



İslam Hukuku'nda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delillerin İspat Hukukundaki Değeri

Esra ÇETİNKAYA



İSLAM HUKUKU'NDA
SUÇ VE CEZALAR

miştir. Bunlar için de aynı durum söz konusudur.¹

Genel Kavram

İslam Hukuku, düzenli bir toplumsal hayat için beş temel hak ve hürriyetin korunmasını esas almaktadır. Bunlar; can, din, mal, nesil ve akıldır. Bütün semavi dinlerde teminat altına alınan bu beş prensibe “zaruriyyat” denilmektedir. İsmi ve ihlal derecesi ne olursa olsun iyice tetkik edildiğinde, bütün suçların mutlaka bu beş prensipten birisini ihlal ettiği görülmektedir. Kur'an bugünkü anlamda bir kanun kodu olmayıp eşya ve hadiselerle genel ve evrensel baktığı için detaylar ile ilgilenmemekte, külli kurallar zikretmekle yetinmektedir. Bu arada belirtmek gerekir ki Kur'an, İslam ahlakının topluma egemen olmasını; bir başka ifade ile suçun hiç işlenmemesini esas aldığı için, bu beş esasa yönelecek en ağır suçları dikkate alarak buna göre bir ceza öngörmekte, bu ağırlığa ulaşmayan suçlara ilişkin ceza tespitini ulu'l-emr'e (devlet yetkililerine) bırakmaktadır. Örneğin, şahsa karşı işlenecek en ağır suç, o şahsın hayatını ortadan kaldırmak, başkasının malını haksız yere almak; şeref ve itibara karşı işlenecek en ağır suç ise zina etmek veya zina isnadında bulunmaktır. Bu suçların cezaları Kur'an'da mevcuttur; ancak aynı konulara karşı daha hafif nitelikli tecavüzler, ya Kur'an'ın yorumu olan Hz. Peygamber'in sünneti ile açıklanmış ya da devlet yetkililerinin takdirine bırakılmıştır. Hatta Kur'an bazı fiilleri açıkça yasaklamasına rağmen karşılığında bir ceza öngörme-

Suçların Tasnifi

İslam Hukuku literatüründe en yerleşmiş ayırım suçların; had, kısas ve tazir olmak üzere üçe ayrılmasıdır. Esasında bu üç terim ceza anlamına gelmekte ve had, kısas ve taziri gerektiren suçlar ifadesi daha doğru olmakta ise de had, kısas ve tazir suçları şeklindeki kullanım da büyük yaygınlık kazanmış böylece bu üç terim, suç anlamını da ifade eder olmuştur.²

Had suçlarının, biri geniş diğeri dar olmak üzere iki farklı tarifi yapılmıştır. *Geniş anlamıyla had suçları*, cezası Şari' (Allah ve Peygamberi) tarafından belirlenmiş suçlardır. Bu tarife göre had suçlarının kapsamına dar anlamda had suçları girdiği gibi, kısas suçları da girmektedir. *Dar anlamda had suçları* ise cezası Şari' tarafından belirlenen ve Allah haklarına yönelik olan suçlardır. Tanımda belirtildiği üzere suçun Allah haklarına yönelik olması, İslam kamu haklarına yönelik olması anlamına gelmektedir. Kısas suçlarında İslam kamu haklarına yönelik bir tecavüz bulunmakla birlikte şahıs haklarına yönelik olma yönü ağır basmaktadır. Had suçları denince İslam Hukuku literatüründe daha çok bu dar anlam

¹ Şamil Dağcı, *İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar ile İlgili Özel Hükümler*, Ankara, 1996, s. 13.

² M. Âkif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 158.

kastedilmektedir. Had suçlarının kapsamına hırsızlık, yol kesme, zina, zina iftirası [kazf], şarap içme-sarhoşluk, irtidat ve isyan [bağy] suçları girmektedir.³

Kıyas suçları, cezası Şari' tarafından belirlenen ve şahıs haklarına yönelik olan suçlardır. Bunlar da adam öldürme ve müessir fiillerden ibarettir. *Tazir suçları* ise cezası Allah ve Peygamberi tarafından belirlenmemiş, düzenlenmesi devlet başkanına veya hâkime bırakılmış suçlardır. Bu suçlar içerisinde Allah hakkına yönelik olanlar bulunduğu gibi şahıs haklarına yönelik olanlar da vardır. Had ve kıyas suçlarının sınırlı sayıda olmasına mukabil tazir suçları belirli bir sayı ile sınırlı değildir. Denebilir ki, İslam ceza hukukunda suçların önemli bir bölümünü tazir suçları oluşturmaktadır.⁴

Cezaların Caydırıcılığının Boyutları

İslam Hukuku'nda cezaların, dünya ve ahiret olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. Yani bir suçun dünyada uygulanan cezası olduğu gibi ölümden sonraki ölümsüz hayatta uygulanacak bir cezası daha vardır. Bu uhrevi ceza anlayışının da müminler için en az dünyevi ceza kadar; hatta daha fazla caydırıcı olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim Amerika'da 1930-1933 yılları arasında getirilen içki yasağı için milyarlarca dolar harcadığı ve bu uğurda yüzlerce kişinin hayatı yok olduğu hâlde bu yasakla başa çıkılmamış ve sonunda yasak kaldırılmıştır. Kur'an'ın mealen "*İçkiden sakının*"⁵ emriyle bir anda Müslümanlar Medine'de evlerindeki bütün içkileri sokaklara boşaltmışlardı.⁶

³ Aydın, a.g.e., s. 158-159. İsyân, irtidat ve şarap içme-sarhoşluk suçlarının durumları tartışmalıdır. Bazıları isyanı çıkarıp bu suçları altıya indirirken, irtidat suçunu çıkarıp beşe indirenlerin, şarap içme-sarhoşluk suçunu da çıkarıp dörde indirenlerin var olduğu hakkında bkz.: Aydın, a.g.e., s. 184.

⁴ Aydın, a.g.e., s. 159.

⁵ Âyet-i Kerimenin tamamı için bkz.: Kur'an-ı Kerim, Mâide, 5/90.

⁶ Abdülkerim Ünalın, *İslam Ceza Hukukunda Kıyas*, Diyarbakır, 2000, s. 41-42; Adem Arslan, "*İlk Devir İslam Ceza Hukukunda Hadd Cezalarının İnfazı*", Harran Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Şanlıurfa, 2005, s. 2.

