

XII

KUR'ÂN ve SÜNNETE GÖRE SANIK ve MAHKÛM HAKLARI

Prof. Dr. Nasi ASLAN*

1. SANIĞIN HAKLARI

Klasik Fıkıh kaynaklarında muhakemenin iki tarafından müdda'ı/davacı ve müdde'â aleyh/davalı olarak bahsedilir. Günümüz hukukunda bu durum iddia ve savunma makamı olarak tezahür eder. Sanık savunma makamında yer alır. Ceza muhakemesi kanununa göre şüpheli kavramı soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kimseyi, sanık kavramı ise kovuşturmanın başlamasından hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade eder.(CMK M.2; YGİY M.4). Kovuşturma ve yargılama evrelerine göre bu ayrım yapılmış olsa ceza muhakemesi bütünlüğü içerisinde da şüpheli hakları ve sanık hakları ayırımına gerek olmayıp ikisi aynı anlama kullanılabilir. Biz de yeknesaklığı sağlamak amacıyla şüpheli ya da sanık hakları ayırımı nitelemesine girmeyip genel ifade ile "sanık hakları kavramını" tercih ediyoruz. Sanık, ceza hukuku açısından suç işlediği ispatlandığı takdirde cezalandırılacak olan kişi; ceza muhakemesi hukuku açısından ise bireysel savunma makamıdır. Şüpheli ve sanık bu sıfatla yargılamanın işleyişi içerisinde bazı hak ve yükümlülüklerle sahiptir. Hiç şüphesiz bunların başında âdil yargılanma hakkı gelir.

a. Âdil Yargılanma Hakkı

Âdil yargılanma fikri insan haklarının temelini oluşturur. Zira bu durum âdil yargılanmanın sadece bir hak olmasından değil bunun ihlali

* Çukurova Ü. İlahiyat Fakültesi.

¹ Bkz. Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta yayınları, İstanbul 2008 s. 133-135.

durumunda diğer tüm hakların zayi olma gibi bir riski taşımasından kaynaklanır. Bir yargılamada devletin gayrı âdil bir şekilde kayırılması diğer tüm hakların kötüye kullanılmasına yol açabilir.² Bu nedenle sanık gerçekten suçlu da olsa âdil yargılanma ve hak ettiğinden fazla ceza ile cezalandırılmama hakkına sahiptir. Dolayısıyla bir kimse suç-üstü yakalanıp suçun sübutu hukuktan yaralanmaya imkân vermeyecek derecede açık olsa bile yargılama olmaksızın yine cezalandırılmaz. Âdil yargılanma hakkı günümüzde temel insan hak ve hürriyetlerini düzenleyen belgelerde de yer almış ve sürekli önemine dikkat çekilmiştir. Buna göre sanığın âdil ve hakkaniyete uygun bir yargılanma hakkı vardır. (AİHS M.6/1; İHEB m.10; Any. M. 36/1) Anayasaya göre âdil yargılanma, insan hakları ile sanık ve mağdurun hakları ihlal edilmeksizin yapılacak yargılamadır. Âdil yargılanma hakkı Davanın kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde, makul sürede görülmesi (AİHS m.6/1) esasını içerir. Sözleşmenin 6. Maddesinde âdil yargılanmanın gereği olarak sanık ayrıca şu haklara sahiptir. Her sanık isnadı öğrenme, savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olma kendini savunacak bir avukatı tayin etme, gücünün yetmemesi durumunda bundan ücretsiz faydalanma, tanık dinletme gerekiyorsa tercüman yardımından ücretsiz faydalanma hakkına sahiptir.

Kur'ân-ı Kerimde mutlak adaleti emreden ayetlerin âdil yargılamayı da âmir olduğu hususu izahtan varestedir. Meselâ *"Ey inananlar! Allah için adaleti ayakta tutup gözeten şahidler olun. Bir topluluğa olan öfkeniz sizi adaletsizliğe sürüklemesin âdil olun."*³ Kur'ân sünnet ve bunların yorumu mesabesinde olan fikhî hükümlerde âdil yargılanma hakkını temin edici her türlü tedbirin alındığını görmekteyiz. İslâm muhâkeme hukukunda yargılamanın en önemli prensiplerinden birisi de adalet ve eşitliktir. Adâletle hükmetmek, hak ve hakkâniyete göre hüküm verme mânâsına gelir.⁴ Kur'ân'daki ilgili ayetler bu hususu desteklemektedir. Nisâ sûresi 58. ayetinde: *"Allah size emânetleri ehline vermenizi, insanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmetmenizi emreder."* buyurulmaktadır. Burada "emanetlerin ehline verilmesi" ile "adaletle hüküm vermenin" yan yana zikredilmiş olması dikkat çekicidir. Zira hâkim, hak sahibine hükmederken emâneti ehline veren kimse gibidir.

² Bkz. Yalçın Şahinkaya, *Suçsuzluk Karinesi*, Seçkin yayınları, Ankara 2008, s.21-22.

³ el-Mâide, 5/8.

⁴ Hayreddin Karaman, "Adalet" *DİA*, İstanbul, 1988, c. I, s. 344.

Diğer bir ayette de “... ve eğer hüküm verirsen, aralarında adaletle hüküm ver. Çünkü Allah adalet yapanları sever.”⁵ buyurulması hâkimlerin âdil yargılamadaki etkin rollerine işâret etmektedir. Adâletle hüküm vermekte ihmalkâr davranan hâkimin uhrevî ceza ile tecziye edileceği bildirilmektedir. ⁶ Diğer taraftan Kur'ân-ı Kerim'de, kendine özgü üslubu ile yargı önünde herkesin eşit haklara sahip olduğunu îma eder.⁷ Hz Peygamber, hâkimin taraflara eşit davranması hususunda şöyle buyurmaktadır: “Sizden biri halk arasında hüküm vermekle görevlendirildiğinde onlara tavırla, işaretiyle ve oturuşuyla eşit davranmalıdır, sesini hasımlardan yalnız birine karşı yükseltmesin (birine susup da diğerine bağırmasın).”⁸ Hz. Ömer, Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye gönderdiği mektupta: “...Yargı meclisinde insanları eşit tut, ta ki eşraftan olanlar senden çekinsin (de torpil veya taraf tutman için bir beklenti içine girmesin), zayıf olanlar da adaletinden ümit kesmesinler”⁹ diyerek hâkimin renk, ırk, zengin, fakir, güçlü zayıf ayrımı gözetmeksizin herkese eşit davranmasının lüzumuna işâret etmektedir. Ancak böyle eşit davranıldığı takdirde fakir ve zayıf kimseler, şüpheye düşmeksizin taraf tutulmayacağından emin olup serbestçe delil, iddiâ ve savunmalarını açıklayabilirler. Serahsî, Hz. Ömer'in mektubunda yer alan, “Yargı meclisinde insanları eşit tut” ifadesinde “insanlar” kelimesinden hareketle mahkemeye her kesimden insanın gelebileceğini, bunlar arasında ırk, renk, dil, din farkı gözetilmeksizin herkese eşit davranılmasının kayıt altına alındığını belirtir.¹⁰ Hâkimin taraflara eşit davranmasına gelince; onlara bakışı, yönelişi yüz ve mimik hareketleri, onları oturttuğu yer ve mesafe bakımından kendine tuttuğu uzaklık gibi her hareketinde eşit tavır sergi-

⁵ el-Mâide 5/42 Ayrıca bkz. el-Mâide 5/8.

⁶ Bkz. es-Sâd 38/26.

⁷ Yüce Allah, bu konuda Hucurât, 49/13'de şöyle buyurmaktadır: “Ey insanlar biz sizi bir erkek ve bir dişiden yarattık ve bir birinizle tanışmanız için sizi milletlere ve kabîlelere ayırdık. Allah yanında en üstün olanınız günahlardan en çok korunmanızdır. Şüphesiz Allah bilendir ve her şeyden haberdardır.” Hz. Peygamber de Müslümanlar arasındaki eşitliği şöyle ifade etmektedir: “Müslümanlar bir tarağın dişleri gibidirler. Kanları, malları, ırz ve namusları eşittir. Onlar başkalarına karşı bir el gibi yekvücutturular.”

⁸ Dârekutnî, IV/205.

⁹ Kâsânî, a.g.e., VII, 9; İbnül-Kayyim, a.g.e., c. III, s. 114; Y. Ziya Kazıcı, İslâm Müesseseleri Tarihi, Kayıhan Yayınları, İstanbul 1996, s. 111; Ayrıca bkz. Mecelle, md. 1798, 1799.

¹⁰ Bkz. Serahsî, Meksud, c.VI, s. 61.

lemesidir. Hatta taraflara hitap edişinde bile eşitliği korumakla yükümlüdür. Bu hususta eşitliğe aykırı en küçük harekete tolerans gösterilemez

b. Masûmiyet/Suçsuzluk Karinesinden Yararlanma Hakkı

İslâm inancında insan Hıristiyanlıkta olduğu gibi ontolojik açıdan günahkâr (aslî günah yüküyle)¹¹ doğmaz. İnsan günahsız olarak dünyaya gelir ¹²ve onun için *aslî berâet* (günahsız suçsuz her türlü kötülükten beri/tertemiz) olması esas olup onurlu bir varlıktır. Günlük hayatta insana temel yaklaşım da bu esastan hareketle olur. Kur'ân, Hz. Âişe'nin iffetine yönelik iftirada böyle bir tavrın sergilenmesi gerektiğini¹³ belirtirken bu ilkeye vurgu yapmıştır. Bu esas İslâm Hukukunda "berâet-i zimmet asıldır" şeklinde tecessüm etmiş ve İslâm hukukunun umumî prensiplerinden birine dönüşmüştür. Bu kişinin borçsuzluğunun ve suçsuzluğunun asıl olması ilkesidir, ceza hukukunda "suç ve cezada kanuniliğin ve kişinin suçsuzluğunun asıl olması" borçlar hukukunda da "kişinin aksine bir delil bulununcaya kadar borçsuzluğunun esas olması" anlamına gelir ¹⁴

"Masumiyet" "masumluk" ya da "suçsuzluk"¹⁵ karinesi sanığın mahkûmiyet hükmü kesinleşinceye kadar suçlu sayılmamasını ifade eder. (AİHS m6/2; İHEB m.11; Any. M.38) Günümüzde sanıkla ilgili "sanık ne masumdur ne suçludur" "sanığın özel bir statüsü vardır" "sanığın masum olduğu tahmin edilmektedir" gibi ilginç yaklaşımlar sergilenmektedir.¹⁶ Oysa İslâm hukuku kaynaklarında sanıkla ilgili "müddeâ aleyh"/"davalı" terimi kullanılmakta olup burada temel yaklaşım onun

¹¹ Hıristiyanlıkta Hz. Âdem ile Havva'nın yasak meyveden yemelerinin aslî günah (peccatum origins) inancıyla onların nesline geçtiğine inanılır ve doğan her çocuk bu günahın yüküyle doğar ve bunun için vaftiz edilir.

¹² el-Bakara 2/134,141.

¹³ Bkz. en-Nûr 24/12, 16, 23.

¹⁴ Ali Bardakoğlu, "Berâet" *DİA*, İstanbul, 1992, c.V, s. 471; Ayrıca bkz. Ö. Nasûhî Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye Kâmusu*, İstanbul 1985, c. I, s. 257; Hammad, *a.g.e.*, s. 42.

¹⁵ Günümüz hukukunda bu terimlerin kullanımında bir birliğin olmadığını görmekteyiz. Bkz. Şahinkaya, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 19, 20. Bizce masumiyet terimi günahsız anlamına gelmesinden dolayı teolojik boyutu öne çıkmakta, suçsuzluk denildiğinde ise hukukî bir boyut öne çıkarmakta dolayısı ile "berâet-i zimmet" teriminin kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

¹⁶ Bkz. Centel-Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 147; Şahinkaya, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 20-21.

borçsuz ve suçsuz olduğudur. ¹⁷ Öyleyse kişinin borçlu ve suçlu olduğunu iddia eden kimsenin bunu ispat etmesi gerekir. Çünkü delili yeni bir şey iddiâ eden taraf getirir. Bu esasa göre delille ispat edilip suçluluğu sâbit oluncaya kadar zanlıya suçlu gözüyle bakılamaz.

