmakla kalmamış tarafların duruşmaya katılması genel itibariyle zorunlu kılınmıştır. Ancak yargı bölgesi dışında olan davalının ya da davaya kendi isteği ile katılmayan davalının durumunu, zorla getirilip getirilemeyeceğini, hangi davalarda ve hangi şartlarda davaya devam edilebileceğini fakihler tartışmış, bilerek ve isteyerek davaya gelmeyen ve mahkemeye zorla getirilmesi sağlanamayan davalının, davacının hakkına zarar vermesinin önüne geçmek maksadıyla, yokluğunda hüküm verilebileceğini ifade etmişlerdir.[270] Burada belirtmek gerekir ki, bazı istisnaî hallerde davalının yokluğunda hüküm verilmesi, davalının duruşmaya katılma hakkının kısıtlanması değildir.

---

[267] Bkz. Müslim, Akziye, 7; Ebû Dâvûd, Akziye, 6.
[268] Bkz. Ebû Dâvûd, Akziye, 6.
[269] Mecelle, md. 1618, 1791.
[270] Bayındır, a.g.e, s. 126.

Had ve kısas davalarında müddei aleyhin vekili duruşma da hazır olsa dahi, müddei aleyh vekili ile birlikte duruşmada mutlaka bulunmalıdır.[271]

Osmanlı devleti ceza hukukunda da tarafların duruşmada hazır bulunması zorunluydu. Duruşmada hazır bulunmayanların duruşmaya zorla getirilmesi sağlanırdı. Duruşmaya gelmeyen müddei aleyhe üç kez mahkeme kâtibi ile celpname gönderilirdi, yine duruşmaya gelmezse, mahkeme kâtibi müddei aleyhin kapısına tahtalar çakılmasını emredip çıkışları engelleyebilirdi.[272]

İslam ceza hukukunun benimsediği, duruşmada hazır bulunmak hakkı, davalının yalnızca fizikî olarak orada bulunmasından çok daha kapsamlı bir haktır. Bu hak davalının istediği takdirde duruşmaya aktif bir şekilde katılabilmesini de ifade etmektedir. Zira, davalı duruşmada bulunur, bu duruşma esnasında hâkimin ve tarafların beyanlarını dinler, kendisine iddia sorulur, bu iddiaya cevap verir, gerekirse kendi delillerini öne sürer, teklif halinde yemin eder. Yani, savunma hakkının kendisine sağladığı diğer hakları kullanır. Bu anlamda klasik kaynaklarda geçen 'davalının duruşmada bulunması' ifadesi ile davalının fizikî olarak davanın görüleceği mahkeme binası/ duruşma salonunda bulunmasının yanında, yargılamanın seyrine etki edebilecek şekilde, muhakemeye katılabilmesinden de bahsedilmektedir. Savunma hakkı kapsamındaki diğer haklar, duruşmada fizikî olarak bulunmak hakkını tamamlayarak, davalının fizikî varlığını aktif bir muhakeme sujesi haline getiren, muhakemeye katılımını sağlayan haklardır. İslam hukukunda, kişilerin duruşmada hazır bulunmasını şart koşmaktan maksatta, esasen budur. Yoksa ki fakihler davalının duruşmada hazır bulunmasını şart koşarken, davalının orada fiziken bulunmasının yeterli olacağını kastetmemişlerdir. Şayet, davalı duruşmada olsa ve fakat yargılamanın maksadını anlamasa, kendi aleyhinde bir iddia olduğunun bilincinde olmasa, hatta bir başkasının yargılandığı kanısında olsa, kendisine aleyhinde ki iddia sorulmasa ve bu iddiaya karşı cevabı dinlenilmese, 'duruşmanın tarafı olarak orada bulunduğu' söylenemez. Böyle bir durumda kişinin yargılamanın unsurlarını, taraflarını ve ortadaki iddiayı idrak edemeden orada bulunması halinde, tarafların hazır bulunma şartı gerçekleşmiş olmaz. Davalının, fizikî olarak duruşma

[271] Fahrettin Atar, "*Avukat",* **DİA**, yıl: 1991, cilt: 4, s: 167.
[272] Ekrem Buğra Ekinci, "*Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri***", Ankara Barosu Dergisi**, Ankara 2001, s. 61.

salonunda olması zorunlu olduğu gibi, yargılamanın davalı tarafı olduğunu bilmesi, yargılama süreci ve sonuçlarını idrak ederek orada olması da gerekmektedir.

1.5.1.2. İsnadı en kısa sürede ve anlayacağı biçimde öğrenebilme hakkı

İslam hukukunda, davalının duruşmayı anlayabilmesi ve yargılamayı kendi lehine takip edebilmesi istenmiştir. Davalının yargılamanın tüm süreç ve sonuçlarını idrak edebilmesi, ancak iddiayı öğrenmesi ile olur. Davalının aleyhindeki iddiayı öğrenmesi, iddia eden tarafı bilmesi en doğal hakkıdır. Zira iddiayı bilmeyen, bu iddiaya karşı savunma da yapamaz.

İslam ceza muhakemesi usulüne göre, davacının iddiasını dinleyen hâkim, bu iddiayı hazır bulunan davalıya anlatır ve bunun doğru olup olmadığını sorar. Osmanlı hukukunda da sanıklar öncelikle suçlama hakkında bilgilendirilirdi. Suçlamanın ne olduğu, iddia konusu suç teşkil eden fiilin ne zaman, nerede hangi şartlarda işlendiği sanığa anlatılırdı.[273]

Her sanığın, aleyhindeki suç isnadını öğrenebilmesi ve buna göre savunmasını yapabilmesi hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'sinin 6. Maddesinde, "Şahsına tevcih edilen isnadın mahiyet ve sebebinden en kısa bir zamanda, anladığı dille ve etraflıca haberdar edilmek" ifadesi ile düzenlenmiştir. Buna göre, suç isnadına konu olan fiilin soyut bir şekilde söylenmesi yeterli değildir. Örneğin sanığa sen hırsızlık suçundan yargılanıyorsun demek, iddianın açıklanması ilkesini yeterince karşılamaz. Söz konusu isnat, ayrıntılı bir şekilde açıklanmak suretiyle bildirilmelidir. Şu kişinin malını şu zamanda şuradan çaldığın iddia ediliyor, cümlesi gibi iddianın zaman taraf ve yer bakımından mevcut olan hususlarının açıklanması gerekir.

1.5.1.3. Bizzat ya da müdafi aracılığıyla kendini savunma hakkı

Başlamış olan duruşmada hazır bulunan ve aleyhindeki suç isnadını hâkimin kendisine izah etmesi ile öğrenen müddei aleyhin sıradaki hukukî ihtiyacı, kendini savunmaktır. Bu savunmanın hangi şekillerde olabileceğinden ayrıntılı şekilde

[273] Bkz. Mecelle, md. 1816.

bahsedilmişti. Söz konusu şekillerde yapılacak olan savunma, kendini savunma veya savunmada müdafi yardımından yararlanma olarak tezahür edebilir.

Ebu Hanife'ye göre, ihtiyar, hasta ve yolcular hariç olmak üzere, şahısların tayin edecekleri vekillerin kabulü karşı tarafın kabulüne bağlıdır.[274] Çünkü ihtiyar, hasta ve yolcunun mahkemede hazır bulunmasını şart koşmak onları zor durumda bırakır. Bunun yerine vekil tayin ederek haklarını takip edebilmeleri onlar için bir kolaylıktır. Bu nedenle vekillerin karşı tarafça kabul edilmesi şartı bu kişiler için uygulanmaz. Ebu Hanife'ye göre, taraflar diğer tarafın iddiasına hâkim huzurunda cevap vermelidir, vekil buna istisnadır. Ebû Yûsuf, Muhammed ve Şâfiîler ise vekâletin kabulü için hasmın rızasını şart koşmazlar. Onlara göre vekil tayin etmek kişilerin vekâlet verebilme hakkı ile ilgilidir ve başkasını ilgilendirmez, kullanımı için bir başkasının rızası gerekmez. Kişiler her konuda vekâlet akdi kurabildiği gibi dava vekâletinde de durum böyledir.

1.5.1.4. Tercümandan yararlanma hakkı

Suç şüphesi ile yargı makamı önüne çıkan kişi bazı hallerde o makamın kullandığı dili bilmiyor olabilir. Bu durumda kişinin bilmediği bir dilde kendisine isnat edilen suçu anlayabilmesi ve bu konuda kendisini savunabilmesi mümkün değildir. Elbette böyle bir durumdaki kişinin ihtiyacı, bir tercüman vasıtasıyla hüküm makamı ile iletişim kurabilmektir.

İslam hukukunda tercümanlar kaza görevinin yürütülmesine yardımcı memurlardan sayılmışlardır.[275] Nitekim hâkimin gerçeği ortaya çıkarması hakka ve hakkaniyete uygun hüküm verebilmesi için, tarafların iddia ve savunmalarını anlayabilmesi aralarındaki uyuşmazlığa tüm ayrıntıları ile hâkim olması gerekmektedir. Öyleyse hem gerçeğin ortaya çıkarılması görevi açısından hüküm verenin, hem de savunma hakkını kullanabilmesinin mümkün olması açısından zanlının aynı dilleri konuşmadıkları hallerde tercümana ihtiyaçları vardır. Bu durumun önlemini almak isteyen Hz. Peygamber olası bir davada tercümanlık ihtiyacı hâsıl olduğunda kendisine danışmak üzere tercüman yetiştirmiştir. Bu şekilde görevlendirdiği

[274] Atar, "*Avukat",* s.167.
[275] Atar, İslam Yargılama…, s.138; bkz. Mecelle, md. 1825; el-Mavsılî, a.g.e, II, s. 105-106.

kişilerden birisi Zeyd b. Sabittir bu sahabe İbranice dilini öğrenmiş ve mahkemelerde İbranice konuşan kimselere tercümanlık yapmıştır.[276] Nasr İbnu İmrân ed-Dab'î el-Basrî ve Abdurrahmân İbn Hâtib İbn Ebî Belta da mahkeme huzurunda dil bilmeyen davacı ve davalılar ile hâkim arasında tercümanlık yaptığı rivayet edilen diğer isimlerdir.[277]

Tercümanın, âdil, güvenilir, Müslüman ve emin olması gerekir.[278] Çünkü hâkim, davacı ya da davalıyı yabancı bir dilde konuşurken anlayamaz, sözleri ileten aradaki kişinin âdil ve güvenilir olması sözleri doğru iletmesi, adaleti yanıltmaması için gereklidir.

Mahkemelerde görev yapan tercümanların sayıları hakkında ihtilaf vardır. Bazı fakihler tercümanın tanık gibi olduğunu ileri sürerek, sözlerinin geçerliliği için iki tercümanın konu üzerinde mutabık olup aynı sözü beyan etmeleri gerektiğini şart koşmakta iken bir kısmı ise bir tercümanın beyanlarının kâfi olacağı ve buna göre hüküm kurulabileceği görüşündedirler.[279]

Sağır ve dilsiz kimselerin işaret dili ile iletişim kurmakta kullandıkları işaret dili ilmi günümüzde gelişmiştir, bu işaret dilini bilen kimseler mahkemede tercüman vasfında kabul edilerek, hâkimle bu kimseler arasında aracılık yapabilirler.[280]

1.5.1.5. Masumiyet karinesinden yararlanma ve suçlu muamelesi görmeme hakkı

1.5.1.5.1. Masumiyet karinesi kavramı

Masumiyet karinesi, bir sanığın kanunda suç sayılan bir eylemi işlediğine dair mahkûmiyet kararı verilmesine kadar masum sayılması ilkesidir.[281] Bu ilkeye göre bir kimse masumluğunu ispat etmekle mükellef değildir, onun masum olmadığını iddia eden iddia tarafı bu iddiasını ispatla mükelleftir. Bu nedenle, bir kimsenin suç

[276] es-Serahsî, a.g.e, XVI, 89; Buhârî, Ahkâm, 40.
[277] Buhârî, Ahkâm, 40.
[278] es-Serahsî, a.g.e, XVI, 89.
[279] es-Serahsî, a.g.e, XVI, 89.
[280] Feyyaz Gölcüklü- Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Ankara 1996, s. 283, 350 vd.
[281] Atar, İslam Yargılama…, s.42.

işlediğini ispatlayan delil bulunamaz ise, bu kişinin masumluğunu ispat etmesi gerekmez, zira herkes aksi ispatlanıncaya kadar masumdur.[282]

Bugün bütün ceza hukuku sistemlerinin en önemli ilkelerinden biri olan masumiyet karinesi temel insan hakları arasında sayılmaktadır. Batı kaynaklı hukuk sistemlerinin 1789 yılında İnsan ve Vatandaş Hakları Beyannamesinin 9. Maddesi ile kabul edip tanıdığı bu karine İslam hukukunun başlangıcından beri kabul ettiği ve son derece önem verdiği bir ilkedir. "Berâet-i zimmet asıldır",[283] "Şek ile yakîn zail olmaz"[284] gibi hukuk prensiplerinin temeli bugünkü ifadesi ile suçsuzluk/masumiyet karinesine dayanmaktadır.

Bu ilke ile İslam ceza hukuku sistemi, sanığın aleyhinde kesin delil olup mahkeme hükmü ile suç işlediği kesinleşene kadar suçsuz olduğunu esas almaktadır.[285] Sanığın suçluluğu kesin olarak ispatlanıncaya kadar adalet nezdinde suçsuz kabul edilmesi ona yargı makamı önünde bir takım haklar sağlar. Öncelikle bu hakların başında söz alma hakkı olarak değerlendirebileceğimiz savunma hakkı gelir. Savunma hakkı ile masumiyet karinesinden yararlanma hakkının birbiri ile bağlantılı bir ilişkisi vardır, biri diğerinden daha mühim değildir, esasen bu karine ile savunma hakkının genel anlamda amacı aynı doğrultudadır. Masumiyet karinesinin kişilere sağladığı bir diğer hak, kişilerin masumiyetini ispatlamak zorunda olmamalarını, ispat külfeti altında olmamaları rahatlığını sağlar. Yine masumiyet karinesinin sağladığı bir başka hak, şüpheden sanık yararlanır ilkesinden faydalanmaktır.[286] Masumiyet karinesinin var olması nedeniyle şüphe ile had cezaları düşer. Masumiyet karinesi sayesinde sanığa tanınan diğer hak, hâkimin taraflara eşit davranması zorunluluğudur. Her iki tarafta masum olduğuna göre, eşit davranmak hâkimin görev ve sorumluluğudur. Bu anlamda sanık, masumiyet karinesi çürütülene kadar suçlu muamelesi görmemelidir.

1.5.1.5.2. Suçlu muamelesi görmeme

---

[282] Nurullah Kunter, **Ceza Muhakemesi Usûlü,** Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1978, s. 18; Sulhi Erman Dönmezer, "*Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler",* **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, İstanbul, 1998, s. 67; Faruk Erem, **Ceza Hukuk Usulü,** Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 151.

[283] es-Serahsî, a.g.e, XVII, s.29; Mecelle, md. 8; Ahmed b. Muhammed Zerkâ, **Şerhu'l-kavâidi'l-fıkhıyye**, Dâru'l-Kalem, Beyrut 1993, s. 105-115; Musa Cârullah, **Kavâid-i fıkhıyye**, (nşr. Ahmed İshâkî), Örnek Matbaası, Kazan, ty, s.13; Yıldırım, a.g.e, IV, s. 421-422.

[284] Mecelle, md. 4; Zerkâ, a.g.e, s. 79-86; M. Cârullah, a.g.e, s. 10; Yıldırım, a.g.e, IV, s. 420.

[285] Bayındır, a.g.e, s. 124-126.

[286] Sabri Erturhan, "*İslâm Hukukunda Şüpheden Sanığın Yararlanması İlkesi",* **Cumhuriyet Üniversitesi İlâhîyat Fakültesi Dergisi,** VI/2, 179-205 (2002), s. 181-188.

"Zayıfı yanına yaklaştır, ta ki dili açılsın, konuşsun, kalbi korkudan kurtulsun.",[287] "Duruşma salonundaki yerlerinde ve duruşma anındaki bakışlarında taraflara eşit muamele et ki, onlardan zengin olanlar adaletsizlik yapacağın zannını hissetmesinler, zayıf olanlar da adaletsizliğe uğrayacaklarını hatırlarına getirmesinler", "Muhakeme esnasında insanlara karşı gazap ve hiddetten bağırıp çağırmaktan ve ekşi yüzlü olmaktan sakın." [288] Bu ifadeler, Hz. Ömer'in hâkimlerine gönderdiği yargılama usulü ile ilgili talimatnamelerindendir. Hz. Ömer bu ve benzeri hâkimlik adabına dair pek çok ilkeyi ortaya koyarak, muhakemede davalıya davacıdan farklı bir tavır sergilenmesinin yolunu kapatmıştır. Davalı, muhakeme sonunda suçlu çıksa da çıkmasa da İslam hukukunda taraflar mahkeme önünde eşittir, eşit derecede saygı görmeyi hak eder, eşit şekilde davranılması gerekir.

Hz. Peygamber duruşma esnasında hırsızlık yaptığını itiraf edene "Sanmam ki, sen çalmış olasın!"[289] buyurarak suçlu üzerinde psikolojik baskı yapılmadan beyanının alınması gerektiğine işaret etmektedir. Oysa birçok ceza sisteminde, pek yakın bir zamana kadar suçluya 'bu suçu sen işledin biliyoruz, itiraf et.' gibi üsluplarla yaklaşılmıştır. İslam hukukunda bunun tam tersi şekilde, suçlu itiraf dahi etse, bu itirafında emin ve kararlı olması için ona itirafı teyit ettirilmek üzere beyanı, tekrar sorulmaktadır. Üstelik Hz. Peygamber, kişinin itirafının aksini söyleyerek, onun bu beyanını yineletmektedir. Hz. Peygamber suçluya karşı, 'sen zaten bu suçtan daha önce de işlemiştin' ya da 'yine mi suç işledin' gibi suçlayıcı bir üslupla konuşmamıştır. Hatta 'sen bu suçu işledin öyle mi?' cümlesinde bir suçlama yoktur, ancak bu cümle ile 'sanmam ki sen bu suçu işlemiş olasın', cümlesinin mana itibariyle muhatabına hissettirecekleri muhakkak bambaşkadır. İşte Hz. Peygamber hâkimlik usulünde dahi bu kadar ince düşünceli ve insan psikolojisine riayet eden bir tavır içerisinde olmuştur.

İslam ceza hukukunda, hiç kimse, suçlu dahi olsa onur, şeref yoksunu bir varlık olarak görülmemiştir. Zira o yaratılmışlardandır, üstelik Allah'ın yarattıklarının içerisinde en saygın en şerefli yarattığı varlıktır.[290] Elbette Allah (cc) insanlara bu

[287] es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 96.
[288] Risaletü'l-Kaza adlı mektuptan, bkz. el-Mâverdî, a.g.e, s. 139-140; Atar, İslam Yargılama…,s. 355; Atar, İslam Adliye…, s. 75.
[289] Ebû Dâvûd, Hudud, 8.
[290] Bkz. İsrâ 17/ 70.

vasfı bahşederken, insanın günah işleyebileceğini biliyordu. İnsanoğlunun, günahları, suçları dahi olsa o mukaddes bir can taşımaktadır. Bu nedenle kişi suçlu dahi olsa ona rezil bir varlık muamelesi asla edilemez. Burada hatırlatılması gereken bir diğer husus da, insanoğlunun İslam hukukuna göre eşit kılınmasıdır. Hâkim de, davacı da, davalı da insandır. Davalı suç işlemiş olabilir. Hâkim de insan olduğundan mütevellit, bir gün o da suç işleyebilir. Hz. Peygamber suç işlediği kesinleşmiş kimseler hakkında ileri geri konuşulmasını istemez, suçlular hakkında kötü söz söylendiğini işittiğinde hemen o kimseleri ikaz ederdi.[291] Dolayısıyla bu anlayış içerisindeki hâkimin, suç işlemiş olma ithamı ile mahkeme karşısında bir takım endişeli hallere gark olan kişiye, bakış açısını değiştirmesi, kötü muamele etmesi, sert konuşması, korkutması, bu kişinin onur-şeref yoksunu olduğunu düşünmesi, kendisinden daha alt konumda görerek ona üstünlük taslaması mümkün değildir.

1.5.1.6. Savunmasını destekleyici delil getirebilme, delil toplanmasını talep etme ve tanık dinletme hakkı

Davayı ispat etmek yükünden muaf tutulan davalı, mahkemeye masumiyeti ile ilgili bir delil getirmek zorunda değildir. Ancak, masumiyetine ilişkin yemin etmek suretiyle kullandığı yemin etmek hakkı davalının kullanabileceği bir delil türüdür. Bunun dışında, davalı kişi şayet, savunmasını yaparken ortaya bir karşı iddia koyarsa, işte o iddianın ispatlanması için delil getirmesi gerekmektedir. Artık burada kendi iddiasını ispatlaması hukukî zorunluluğu doğmuştur. Davalının bu aşamada, iddia edenin iddiasını ispatlamada kullanabileceği bütün yöntem ve delilleri kullanarak ispatlaması mümkündür. Dolayısıyla bir iddiayı ispat için gerekli olan şahit delilinden davalı da yararlanabilir.

Savunma hukukunun uygulamada karşılaşılan örneklerinden pek çoğunu, kişinin suç işlemesine sebep olan durumları izah etmesi ve bu esnada ortaya bir karşı iddia koyması oluşturur. Bu karşı iddianın ispatlanması, savunma hakkının kapsamındadır, çünkü nihayetinde karşı iddianın kabulü davalının beraatını ya da daha az ceza almasını sağlayacaktır.

---

[291] Osman Nedim Yektar, *"Hz. Peygamber'in Suça Ve Suçluya Bakışı",* **Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,** Erzurum 2014, Basılmamış Doktora Tezi, s. 99

İslam ceza hukukunun usul kaidelerinde, sanıkların delil getirebilmesine imkân tanınmıştır. Bu meseleye örnek olabilecek bir hadise şöyle rivayet edilmiştir: Hz. Ömer devrinde bir adam karısının cariyesi ile birlikte bir yolculuğa çıkmış bu yolculukta onunla münasebette bulunmuştu, bu durumu karısı kıskandı, kocasını şikâyet etti. Adam iddia karşısında, "Cariyeyi karım bana bağışladı" dedi. Bunun üzerine Hz. Ömer "Ya bana delil getirirsin ya da seni recmederim" deyince karısı cariyeyi kocasına bağışladığını itiraf etti.[292] Görüldüğü gibi olayda Hz. Ömer, davalıdan savunmasını destekleyici delil getirmesini istemiştir.

Hz. Ömer bir talimatnamesinde, "Davacıya delil getirmesi için yeterli süre tanı. Davacı delil getirdikten sonra karşı taraf, savunma iddiasında bulununca bu iddiasını ispatlaması için davalıya da süre tanı."[293] demektedir. Böylece davalıya savunmasını yapabilmesi için yeterli zaman tanınmasının yanında, bu sürede delil getirebileceği de ifade edilmektedir.

İslam hukukçuları, hâkimin karar verdikten sonra davalının şahitlerini dinleyip dinleyemeyeceği hususunu tartışmış, kimisi hâkim davaya hükmettikten sonra davalının şahitlerini bazı davalarda dinleyebilir demiş, kimisi hükümden sonra ne davalının ne davacının şahitleri dinlenmez demiştir.[294] Bir başka kaynakta ise, hâkim hükmünü verdikten sonra kişi benim bu hususta çok önemli bir delilim var dese ve delilini getiremeden aklını yitirse, kısas cezasının uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır.[295] Bu ifadelerden, olağan bir yargı sürecinde davalının da şahit dinletme hakkının olduğu anlaşılmaktadır.

Davalının, kendi masumiyetine ilişkin delil getirme imkânı yoksa mahkemeden kendisine yöneltilen iddianın gerçekliği hususunda delil toplanmasını istemesi de mümkündür. Hz Ömer devrinde bir hadisede kendisine zina iftirası atılan bir gencin bu suçu işlemediğine yemin ederek iddianın iyice araştırılmasını hâkimden talep ettiği görülmektedir.[296]

---

[292] Ebû Dâvud, Hudud, 27; İbn Mâce, Hudud, 8.
[293] es-Serahsî, a.g.e, XVI, s.91.
[294] Bkz. İbn Rüşd, a.g.e, IV, s. 375, 376.
[295] Yıldırım, a.g.e, IV, s. 251-252.
[296] Bu örneğin ayrıntılı izahı için bkz. aşağıdaki başlık "4.6.3.3 Delillerin incelenmesi bakımından hassasiyet"

1.5.1.7. Konuşmama hakkı (sukut) ve kendini suçlayıcı beyandan kaçınma hakkı

Suç isnadı karşısındaki müddei aleyh, ikrar ya da inkar yoluna gitmekten başka, susmayı da tercih edebilir. Müddei aleyhin bu susması, suçu ikrar etmek istemeyişinden kaynaklanabileceği gibi, kendisine yöneltilen isnat karşısında şaşırması, heyecanlanması, ne diyeceğini bilememesi, ya da kendisi ile ilgili yalan söylemek istemeyişi gibi çeşitli insanî duygu ve düşüncelerden kaynaklanabilir. Bu anlamda müddei aleyhin suçlu olduğu için sustuğu düşünülürse, adalete uygun hüküm verilememesi ihtimali ortaya çıkar. Bu ihtimalin önlenmesi için, on yedinci yüzyıl ve sonrasında hukukçuların bu konudaki çalışmaları ile pek çok ülkede, sanığın iddia karşısında susma hakkının olduğu, bu susmanın savunma hakkı kapsamında olduğu ve susmanın netice itibariyle suçu ikrar yerine geçemeyeceği kabul edilmiştir. İddia karşısında sanığın susmasına, İslam hukukçuları, farklı anlamlar yüklemişler ve bu konuda ihtilafa düşmüşlerdir.