Yine bilindiği gibi hiç kimsenin haberdar olmadığı durumlarda bile bazı sahabilerin, Hz. Peygamber (s.)'in yanına gelerek suçlarını itiraf etmeleri ve uhrevi cezadan kurtulmak için kendilerine dünyevi cezanın uygulanmasını istemeleri cezanın uhrevi boyutunun ne kadar önemli olduğunu gösterir.⁷

İSLAM HUKUKU'NDA MUHAKEME

Genel Kavram

Muhakeme, hukukî bir uyumsuzluğu çözmek üzere yargı organlarının yaptıkları faaliyet sebebiyle meydana gelen hukukî işlemlerin bütünü şeklinde tanımlanmakta ve bu ilişkileri düzenleyen hukuk dalına da "Muhakeme Hukuku" denmektedir.⁸

Günümüz muhakeme hukuku, "kişiler arasındaki özel hukuk uyumsuzluklarının yargı organları önünde çözümlenmesine, haklı ve haksızın belirlenmesine ve adli gerçeğin sağlanmasına ilişkin yolları ve usulü düzenleyen kuralardan ibaret olan "Medeni Muhakeme Hukuku"⁹ ve ceza kanununun ihlal edilip edilmediğini, ihlal edene ne ceza verileceğini belirlemeye yönelik faaliyetlerin türünü, biçimini ve zamanını düzenleyen normların bütünü oluşturduğu hukuk dalı olan "Ceza Muhakemesi Hukuku"¹⁰ olmak üzere, medeni muhakeme ve ceza muhakeme hukuku diye iki kısma ayrılmaktadır.

Belirtelim ki, İslam muhakeme hukukunda ceza ve medeni muhakeme diye bir ayırım yapılmamıştır; ancak davalar özelliklerine göre hukuk ve ceza bölümlerine ayrılmıştır.¹¹

⁷ Arslan, a.g.t., s. 5-6.

⁸ Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1986, s. 5; Nevzat Toroslu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 1994, s. 1.

⁹ Saim Üstündağ, *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul, 1984, s. 2.

¹⁰ Kunter, a.g.e., s. 6; Toroslu, a.g.e., s. 1.

¹¹ Atar, a.g.e., s. 183-184.

İslam Hukuku'nda Muhakemenin Amacı

Batı Hukukunda ceza muhakemesinin gaye bakımından üç safhadan geçtiği kabul edilmektedir. Bu safhalar sırasıyla şu şekildedir:

Birinci safha suçlun cezalandırılması safhasıdır. Batı Avrupa'da XVIII. yüzyılın yarısına kadar süren bu anlayışa göre ceza muhakemesi suçlunun cezalandırılması için bir araçtan ibarettir. Sanık önceden suçlu kabul edilmekte, sanıkla suçlu iç içe girmiş bulunmaktadır.¹² Bu sebeple kanuni delil sistemi geçerli olup suçlar belirli delillerle ispatlanabilmektedir. En önemli delil ise ikrardır. İkrar elde etmek için işkence yapılması meşru görülmeyle birlikte bu dönemde sanık, ceza muhakemesinin hak ve yetkilere sahip bir süjesi olmayıp muhakemenin konusunu oluşturmaktadır.¹³

İkinci safha sanığın korunması safhasıdır. XVIII. yüzyılın ikinci yarısından itibaren zamanın felsefi ve liberal etkisi ile bireyi koruyan bir muhakeme sistemi olarak ortaya çıkmıştır.¹⁴ Bu dönemde ortaya çıkmış olan "Sanık, suç sabit oluncaya kadar masum sayılır." ilkesine 1789 Bildirgesinde yer verilmiş ve daha sonra hazırlanan tüm uluslararası belgelerde bu ilke tekrarlanmıştır. Bu dönemde sanık, hak ve yetkilere sahip bir süje olarak görülmeye başlanmıştır.¹⁵

Üçüncü safha ise hakikatin araştırılması safhasıdır. Ceza muhakemesi hukuku, hukukun bir dalı olması itibarıyla; hukukun gayesinin, ceza muhakemesi hukukunun da gayesi olduğu kabul edilir. Hukukun gayesi ise, toplum hayatının en iyi şekilde düzenlenmesidir. İnsanlar, barış içinde, korku duymadan, insanca yaşamak ve daha iyi bir hayat sürmek için haklarından ve hürriyetlerinden fedakârlıklar pahasına da olsa, toplum hâlinde yasarlar. Toplum hayatında düzen olmadıkça, ne

fertlerin hakları sağlanabilir ne de toplumun menfaati korunabilir. Şu hâlde toplum hayatını düzenleyen normlar demek olan hukukun gayesinin, hem fertlerin haklarını teminat altına almak, hem de toplum düzenini korumak olduğunun kabulü gerekir. Bu iki gaye çelişik gibi görünmekte ise de, dikkatlice incelenmesi durumunda, herhangi bir çelişkinin olmadığı anlaşılacaktır.¹⁶

Orta Çağ'da birey, toplum karşısında yok sayılmış, ona hiç bir hak tanınmamış; sistem, peşinen suçlu kabul ettiği bireyi tam anlamıyla ezmiştir. Buna tepki olarak gelişen sonraki dönemde ise bu kez tüm düzenleme, bireyi kamu gücünden korumaya yönelmiş, böylece toplumsal gelişme imkânlarının korunması ihmal edilmiştir. Ceza muhakemesi hukukunun geldiği bu son aşamada açıkça görülüyor ki, fertlerin hak ve hürriyetlerini koruyacak ve aynı zamanda toplumun menfaatini de gözetecek, yani her ikisini uzlaştıracak şekilde hakikatin araştırılması amaçlanmaktadır.¹⁷

İslam Ceza Muhakemesi Hukukunun gayesinin ne olduğunun tespitine gelince, Batı hukuk sistemlerinin kabul ettiği bu üç safhanın çok anlamlı olmadığı görülmektedir. Belirtilim ki, İslam Hukuku'nda ceza muhakemesi hukukunun gayesinin, suçlunun cezalandırılması aşamasında olduğunun kabulü mümkün değildir. Zira bu aşamada sanığın suçlu olduğu önceden kabul olunmaktadır. İslam Hukuku'nda ise aslî beraet ilkesi uyarınca kişinin suçsuzluğu ve borçsuzluğu esastır, sanığın korunması da tek amaç olarak ele alınmamıştır. Mağdurun ve giderek tüm toplumun yararı gözetilmiştir. Bu çerçevede, İslam Ceza Muhakemesi Hukukunun gayesi, üçüncü safha olan hakikatin araştırılmasına daha yakın görünmektedir. Gerçekten de bu aşamada amaç, sanığın ve toplumun yararını birlikte değerlendirmektir; ancak bahsi geçen gayenin, mutlak olarak, maddi gerçeğin araştırılması olduğunu söylemek de mümkün olmayacaktır.¹⁸ İslam Hukuku bu noktada Allah'ın

¹² Nurullah Kunter-Feridun Yenisey, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, İstanbul, 1998, s. 22-26.