Suçsuzluk karinesi âdil yargılamanın olmazsa olmazıdır, zira bu yargılamaya ön yargılı başlamayı ve sanığa suçlu gibi davranmayı bertaraf eder. Böylece hüküm kesinleşinceye kadar birey kamuoyuna suçlu olarak tanıtılamaz. Bu ilkeye uyulmadığında kişiler kolayca lekelenebilecek ve kişilik hakları kolayca ihlal edilebilecektir. Nitekim günümüz bir kısım medya organlarının bu konuda sınırları nasıl zorladığını görmekteyiz. Zira medya kamuoyu oluşturmanın aracı haline gelmiştir. Kendi çıkarları için, çok ince yöntemlerle kişilerin topluma suçlu gibi sunulmaları ne yazık ki olağan hale gelmiştir. Bu noktada suçsuzluk karinesi koruyucu bir işleve sahip olmaktadır. Bu açıdan bakıldığında suçsuzluk karinesi suçluluğun mahkemeler dışında belirlenmesini engelleme esasına dayanmaktadır.¹⁸

Bu ilkeye Osmanlı uygulamalarında da riayete özen gösterilmiş ve kanunla teminat altına alınmıştır. Buna göre suçlu olarak itham edilen kimsenin yargı nezdinde suçu sâbit olmadıkça ehl-i örf tarafından cezalandırılmaz. Şayet zanlı mahkemeye gelmekten kaçınırsa eziyet ve işkence etmemek kaydıyla mahkemeye zorla getirilmesinde bir beis görülmez. Yine hiçbir kimse hâkim'in bilgisi dışında hapsedilemez. ¹⁹ Dolayısıyla Osmanlı uygulamalarında yargısız infaza kesinlikle müsaade edilmediği anlaşılmaktadır. Bu durum insan hak ve hürriyetleri açısından da önem arz eder.

“Berâet-i zimmet” esasî İslâm teşri’î tarihi içerisinde ilk dönemden bu güne kadar kabul görmüş bir ilkedir. Oysa bu esas Batıda 18. Yüzyılın sonuna doğru kabul edilmiştir. O döneme kadar Batı Avrupa’da mahkemeler zanlıya ön yargılı ve suçlu gözüyle bakmışlar, suçlu ile zanlının arasını ayırmamışlardır. Bizim de bu hatâyâ düştüğümüz ve şer’î mahkemelerde amaç olarak ceza muhâkemelerinin zanlıyı cezalandırmaya

¹⁷ İbn Nüceym, *Zeynü'l-Âbidîn, el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Beyrut 1993, s. 59; *Mecelle*, mad. 8, 10.

¹⁸ Şahinkaya, *Suçsuzluk Karinesi*, s. 269-270.

¹⁹ Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri* (II. Beyazıd Dönemi Kanunnâmeleri) İstanbul, 1990, c. II, s. 184; Yavuz Sultan Selim Devri Kanunnâmeleri) c. III, s. 94.

yönelik tanzim edildiğine dair eleştiriler²⁰ haklı değildir. Çünkü Hz. Peygamber, “Delil ile ispat iddia sahibine yemin ise davalıya düşer” buyurarak davalıya dönük iddialar ispat edilmediği sürece iddiadan öteye gitmeyecek ve doğal olarak zanlının hakları teminat altına almış olacaktır. İslâm muhâkeme hukukunda delillere önem verilmesi bu görüşü desteklemediği gibi aksine delâlet eder.

“Hukukî vesayet” diye bilinen sanığın korunması hususu 18. Yüzyılın ikinci yarısında felsefî ve liberal cereyanın da tesiri ile devlet karşısında ferdi koruma düşüncesinden neş’et etmiştir. Buna göre, sanık suçlu olduğu henüz sâbit olmadıkça masum sayılmalıdır. Bu safhada ceza muhâkemesinin gayesi sanığın korunması olmuştur. Bu, hâkimlerin zanlıları ön yargılı olarak suçlu görüp cezalandırma eğilimlerine karşı bir tepkidir ve ilk defa 1789 tarihli insan ve yurttaşlık hakları beyannâmesinde “Sanık suçlu olduğu sâbit oluncaya kadar masum sayılır” ilkesiyle sembolleşmiş²¹ ve daha sonraki uluslararası sözleşmelerde de yerini almıştır. Şöyle ki: “Bir suç işlemekten sanık herkes savunması için kendisine gerekli bütün tertibatın sağlanmış olduğu alenî bir muhâkeme ile kanunen suçlu olduğu sâbit olmadıkça masum sayılır. (İHEB 11) Bir suç ile itham edilen her şahıs, suçluluğu kanunen sâbit oluncaya kadar masum sayılır (İHAS 6/2).

Berâet-i zimmet ilkesi T.C. 1982 Anayasası’nda da şu şekilde yer alır. “Suçluluğu hükmen sâbit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” (Any. 38/4) “Suçluluğu mahkeme kararı ile sâbit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” (Any. 15/2).

aa. Suç ve Cezada Şahsîlik İlkesinden Yararlanma Hakkı

Yukarıda da belirttiğimiz gibi İslâmî öğretilerde aslî günah olmayışı ve buna bağlı olarak beraet-i zimmet esasının hukuktaki tezahürünün en temel ilkelerinden birisi suç ve cezada şahsîlik ilkesidir. Bu İslâm fıkhnın dünya hukuk düşüncesine sağladığı önemli bir katkıdır. Buna göre bir kimse başkasının işlediği bir suçtan dolayı sorumlu tutulup cezalandırıl-

²⁰ Kunter, *a.g.e.*, s. 23-24.

²¹ Kunter, *a.g.e.*, 24; İnsan Hak ve Hürriyetleri açısından önemli bir aşama olan, bu ilkeden uzak olduğumuzu iddia eden Kunter’in bu iddiasını bilimsellikle bağdaştırmak mümkün değildir. Zira bu ilke 18. asrın sonlarında Batıda nazârî olarak kabul edilmişken bizde Mecelle ile uygulamaya medar olmuştur.

lamayacaktır.²² Bilindiği üzere İslâm öncesi Arap toplumunda kâtil olaylarında kısas uygulanırken eğer öldürülen kişi güçlü bir kabileden ise buna karşılık iki kişi kısasen öldürülürdü. Bu durumda hem bir eşitsizlik söz konusuysa hem de kâtilin dışındaki bir kimse de başkasının işlediği suçtan dolayı cezalandırılmış olmaktadır. İnsanlar arasında mutlak adaleti gözetmeyen bu ve benzeri hükümler hukuk sistemi bağlamında “hükmü'l- cahiliyye” olarak nitelendirilmiş²³ ve “suç ve cezada şahsîlik ilkesi” ile geçersiz kılınmıştır.

Tarihî süreçte Osmanlı uygulamasında da bu prensibe önem verildiğini müşahede etmekteyiz. Özellikle bu esastan hareketle isyancıların takip ve tutuklanmaları esnasında suçsuz insanlara eziyet işkence ve zarar verilmemesine azâmî itina gösterilmiştir. Zaman zaman eyâletlerde zuhur eden kuttâ'u't-tarik (yol kesen) eşkıyaâsının yakalanması için Padişah tarafından kadırlara gönderilen fermanlarda yer alan şu ifâdeler insan hak ve hürriyetleri açısından dikkat çekicidir. “... *Zuhur iden kuttâ'ü't-tarik ve haramzâde eşkıyasın ele götürüb ahz ve kabz gereği gibi hüfz ve hirâsetinden ihtimam üzere olasin illâ bu bahâne celb-i mal olmakdan ve hilâf-ı şer bir ferde zulüm ve ta'addi ve tecâvüzden be-gayet ihtirâz ve ictinâb üzere olasız...*” “*hilâf-ı şer-i şerîf kendi hâlinde olanlara ta'addi ve tecâvüz olunmakdan ictinab ve ihtiyat oluna...*”²⁴

bb. Şüpheden Sanığın Yararlanması İlkesi:

Esasında bu ilkeyi “beraet-i zimmet” ya da “suçsuzluk karinesinden yararlanma” kapsamında değerlendirmek gerekir. Zira davalıya yönelik bir iddiayı davacı ispatla yükümlü olduğuna göre ispatın tam gerçekleşmemesi durumunda bundan beraet-i zimmet gereği sanık yararlanacaktır. Diğer bir ifade ile sanık kendisini isnatlardan kurtarmakla yükümlü değildir.

²² Hiçbir günahkâr, başkasının günah yükünü yüklenmez (en-Necm 53/38; Ayrıca Bkz. el-En'am 6/164; el-İsrâ 17/15; ez-Zümer 39/7.

²³ Bkz. el-Mâide 5/49-50.

²⁴ Kayseri Şer. Sic. 81 Nolu Defter. s. 17/ b. 36; s. 18/ b. 37.

Eşkiyâ için yapılan takip ve kovuşturmalarda suçsuz ahâliye eziyet verilmemesi hususunda bazen daha sert uyarıların yapıldığı görülür şöyle ki: “... *İyâzen billâh te'âlâ bir ferdin mal ve canına zarar terettüp itdüğünüz istimâ' idersek mucceb-i ibret için başınız gideceğin mülâhaza eyleyüb emr-i âli mücebince 'âmil ve hilâfın irtikabdan be-gâyet ihtirâz eylesin deyiü buyuruldu.*” Bkz. Kayseri Şer. Sic, 84 Nolu Defter, s. 170/ b. 391 Ayrıca en çok kullanılan “... âhardan bir kimesneyi rencide ve remyide etmeyesiz...” ifadesinde suçsuzların söz ile bile incitilmemeleri îma edilmektedir.

Yapılan yargılama sonunda sanığın kusuru ya da eylemi gerçekleştirilmesi ile ilgili bir şüphe bulunup bu şüphe yenilemiyorsa bu durum sanığın lehine yorumlanacak ve hakkında mahkûmiyet kararı verilemeyecektir. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi daima sanık lehine olup suçun unsurlarının ispatına yetecek delilin olmaması halinde sanığın beraat etmesi gerekir. Bu ilkenin kaynağının Roma Hukuku olduğu, Felsefî temelinin de 17. ve 18. yüzyıllarda Pufendorf, Grotius, Montesquieu, Rousseau, Voltaire ve Beccari gibi düşünürlerin fikri mücadelelerine dayandığı belirtilmektedir. Romalıların meşhur *"bir masum mahkûm edileceğine birkaç suçlu cezazsız kalsın"* vecizesi şüpheden sanığın yararlandırılmasının felsefî temeli olarak gösterilmektedir.²⁵

Biz bu görüşe katılmıyoruz ve bu ilkenin nüvesini Hz, Peygamberin *"Şüphe vaki olduğunda hadleri uygulamayınız"* hadisinin oluşturduğunu düşünüyoruz. Çünkü hadlerin (ağır cezaların) şüphelerle düşmesi daima sanığın lehine tahakkuk etmektedir. Bir hatâ sonucu had cezaları infaz edilse bu telafisi mümkün olmayacak mağduriyetlere sebebiyet verecektir. Bu noktada hakların zayi olmaması için hâkime cezayı düşürecek bir şüphe arama görevi ve vukuunda cezayı düşürme yetkisi verilmiştir ²⁶ Bu hususta Rasûlüllah (s.a.v.) şöyle buyurur: *"Hata ile berâet ettirmek hatâ ile cezalandırmaktan daha iyidir."* ²⁷ Bu çerçevede "şüpheden sanık yararlanır" esası doğmuş ve İslâm Muhâkeme hukukunun temel prensiplerinden biri olmuştur.

c. Savunma Hakkı

Günümüzde savunma hakkı dokunulamaz devredilemez temel haklar içerisinde yer alır. Savunma hakkı 1982 Anayasasında m.36da "temel haklar ödevler" ve "hak arama hürriyeti" başlıkları altında temel bir hak düzenlenmiştir. Savunma hakkı uluslar arası belgelerde (İHEB M.121/I) de güvence altına alınmıştır.

²⁵ Bu ilkeye Ortaçağda riayet edilmemiş deliller zayıfladıkça hiç ceza vermeme yerine hiç olmazsa indirimli ceza verilmesi yoluna gidilmiştir, Hatta leh ve aleyhteki delillerin eşit olması durumunda bile sanık aleyhine hükmolunduğuna rastlanılmıştır. Bkz. Şahinkaya, Suçsuzluk Karinesi, s. 221-223.

²⁶ Molla Hüsrev, Muhammed b. Ferâmuz (Ö. 886/ 1481) *Dürrü'l-Hükkâm fi şerh-i Gureri'l-Ahkâm*, Fazilet Neşriyat, İstanbul, 1979, c. II, s. 64

²⁷ Tirmizi, "Hudud", 6.