Esasen davalı kişiye aleyhinde ki iddia sorulduğunda susabilir. Çünkü zaten masumiyetini kanıtlamak zorunda değildir, ispat yükü davacıdadır. Ayrıca bir kişi ikrara zorlanamayacağı gibi, konuşmaya da zorlanamaz. Ancak davacı davasını ispat edemez ve davalıdan yemin ettirilmesini ister ve davalı yemin talebine karşıda susarsa, bu durumda hükmün nasıl kurulacağı konusu tartışmalıdır. Bazı fakihler, hâkim, kendisine soru sorulduğunda cevap vermeyen sanığı cevap verene kadar hapsedebilir çünkü ondan cevap almak iddiayı ortaya koyanın hakkıdır derler. Diğer bir görüş, davalının susmasını suçu inkârdan çok ikrara yakın bir tutum olarak vasıflandırır, bir diğer grup ise hâkim böyle bir durumda davalıya eğer cevap vermezsen seni yemin etmekten nükûl etmiş kabul ederim ve yemin etme hakkını davacıya tanırım diyerek ikaz etmesini uygun görmüşlerdir. Davalı buna rağmen susarsa, yeminden nükûl etmiş kabul edilir ve davacıya yemin ettirildikten sonra davacı lehine hükmedilir. Dördüncü bir görüş ise sanığın susması halinde, hâkim davanın diğer şartlarını, diğer delilleri göz önünde bulundurarak takdir yetkisini kullanır der.[297] Bu konuda yakın tarihte yapmış olduğu bir çalışma ile Ahmed el-Terk dördüncü görüşün dikkate alınarak hüküm verilmesin adalete en uygun çözüm olduğu hususunda kanaatini bildirmiştir. Bu çalışmada ayrıca, had cezalarının şüphe

[297] Yeminden nükûl için verilen bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 342.

ile düşmesi ilkesi gereğince susan kişinin suçunu ikrar etmiş gibi anlaşılmasının uygun olmayacağını ifade etmiştir.[298]

Her ne kadar sukut halinde sanığın suçu inkâr yahut ikrar ettiği hususunda fakihlerin görüşlerinde ihtilaf olsa da, bunlar arasından sukutu suçu ikrar etmek sayanlar haricindeki diğer görüşler esas alınırsa, kişinin suçlamaya sessiz kalması hakkı vardır ve bu susma ona zarar vermez.

1.5.2. Savunma Hakkının Sınırları

1.5.2.1. Dava ile sınırlılık

Savunmanın ilk sınırı, davadır.[299] Dava ile sınırlılık, savunmanın yetkili makamlar önünde açılmış bir davanın görülmesi esnasında yapılmasıdır.[300] Hâkim karşısında yapılmayan, suç isnadına yönelik beyanlar ile isnadı karşılayan beyanlar hukukî manada iddia ve savunma olmaz. Savunmanın hâkim karşısında, mahkeme salonunda, duruşma esnasında yapılması gerekir. Dolayısıyla savunmanın ilk sınırı, zaman ve yer bakımından sınırı çizen, dava ile sınırlılık ilkesidir.

Dava ile sınırlı olmak, savunmanın dava konusu iddia ile sınırlı olması sonucunu doğurur. Yetkili makamlar karşısında söz hakkı müddei aleyhe geldiğinde, müddei aleyhin savunması, tabiî olarak iddia ile sınırlıdır. İslam hukukunda açılan davada, dava konusu ve taraflar belli olmalıdır. Ceza davasının konusunu iddia oluşturduğuna göre, aleyhinde ceza davası açılarak sorgulanmak üzere mahkemeye getirilen kişinin, sorgulanacağı husus bellidir. İddianın hangi suç üzerine kurulduğu belli olduğundan, savunma makamı bu suçla sınırlıdır. Suç ile sınırlılık, iddiada hangi suçtan bahsediliyor ise, savunmanın bu suç kapsamında yapılmasıdır.[301] İddiada belirtilen suç hırsızlık ise müddei aleyhe, 'peki sen bu kimselere karşı hırsızlıktan başka suçlar işledin mi? Ya da 'peki sen bu kimselere karşı hırsızlıktan başka ne suçlar işledin? gibi başka sorular sorulmaz. Çünkü böyle bir soru, başka bir iddianın konusudur ve

---

[298] Ahmed el- Terk, 'İslam Ceza Hukukunda ve Modern Kanunlarda Sanığın Susma Hakkı', (Editör: Refik Korkusuz-Abdurrahman Eren), **İslam Ceza Hukuku**, Lale yayıncılık, 2017, 422-437

[299] Beytullah Çetin, "*Savunma Hakkının Kısıtlanması*", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2017, s.58.

[300] Zeki Hafızoğulları, *"Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı*", **Ankara Barosu Dergisi**, 1994/1, s.27.

[301] Muharrem Özen, "*Savunma Dokunulmazlığı*", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, 1992/3, s. 429.

başka bir iddianın sorulması demek, kişi aleyhinde ikinci bir dava olduğu anlamına gelir.

Ceza davasının açılması şikâyete bağlı suç ise ilgilinin şikâyeti ile, kamu davası ise hâkim suç şüphesine ilişkin ihbarı duyması ve kişi aleyhinde resen davayı açması ile olur.[302] Ortada suç şüphesine sebep ihbar ya da şikâyet yoksa ortada iddia da yoktur. Ayrıca her iddianın ispatlanıp çözümlenerek hükme bağlanması gerekir. Bu nedenle, hâkimin hiçbir ihbar yahut şikâyet olmaksızın, huzurundaki kişinin başka bir suç işleyip işlemediğini kontrol etmek şeklinde sorular sormadığı, bilhassa Hz. Peygamber'den ve sahabe uygulamasından görülmektedir. Onlar kendilerine bizzat gelen şikâyetçinin beyanlarını dinleyip davalıya bunu sorarlardı, ya da bir ihbar aldıklarında, aldıkları ihbarın aslı olup olmadığını sorarlardı. Zira cumhurun kabul ettiği uygulamaya göre; duruşmada hâkim önce davacıya söz verir iddia, isnat ve talebini dinler. Daha sonra davalıya söz verir, davalı kendisi hakkındaki dava konusu olan şeyi kabul ya da reddeder denilmiştir.[303] Bu noktadan hareketle, iddianın cevabı kabul ya da reddedilebilecek mahiyette bir soru olması gerekir. 'Bugüne kadar hangi suçları işledin, anlat.' gibi sorulara evet ya da hayır cevabı verilemez. Bir görüşe göre, hâkim iki kişi karşısına geldiğinde, şikâyetiniz, talebiniz nedir diyecek kadar dahi konuşmayıp, tarafların söze başlamalarını, istek veya şikâyetlerini kendilerinin anlatmalarını bekler. Çünkü bu görüşü savunanlar, hâkimin böyle bir soru sormasını, tarafların husumetini çözmeye değil dava etmeye teşvik edici olduğunu söylerler. Oysa hâkim şayet hüküm verilmeden kişilerin arasında ki uyuşmazlık çözülebiliyorsa tarafları buna yönlendirmelidir. Ancak çoğunluk, bu konuda hâkimi yetkili kılıp, isterse susup önce tarafların konuşmasını beklemesini, isterse de buyurun şikâyetiniz neydi demesini uygun görmüşlerdir. Çünkü bu sorunun tarafların husumetini öğrenmek amaçlı olduğu, kişilerin zaten birbirlerini dava etmek için mahkemeye geldiği genel kanıdır.

Öyleyse hâkimin, meclise giren taraflara ne için geldiklerini sorması veya soru sormadan konuşmalarını beklemeleri hakkında tartışılan bir sistemde, hâkimin içeri giren kimseye sen hangi suçları işledin anlat demesi akla ve mantığa, sistemin genel

[302] Şikâyete bağlı suçlarda ceza davasının açılması için ilgili kişinin şikâyeti gerekir. Şikâyete bağlı olmayan kamu davalarında ise bir suç işlendiğini ihbar alan hâkim ceza davasını açar. Bkz. Atar, İslam Adliye… s.185; ayrıntılı bilgi ve örnekler için bkz. Yıldız, *a.g.t,* s. 34 vd.
[303] Bilmen, a.g.e, VIII, 85.

kaidelerine uymaz. Zaten böyle bir soru karşısında kişinin doğru düzgün bir savunma yapabilmesi de mümkün değildir. Öte yandan, sistem böyle işlese idi, bütün ispat yükü, gerçekleri ortaya çıkarma yükü davacıda değil davalıda olurdu. Oysaki mevcut kabulde, muhakemede davacı aktif, davalı pasif konumdadır. Kısaca savunma makamı, yalnızca kendine sorulan sorudan sorumlu tutularak, söz konusu suçu kabul veya ret etme şeklinde kısa bir beyan ile savunma yapma hakkına sahiptir. Elbette, kişi kendisi isterse iddia edilen suç dışında başka bir suçu var ise, bunu ikrar edebilir. O zaman kişinin itirafı gereği işlem yapılır.

İddiada belli olan bir diğer unsur, davanın tarafıdır. Yani (varsa) suçtan zarar gören, müddeidir. Dolayısıyla iddiaya karşı savunma, bu müddeiye karşı yapılır. Bir kimse hakarete uğradığı hususunda şikâyete geldiğinde, müddei aleyh huzura çağrılıp ona bu iddia sorulduğunda, 'Sen bu kimseye karşı böyle böyle dedin mi, böylece hakaret suçunu işledin mi, bu hususta ne dersin?' denilir. Kişi bu iddiaya cevap verir. Ben bu kimseye hakaret etmedim ancak şu falanca kimseye hakaret ettim derse kendisi hâkime, başka bir suçunu itiraf etmiş olur. Aksi takdirde müddei aleyhe, başka kimselere karşı bu suçu işleyip işlemediği sorulmaz. Başkalarına karşı bu suçu işledin mi minvalinde ki sorular, davanın tarafının belirliliği ilkesine aykırı, ucu açık sorulardır. Ayrıca var olan bir iddianın karşısında dahi masumiyeti kabul edilen kişiyi, ortada hiç başka iddia yokken başkalarına karşı bu suçları işledin mi şeklinde sorgulamak masumiyet karinesine de aykırıdır.

1.5.2.2. Zaman sınırı

Savunma hakkının bir diğer sınırını, zaman mefhumu oluşturur. Savunma hakkının zaman bakımından yeri, hâkimin iddiayı sorduğu an ile hüküm vermesi arasında geçen süredir. Genellikle duruşma esnasındaki bu zaman zarfında sanık veya vekili, gerekli savunmayı yapma imkânı bulmuş olur. Bir davada hüküm kurulursa bu hüküm artık katîdir ve bu davanın aynı yahut başka kadılarca tekrar görülmesi mümkün değildir. Ancak bazı şartların varlığı halinde bu davanın üst mahkemeye temyiz edilmesi mümkündür. Temyiz esasen davanın esas itibariyle incelenmesinden çok muhakeme usulüne uygun hüküm verilip verilmediğini denetleyen müessese olmakla beraber, bazı hallerde üst mahkeme temyiz edilen davayı esastan

inceleyebilir. Hükmün temyiz edilip bozulması ile savunmanın kullanımının zaman sınırı genişlemiş olur ancak aksi halde olağan zaman sınırı ilk hükmün verilmesi anına kadardır.

Olağan halde, hüküm verilinceye dek müddei aleyhin savunma hakkını kullandığını, hâkimin iddia ve savunmayı dinleyerek hükme vardığı düşünülür. Zira sıradan bir muhakeme usulünde savunmanın hâkim iddiayı sorunca yapıldığı, yukarıdaki bölümlerde verilen örneklerden görülmektedir. Ancak Hz. Peygamber döneminde bazı istisnaî durumlarda davanın yeniden görüldüğü örnekler olmuştur. Ebu Hureyre'den rivayet edilen bir hadise şu şekildedir: Hz. Peygamber'e getirilen bir davada taraflardan biri muhakeme usulünü ve davada nasıl davranılacağını iyi bilmesine karşılık, diğer tarafın bu hususta hiçbir bilgisi yoktu. Sonuç olarak muhakeme usulünü iyi bilen taraf müdafaasını iyi yapıp davayı kazandı ve gitti. Diğeri ise kendisini müdafaa edemediği için davayı kaybetmiş oldu. Davayı kaybeden taraf, 'Ya Resulullah, kendisinden başka ilah olmayan Allah'a yemin ederim ki benim hakkım haktır' dedi. Bu durum üzerine Resulullah (s.a.v) 'O gideni bana getirin.' buyurdu ve adam getirildi. Peygamber (s.a.v) ona davalının kendisine yemin ettiğini haber verdi. O kişi 'Ey Allah'ın Resulü, istersen yeniden mahkeme olurum' dedi. Peygamber de 'ol' buyurdu ve o kimse yeniden mahkeme oldu. Ancak tekrar aynı şekilde kazandı ama bu sefer Resulullah şöyle buyurdu: "Kim davada güzel konuşmasıyla ve iyi savunmasıyla davayı kazanır ve kardeşinin hakkını alırsa cehennemden bir ateş parçası almış olur." Bunun üzerine davayı kazanan kişi gerçeği itiraf etti ve hak sahibine hakkı verildi. Hz. Peygamber yaslanmış durumda iken doğruldu ve aynı sözü daha sert bir şekilde tekrarladı. [304]

Bu örnek, bazı şartlarda davanın yeniden görülebilmesi, yani davanın temyiz edilerek esastan incelenebilmesi imkânının olduğunu gösterir. Zira görüldüğü gibi örnekte aslında bir hüküm veriliyor ve hatta taraflardan kazanan duruşma yerinden ayrılıyor. Fakat yeniden çağrılıyor ve dava yeniden görülüyor. Öyleyse istisnaî durumlarda şayet davalı yapması gereken savunmayı yapamadı ise (bu onun bilgisizliğinden ya da hâkimin kendisine fırsat vermemesinden kaynaklanmış olabilir) dava yeniden görülebilir, böylece bir kez daha savunma hakkına sıra gelebilir. Ancak davanın

[304] Buhârî, Müsâkât, 4; Müslim, İman, 218; Müsned, I/188.

yeniden görülmesi halinde de yine savunma, yeni hükmün öncesinde yapılmış olacağından, genel kaide olarak savunmanın zaman sınırını hâkimin iddiayı sorması ile hüküm vermesi arasında geçen süre olarak belirtmek isabetli olacaktır.

1.5.2.3. Suç işleme yasağı ve mahkeme düzeni

Savunmanın bir diğer sınırı, savunmanın arkasına sığınarak suç işleme yasağıdır.[305] Buradaki suç işleme yasağından kasıt genel olarak, hâkim huzurunda bulunan müddei aleyhin, söz hakkı kendisine verildiğinde müddeiye, ya da şahitlere onur kırıcı sözler sarf etmesi, iftira atması, bu zaten şöyle şöyledir gibi ifadelerle çirkin itham ve hakaretlerde bulunmasıdır. Savunma makamının söz hakkının olması, onlara her istediklerini söyleme imkânı ve hakkı vermez. En nihayetinde savunma bir insan hakkını korumak için vardır. Hakaret ve iftira beyan eden sözler ise bir başkasının insan hakkına zarar vermektedir. Kötü söz söylemek Müslümanlar için ayet ve hadislerle yasaklanmıştır. Allah, zulme uğrayanlar dışında, kötü sözün açıkça söylenmesini sevmez.[306] Hz. Peygamber mümini tanımlarken "Mümin, dil uzatıcı değildir, lânet okuyucu değildir, kötü iş yapan değildir, kötü söz söyleyen değildir." buyurmuştur. [307] Bu sebeple zulme uğradığını ifade ederken bu zulmü ortaya çıkarmak dışında, karşı tarafın onurunu zedeleyecek sözlerle itham edilmesi yasaktır. Ayrıca söz ile işlenebilen suçlar nasıl ki savunma hakkının kapsamına girmiyorsa, diğer fiilî suçlar da elbette savunma hakkının arkasına sığınılarak işlenemez. Mahkeme huzurunda diğer tarafa saldıran, el kol işaretleri yapan, davacıyı yaralayan kişinin bu fiillerinden dolayı kesinlikle cezalandırılacağını belirtmeye lüzum yoktur.

Savunmanın bir diğer sınırı da mahkeme düzenidir. Mahkeme düzenini bozacak şekilde, kişi her istediği zaman konuşmaya başlayamaz. Kural olarak hâkim önce davacıya söz verip davalıyı susturur. Bu esnada davalıda aynı anda konuşmaya başlasa, hâkim hiçbirini anlayamayacaktır. Bu nedenle davalıdan susmasını ister. Daha sonra davalıya döndüğünde de davacıdan susmasını ister.[308] Yine benzer şekilde şahitler konuşurken davalı aynı anda konuşmak istese yine söz hakkı ona

[305] Hafızoğulları, *a.g.m*, s. 24.
[306] Bkz. Nisâ 4/148.
[307] Tirmizî, Birr ve's-sıla, 48, 1977.
[308] Serahsi, a.g.e, XVI, s. 111.

verilmeyecektir ve susması için ikaz edilecektir.[309] Zira o an şahitlerin şahitlik etmesi anıdır ve buna taraflar müdahale edemez. Davacının ya da şahitlerin söz hakkı olduğu anda, davalının söze girmesi nedeniyle susturulması, savunma hakkının kısıtlanması değildir. Hâkimin kural olarak zaten davalıya söz hakkı vereceği açıktır, müddei aleyh sabırsızlanmamalı, kendi kendine söylenmemeli, davacı ve şahitlere müdahale etmemeli, kendisine söz hakkı verildiğinde söze başlamalıdır.

2. MUHAKEME USULÜ HUKUKUNDA SAVUNMA HAKKINI KORUYAN İLKE VE TEDBİRLER

İslam ceza hukukunda kabul edilen bir takım ilke ve tedbirler, doğrudan ya da dolaylı olarak savunma hakkını korumakta, savunma hakkının kullanımını kolaylaştırmaktadır. Savunma hakkını etkin şekilde kullanabilmek; yalnızca suçu işlemediğini beyan edebilmek ya da daha az cezalandırma talep edebilecek kadar söz hakkına sahip olmak değildir. Mahkeme karşısında iddia ile eşit kuvvette olmak hususundan, adaletin tecelli edip haksız yere cezaya hükmedilmesinin önüne geçilmesine kadar muhakemenin her aşamasında savunma hakkının rolü vardır. İslam hukukunda savunma yalnızca sözlü ve pasif bir hak olarak kalmamıştır. Çünkü İslam ceza hukukunda, savunma hakkının özüne uyan ve amacına yardım eden bir takım ilke ve tedbirler de kabul edilip uygulanmıştır. Esasen bu ilke ve tedbirlerin genel amacı adalete ulaşmak olsa da, savunma hakkına da katkı ve faydaları büyüktür.

2.1. Mahkemenin Yetkili, Tarafsız ve Bağımsız Olması

Suç isnadı karşısında savunma yapacak olan kişinin, gitmesinin zor olduğu, ulaşamayacağı, fiziksel olarak bulunamadığı bir yer mahkemesinde kendini savunmasının imkânsız olduğu gerçeğinden dolayı, yetkili mahkemede yargılanıyor olması savunma hakkını koruyan bir husustur. Mahkemenin tarafsız ve bağımsız

[309] Hâkim mahkemenin otoritesini korumak ve düzeni sağlamakla görevli ve yetkilidir, bu doğrultuda mahkeme düzenini bozan tarafları disiplin altına almak için ikaz edebilir, bundan sonuç alamazsa mübaşir aracılığı ile kişileri dışarı çıkarabilir ya da gerekirse ta'zir cezası verebilir. Bkz. Atar, İslam Yargılama…, s.170, Abdülkerim Zeydan, **Nizâmu'l-Kazâ fi'ş-Şerîati'l-İslamiyye,** y.y, Bağdat 1984, s. 123.

olması ise, en nihayetinde hâkimin verdiği kararın doğru ve adaletli olmasını sağlayarak, savunma hakkının amacına hizmet eder.

2.1.1 Yetkili Mahkeme

İslam hukukunda yetkili mahkeme kavramının yerine, mahkemenin salahiyeti kavramı kullanılır. Salahiyet ya da yer itibariyle yetki; bir mahkemenin bulunduğu yer, konum itibariyle bir işe bakabilmesidir.[310] Hz. Peygamber yargılamanın başında olduğu dönemde, yer ve görev bakımından herhangi bir ayrım olmaksızın Arap yarımadasının her yerinden ve her konudan uyuşmazlıkları hükme bağlıyordu. Zira Resulullah'ın yer ya da görev bakımından bir kısıtlamaya tâbi olması elbette mümkün değildir. Ancak kişi sayısı ve toprakların çoğalması üzerine, Hz. Peygamber'in kadılık vazifesi ile görevlendirdiği kimseleri çevre vilayetlere göndermesi üzerine, bu kadılar kural olarak görevlendirildikleri vilayetin sınırları içerisindeki uyuşmazlıklara bakmakla mükellef olmuşlardır.[311]

İslam hukukunda mahkemelerin yetki ve görev alanlarını ayıracak şekilde düzenlenmesi mümkündür. Örneğin Şâfiîler, Şâfiî bir hâkimin ancak kendi kaza bölgesi içerisindeki davalara bakmasını şart koşmuşlardır.[312] Osmanlı yargılamasında da, kadıların yetkileri, kaza bölgelerinde ikamet eden kişilerin davaları ile sınırlandırılmıştır.[313] Öyleyse böyle bir ayrım ile mahkemeler yetki ve görev itibariyle sınırlandığında, davacı sırf davalıya zarar vermek maksadıyla onun ulaşımının zor olduğu, davalının ikamet etmediği, suçun işlendiği yer ile alakası olmayan, bir başka yer, şehir, bölgedeki mahkemeye başvursa, o mahkeme yetkili olmadığından davacının davasına bakamaz. Böylece davalının davanın görüleceği mahkemeye gelip duruşmaya katılarak kendini savunmasının önü açılmış, kolaylaştırılmış olur.

---

[310] Atar, İslam Yargılama…, s.105.
[311] Atar, İslam Yargılama…, s.105.
[312] eş-Şâfiî, Muhammed b. İdris, Mevsûatu'l-İmâmi'ş-Şâfiî **el-Kitâbu'l-Umm**, (Tahrîc: A. Bedruddîn Hassûn), Dâru Kuteybe, Beyrut 1996, VII, s. 12.
[313] Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Şentop, "*Tanzimat'tan Önceki Dönemde Osmanlı Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi",* **Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi**, Sayı I, 2006, s.100.

Bir şehirde görev alanları belirlenmiş, birden çok mahkeme bulunması da mümkündür.[314] Mecellede yer alan konuyla ilgili kaideye göre, bir yerde birden fazla hâkim bulunur ve davacı bir hâkime gitmek ister, davalı başka bir hâkime gitmek isterse, davalının tercih ettiği hâkim davaya bakmalıdır. Çünkü davalının suçlu olup olmadığına karar verecek olan hâkimdir ve davalı davacının ısrar ettiği hâkim hakkında şüpheye düşebilir. Bu bakımdan Mecelle'de davalının arzusuna uyulması kanunlaştırılmıştır.[315] Bu görüş Ebu Yûsuf'un görüşüdür. İmam Şâfiî ise taraflardan her biri iki farklı hâkime gitmek isterse, kura çekilmesi gerekir demektedir.[316] Bu iki görüşte, nihayetinde davaya bakacak olan hâkimin tayininde adaletli seçim yapmayı amaçlayan içtihatlardır.