¹³ Nur Centel-Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 6.

¹⁴ Kunter-Yenisey, a.g.e., s. 22-26.

¹⁵ Centel-Zafer, a.g.e., s. 6.

¹⁶ Kunter-Yenisey, a.g.e., s. 22-26.

¹⁷ Mehmet Akbaş, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafaa Makamının Görev ve Yetkileri Yönünden Hukuki Statüsü", Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2006, s. 22.

¹⁸ Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, İstanbul, 2004, s. 19-20.

haklarını ihlal eden suçlar ile kulların haklarını ihlal eden suçlar arasında ayırım yapmıştır.¹⁹ Bu ayırma göre; had suçlarında amaç, mutlak sanığı cezalandırmak değildir. Eğer suç aleniyet kesp etmemişse suçun ortaya çıkması arzu edilmez; kişi ile Allah arasındaki alana terk edilir ki burada artık suçtan değil dinî bir kavram olan günahant bahsedilir. Allah haklarını ihlal eden tazir suçlarında da durum böyledir.²⁰

İslam Hukuku'nda İspat Vasıtaları

Fıkıh literatüründe *delil*, *hüccet*, *beyyine*, *burhan* gibi kelimeler eş anlamlı veya yakın anlamlı olarak kullanılır. Bununla birlikte *delil* kelimesinin, bir hükmün Kur'an, Sünnet, icma gibi dinî dayanağı anlamında; buna karşılık *hüccet* kelimesinin de hâkimlerin hukuki ihtilafları çözümlerken yararlanıp hükmüne dayanak yaptığı şahitlik, senet ve ikrar gibi ispat vasıtaları anlamında kullanılması yaygınlık kazanmıştır. *Beyyine* kuvvetli hüccet anlamına gelir. Hakkın ortaya çıkmasına hizmet ettiği için şehadete/shahitliğe beyyine adı verilmiştir.²¹ İslam hukukçularının çoğunluğu beyyineden maksadın şahitlik olduğunu ifade etmişse de buna karşılık İbn Teymiyye, İbn Kayyim, İbn Ferhûn gibi hukukçular, beyyineyi mahkeme açısından bakıldığında maddi problemin çözümü esnasında hakikatin ortaya çıkarılmasını ve bütünüyle şüphenin ortadan kaybolmasını sağlayan her türlü delil şeklinde anlamışlar ve bu manada değerlendirmişlerdir.²² Bu ihtilafın pratikte ciddi bir belirleyiciliği olmamış, hukukçular eserlerinde "dava ve beyyinat" başlığı altında şahitlikle birlikte diğer delilleri de incelemişlerdir. Nitekim Mecelle de "Kitab'ül-Beyyinât ve't-Tahlif" adı altında

aynı anlayışla hareket ederek önce şahitliği ve daha sonra diğer delilleri ele alarak normatif düzenlemede bulunmuştur.²³

Hukuk literatüründe beyyine, muhakeme hukukunda kesinlik ifade eden, konumuz açısından bakıldığında maddi problemin çözümünde muhakemenin tarafları açısından ihtimalleri ve şüpheleri ortadan kaldırarak maddi hakikati apaçık bir şekilde ortaya koyacak olan ispat vasıtalarına verilen addır.²⁴

İslam muhakeme hukukunda deliller; ikrar, şahitlik, yemin, nükûl, kasâme, hâkimin şahsen bilmesi [ilmü'l-kâdî], ehl-i hibre [bilirkişi], karine, keşif ve yazılı delillerdir.²⁵

İslam Muhakeme Hukukuna Esas Teşkil Eden Başlıca İlkeler

1. Sanığın Korunmasına Yönelik İlkeler

a. Şüpheden Sanık Faydalanır (Şek ile Yakîn Zaîl Olmaz)

Tanımı ve Önemi

Haksız verilen ve fakat uygulanmış olan cezanın telafisi zor, çoğu kere imkânsızdır. Geriye dönüşü olmayan bir işte, son derece ihtiyatlı davranmak, insanların yok yere acı çekmelerine sebep olmamak gerekir. Bu sebeple İslam Hukuku'nda, suç veya suçluluk kesinlikle ortaya çıkmadıkça ceza vermemek esastır.²⁶

Şüpheden sanık faydalanır [In dubio pro reo] ilkesi; sanığın bir suçtan dolayı cezalandırılmasının, suçun şüpheye yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmiş olmasına bağlı olduğunu, şüpheli olay ve iddialara dayanılarak sanığın zararına hüküm verilemeyeceğini ifade eder. Bu ilke, İslam Ceza Hukukunda en geniş şekilde uygulanan insanî bir ilkedir. Ce-

¹⁹ Prof. Dr. Ekrem Buğra Ekinci ile 27.10.2011 tarihinde yapmış olduğum röportajdan (Kısaltma: Röportaj).

²⁰ Akman, a.g.e., s. 20.

²¹ Fahrettin Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları*, (Yayımlanmamış Eseri), s. 37.

²² İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-Muvakkûn an Rabbi'l-alemîn*, I, Kahire 1955, s. 90-91; İbn Kayyim el-Cevziyye, *et-Turuku'l-Hükmiyye fi'sSsiyâseti's-Ser'iyye*, Beyrut, s.11-24; İbn Ferhûn el-Mâlikî, *Tabsiratü'l-Hükkâm*, Kahire 1301-1302, s. 161-163; Akt.: Fahreddin Atar, *İslam Adliye Teşkilâtı*, Ankara, 1979, s. 191.

²³ Celâl Erbay, *İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları*, İstanbul, 1999, s. 57.

²⁴ A.g.e., s. 56.

²⁵ Fahrettin Atar, *İslam Yargılama Hukukunun Esasları* (Yayımlanmamış Eseri), s. 38.

²⁶ Cevat Akşit, *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, İstanbul, 1976, s. 99.

zaların şüphe ile kaldırılacağı, İslam'da emredici bir kanun maddesi hâlinde yer almıştır.²⁷

İlkenin Kaynaklardaki Yeri

Kur'an'da, "Zan, şüphesiz haktan hiçbir şeyi ifade etmez."²⁸ buyrulmuştur. Zan; yani ihtimal üzere bir hükümlerle amel etmek de, "Ey iman edenler! Zannın birçoğundan kaçının."²⁹; yani zanla amel etmekten sakının³⁰ ayetiyle yasaklanmıştır. "Senin için hakkında bir bilgi hâsil olmayan şeyin ardına düşme."³¹ ayeti de bunu destekler niteliktedir.