Savunma hakkı, müdafiden yararlanma, susma soru sorma, kendi aleyhine işlemlere katılmama, tercümandan yararlanma, delillerin toplanmasını istem ve duruşmada hazır bulunma gibi hakları içermektedir. Çağdaş hukukta müdafiden yararlanma hakkı sanığın, muhakemenin her aşamasında hatta infaz esnasında ya da muhakemenin iadesi durumunda kendi seçtiği veya âdil yardım yoluyla atanan müdafinin yardımından yararlanma hakkı vardır.(AİHS m.6/3-a;CMK m.147/-c, 149-150. Günümüzde baro teşkilâtına bağlı olarak çalışan avukatların yaptığı görevi -küçük farklılıklar bir yana- İslâm adliye teşkilatında “vekiller” görmektedir.²⁸ Doktrinde her türlü dava için vekil tayin edilebileceği görüşü hâkimdir.²⁹ Bir kimse davasını asaleten takip edebileceği gibi vekili aracılığıyla da takip edebilir. Hukuk davalarında, vekili bulunan bir şahsın muhakeme esnasında yani duruşma salonunda hazır bulunması şart olmadığı halde hadler ve kısas gibi ceza davalarında müvekkilin vekili ile birlikte duruşma salonunda bulunması şarttır. Çünkü had ve kısas ağır ceza davaları kapsamında olduğundan şüphe ve af ile ceza düşer.³⁰

İslâm hukukunda vekâlet/avukatlık kurumu kabul edilmekle birlikte sırf para kazanma gayesiyle her türlü davaların vekil tarafından kabul edilip yürütülmesi caiz değildir. Nitekim bu hususun birçok dönemde sosyal yaraya dönüştüğü gözlemlenmektedir.³¹ Bazı âlimler “*sah-tekârlara avukatlık yapma*”³² ayetinden hareketle, bâtil davaların vekiller tarafından yürütülmesinin meşru olmadığını belirtirler. Atar’a göre, vekilin meşru ölçüler içerisinde haksız tarafı hukuktaki bilgisizliği ile tamamen baş başa bırakmaması ve haklarını kolayca ortaya çıkarmak amacıyla faaliyet göstermesi caizdir.³³

Bizce bu cevazın, vekilin savunduğu tarafın haksızlığını bilmekle beraber ona yapacağı yardımın esasa ilişkin olmaması ve sadece usûle

²⁸ Atar, Fahrettin, *İslâm Adliye Teşkilatı*, Diyanet İşleri Başkanlığı yayınları, Ankara 1991, s. 131.

²⁹ Serahsî, *Mebsûd*, c. XIX, s. 9.

³⁰ Kâsânî, *Bedâi*, c. VI, s. 21; Merğînânî, *el-Hidâye*, c. II, s. 120; Serahsi, *a.g.e.*, c. XIX, s. 9; Hz. Ali bizzat mahkemelerde dava takip etmeyi sevmediği için kendi davalarını takip etmek üzere kardeşi Âkil b. Ebî Talip’i vekil tayin etmişti ve davalarını onun aracılığıyla takip ederdi. O ihtiyarlayınca kardeşi oğlu Abdullah b. Cafer’i vekil tayin etti. Bkz. Atar, *a.g.e.*, s. 133.

³¹ Atar, “Avukat”, *DİA*, c. IV, s. 167.

³² en-Nisâ 4/105.

³³ Bkz. Atar, *a.g.e.*, s. 135.

dönük olması gerekir. Bu da daha çok yargılama esnasında müvekkilinin haklarını korumak ve manevî kişiliğini çiğnetmemek olmalıdır. Serahsî bu hususa dikkat çekerek yukarıda zikrettiğimiz söz konusu hadisle ilgili şu açıklamayı yapmaktadır: Hz Peygamber'e arz edilen bir davada taraflardan biri yargılama usûlüyle ilgili kuralları iyi bilmesine karşılık, diğer tarafın bu hususta hiç bilgisi yoktu. Yargılama usûl ve esaslarını iyi bilen -haksız olduğu halde- savunmasını iyi yaptı ve davayı kazandı. Yargılama usûlü ve esasları hakkında bilgisi olmayan taraf davasını savunamadığı için haklı olduğu halde davayı kaybetmişti. Bu esnada Hz. Peygamber "*Kim yalan deliller ileri sürerek davayı kazanır ve kardeşinin hakkını alırsa cehennemden bir ateş parçası almış olur.*" dedi. Bunun üzerine haksız olduğu halde davasını iyi savunarak kazanan taraf gerçeği itiraf etti ve aldığı hak sahibine geri teslim etti.³⁴

Netice itibariyle davacı haksız bir şeyi dava edemeyeceği gibi suçlu olan bir davalının da suçunun örtbas edilecek derecede savunulması haramdır. Nitekim şu ayet-i kerîmede buna işaret vardır: "*Allah'a karşı verdikleri sözü ve yeminlerini az bir bedelle değiştirenlere gelince, işte bunların ahirette bir payı yoktur. Kıyamet günü Allah onlarla konuşmayacak, onlara bakmayacak ve onları temize çıkarmayacaktır. Onlar için acı bir azap vardır.*"³⁵ Bu nedenle savunmanın da sınırlarının belirlenmesi gerekir. Zira savunma hakkı, sınırsız bir hak değildir. Dolayısıyla bu, suça vesile kılınamaz. Kimsenin suç işlemek şeklinde bir hakkı yoktur. Savunma hakkının olması hiç kimseye suç işleme hakkı vermez. Bu husus günümüzde "*adli muâfiyet*"³⁶ olarak isimlendirilmektedir. Buna göre herhangi birisi "hak arıyorum" diyerek kanunun suç saydığı bir fiili işleme hakkına sahip değildir. Bu husus asırlar önce İslâm hukukunda daha özlü ve kesin bir biçimde şöyle ifade edilmektedir: "*Zarar vermek yasak olduğu gibi zarara, zararlar karşılık vermek de yasaktır.*"³⁷ Nitekim savunma adına gerçeğin manîpüle edilmesini İslâm dini şiddetle kınamıştır. Bu hususta yüce Allah şöyle buyurmaktadır: "*Allah'ın sana gösterdiği şekilde insanlar arasında hükmedesin diye sana Kitab'ı hak ile indirdik; hainlerden taraf olma!*

³⁴ Serahsî, a.g.e, c. XVI, s. 86; Atar, a.g.e, s. 134.

³⁵ Al-i İmrân, 3/77.

³⁶ Bkz. Hafızoğulları, Zeki, "Genel Çizgileriyle Savunma Hakkı", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 51, Sayı: 1, Ankara 1994, s. 26. Adl-i muafiyete anayasamızda da atıfta bulunulmuş olup bireylerin hakkını ancak meşru vasıta ve yollardan faydalanaarak kullanabileceği ima edilmiştir (md. 74).

³⁷ *Mecelle*, md. 19.

...Kendilerine hıyanet edenleri savunma; çünkü Allah hainliği meslek edinmiş günahkârları sevmeyiz. İnsanlardan gizler de Allah'tan gizlemezler. Hâlbuki geceleyin, O'nun razı olmadığı sözü düzüp kurarken O, onlarla beraber idi. Allah yaptıklarını kuşatıcıdır (O'nun ilminden hiçbir şeyi gizleyemezler). Haydi, siz dünya hayatında onlara taraf çıkıp savundunuz, ya kıyamet günü Allah'a karşı onları kim savunacak yahut onlara kim vekil olacak? Kim bir kötülük yapar yahut nefesine zulmeder de sonra Allah'tan mağfiret dilerse, Allah'ı çok yargılayıcı ve esirgeyici bulacaktır. Kim bir günah kazanırsa onu ancak kendi aleyhine kazanmış olur. Allah her şeyi bilicidir, büyük hikmet sahibidir. Kim kasıtlı veya kasıtsız bir günah kazanır da sonra onu bir suçsuzun üzerine atarsa, muhakkak ki, büyük bir iftira ve apaçık bir günah yüklenmiş olur. Allah'ın sana lütfu ve esirgemesi olmasaydı, onlardan bir grup seni saptırmaya yeltenmişti. Onlar yalnızca kendilerini saptırırlar, sana hiçbir zarar veremezler. Allah sana Kitab'ı ve hikmeti indirmiş ve sana bilmediğini öğretmiştir. Allah'ın lütfu sana gerçekten büyük olmuştur.”³⁸

Netice itibariyle vekâletin meşru kabul edilmesinin sebebi kişilerin bu kuruma duydukları ihtiyacı gidermek ve gerçeğin ortaya çıkmasına yardımcı olmaktır. Haklı olmadığı halde kişiyi haklı çıkaran veya kişiye hakkından fazlasını kazandıran bir vekâlet uygulaması İslâm hukukunda meşru değildir. Nitekim Hz. Peygamber'in “Ben de sizin gibi bir insanım. Siz davalarmızın halli için bana geliyorsunuz. Bazılarımızın hüccet yönüyle, diğer bazısından daha ikna edici olması, böylece benim, işittiğime dayanarak onun lehine hükmetmem mümkündür. Kimin lehine, kardeşinin hakkından bir şey hükmetmişsem (bilsin ki) onun için cehennemden bir ateş parçası kesmiş oluyorum”³⁹ şeklindeki hadisinde yer alan uyarı sadece davacı ve davalıyı değil, onların vekillerini de ilgilendirmektedir. Bu bakımdan haksız bir

³⁸ en-Nisâ, 4/105-112. Bu ayetlerin, ibret verici bir geliş sebebi vardır. Medine'de meskun, Benî Zafer kabilesinden Tu'me isimli bir kişi, komşusunun zırhını çalmış, bir un dağarcığına saklayarak getirmiş, bir Yahudinin evine gizlemişti, Hâlbuki dağarcık delikti ve bu delikten akan unlar, zırhın önce Tu'me'nin evine kadar geldiğini, sonra da Yahudinin evine gittiğini gösteriyordu. Tu'me'yi sıkıştırdılar, Müslüman olmasına rağmen çalmadığına yemin etti. Yahudiyi sorguya çektiler. O da, “Bunu bana Tu'me verdi.” dedi ve bazı Yahudiler buna şahitlik ettiler. Hz. Peygamber de bu durum ve Tu'me'nin yemini karşısında düşündü, arkasından yukarıda meallerini okuduğumuz ayetler indi. Bkz. Kurtubî, a.g.e., c.VI, s. 375-380; Yazır, a.g.e., c. III, s. 1358.

³⁹ Buhârî, Şehadet 27, Mezâlim 16, Hiyel 9, Ahkâm 20, 29, 31; Müslim, Akdiye 5; Muvatta, Akdiye 1; Ebû Davûd, Akdiye 7; Tirmizî, Ahkâm 11; Nesâî, Kudat 13.

davayı esastan savunmak haram olduğu gibi, bu amaçla avukat tutmak da caiz değildir.⁴⁰

aa. Susma hakkı

Günümüz yargılama hukukunda susma hakkının iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan biri kişinin yetkili makamlar önünde kendini suçlayıcı açıklamalarda bulunmaya veya aleyhine delil vermeye zorlanmaması, diğeri de susmanın aleyhe delil olarak değerlendirilememesidir.⁴¹ Şüpheli veya sanığın kendine isnat edilen fiil veya sorulan bazı sorular hakkında soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kısmen veya tamamen susma hakkı vardır.⁴² İslâm Muhakeme hukuku açısından baktığımızda zaten beraet-i zimmet ilkesi gereği sanığın susma hakkı olup onun susması aleyhine bir sonuç doğuramaz. Bilindiği üzere İslâm hukukçuları nezdinde hâkim kanaate göre zor altında yapılan bir ikrarı geçersizdir.

bb. Tercümandan Yararlanma Hakkı

Çağdaş hukukta duruşmada kullanılan dili anlamayan sanık bir tercümanın yardımından ücretsiz yararlanma hakkına sahiptir.⁴³ İslâm Hukukuna dair klasik fıkıh kaynaklarına bakıldığında bu hakkın çok erken dönemlerde mevcut olduğu görülür zira tercümanlar yardımcı mahkeme görevlileri içerisinde yer almaktadır. Hatta Hz. Peygamber Zeyd b. Sabit'e İbranice öğrenmesini emrederek onu mahkemede tercüman tayin etmiştir.⁴⁴

dd. Suçta ve Cezada Kanûnîlik İlkesinden Yararlanma Hakkı

Bu ilkeye göre bir kimse hukukta suç olarak tanımlanmayan ve cezası kanunlarda belirlenmemiş bir fiilden dolayı mahkûm edilemez. (AİHS m.7; İHEB m.11/2; Any.m.38/1 TCK m.2) İslâm Hukukunda had cezasını gerektiren suçların ve kısasın Ku'rân'da yer almış olması ve buna ilişkin cezaların açık bir şekilde belirtilmiş olması suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle ilgilidir. Özellikle kısas cezasında eşitlik ve denkliğin gözetilmesi, suç ve ceza arasındaki orantıyı ifade etmektedir. Bu ise hukuktaki " *suç ve ceza arasında âdil nispet*" ilkesinin bir tezahürüdür. Buna

⁴⁰ Atar, "Avukat", *DİA*, c. IV, s. 167.

⁴¹ Centel-Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 143.

⁴² Any.m.38/5;CMK M147/1-e.