2.1.2.Tarafsız Mahkeme

Adaletli hükme ulaşmadaki en önemli etkenlerden biri hâkimin tarafsız olmasıdır. Tarafsızlık, hâkimin kendi fikirlerinden, kendi düşünce ve ön yargılarından hariç, yalnızca somut delillere göre hükme varmasıdır.[317] İslam hukukunda hâkim, kesinlikle kendi duygu ve düşüncelerinden arî şekilde ve hiçbir menfaat gözetmeyerek, tarafsız ve eşitlik ilkesine uygun hüküm vermelidir.[318]

Mahkemenin bağımsızlığı ilkesine göre mahkeme ve hüküm; daha çok dış etkenlerden, diğer hâkimlerden ve bilhassa devlet idarecilerinin emir ve etkilerinden ayrı tutulmaya, korunmaya çalışılırken, mahkemenin tarafsızlığı ilkesi ile hâkimin iç dünyasında oluşan kanaatten, ön yargılarından, o anki fiziksel ya da ruhsal sıkıntılarından, inanç ve ideolojilerinden ayrı tutulması sağlanır. Ayrıca mahkemenin bağımsızlığı en çok, hâkimin taraflara eşitlik ilkesine riayet ederek davranması ile sağlanır. Bu anlamda hâkimin taraflara eşit davranması ile ilgili bütün usul kaideleri, mahkemenin tarafsızlığına yönelik kaidelerdir.

---

[314] Mecelle, md. 1801
[315] Mecelle, md. 1803.
[316] İbn Rüşd, a.g.e, IV, s. 353,354.
[317] Atar, İslam Yargılama…, s.45.
[318] Mecelle, md. 1799.

Tarafsızlık hususuna açık şekilde aykırılık teşkil eden rüşvet almak hakkında pek çok kez şiddetli uyarılar yapılmıştır.[319] Hatta bazı hukukçular, hâkimin kapısındaki görevlilerin, içeriye birinin diğerlerinden önce buyur edilmesi hususunda yardımcı olmak için rüşvet ya da hediye alması da hâkimin rüşvet alması gibidir demişlerdir.[320] Hâkimin para değeri olan somut-fiziksel şeyler dışında, manevî menfaat sağlayacak herhangi bir şey karşılığında birine iltimas geçmesi de rüşvet sayılır.[321]

Hâkimin tarafsızlığını etkileyebilecek/etkileme ihtimali olan fiiller de mahkemenin tarafsızlığını korumak amacıyla yasaklanmıştır. Hediye kabul etme, duruşma esnasında kendisi için taraflardan birinden ticaret yapma,[322] taraflardan biri ile duruşma esnasında samimi sohbet etme-şakalaşma, tarafsız yargılamayı etkileyecek kadar aşırı sosyalleşme gibi hâkimin tarafsız olduğu algısına zarar verebilecek hal ve hareketlerden hâkimin kaçınması gerekir.[323] Mecelle'de de benzer hükümler ile mahkemenin tarafsızlığını koruyucu tedbirler alınmıştır.[324] Buna göre, hâkim bir yerdeki özel davetlere katılamaz, taraflardan birini diğer taraf olmadan evinde ağırlayamaz.[325]

Hâkimin tarafsız olması ile mahkemenin tarafsız olmasının netice ve amaç itibariyle aynı ve fakat farklı şeyler olduğu hususuna dikkat etmek gerekir. Bir kere mahkemenin tarafsızlığı, hâkimin tarafsızlığını kapsar ve hüküm veren kişinin tarafsızlığından daha geniş bir anlam ifade eder. Mahkemenin tarafsız olması sadece hâkimin kararında tarafsız olması değil; kâtibin tutanaklara geçirdiği beyanlarda eşit ve adil olması, davaların mübaşir tarafından adil ve tarafsız şekilde sıraya konması,

---

319 "…İnsanların mallarından bir kısmını, bile bile haksız yere yemek için, mallarınızı hâkimlere rüşvet olarak vermeyin." Bakara, 2/188; "Allah'ın laneti rüşvet verenin ve rüşvet alanın üzerindedir.", İbn Mâce, Ahkâm, 2.

320 Mehmet Ümitli, "*İslam Hukukunda Rüşvet Suçu ve Hukuki Sonuçları"*, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,** Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s. 58-60; Hâkim akrabasından ya da hâkim olmadan evvel hediyeleştiği kişiden gelen hediyeyi, şayet o kimsenin görülecek bir davası yok ise, kabul edebilir. Bunun dışındakiler rüşvet gibidir. Bkz. Zuhaylî, a.g.e, s. 254; Yıldırım, a.g.e, IV, 328; el-İhtiyar'da kâtip, Müslüman ve adaletli bir kimseden seçilir, bu kişi adaletsiz bir iş yapmasın diye hâkimin görebileceği bir yere oturtulur denilmiştir. Bkz. el- Mavsılî, a.g.e, II, s. 105-106.

321 Ömer Düzbakar, '*'İslâm-Osmanlı Ceza Hukukunda Rüşvet ve Bursa Şer'iyye Sicillerine Yansıyan Örnekler''*, **e-Journal of New World Sciences Academy Social Sciences**, sayı 3, C 0074, 2008, s. 535.

322 Ebu Hanife hâkimin duruşma dışında bile, davası olan kimselerden alışveriş yapmasını mekruh saymıştır, buna göre hâkim ancak tanımadığı ve bir iltimas görme ihtimalinin olmadığı kimselerden alışveriş yapabilir denmiştir. el- Mavsılî, a.g.e, II, s. 107-108.

323 Hayreddin Karaman, **İslam Hukuk Tarihi**, İz Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 121.

324 Mecelle, md. 1795, 1796, 1797, 1798, 1799.

325 es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 123, Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 255; Kadı gerektiğinde cenaze ve hasta ziyaretlerine gider ancak buralarda davalar hakkında konuşmaz. Bkz. el- Mavsılî, a.g.e, II, s. 106-107.

tercümanın adil ve eşit olması gibi, muhakemenin bütün aşamalarını ve bütün süjelerini ilgilendiren bir ilkedir. Elbette hâkim bir mahkemenin yöneticisi olarak, tarafsız bir şekilde muhakemenin yürütülmesini sağlayabilecek, diğer mahkeme çalışanlarını bu noktada denetleyebilecek en önemli kişidir. Elbette hâkim tarafsız olmadan mahkeme tarafsız olamaz. Ancak, az bir ihtimalde olsa, hâkimin töhmete sebep olabilecek fiiller işlese bile, davada adaletli ve tarafsız hüküm vermesi mümkün olabilir. Örneğin davanın taraflarından birisi hâkimin dostu olsa ve hâkim bu kişinin hediyesini kabul etse, ya da duruşma esnasında bu kişi ile şakalaşıp sohbet etse, bunlara rağmen, hükmü verirken tarafsız davranabilmesi ve adalete uygun hüküm vermesi mümkündür. Bu durumda hüküm esasen tarafsız bir hüküm olabilir ancak hâkim hareketi ile mahkemenin tarafsızlığı algısına zarar vermiştir. Bu gibi mahkemeyi töhmet altında bırakacak fiiller neticesinde, hâkim dirayetini ve karar otoritesini koruyacak olsa ve bu fiillerden hiç etkilenmeden kararını verebilecek olsa dahi, karşı taraf hâkimin tarafsız davranmadığını düşünecektir. Böylece verdiği hükme yanlı bir hüküm olarak bakılacak, mahkemenin saygınlığı yitirilecektir. Bu nedenle, hâkim kendi otoritesine ve kararına güvense bile, bu kurallara uyarak mahkemenin itibarını korumakla mükelleftir. Dolayısıyla hâkimin mahkemenin tarafsızlık algısına zarar verecek benzeri fiillerden kaçınma görevi vardır.[326]

Fiziksel ve ruhsal sıkıntılar insanın karar verme yetisini ve karardaki tarafsızlığı etkiler. Bu nedenle, öfke, aşırı sevinç, açlık, susuzluk, uykusuzluk gibi etkenler mevcutsa, hâkimin o hal geçinceye kadar hüküm vermemesi gerekir.[327]

Hâkim muhakeme esnasındaki tavırları ile de tarafsızlık ilkesine uygun davranmalıdır. Oturuşunun şeklinden, bakışına, yönelişine ve sesinin tonuna kadar bu tarafsızlığını yansıtmalı, taraflara çehresini çatmamalı, kızgın davranıp korkutmamalıdır.[328] Mahkeme esnasında taraflardan biri sözü gereksiz yere uzatabilir, fakat hâkim buna karşı bıkkınlık, yorgunluk hislerini yansıtmamalıdır çünkü bu durum o kişinin delillerini sunmasına engel olabilir.[329]

---

[326] Hâkimin töhmeti engellemek görevi bahsi için bkz. Zuhaylî, a.g.e, VII, s. 466.
[327] "Kimse, öfkeli iken, iki kişi arasında hüküm vermesin." Buhârî, Ahkâm, 13; Müslim, Akziye 16; Tirmizî, Ahkâm 7; İbn Mâce, Ahkâm, 4.
[328] es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 119; Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 252, Yıldırım, a.g.e, IV, s. 326-327.
[329] es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 118.

Hâkim taraflardan birine delilini hatırlatıcı soru soramaz.[330] Örneğin, davacıya, davalıdan yemin talep edebileceğini hatırlatmak, delili hatırlatmak kapsamındandır. Hâkimin taraflardan birisiyle mahkemede gizli konuşmaması gerekir.[331] Bu hâkimi töhmet altında bırakır. Diğer taraf bunun bir rüşvet konuşması olduğunu sanabilir, nitekim herhangi bir mecliste iki kişinin gizli konuşması diğer kişileri rahatsız eder.[332]Tüm bu usul kaideleri hâkimin ve mahkemenin tarafsızlık sıfatını koruması ve hükmünü tarafsız vermesini sağlamak içindir. Tarafsız mahkeme adaletin en temel şartlarından biridir.

2.1.3.Bağımsız Mahkeme

Mahkemenin bağımsızlığı, adil bir yargının olmazsa olmaz unsurlarındandır. Mahkemenin bağımsız olması, hâkimin hiçbir makam tarafından etki, emir, kısıtlama, korku, endişe altında olmaksızın önüne gelen uyuşmazlıklarda yalnızca kanuna ve hukuka uyarak hüküm verebilmesidir.[333]

İslam hukukunda, ilk zamanlarda çevre vilayetlere tek bir kişi görevlendirilebiliyor, bu kişi hem vilayetin mülki amirliğini yapıyor hem de o vilayetteki davalara bakıyordu. Şüphesiz bu duruma, vilayetlerdeki idari işlerin ve davaların azlığının, vilayetlerdeki Müslümanların sayıca azlığının, her vilayete yeterince idareci ve hâkim gönderebilecek kadar yetişmiş kişilerin az oluşunun etkisi olmuştur. Böyle bir uygulamada hâkimin ve yargının bağımsızlık ilkesine aykırı çalıştığı söylenemez. Çünkü bağımsız mahkeme yalnızca ayrı bir teşkilat çatısına sahip olmak değildir. Bağımsız mahkeme ilkesinin özü, hâkimin hükmünü verirken hiçbir makamın emir altında olmamasıdır. Dolayısıyla ilk dönemlerde hem valilik hem hâkimlik yapan hâkimlerde bağımsız hâkimlerdir, bunların hüküm verirken bir makamın emri altında olması durumu söz konusu değildir. Zira nihayetinde yargı ve idareyi yürüten kişi aynı kişidir. İki teşkilat aynı çatı altında olsa da, birinin birinin emri altında olması söz konusu değildir. Bu konuda Vehbe Zuhaylî şu şekilde değerlendirmede bulunmuştur:

---

330 es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 116; Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 254; el-Mavsılî, a.g.e, II, s. 105-106.
331 el-Mavsılî, a.g.e, II, s. 105-106.
332 "Üç kişi bir arada olunca iki kişi kendi arasında fısıldaşmasın, bu üçüncü kişiyi üzer.", Buhârî, İsti'zan, 45.
333 Mahmut Şen, "*İslam Hukuk Geleneği Perspektifinden Yargı Etik İlkeleri",* **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı 6, Ocak 2015, s. 509 vd.

''İmam (İslam devlet başkanı) yahut hâkim, içtihat ettiği takdirde bu içtihadını halifelik veya hâkimlik vasfıyla değil; hükümleri şeriatın nas ve ilkelerinden çıkartabilen bir müçtehit olarak yapar. Aynı şekilde yargı ve yürütme organlarının imamın kişiliğinde kaynaşmış olması, yani bunun organik açıdan böyle olması, hâkimlerin görevlerini yerine getirirken bağımsızlıklarını herhangi bir şekilde etkilemez. Çünkü bunların hepsinin de İslami yasalara bağlı kalma zorunlulukları vardır." [334]

Daha sonraki dönemde Hz. Ömer çevre vilayetlere idareci ve hâkim sıfatıyla ayrı ayrı kişiler görevlendirmiş, böylece mahkemeleri ve yargı teşkilatını idare teşkilatından ayırarak bağımsız mahkeme sistemini getirmiştir. Bu içtihat sonrası hâkimler ve mahkemeler teşkilat olarak da bağımsızlık kazanmışlardır.[335]

İslam devletlerinde genellikle hâkimler, idari otoriteden ayrı olarak yalnızca kanunlara göre yargılama yapmış, hükümlerinde hiçbir kuvvetin etki ve tesiri altında kalmadan yargı faaliyetlerini yürütmüşlerdir.[336] Zira devlet otoritesinin hâkime etki, tavsiye, telkinde bulunmasının adalete aykırı bir husus olduğu konusunda görüş ve uygulama birliği vardır. [337]

Osmanlı İmparatorluğu'nda da, hâkimin hüküm verirken her türlü baskı ve korkudan uzak olması, mahkemelerin bağımsız ve tarafsız olması için bir takım tedbirler alınmıştır. Bu tedbirlerden en önemlisi, hâkimlerin doğrudan merkezi otoriteye bağlanması ve bu sayede bulundukları yerin yerel yöneticilerinin etkisinden ve otoritesinden uzak tutulmasıdır.[338]

Hâkimin, adalete uygun hüküm verebilmek için ilahî hükümlere ve usul kaidelerine uyması gerekir. Karar verirken gözeteceği, koruması ve dikkat etmesi gereken tek husus budur. Bunun haricinde hâkimin karar vermesini etkileyebilecek hiçbir husus olamaz. Bunun için, hiçbir güç ve makamın tesiri, etkisi, emri altında olmaması

---

[334] Zuhaylî, a.g.e, VII, s. 388,389.
[335] Zuhaylî, a.g.e, VII, s. 461, 463.
[336] Nevin Ünal Özkorkut, "*Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış''*, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, c 57, sayı 1, s. 231; Hasan Tahsin Fendoğlu, **Türk Hukuk Tarihi,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s.339.
[337] Fendoğlu, a.g.e, s.339.
[338] İlber Ortaylı, *"Osmanlı Kadı'sının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine",* **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt:9, Sayı:1, 1976, s.95.

gerekir. Hâkim hiç kimsenin tesirine göre emretmeyip, yalnızca ilahî hükümlerle hükmedecek olma yetkisini ve görevini öncelikle Kur'an'dan alır.[339]

Mahkemenin somut olarak bağımsızlığının sağlanabilmesi için, hiçbir siyasî ya da idarî otoritenin emri altında olmaması gerekir. Esasen mahkemelerin çalışmalarını düzenleyen, maaşlarını veren, çalışanlarını tayin eden bir üst makamın mevcut olması mahkeme teşkilatının belli bir düzen içinde olması için gereklidir. Örneğin bu üst makam, adalet bakanlığı, ya da dönemin halifesi olabilir. Ancak bu üst makam yalnızca gerekli düzeni sağlamak içindir ve bu sınırı aşamaz, hâkimin önüne gelen uyuşmazlıklarda vereceği hükümlere karışamaz, bir davanın sonucu ile ilgili emir veremez, kararlara maddî manevî etki edemez. Bu hususa İslam tarihinde dikkat edildiğini kanıtlayan bir uygulama Hz. Ömer döneminden rivayet edilmektedir. Halife Hz. Ömer, halkın şikâyet ettiği valileri zaman zaman görevden almıştır, ancak bir hâkim azlettiği görülmemiştir, hâkimlerden biri hakkında bir şikâyet olduğu vakit, bütün hâkimleri toplayarak meseleyi onlara aktarmış, onlarla istişare ettikten sonra karara varmıştır.[340] Bu uygulama ile hâkimlerin siyasî otoriteden korkmasının, siyasî otorite tarafından yönlendirilmelerinin önüne geçilmiş, aksine karar mekanizması olarak görüldükleri, saygınlıklarının teslim edildiği bir istişare ortamında, kendi vicdanları ile kendi muhasebelerini yapmaları sağlanmıştır. Bu apaçık, mahkemenin bağımsızlığını koruyan bir uygulamadır.

Batı kaynaklı hukuk mevzuatlarında, hâkimin alacağı maaşın yaşadığı toplumun ortalama standartlarının üzerinde yaşamasına yetecek kadar olması gerekir denilmektedir.[341] Çünkü hâkimin maaşı ile yaşam kalitesinin artırılması halinde, yargılama yaptığı kimseler arasından maddî itibar ve güç sahibi olanlardan etkilenmesi ihtimalinin azaltılmış olacağı düşünülmüştür. Böylece hâkim bazı maddî güç sahibi kimselerin maddî menfaat sağlamaya yönelik tekliflerine karşı güçlü pozisyonda olur, hem de geçim sıkıntısı ve kaygısından uzak olduğu için yargılamasını gönül rahatlığı ile yapar. Bu anlamda hâkimin ekonomik olarak tatmin

[339] Bkz. Mâide 5/49; Nasi Aslan, **İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri**, Karahan Kitabevi, Adana 2014, s.146.
[340] Nasi, a.g.e, s.147.
341 Hasan Dursun "Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı'', **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, sayı 80, 2009. s. 52.

edilmesi hâkimin ekonomik bağımsızlığının, dolayısıyla yargı bağımsızlığının bir teminatı sayılmıştır.

İslam hukukunda ise, yargı bağımsızlığını korumaya yönelik bir tedbir olarak hâkimin maaşının dolgun olması şart görülmez. Zira İslam hukuku ilahî kaynaklı bir hukuk sistemidir. Hükümleri ile bir yandan dünya hayatını düzenlerken, ahiret hayatı hakkında da uyarır. Bir hâkim, bir takım kişilerden maddî menfaat bekleyerek yahut buna benzer tekliflerini kabul ederek adalete uygun olmayan bir hüküm verirse hem dünya hem ahiret hayatını kaybedeceğini bilir. Bu nedenle hâkimin aldığı maaşın çokluğu ile değil, bilhassa hâkime bu büyük sorumluluğunun yüklenilmesi ile İslam hukukunda yargı bağımsızlığı sağlanmıştır.[342] Bugün düşünüldüğünde, hiçbir devlet bir hâkimini ülkesinin en zengin insanı yapacak kadar zenginleştiremez, muhakkak hâkim kendisinden maddî ve sosyal anlamda güçlü kimselerin davasına bakabilir. Bu nedenle, her ne kadar diğer hukuk sistemlerinin, hâkimin yüksek maaş almasını gerekli görmesi, bağımsızlığın temini için doğru istikamette bir yöntem olsa da, hedefe varma da İslam hukukunun yanında kat kat eksiktir.[343]

Mahkemenin bağımsızlığını sağlayan temel ilkelerden biri, hâkimin verdiği karardan ötürü herhangi bir yaptırıma maruz kalmamasıdır. İslam hukukunda hâkimin azledilebilmesi sınırlı birkaç şart halinde gerçekleşir.[344] Hâkim kanuna uygun verdiği kararlardan dolayı, (siyasî sebeplerle) azledilme korkusu yaşamadığından, adalete uygun gördüğü üzere hükmetmekten çekinmez. Hâkimi atayanın, ya da devlet başkanının çıkardığı ahkâm naslara aykırı ise, hâkim bu hükümlerle mükellef değildir. Çünkü "Allah'a isyan etmek pahasına mahlûka itaat yoktur."[345] Tüm bunlar İslam hukukunda mahkemenin, bağımsız çalışan bir teşkilat olduğunu ispatlamaktadır.

2.2. Hâkimlerde Bulunması Gereken Vasıflar

342 Bkz. Ebû Dâvûd, Akziye, 1; İbn Mâce, Ahkâm, 1.
343 Burada İslam hukukunun, dinî vecibelerle desteklenmiş bir hukuk sistemi olmasının farkı ve faydası ortaya çıkmaktadır.
344 Azil sebepleri, hâkimin adil olma vasfını kaybettirecek haram bir fiil ya da suç işlemesi, hastalığı nedeniyle görevini yapamaması, (bir görüşe göre rüşvet alması) gibi sınırlı hallerdir. Bkz. Atar, İslam Yargılama…, s.123; Zuhaylî, a.g.e, VII, s. 471.
345 Buhârî, Ahâd 1; Müslim, İmâre 39-40; Ebû Dâvud, Cihad, 87.

Hüküm verme görevinin sorumluluğunun fazla olması nedeniyle bu görevi yürütecek kişiler için bir takım maddî, manevî, ahlâkî şartlar ortaya konulmuştur. Kur'an-ı Kerim'de hâkimlerin adalet, ilim ve hikmet sahibi olması gerektiği emredilmiştir. Ayrıca sorumlulukların ehliyet ve liyakat sahibi kimseler verilmesi ve bu kimselerin adaletle hükmetmeleri üzerinde de oldukça çok durulmuştur.[346]

Gerek Hz. Peygamber döneminde gerek halifeler döneminde kadılık görevini ifa eden kişiler, maddî manevî ve ahlâkî vasıfları kendinde toplamış kadılık görevini en layıkıyla yerine getirmeye yeterli kişilerdi. Mezhep imamları, hâkimlerin vasıflarını genel olarak; Müslüman, buluğ ve akıl sahibi, hür, duyu organlarının sağlam ve sıhhatli olması şartlarında ittifak etmişler, adaletli olmak, erkek olmak ve müçtehit olmak şartlarını da tartışmışlar bu üç vasıfta farklı görüşler ortaya koymuşlardır.[347] Ancak bu görüş farklılıklarının sebebi, bu vasıfların hepsini taşıyan kimse bulunamadığında çözüm bulabilmek içindir. Bu ihtilaftan anlaşılması gereken şudur, şayet öyle bir zaman olur ve hem adaletli, hem müçtehit bulmak zor olur ise, bu zorunluluk dolayısıyla bu vasıfları taşımayan hâkimin verdiği hükümler de sahih olur. Ancak elbette her zaman hâkimin seçilebilecekler arasındaki en iffetli, ilmi en kuvvetli kişi olması gerekmektedir. Örneğin Hanefi fıkıhçılara göre hâkimin bilgisi olmalı ancak müçtehit derecesinde âlim olması şart değildir, ancak müçtehit olma tercih sebebidir.[348] Malikilere, Şâfiîlere, Hanbelîlere göre adalet vasfının kadıda mutlaka olması gerekirken,[349] Hanefiler ise, tercih edilmemesinin daha iyi olacağını belirtmek kaidesiyle, zorunluluk halinde adil olmayan kişinin hâkimlik yapabileceğini söylerler.[350]

Hâkimlerin hürriyet sahibi olmaları da, onların tarafsız ve bağımsız hüküm vermeleri için elzemdir. Hür olmayan bir kimsenin, bir başkasının hayatı hakkında hüküm verirken hiçbir etki altında kalmamasını beklemek imkânsızdır.

---

[346] Bkz. Nisâ 4/58; Mâide 5/42-50, 95; Sâd 38/26; Enbiyâ 21/74, 79.
[347] Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 464; Bayındır, a.g.e, s. 108; Atar, İslam Yargılama…, s.113 vd; İbn Rüşd, a.g.e, IV, s. 353, 354; Yıldırım, a.g.e**,** IV, s. 323-327.
[348] Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 466.
[349] Bu görüşü savunan âlimler, adalet vasfına sahip olmayan kişinin şahitliği kabul değil ise hâkim olması kabul edilemez demektedirler.
[350] Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 464-465.

Hâkimin duyu organlarının sağlam olması gerekir zira hâkim muhakeme esnasında hem tarafları dinler, hem gözlemler, hem de konuşur. Bu sıhhat şartlarından biri eksik olan hâkim, muhakemeyi gerektiği gibi yürütemez. Ayrıca tarafların sadece sözleri değil, hal ve hareketlerinin de takibi hâkime hükme varmada yol gösterir. Örneğin kişilerin beyanlarında samimi olup olmadığı hususunu tecrübeli bir hâkim, kişilerin hal ve hareketlerini, vücut dilini takip ederek saptayabilir.