Bu konuda Hz. Peygamber (s.), "Zandan sakınınız, çünkü zan sözlerin yalanı çok olanıdır." buyurmuştur. Fakat Hz. Peygamber (s.)'in, "Cezaları şüphelerle kaldırınız." hadisi ilkenin doğrudan ifadesidir. Had ve kısta, yüzde yüz bir kesinlikle sabit olmayan suç için ceza verilemeyeceğinde icma vardır. Hatta hâkim şüphe³² ile cezayı kaldırmak için çare araması gerekir. Çünkü bir hadiste, "Elinizden geldiği kadar Müslümanlardan cezaları kaldırınız. Eğer onun için bir çıkar yol varsa hemen saliverin. Çünkü devlet reisinin (hâkimin) affetmekte hata etmesi, cezada yanılmasından daha hayırlıdır." buyurulmuştur. Hz. Ömer (r.) de, "Şüphe nedeniyle cezaları ta'til etmem, onları şüphe ile uygulamamdan bana göre daha evladır." demiştir. Bu nedenle cezaların mümkün olduğu kadar kaldırılması gerekir. Böylece çok az vakalarda bile olsa, günahsız bir insanın acı ve eziyet çekmesini önleyen çok önemli insani bir ilke konulmuştur. Düzeltmesi imkânsız adli hataların bu şekilde önlenmesi öngörülmüştür.³³

Anlam itibarıyla aynı olan ve Mecelle'de (madde 4) hükme bağlanan "Şek ile yakîn zâil olmaz" ilkesine göre de, kesin bilgi ile sabit

olduğu kabul edilen ferdin suçsuzluğunun aksine ileri sürülen suçluluk iddiası ispat edilmedikçe, şüpheyeye dayalı olarak sanığa suçlu muamelesi yapılamayacak ve sanığın masumiyeti korunacaktır.³⁴

b. Berâat-i Zimmet Asıldır

Mecelle'de (madde 8) yer alan bu prensip, ferdin doğuştan suçsuz ve borçsuz olarak dünyaya geldiğini, bunun ana kural olması itibarıyla ispata muhtaç olmadığını, bunun aksine bir iddia varsa onun ispata muhtaç olduğunu, ispat edilemediği sürece ferdin masumiyetinin korunacağını hükme bağlamıştır.³⁵

2. Toplumun Korunmasına Yönelik Prensipler

İslam Hukuku'nda ceza muhakemesi, fert çıkarlarını koruma yanında aynı zamanda kamunun çıkarlarını da korumaya yönelik kurallar ihtiva etmektedir.³⁶

İkinci teşrî kaynak olan sünnetin talimatı doğrultusunda suç sabit olduğunda, suçun karşılıksız kalmaması ve mutlaka suçluya ceza uygulanması hükme bağlanmıştır.³⁷ Nitekim Hz. Peygamber, geçmiş toplumların hâkimiyetlerini kaybedip tarihe karışmalarına, içlerinde itibarlı ve varlıklı kişilerin suç işlemeleri hâlinde onlara ceza uygulamamalarını ve *sübuta eren suçun karşılıksız kalmasını* göstermiştir.³⁸

Toplum yararı açısından muhakeme hukukunda üzerinde durulan diğer bir husus, muhakemenin çabukluğu ve ucuzluğudur. Hakkatin araştırılmasına mümkün olduğu kadar dikkat ve özen gösterilecek; fakat bununla beraber dava bir an önce sonuçlandırılacaktır. Nitekim tahkikatı en seri şekilde yapılarak bir

²⁷ Anayasa.

²⁸ Kur'an-ı Kerim, Necm, 53/28.

²⁹ Kur'an-ı Kerim, Hucurât, 49/12.

³⁰ Elmalılı Hamdi Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, 2. Baskı, VI, İstanbul, 1960, s. 4471.

³¹ Kur'an-ı Kerim, İsrâ, 17/36.

³² Şüphe, bir görüşe göre, sabit olmadığı hâlde, sabite benzeyen şeydir veya doğru ile yanlış, haram ile helal arasında olan şeydir. Hâkim veya suç faili böyle bir şüphe içinde iseler had kalkar; ancak failin şüphesi, delile dayanan zannından doğmalıdır

³³ Akşit, a.g.e., s. 100.

³⁴ Erbay, a.g.e., s. 33.

³⁵ Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, İstanbul, 1993, s. 119.

³⁶ Erbay, a.g.e., s. 33.

³⁷ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku I*, İstanbul, 1991, s. 210.

³⁸ Muhammed b. Ali Şevkânî, *Neylül'evtâr fi Şerhi Münteka'l-Ahbâr*, VII, Kahire, s. 138; Akt.: Erbay, a.g.e., s. 33.

gün içerisinde hükme bağlanan davalar çoktur.³⁹

İşkence Yasağı

1. İlkenin Önemi

İslam'da insan hayatının dokunulmazlığı vardır. Hayati uzuvları da bu dokunulmazlık içindedir. İnsanın canına, vücut tamamıyetine, malına, ancak adaletin icap ve tecviz ettiği yerde el uzatılabilir. Belli esas ve usuller dışında her eza yasaktır, haramdır.⁴⁰

2. İlkenin Kaynaklardaki Yeri

Kur'an'da, "Erkek müminlerle kadın müminlere işlemedikleri bir günah yüzünden eza edenler muhakkak bir yalan ve apaçık bir günah yüklenmişlerdir."⁴¹ buyrulur haksız yere eziyet etmenin yasak olduğu açıklanmıştır. Herhâlde adaletin dışına çıkmamak, işkence yapmamak; "Ey iman edenler, Allah için hakkı ayakta tutan (hâkimler, insan)lar adaletle şahitlik eden (kimse)ler olun. Bir kavme olan kininiz, sizi adalet yapmamanıza sevketmesin. Adalet yapın ki, o, takvaya çok yakındır."⁴² ayetiyle emredilmiştir.