⁴³ AİHS M. 6/3c; CMK m.202.

⁴⁴ Daha fazla bilgi için bkz. Fahrettin Atar, *Adliye Teşkilatı*, Ankara 1991 s. 149.

göre işlediği suça karşılık sanığın ona orantılı bir sonuç talep etmesi -ki Kur'ân kıst/ölçü terimiyle bunu emretmekte-⁴⁵ âdil yargılanmanın kendine tanıdığı temel haklardan sayılmalıdır.

e. İşkence ve Onur Kırıcı Muamelelere Tâbi Olmama Hakkı

İslâm inancında insan onurlu bir varlık olarak yaratılmış⁴⁶ onun can, mal, şeref ve haysiyetine dönük haklarının ihlali zulüm olarak değerlendirilmiştir.⁴⁷ Bu bağlamda işkence hür, köle, hükümlü, esir ve sanık gibi konumu ne olursa olsun hiçbir ayırım yapılmaksızın bütün insanlar için mutlak olarak yasaklanmıştır.⁴⁸ Günümüzde Anayasa ve uluslararası sözleşmelerde de işkence ve onur kırıcı ceza ve muamele yasaklanmıştır. Buna göre "Hiçbir kimse işkenceye, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ve cezaya tabi tutulamaz."⁴⁹

f. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

"Geç tecelli eden adalet adalet değildir sözü" gereği yargılamanın makul sürede gerçekleşmesi gerekir. Yargılamanın gecikmesinin doğuracağı neticeler tarafları yakından ilgilendirir. Geç tecellî eden adalet, hakların yok olmasına ve tarafların mağduriyetine neden olabileceği için zulümden başka bir şey değildir. Nitekim Hz. Peygamber bir hakkın tesliminin geciktirilip savsaklanmasını zulüm olarak değerlendirmiştir.⁵⁰ Bu bağlamda yargılamanın mâkul bir süre içinde sonuçlanması sanığın en temel haklarından. Günümüz hukukunda da bu hak teminat altına alınmıştır. Buna göre sanığın makul süre içinde yargılanmayı isteme hakkı vardır.⁵¹ Makul sürede yargılanma hakkı sadece kovuşturma evresi için değil muhakemenin her aşaması için geçerlidir. Bu nedenle bu hakkı "makul sürede muhakeme edilme hakkı" diye ifade etmek daha doğru olur.⁵² Günümüzde bu hakka tamamen riayet edildiği söylenemez nitekim (siyasî yönü olan) bir kısım davaların yargılama süreçlerinin yılları

⁴⁵ Bkz. el-Mâide 5/8, 42.

⁴⁶ Bkz. el-İsrâ 17/70.

⁴⁷ Ahmed b. Hanbel V, 72.

⁴⁸ Buhârî, Mezalim 30, Zebâih 25, Megazî, 36; Ebû Dâvûd, Cihad, 110; İbn Mâce, Zebâih, 10.

⁴⁹ AİHS m.3; benzer ifadeler için bkz İHEB m. 5; İKBMS m. 1; Any. m.17/3.

⁵⁰ Bkz. Buhârî, İstikrâz,12; Ebû Dâvûd, Buyû;10; Nesâî, Buyû, 100.

⁵¹ AİHS m.6/1; Any.m19/6141/4; CMK m.190.

⁵² Centel-Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 140.

alarak çok uzamış olması toplumda adalete duyulan güveni sarsar hale gelmiştir. Ayrıca uzun tutukluluk süreleri sadece sanığı değil aileleri de mağdur etmektedir. Bilindiği üzere âdil yargılanma sanığın uzun süre suçluluk şüphesi altında tutulmamasını gerektirir. Uzayan yargılama sürecinin ve belirsizliğin sanık üzerindeki oluşturacağı stresin ona bir ceza olduğu unutulmamalıdır.

İslâm muhakeme hukukunda hükmün sebebi ve şartları tahakkuk ettikten sonra hâkimin hüküm vermeyi tehir etmesi caiz değildir⁵³ Bu durumda duruşmanın neticesine göre hüküm vermesi hâkimin üzerine vâciptir. Geçerli mazeret olmadan sebepsiz yere hâkimin hükmü geciktirmesi günahdır ve görevden alınmasını gerektirir. Zira adaleti yerine getirmemek zulümdür.⁵⁴ Makul sürenin iki yönü vardır. Şüpheli, sanık açısından “makul sürede muhakeme edilme hakkından” adli makamlar açısından ise makul sürede muhakeme yapma görevinden” söz etmek gerekir.

Osmanlı Anayasası Kanûn-ı Esâsî’de de yargılamanın gereksiz yere uzamamasına şu ifadelerle temas edilir: Madde 84 “*Bir mahkeme, vazîfesi dâhilinde olan dâvânın her ne vesile ile olursa olsun rü’yetinden imtinâ edemez ve bir kere ru’yetine veyahut rü’yeti için iktizâ eden tahkikat-ı evveliyeye başlandıktan sonra tatil veya ta’viki dahi caiz olamaz*”⁵⁵ Diğer taraftan hâkim duruşmada ispat, delil ve savunmalarla ilgili incelemeleri yaparken bile işi sürüncemeye bırakmamalıdır.⁵⁶

Yargılamanın gecikmemesi için gerekli tedbirler de alınmaktaydı. Bu meyanda kadılar ihtiyaç duyduklarında müftülerden fetvâ isteyebileceklerdi.⁵⁷ Çünkü her olayın hükmü, fıkıh kitaplarında yazılı değildir. Bazı olaylar da daha fazla incelemeyi gerektirir, bu noktada hâkimin müftüden görüş alması zaman kazandırmaktaydı. Bu hususla ilgili örnekler şer’iyye sicillerinde pek sık rastlanır. Vatandaş aldığı fetvâ mücebince hüküm istemiş, hâkim de genelde buna göre hükmetmiştir. Bu

⁵³ *Mecelle*, madde, 1828: Bilindiği üzere Hz. Peygamber birçok dâvâda tek celsede hüküm vermiştir. Hz. Ömer de Ebû Mûsâ el-Eşârî’ye gönderdiği mektupta hükmün geciktirilmemesini istemiştir.

⁵⁴ Bayındır, *a.g.e.*, 129.

⁵⁵ Osmanlı uygulamalarında da buna riâyet edilmiş olup birçok dâvânın bir günde neticelendiğine dair kayıtlar mevcuttur. Bkz. Bayındır, *a.g.e.*, 129.

⁵⁶ *Mecelle* m. 1813.

⁵⁷ *Mecelle* m. 1811.

durum zaman israfını önlüyor ve yargılamanın daha kısa sürede neticelenmesini sağlıyordu. Osmanlılarda adaletin hızlı tecelli etmesi için alınan tedbirlerden biri de tarafların sulh edilmeleridir. Dâvâdan önce hâkim, tarafları sulha zorlayabilir ⁵⁸ Meşihat-ı İslâmiyye'de kurulu *Fetvâhâne-i Âli*, şer'î mahkemelerden verilip tedkik edilmek üzere gelen işlerden pek karışık ve anlaşılmaayanları; "*hâdisenin sulhan tesviyesi icâb-ı hal ve maslahattandır*" diye mahalline iâde eder ve ilgililer ekseriyetle fetvâhânedenden sulh emrolunmuş diye sulh olurlardı.⁵⁹

Hâkim şu üç gerekçe ile hükmünü geciktirebilir.

1- Tâdil ve tezkiiyeden sonra bir sebebe binaen hâkim şâhidlerin yalan söylediklerinden şüphe ederse, şâhidlerle ilgili yeni bir soruşturma yaptırır ve sonuçlanıncaya kadar hükmü geciktirir.

2- Hâkim tarafları sulha davet eder ve bundan netice alıncaya kadar hükmünü geciktirir.

3- Hüküm vermekte zorlandığında, oturduğu şehirdeki âlime sorması yanında başka şehirdeki âlimlere de sorup görüş istemişse cevap alıncaya kadar hükmünü geciktirir.⁶⁰

Günümüzde herkesin dâvâsının makul bir sürede hükme bağlanmasını isteyebileceği, uluslararası bir hak olarak kabul edilmiş⁶¹ olsa da ancak pratikte böyle olmamaktadır. Ülkenin büyüyüp nüfusun artması ile adaletin işlemesi yavaşlamıştır. Buna tarafların, avukatların, savcılarının ve hâkimlerin de beşerî olumsuz tesirlerini ekleyince yapılacak reformun âciliyeti ortaya çıkacaktır. Nitekim meselenin vahametini, konuyla ilgili nakledilen hatıralardaki, şu satırlar daha net bir şekilde ortaya koymaktadır: Yıllanmış dosyaların çoğunda taraf vekilleri âdeta anlaşmış gibi biri birinci oturumda, diğeri ikinci oturumda mazeret dilekçesi göndermek sûretiyle duruşmaların senelerce ertelenmesini sağlamaktadırlar.⁶²

2. MAHKÛMUN HAKLARI

Suç işleyip âdil yargılama neticesi mahkûmiyet kararı alan ve hakkındaki bu hüküm onanan kimseye mahkûm ya da hükümlü denir. Gü-

⁵⁸ Serahsî, *Mebud*, c. XVI, s. 61.

⁵⁹ Berkî, *a.g.e.*, s. 32.

⁶⁰ Ali Haydar, *a.g.e.*, c. IV, s. 770-771.

⁶¹ İHAS 6/1.

⁶² Kunter, *a.g.e.*, s. 32-33.

nümüzde adlî para cezası da olmakla beraber mahkûm denildiğinde genellikle hapis cezasına çarptırılmış kişi anlaşılmaktadır. Hapis cezası da işlenen suçun türü niteliği ne olursa olsun genel ve yegane bir ceza şekli olarak kabul edilmektedir. Yegâne ceza normu olarak kabul edilen hapis cezasının olumlu ve olumsuz yönlerinin tartışmasını hukuk felsefecilerine bırakmak istiyoruz. Bununla beraber bazı hususları da ifade etmeden geçemeyeceğiz. Hıristiyanlıkta insanın günahkâr doğması inancı gereği suçlunun hapsedilmesi hem diğer insanların korunmasına yardım edecek hem de manastıra kapanmanın rahipleri manen yücelttiği gibi hapis de arınmayı sağlayacağı düşünülür. Bu itibarla etkin bir cezalandırma yöntemi kabul edilen hapis XIX ve XX yüzyıllarda bütün suç nevi-leri için genel bir cezaya dönüşmüştür. Teoride hapsin suçluyu ıslah edeceği ve caydırıcı olacağı düşünülüp toplumu koruyacağı ön görülse de uygulamada beklenen sonucu vermemektedir. Hapsin hazineye yük getirmesi iş gücü kaybına neden olması, mahpusun sorumluluk duygusunu köreltmesi, cezanın şahsiliği aşım mahkûmun yakın çevresinin de zarar görmesine yol açması, mahpusu ıslah yerine onu suça hazırlayan okula dönüşmesi gibi bir dizi sorunlara yol açtığı bilinmektedir.⁶³

İslâm Hukuku açısından bakıldığında tarihî süreç içerisinde hapis cezasının bedenî cezalar kadar olmasa da eski medeniyetlere kadar uzanan bir geçmişinin olduğu bilinmektedir. Hapsin ilk dönemlerde suçluyu cezalandırmaktan çok cezası belirleninceye kadar tutulması amacını taşıdığı ve bunun yerleşik hayatın ve devlet nizamının hâkim olduğu dönem ve bölgelerde yaygın şekilde uygulandığı bilinmektedir. Bu bağlamda Kur'ân'da Hz. Yûsuf ve Hz. Mûsâ dönemlerindeki Mısır'dan bahsedilirken hapis cezası uygulamasından söz edilir.⁶⁴ Kur'ân'da bazı fiiller suç olarak belirlenmiş ve bunların bir kısmı için had kapsamında belli cezalar öngörülmele birlikte hapis cezasından bir cezalandırma şekli olarak bahsedilmemiştir. Eşkîyalık ve yol kesme (hadd-i hirâbe) suçunu işleyenlere uygulanması ön görülen dört çeşit cezadan en hafifi suçlunun sürgün edilmesidir.⁶⁵ Fakihlerin büyük çoğunluğu sürgün cezasından maksadın suçlunun toplumdan tecrit edilmesi olduğunu bu nedenle ayetin geniş mânâda hapis cezasını da içerdiğini ifade eder. Bu yorumun hulefâ-yi Râşidîn döneminin ortalarından itibaren sürgün cezasından,

⁶³ Ali Bardakoğlu, "Hapis" md. *DİA*, c. XVI. s. 63.

⁶⁴ Bkz. Yûsuf 12/25, 32, 33, 35, 36, 39, 41, 42, 100; eş-Şuarâ 26/29.