İslam hukukuna göre hâkimler bakacakları tüm davalarda tarafsız olmalıdır. Ancak elbette hâkim de insandır, dolayısıyla bazı davalara insanî hisleri nedeniyle tarafsız yaklaşamayabilir. Bu nedenle fakihler bir kişinin kimlerin davasına bakarken hissi davranacağı hususunu tartışarak bu kimseleri tespit etmiş ve hâkimleri bu kimselerin davasına bakmaktan men etmişlerdir.[351] Bu kimseler hâkimin kendisi, usul ve furu, iş ve mülk ortağı, karısı, kölesi, işçisi ve vekilidir, hâkim bunların davasına bakamaz.[352] Bu açıdan, böyle bir davanın tarafı olan kişi savunma hakkını kullanacağı zaman hâkimin bu davalara bakamayacağını beyan edebilir, şayet hâkim bu davaya bakmaya devam ederse bu durumu bir üst mahkemeye şikâyet edebilir. Yahut hâkim kendiliğinden davadan çekildiğinde, davacı tarafın kayrılacağına dair içinde şüphesi olmayan davalı savunmasını hiçbir manevî baskı altında olmadan yapabilir.

Hâkimlerin vasıfları ile ilgili bu ilkeler, öncelikle hâkimi toplum içinde saygın ve değerli kılar, ayrıca ceza yargılamasında tarafsızlığı, maddî gerçeğe tarafsız bir şekilde ulaşmayı ve davanın tarafları için adaletle ve ilim ile hükmetmeyi sağlar. Hâkimin hakikaten hem görevi esnasında hem de özel yaşantısında saygın, adil, dürüst, yanlış işler yapmayan, ilim sahibi ve itibarlı bir kimse olması gerekir.[353] Böylece, hâkim karşısına aleyhinde bir iddia ile çıkan kişi, kendisi hakkında hüküm verecek olan bu makama gönül rahatlığıyla güvenir, bu güven içinde kendi durumunu beyan eder. Dolayısıyla savunma hakkı, hâkimlerin vasıfları ile de korunma altına alınmış olur.

2.3 İspatın Sıhhati Üzerinde Hassasiyet

[351] Ayrıntılı bilgi için bkz. İbn Rüşd, a.g.e, IV, 369, 370.
[352] es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 107; Mecelle, md. 1808.
[353] Yukarıda sayılan vasıflar, hâkimde bulunması gereken azamî vasıflardır. Bu azamî vasıflardan çok daha zor şartlar makbul kadıyı tarif etmek için tespit edilmiştir. Söz konusu fazilet şartlarının ayrıntısı için bkz. Atar, İslam Yargılama…, s.117 vd.

Savunma hakkının amacı ve kişiye sağladığı en büyük faydası, kişi cezayı hak etmiyorsa cezalandırılmasını önlemek, şayet cezayı hak ediyorsa, hak ettiği kadar cezalandırılmasını sağlamaktır. Kişinin haksız bir ithamla cezalandırılmasını önleyen ceza muhakemesindeki en önemli usul esası ise, ispatın davacıya düşmesidir. Davacının iddiasını ispat etme yolu ise bir takım şartlarla çizilmiş, belirlenmiştir. Davanın ispatının zor şartlara bağlanması, hem de hâkimin davacının getireceği deliller haricinde özel çaba ve ihtimam göstererek hükme varması, kişinin hak etmediği cezayı almamasını sağlar, böylece savunma hakkının amacına hizmet eder.

2.3.1 İspat İçin Gerekli Şartların Zorluğu

İslam ceza hukukunda kesin şekilde suçu ispatlanmadığı halde bir kimse hakkında cezaya hükmetmek yasaklanmış,[354] suçu ispat şartları güçleştirilmiştir. Hâkimler, hükümlerinin doğruluğuna emin olabilmek için hem bu zor ispat şartlarını davada arar, hem de gerekli ihtimam ve özeni gösterirler.

Özellikle had gerektiren suçların cezaları oldukça ağır olduğu için, bu suçların ispatına daha ağır şartlar koşulmuştur. Had cezasının tatbik edilebilmesi için kesin surette ve açıklıkta ispat olunması gerekir. Had suçlarının ispatında iki asıl delil vardır; bunlar şahit beyanı ve ikrardır.[355]

İspat vasıtalarından ilki olan ikrarın[356] akıl, baliğ, ve özgür kimse tarafından yapılması gerekir.[357] Çocuğun, delinin, uyuyanın ve baygın kimsenin geçerli olmaz. Ayrıca tehdit, ikrah, cebir ile ortaya çıkan ikrarda geçerli olmaz. İkrarın açık anlaşılır bir irade beyanı ile yapılması gerekir.[358] İkrarın hâkim önünde duruşma içerisinde iken olması gerekir, dava dışındaki beyanlar ikrar sayılmaz. İkrarın kaç kez yapılması gerektiği hususunda ihtilaf olmakla birlikte, örneğin zina suçunda Hanefiler dört defa ikrarın tekrar edilmesini suçun ispatı için şart koşmuştur, nitekim Maiz'in ikrarı böyle olmuştur.[359] Bu hükümde ikrardan dolayı cezalandırılacak olan

---

[354] Bkz. Hucurât 49/6.
[355] Atar, İslam Yargılama…, s.231.
[356] İkrar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şeyh Nizam vdğr. a.g.e ,VIII, s. 183-184; Merginânî, a.g.e, III, s. 318-319.
[357] Atar, İslam Yargılama…, s.236; Mecelle, md. 1573; Koca, *"İkrar"*, **DİA**, s. 38; Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 353.
[358] Koca, *"İkrar",* s.39.
[359] Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 355; Müslim, Hudûd, 5.

kişi açısından önemli bir tedbirdir. İkrardan dönülmesi halinde şüphe hâsıl olduğundan, had cezası infaz edilemez.[360]

Diğer ispat vasıtası olan şahitlerin, sayıları ve sahip olması gereken özellikler de açıkça belirlenmiştir. Bilhassa had ve kısas suçlarında şahitlerin olayı bizzat görmeleri gerekir, yani şahitlik üzerine şahitlik geçerli olmaz.[361] Başkasından suçun işlendiğini duymuş olmak olaya şahit olmak anlamına gelmemektedir. Genellikle had suçlarının ispatı için iki şahit yeterli görülmüş olsa da, zina suçunda daha ağır bir ispat şartı bulunur. Zina suçunun ispatı için zina edenleri ilişki halinde iken gören dört şahit gerekir.[362] Hatta bu şart öyle zorlaştırılmıştır ki, kişiler bir yatakta çıplak haldeki iki kişiyi görse dahi zinaya şahitlik etmiş olmazlar. İki kişi arasında gizli bir cinsel münasebete, bu ilişkinin kanunen yasak olduğu bilinirken, dört kişinin görerek şahit olması şartı gerçekten çok zor bir şarttır, ancak bu zorluk, çok ağır olan had cezalarının uygulanabilmesi için kesin delillerle hükme varılması amacıyla konulmuştur.

2.3.2. Şahitlerin Vasıfları Üzerinde Hassasiyet

İslam hukukunda bir kimsenin şahit olarak kabul edilebilmesi belli şartlara bağlanmıştır. Şahitliğin hâkim huzurunda edası, mahkemede kabul edilirliği açısından şartlar ana başlıklarıyla şöyledir: Âkil olmak (temyiz / idrak kuvvetine sahip olmak), görür olmak ve ilim sahibi olmak (olayı bizzat müşahede etmiş olmak), hür olmak, adil olmak, kazf haddi uygulanmamış olmak, töhmet altında olmamak, mürüvvet sahibi olmak, Müslüman olmak, erkek olmak(bazı davalarda).[363]

Şahit öncelikle fiil ehliyetine sahip olmalıdır, yani şâhit âkil ve bâliğ olmalıdır. Âkil olmak kavramından, şahidin gördüğü hukukî olaydaki durumu idrak edebilmesi, temyiz kuvvetine sahip olması, gördüklerini işittiklerini şahitlik yapacağı güne kadar hafızada tutabilmesi, şahitlik günü olayı net olarak hatırlayabilmesi anlaşılmalıdır. Dolayısıyla çocuğun, delinin ve sarhoşun şâhitliği kabul edilmez. Zira aklı

[360] Bkz. İbn Mâce, Hudud, 9.
[361] es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 115; el- Mavsılî, a.g.e, II, s. 248-252.
[362] Bkz. Talâk, 65; Bakara 2/ 282; Buhârî, Şehâdet, 20, 23; Müslim, İman, 61.
[363] Şahitlerin vasıfları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Yıldız**, İslam Yargılama Hukukunda Şahitlik**, Hacegan Akademi Kitaplığı, İstanbul 2005, s.64-100, Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 307; İbn Rüşd a.g.e, IV, 357-360; el-Mavsılî, a.g.e, II, s. 232-236.

olmayanlar, çocuklar ve sarhoşlar, fiil ehliyetleri tam olmadığından, gördükleri fiilin hukukî durumunu idrak edemez, aklında tutamaz.

Şahitlerin bedenî sağlıkları ile ilgili olan şarta göre, şahitler görür, konuşabilir ve işitebilir olmalıdır. Kişi gözle görülmesi gereken suçlar için mutlaka olayı görmelidir, görme yetisi olmayan kişinin duyması ile olaya şahitliği kabul edilmez. Zira kişinin olaya bizzat kendisi tanıklık etmiş olmalıdır. Bir başkasının sözü üzerinden şahitlik yapılmaz. Şahitlik gözle görmek ve ilim ile bilmekle tamam olan bir fiildir.[364] Dolaylı şahitlik, bizzat hukukî olayı gören kişinin yapacağı şahitliğe oranla gerçeği daha az yansıtacağından, İslam hukukunda doğrudan olaya şahitlik şartı zorunlu kılınmıştır. Dilsiz kimselerin, mahkemede hâkime olayı anlatmalarında açıklık ve kesinlik hususunun zor olmasından hareketle bir kısım âlim şahitliklerini kabul etmemektedirler.[365] Ancak dilsiz kişi okuma yazmayı biliyorsa hâkim huzurunda yazarak şahitlik yapabilir diyen bir görüşte vardır. Malikiler, dilsizin işaret diliyle meramını anlatabilmesi halinde de onun şahitlini kabul etmişlerdir.[366]

Bir diğer şarta göre şahit dikkatsiz olmamalı ve anlama noksanlığı olmamalıdır. Şahit, şahitlik ettiği hadisenin hukukî bir eylem olarak sonuçlarının neye tekabül ettiğini anlayacak bilecek kudrette olmalıdır. Dalgın, dikkatsiz, çok unutkan, nasıl konuştuğunu bilmez kişinin şahitliği kabul olunmaz.[367]

Şahitliğin diğer eda şartlarından hür olmak[368] ve adil olmak[369] hususu şahidin bağımsız, tarafsız olmasını sağlar. Kölenin şahitliği, efendisinin tesiri altında kalabileceği, doğru söyleyemeyeceği düşünülerek kabul edilmemiştir. Bir kısım ulema erkek kölenin adil olması halinde şahitliğini kabul eder.[370] Kişinin sosyal hayatında dürüstlük ve iyi ahlâkı gösteren amellerinin çok olması, büyük günahlardan kaçınan, farz olan vazifeleri yerine getiren bir kimse olması halinde, adalet vasfını taşıdığı düşünülür.[371] İslam hukukunda şahitlerin, güvenilir ve dürüst olup olmadıklarını tespit edebilmek amacıyla bugünkü anlamıyla bir güvenirlik

[364] Zuhaylî, a.g.e., VIII, 305.
[365] es-Serahsî, a.g.e., XVI, 130.
[366] Zuhaylî, a.g.e., VIII, 309.
[367] Bilmen, a.g.e., VIII, 167.
[368] Bkz. Nahl 16/75.
[369] Bkz. Talak 65/2.
[370] Buhârî, Şehâdet, 13.
[371] es-Serahsî, a.g.e., XVI, s. 113.

soruşturması yapılır ve buna "şâhitlerin tezkiye edilmeleri" denir.[372] İslam muhakeme usulünde hâkim şahitleri dinledikten sonra davalıya şahitler hakkında "Ne dersin, bunlar dürüst müdürler, sadık mıdırlar?" diye sorar. Davalı bu soruya, "Evet, sadıktırlar veya bu şahitler adildirler" derse aleyhindeki iddiayı ikrar etmiş olur ve hâkimin hüküm vermesi için gereken şartlar oluşmuş olur. Ancak davalı bu şahitler için, "Hayır, bunlar yalancı şahittir veya esasen bunlar adil kimselerdir ancak bu hadiseyi unutmuşlar, yanlış anlattılar" derse hâkim davaya hükmetmeyip, şâhitlerin güvenilir olup olmadıklarını araştırmak için kapsamlı bir soruşturma açar. Bu soruşturma yapılmadan verilen hüküm geçerli olmaz.[373]

Şahidin sözünü doğru söyleyenlerden olması gerekir. Daha önce bunun aksini kanıtlayan bir hadise başından geçtiyse, şahidin şahitliği kabul edilmez. Bu nedenle daha önce iftira suçundan cezalandırılmış bir kimse, şahit olamaz.[374]

Bir diğer şart olan mürüvvet sahibi olmak toplumun değer yargılarına göre, kişinin kişiliğini zedeleyici, saygınlığını azaltıcı davranışlar içerisinde olmamaktır. Bu başlık altında İslam hukukçuları, pek çok ayırt edici betimleme ile mürüvvet sahibi olmayı tarif etmişlerdir. Örneğin kendini kadınlara benzeten erkeklerin şahitliği, ölünün arkasından çığırtkanlık yapanların şahitliği, kumar oynayanların şahitliği, hamama peştamalsız girenlerin şahitliği, kazancının kaynağına aldırış etmeyen kişinin şahitliği, günah fiillerinin işlendiği meclislerde oturanların şahitliği kabul olunmaz diyerek, toplum içerisinde kişinin kişiliğini, saygınlığını, İslam ahlâkı anlamında güvenilirliğini azaltan pek çok örnek ile bu husus kapsamlı şekilde ele almışlardır.[375]

Şahidin töhmet altında olmaması gerekir.[376] Töhmet altında olmamak genel anlamıyla bir kişi lehine şehadet edilirse o kişiden bir fayda görecek derecede yakın, ya da aleyhine şehadet edilirse o kişiden zarar görecek konumda bulunmaktır.[377]

---

[372] Bayındır, a.g.e., s. 181.
[373] Bilmen, a.g.e., VIII, s. 153.
[374] Nur 24/4.
[375] İbn Kudâme, a.g.e, XII, 28; el-Mavsılî, a.g.e., II, 410, 415.
[376] Zuhaylî, a.g.e., VIII, 312.
[377] Mecelle, md. 1700/I.

Akrabalık, ortaklık, dostluk, menfaat sağlama, düşmanlık gibi ilişkiler töhmet altında kalmaya sebep olan ilişkilerdir.[378]

Her ne kadar İslam hukukunda şahitliğin kabulü şartları çok kapsamlı bir konunun başlığı olsa da, burada sayılan şartların kısa izahlarından da görülmektedir ki, İslam hukuku şahidin güvenilirliğine, toplumda dürüst ve doğru bir Müslüman olarak bilinmesine, buna aykırı herhangi bir davranışta bulunmamış olmasına, olayı bizzat görüp net bir şekilde hatırlamasına, söz ve eylemlerin hukukî sonuçlarını idrak edebilmesine çok önem vermiştir. Üstelik bunca şartın üzerine, bir de açık ve gizli bir şahit soruşturması sistemi getirilmiştir.[379] Bunca çaba ve ihtimam, elbette mahkeme sonucunda adaletin ortaya çıkması içindir. Bu kadar zor şartları sağlayarak şahitlik yapılması, elbette kişinin aleyhinde yalancı şahitlik yapılarak kişinin hak etmediği bir cezayı almasını büyük ölçüde engeller, böylece müddei aleyhe ve savunma hakkının korunmasına yardım eder.

2.3.3. Delillerin İncelenmesi Bakımından Hassasiyet

Her ne kadar ispat külfeti davacıya yüklenmiş olsa da, her delilin doğru sonucu göstermeme ihtimali olduğu unutulmamalıdır. Deliller, davacıların plan dâhilinde hazırladıkları sahte deliller olabilir. Hâkim, bilhassa had cezalarında sadece davacının beyanını doğrulayan deliller ile bağlı kalmayıp, bu delillerin doğruluğundan emin olarak hüküm vermelidir. İslam hukukunda delillerin doğruluğundan şüpheyi ortadan kaldırmak için, hâkimler resen delil incelemesi yaptıklarının örnekleri görülmektedir. Bunun dışında, uzmanlık gerektiren konularda delilin bilirkişiye gönderilerek bilirkişiden uzman görüşü sorulması gibi tedbirler almışlar, zamanın şartlarına göre olay yeri incelemesi yapmışlardır.

İslam hukukunda olay yeri incelemesinin ilk zamanlardan itibaren mevcut bir uygulama olduğu görülmektedir. Olay yeri incelemesine verilebilecek örneklerden biri, hırsızlık suçu için tatbik edilen uygulamadır. Hırsızlık suçunun kanunda geçen unsurları arasında, malın kilitli, ya da kapalı olan bir mekândan alınmış olması hususu vardır. Dolayısıyla bu suçun tam olabilmesi için, malın alındığı yer önem arz

[378] el-Mavsılî, a.g.e., II, 411.
[379] es-Serahsî, a.g.e., XVI, s. 139.

eder, malın alındığı yerin tespiti için, olay yeri incelemesi yapılarak, mekânın kapalı bir mekân olup olmadığına, kapı önceden kilitli ise kilidin kırılıp kırılmadığına ve benzeri fiziksel şartlara bakılır. Şayet mekân açık, korunmasız bir yer ise, had cezası uygulanmaz, faile had cezasının uygulanıp uygulanmayacağı olay yerinde yapılan incelemelerden sonra kararlaştırılır.[380] Yine hırsızlık suçunun oluşabilmesi için malın, belli bir değeri geçen bir mal olması gerekir.[381] Çalınan malın, belli değeri geçip geçmediğini hâkim bazen resen takdir ederken, bazen nadir bulunan ve hâkimin şahsî bilgisi olmayan bir mal ise, bir bilirkişi yardımı ile malın değerinin tespit ettirildiği bilinmektedir. Hz. Osman'a getirilen bir hırsızlık davasında çalınan yiyeceğin değeri bilirkişiye tespit ettirilerek hüküm verilmiştir.[382] Burada da, davanın seyrini etkileyecek bir hususta, hâkimin tedbirli davranıp, yalnız şahit ve davacının beyanı ile hareket etmeyip, işin uzmanından görüş alarak hükmünü verdiği görülmektedir.

Olay yeri incelemesi ve bilirkişi raporuna başvurulmasının, savunma hakkına ve müddei aleyhe nasıl büyük bir fayda sağlayacağını gösteren bir örnek, Hz. Ömer zamanında yaşanmıştır. Olayda, bir genç erkeğe âşık olan ve ona tuzak kuran bir kadın, bedenine ve eteğine yumurta beyazı sürüp, evden koşturarak ve bağırarak çıkar, Hz. Ömer'e falanca erkeğin kendisiyle ilişkiye girdiği iddiasıyla gelir. Hz. Ömer bu delili incelemeleri için kadınları çağırır, kadınlar yumurta beyazı lekelerini meni izi zannederek Hz. Ömer'e geri dönerler. Hz. Ömer, müddei aleyh genci çağırarak ona bu iddiayı sorduğunda, genç bu suçu işlemediğine dair katî surette yemin edip, durumu iyi araştırmalarını isteyince, Hz. Ömer bu kez davayı Hz. Ali'ye danışır. Hz. Ali, kaynamış suyu etekteki lekelere dökerek, bu lekelerin meni değil, yumurta beyazı olduğunu anlar. Sahte delili ortaya çıkan kadında, suçunu itiraf eder.[383] Bu olay, İslam tarihinde, hem delillerin titizlikle incelendiğini, hem delillere bugünkü anlamıyla adli tıp incelemesi yapıldığını, davalarda bilirkişinin görüşünün alınabileceğini ve bilirkişilerin raporlarının son derece önemli olduğunu, ayrıca delil ilk incelemede aleyhte çıksa dahi kişiye savunma hakkı tanındığını, bu savunma

---

[380] İbn Kudâme, a.g.e, IX, s. 104, 119.
[381] el-Kâsânî, a.g.e, VII/77; es-Serahsî, a.g.e, IX, s. 137.
[382] İmam Mâlik, **Muvatta,** (çev.: Ahmet Büyükpınar), Beyan Yayınları, İstanbul 1994, Hudûd, 7.
[383] Ayrıtılı bilgi için bkz. M. Fatih Turan, "*İslam Muhâkeme Hukukunda İz Bilimi (Kriminalistik) ve Adli Tıp Çalışmalarını Anımsatan Bazı Uygulamalar*", **Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi,** Sayı:33, Erzurum 2010, s. 160.

hakkının yalnız sözlü ve pasif kalmayıp, hâkimden yeniden inceleme yapmasının, lehte delil toplamasının istenebildiğini apaçık göstermektedir.

Cinayet davalarında olay yerinde bulunan suç aletinin niteliği suçun kasıtlı, hatalı veya kasta benzer iradeyle işlenip işlenmediğinin tespitinde önemli rol oynamaktadır.[384] Bu anlamda ölünün bulunduğu yerde incelemeler yapılır, suç aleti tespit edilmeye çalışılır.[385] Nasıl öldüğü belli olmayan kişinin kanamasının olup olmadığına bakılır, kan şayet ağız, burundan çıktı ise bunun doğal olabileceği ama gözlerden kanama oldu ise bunun doğal bir ölüm olmayacağı gibi bilirkişi görüşleri ile olay aydınlatılmaya çalışılır. Farz-ı misal, kendi sağlık sorunu nedeniyle bir kişi bir yerde ölse ve oradan geçen bir şahıs bu ölümün faili olarak suçlansa, olay yeri incelemesinin bu kişinin yapacağı savunmaya elbette büyük faydası olacaktır.

Hz. Peygamber zina suçunu itiraf eden Maiz'in şuurunun yerinde olup olmadığını sormuştur. Ardından içkili olup olmadığına dair sahabeden birisinin kendisini, ağzını koklamak suretiyle kontrol etmesi üzerine sarhoş olmadığı anlaşılınca hüküm verilmiştir. Bu olayda, had cezasının ispatı için gerekli ve yeterli olan ikrar eyleminin bulunduğunu, ancak ikrarın sıhhatli olup olmadığı hususunda da resen araştırma yapıldığı görülmektedir.[386] İçki, uyuşturucu ya da bazı kişilerin kullanmalarında zorunluluk olan ilaçlar, suç işleme kastını, ceza ehliyetini ve dolayısıyla hükmedilecek cezayı etkiler. Hz. Peygamber'in gözetiminde gerçekleşen bu ağız koklamak suretiyle içkili olup olmadığın tespiti, bugün uygulanan kan-idrar örneği almaya benzer.[387] Bu gün pek çok ceza davası, kan-idrar-dna örneklerinin incelenmesi ile aydınlatılmakta, bu delillerin toplanması ve incelenmesi sayesinde gerçek suçlular bulunmakta ve bunun yanında pek çok hadisede suçla itham edilenin masumiyeti ortaya çıkarılmaktadır. Bu incelemelerin, o zamanın şartlarında, ihmal edilmeden yapılıyor olması İslam ceza hukukunun davanın ispatına ve adalet mefhumuna olan hassasiyetinden kaynaklanmaktadır. Bu hassasiyet şüphesiz savunma hukukunun yararınadır.

---

[384] Merginânî, a.g.e, IV, s. 249-254.
385 İbn Kudâme, a.g.e, VIII, s. 265, 266; Ebû Bekr Alaeddin Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed es-Semerkandî, **Tuhfetü'l-fukâhâ**, Dâru'l-Kütübi'l-ilmiyye, Beyrut, 1994, III, s. 103.
386 Müslim, Hudûd, 5.
[387] İslam tarihinde olay yeri inceleme babında bu örneklerin ayrıntıları ve daha fazla örnekler için bkz. Şevket Pekdemir, "*İslâm Ceza Hukukuna Göre Olay Yeri İnceleme"*, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi,** sayı 30, 2017, s. 139-155.