Hiz. Peygamber (s.)'in hadisleri bu konuda çok açıktır. O, düşmanları da içine almak üzere şöyle buyuruyor, "Ganimette hainlik yapmayın, ahitleri bozmayın. Burun, kulak kesmek, yüz dağlamak ve göz oymak gibi uzuv kesmek suretiyle cezalandırmayınız. Hiçbir çocuk öldürmeyiniz."⁴³

Hiz. Ebu Bekir'in "Rasullullah (s.), müminleri haksız yere dövmeyi yasakladı." dediği nakledilir.⁴⁴

Hiz. Ömer (r.)'in şu ifadeleri İslam'da zulüm ve işkencenin yeri olmadığını gösterir:

"Dikkat edin, ben memurlarımı size dayak atsinlar, mallarınızı alsınlar diye göndermedim. Bilâkis onları size, dininizi, peygamberinizin sünnetini bildirsınler, öğretsinler diye gönderdim. Bundan başkasını kim yaparsa onu bana getirin, yemin ederim ki ona kısas uygulayacağım." "Ey müminlerin emiri! Bir adam halka emir oldu da halkını tedip ettiyse gene mi ona kısas yapacaksınız?" deyince, "Evet! Yemin ederim ki, onu da kısas ederim. Ben Rasulullah (s.)'in kendinden kısas yaptığını gördüm. Dikkat edin! Müslümanları dövmeyin! Onları zillete düşürsünüz. Haklarını men etmeyin! Küfre itersiniz. Valilerin halkını dövmesi caiz değildir."⁴⁵

Belirtelim ki, İslam'da mübah fiillerin dahi yapılması, hiçbir kimseye eza vermemek şartıyla mümkündür.⁴⁶

3. Yargılamada İşkencenin Yasaklanması

Yargılamada ne sorgu, ne duruşma ve ne de infaz sırasında işkence yoktur:

a. Sorgu Safhasında

Sorgu safhasında sanık itirafa zorlanamaz. Zorlama neticesi yapılan itirafa binaen ceza verilemez. İşkence sırasında veya döerken veya hapis tehdidi ile meselâ hırsızlık yaptığını söyleyenin ikrarı batıldır. Hiz. Ömer (r.), "İşkence, tehdit, hapis yoluyla kendi aleyhine ikrarda bulunan adamın bu aleyhine itirafına güvenilmez." demiştir. Buna ilişkin bir olay şöyle gerçekleşmiştir: Şam'da hırsızlık töhmetiyle yakalanan bir adamı dövmüşler ve bunun üzerine adam, hırsızlığı kendisinin yaptığını itiraf etmiştir. Durum, Hiz. Ömer (r.)'in oğlu Abdullah'a sorulmuş, soru karşısında Abdullah b. Ömer "Bu adamın eli kesilmez. Zira kendisini dövmenizden sonra ikrar etmiştir" cevabını vermiştir. Bu örnekten de anlaşılmalıdır ki, meşru dayak ancak had ve tazir dayığıdır; bu da suçun ispat edilmesinden sonra hükümle olabilir.⁴⁷

³⁹ Erbay, a.g.e., s. 34-35.

⁴⁰ Akşit, a.g.e., s. 104.

⁴¹ Kur'an-ı Kerim, Ahzâb, 33/58.

⁴² Kur'an-ı Kerim, Mâide, 5/8.

⁴³ Akşit, a.g.e., s. 104-105.

⁴⁴ İmam Abû Yusuf, a.g.e., s. 163; Akt.: Akşit, a.g.e., s. 105.

⁴⁵ İbn Teymiyye, *Macmu' Fatava*, XXVIII, Riyad-1381/1961, s. 379-380; Akt.: Akşit, a.g.e., s. 105.

⁴⁶ Akşit, a.g.e., s. 105.

⁴⁷ A.g.e., s. 106.

b. Duruşmada

Hâkimin huzurunda muhakeme sırasında, ne sanık ne de şahitlere suç ispat için baskı, tehdit yapılmaz. Bilâkis hâkim Hz. Peygamber (s.)'in "Elinizden geldiği kadar cezaları kaldırın." emrine uyar. Sanığa işkence ile zorlamakla suçunu itiraf ettirmek yerine meselâ, ikrar etmişse, ikrarının sıhhatini tahkike çalışır. Öte yandan, duruşma sırasında sanık sırf amme cezalarını gerektiren bir suç ikrar etmiş olsa bile ikrarından dönebilir ve cezası düşer. Hatta hırsızlığı ikrar ettikten sonra kaçarsa, el kesme cezası vermek üzere takip edilemez. Çünkü kaçma rücu' demektir; fakat tazir cezası verilmek üzere takip edilir. Belirtilim ki, mal sahibi davacı da hüküm verilip infaz olunmadan evvel, bu onun malıdır veya tanıklar yalan söyledi veya o benden çalmadı veya ikrarı batıldır, dese el kesme derhâl kalkar. Bütün bunlar, çok ağır olduğu o zaman da iyi bilinen recm, kısas ve el kesme gibi cezaların tatbikatını hafifletip insaf ve adalet duygusunu incitmemeye yönelmiş cezalardır.⁴⁸

Hâkim tanıklara da hiçbir baskı yapamaz. Bu konuda Hz. Peygamber (s.)'in şu hadisi hâkimin sadece söylenene göre hüküm vereceğini ifade eder: "Ben ancak bir beşerim. Hasımlar bana gelir. Sizlerden bazısı diğerine nazaran beni ikna etmede daha elverişli ve muktedir olabilir. Ben onun doğru söylediğini zanneder ve bununla hükmederim. Ben kimin lehine bir Müslümanın hakkını verecek olsam o ancak ateşten bir parçadır. Artık (ister) o ateşi alsın, ister terk etsin." Hâkimin suç ispat için şahitlere telkinatta bulunamaz. O, haddi kaldırmak için çare aramaya memurdur. Bu nedenle şahitlere, şahitlik ettikleri suçun mahiyetini, nasıl, ne zaman, nerede ve kiminle olduğunu sorar. Bir şüpheli nokta görürse haddi kaldırır. Sanığın yargılama sırasındaki hayatı ise dokunulmazdır. Hüküm verilmeden önce, duruşma sırasında, sanığı kasten öldüren bir adam, kısasen öldürülür. Hırsızlıktan yargılanmakta olan sanığın elini kasten kesenin eli, kısasin diğer şartları da varsa kısasen kesilir. Görülmektedir ki, İslam Ceza Hukukunda, zorla, baskıyla, işkence ile mutlaka suçluluğun ispatı ile cezalandırma amacı de-

ğil, tövbe ile iyi insan olması pek muhtemel olan suçluları, cezalardan kurtarma ve böylece uslandırma amacı güdülmektedir. Sanıkların canları her türlü ezadan, tecavüzdenden mäsundur.⁴⁹

c. İnfaz Sırasında

İnfaz sırasında da işkence yapmak, suçlu-yu hor ve hakir görmek yasaklanmıştır. Mesela, ölüm cezası, canın en kolay çıkacağı usulle yapılır. Hz. Peygamber (s.), "Allah Teâlâ her şeye karşı ihsanı (güzelliği, iyiliği) vacip kılmıştır. Bunun için öldürseniz o öldürmeyi güzel yapın." Burada öldürmeyi güzel yapmaktan kasıt, en kolay olanını ve en az acı verenini seçmektir.⁵⁰

Konumuz ile ilgisi olmaması dolayısıyla, ayrıca bir araştırma konusu olabilecek nitelikteki 'infaz sırasında işkence' hakkında bu kadar açıklamayı yeterli buluyoruz.