⁶⁵ Bkz. el-Mâide 5/33.

hapis cezasına doğru bir evirilmeye neden olduğu belirtilir.⁶⁶ Zira Hz. Ömer'in Mekke'de Safvan b. Ümeyye'nin evini hapisane olarak satın alması,⁶⁷ Hz. Ali'nin Kûfe'de önce Nâfi' sonra da Muhayyis ismiyle bir hapisane inşa etmiş olması⁶⁸ bunu teyit eder niteliktedir.

Kur'ân'da fuhuş yapan kadınların ölünceye kadar evde tutulmasını emreden ayetin⁶⁹ zina edenlere celdeyi emreden ayetle⁷⁰ neshedildiği tartışması bir yana, hürriyeti bağlayıcı cezaların günümüzdeki özel bir infaz şekli olan hükümlünün ikamet ettiği yerde cezanın infazı yani ev hapsi şeklinde yorumlanmaktadır.⁷¹ Kanaatimizce bu tutum daha ziyade islah amaçlı olup suçlunun yakınları tarafından kontrol altında tutulmasını hedefler. İslâm hukuku tarihî seyri içerisinde hapis uygulaması başlangıçta daha çok yargılama evresinde ihtiyati tedbir amacını taşırken (biz burada konunun dağılmaması niçin icra-iflas hukukundaki ihtiyati tedbiri kastetmiyoruz) sonraları alternatif cezaî bir müeyyide olarak ta'zir cezaları içerisinde yer almıştır. Bu cezaya uygulamada daha çok devlete karşı işlenen suçlarda yaygın bir şekilde başvurulduğu da bilinen bir gerçektir. Emeviler döneminde hapis cezasına dair yaygın uygulamanın altında bu sebep yatabilir. Burada Osmanlılar dönemi ile ilgili bir gerçeği dile getirmek isterim ki o da hapis cezası kanunnamelerde ceza türleri arasında zikredilse de uygulamaya dair şer'îyye sicilleri dikkate alındığında hapis cezasının para cezası, kürek cezası vs. cezalar gibi öne çıkmadığı görülür.

İslâm hukukunda cezaların toplum için ibret vesilesi üçüncü şahıslar için caydırıcı olmasının (ibreten li'l-âlemin dersen li's-sâirîn) yanı sıra suçluyu ıslah etmesi önem taşıdığından doktrinde ve uygulamada mahpusun iyi halinin(tövbe) görülmesi üzerine serbest bırakılması şartı bağlanarak hapsedilmesi de söz konusu olmuştur.⁷² Burada tövbeden maksadın suçlunun iç dünyasında kalan bir pişmanlık duygusundan öte dışa yansıyan davranışlarda belirgin bir iyileşmenin ve düzelmenin olması

⁶⁶ Ali Bardakoğlu, "Hapis" md. *DİA*, c. XVI. s. 54-55.

⁶⁷ Buhârî, *Husûmât*, 8; Abdulhayy el-Kettânî, c. II, s. 57.

⁶⁸ el-Kettânî, c. II, s. 55.

⁶⁹ en-Nisâ 4/15.

⁷⁰ en-Nûr 24/2.

⁷¹ Bardakoğlu, "Hapis" md. *DİA*, c. XVI. s. 55. Müfessirlerin ilgili ayeti yorumlarıyla ilgili bkz. Zemahşerî, c. I, s. 511; Râzî, c. IX, s. 233.

⁷² Bardakoğlu, "Hapis" md. *DİA*, c. XVI, s. 60.

gerekliliğidir.⁷³ Bu durumun günümüzdeki şartlı tahliye anlayışı ile birebir örtüştüğünü söyleyebiliriz. Sahte para basma, bid'at propagandası livata fiili ve fitratı bozucu cinsel sapkınlıklar gibi genel ahlâkı ihlal eden suçlar müstesna İslâm hukukçuları müebbet hapse mesafeli durmuşlardır.⁷⁴ Yukarıdaki suçlar için müebbet haptisten söz edilse de bunu suçlunun iyi halini gösterir bir tövbe ile kayıtlamak gerekir⁷⁵ zira ta'zir cezalarında asıl olan suçlunun ıslahıdır.

İnfaz hukuku ve bu bağlamda mahkûmun haklarını korumaya yönelik gerek tarih kitapları ve gerekse fıkıh eserlerinde ayrıntılı bilgiler verilmekle beraber bunlar geniş coğrafyaya dağılmış İslâm toplumlarının kendi farklı uygulamalarını yansıtmaktadır. Bu konuda genellemeye gitmek doğru olmasa da konuyla ilgili oluşan ortak esasları şu şekilde sıralayabiliriz.

a. Mahkûmların Sınıflandırılması

Hüküm giymiş mahpusların cinsiyetleri, özel durumları ve işledikleri suç türlerine göre sınıflandırılması ve infaza tabi tutulması⁷⁶ olması gerekenin yanında mahkûmlar için bir hak olduğunu düşünüyoruz. Söz gelimi günümüzde trafik kazası gibi taksirli bir suçtan yatan bir kimse- nin, uyuşturucu, cinsel ta'ciz ya da yüz kızartıcı bir suçtan hükümlü mahpuslarla birlikte kalması ona yapılan bir haksızlık olsa gerek. Tarihî süreç içerisinde ilk dönemlerden itibaren bu ayrıma özen gösterilmiştir. Nitekim Ömer b. Abdülaziz'in valilere gönderdiği, mahkûmların kadın ve erkek ayrı ayrı mekânlarda hapsedilmesini; borç alacak davasından hükümlü kimselerle yüz kızartıcı suç işleyenlerin bir arada tutulmamasına dair talimatı içeren mektubu⁷⁷ infaz politikası açısından önemlidir.

b. Haberleşme Dış Dünya ile İletişim Kurma ve Ziyaretçi Kabul Etme Hakkı

Hapis uygulamasında temel amaç onun insanî temel hak ve hürriyetlerine dokunmadan onun dış dünya ve sosyal çevre ile (günümüzde radyo televizyon gibi iletişim araçlarından faydalanma ve haber alma

⁷³ Bkz. İbn Âbidîn, c. IV, s. 76.

⁷⁴ Bardakoğlu, "Hapis" md. *DİA*, c. XVI, s. 60-61.

⁷⁵ İbnü'l-Hümmam, c. V, s. 43; İbn Âbidîn, c. IV, s. 67.

⁷⁶ Serahsî, *el-Mebsud*, c.XX, s.90; İbn Âbidîn c. V, s. 379.

⁷⁷ İbn Sa'd, c. V, s. 356.

özgürlüğü hariç) ilişkisini kısıtlamadır. Bundan dolayı özel bir gerekçe olmadıkça âlimler nezdindeki genel eğilime göre hükümlün hücreye kapatılması olumlu karşılanmaz. Özel sebebin takdiri yargı kararına bırakılmış olmak kaydıyla cinsi sapıklar, mürtet ve zındıkların buna örnek gösterilmesi⁷⁸ kanaatimizce bu kimselerin etrafını olumsuz yönde etkileyebileceği endişesine matuftur. Ayrıca borcunu ödememede ısrarcı olan zengin kimsenin de bu istisnai kapsamda tutulması yaptırım sadedinde son çare olarak düşünülmüş olsa gerek. Mahpusların ziyaretçi kabul etmeleri ve yakınlarıyla görüşmelerinin fakihler arasında genelde olumlu karşılanır.⁷⁹ Günümüzde mektup, faks, telefon ve telgraf alma ve gönderme hakkı da denetim altında olmak kaydıyla bu muvacehede hükümlünün hakları arasında değerlendirilmelidir.

c. Barınma Giyim Beslenme ve Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı

Mahkûmlara yeterli düzeyde giyinme barınma ve sağlık hizmetlerinden faydalanmaları konusunda İslâm hukukçuları arasında bir görüş ayrılığı yoktur. İslâm hukuk tarihî süreci içerisinde mahkûmların haklarının teminat altına alınması ve şartlarının iyileştirilmesi birçok teşebbüsler olmuştur Nitekim bağlamında Ömer b. Abdülaziz'in hapishanelerin fiziki şartlarının düzeltilmesi ve ıslahına yönelik iyileştirmeleri ve yine aynı doğrultuda Ebû Yûsuf'un Harun Reşid'e hitaben yazdığı mektubu bu teşebbüsler kabilinden zikredilebilir.⁸⁰

d. Keyfî Muamele ve İşkence Görmeme Hakkı

Hadislerde işkence edilmesi kesinlikle yasaklanırken⁸¹ fakihler de mahpusların yüze vurma boynuna halka geçirme yüzüstü yer yatırma bunların soğuk veya sıcakla, duman su veya ateşle eziyet etme çıplak bırakma gibi kendi dönemlerinde işkence türlerini bir bir sayarak bunların caiz olmadığını ve mahpusların hukukunu ihlali anlamına geldiğini belirtirler. Ayrıca mahpusun ibadetini yapmaktan engellenmesini, sövme veya hakarete maruz kalmasını saç veya sakalının kesilmesinin zararlı böcek, haşerat ve sevimsiz hayvanlarla birlikte yaşamaya mecbur edilme-

⁷⁸ Serahsî, *el-Mebsud*, c.XX, s.90; İbn Âbidîn c. V, s. 377.

⁷⁹ Bkz. Bardakoğlu, "Hapis" md. *DİA*, c. XVI, s. 62.

⁸⁰ Bkz. Makrizî, c. II, s. 187; Kettânî c. I, s. 295.

⁸¹ Buhârî, *Mezâlim* 30, *Zebâih* 25, *Megazî*, 36; Ebû Dâvûd, *Cihad*, 110; İbn Mâce, *Zebâih*, 10.

lerini hak ihlali olarak görmüşler ve işkence kapsamında değerlendirmişlerdir.⁸² Ebû Yûsuf halifeye hitaben yazdığı eserinde mahkeme kararı olmadan idarecilerin keyfî olarak mahpuslara dayak atmasının doğru olmadığını,⁸³ Serahsî de mahpusları ayakta bekletme, bağlama, zorla çalıştırma ve çıplak bırakma gibi işkence ihtiva eden fiillerin meşru olmadığını⁸⁴ ifade ederler. Günümüzde de işkence yasağı infaz kurumlarını da içine alacak şekilde genel bir ilke olarak kabul edilmiştir.⁸⁵

e. Eğitim Hakkı

İslâm'ın ilme verdiği önem düşünüldüğünde bunun mahpus için tartışmasız bir hak olduğu kabul edilecektir. İslâm hukukunda cezaların ferdi ıslah gibi bir amacının olduğu da dikkate alınınca eğitim ve irşat faaliyetlerinin bu amaçla örtüştüğü bir gerçektir. Nitekim günümüzde müftülük görevlileri veya "Din ve Ahlâk Bilgisi öğretmenleri" tarafından verilen ders ve konferanslara katılma hakkı söz konusu amacı gerçekleştirmeye dönüktür. Yine çağımızda hükümlünün psiko-sosyal yardım alma hakkını da bu çerçevede düşünülebiliriz. Günümüzde devam zorunluluğu olmayan eğitim kurumlarına kayıt yaptırılmaları bunun için sınavlara girebilmeleri, kütüphanede bulunan kitaplardan ve kurumun eğitim faaliyetlerinden yararlanması bu hak kapsamındadır. Ayrıca hükümlünün süreli ve süresiz yayınlardan yararlanma hakkı da vardır.⁸⁶

f. İbadet Hakkı

Mahpusun bireysel olarak eda edebileceği ibadetlerin kendisi için bir hak olduğu hususu izahtan varestedir. Bu konuda fakihler nezdinde bir görüş ayrılığı yoktur. Ancak cuma ve bayram namazı gibi cemaatle kılınan bir namazı eda amacıyla hapisane dışına çıkıp çıkamayacağı ise âlimler arasında tartışma konusudur. Başta Hanefiler olmak üzere âlimlerin büyük çoğunluğu bu amaçla mahpusun dışarı çıkamayacağı görüşündedirler. Onlara göre bu mahrumiyet mahpus için caydırıcı bir nevi ceza olacaktır. İbn Hazm, İbn Sirîn ve bazı Şâfiîler gerekli düzenleme yapılarak imkân olduğunda hükümlülerin ceza evinde Cuma ve bayram

⁸² Bkz. Bardakoğlu, "Hapis" md. DİA, c. XVI, s. 62.

⁸³ Ebû Yûsuf, *Kitabu'l-Harac*, s. 51.

⁸⁴ Serahsî, *el-Mebsud*, c. XX, s. 90.

⁸⁵ AİHS m.3; benzer ifadeler için bkz. İHEB m. 5; İKBMS m. 1; Any. m.17.