2.4. Hükmü Temyiz Etme Hakkına Sahip olma

Hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde ilk verilen hükmün belli noktalardan hatalı, eksik, tam olarak adalete uygun verilememesi ihtimallerine karşın bir temyiz merci ve temyiz sistemi düzenlenmiştir. Çünkü her hâkim, ne kadar donanımlı olsa da nihayetinde insandır ve yanılabilir, hata yapabilir. Bu hataların önüne temyiz ile geçilebilir. İslam ceza hukukunda da temyiz sistemi kabul edilmiştir, Kur'an-ı Kerim'de yer alan bir kıssada, daha önce Hz. Dâvud'un hüküm verdiği bir davayı tarafların Hz. Süleyman' a getirdikleri ve Hz. Süleyman'ın yeniden hüküm verdiği anlatılır.[388] İslam hukukunda, belli şartların olması halinde hüküm düzeltilebilir ya da bir üst mahkeme var ise buna başvurulabilir.[389]

İslam hukukunun ilk dönemlerinde Hz. Peygamber yargılama görevini kendisi yürütüyordu. Bilhassa Hz. Peygamber birkaç istisnaî halde, kendi hüküm verdiği davada yeniden duruşma yaparak yargılamayı baştan yapmıştır.[390] Müslümanların çoğalması ve toprakların artması ile Hz. Muhammed çevre illere bazı kadılar görevlendirdi. Bu kadıların verdikleri hükümden şikâyetçi olan taraflar Hz. Muhammed'e şikâyetlerini arz etmeye geliyorlardı. Hz. Peygamber'in bu şikâyet üzerine davayı değerlendirmesi ve hükmü bazen onayıp bazen bozması davaların temyiz edilebileceğine delildir.[391] Hz. Ömer, hac zamanı bir temyiz mahkemesi kuruyor ve orada vilayetlerdeki kazaî hükümlerden şikâyetçi olan varsa bu şikâyetleri dinliyordu, ayrıca ölüm cezalarını kendi izni ve incelemesi olmadan uygulamamaları için vilayetlerdeki hâkimleri uyarıyordu.[392] Hz. Osman da benzer uygulamaya gitmiştir.[393] Hz. Ali'nin "Bir kadı hükmünde hata eder ve daha sonra bu hata açığa çıkarsa verdiği bu hüküm reddedilir." dediği rivayet edilir.[394] Osmanlıda temyiz kurumsallaşmış, özel temyiz mahkemeleri kurulmuştur.[395]

---

[388] Bkz. Enbiyâ 21/78.
[389] Atar, İslam Yargılama…, s. 274; Atar, "*Kaza",* s. 115.
[390] Bkz. Buhârî, Müsâkât, 4; Müslim, İman, 218.
[391] Atar, İslam Adliye…, s. 51, es-Serahsî, a.g.e, XVI, s.131.
[392] Bu temyiz faaliyetini yürütürken, temyiz mahkemesini kurduğunu, vilayetlere gönderdiği genelge ile bildirmiştir. Bkz. Atar, İslam Adliye…, s. 79. Bu uygulaması, yerel hâkimlerin bağımsızlığına ve karar otoritelerine etki etmemek hususuna verdiği öneme örnektir.
[393] Atar, İslam adliye…, s. 80-81.
[394] Cemil Abdullah, Haşim Cemil Abdullah, "*İslam Hukukunda Yargı Kararlarının Temyizi",* (çev.: Yunus Apaydın.), **Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Dergisi**, Sayı 3, Konya 1989, s. 395.
[395] Atar, "*Kaza",* s. 116.

İslam hukukuna göre esasen verilen hüküm kesindir. Ancak hem usul kurallarına ya da kanunlara uymayan haksız bir hüküm verilmişse, örneğin hâkim rüşvet almışsa, zarara uğrayana davasının yeniden incelenmesini talep etmek hakkı verilmiştir. Bu durumda verilen hüküm yetkililerce incelenir ve düzeltilir.[396]

Genel olarak muhakeme usulüne uygun bakılmayan davalarda, hâkimin davasına bakamayacağı kişilerin davasına bakmış ve hükmetmiş olması halinde, yeni delillerin ortaya çıktığı durumlarda, şahitlerin vasıflarında tutarsızlık olduğunda, taraflar davanın yeniden görülmesini isteyebilir.[397] İslam hukukunda davaların belli şartlar dâhilinde temyiz edilebilmesi, bazen hâkimlerin olası hatalarını gidermek, bazen davadaki suçun ispatlandığının ve kişinin suçlu bulunduğunun kesinliğine dair ikinci bir tedbir incelemesi olması bakımından oldukça önemlidir. Böylece belki muhakeme usulünde söz ve imkân tanınmayan savunma makamı bu hakkını kullanabilmek için, belki hâkimin tarafsız davranmadığını ispatlayabilmek için, ya da cezaya hükmedildiği halde suçun unsurlarından birinin esasen oluşmadığını kanıtlayabilmek için kişiler temyiz hakkını kullanabilir, yeniden yapılan inceleme ile kişi hak etmediği cezalandırmadan kurtulabilir. Bu nedenle, savunma hakkı ile davayı temyiz etme hakkının birbiri ile bağlantısı son derece önemlidir.

2.5. Hâkimin Gerekçeli Karar Vermesi

Bir mahkeme kararını adil kılan en önemli unsur o kararın gerekçesidir. Gerekçe, hâkimin haklıyı haksızdan nasıl ayırt ettiği, davalı ya da davacı lehine nasıl ve neden, hangi delillere dayanarak hükmettiğini izah eden hukukî bir açıklama, kararı delillerle temellendirmedir. İslam hukukçuları, gerekçe kavramının yerine olarak "*esbab-ı hüküm*" ya da "*esbab-ı mucibe*" kavramını kullanmışlardır[398]. İlk dönem İslam hukukunda hâkimlerin kararlarında esbab-ı hüküm adı ile ayrı bir özel bölüm, ayrı bir belge yazılması söz konusu değildir ancak hâkimlerin kararlarına bakıldığında, bu kararı muhakkak şerî delillere dayanarak verdikleri görülebilir. Zaten hâkim kararını, şerî bir delile dayandırmak zorundadır.[399] Delillerle

[396] Coşkun Üçok- Ahmet Mumcu- Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, Savaş Yayınları, Ankara 1986, s. 188.
[397] Hükmün bozulma sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. C. Abdullah, *a.g.m,* s. 393-400.
[398] Köroğlu Kaya, *"İslam ve Osmanlı yargılama hukukunda Esbab-ı Mûcibe",* **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi,** 2016/2, s. 175.
[399] İbn Rüşd, a.g.e, IV, s. 365-368.

desteklenmeyen hüküm yanlıştır ve bozmayı gerektirir. Kısaca, karar metninde gerekçe başlığı ile ayrı bir bölüm olmasa da, Müslüman hâkimlerin gerek pratikte, gerek kararlarının içeriğinde hükümlerini şerî bir takım delillere dayandırdıkları görülmektedir. Zira hükmün bu özelliği taşıması, yani gerekçelendirilebilir olması hukukî bir zorunluluktur.[400] "Kim bizim şu işimizde (dinimizde) ondan olmayan bir şey ihdas ederse o şey reddedilir"[401] hadisinde bu zorunluluk ifade edilmektedir. Hâkim, ihdas ettiği hükmü, şeriatın temel kaynaklarına uyarak delillendirir.[402] "İnsanlar arasında hak ile hüküm ver."[403], "Ve onların aralarında Allah'ın indirdiği ile hükmet!"[404] ayetleri[405] hâkimin hakka dayanan hüküm verme zorunluluğunu göstermektedir.

Klasik İslam hukukçuları tarafından hâkimin verdiği hükmü taraflara gerekçesi ile açıklaması tavsiye edilmiştir.[406] Böylece hâkimin hangi delillere dayandığı belli olur, tarafların hâkimin haksızlık edip etmemesi ile ilgili şüpheleri ortadan kalkar denilmiştir.

Gerekçeli karar hakkı bugün temel insan haklarından kabul edilmiştir.[407] Hâkimin, bir somut delile dayanmadan ve somut bir şeriat kuralına uygun olduğunu ispatlamadan verdiği hüküm, davalının suçlu olmadığına dair şüphe meydana getirir. Bu hüküm aynı zamanda keyfî, ya da şahsî bir karar olabilir. En nihayetinde gerekçesi sağlam olmayan bir hüküm davanın taraflarına zulümdür, hak ve hukuka riayet etmemektir. Hâkimin gerekçeli karar vermesi, hükmü, hâkimin şahsî kanaatine dayanarak hüküm vermesinden, kararın keyfî olması ihtimalinden kararı uzaklaştırır. Usule ve hakkaniyete aykırı hüküm verilemeyecek olması, elbette suç isnadı altındaki kişiyi, savunma makamını korumaktadır.

2.6. Makul Süre İçinde Yargılama Yapılması

[400] Mecellede, md. 1827' de hâkime hükmü ve gerekçesini içeren bir ilam düzenleme yükümlülüğü getirilmiştir.
[401] Buhârî, Sulh, 5; Müslim, Akziye,17,18; İbn Mâce, Mukaddime, 2.
[402] Bkz. Ebû Dâvûd, Akdiye, 11.
[403] Sâd 38/ 21-26.
[404] Mâide 5/49.
[405] Ayrıca bkz. Nisâ 4/105; Mâide 5/42.
[406] Bkz. es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 162, Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 501.
[407] Nedim Bekri, "*Gerekçeli Karar Hakkı"*, **Ankara Barosu Dergisi**, 2014/3, s. 207 vd.

Mahkemenin adil hükme ulaşmasını etkileyen en önemli meselelerden birisi de yargılamanın makul bir sürede olmasıdır. Tarafların hak aramadaki başvurularını fazla uzatarak onları sıkıntıya sokan bir sistemden gelecek olan adalet, kişileri mutmain etmez, daha fazla hak kayıplarına sebep olabilir.

Elbette Hz. Peygamber'in yargılamanın başında olduğu dönemlerde davaların çok uzun sürmesi ve tarafların mağdur olması söz konusu olmamıştır, ancak insan sayısının ve İslam devletlerinin çoğalması ile hâkimin davayı çok uzatmaması ihtiyacı hâsıl olmuştur. Yargılamanın tarafları mağdur etmeyecek kadar hızlı olması gerektiğine ilişkin hususa bir yargılama kaidesi olarak ilk kez Hz. Ömer değinmiştir. Hz. Ömer'in hâkimlerine gönderdiği talimatnamelerde bu hususun altını çizen usul kaidelerinin mevcut olduğu görülmektedir. Bu talimatlardan birinde, "Yabancı olanı fazla bekletme, çünkü beklemesi uzayınca hakkını aramayı bırakır, memleketine döner."[408] denilmiştir. Bu kaide, gerek görüldüğü halde bazı kişilerin davasına hâkimin öncelik verebileceğini gösterir. Hâkimler kural olarak başvuru sırasına göre yargılama yaparlar, fakat lüzum görüldüğü hallerde, acillik arz eden davalara öncelik verilebilir.[409]

Risaletü'l-Kaza'da bir maddede "Hakkını iddia eden kimseye davasını ispat edebilecek bir mühlet ver. Bu mühlet sonunda delil getirirse o şahıs hakkını alır. Süre bitiminde delil getiremeyenin aleyhinde hüküm ver."[410] denilerek, davacı veya davalıya belirli bir süre verilmesi tavsiye edilmiştir. Zira bunun hem yargılama süresini hızlandırmak hem de tarafların mutmain olması açısından faydası vardır. Çünkü böyle bir uygulama ile belirlenen sürede delilini getiremeyen kişinin, davasının reddinin sebebi verilen sürede delil getirilmemesi olduğundan, hâkimin davalıdan yana taraf tuttuğunu düşünmesi ihtimali ortadan kalkmaktadır.[411] Geç gelen adaletten sakındırıcı bir uyarı olarak Hz. Ömer aynı talimatnamede şöyle demiştir: "Dava senin nezdinde açıklığa kavuşunca hükmünü hemen ver ve hemen icra et, çünkü icra edilmeyen bir hakkın hiçbir kıymet ve faydası yoktur."[412]

---

[408] es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 97.
[409] Bilmen, a.g.e, VII, s. 224, es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 122.
[410] Atar, İslam Adliye…, s. 75; el-Mâverdî, a.g.e, s. 139-140; Atar, İslam Yargılama…, s.355.
[411] es-Serahsî, a.g.e, XVI, s.91.
[412] Atar, İslam Adliye…, s. 75; el-Mâverdî, a.g.e, s. 139-140; Atar, İslam Yargılama…, s.355.

Bu ilkelerden anlaşıldığına göre, mahkeme mümkün olduğunca haklıya hakkını teslim etmek için hızlı olmalıdır.[413] Ancak hak kaybına ve delillerin mahkemeye getirilmesine, dinlenilmesine engel olacak kadar aceleci olmadan hüküm vermek gerekir. İkisinin ortasını, davanın gereğine göre hâkim takdir eder.

Suçsuz olduğu halde suç isnat edilerek töhmet altında bırakılan kişinin, suçsuzluğunun ispatlanması ne kadar hızlı ise o kadar kendisinin yararınadır. Şayet böyle bir ilke olmasaydı, zan altındaki kişiler, belki hâkim karşısına çıkamadan yahut hüküm verilmek üzere deliller incelenmeden, hakları kısıtlanarak aylar yıllar geçirirlerdi. Bugün pek çok devlette gerek suçların çokluğu gerek adli sistemdeki aksaklıklar nedeniyle yargılamalar aylarca yıllarca sürmekte, bu nedenle pek çok suçsuz kişi ve ailesi mağduriyet yaşamaktadır. Devletler bu gibi mağduriyetleri önlemek amacıyla yargılama süresine çeşitli sınırlar koymakla makul süre ilkesinin aşılmasına önlem almaya çalışmaktadırlar.[414] Ayrıca makul sürede yargılanma, yalnız suçsuz olduğu halde zan altında bulunanların değil, suçunun cezasını çekip normal hayatına dönmek isteyen kimseler için de elzemdir. Zira insanoğluna, suçlu da olsa, sonucu belli olmayan bir yargılamanın uzun vakitler sürmesi, hem fizikî hem ruhanî olarak zor gelir, kimi zaman bir an önce cezanın hükmedilip, infaz edilmesi ve davanın bitmesi, belirsiz bir yargılama sürecinde olmaktan evladır. En nihayetinde, makul sürede yargılamaya olan hassasiyet, adaletin zamanında gelişini sağlar. Bu anlamda söz konusu ilke, adaletin tecellisini ıstırap içinde bekleyen savunma makamına yardımcı olur.

2.7. Açık Duruşma ve Alenî Yargılama İlkesi

Adil yargılanmanın bir unsuru olan, alenî yargılanma ilkesi, genel olarak, duruşmaların açık olması, yani duruşmaya katılmaya zorunlu olan kişilerin dışındaki kişilerin de duruşmaya katılma imkânlarının bulunmasıdır.[415] Bir duruşmaya açıklık ve alenîlik ilkesi gereğince, davanın tarafı olmayan kimselerde katılıp, hâkimi ve tarafların sözlerini işitebilmeli, olan biteni görebilmelidir. Duruşmaya katılanların,

---

[413] Atar, İslam Yargılama…, s. 42; Mecelle md. 1813; es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 98.
[414] Ayrıntılı bilgi için bkz. Kenan Özdemir, *"Adil Yargılanma Hakkı Ve Makul Süre",* **Adalet Bakanlığı Adalet Dergisi,** 1.Sayı - Ekim 1999.
[415] Süheyl Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku,** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası, İstanbul 1982, s. 59.

örneğin büyük mahkeme salonlarında, duruşmayı yapan hâkimi ve tarafları görebilmeleri ancak duyamamaları halinde alenîlik hükmü gerçekleşmiş olmaz. Bu anlamda hâkimin yalnız tarafların duyması amacıyla sessiz konuşması alenîlik ilkesine aykırıdır. Ancak herhangi bir duruşmaya taraflardan başkasının katılmamış olması mahkemenin alenîlik ve açıklık ilkesine zarar vermez, önemli olan kişilerin istedikleri takdirde, katılabilme olanağının bulunmasıdır. Yalnızca davanın tarafı olan kişilerin duruşmaya katılması, alenîlik ilkesini sağlamaz. Zira davanın taraflarının duruşmaya katılması zaten zorunludur.[416]

Alenîlik ve açıklık ilkesi, henüz çok yakın zamanda batı kaynaklı hukuk sistemlerinin temel hak kabul ettiği bir kavramdır. İslam hukuku yine asırlar öncesinde bu temel hakkı kabul edip uygulamıştır. İslam hukukunda hâkim, taraflar huzurunda hazır bulunduktan sonra, alenî olarak yargılama yapar. Bilhassa ilk dönemlerde mescitlerde yargılama yapılırken mescitler herkese açık olduğundan isteyen herkes gelip yargılamayı dinleyebilirdi, evlerde yargılama yapan hâkimler kapılarını açık bırakmaya özen gösterirlerdi.[417]

Hanefi hukuk ekolünü benimsemiş olan Osmanlı hukukunda da yargılama alenî idi,[418] hatta mahkemelerde "şühûdü'l-hâl"[419] denilen bir grup güvenilir insan muhakkak duruşma salonunda hazır bulunurdu ve duruşma tutanağının altında bu kişilerin isimlerine yer verilirdi.[420]

Muhakemede esas olan aleniyet ilkesinin geçerli olması ile birlikte bazı istisnaî durumlarda gizli duruşma yapılabilir. Hz. Ali bir davada gerçeği ortaya çıkarmak için gizli duruşma yapılması gerektiğine karar vermiş, yalnız o davaya mahsus olmak üzere gizli duruşma yaparak, tarafların tanıklarını tek tek ve gizli şekilde dinlemiş kararını daha sonra orada bulunanları çağırarak (alenî şekilde) vermiştir.[421] Örnekte olduğu gibi, davanın adaletle çözümlenmesi için gerekli bir önlem olarak bir kısmında gizlilik yoluna gidilse de hüküm yine alenî olarak verilmelidir, çünkü alenî

---

[416] Donay, a.g.e., s.59-60.
[417] Atar, İslam Yargılama…, s.45; Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 256.
[418] Ahmet Akgündüz, "*Osmanlı Devletinde Adli Teşkilat ve Yargılama Usulleri*", **Yeni Türkiye, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri,** Yıl 2, Sayı 10, Temmuz-Ağustos 1996, s.980; Mecelle, md. 1815.
[419] Nasi Aslan**, İslam Yargılama Hukukunda Şühûdü'l-Hal Osmanlı Devri Uygulaması**, Karahan Kitabevi, Adana 2018, s. 51 vd.
[420]Atar, İslam Yargılama…, s.139.
[421] İbn Kayyım, a.g.e, s. 48-49.

hüküm, alenî yargılamanın olmazsa olmaz bütünleyici parçasıdır. Bir takım sebepler ile davanın seyrinde gizlilik kararı alınabilir, bu davanın maddî gerçeğini ortaya çıkarmakla ilgili bir hassasiyetten kaynaklanır, ancak hükmü alenî olarak okumaktan vazgeçmenin ya da saklamanın kamu menfaatine hiç bir yararı olamaz.

Rivayet edildiğine göre Hz Ömer'in oğlu içki içmişti, bu suçundan dolayı Mısır valisi ve kadısı, halifenin itibarına zarar gelmemesini istediklerinden dolayı, Hz. Ömer'in oğlunu evlerinin avlusunda gizli bir duruşma ile yargılayıp cezalandırmıştı. Bunu duyan Hz. Ömer duruşmanın aleniyetinin ortadan kaldırılması ile oğluna toplumun diğer fertleri gibi yargılama ve cezalandırma yapılmadığını düşünüp bu iltimas için kızmış ve bu yargılamayı tekrar yaparak cezayı yeniden tatbik etmişti.[422] Bu karar Hz. Ömer'in, yapılan yargılamanın alenî olmadığı zaman adil olamayacağını düşündüğünü göstermektedir.

Adil yargılamanın bir gerekliliği olarak görülen alenî ve açık yargılama ilkesinin amacı, esasen yargılamanın saydamlığını sağlayarak, yargılama makamlarının denetimini gerçekleştirmek ve bu makamların keyfiliğini önlemektir.[423] Müslümanlar alenî yargılama ilkesi sayesinde, yargı makamlarını denetleme görevini yerine getirebilirler. Şayet, gizli kapılar ardında kararlar verilse idi; taraflar arasında eşitliğe dikkat edilip edilmediği, adalete uygun hükümlerin verilip verilmediği, bazı güçlü kimselerin davalarında hâkimler başka menfaatlerinin peşine düşüp bazı hak ve hukuka aykırı fiilleri görmezden mi geliyor bilinemezdi. Bu gibi konularda Müslümanlar hem adli sisteme zan ile yaklaşabilirlerdi, hem de hâkimin buna benzer bir hata yapması ihtimalinde Müslümanlar hâkimleri ilgili devlet büyüğüne şikâyet ederek denetleme görevini yerine getiremezlerdi. Dolayısıyla davanın seyrinde taraflara eşitlik ve hükmünde adalet olmasının denetlenebilirliğini sağlayan alenî yargılama ve alenî hüküm ilkesi, elbette savunma makamını korur ve savunma hakkının kullanımını kolaylaştırır.

2.8. Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

[422] Ayrıntıları için bkz. Nasi, a.g.e, s.179.
[423] Gözübüyük-Gölcüklü, a.g.e, s.288.

Savunmanın en genel amaçlarından biri muhakkak kişinin hak etmediği bir cezaya mâhkum edilmemesidir. İslam hukukunda oldukça geniş kapsamlı uygulanan şüphe halinde cezaların kaldırılması ilkesi, kişilerin hak etmedikleri halde cezalandırılmalarını engeller. Buna göre kişinin kesin surette cezayı hak ettiğine dair delil yok ise, kişinin cezasını düşürülür ya da kaldırılır.

Batı kaynaklı hukuk sitemlerinde bugün pek önemle üstünde durulan şüpheden sanık yararlanır ilkesi; bir kişinin kesin surette suçu ispat edilmedikçe cezalandırılmaması gerektiği, maddî davada suçun işlenip işlenmediğine dair bir şüphe var ise, bu şüphe gereği sanığın salıverilmesi gerektiği anlamına gelmektedir. İslam ceza hukukunda şüphe halinde cezanın kalkması temel ilkelerden biridir.[424] Hz. Peygamber direk bu ilkeye temas ederek "Cezaları şüphelerle kaldırınız."[425] buyurmuştur. Hz. Ömer "Şüphelerle hadleri atıl bırakmak, şüphe varken uygulamaktan bana daha sevimlidir" der ve en ufak bir şüphe olsa had cezalarını uygulamazdı.[426] İslam ceza hukukunda bilhassa hırsızlık ve zina suçunda fakihler şüphe meselesinin üzerinde durmuş, şüphe ile ilgili ayrıntılı çalışmalar yapmışlardır.[427] Örneğin zina suçunda bir kimse suçunu ikrar etse ve cezasını infaz edilmeden korkudan dolayı ya da cezasını çekerken acıdan dolayı oradan kaçsa, bu ikrarından dönmek anlamına gelir ve o kişiye artık cezası infaz edilemez çünkü ikrardan dönme ile şüphe meydana gelir ve artık had cezası uygulanamaz.[428] Hırsızlık suçunda, suçun işlenmesinin üzerinden çok zaman geçmesi, çalınan malda çalanın mülkiyet hakkı şüphesinin olması, hırsızlık suçunun kıtlık-savaş gibi hallerde işlenmesi, çalınan malın değerinin düşmesi gibi durumların suçun unsurlarında şüphe meydana getireceği söylenmiştir. Dolayısıyla bu örneklerde de şüphe ile had düşmektedir.[429]

İslam ceza muhakemesinde şüphe mefhumu hassasiyetle ele alınmış ve cezaları düşürücü bir etki olarak uygulamada kapsamlı yer bulmuştur. Bu ilke, kesin delil

---

[424] Bkz. Ebû Dâvûd, Hudud, 6; İbn Mâce, Hudud, 5; Tirmizî, Hudud, 2.
[425] Ebû, Dâvud, Salât,14; Tirmizî, Hudûd, 2.
[426] Ya'kûb b. İbrâhim el-Ensârî, Ebu Yûsuf, **Kitâbü'l-Harâc**, el-Matbaatü's-Selefiyye, Kahire, 1397, s. 153; Hz. Ömer'in şüphelerle hadleri düşürmesine pek çok örnek için bkz. Mehmet Öztürk, "*Hz. Ömer'in İçtihatlarının Fıkhi İlkelerdeki Karşılığına Kısa Bakışlar",* **Amasya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi,** Sayı 2, Amasya 2014, s. 75-103.
[427] Hacı Mehmet Günay, "*Şüphe*", **DİA,** yıl: 2010, cilt: 39, s. 264.
[428] İbn Mâce, Hudud, 9.
[429] Udeh, a.g,e, I, s. 196; Adnan Akalın, *"İslam Ceza Hukuku`nda Hırsızlık Suçu Ve Çalınan Mal İle İlgili İhtilaflar",* **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,** (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2006, s.46 vd.

olmadan kişinin cezalandırılmasını önlemesi bakımından savunma hakkının amacına ve varlığına yardım eder.