İSLAM HUKUKU'NDA HUKUKA AYKIRI YOLDAN ELDE EDİLEN DELİLLER (GAYRİMEŞRU DELİLLER)

Genel Olarak

Hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunu, muhakeme hukukunun en tartışmalı konularından birisidir. Ülkemizde 1990'lı yıllardan sonra yoğun bir şekilde tartışılmaya başlanan bu konu, Amerika Birleşik Devletleri'nde bir asırdan ve Kıta Avrupası'nda ise yarım asırdan fazla bir süredir tartışılmaktadır. Bu tartışmalar neticesinde ortaya çıkan görüş ayrılıkları temelinde birden fazla teori doğmuştur.

Söz konusu teorilerden *ilki* ve geleneksel olan, nasıl elde edildiğine bakılmaksızın elde edilen delillerin mutlak olarak değerlendirilmesini öngören kesin kabul yaklaşımıdır (mutlak kabul teorisi). *İkincisi*, ilk görüşün zıddı olarak, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin mutlak değerlendirme yasağına tâbi olmasıdır (mutlak değerlendirme yasağı teorisi). *Üçüncüsü* ise hukuka aykırı olarak elde

⁴⁸ A.g.e., s. 106-107.

⁴⁹ A.g.e., s. 107-108.

⁵⁰ A.g.e., s. 108.

edilen delillerin bazı durumlarda değerlendirilmesini, bazı durumlarda değerlendirilmesini öngören esnek yaklaşımdır (esnek yaklaşım teorisi) Dolayısıyla ilk iki yaklaşımı katı yaklaşım olarak değerlendirirsek, katı ve esnek yaklaşımlar olmak üzere temelde iki görüşün olduğunu söylemek mümkün olacaktır.⁵¹

Bu teoriler ışığında Kıta Avrupa'sı, Anglo-sakson ve Anglo-Amerikan hukuk sistemlerini değerlendirdiğimizde, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat hukukundaki değeri konusunda ortak bir yaklaşımın mevcut olmadığını görmekteyiz.

1. Fransa Hukuku

Mağdur ceza yargılamasında, medeni yargılamadan farklı olarak, elinde mevcut tüm delilleri yargılamada delil olarak gösterebilmektedir. Yani ceza yargılamasında, hukuka aykırı bir davranış ile elde edilen deliller de kullanılabilir. Ceza yargılamasına ilişkin bu kabul tarzı, medeni yargılamada iki açıdan önem taşıyacaktır. Birincisi, suç mağduru, doğrudan doğruya ceza yargılamasında medeni hukuk taleplerini ileri sürebilecektir. İkinci olarak, ceza hâkiminin tespitleri, akabindeki olası medeni yargılamada bağlayıcı etkiye sahip olacaktır. Yani hukuk hâkimi, ceza mahkemesi kararındaki tespitlerle ve böylece bu karara dayanak teşkil eden delil incelemesi sonuçları ile de bağlıdır. Bu durumda, cezalandırılabilir fiillerin ispatı söz konusu olduğunda, medeni yargılamadaki delili kullanma yasağı geçerli şekilde aşılmıştır. Bu yaklaşım biçimiyle Fransa, medeni yargılama hukukunda prensip olarak mutlak değerlendirme yasağı teorisini benimserken, ceza yargılamasında mutlak kabul teorisini kabul etmektedir; ancak medeni yargılamada bu yasak, belirtilen şekilde aşılabilmektedir.⁵²

⁵¹ Muammer Çınar-Halime Baş, "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı ve Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları-Birikimler I*, İstanbul, 2003, s. 422-423.

⁵² Evren Kılıçoğlu, "Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 72-73.

2. Almanya Hukuku

Anayasa madde 1, 2, 4'e aykırılık delil-ispat yasağını ortaya çıkarır. Medeni yargılamada, anayasaya aykırılık sonucu delil ya külliye değerlendirilmeyecek veya uygunluk prensibine binaen menfaat denkleştirilmesi sonucu istisnaen kullanılacaktır.⁵³ Ceza yargılamasında ise kanunda gösterilen ve içtihatla yasaklanma hâlleri dışında "hukuka aykırı delillerin" değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunu Alman Federal Mahkemesi tarafından "sanık hakları teorisi" çerçevesinde çözümlenmektedir. Buna göre, delillerin elde edilmesiyle gerçekleşen hukuka aykırılığın sanığın haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakılmaktadır.⁵⁴ Almanya bu yaklaşımıyla prensip olarak mutlak değerlendirme yasağı teorisini benimsemiştir.

3. İtalya Hukuku

Prensipte Anayasa'ya aykırı olarak elde edilmiş delilin değerlendirilmesi kabul edilmemektedir. İtalyan doktrinine göre, Anayasa madde 13 II, sadece ceza muhakemesinde kanuna aykırı bir şekilde delil teminini yasaklamıştır, Medenî Usul Hukukunda bu konuda bir sınırlama getirilemez.⁵⁵

İtalyan CMUK'daki düzenlemeler ile Türk Hukuku'ndaki ilgili düzenlemeler benzerlik göstermektedir. Aynı şekilde İtalyan CMUK madde 191'ye göre de "kanuna aykırı elde edilen deliller" bakımından mutlak bir değerlendirme yasağı söz konusudur.⁵⁶

4. Türk Hukuku

Yapılan son değişiklikler neticesinde, hem medeni yargılamada hem de ceza yargılamasında mutlak değerlendirme yasağı teorisi benimsenmiştir.

⁵³ M. Kamil Yıldırım, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990, s. 243.

⁵⁴ Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, Ankara, 1977, s. 23.

⁵⁵ Yıldırım, a.g.e., s. 244.

⁵⁶ Cumhuriyet Şahin, *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara, 1994, s. 97.

5. ABD Hukuku

Medeni yargılamada, Anayasa'ya aykırı olarak elde edilmiş delilin değerlendirilmesi hakikati bulmaya öncelik verilmek suretiyle kabul edilmektedir.⁵⁷ Ceza yargılamasında ise mutlak değerlendirme yasağı uzun süredir kabul edilmektedir, bu yasağın kabul edildiği ilk dava ise Boyd v. United States idi.⁵⁸

6. İngiliz Hukuku

Medeni Usul Kurallarının (CPR) kabulünden önce mevcut olan hukuka aykırı delillerin kullanılması yönündeki kesin tavrın, reform sonrası bu konuda hâkime takdir yetkisi verilmesi suretiyle daha esnek hâle geldiği gözlemlenmektedir.⁵⁹ Ceza hukukunda ise ilke olarak ikrar (ve belirli durumlarda belge) dışındaki bütün deliller, hukuka aykırı ya da adil olmayan şekilde elde edilmiş olsalar da muhakemede kullanılabilirler. Bununla birlikte, mahkeme kararlarında bir delilin hukuka aykırı ya da dürüst olmayan bir şekilde elde edilmiş olması hâlinde kullanılmayacağına ilişkin hâkimlik yetkisi geliştirilmiştir.⁶⁰

Kıta Avrupası ve diğer hukuk sistemleri açısından kısaca yapılan bu değerlendirmenin ardından şimdi sorabiliriz:

İslam Hukuku'nda, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat hukukundaki değeri nedir?