⁸⁶ Çetin Akkaya, *Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 26, 27.

namazını kılmalarının gerektiği bazı Şâfiî ve Hanbelîler ise mahpuslara bu namazları eda etmeleri için denetimli olarak dışarı çıkmalarına izin verilebileceği görüşündedir.⁸⁷ Hürriyetlerinin olmaması nedeniyle kölelerin Cuma ve bayram namazlarından muaf olmaları dikkate alındığında hürriyetleri kısıtlanmış mahkûmların da kıyasen bu namazlardan muaf olacakları açıktır. Bu itibarla biz konunun hükmi boyutunu değerlendirmek istemiyoruz. Ancak yukarıda geçtiği üzere, mahpusun bu namazları edadan mahrum etmenin onlar üzerinde baskı unsuru olarak kullanılabilmesine dönük bir gerekçeyi çok isabetli bulmuyoruz. Zira bu durumda onun dini duyarlılığının zayıflaması muhtemel hale gelecektir. Bundan dolayı hapis hane şartlarında hükümlünün ıslah ve terapiye daha çok ihtiyacı vardır. Bu açıdan bakıldığında ıslah amacına matuf hükümlünün irşad edilmesi bağlamında gerekli düzenlemeler yapılarak hapis hane içinde bu ibadetlerin yapılabilmesinin maslahata uygun olduğu kanaatindeyiz.

Günümüzde 5275 sayılı kanunun 72. maddesi gereği sadece ibadet etme hakkı değil aynı zamanda hükümlünün mensup bulunduğu dinin görevlilerince ziyaret edilmesi ve onlarla iletişim kurmasına güvenliği tehlikeye düşürmeme şartıyla izin verilmesi ön görülmüştür. Diğer taraftan günümüzde kabul edildiği üzere hükümlünün psiko-sosyal yardım alma hakkı da mevcuttur.⁸⁸ Bu konuda İslâmî eğitim almış din psikolojisi alanında uzman kimselerin istihdamının faydalı olacağını düşünüyoruz

g. Çalışma Hakkı

Başta Şâfiî ve Hanbelîler olmak üzere İslâm hukukçuların çoğunluğu, mahpusların bakmakla yükümlü olduğu kişilerin nafakalarını temin amacıyla ya da borcunu ödemek için çalışma hakkının bulunduğu ve bundan engellenmemesi gerektiği görüşündedirler. Mahkûma böyle bir imkânın verilmesinin hapsi ceza olmaktan çıkarıp hatta cazip hale getireceği gerekçesiyle bazı âlimler de buna karşı çıkmıştır. Bunun bir hak olması bir tarafa hükümlü kadın ise kocadan nafakasının düşeceği yok eğer hükümlü koca ise nafaka yükümlülüğünün devam edeceğine dair görüşün⁸⁹ de tartışmalı olduğunu düşünüyoruz Zira kocanın zengin olması bir yana bunun uygulanabilirliği güç gözükmektedir. Diğer taraftan hür-

⁸⁷ Bardakoğlu, "Hapis" md. DÍA, c. XVI, s. 62.

⁸⁸ Akkaya, *Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku*, s. 26, 27.

⁸⁹ Bkz. Bardakoğlu, "Hapis" md. DÍA, c. XVI, s. 62-63.

riyeti kısıtlanmış kocanın nafaka yükümlülüğü nimet-külfet dengesini gözetken ilke⁹⁰ açısından da isabetli değildir.

h. Eşyle Birlikte Olma/Mahrem Görüşme Hakkı

Hükümlünün evli olması halinde eşyle cinsel ilişkiye girme hakkı var mıdır? Bu konuda iki temel yaklaşım söz konusudur. Birinci görüşte olan Hanefî,⁹¹ Hanbelî⁹² ve bazı Şâfiî⁹³ âlimlerden oluşan cumhur fukahâyâ göre şartların müsait olması durumunda mahkûmun eşyle ilişkiye girmesine imkân verilmeli ve buna engel olunmamalıdır. Bu görüş sahipleri, bunu sapmaları önleyici bir tedbir olarak görür aksi hali de hem mahpusun hem de eşinin temel bir hakkının ihlali olarak değerlendirirler. İkinci görüş ise hükümlünün eşyle cinsel ilişki hakkı olamaz bu yasak kapsamındadır. Mâlikîlerin⁹⁴ ve bazı Şâfiîlerle, Hanefîlerin⁹⁵ görüşü bu istikamettedir. Onlar bu tür bir yasağı mahpusa sıkıntı verici, cezalandırıcı ve insanlara hakkını ödetme noktasında caydırıcı olması ekseninde değerlendirirler.⁹⁶ Bu görüş sahiplerine göre mahkûmun eşyle ilişkiye girmesi onun için bir nimet ve rahatlama olup bu durum onu cezalandırmaktan çıkarma anlamına gelir neticede hapsin caydırıcılığı ortadan kalkmış olur.

Birinci yaklaşımı benimseyen cumhurun, konuyla ilgili delili ve gerekçeleri şunlardır: Bilindiği üzere İslâm ceza hukukunda cezaların şahsiliği ilkesi esastır. Buna göre bir kimsenin işlediği suçun cezası bir başkasına taşıp tadiye edemez. Bu bağlamda hükümlünün eşyle cinsel ilişkiden mahrum edilmesi durumunda sadece hükümlü cezalandırılmış olmaz aynı zamanda eşi de cezalandırılmaktadır ki bu söz konusu ilkeye aykırıdır. Burada kadına boşanma hakkının verilmesiyle bunun çözülebileceğine dair bir itiraz söz konusu olursa, bu da çözüm için isabetli gözükmemektedir. Çünkü bu tutum da ailelerin dağılmasına neden olacaktır.

⁹⁰ Bkz. *Mecelle* md. 85, 87, 88.

⁹¹ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-Râik*, c. VI, s. 308; *el-Fetâva'l-Hindiyeye*, c. III, s. 418; el-Haskefi, *Hâşiyetü Dürri'l-Muhtâr*, c. V, s. 519.

⁹² İbn Müflih, *el-Furû*, c. IV, s. 225.

⁹³ Zekeriyya el-Ensârî, *Esne'l-Metâlib fi Şerhi Ravdî't-Tâlib*, c. IV, s. 306.

⁹⁴ Düsûkî, *Hâşiyetü'd-düsûkî alâ Şerhi'l-Kebîr*, c. XIII, s. 185.

⁹⁵ *el-Fetâva'l-Bezzâziye*, c. V, s. 225.

⁹⁶ Bkz. Bardakoğlu, "Hapis" md. *DİA*, c. XVI, s. 62.

Diğer taraftan cimâ'/cinsel ilişki dinin kocaya tanıdığı hanımı üzerindeki bir hakkı mı yoksa ona karşı bir görevi midir? Hz. Peygamber'in kocasının yatağa çağırıp da reddeden kadına meleklere lanet edeceğine dair hadisten⁹⁷ hareketle bütün âlimler bunun bir hak olduğunda ittifak etmiş; diğer taraftan Hz. Peygamber'in" hanımını ihmal edecek derecede kendini ibadete veren Abdullah b. Amr b. el-As'ı uyarması ve ona karısının da onun üzerinde hakkı olduğunu bildiren hadisi⁹⁸ delil olarak da âlimlerin cumhuru, cimâ'ın kocanın karısına karşı bir görevi olduğu sonucuna ulaşmışlardır. Diğer taraftan bunun kadının kocası üzerindeki bir hakkı mıdır? Ya da bu kocanın görevi ise bunun ihmal edilmesi durumunda koca günah işler mi? Buna cevaben Şâfiîlere atfedilen bir görüşe göre cimâ kocanın karısına karşı bir görevi değil hakkıdır, hakkı olduğuna göre ister bu hakkı yerine getirir ister getirmez. Bu ev kiralayan kimsenin durumu gibidir, kiracı ister orda oturur ister oturmaz. Kadının cimâ'ı talep gibi bir hakkı yoktur, koca bu hakkı kullanmamaktan dolayı bir günah işlemez.⁹⁹

Hemen belirtmek isterim ki bu görüş, bazı fikhî hükümlerin erkek hegemonyasını yansıttığına dair eleştirilere malzeme teşkil edebilecek tipik bir örnektir. Şâfiîlerin bu görüşünün atıfta bulunduğumuz hadislerle tamamen zıt olup evlilikte gözetilen hikmet ve gayeden de çok uzak olduğu kanaatindeyiz. Biz bu konuda kadın ve erkeğin hem görevi yerine getirmede hem de karşılıklı bu hakkın kullanımında birinin diğerine üstün olmayacağı şekilde eşit konumda¹⁰⁰ oldukları düşüncesindeyiz. Mehir karşılığında istimta' talebinde erkeğin öne çıkması¹⁰¹ ise kadının iffeti sembolize etmesi ve ona yüklenmek istenen saygınlıktan kaynaklanır. Neticede cinsel ilişki eşlerden birinin müstağni kalamayacağı fitrî bir ihtiyaçtır. İnsanların bu zaafını Yüce Allah da dikkate almış ve orucun farz kılındığı ilk zamanlarda geceleri cinsel ilişkiyi yasaklamışken aşıp atan bazılarının bu yasağa uymada sabırlı olamayışlarından dolayı helâl kılmuştur.¹⁰²

⁹⁷ Buhârî, Bed'ü'l-halk, 7; Ebû Dâvûd, Nikâh, 40; Tirmizî, Radâ, 10.

⁹⁸ Buhârî, Teheccüd, 20; Savm, 55; Nikâh, 89; Müslim, Sıyâm, 192; Nesâî, Sıyâm 76; Ahmed b. Hanbel II, 194, 198.

⁹⁹ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtac*, c. III, s. 332.

¹⁰⁰ Bkz. el-Bakara, 2/228.

¹⁰¹ en-Nisâ 4/24.

¹⁰² el-Bakara 2/187.

Nitekim bu gerçeğin farkında olan Hz. Ömer, kızı Hafsa'ya, "Bir kadın eşinden uzak kalmaya ne kadar dayanabilir" diye sorar. O da dört ya da altı ay deyince, Hz. Ömer "Askerlerden hiç birini bu süreden uzun tutmayacağım, demiştir. Farklı bir rivayette de başka kadınlara bu durumu sormuş ve katlanılabilecek azamî sürenin dört ay olduğu cevabını almıştır.¹⁰³ Süre ile ilgili tartışmaların detayı tebliğimizin sınırlarını aşacağından buna girmiyoruz. Bunun tamamen men edilmesi boşanma talebini fazlaştıracığı gibi cinsel sapsmalara da neden olabilir. Ayrıca mahrem görüşmeye izin verilmemesi kocalarının işlediği suçtan sorumlu olmayan kadınlar için psikolojik sorunlara neden olduğu da bilinmektedir.

Mâlikîlerin, mahrem görüşmenin sağlanmasının tutuklu üzerindeki caydırıcılığı azaltacağına dair kaygıları kısmen haklı olsa da hapis yatan kimsenin çocuklarından uzakta bulunması hürriyetinin sınırlanmış olması cezaî müeyyide olarak devam edecektir.

Neticede uygun şartların hazırlanarak mahkûmlara mahrem görüşme hakkının verilmesinin daha isabetli olduğu kanaatindeyiz. Aksi durumun eşleri de cezalandırmak olduğu, bu da üçüncü şahısların hukukunun ihlali anlamına geleceği açıktır. Bilindiği üzere Hz. Peygamber, bir kadına bebeğinin durumunu düşünerek hamilelik ve emzirme döneminde ceza uygulamayı bir süre ertelemiştir¹⁰⁴. Üçüncü şahısların hukukuna taalluk ettiği için bunun bir hak olduğunu düşünüyoruz.

Makâsîdü'-ş-şerîa bağlamında zaruriyyat olarak bilinen İslâm'ın gözettği beş temel esastan biri de aile/neslin korunması ve devamıdır bu açıdan bakıldığında mahrem görüşme mahkûm için ailenin korunması dönük temel bir hak olduğu kanaatindeyiz. Günümüz Türk infaz hukukunda cezaevleri yönetmeliği çerçevesinde eğer mahkûm iyi hal göstermişse ödüllendirme kabilinden eşiyile mahrem görüşmeye hak kazanabilmektedir. Neticede mahrem görüşme mahkûmun temel hakları arasında yer almamaktadır.

¹⁰³ İbn Kesîr, *Tefsîrü'l-Kurâni'l-Azîm*, c. I, s. 235-236; Suyûtî, *Târihi'l-Hulefâ*, s. 129. Söz konusu süre ile ilgili yorumlar için bkz. İbn Atıyye, *el-Muharrerü'l-Veciz*, c. I, s. 256.

¹⁰⁴ Müslim, *Hudûd*, 22, 23, 24.