2.9. Mahkemenin Maddî Yapısı, Görünümü İle Savunmaya Uygun Ortam ve İmkân Sağlama

Hz. Peygamber'in hâkimlik vazifesini yaptığı zamanlarda duruşmaların görüleceği mahkeme salonları, ayrı özel binalar yoktu. Hz. Peygamber genellikle camide devletin diğer faaliyetlerini yürüttüğünden, onu orada bulan kişiler gelip şikâyetini arz edince, hemen orada duruşma yapıyordu, bazen evlerde, bazen de pazar yeri gibi olayın vuku bulduğu anda orada yargılama yapıyordu.[430] Özel bir mahkeme salonu ihtiyacı belli bir zaman sonra İslam devleti büyüyüp insanlar kalabalıklaşınca hâsıl oldu. Bu konuda Hz. Osman ilk adımı atarak, sadece yargılamaya mahsus bir bina tahsis etti.[431]

Camiler, evler ya da duruşma için özellikle yapılmış olan bir binanın maddî yapısı düşünüldüğünde hepsinin kişilere savunma imkânı verme açısından yeterli olduğunu izah etmek gerekir. Hanefi, Maliki ve Hanbelîlere göre mescitlerde hüküm vermekte bir sakınca yoktur çünkü bu uygulamayı bizzat Hz. Peygamber yapmıştır. Ancak Şâfiîlere göre mescitte hüküm vermek mekruhtur, Şâfiîlere göre yargı yapılacak yerin, dışarıdan herkesin girebileceği, görebileceği, sıcak soğuk gibi mevsim şartlarına uygun, geniş bir mekân olması gerekir.[432] Esasen duruşmanın yapılacağı özel bir bina olup olmamasından çok savunma makamını etkileyebilecek olan husus, hâkim karşısındaki kişilerin fiziksel konumu ve buna bağlı olarak hissedeceği durumdur. İslam hukukunda camide ya da özel bir binada da olunsa, her iki tarafın kadı karşısında duracağı mevki eşit olmalıdır.[433] Taraflardan biri, diğerinden daha üstün görünecek farklı seviyede ya da farklı koltuklarda oturamaz.

Mahkemelerin fizikî yapısının tarafların eşitliği ilkesine uygun olması gerektiğine dair fikirler diğer hukuk sistemlerinde henüz çok yakın bir tarihten bu yana düşünülüp uygulanmaya başlanmıştır. Anglo-sakson hukuk isteminde iddia makamı

---

[430] Atar, İslam Adliye…, s. 47.
[431] Fahrettin Atar, "*Mahkeme",* **DİA,** yıl: 2003, cilt: 27, s. 341; Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 235.
[432] Zuhaylî, a.g.e, VIII, s. 256.
[433] es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 96.

olan savcılar hâkim kürsüsünde değil, sanık ile yan yana, aynı tip bir masada oturmaktadırlar, sanık ile savcı hâkime eşit mesafededir. Türk Ceza Muhakemesinde ise iddia makamı olan savcılar, oldukça yüksek olan hâkim kürsüsünde, hâkimin yanında oturmakta, sanıklar ise kürsüden daha alçakta bir konumda, genellikle ayakta savunma yapmaktadırlar. Bu açıdan savunma hakkına eşit muamele yapılmadığına ilişkin tartışmalar ve bilimsel çalışmalar zaman zaman gündeme gelmektedir. Günümüzden asırlar önce Hz. Peygamber'in yargılama usulüne bakıldığında ise, davalı ve davacının eşit mesafede hâkimin karşısında oturtulduğu görülmektedir. Hz. Peygamber genellikle duruşma anında taraflara yüzünü döner, tarafları karşısına (yan yana, eşit muamele ederek) oturtarak dinlerdi.[434] Ayrıca bir kimsenin derdini oturarak anlatması ile ayakta anlatmasının farklı olması pek tabiidir. Ayrıca, göz teması kurmakta zorlanacak kadar kürsüden aşağıda olmak kişilere konuşma esnasında sıkıntı verebilir.

Rivayet edildiğine göre Ebu Yûsuf vefatından önce "Allah'ım biliyorsun bir tek olay dışında davada taraflar arasında adaletli olmayı terk etmedim, o tek olay için beni affeyle' diyerek dua etmekteyken, kendisine o olayın nasıl olduğu sorulunca, 'bir davada bir Hristiyan, müminlerin emirini dava etmişti. Ben halifeye yerinden kalkmasını ve davacı ile eşit seviyede oturması gerektiğini söyleyemedim, ancak elimden geldiğince Hristiyan'ı hâkimlik kürsüsünün yanına çektim, ancak davayı onları oturuşta eşit konuma getirmeden evvel dinlemiştim, haksızlığım bu idi" demiştir. [435]

Fıkıhta esas ilke, zanlıları suçlamamak, suçlu olmadıkları düşünülerek muamelede bulunmaktır. Hz. Peygamber kişileri suçlayıcı bir tavır içinde olmaz, insanları suçla damgalamaya yönelik muameleler yapmazdı. Aksine insanların suçtan uzak, temiz ve masum olduklarını düşünen bir yaklaşım içinde olurdu.[436] Öyleyse, İslam hukukunda ceza yargılamasında zanlı kişiyi psikolojik yönden baskı altına alacak, onu suçlayacak, suçlu ve diğer insanlardan farklı konumda hissettirecek, onurunu ve itibarını zedeleyecek şekilde kılık-kıyafete ilişkin şartlar, zorunlu saç-sakal tıraşı gibi dış görünme ilişkin şartlar ya da insanlık dışı kelepçeleme (örneğin ters kelepçeleme)

[434] Bkz. Ebû Dâvûd, Akdiye, 8.
[435] es-Serahsî, a.g.e, XVI, 61.
[436] Ömer Çelik-Mustafa Öztürk-Murat Kay, **Üsve-i Hasene, Tebliğde-Terbiyede-Muâmelede En Güzel İnsan Sallallahu Aleyhi ve Sellem,** Erkam Yayınları, İstanbul 1425-2004, s. 328; Yektar, *a.g.t*, s.123.

gibi zorunlu uygulamalar yoktur. Bunlar İslam hukukunun temel kaidelerine uymaz. Bu tip uygulamalar ne yazık ki tarihte pek çok kez görülmüştür. Örneğin Naziler, Auschwitz Toplama Kampındaki tutukluların kollarına ilk zamanlarda dövmeyle yıldız simgesi, daha sonraki zamanlarda ise tutukluların kimlik numaralarını kazımıştır. Tutuklu ya da şüpheliye duruşmada ya da duruşmaya getirilirken, bir takım fizikî şartlar getirilecek ya da güvenlik amaçlı uygulamalar yapılacaksa, bunlar insanın şeref ve haysiyetine zarar verme sınırına yaklaşmamalıdır.[437]

Hz Ömer'in talimatnamelerine göre, hâkim yürürken ya da binek üzerinde giderken hüküm veremez. Çünkü bu esnada karar verme yetisi etkilenebilir, belki meselenin içeriğini tam olarak idrak edemez, dikkatini toplayamaz, belki davalıyı tam olarak dinleyemez.[438] Öyleyse duruşma salonu fizikî olarak hâkimin tarafların söylediklerini tam olarak duyabileceği yapıda olmalı, hâkimin dikkatini dağıtıcı fizikî etkenler olmamalıdır. Bu anlamda duruşmaya katılan üçüncü kişilerin duruşmanın seyrine etki edecek şekilde davranmaları yasaktır. Hz. Peygamber, duruşma esnasında müddei aleyhin savunma yaptığı sırada ya da daha sonra cezası hükme bağlanmışken, davaya taraf olmayan üçüncü kişilerin bu kişiye kötü söz söylemelerini istemezdi. Bir ceza davasından suçlu olduğu tespit edilen kimse için orada bulunanlar "Allah seni kahretsin, rezil etsin!" gibi cümleler söyleyince Hz. Peygamber bu söylemlerden hiç hoşlanmamış, bu kimseleri "Hayır, öyle söylemeyiniz" [439] diyerek uyarmıştı. Böylece iddia karşısındaki kişi, maddî manevî her türlü etkiden, sözlü veya fizikî saldırılardan uzaklaştırılmış, hem de onurunu incitici muamelelerden korunmuş olmuştur.

Hz. Peygamber'in huzuruna girmek isteyen insanların karşılaşacağı kapı görevlileri yoktu. İnsanların hâkime ulaşmasına mani olan onları kontrol eden görevlilerin olmaması hususu da, hâkime ulaşmayı kolaylaştırmış, iddia ve savunma hakkının kullanılmasını, fizikî açıdan kolaylaştırmış, ayrıca kişilerdeki mahkeme müessesesinden korkuyu ortadan kaldırmıştır.[440]

---

[437] İslam hukukunda ki temel kaidelerden biri de insanın şeref ve haysiyetinin korunmasıdır. Bkz. Zuhaylî, a.g.e, VII, s 443.
[438] es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 126.
[439] Ebû Dâvûd, Hudud, 35.
[440] Bkz. Buhârî, Edeb, 11.

Hâkimin öfkeli iken hüküm vermesinin yasaklandığına daha önce temas edilmişti.[441] Bunun yanında, fazla sıcak-soğuk, hâkimin duruşmada fazla oturması ya da gün içinde çok davaya bakması gibi nedenlerle yorgunluk, uykusuzluk, açlık gibi düşünme yetisini etkileyebilecek diğer fizikî etkenler de öfke hükmünde görülmüştür.[442] Bu olumsuz etkenlerin mevcut olması halinde hüküm verilmemesi, bu fizikî şartların iyileştirilmesi ve olumsuz etkenler kaldırıldıktan sonra hüküm verilmesi gerekliliği, savunmaya tam anlamıyla imkân verilmesini kolaylaştıran tedbir ve ilkelerdendir.

2.10 İşkence Yasağı

Savunma hakkı ile kişi, işlemediği bir suçla itham edildiğinde, bu suçu işlemediğine dair beyan verebilme mücadelesini verir. Bu mücadele en başta, suçu reddetmek olarak ortaya çıkar. Savunma hakkının, ilk ve en basit hali olan suçu reddetmek imkânı, kişilere aynı zamanda, "suçu kabul etmek zorunda değilsin" mesajı ve garantisi verir. Öyleyse, suçun reddedilmesi akabinde suçu zorla kabul ettirmeye yönelik bir şiddetle karşılaşıldığı zaman, savunma hakkının etkisiz ve kâğıt üstünde kalacağı aşikârdır. Herhangi bir suçtan kişilerin sorguya alınmalarının ardından, yapılan işkence ve maddî-manevî baskı ile kişiye suçunun kabul ettirilmesi uygulamaları tarihin ilk dönemlerinden başlayıp, pek yakın zamana kadar devam etmiştir. Oysa İslam ceza hukukunda hem soruşturma da hem de cezanın infazında "işkence yasağı" vardır, zira insan hayatının ve hayati uzuvlarının dokunulmazlığı vardır.[443]

İşkence yasağının delilleri öncelikle Kur'an-ı Kerim hükümlerine dayanır. Kur'an-ı Kerim'de insanın, yaratılmışlar içinde en güzeli şekilde yaratıldığı,[444] insanın saygın bir varlık olarak yaratıldığı,[445] diğer yaratılmışların insanın hizmetine ve faydasına sunulduğu[446] ifade edilmektedir. Yaratan'ın kıymetli kıldığı, değerli bir varlık olan insanın, canına veya organlarına eziyet verici muamele edilemez, bu tür muameleler insan onuruna yakışmaz. Oysa Kur'an, insanın bedenini kanını dokunulmaz kıldığı

[441] Bkz. Buharı, Ahkâm, 13; Müslim, Akdiye, 16; Tirmizî, Ahkâm, 7; Ibn Mâce, Ahkâm, 4.
[442] es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 118, 120.
[443] es-Serahsî, a.g.e, XXIV, s.48.
[444] Bkz. Tîn 95/1.
[445] Bkz. İsrâ 17/70.
[446] Bkz. Lokmân 31/20.

gibi, şahsiyetini, onurunu da koruma altına almıştır. Böyle olmasaydı, bir kimse hakkında elinde delil olmadan aleyhinde bir iddiada bulunmak iftira suçu sayılmaz, kişiler bunun için cezalandırılmazdı, zira iftira suçu, kişinin onuruna yapılan bir saldırıdır.

İşkence aynı zamanda büyük bir zulümdür. Kur'an-ı Kerim'de zulmedenlerle ilgili pek çok uyarı mevcuttur. Ayrıca işkence ile elde edilen ikrara dayanarak hüküm verilmesi adaletsizliktir. Adalet mefhumuna verilen önem nedeniyle de işkence ile elde edilen bilgiler, imzalı belgeler, ikrara ilişkin beyanlar kullanılamaz, ikrarın serbestçe hiçbir manevî maddî baskı altında kalmadan yapılması gerekir.[447] Hz. Ömer dövüldüğü için hırsızlık suçunu kabul etmek zorunda kalan bir kişiye el kesme cezası uygulamayarak, hapis, tehdit, işkence yoluyla suçunu itiraf edenin bu itirafına göre hüküm verilmez demiştir.[448]

İşkence yasağına açıkça delil olan ayet ve hadisi şeriflerden bazıları şöyledir; "Mü'min erkeklere ve mü'min kadınlara işlemedikleri şeyler yüzünden eziyet edenler, bir iftira ve apaçık bir günah yüklenmişlerdir."[449] "Dünyada insanlara işkence edenlere Allah ahirette azap verir."[450] "Savaşın ancak aşırı gitmeyin, (antlaşmalarınızı bozmayın) işkence yapmayın."[451]

Sonuç olarak bu gün pek çok hukukî sistemin, bilhassa batı kaynaklı uluslararası sözleşme ve insan haklarına dair bildirgelerin önemle üzerinde durduğu, savunmanın en büyük korucularından biri olan işkence yasağı ilkesini İslam hukuku asırlarca önce kabul etmiş ve hassasiyetle uygulamıştır.[452] Bu hak ile savunma hakkı kapsamında söz söyleyen kişinin can güvenliği korunma altına alınmış olur.

---

[447] Udeh, a.g.e, II, 316; Zuhaylî, a.g.e, VI, 4457.
[448] es-Serahsî a.g.e, X, s. 184.
[449] Ahzâb 33/57, 58.
[450] Müslim, Birr, 33; Ebû Dâvûd, Harac, 32.
[451] Müslim, Cihad, 3.
[452] Her ne kadar İslam ceza hukukunun temel prensibi soruşturma, kovuşturma, cezanın infazı sırasında işkence yapılmaması yönünde olsa da, tarihte bazı İslam devletlerinin, kamu menfaatinin gözetilmesi gerekçesi ile işkenceye varan uygulamalara başvurdukları görülebilir. Örneğin Osmanlı Devletinde zaman zaman işkence uygulamalarına başvurulmuştur; Bkz. Coşkun Üçok, *'Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III',* **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1947, Sayı: 1, Cilt: 3, s. 66. Bu tip uygulamalar, bu devletlerin kamu menfaatini gözetmek amacı güderken, temel kaidelere uymayan içtihatlar ortaya koymasından kaynaklanmaktadır. Ancak tarihte buna benzer uygulamaların görülmesi, İslam ceza hukukunun temel kaidelerinde işkence yasağının var olduğu gerçeğini değiştirmez.

2.11 Cezaların Umumiliği İlkesi

İslam ceza hukukunda kanun karşısında herkesin eşitliği ilkesi hâkimdir. Bu eşitlik, cezaların şahıslar bakımından umumiliği ilkesinin temelidir. Cezaların umumiliği ilkesi; İslam ceza hukukunda cezaların herkes için aynı olması, hiçbir zümre ve şahsa, ayrıcalık, cezalardan muafiyet ya da dokunulmazlık tanınmamış olmasıdır.[453] Bu ilke, aynı suçu farklı zamanlarda işleyen bir kuvvetli şahıs ile bir mazlum şahsın aynı cezayı almasını sağladığı gibi, şayet bir suçtan dolayı aynı anda yargılanan birden çok şüpheli var ise bütün şüphelilerin alacağı cezanın da aynı olmasını sağlar. Örneğin Roma hukukunda öldürmenin cezası olarak kısas vardı, ancak bu ceza herkese uygulanmıyordu, şayet suçlu devlet görevlisi ya da itibarlı bir kimse ise öldürülmez sürgün edilirdi, ancak orta sınıftan biri ise boynu vurulurdu, daha aşağı kesimden biri ise çarmıha gerilir ya da vahşi hayvanların önüne atılarak keyif için izlenirdi.[454] Arap toplumunda da benzer uygulamalar vardı, öldürülen eşraftan biriyse, öldürülenin yakınlarının istekleri bitmiyor, kısas sınırlarını aşarak, bazen yalnız suçluyu değil birden çok kişiyi öldürüyorlardı.

Hz. Peygamber ve ashap devrinde hâkimler, adaletli hüküm ve kanun karşısında eşitliğin sağlanması hususunda çok hassas idiler. Bu nedenle, söz konusu ilkenin uygulanışıyla ilgili pek çok örnek mevcuttur. Bu örnekler içerisinde, Hz. Peygamber'in, hırsızlık yapan soylu bir kadının affedilmesi talebi ile gelen sahabeye şiddetle karşı çıkması ve hırsızlık yapanın çok sevdiği kızı dahi olsa elini kesme cezasına çarptırılması gerektiğini söylemesi,[455] cezaların umumiliği ilkesinin ne kadar katî surette uygulandığını gösteren çok önemli bir hadisedir. Yine bir rivayete göre, Hz. Peygamber'den alacağı olan bir kimse bu alacağını nezaketsiz bir üslupla dile getirince, orada bulunan sahabeler bu tavra sinirlenerek kendisine tepki göstermiş, Hz. Peygamber ise sahabeyi susturarak alacaklı adama dokunmamalarını, hak sahibinin hakkını isteme yetkisine sahip olduğunu söylemiştir. Ardından alacaklının talebini yerine getirmiş, kendisine yemek yedirmiş, misafir etmiştir. Bunun üzerine alacaklı memnun vaziyette ayrılmıştır.[456] Nezaketsiz bir yaklaşımla dahi hakkını devlet başkanından talep eden kimsenin hakkını gözeterek kendisini

[453] Tuğ, a.g.e, s. 31 vd.
[454] Sadri Maksudi Aral, **Umumi Hukuk Tarihi**, 2. baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1944, s. 286.
[455] Bkz. Buhârî, Hudûd, 11-12; Ebû Dâvûd, Hudûd, 4.
[456] Bkz. İbn Mâce, Sadakât, 17.

memnun uğurlayan Hz. Peygamber, yaşantısında olduğu gibi, son hutbesi olan veda hutbesinde de insanların eşit olduğunu tekrar etmiş, kendisinden alacağı olanların gelip misilleme yapmasına müsaade etmiştir.

Cezaların umumiliği ilkesinin sonucu olarak devlet başkanı davalı ya da davacı olarak, toplumdan herhangi birisinden farkı olmaksızın mahkemenin tarafı olabilir.[457] Oturma düzeninde itibarlı olan kişiye iltimas geçilse, diğer taraf kendisine haksızlık edileceğini düşünür. Bu nedenle hâkimin tarafları karşısına eşit mesafeye oturtması, onlara bakışında, yönelişinde, ses tonunda eşit davranması mecburidir.[458] Hz. Ebu Bekir, Hz. Ömer, Hz. Osman, Hz. Ali, Harun Reşit gibi devlet başkanlarının da, haklarında şikâyet olduğunda kadı huzurunda yargılanmaları, bu yargılanma esnasında toplumun diğer bireyleri ile aynı şartlarda olmaya ihtimam göstermeleri cezaların umumiliği ilkesinin en güzel örnekleridir.[459] Hz. Ömer'in anlaşmazlığa düştüğü Übeyy b. Ka'b ile hakem olarak Zeyd b. Sabit'e gitmeleri, Zeyd'in Hz. Ömer'i misafir etmek istediğinden kendisine minder vermesi ve bunun üzerine Hz. Ömer'in bunun haksızlık olacağına dair ikazına daha önce değinilmişti. Yine bu olayda, yargılama sürerken, davacının davalı Hz. Ömer'den yemin ettirilmesini talep etmesi üzerine hakem Zeyd b. Sabit, halifeye yemin ettirmek istemeyince, Hz. Ömer "Hayır ben yemin ederim" diyerek, kendisine iltimas geçilmesini engellemiştir.[460]

İslam tarihinde kanun önünde yöneticilerle yönetilenlerin eşitliğine işaret eden pek çok talimatname, hutbe ve uygulama örneği vardır. Bilhassa dört büyük halifenin, hutbelerinde ve atadıkları idarecilere gönderdikleri talimatnamelerde, kanun önünde eşitlik ilkesine sık sık değindikleri görülmektedir. Hz. Ebu Bekir'in halife seçildiğinde okuduğu hutbede, Hz. Ömer'in halife olduğunda yaptığı konuşmada, Hz. Ömer' in idarecilerine gönderdiği talimatnamelerde, Hz. Osman'ın idarecilere gönderdiği talimatnamede hep yönetilenler ile yöneticilerin hak ve hukuk bakımından eşit tutulması ilkesine değinilmiştir.[461] Yine Osmanlı İmparatorluğunda da, söz konusu ilkelere itina gösterilmiştir, bu nedenle hâkimin devlet otoritesinden korkmadan tarafsız ve bağımsız yargılama yapmasının pek çok örneği vardır. Bu

[457] Özkorkut, *a.g.m*, s. 231.
[458] es-Serahsî, a.g.e, XVI, 88.
[459] Fendoğlu, a.g.e, s. 185; Atar, İslam Yargılama…, s.43-44.
[460] es-Serahsî, a.g.e, XVI, s. 111.
[461] Hutbe ve talimatnamelerin Türkçe tam metinleri ve kaynakları hakkında bilgi için bkz. Mehmet Doğan, **Yolumuzu Aydınlatan Hitaplar,** Nizam Yayınları, İstanbul 1998, s. 31 vd.

örnek hadiselerden biri şöyle gerçekleşmiştir; Fatih Sultan Mehmet bir cami inşaatı esnasında emrine aykırı olarak iki mermer sütunu kısaltan bir Rum mimarın ellerini kestirmiş, mimarın şikâyeti üzerine Fatih Sultan Mehmet kadı huzurunda alışkanlığından dolayı oturmak üzere yönelince, kadı tarafından uyarılmış, kadı huzurunda ayakta tutularak yargılanmış ve dava sonunda haksız bulunmuştur. Kadı, kısas gereği padişahın ellerinin kesilmesi gerektiğine hükmedince, Rum mimar cezanın uygulanmasından vazgeçince, padişah tazminata mahkûm edilmiştir.[462] Bu hadise, hangi şiddette olursa olsun cezaların ayrım gözetilmeksizin herkese eşit şekilde uygulandığına şahitlik eden, pek çok örnekten biridir. Şeriyye tutanaklarını inceleyen batılı araştırmacılar, devlet adamı, müderris, sipahi, demirci, sosyal konumu ne olursa olsun herkesin kanun önünde ve mahkeme karşısında eşit olduğu tespit edip bu sistem karşısında hayrete düşmüşlerdir..[463]

Umumilik ilkesi, niteliği itibarıyla ağır cezalar olan had cezaları için geçerlidir. Çünkü bu cezalar kanunda net bir şekilde belirlenmiş olan cezalardır. Bu cezalar kişiler için değişemez. Ancak ta'zir cezaları hâkimin takdirine bırakıldığından, suçlunun sıfatına konumuna eğitimine göre değişebilir, zira bazı kimselerin sopa cezasına çarptırılması ile cezadan nasibini alması mümkün iken, bazı kimseler için hâkim tarafından ikaz edilmek, cezanın amacını sağlamaya kâfi olabilir. Ta'zir cezalarında, hâkimin takdir ederken suçlunun vasfını, şahsiyetini göz önüne alması, İslam ceza hukukunun umumiliği ilkesinin istisnası değil, hâkimin takdir etme yetkisinin içerisinde sayılması gereken bir uygulamadır.

Savunma hakkı, adaletli hüküm için mücadele verir. Bir suçtan dolayı mazlum birinin çokça ceza alıp kuvvetli birinin daha az cezaya hükmedilmesi elbette adaletli değildir. Bu adaletsizliği engelleyen, mazlumun da itibarlı kimselerin de aynı cezayı almasını sağlayan, cezaların umumiliği ilkesidir. Bu açıdan bu ilke, savunma hakkının çok önemli bir yapı taşıdır.

2.12. Suçun Kanuniliği İlkesi

---

[462] Nurullah Kunter, "*Türkiye'de Kaza Kuvveti''*, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 25, S.1-4, İstanbul 1960, s.51.

[463] Bu çalışmalara bir örnek için bkz. Ronald C. Jennings, *"Kadi, Court, and Legal Procedure in 17th C. Ottoman Kayseri: The Kadi and the Legal System",* **Studia Islamica,** No. 48, 1978, pp. 143.