Öncelikle belirtelim ki, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin İslam İspat Hukukundaki değeri mevzuunda daha önce yazılmış herhangi bir eser ya da yapılmış ça-

lışma bulunmamaktadır. Ancak bilindiği gibi, bu konu bugün bütün dünyada tartışılmakta ve uzun yıllardır bu probleme karşı alınmış istikrarlı bir tavır da bulunmamaktadır. Dün mutlak kabul teorisini benimseyen bir hukuk sistemi, bugün meseleye bakış açısını yumuşatarak esnek yaklaşım teorisini benimseyebilmektedir. Öte yandan, medeni yargılamada ve ceza yargılamasında aynı hukuk sisteminde farklı teorilerin kabul edildiği de görülebilmektedir. Bu itibarla, önemli bir sorun hâline gelen hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat hukukundaki değeri tartışmasında bugün, İslam Hukuku'nun da bakış açısına ve köklü sistemiyle vereceği cevaba ihtiyaç duyulmaktadır. Şu hâlde, bu konuyu düzenleyen özel bir hükmün mevcut olmaması sebebiyle, mevcut olan umumi kaidelerden yola çıkarak hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin İslam ispat hukukundaki değeri meselesine ışık turalım.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, İslam muhakeme hukukunda, medeni muhakeme ve ceza muhakemesi diye bir ayrıma gidilmemiştir. Âlimler medeni muhakeme ve ceza muhakemesi ayrımı yapmamışlar; ancak bu ayrımın daima farkında olmuşlardır. Bu iki muhakeme hukukunun müşterek taraflarının daha çok olduğunu göz önüne alarak, bunları ayrı ayrı bölümler hâlinde incelemek yerine aynı bâb veya kitapta tetkik etmişler ve yer geldikçe her iki yargılamanın ayırıcı özelliklerine ve farklarına işaret ederek her iki grubun ya da her bir dava türünün özelliklerine uygun hükümlere kitaplarında yer vermişlerdir.⁶¹

Delil Sistemleri

İspat kuvvetleri açısından deliller, kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bu ayrıma göre, *kesin deliller* hâkimi bağlayıcı niteliktedir. Muhakemenin seyri esnasında ispat külfeti ile yüklü olan taraf, kesin delille bir vakıayı ispat edince, hâkim artık o vakıayı ispat edilmiş kabul

⁵⁷ Yıldırım, a.g.e., s. 243.

⁵⁸ 116 U.S. 616, 6 S.Ct. 524, 29 L.Ed. 746(1886); Jerold H. Israel-Yale Kamisar-Wayne R.LaFave, *Criminal Procedure and The Constitution, Leading Supreme Court Cases and Introductory Text*, 1991 Edition, West Publishing Co. St. Paul, Minn., 1991, s. 403 vd.; Vahit Bıçak, *Improperly Obtained Evidence (A Comparison of Turkish and English Law)*, Ankara 1996, s. 113; Mahmut Koca, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı", *AÜEHFD*, C: IV, S: 1-2 (2000), s. 117

⁵⁹ Kılıçoğlu, a.g.t., s. 79-80.

⁶⁰ Özgün Öztunç, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

⁶¹ Abdülaziz Bayındır, *İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1986, s. 49-50; Halil Cin-Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi (Kamu Hukuku)*, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya, 1989, s. 331.

etmek mecburiyetindedir. Kısaca kesin delil karşısında hâkimin takdir hakkı yoktur. *Takdiri deliller* (vicdani delil sistemi-delil serbestisi ilkesi) ise hâkim tarafından serbestçe değerlendirilir ve hâkimin takdir süzgecinden geçtikten sonra hükme esas alınır. Takdiri delil sisteminin dikkat çeken üç neticesi vardır:⁶²

1. Takdiri delil sisteminde hâkim, ikame edilen her delili incelemeye mecbur değildir. Ancak dava konusu vakiyaya delalet ettiği için, o hususta hakikatin ortaya çıkmasına yardımcı olacağına inandığı delilleri inceleyebilir.
2. Takdiri delil sisteminde ikinci önemli sonuç, her ispat vasıtasının takdiri delil olabilmesidir. Hâkim uyuşmazlık konusu maddi olayı hakikatin aydınlığına çıkaracak bütün izleri delil olarak kabul edebilir. Hatta hâkim bu yolda maddi kurallardan yararlandığı gibi sosyolojik ve psikolojik kurallardan da yararlanabilir. Hâsılı hâkim maddi problemin çözülmesi yolunda dikkatini celbeden her türlü delil, beyan ve izleri mantık süzgecinden geçirerek elde edeceği kanaat doğrultusunda hükmünü tesis edecektir.
3. Takdiri delil sisteminin üçüncü önemli özelliği, hâkimin hiçbir takdiri delili kabule mecbur olmadığı hususudur.

İslam Hukuku'nda hangi delil sistemi kabul edilmiştir?

İslam Hukuku'nda kanunî delil sisteminin mi, takdiri (vicdani) delil sisteminin mi hâkim olduğu konusunda araştırma yapanlar, bu konuda her iki delil sistemine de uygun görüşlerin bulunduğunu hemen fark edebilirler. Bazı araştırmacıların da belirttiği gibi cumhur-u ulemanın delil sistemine ilişkin söyledikleri ve savduklarına baktığımızda, doktrinde kanunî delil sisteminin hâkim olduğu görünür.⁶³

⁶² Erbay, a.g.e., s. 48-50.

⁶³ Muhammed Abdullah Muhammed Şenkiti, *Teâruzu'l-Beyyînât fî Fik-hi'l-İslâmî*, Riyad, H. 1412, s. 44 vd.; M. Salih Yavuzer, *İslam Yargılama Usulünde Deliller ve Takdir*, (Basılmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1985, s. 244; Akt.: Sahip Beroje, "İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar", Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 1999, s. 98-99.