Sonuç ve Değerlendirme

Kur'ân ve Sünnete göre sanık ve mahkûm haklarına dair bu araştırmamızda ulaştığımız kanaatleri şu şekilde özetleyebiliriz:

Kur'ân ve Sünnette adaleti emreden hükümler âdil yargılanmanın teminat altına alındığının temel referanslarıdır. Âdil yargılanma ilkesi bütün hakların esasını oluşturur. İslâm Hukukunda verilen hükümlerin şer'î ve âdilâne olması amaçlanır. Hâkimlerin hiçbir baskı ve tesir altında kalmadan hükmünü vermesi bu ilkenin bir gereği olduğu gibi; genelde her hak sahibinin özelde sanığın meşrû zeminde hakkını araması da bu esasın bir gereği olarak kabul edilmiştir.

Hz. Peygamber'in hüküm verirken zahirî delilleri esas aldığını belirtmesiyle, ispat vasıtalarının objektif kıstaslara bağlanması amaçlanmıştır. Bununla, bir taraftan hâkimi subjektif değerlendirmelere götürecek takdîrî yetkileri sınırlandırılırken; diğer taraftan tarafların hak haklarının korunması ve zapturapt altına alınması gözetilmiştir.

Diğer bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslâm Hukukunda da adalet ilkesi amaç bir ilkedir. Yani İslâm'ın amacı tevzî-i adalet (adalet dağıtmak) olup hak ve hürriyetlerin gerçek anlamda korunması, nihâî planda bu amacın (adaletin) gerçekleşmesine bağlıdır.

Âdil yargılanma esası gereği uygulamada, genellikle kadı'ların duruşmalarda zengin-fakir, güçlü-zayıf herkese eşit davranmada göstermiş oldukları hassasiyet, adalete olan güveni artırdığı gibi hakların korunmasında da önemli bir rol icra etmiştir.

Âdil yargılanma kapsamında aleniyet ilkesi gereği Özellikle Osmanlılarda hazırlık soruşturmalarının **ümenâ** denilen güvenilir kimselerin huzurunda yapılması, duruşmalarda **şühûdü'l-hâl** denilen udûl kimselerin bulunması, o dönemler için sanık haklarının korunması açısından önemli bir güvence teşkil eder. Bugün de yargılamanın alenî olarak yapılması, insan haklarının bir gereği olarak değerlendirilmektedir.

İslâm'da berâet-i asliye ilkesi suçsuzluk karinesine esas teşkil eder. Buna göre muhakeme Hukukunda, "berâet-i zimmet" asıldır tabiatıyla suçluluğu sabit oluncaya kadar zanlıya suçlu gözüyle bakılamaz, suçü kabul etmesi için ona işkence edilemez, yargısız infaz yapılamaz ve hiçbir sûrette onun hak ve hürriyetleri ihlal edilemez. Yine "şüpheden sanık

yararlanır kuralı" da bu esasa dayanır. Daha önceleri işlenen suçla ilgili kolektif sorumluluk cari iken İslâm'la cezaların şahsiliği ilkesi esas alınmıştır.

Bir kısım fiillerin Kur'ân ve sünnette suç olarak belirtilmesi ve bunlar için bazı cezaların öngörülmesi kimin neyden yargılanması noktasında suç ve cezada kanuniliğin temel alınmasını amaçlar. Bu esas sanığın hukukunun korunmasının yanında Kur'ân'da geçen "kıst" ile suç ve ceza arasında oluşabilecek orantısızlığı da önlemeye matuftur.

Bir hakkın veya imkânın yahut da hürriyet veya bir yetkinin kötüye kullanılmaması kaydıyla savunma hakkı dokunulmazdır. Bu hakkın yerine getirilmesi hilaf-ı hakikat bir davanın savunulmasına imkân vermeyeceği gibi gerçeğin ters-yüz edilmesine de temel teşkil edemez. Bu kayıtla sanığın usûl açısından haklarının korunması için vekil ya da avukat tutabilmesi, tercümandan yararlanması veya susma hakkını kullanması onun temel hakları içerisinde yer alır.

İslâm fıkında hüküm için gerekli sebep ve şartlar oluştuğundan sonra hâkimin, kararı geciktirmesi caiz görülmemektedir. Geç tecellî eden adalet hakların zâyî olmasına ve bir kısım mağduriyetlerine neden olacağından, yargılamanın makul süre içerisinde yapılması sanığın hukukunun korunmasında önemli bir esastır.

Mahkûmun öncelikle insan olması nedeniyle infaz sürecinde yeme, içme, giyinme, barınma ve sağlık hizmetlerinden faydalanma gibi haklarının korunması ve iyileştirme yönünde standardize edilmesi konusunda İslâm hukukçuları genelde görüş birliği içerisindeyler.

Kur'ân ve Sünnette yasak kılınan işkence sadece yargılamayı değil infaz sürecini kapsayan genel bir ilkedir. Bu nedenle mahkûma işkence hiçbir şekilde tecviz edilemez bu bağlamda onun tamamen tecrit edilerek hapsedilmesi doğru görülemez. Bu nedenle görüş ve ziyaretçi kabul etme ve belli sınırlar içerisinde dış dünya ile iletişim kurma onun temel hakları içerisinde yer alır.

İslâm fıkında cezanın temel amaçlarından biri de suçlunun ıslahı olduğundan bu amacı gerçekleştirmeye dönük eğitim hakkı ve çalışma hakkı mahkûmun temel hakları kapsamındadır. Dini ve inancı ne olursa olsun ibadet hakkı mahkûmun temel hakları içerisindeydir. Günümüzde Din görevlilerinden faydalanma hakkı ve psiko-sosyal yardım alma hakkının din eğitimi almış psikologlar kanalıyla daha da geliştirilmesinin

faydalı olacağını düşünüyoruz. Mahkûmun eşiyle mahrem görüşmesi günümüzde henüz temel bir hak kabul edilmeyip, ödüllendirilme kapsamında değerlendirilirken bunun asırlar önce fakihlerce mahkûm için temel bir hak olarak kabul edilmesi oldukça anlamlıdır.

Sözlerimi burada bitirmeden önce birkaç hususa değinmek isterim. Şu ana kadar hep haklardan bahsedildi sorumluluklardan bahsedilmedi. Oysa İslâmî öğretilerde sorumluluk esas olup hak ile sorumluluk arasında vazgeçilmez bir bağ ve denge söz konusudur, biri diğerine feda edilemez. Bu bağlamda sanık ve mahkûmun sadece hakları mı var sorumlulukları yok mu? Bu tek taraflı Batı söylemi adalet politikamıza da yansımıştır. Nitekim Türk Ceza Adalet Sistemi yegane cezalandırma aracı olarak kabul ettiği hapis cezasından beklenen caydırıcılığı görememiştir. Hapishaneler suçluyu rehabilite etme yerine suç işlemede daha profesyonel yetişmeye zemin hazırlayabilmektedir. Sonuçta hapsin caydırıcılığı tartışmalı hale gelmiştir.

Ceza ve tevkif evlerinin 2008 verilerine göre tutuklu ve mahkûm sayısı 90 binin üzerine çıkmıştır. Ceza adalet sistemimizdeki iyi hal, pişmanlık yasaları ve şartlı tahliye adları altında çıkan pek çok ceza indirim yöntemi, "cezada kesinlik" ilkesini zedelemiş ve belirsizliğe yol açmıştır. Bu durum toplumda oluşan şu genel algıya neden olmuştur: Suçlunun daha çok hakları var, alacaklı hakları diye bir kavram yok. Haklı ile haksız polise gitse haksızın hakları var, haklının hakları yok. Devlet affettim diyor af çıkarıyor. Olan yasalara uyup vatandaş olmanın gereklerini yerine getirenlere oluyor. Bunlar algı kalıplarını yansıtsa da önemlidir. İslâm'da zulmetmek de yok zulme uğramak da yok; zarar vermek yok zarara uğramak da yok. Bu bağlamda bir örnek vermek isterim: trafik kazalarında maktul tarafın iş gücü kaybı, dul kalan eşi vs. mağduriyetler öncelik arz ederken, neden alkol alıp aşırı hız yaparak kazaya neden olan suçlunun hakları için seferber olunur! Bu zihniyetin sorgulanması gerektiği kanaatindeyim.

MÜZAKERE

İsmail TAŞPINAR*

İnsan Hakları konusu günümüzde en çok tartışılan ve fikir üretilen bir konudur. Bu konu, özellikle Fransız Devrimi sonrası yani 18. Yüzyıldan itibaren Avrupa'nın ve daha sonra İslâm ülkelerinin gündemine gelmiş bir konudur. Bu durum, asıl itibariyle konunun modern bir konu olduğunu göstermektedir.

Ancak, makalenin Giriş kısmında da belirtildiği üzere, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nden çok önce, İslâm tarihinin başından itibaren **berâet-i zimmet** konusu bir ilke olarak benimsenmiştir.

Âdil yargılanma hususu İslâm öncesi dinlerin kaynaklarında da yer almaktadır. Özellikle hüküm verilirken adalete riayet edilmesi; ayrıca, sanıkların kendilerini savunmasında onları haksız yere mahkûm edilmelerini sağlayacak durumların oluşmasından sakınılması belirtilmiştir. Bu konuda, Eski Ahid'in Hz. Mûsâ'ya verildiğine inanılan Tevrat (Tora) kısmında çeşitli pasajlar yer almaktadır. Meselâ; herkesin âdil yargılanma hakkı ile ilgili şunlar belirtilmektedir:

'Duruşmada yoksula karşı adaleti saptırmayacaksınız. Yalandan uzak duracak, suçsuz ve doğru kişiyi öldürmeyeceksiniz. Çünkü ben kötü kişiyi aklamam. Rüşvet almayacaksınız. Çünkü rüşvet göreni kör eder, haklıyı haksız çıkarır.'¹

'Sağira lanet etmeyecek, körün önüne engel koymayacaksın. Tanrın'dan korkacaksın. RAB benim. **Yargılarken haksızlık yapmayacaksın. Yoksula ayrıcalık göstermeyecek, güçlüyü kayırmayacaksın.** Komşunu adaletle yargılayacaksın.'²

* Marmara Ü. İlahiyat Fakültesi.

¹ Çıkış, 23/6-8.

² Levililer, 19/14-15.

'Ülkenizde **sizinle birlikte yaşayan bir yabancıya kötü davranmayın**. Ona sizden biriymiş gibi davranacak ve onu kendiniz kadar seveceksiniz. Çünkü siz de Mısır'da yabancıydınız. Tanrınız RAB benim.'³

'Tanrınız RAB'bin size vereceği kentlerde her oymağınız için yargıçlar, yöneticiler atayacaksınız. **Onlar halkı gerçek adaletle yargılayacaklar. Yargılarken haksızlık yapmayacak, kimseyi kayırmayacaksınız. Rüşvet almayacaksınız. Çünkü rüşvet bilge kişinin gözlerini kör eder, haklıyı haksız çıkarır. Yaşamak ve Tanrınız RAB'bin size vereceği ülkeyi miras almak için doğruluğun, yalnız doğruluğun ardınca gidin.**'⁴

Suçun şahsiliği konusunda ise, şöyle denmektedir:

'Ne babalar çocuklarının günahından ötürü öldürülecek, ne de çocuklar babalarının. **Herkes kendi günahı için öldürülecek. Yabancıya ya da öksüze haksızlık etmeyeceksiniz.**'⁵

'Kur'ân ve Sünnete Göre Sanık ve Mahkûm Hakları'nın ele alındığı makalenin ana başlıkları şu şekildedir:

1. Sanığın Hakları

- a. Âdil Yargılanma Hakkı
- b. Masumiyet / Suçsuzluk Karinesinden Yararlanma Hakkı
 - aa. Suç ve Cezada Şahsilik İlkesinden Yararlanma Hakkı
 - bb. Şüpheden Sanığın Yararlanması İlkesi
- c. Savunma Hakkı
 - aa. Susma Hakkı
 - bb. Tercümandan Yararlanma Hakkı
- d. Suçta ve Cezada Kanûnîlik İlkesinden Yararlanma Hakkı
- e. İşkence ve Onur Kırıcı Muamelelere tabi Olmama Hakkı
- f. Makul Sürede Yargılanma Hakkı

2. Mahkûmun Hakları

- a. Mahkûmların Sınıflandırılması

³ Levililer, 19/33-34.

⁴ Tesniye, 16/18-20. Kur'ân'daki benzer bir ayet için bkz.: el-Enbiya, 21/105.