Kanunilik ilkesi İslam ceza hukukunun genel ilkelerinden biridir. Kanunilik ilkesine göre, bir kişinin bir eyleminden ötürü cezalandırılabilmesi için o fiilin kanunda suç olarak tanımlanmış olması ve cezasının belirtilmiş olması gerekir. İslam ceza hukukunda nasla veya kanunda belli olmayan bir suçtan cezalandırma yoktur.[464]

Kanunilik ilkesi gereğince, suç teşkil eden fiilin bütün unsurlarıyla kanunda yer alması gerekir. Kur'an-ı Kerim'de belirlenen suçlar ve cezalar bu mahiyettedir. Örneğin hırsızlık suçunun tanımı, unsurları, nasıl ispat olunacağı ve cezası açıkça belirtilmiştir. Hırsızlık suçunun tanımını ve cezasını Mâide suresinin 38. ayeti belirtmiştir. Cezasının uygulanabilmesi için suçun unsurlarının oluşması gerekir. Hırsızlık suçunun unsurları şunlardır; ceza ehliyetinin olması, suça kastın olması, suç konusu malın malî değerinin olması, malın bulunduğu yerin korunmuş yer olması, hırsızın maliklik şüphesinin olmaması, gizlilik unsurunun olması ve hırsızın alma fiilini eda etmiş olması gerekir. Malın malî değeri hakkındaki suç unsuru şartı, kaynağını şu hadisi şeriflerden alır: "On dirhemden az olan şeylerde el kesme yoktur."[465]

Ta'zir cezaları suçun kanuniliği ilkesinin istisnası değillerdir. Her ne kadar ta'zir cezaları Kur'an-ı Kerim'de açıkça belirlenmeyen cezalar olsa da, ta'zir cezası gerektiren suçlar nedir, neye göre belirlenir, nasıl ispatlanır, ta'zir cezaları nasıl uygulanır bu hususlar öncelikle sünnetten, sonra da halifeler dönemindeki uygulamalardan belirlenmiştir. Ayrıca ta'zir cezalarının üst sınırı da bellidir. Toplumsal yapının ve zamanın değişmesinin gerektirdiği bir zorunluluk olarak, belli konularda düzeni sağlamak amacıyla devlet idarecilerinin veya hâkimlerin, sınırlı oranda bir takdir yetkisi olmalıdır.[466] Bu sınırlı alanda verilen takdir yetkisi kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmez.

Kanunilik ilkesi kişisel hürriyeti korur, keyfî cezalandırmanın önüne geçer. Nelerin suç sayıldığını açıkça bilen Müslümanlar sınırları belirlenmiş olan bu dairede güven ve huzur ile yaşar, sınırları aşan kişilerin hangi cezalarla karşılaşacaklarını ve hakları ihlal edildiğinde bu hakların korunmasını devletten talep edebileceklerini bilirler.

---

[464] Bkz. İsrâ 17/15.
[465] Tirmizî, Hudûd, 16.
[466] es-Serahsî, a.g.e, IX, 71-79.

Şayet insanlar, belki zalim bir hükümdarın başa gelmesi ile ya da bazı insanlarla uyuşmazlık yaşamaları halinde, sebebi belirsiz olarak kolluk kuvvetlerince alıkoyulsalar, ne suç işlediklerini bilemeseler, tabiri caizse sudan sebepler ile idareciler suç uydursa ve bu suçlamalar-cezalandırmalar ile yönetilenleri baskı altında tutsalar, toplumda huzur kalmaz. İnsanlar değil adalet içinde ticaret yapmak, yaşamak, komşuluk yapmak, aile kurmak, kapılarının dışına çıkmaya korkar hale gelirler. Bu yüzden, kişiler ne yaparsa suç olur, ne yaparsa suç olmaz bilmek isterler. Suçların belirlenmesi, hangi fiillerin suç sayılacağı ve karşılığı olan cezalar döneme göre, idareye göre keyfî olarak değişirse o toplumda adalet kısa zamanda kaybolur. İşte böyle bir toplumda, herhangi bir suç iddiası ile mahkeme karşısına çıkan kişi, kendini, neye karşı savunacağını, nasıl bir suçtan itham altında olduğunu, karşısında ne ceza alacağını, hangi kanuna, kime göre suç işlediğini bilemez. Kanunilik ilkesinin mevcut olması, savunmanın tam bu noktada ihtiyaç duyduğu bir ilkedir.

2.13. Suçun Şahsiliği İlkesi

İslam hukukunda kişi yalnızca kendi işlediği suç ve günahlardan sorumludur. Hiç kimse başkasının işlediği suçtan hem ahiret hayatında hem de dünya hayatında sorumlu tutulmaz. Bu ilke Kur'an-ı Kerim'de birden çok ayette zikredilmiştir.[467] Hz. Peygamber'in kişilerin babasının, oğlunun ya da kardeşinin suçundan ceza görmeyeceğini belirttiği hadisi[468] suçun şahsiliği prensibinin delilidir.

İslâmiyet geldiğinde, Arap toplumunda kollektif sorumluluk prensibi vardı. İslam bunu yıkıp değiştirerek cezaların şahsiliği prensibini getirmiştir. Örneğin İslam hukukunda zina yapan anneden doğan çocuk, günahsız ve suçsuzdur. Bu kimse büyüdüğünde onun zinadan doğmuş olması nedeniyle ahlâkına hakarette/iftirada bulunulsa, bu kişiler hakaret/iftira suçunu işlemiş olurlar. Hıristiyanlar ise, Hz. Âdem' in yasak ağaca yaklaşması nedeniyle büyük bir günah işlediğine, onun bu günahının kıyamete kadar her yeni doğan çocuğa geçtiğine, dolayısıyla yeni doğanların da günahkâr olarak doğduklarına inanırlar.[469] Bu düşünce suçun ve günahın şahsiliği ilkesi ile tamamen zıttır. Zaten bu nedenle, batı kaynaklı hukuk

[467] Bkz. En'âm 6/164; Fâtır 35/18; Necm 53/38-39.
[468] Bkz. Ebû Dâvûd, Diyât, 2; İbn Mâce, Diyât, 23.
[469] Süleyman Hayri Bolay, "*Âdem",* **DİA**, Cilt: 1, 1988, s. 358-363.

sistemleri ancak 17.yy sonlarında kanunilik ilkesinden bahsetmeye başlamışlardır,[470] suçların ve cezaların şahsiliği ise, kanunilik ilkesinin kabul edilip yerleşmesinden çok daha sonra ele alınmıştır.

Cezaların şahsiliği ilkesi, kişilerin işlemedikleri suçlardan sorumlu tutulmasını ve cezalandırılmasını engelleyen çok önemli insanî bir temel haktır. Bu anlamda savunma hakkının yardımcısı ve koruyucusudur.

2.14. Cezaların Geriye Yürümezliği İlkesi

İslam ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri de cezaların geriye yürümezliği ilkesidir. Bu ilkeye göre, bir suçun tanımı ve cezasına ilişkin olan nas gelmeden önce işlenen fiillerden dolayı Müslümanlar sorumlu tutulup cezalandırılmamışlardır.[471] Örneğin içki içmekle ilgili ayetler inene kadar, içki içmek Arap toplumunda yaygın bir adet idi ve Müslümanlar da içki içiyorlardı. İçki içmenin yasak kılındığı ve cezasının belirtildiği ayetler indikten sonra, ayetlerden önceki zamanlardaki içki içmeleri sebebiyle Müslümanlara ceza uygulanmamıştır. Hatta bu konu bizzat ayet ile aydınlatılmıştır.[472]

Söz konusu ilke, bugün hukuk sistemlerinin son derece önem verdiği, savunma hakkını kolaylaştıran ilkelerden biridir. Bu ilkenin olmadığı bir sistemde, henüz suç değilken işlediklerinden dolayı aniden değişen bir karar ya da kanun nedeniyle yargılanan kişinin, ne masumiyet karinesine dayanabilmesi ne de işlediği fiilden dolayı kendini savunabilmesi imkânı olur. Fiilin işlendiği tarihte, suç sayılmayan bir fiilden dolayı cezalandırılması başlı başına savunma hakkının amacına, varlık sebebine aykırıdır. Zira insanlar gelecekte neyin suç olacağını kestirerek yaşayamazlar. Bir eylemin suç niteliğinde değerlendirilmesi ile o eylemi geçmişte işleyen kişilerin cezalandırılması hayatın olağan akışına aykırı bir uygulama olup, aynı zamanda adaletsizlik ve zulme sebeptir.

---

[470] Ezgi Aygün Eşitli, '*Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi',* **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 104, 2013, s. 225-246.
[471] Bkz. İsrâ 17/15; Kasas 28/59; ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bayram Demir, "*İslam Ceza Hukukunda Cezaların Geçmişe Yürürlülüğü",* **Iğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı: 5, 2015, s. 63-98.
[472] Bkz. Mâide 5 / 93.

Bugün artık ilahî hükümlerin tamamlanmış olması, had cezalarının naslarla tespit edilmiş olması, hâkimlerin bunları artırıp azaltmasının ya da değiştirmesinin, yenilerini eklemesinin mümkün olmaması nedeniyle had cezaları için zaten böyle bir durum söz konusu değildir. Ancak ta'zir cezaları ve ta'zir cezası gerektiren suçlar daha çok zamanın ve kamu menfaatinin gerektirdiklerine göre hâkimin takdir yetkisine bırakılmış oldukları için,[473] bunlar cezanın geriye yürümezliği ilkesine tâbîdirler.

[473] Ertuğrul Gazi Tuncay, *"İslam Hukukunda Sınırı Belirlenmemiş Cezalar*", **İslam Bilimleri Araştırmaları Dergisi,** Samsun 2017, Sayı: 3, s. 82-99; Tuncay Başoğlu, "*Ta'zir",* **DİA,** yıl: 2011, cilt: 40, s. 198-202.

SONUÇ

Çalışmamızdan elde ettiğimiz sonuçlar şu şekilde sıralanabilir.

1. Çalışmanın en önemli amacı İslam Ceza Hukukunda sanığın savunma hakkının mevcudiyetini tespit etmek idi. Bu amaç doğrultusunda, öncelikle Kur'an-ı Kerim'den ve Hadis-i Şeriflerden deliller ortaya koyulmuş, Hz. Peygamberimizin (s.a.v) ve ashabının uygulamasından örnekler incelenmiştir. Tezimizde geçen bu deliller ve örnekler İslam hukukunda savunma hakkının mevcut olduğuna işaret etmektedir.
2. İslam hukukunda adaletin sağlanması en temel amaçlardan biridir. İslam hukuku adaletli olmak ilkesi üzerine bina edilmiştir. Savunma hakkı kabul edilmeksizin adil yargılama olmaz, olamaz. Dolayısıyla sanığın savunma hakkı, İslam hukukunun adaletli olmak ilkesinden doğar ve beslenir. Bu anlamda savunma, adaletli yargılamanın denetçisidir.
3. İslam hukukuna göre herkes kanun önünde eşit kabul edildiğinden, sanığın da en az iddia sahibi kadar söz söyleme hakkı kabul edilmiştir. Savunma hakkı, eşitlik ilkesinin yargılama esnasında uygulandığının ispatı olması açısından çok önemlidir.
4. İslam kişilere söz hürriyeti tanımış olduğundan, kişilerin, halini, şikâyetlerini, isteklerini devlet makamlarına iletme hakkı haizdir. Bu nedenle sanığın mahkemede söz söyleme hürriyeti elinden alınamaz. Savunma hakkı, söz hürriyetinin etkin bir biçimde uygulanabildiğini gösteren son derece önemli bir temel haktır.
5. Savunma hakkı usul hukuku bakımından da oldukça önemlidir. Bir muhakemede kişiye savunma hakkının verilmemesi; bu yargılamanın, usul kaidelerine uymaması anlamına gelir. Dolayısıyla bu hüküm temyiz edilebilir. Böyle bir durumda hükmün bozularak yeniden yargılama yapılması ve kişinin savunmasının dinlenilmesi gerekir.
6. Savunma hakkını, kendisine iddia yöneltilen kişi ve/veya varsa yasal temsilcisi/vekili kullanabilir. İslam hukukunda kişiler adına vekillerinin savunma yapması mümkündür, İslam tarihinde hukuk usulünü bilen vekillerin savunma yaparak suçsuz kişileri cezalandırılmaktan kurtardıkları görülmüştür.
7. Bir kişi, kendisine mahkeme tarafından bir iddia yöneltildiğinde, iddiayı tamamen reddedebilir ya da kısmen kabul edip kısmen reddedebilir. Ya da şahsi iradesi ile iddiayı kabul edebilir, buna suçu ikrar denir. Ancak İslam hukukunda ikrarın kabul edilebilmesi bir takım şartlara bağlanmıştır. Örneğin işkence, ya da korku ile ikrarın hukuken hükmü yoktur, ikrar edenin akıl baliğ olması şarttır, zina suçunu ikrar edecek kişinin dört ayrı yerde (duruşmada) ayrı ayrı dört kez ikrar etmesi gerekir, bunun gibi ikrara ilişkin şartlar ile de kişinin savunma hakkı korunma altına alınmıştır.
8. Aleyhinde bir suç iddiası olan kişi, bu iddia kendisine sorulduğunda, söz konusu suça ilişkin fiili işlediğini kabul edip ve fakat bu fiili işlemekteki haklı nedenini izah ederek savunma yapabilir. İslam hukukunda haksız tahrik, meşru müdafaa, cebir tehdit korku altında suç işlemek gibi özel durumlarda

kişilerin cezası kalkar ya da düşer. Dolayısıyla bu haller doğrultusunda suç işleyen/suç işlemek durumunda kalan kişi, bu durumu ileri sürerek cezasının kalkmasını ya da azaltılmasını sağlayabilir.

9. İslam hukukunda, mağdurun affı ve mağdurun rızası bazı hallerde, cezanın kalkmasını ya da azaltılmasını sağlar. Suç teşkil eden bir fiili işleyen kişi, fiili işlemeden evvel mağdurun rızası olduğunu ya da fiili işledikten sonra mağdurun kendisini affettiğini ileri sürerek cezasının indirilmesini ya da kaldırılmasını talep edebilir.
10. Suç isnadı yöneltilen kişinin bir takım şahsi halleri mevcut olabilir ve sanık savunmasında bu şahsi halleri izah edebilir. Örneğin akıl hastalığı, akıl zayıflığı, suç teşkil eden fiili işlerken uyku halinde olmak gibi eda ehliyetine etki eden şahsi haller, ya da vücut zayıflığı gibi cezalandırılmaya etki eden hallerin mahkemede ileri sürülmesi haklı bir savunma çeşididir. Çalışmamızda ayrıntılarıyla incelenen bu hallerin varlığında kişi ya hiç cezalandırılmaz ya da cezasında indirime gidilir.
11. İslam hukukunda suç teşkil eden fiili işleyen kişinin bu fiili işlemekteki niyeti oldukça önemlidir. Şayet kişinin o fiili işlerken suç işleme kastı yok ise, bunu izah etmesi halinde cezası kaldırılabilir ya da azaltılabilir. Çünkü İslam hukukunda ameller niyetlere göredir. Örneğin bir suçu hata ile işleyenler, kasten o suçu işleyenden farklı ceza alırlar, suç işleme kastı olmadığı halde görevi gereği bir fiili işleyen ancak o fiilin neticesi itibari ile bir kişiye zarar veren kişiler olayda ihmal yok ise bu fiillerinden dolayı cezalandırılmazlar. Dolayısıyla davalı kişinin, o fiili işlemekteki niyetini izah ederek savunma yapması en doğal hakkıdır.
12. Savunma hakkının kullanımında herhangi bir zorunlu şekli şart olmamakla beraber, hakkın kullanımını sınırlandırmayacak ve özünü etkilemeyecek şekilde sözlü/yazılı, işaret dili gibi her türlü şekilde davalı istediği müddetçe savunma hakkını kullanabilir. Burada önemli olan kişinin savunma hakkını kullanabilmesidir.
13. Savunma hakkı, zaman bakımından, davanın başlaması ve hükmün verilmesi arasındaki zaman dilimi ile sınırlıdır. Kişinin hakkında dava açılmadan, hâkim karşısına çıkmadan ileri sürdüğü beyanlar savunma değildir. Aleyhinde iddia olan kişinin mahkeme huzurunda kendisine iddianın sorulması ile savunma makamının söz hakkı başlar, hakkında ki hüküm verilinceye kadar devam eder. Savunma hakkı ayrıca ortaya konan iddia ile sınırlıdır. İddia ile sınırlı olmak, iddianın konusu ve tarafı haricinde başka konularda ya da başka taraflara karşı savunma yapmak zorunda olmamak anlamına gelir. Ayrıca savunma hakkını kullanan kişi bu hakkı kullanırken mahkeme düzenine ilişkin kurallara riayet etmek zorundadır. Buna göre savunma hakkı çerçevesinde mahkeme düzenini bozacak herhangi bir eylemde bulunulmamalıdır. Elbette savunmanın arkasına sığınarak suç işlenemez. Bunlar savunma hakkının kullanımına ilişkin sınırlardır.
14. İslam hukukunda savunma hakkı, davalının aleyhindeki iddiaya karşı söz hakkı alabilmesinden daha kapsamlı bir hak olarak, etkin bir şekilde uygulanmıştır. İslam hukukunda savunma hakkı kapsamında davalının pek çok hakkı mevcuttur. Ayrıca İslam hukukunda savunmanın etkin şekilde

kullanılabilmesini kolaylaştıran, savunmaya hak ettiği değeri veren pek çok hukuki ilke ve tedbir vardır. Çalışmamızda İslam hukukunda savunmanın geniş kapsamlı bir hak olduğu ve etkin bir şekilde uygulandığı da tespit edilmiştir.

15. İslam ceza hukukunda sanık; duruşmaya katılmak, hakkındaki iddiayı öğrenmek, tercümandan yararlanmak, savunmasını destekleyici delil getirebilmek, yemin delilinden faydalanmak, mahkemeden suçsuzluğuna ilişkin delil toplanmasını talep etmek hakkına haizdir. Her ne kadar bu konuda ittifak olmasa da, bir görüşe göre kendisine iddia sorulduğunda susma hakkına da haizdir.
16. İslam hukukunda masumiyet karinesi kabul edilmiştir. Buna göre herkes aksi ispat edilinceye kadar suçsuzdur. Aksini iddia eden kişi, yani iddia sahibi iddiasını ispatla yükümlüdür. Davacının iddiası davalıya sorulduğunda, davalının iddiayı reddeden tek bir kelimesi dahi yeterlidir. Davalının iddiayı reddetmesi üzerine, hâkim davacıdan davasını ispat etmesini ister. İslam hukukunda iddia edenin iddiasını ispatlamakla yükümlü olması, ispat bulamaması halinde davayı kaybetmesinden daha ciddi sonuçlar doğurur. Örneğin, bir kişiyi zina yapmış olmakla suçlayan kişi, bu iddiasını ispatlayamazsa, iftira suçunun cezası ile cezalandırılacaktır. Bu anlamda ceza yargılamasında şikâyet eden, aleyhinde iddia olan kişiye nazaran etkin bir konumda olmalı, deliller bulmalı, delillerini ortaya koymalı, davasını ispat için uğraşmalıdır. Ancak masumiyet karinesi gereği, davalı kişinin herhangi bir çaba içerisinde olması, masumiyetini ispatlamaya çalışması, delil bulması gerekmez. Yine masumiyet karinesi gereği, davalının yargılama sürerken, aleyhindeki hüküm kesinleşene kadar suçlu muamelesi görmemesi gerekmektedir. Davalıya, iddia sahibinden farklı muamele etmek yasaklanmıştır.
17. İslam ceza yargılaması yetkili, bağımsız ve tarafsız mahkemelerde yapılır. Mahkemelerin yetkili, tarafsız ve bağımsız olması, adil yargılamanın olmazsa olmazı ilkelerindendir. Bu ilkeler savunma hakkını korur, savunmanın dinlenilmesine ve hüküm verirken savunmanın iddia ile eşit derecede dikkate alınmasına imkân verir.
18. Hâkim ve şahitlerde bulunması şart olan vasıflar vardır. Bu vasıfların tespiti hususuna İslam âlimleri oldukça önem vermişlerdir. Bu vasıflar, genel olarak son derece zor şartlardır. Bu vasıflarda titizlik gösterilmesi, yargılamanın adil, tarafsız olmasını, şahit ve hâkimlerin güvenilir olmasını sağlar. Yargılama süreci ve hükümde adaleti temin eden bu vasıflar dolayısıyla savunma hakkı korunmuş olur.
19. İslam hukukunda iddiayı ispat şartları oldukça zor kıstaslara bağlanmıştır. Kişinin cezalandırılabilmesi, bu zor ispat şartlarının mevcut olmasına bağlıdır. Zira kesin delil olmadan bir kişi aleyhinde cezaya hükmedilemez. Çünkü şüphe ile cezaların kaldırılması ilkesi kabul edilmiştir. Aleyhinde iddia olan kişinin suç teşkil eden fiili işlediğine dair kesin deliller olması gerekir. İslam tarihinde pek çok örnekte delillerin son derece titizlikle ele alındığı, en ufak bir şüphe olması halinde bilhassa had cezalarının uygulanmadığı görülmektedir.

20. Sanığın, şartları gerçekleştiğinde, haksız ve adaletsiz hükmü temyiz etme hakkı vardır. Temyiz hakkı, adil olmayan, hatalı yargılamanın düzeltilmesi imkânını vererek savunma hakkını korur.
21. İslam hukukunda hüküm mutlaka kanuni gerekçelere dayanır. Gerekçeli hüküm hâkimin kararını keyfiyetten ari tutar, yasal bir nedene dayandırır. Böylece aleyhinde iddia olan kişiler hakkında keyfiyetten uzak, kesin delil ve yasalara dayanarak hüküm verilmesi gerekir. Bu anlamda gerekçeli hüküm ilkesi ile de savunma hakkı korunmuş olur.
22. İslam ceza hukukunda duruşmalar açık ve aleni yargılama usulüne tabiidir. Hükmün ve yargılamanın adaletli olmasını sağlamaya, taraflardan birine iltimas geçilmesini engellemeye yönelik olan bu tedbir ile savunma makamı korunmuş olur.
23. Davaya ilişkin yargılamanın makul süre içinde bitirilmesi, mümkün olan en kısa sürede hükmün verilmesi esastır. Zira hükmü bekleyen kişiler, yargılama uzadığı müddetçe başka hak kayıplarına uğrayabilir. Özellikle davalının suç şüphesi altında iken maddi ve manevi kayıpları olacağı göz önüne alındığında, yargılamanın mümkün olan en kısa sürede bitirilmesi savunma hakkı açısından oldukça önemlidir.
24. İslam hukukçularının tespit ettikleri usul kaidelerine göre, mahkemeler maddi yapısı itibari ile savunmaya uygun olmalıdır. İslam âlimleri, mahkemede iddia ve savunma taraflarının eşit şekilde oturtulması, hâkimin davanın her iki tarafına bakışında, ses tonunda, yaklaşımında, yönelişinde eşit şekilde davranması hususu üzerinde önemle durmuşlardır. Örneğin mahkemenin fazla sıcak/fazla soğuk olması gibi fiziki şartlarını incelemişler, bu durumlarda hüküm verilmemesini tavsiye ederek, böylesine ince ayrıtılar hakkında da görüşler sunmuşlardır. Çalışmada ayrıntılarıyla incelenen söz konusu edebü'l-kâdı hükümleri, savunma makamının fiziki şartlar bakımından da korunduğunu göstermektedir.
25. İslam ceza hukukunda işkence yasağı vardır. Ne yazık ki tarihte pek çok kez, suçsuz kimseler işkence altında alınan ifadeleri nedeniyle işlemedikleri suçlardan cezalandırılmış, suç işleyen kişiler ise işledikleri suçun karşılığında ıslah olmaları amacını aşan, işkence mahiyeti taşıyan insanlık onuruna aykırı şekillerde infaz edilmişlerdir. İslam hukukunda ise canın dokunulmazlığı vardır. Bir kimseye işkence ile ne herhangi bir suçu ikrar ettirilmesi ne de suçlu bir kişinin cezası kesinleştikten sonra işkence yöntemleri ile cezasının infaz edilmesi kabul edilemez. Ve fakat, her ne kadar İslam ceza hukukunun temel prensibi soruşturma, kovuşturma, cezanın infazı sırasında işkence yapılmaması yönünde olsa da, tarihte bazı İslam devletlerinin, kamu menfaatinin gözetilmesi gerekçesi ile işkenceye varan uygulamalara başvurdukları görülebilir. Bu tip uygulamalar, bu devletlerin kamu menfaatini gözetmek amacı güderken, temel kaidelere uymayan, İslam ceza hukukuna ve bilhassa usul hukukuna aykırı içtihatlar ortaya koymasından kaynaklanmaktadır. Ancak tarihte buna benzer uygulamaların görülmesi, İslam ceza hukukunun temel kaidelerinde işkence yasağının var olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu tarz uygulama ve içtihatların görülmesi, İslam hukukunda sanık haklarının korunmadığı anlamına gelmez, gelemez. Bu

uygulamalar yanlış içtihadi gelişmelerin neticesinde ortaya çıkmıştır ve esas itibariyle İslam hukuku hükümlerine aykırıdır.