⁵ Tesniye, 24/16-17.

b. Haberleşme, Dış Dünya ile İletişim Kurma ve Ziyaretçi Kabul Etme Hakkı

c. Barınma, Giyim, Beslenme ve Sağlık Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı

d. Keyfî Muamele ve İşkence Görmeme Hakkı

e. Eğitim Hakkı

f. İbadet Hakkı

g. Çalışma Hakkı

h. Kişiyile Birlikte Olma / Mahrem Görüşme Hakkı

Sonuç ve Değerlendirme

Tebliğin ele almış olduğu konu, oldukça güncel bir konu. Özellikle genel olarak İslâm Dünyası'nda henüz tam olarak işlemeyen demokrasi ve mevcut otoriter rejimler dolayısıyla, geleneğin ve teamüllerin oluşturduğu birtakım haksız uygulamalar 'İslâm' adına yürürlükte tutulmaktadır.

Oysa tebliğin de belirttiği üzere, insanın sadece insan olması hasebiyle hukuk ve özellikle de Kur'ân ve sünnet tarafından tanınan hakları vardır.

Tebliğde, yerinde bir tespitler 'şüpheli' kavramı tartışılmakta ve muallâkta olan bir kavram olduğu yönüyle eleştirilmekte: sanık ne masumdur ne suçludur yaklaşımının mahzurları üzerinde durulmaktadır.

Bu vesileyle, tebliğin en önemli yönlerinden birisinin de Kur'ân'dan ve Hz. Peygamber'in uygulamaları olan Sünnet'ten âdil yargılama konusunda yer alan önemli ayetler ve hadislerin nakledilmesi ve değerlendirilmiş olmasıdır.

Sanıkların henüz 'mahkûm' olmadan önce, İslâm hukukunda sanığın tam bir 'berâete' sahip oluşu üzerinde uzunca durulmaktadır. Bu yönüyle, 'yargısız infazın' İslâm kaynakları tarafından şiddetle yasaklandığına dikkat çekilmektedir.

Müellif, araştırma uzmanlığının olduğu Kayseri Şer'iyeye Sicilleri'nden hareketle tarihteki verilere dayanarak örnekler vermekte ve olayların somut karşılıklarını sunmaktadır.

İlginç bir diğer tespit ise, hadler konusunda hâkimin 'şüphe' aramakla görevli olduğu belirtilmektedir. Hadlerin düşmesi için gayret gösterilmesinin kaynaklardaki örneklerden bahsedilmektedir.

Avukatlık konusunun işlendiği bir diğer başlık altında, İslâm hukukundaki 'vekillik' müessesesi ile incelenmektedir. Bu konudaki Hz. Peygamber dönemi uygulamalarından örnekler verilmektedir. Bu çerçevede, Fahrettin Atar beyin 'vekilin, suçlu olanı savunurken, meşru ölçüler içerisinde haklarının ortaya çıkarılması konusunda yardımcı olabileceği' ictihadına işaret edilmektedir. Bu konuda müellif, yerinde bir açıklama ile 'cevazın, vekilin savunduğu tarafın haksızlığını bilmekle beraber ona yapacağı yardımın esas ilişkin olmaması ve sadece usûle ilişkin olması gerektiğini' belirtmektedir. Burada 'vekillik' veya 'avukatlık' ahlâki konusu üzerinde önemli açıklamalar yapılmış ve Nisâ sûresinden (105-112) uzunca bir ayet zikredilmiştir.

Ayetin iniş sebebi dipnotta 'Tu'me isimli bir kişinin olayı' aktarılmaktadır. Burada ilginç olan, malı çalanın Müslüman, malı çalanın kişinin Yahudi olmasıdır. Ancak, olayların gelişimi ile ilgili detaylarda, yahudinin itirafı ile Tu'me'nin yemini arasında Hz. Peygamber'in tereddüt içerisinde kalmasıdır. Nihayet, bu ayetin inmesiyle Tu'me'nin suçlu olduğu ortaya çıkmıştır. Burada dikkat çeken, Yahudilerin şâhidliklerinin geçersiz oluşu ve deliller Tu'me'nin evine götürdüğünü göstermesine rağmen değerlendirilmemesidir. Burada, güncel konulardan olan gayri-müslimlerin şâhidliği meselesi üzerinde biraz daha genişçe durulması gerekmektedir.

Sanığı konuşurmak için zor kullanılması konusunun ele alındığı kısımda, bu uygulamanın İslâm'ın temel kaynaklarında açıkça eleştiriliyor olmasına rağmen, fıkıh kaynaklarında buna kısmen cevaz verilen ibarelerin yer aldığı tespitinde bulunmaktadır. Gerçekten, bu durumun sözde 'şerîata dayalı' otoriter yönetimin uygulandığı İslâm ülkelerinde sû-i istimal edilebileceği açıktır.

Tebliğde, zina suçunun had cezası kabul edilmesi ve bunun Kur'ân'da recm olarak yer almamasına işaret edilmekte. Ancak, bu konunun tartışmalarına girilmemekte ve sakıncaları üzerinde durulmamaktadır.

Hâkimin müftüden yardım talep etmesinin ele alındığı başlık altında, bunun hangi konularda olduğuna değinilmemiştir. Acaba hâkim,

her konuda mı yardım talep edebilir? Bunun çerçevesi belirtilmemektedir.

Tebliğde, ayrıca sulh müessesesinin işletilmesinin önemine işaret edilmektedir.

Hapis cezasının ele alındığı başlık altında, Kur'ân'da ve sünnette hapis cezası olmadığı halde, sonradan Hz. Ömer ile birlikte bu uygulamanın başlatıldığı belirtilmektedir. Hapis yerine sürgün cezasının benimsenmesi örneğinden bahsedilmektedir.

Zina suçundan mahkûm edilen bir kişinin, günümüzdeki ev hapsine benzer bir ceza ile cezalandırılabilmesi üzerinde durulmaktadır. Bu konu, tebliğin dikkat çektiği ilginç noktalardan biridir. Müellif, zina eden kadının evde tutulmasını emreden ayetin, 'celde' ile neshedildiği konusuna işaret edilmekte. Bu nesh konusunun daha detaylı bir eleştiriye tabi tutulması gerektiğini düşünmekteyiz.

İnfaz hukukuna değinilen tebliğde, müebbed hapis cezasının uygulandığı kişilerin ilginç bir şekilde 'fikir suçu işleyenler' olduğu görülmekte. Fikir suçlarının en üst düzeyde işletildiği otoriter yönetimlere sahip İslâm devletlerinde bunun 'bid'at propagandası' olarak değerlendirilerek nasıl acımasızca uygulandığı görülmektedir.

Tebliğde, sanık ve mahkûm olmanın yolunu açan esaslı konulardan biri olan kadın şahidler ve gayr-i Müslimlerin sanık ve şahidliği hususu üzerinde durulmamıştır. Oysa şüphesiz bu konu aynı zamanda sağlıklı bir toplumun en önemli esaslarından birini teşkil etmektedir.

Kullanılan kaynaklar ele alındığında, dikkat çeken hususlardan biri, örnek olarak klasik fıkıh kaynaklarının kullanılmış olmasıdır. Oysa Kur'ân ve sünnete dayalı İslâm hukuku uygulaması günümüzde bazı ülkelerin hukuk esaslarını teşkil ettiği bilinmektedir. Bu konuda Suudi Arabistan, Pakistan, Nijerya ve Mısır gibi Sünni ve İran gibi Şi'î ülkeleri hatırlatmaya gerek yoktur sanırım. Burada, klasik Fıkıh kitaplarından veya Osmanlı Şer'iyeye sicillerindeki kayıtlarda yer alan uygulamaların örnek olarak zikredilmesinden daha çok, bugünkü uygulamaların da dikkate alınarak değerlendirilmesinin öncelikli olması gerekirdi. Bu konunun incelenmesi, özellikle İnsan Hakları ihlalleri konusunda dünyaca ma'rûf ve listede en ön sırada yer alan bu sözde İslâm ülkelerinin ne tür ve hangi İslâmî kaynağı nasıl yorumladıklarını da öğrenmemize imkân

verecektir. Bu durum, yapılan araştırmanın güncel sorunları anlamamıza da yardımcı olmasını sağlayacaktır.

Araştırmada özellikle ele alınmasını gerekli gördüğüm bir diğer konu ise, yukarıda da kısaca işaret edildiği üzere, 'sanık' ve 'mahkûm'un kadın olduğu durumlarda nasıl bir uygulamanın olduğudur. Bu konu, ataerkil bir geleneğin devamı olarak mı anlaşılmalıdır? Sanık ve mahkûm olan kadının hakları konusunda hem klasik fıkıh kaynaklarımız hem de Kur'ân ve sünneti esas aldıklarını iddia eden yukarıda adlarını zikrettiğim günümüzdeki sözde İslâm ülkesi adını taşıyan ülkelerdeki hukukî düzenlemeler ve uygulamalar ne durumdadır? Kadın sanıkların dinlenmesi ile erkek sanıkların dinlenmesi ve hakları aynı mıdır? Mahkûm kadınlar ile erkeklere yapılan uygulamalarda bir farklılık var mıdır? Bu konudaki eleştiriler nelerdir?

Meselâ; teoride zina ile suçlanan sanık erkek ve kadına karşı aynı muamele gösterilmelidir. Ancak, Hz. Peygamber'in kendini ihbar eden bir bayana karşı gösterdiği incelik, maalesef günümüzde en acımasız uygulamalara onlar maruz kalmaktadır. 9 Ekim 2001 tarihinde beş çocuk sahibi Safiye adındaki genç kadın, Nijerya'nın Sokoto ilindeki Yüksek Şeriat Mahkemesi'nin kararıyla recm edilmiştir. Bütün vücudu toprağa gömülerek, sadece başı dışarıda kalacak şekilde bu ceza infaz edilmiştir. Burada önemli olan husus, kadının boşanmış olması ve daha da vahimi tecavüze uğramış olmasıdır. Suçu ise, kendisine yapılan bu tecavüzü bizzat ihbar etmiş olmasıdır. Ancak, suçu işleyen kişi eldeki delil yeterliliği nedeniyle serbest bırakılırken, kadın recm edilerek cezalandırılmaktadır.

İslâm adına gerçekleştirilen bu olay olduğunda, Uluslar arası Af Örgütü (Amnesty) 650.000 imza toplamış ve Napoli şehri Safiye'yi onur vatandaşı ilan etmiştir. 14 ve 15 Mart 2001 tarihinde Barcelona'da toplanan Avrupa Birliği ülkeleri Nijerya'yı insan haklarına saygılı olmaya davet etmiştir. Batılılar tarafından yapılan bu girişimlerin hiçbiri sonuç vermemiştir. Ancak, bilebildiğimiz kadarıyla, adı İslâm ülkeleri olarak bilinen hiçbir ülkeden de bu uygulamaya karşı çıkan olmamıştır.⁶

⁶ Bu konudaki düzenlemeler ve uygulamalara dair örnekler için bkz.: Caroline Fourest – Fiammetta Vener, 'L'İslam, les islamistes et les femmes', *Tirs Croisés*, Paris 2003, s. 51-99.

Bu ve benzeri örnekleri çoğaltmak mümkün. Bu konuda, adı İslâm ülkeleri olan devletlerin temsilcileri bir an önce bu konuda önlemler almaya ve bu haksızlıkları izleyecek mekanizmaları kurmaya başlamalıdır. Bu ülkelerdeki erkek ve kadın hakları konusundaki ihlallerin takip edilmesi, en az İslâm'a yapılan hakaretleri yani İslâmophobia'yı izlemek için kurulan müesseseler kadar ve hatta daha fazla önemlidir diye düşünüyorum.

Son olarak, kaynaklar konusunda dikkatimizi çeken birkaç hususa değinmek istiyorum. Araştırmanın kaynakları ile ilgili değerlendirmeler yapılırken Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi maddeleri arasında 'Hâkim',⁷ 'Adalet',⁸ 'Mahkeme'⁹ ve 'Hapis'¹⁰ maddelerinin olduğunu; fakat 'Sanık' ve 'Mahkûm' maddelerinin olmadığını fark ettik. Bu durum, söz konusu iki kavramın fıkıh kaynaklarımızda ve İslâm ilim geleneğimizde esaslı bir yer işgal etmediğini göstermesi bakımından ilginçtir. Ancak, Ansiklopedide 'Berâet'¹¹ maddesinin olduğu da belirtilmelidir.

⁷ Ahmet Akgündüz, 'Hakim', *DİA*, İstanbul 1997, c. 15, s. 182-183.

⁸ Hayreddin Karaman, 'Adalet', *DİA*, İstanbul 1988, c. 1, s. 343-344.

⁹ Fahrettin Atar, 'Mahkeme', *DİA*, İstanbul 2003, c. 27, s. 338-341.

¹⁰ Ali Bardakoğlu, 'Hapis', *DİA*, İstanbul 1997, c. 16, s. 54-64.

¹¹ Ali Bardakoğlu, 'Berâet', *DİA*, İstanbul 1992, c. 5, s. 470-471.