26. İslam ceza hukukunda cezalar umumidir ve geri yürümez. Cezaların umumi olması, devlet erkânı ile toplumun her kesiminin yargılama makamı önünde eşit tutulması, aynı cezaya mahkûm edilmesi, cezalarının aynı usulde infaz edilmesini sağlar. Yargılama makamı önünde eşit tutulmak bilhassa savunma makamı için bir ihtiyaçtır. Çünkü tarihte pek çok zaman, bir suçu güçsüz bir kimse işlediğinde en ağır cezalar ile cezalandırılmış, güçlü, makam mevki sahibi bir kimse aynı suçu işlediğinde cezalandırılmamıştır. İslam hukuku işte bunu kaldırarak cezalandırma ve yargılama sisteminde adaleti getirmiştir. İslam hukukunda kanun önünde hiç kimsenin hukuki imtiyazı yoktur. Cezaların geriye yürümezliği ilkesi ise, önceleri suç kabul edilmeyen fiilin, daha sonra yasaklanması halinde fiili geçmişte işleyen kişilerin cezalandırılmamasıdır. Örneğin içkinin daha sonra yasaklanması üzerine, yasak ayetler inmeden evvel içki içenler bu nedenle cezalandırılmamışlardır. Her ne kadar Kur'an-ı Kerim'in nüzûlü tamamlanmış olduğundan, bugün böyle bir durum söz konusu olamayacaksa da, cezaların geriye yürümezliği ilkesi savunma hakkını korumak açısından oldukça önemli bir ilkedir. Dolayısıyla bu ilke, ilk dönemlerden itibaren kişilerin savunma hakkına riayet edildiğini gösterir niteliktedir.
27. İslam ceza hukukunda suçun kanuniliği ve şahsiliği ilkesi kabul edilmiştir. Suçlar kanunidir, yani suçlar ve cezalar kanunda belirtilmiştir, artık yeni bir suç ve ceza şekli belirlemek ihtimali yoktur. Buna göre kişiler hangi fiili işlerlerse suç sayılacağını, karşılığında hangi cezayı alacaklarını bilirler. Böylece suçlar ve cezalar davanın taraflarının güçlü olup olmamasına, hâkimin keyfiyetine göre değişmez. Objektif ve tarafsız bir yargılama elbette en çok savunma hakkının amacına hizmet eder. Ayrıca cezaların şahsi olması, bir kimsenin işlemediği bir fiil nedeniyle cezalandırılmasını engelleyen en önemli ilkelerden biri olarak savunma hakkını korur.

KAYNAKLAR

Abdullah, H.C. (1989). İslam Hukukunda Yargı Kararlarının Temyizi. (çev.: Yunus Apaydın). *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi Dergisi, 3,* 393-400.

Ahmed bin Hanbel. (1992). *Müsned*. İstanbul: Çağrı Yayınları.

Ahmed el- Terk, (2017). 'İslam Ceza Hukukunda ve Modern Kanunlarda Sanığın Susma Hakkı'. (Editör: Refik Korkusuz-Abdurrahman Eren), *İslam Ceza Hukuku,* Lale Yayıncılık, 422-437.

Özdemir, A. (2013). İslam Hukukunda Unutmanın Eda Ehliyeti Üzerindeki Etkileri. *Turkish Studies, 8*(12), 979-988.

Akgündüz, A. (1996). Osmanlı Devletinde Adli Teşkilat ve Yargılama Usulleri, *Yeni Türkiye, Yeni Türkiye Medya Hizmetleri, 'Yargı Reformu Özel Sayısı', 2*(10), 966-992.

Akgündüz, A.(1998). Husumet. *TDV İslam Ansiklopedisi,* XVIII, 417-418, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Aktaş, Ö.O.F. (2010). *İslâm Ceza Hukuku Hükümlerinin Uygulanmasında Akrabalığın Rolü.* Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**.** Konya.

Apaydın, H. Y. (1997). Hata. *TDV İslam Ansiklopedisi*, XVI, 437-442, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Aral, M.S. (1944). *Umumi Hukuk Tarihi*. (2. Baskı). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

Armağan, S. (2015). *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler.* Ankara: Diyanet İşleri Başkalığı Yayınları.

Aslan, N. (2014). *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*. Adana: Karahan Kitabevi.

Aslan**,** N. (2018). *İslam Yargılama Hukukunda Şühûdü'l-Hal Osmanlı Devri Uygulaması.* Adana: Karahan Kitabevi.

Atar, F. (1988). Af. *TDV İslam Ansiklopedisi,* I, 395-396, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Atar, F. (1991). Avukat. *TDV İslam Ansiklopedisi,* IV, 166-167, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Atar, F. (1999). *İslâm Adliye Teşkilâtı (Ortaya Çıkışı ve İşleyişi)***.** Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.

Atar, F. (2002). Kaza. *TDV İslam Ansiklopedisi*, XXV, 113-117, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Atar, F. (2003). Mahkeme. *TDV İslam Ansiklopedisi*, XXVII, 338-341, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Atar, F. (2017). *İslam Yargılama Hukukunun Esasları.* (2. Baskı)İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı.

Atmaca, T. (2002). *İslâm Hukukunda Ceza Ehliyeti.* Basılmamış Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara.

Aybakan, B. (2013). Vekalet. *TDV İslam Ansiklopedisi*, XLIII, 1-6, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Bardakoğlu, A. (1993). Ceza. *TDV İslam Ansiklopedisi*, VII, 470-478, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Bardakoğlu, A. (1994). Ehliyet. *TDV İslam Ansiklopedisi,* X, 533-539, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Bardakoğlu, A. (1998). Hırsızlık. *TDV İslam Ansiklopedisi***,** XVII, 384-396, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Bardakoğlu, A. (2000). İkrah. *TDV İslam Ansiklopedisi*, XXII, 30-37, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Bardakoğlu, A.(1992). Buluğ**.** *TDV İslam Ansiklopedisi*, VI, 413-414, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Başoğlu, T.(2011). Ta'zir. *TDV İslam Ansiklopedisi*, XL, 198-202, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Bayındır, A. (2015). *İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması).* İstanbul**:** Süleymaniye Vakfı Yayınları.

Bekri, N. (2014). Gerekçeli Karar Hakkı. *Ankara Barosu Dergisi, 3,* 205-228.

Berki, A.H. (1978). *Açıklamalı mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye***).** İstanbul: Hikmet Yayınları.

Bilmen, Ö. N. (1985). *Hukuk-u İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi.

Bolay, S. H. (1988). Âdem, *TDV İslam Ansiklopedisi*, I, 358-363, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Buharî, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail, (1992). *el-Camiu's-Sahih*. İstanbul: Çağrı Yayınları.

Bulut, İ. (2018). İslam ve Osmanlı Ceza Hukukunda Hataen Öldürme Suçu. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 1,* 41–71.

Burhanpurlu Şeyh Nizam vdğr. (1986). *el-Fetava'l-Hindiyye (Feteva-i Alemgiriyye).* (çev.: Mustafa Efe). Ankara: Akçağ Yayınları.

Büyük Haydar Efendi.(t.y.). *Usûl-i Fıkıh Dersleri*. (2. Baskı). İstanbul: Meral Yayınları.

Cârullah, M. (t.y.). *Kavâid-i Fıkhıyye.* (nşr. Ahmed İshâkî). Kazan: Örnek Matbaası.

Centel, N. & Zafer, H. (2012). *Ceza Muhakemesi Hukuku.* (9.Baskı). İstanbul: Beta Basım Yayın.

Centel, N. (1984). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafi.* İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.

Ceza Muhakemesi Kanunu (2004). T.C. Resmi Gazete, 5271, 17 Aralık 2004.

Çağatay, Ç. (1982). *İslam Öncesi Arap Tarihi ve Cahiliye Çağı.* Ankara : Divan Kitapevi.

Çetin, B. (2017). *Savunma Hakkının Kısıtlanması*. Basılmamış Yüksek Lisans Tezi. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Konya.

Çolak, M. (2003*). İslam Hukukunda Ceza Ehliyetini Etkileyen Durumlar*. Basılmamış Doktora Tezi. Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Erzurum.

Dağcı, Ş. (1999). *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller***.** Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.

Demir, B. (2015). İslam Ceza Hukukunda Cezaların Geçmişe Yürürlülüğü. *Iğdır Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 5,* 63-98.

Demirbaş, T. (1996). *Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Demirbaş, T. (2005). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Develioğlu, F. (1984). *Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lügat*. Ankara : Aydın Kitapevi.

Dikici, M.F. (2004). *İcra-İflas Hukuku Ceza Hukuku Ceza Usul Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi.

Doğan, H. (2008). *İslâm Hukukunda İftira Suçu ve Cezası.* Basılmamış Doktora Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara.

Doğan, M. (1998). *Yolumuzu Aydınlatan Hitaplar***.** İstanbul: Nizam Yayınları.

Donay, S. (1982). *İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku***.** İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Matbaası.

Dönmez, İ. K. (2004). Meşru Müdafaa. *TDV İslam Ansiklopedisi*, XXIX, 383-387, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Dönmez, İ. K. (2007). Nisyan. TDV İslam Ansiklopedisi, XXXIII, 144-147, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Dönmez, İ. K.(1993). Cünun. *TDV İslam Ansiklopedisi*, VII, 125-129, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Dönmezer, S. E & Erman, S. (1999). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku.* İstanbul: Beta Basım Yayınları.

Dönmezer, S. E. (1998). Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler. *Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan,* 57-74.

Dursun, H. (2009). Erkler Ayrılığı ve Yargıç Bağımsızlığı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 80,* 29-104.

Düzbakar, Ö. (2008). İslâm-Osmanlı Ceza Hukukunda Rüşvet ve Bursa Şer'iyye Sicillerine Yansıyan Örnekler. *e-Journal of New World Sciences Academy Social Sciences, 3*(C0074), 532-550.

Ebu Dâvud, Süleyman b. Eş'as es-Sicistani. (1992). *es-Sünen*. İstanbul: Çağrı Yayınları.

Ekinci, E. B. (2001). Tanzimat Devri Osmanlı Mahkemeleri. *Ankara Barosu Dergisi, 1,* 58-72.

Erbay**,** C. (1999). *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları.

Erdemir, H. (2016). Roma Vatandaş Hukukunun Konusu Olarak Kadın. *İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Tarih Dergisi, 63,* 1-26.

Erdoğan, M. (1998). *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Rağbet Yayınları.

Erem, F. (1964). Ceza Usulü Hukuku. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 181.

Erem, F. (1973). Ceza Hukuk Usulü. Ankara: Sevinç Matbaası.

Erem, F. (1990). Savunma Hakkının Tarihsel Gelişimi. *Ankara Barosu Dergisi, 47*(2), 206-215.

Ergül, T. (1990). Savunmanın Teori ve Uygulaması. *Ankara Barosu Dergisi, 4,* 591-599.

Erturhan, S. (2002). İslâm Hukuku Açısından Öfkeli Şahsın Talakı. *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 6*(2), 208-222.

Erturhan, S. (2002). İslâm Hukukunda Şüpheden Sanığın Yararlanması İlkesi. *Cumhuriyet Üniversitesi İlâhiyat Fakültesi Dergisi, VI/2*(179-205), 181-188.

Eşitli, E.A. (2013). Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 104,* 225-246.

Fendoğlu, H.T. (2000). *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Feyzioğlu, M. (2002). *Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat.* Ankara: Yetkin Yayınları.

Feyzioğlu, M. (2009). Savunma Hakkına ilişkin iki Soru: Savunma Hakkı Kutsal mıdır? Duruşma Salonunda Müdafi ve Sanık Yan Yana Oturabilir mi?. *Ankara Barosu Dergisi, 67(*1), 22-26.

Gölcüklü, F.& Gözübüyük, Ş. (1996). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması.* (2.Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.

Hafızoğulları, Z. (1994). Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı. *Ankara Barosu Dergisi, 1,* 20-41.

İbn Âbidin, Muhammed Emin. (1984). *Reddu'l-Muhtar*. İstanbul: Kahraman Yayınları.

İbn Ferhûn, Burhânüddîn Ebû'l Vefâ İbrahim (1995). *Tebsıratu'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdıye ve Menâhici'l-Ahkâm.* (Tahrîc ve Ta'lîk: Cemâl Maraşlı). Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-Ilmiyye.

İbn Kayyım el-Cevziyye, Ebû Abdullah Şemseddin.(2007). İğâsetü'l-Lehfân fî Hükmi Talâki'l-Gadbân (Öfkeli Şahsın Talakının Geçersizliğine Dair). (Çev: Muhammet Ali Danışman). *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 9,* 247-282.

İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullah (1997*). el-Muğnî ve'ş-Şerhu'l-Kebîr alâ Metni'l-Mukni.* Beyrut: Dâru'l-Fikr.

İbn Mâce, Ebu Abdillah Muhammed, (1992). *es-Sünen*. İstanbul: Çağrı Yayınları.

İbn Manzur, Ebu'I-Fadl Cemaluddin. (1308). *Lisanu'l-'Arab*. Bulak: Dâru Sâdr.

İbn Muflih, Ebû İshâk Burhânüddîn İbrâhim. (t.y.). *el-Mubdi' Şerhu'l-Mukni*. (Tahkîk: Muhammed Hasan Muhammed İsmail eş-Şâfiî) Beyrut: Daru'l-Kütübi'lİlmiyye.

İbn Rüşd, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed (1991). *Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid.* İstanbul: Beyan Yayınları.

İmam Mâlik. (1994). *Muvatta*. (çev.: Ahmet Büyükpınar). İstanbul: Beyan Yayınları.

Jennings, R.C. (1978). Kadi, Court, and Legal Procedure in 17th C. Ottoman Kayseri: The Kadi and the Legal System. *Studia Islamica, 48,* 133-172.

Karaman, H. (1974). *Mukayeseli İslâm Hukuku.* İstanbul: İrfan Yayınevi.

Karaman, H. (2001). *İslam Hukuk Tarihi*. İstanbul: İz Yayıncılık.

Karaman, H. v.dğr. (2017). *Kur'an Yolu Meâli.* Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları.

Karslı, Ü. (2006). *Mezheplere Göre Ceza Ehliyeti ve Günümüz Hukukuyla Mukayesesi*. Basılmamış Yüksek Lisans Tezi. Kahramanmaraş Sütçü İmam Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Kahramanmaraş.

el-Kâsânî, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd.(1997). *Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi'ş-Şerâi.* (Tahkîk ve Ta'lîk: A. M. Muavvıd ve A. A. Abdulmevcûd). Beyrut 1997: Dâru'l-Kütübi'l-Ilmiyye.

Kaya, K. (2016). İslam ve Osmanlı Yargılama Hukukunda Esbab-ı Mûcibe. *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2,* 173-200.

Koca, F. (2000). İkrar. *TDV İslam Ansiklopedisi*, XXII, 38-40, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Kocaoğlu, S.S. (2010). Tarihsel Perspektifi ile Batı Hukukunda Savunma Hakkı ve Müdafi. *Ankara Barosu Dergisi 68*(2), 117-133.

Kunter, N. & Yenisey, F. (2002). *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap.* (12.Baskı). İstanbul: Beta Basım Yayın.

Kunter, N. (1978). *Ceza Muhakemesi Usûlü.* İstanbul: Fakülteler Matbaası.

Kunter, N.(1990). Türkiye'de Kaza Kuvveti. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 25* (1-4), 43-55.

el-Mâverdî, **(**1999). *el-Ahkâmü's-sultâniyye ve'l-vilâyâtü'd-dîniyye*. (nşr. Hâlid Abdullatif el-Uleymî). Beyrut: y.y.

el-Mavsılî, Abdullah b. Mahmûd b. Mevdûd. (1998). *el-İhtiyar li-Ta'lîlî'l-Muhtar*. (çev.: Mehmet Kesin) İstanbul: Ümit Yayınları.

Merginânî, Şeyhü'l-Îslâm Burhanüddîn. (1983). *el- Hidaye*. (çev.: Ahmed Meylâni). İstanbul: Kahraman Yayınları.

Mustafa, İ. v.dğr**.** (2011). *El-Mu'cemü'l-Vasit***.** Kahire: Mektebetu'ş-Şurûgu'd-Devliyye.

Müslim, Ebu'l-Hüseyin b. Haccac. (1992). *el-Camiu's-Sahih*. İstanbul: Çağrı Yayınları.

Nebhan, M.F. (1980). *İslam Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları* (çev: Prof. Dr. Servet Armağan). İstanbul: Sönmez Neşriyat.

en-Nevevî, Muhyiddîn Yahyâ b. Şeref (1995). *Ravdatu't-Tâlibîn ve Umdetu'l-Muftîn*. Beyrut: Dâru'l-Fikr.

Ortaylı, İ. (1976). Osmanlı Kadı'sının Taşra Yönetimindeki Rolü Üzerine. *Amme İdaresi Dergisi, 9(1),* 95-108.

Özdemir, K. (1999). Adil Yargılanma Hakkı Ve Makul Süre. *Adalet Bakanlığı Adalet Dergisi, 1,* 1-12.

Özen, M. (1992). Savunma Dokunulmazlığı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 3*, 416-454.

Özgen, E. (1968). *Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 232.

Özkorkut, N. Ü. (2008) Yargı Bağımsızlığı Açısından Osmanlı'da ve Günümüz Türkiye'sinde Yargıya Genel Bir Bakış. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 57*(1), 225-242.

Öztürk, B. & Erdem, M.R. & Özbek, V.Ö. (2001). *Ceza Hukuku Genel Hükümler Ve Özel Hükümler: Kişilere Karşı Suçlar.* Ankara: Turhan Kitabevi.

Öztürk, B. & Erdem, M.R. & Özbek, V.Ö. (2002). *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku.* (7.Baskı) Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Pekdemir, Ş. (2017). İslâm Ceza Hukukuna Göre Olay Yeri İnceleme. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 30,* 139-155.

Rıza, M.R. (1935). *el-Vahyu'l-Muhammedi.* Mısır: Matba'atu'l-Menâr.

Sağlam, H.& Çolak, M. & Gökbayır, S. (2012). İslam Ceza Hukukunda Haksız Tahrik'in Ceza İndirimine Etkisinin Değerlendirilmesi. *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, 5*(1), 159-194.

Salman, Y.(2005). *İslam Ceza Hukukunda Af.* Basılmamış Doktora Tezi. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Konya.

Semerkandî, Ebû Bekr Alaeddin Muhammed, (1994). *Tuhfetü'l-fukâhâ.* Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-ilmiyye.

es-Serahsi, Ebu Bekr Muhammed b. Ebi Sehl. (2008). *el-Mebsût*. (çev: Mustafa Cevat Akşit vdğr.). İstanbul: Gümüşev Yayınevi.

Sibâî, M. (1969). *İslâm'a ve Garplılara Göre Kadın* (çev.: İhsan Toksarı). İstanbul: Nida Yayınları.

Şaban, Z. (1999). *İslam Hukuk İlminin Esasları.* (çev.:İbrahim Kafi Dönmez). Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Şafak, A. (1977). *Mezhepleraras Mukâyeseli İslâm Hukuku.* Erzurum: Atatürk Üniversitesi Basımevi.

eş-Şâfiî, Muhammed b. İdris, Mevsûatu'l-İmâmi'ş-Şâfiî. (1996). *el-Kitâbu'l-Umm*. (Tahrîc: A. Bedruddîn Hassûn). Beyrut: Dâru Kuteybe.

Şebaru, İ.M. (1983). *el-Kadâ ve'l Kudat fi'l- İslam "el-Asrü'l- Abbasi*. Beyrut: y.y.

Şen, M. (2015). İslam Hukuk Geleneği Perspektifinden Yargı Etik İlkeleri. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 6*, 505-534.

Şentop, M. (2006). Tanzimat'tan Önceki Dönemde Osmanlı Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi. *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi, 1,* 87-105.

Şentürk, R. (2001). İsmet. *TDV İslam Ansiklopedisi*, XXIII, 137-138, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

eş-Şîrâzî, Ebû İshâk Cemaleddîn İbrâhîm b. Ali b. Yûsuf (t.y.). *el-Mühezzeb fî Fıkhi'l-İmâm eş-Şâfiî***.** Beyrut: Dâru'l-Fikr.

eş-Şirbinî, Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed el-Hatîb. (1994). *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Maânî Elfâzı'l-Minhâc*. (Tahkik ve Ta'lîk: A. M. Muavvıd ve A. A. Abdulmevcûd). Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-Ilmiyye

Tirmizî, Muhammed b. İsa, (1992). *es-Sünen*. İstanbul: Çağrı Yayınları.

Toroslu, N. (2005). *Ceza Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi.

Tosun, Ö. (1984). *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri. I, Genel Kısım*. (4.Baskı). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

Tuğ, S. (1969). *İslam Ülkelerinde Anayasa Hareketleri*. İstanbul: İrfan Yayınevi.

Tuncay, E.G. (2017). İslam Hukukunda Sınırı Belirlenmemiş Cezalar. *İslam Bilimleri Araştırmaları Dergisi, 3,* 82-99.

Turan, M.F. (2010). İslam Muhâkeme Hukukunda İz Bilimi (Kriminalistik) ve Adli Tıp Çalışmalarını Anımsatan Bazı Uygulamalar. *Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 33,* 145-169.

Türk Ceza Kanunu. (2004). T.C. Resmi Gazete, 5237, 12 Ekim 2004.

Türk Dil Kurumu. (1969). *Türkçe Sözlük I-II.* Ankara: Türkiye Dil Kurumu Yayınları.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. (1982). T.C. Resmi Gazete, 2709, 9 Kasım 1982.

Udeh, A. (1990). *Mukayeseli İslam Hukuku Ve Beşeri Hukuk.* (çev. Ruhi Özcan- Ali Şafak). Ankara: Rehber Yayınevi.

Uzunpostalcı, M. (2007). İslam Hukukunda Ehliyeti Daraltan veya Ortadan Kaldıran Sebepler. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 9,* 67-100.

Üçok, C. & Mumcu, A. & Bozkurt, G. (1986). *Türk Hukuk Tarihi.* Ankara: Savaş Yayınları.

Üçok, C. (1947). Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1* (4), 48-73.

Ümitli, M. (2006). *İslam Hukukunda Rüşvet Suçu ve Hukuki Sonuçları.* Basılmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara.

Velidedeoğlu, H.V. (1948). *Türk Medeni Hukuku: Başlangıç ve Şahsın Hukuku Cilt I.* İstanbul: İstanbul Matbaacılık.

Yavuz, C. (1992). Dava. *TDV İslam Ansiklopedisi*, IX, 12-16, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.

Yaylalı, D. (1993). *İslam Hukukunda Sulh.* İstanbul: Taştan Matbaacılık.

Yerlikaya, Ü. (2006). *İslam Ceza Hukukunda Mağdur.* Basılmamış Yüksek Lisans Tezi Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Isparta.

Yıldırım, C. (1980). *Kaynaklarıyla İslam Fıkhı.* Konya: Uysal Kitabevi.

Yıldız, K. (2005). *İslam Yargılama Hukukunda Şahitlik*. İstanbul: Hacegan Akademi Kitaplığı.

Yıldız, K. (2014). *İslam Ceza Hukukunda Haddi Gerektiren Suçlarda Devletin ve Şahısların Yetki Alanları.* Basılmamış Yüksek Lisans Tezi. Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Erzurum.

Yılmaz, H. (2007). Hz. Peygamber Döneminden Günümüze Kadınlar ve Cami Eğitimi. *Değerler Eğitimi Dergisi, 5*(14), 107-130.

Yılmaz, M. (2008). *İslam Hukukunda Zaruret Hali.* (2. Baskı). Ankara: Gündüz Yayınevi.

Yurtcan, E. (2005). *Ceza Yargılaması Hukuku.* İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Zehra, M.E. (1994). *İslam'da Suç ve Ceza***.** İstanbul: Kitabevi Yayınları.

Zerkâ, Ahmed b. Muhammed (1993). *Şerhu'l-kavâidi'l-fıkhıyye.* Beyrut: Dâru'l-Kalem.

Zeydan, A. (1989). *Nizâmu'l-Kazâ fi'ş-Şerîati'l-İslamiyye.* Beyrut: y.y.

Zuhaylî, V. (1990). *İslam Fıkhı Ansiklopedisi.* İstanbul: Risale Yayınevi.

ÖZGEÇMİŞ



Adı Soyadı : Fatma Betül MENGEN

Doğum yeri ve yılı: : 1990 Ankara/Altındağ

Medeni hali : Evli

Yabancı Dili :İngilizce

e-posta: : av.fatmabetuldogan@gmail.com

Eğitim Durumu:

Lise : Sinop Anadolu Öğretmen Lisesi 2004-2008

Lisans : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2008- 2013

Yüksek Lisans : Kastamonu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2015-2018

Mesleki Deneyim:

Staj : Avukatlık Stajı Kastamonu Barosu 2013-2014

İş yeri :Serbest Avukat/Kastamonu Barosu 2014-2019 (Halen)