Çünkü âlimlerin çoğu ispata dair delilleri belirli şekillerle sınırlandırmışlardır; hatta dava konusu ile ilgili kabul edilmiş muayyen delillerden daha kuvvetli de görülse, hâkimde kesin kanaat de oluştursa, hâkim yine bunun dışındaki delillerle hükmedemez.⁶⁴ Cumhur bu görüşünde nasların bazı delillere atfettiği ispat değeri ile takdiri delillerin yanlış takdir edilmesi durumunda sebep olacakları zulüm ve haksızlık esasından hareket etmişlerdir. Bu bakış açısından hareket eden cumhur-u ulema, delillerin kapsamını oldukça daraltmıştır.⁶⁵

Cumhurun görüşü böyle olmakla birlikte bilhassa İbn Kayyim'e göre, delillerin sınırlandırılmayacağına esasen, hakikati ortaya çıkarabilmesi ve adalete ulaşılabilmesi için hâkime takdir hakkını kullanarak her türlü delile başvurabilme yetkisi verilmelidir. Hâkim, hakikati ortaya çıkaracak deliller vasıtasıyla taraflar arasında çıkan uyuşmazlığı araştırıp hükme bağlayacaktır. Eğer deliller yeterli değilse hâkime delil üretme imkânı ve mevcut delilleri değerlendirme; yani takdir yetkisi verilmelidir. Mesela kanun ispat hususunda cezada, iki istisna dışında genelde iki şahidin şahadetini şart koşmaktadır. Şayet elimizde olayın tek görgü tanığı varsa ve bu tanık doğruluğu ile maruf bir kişiye, hâkim takdir yetkisini kullanarak hüküm tesis edilmelidir. Bu görüşün hararetli savunucusu olan İbn Kayyim, Hz. Peygamber (s.)'in uygulamasından da birtakım örnekler verir. Nitekim Hz. Peygamber bir müşrikin öldürülmesi hadisesinde doğruluğu ile maruf Ebu Katâde dışında şahit bulunmaması karşısında bir şahitle yetinilmesine muvafakat etmişti. İbn Kayyim'e göre, hâkimin şahit beyanlarıyla bağlı kalıp, bugünkü adlandırmayla kendini kanuni delillerle sınırlandırılmış sayarak, maddi hakikati gün ışığına çıkaracak olan delillere başvuramaması, İslam Hukuku'nun ulaşmayı hedeflediği "hakikat" ve "adalet" ilkelerine ters düşer. Başta İbn Kayyim olmak üzere bu ekole mensup fakihlere göre hâkim kesin delillerle bağlı olmaksızın maddi hakikati ortaya çıkaracak tarzda her türlü delilden yararlanabilmeli

⁶⁴ Abdulâlâ Rekbân, *en-Nazarîyyetü'l-Amme li İsbâtü'l-Mücibati'l-Hudûd*, Müessesetü'r-Risale, Beyrut, 1981, s. 179; Akt.: Beroje, a.g.t., s. 99.

⁶⁵ Beroje, a.g.t., s. 99-100.

ve bu şekilde elde etmiş olduğu belirleyici dokümanlarla taraflar arasındaki uyumsuzluğu çözüp hükme bağlayabilmelidir.⁶⁶ Eserleri incelendiğinde görülmektedir ki, İbnu'l-Kayyim had suçları hariç diğer suçlar açısından tam bir delil serbestisi ilkesiyle hareket etmektedir.⁶⁷ Ferdin çıkarı ve toplumun âli menfaatleri ancak bu şekilde korunabilir. Aksi takdirde hakikat gizli kalır, adalet ise körelir.⁶⁸

Günümüzde konuyla ilgilenen araştırmacıların büyük çoğunluğu⁶⁹ İbn Kayyim'in görüşlerini benimserken, cumhurun görüşünü savunanlar⁷⁰ da vardır.

İslam Ceza Muhakemesi Hukukunda nasıl bir delil sisteminin öngörüldüğünün daha sıhatli tespit edilebilmesi için, İslam'ın suça bakış açısından hareket etmek gerekmektedir. İslam Ceza Hukukunda suçlar kul hakkı ve Allah hakkı diye iki ana kategoride ele alınmaktadır. Zararı direkt gerçek şahıslara yönelik olan adam öldürme, yaralama ve hakaret gibi suçlar kul hakkı olarak kabul edilmiş ve Hakku'l-İbâd [kul hakkı] adı verilmiştir. Zararı belli şahıslara yönelik olmaksızın Şari'in toplumu korumak için haram kıldığı zina, hırsızlık, terör ve içki içme gibi fiillerin irtikâbindan doğan suçlar Allah haklarının çiğnenmesi olarak kabul edilmiş ve bunlara Hududullah adı verilmiştir. Bu suçlar için tayin edilen cezalara had cezaları denmiştir.⁷¹

Bu ayrımın konumuz açısından önemi şudur: her şeyden önce İslam Ceza Hukukunun suç telakkisi günümüz ceza hukukunun suç telakkisinden farklıdır. İslam'ın Allah hakkı olarak tanımladığı suçlar modern hukukta ya suç olarak kabul edilmemekte ya da sınırlı ve özel şartlarda suç sayılmaktadır. Söz gelimi içki içme suç kabul edilmediği gibi, zina da ancak belli şartlarda suç olarak kabul edil-

mektedir. Bu farklı bakış açısının delil sisteminin tespitine de etki ettiği görülmektedir. Zira İslam Ceza Hukukunda had olarak isimlendirilen suçlar için genelde ağır cezalar takdir edilmiş; ancak suçun ispatı için kuvvetli delillerin bulunması şart koşulmuştur. Bununla da yetinilmemiş en ufak bir şüphenin bulunması durumunda bu tür suçlara ait cezaların düşürülmesi emredilmiştir. İslam âlimleri bu tür naslardan hareketle had cezası gerektiren suçlara şahit olanların suçu ihbar etmek yerine setretmelerinin daha uygun olduğunda ittifak etmişlerdir. Bunun yanında İslam had cezalarının uygulanması konusunda fazla ısrarlı davranmamıştır. Zira bu tür suçların etkisi umumi ve yıkıcı olduğu için İslam caydırıcı olması açısından son derece zecri cezalar tayin etmiştir. Bunlar Allah hakkı ile ilgili cezalar olduğu için sübutunda en ufak bir şüphe kalmaması istenmiştir. Çünkü sübuttaki en ufak bir yanılma haksız yere bir canın veya organın telefı ile neticelenebilir. Bundan geri dönüş de mümkün değildir. Ayrıca bu suçlarda zarar gören belli şahıslar olmadığı için sanıkların cezalandırılması şahsi bir husumetin doğmasına da yol açmaz. Suç, kul ile Allah arasında kalır.

Had cezalarının bu özelliklerinden konumuz açısından çıkaracağımız neticeler şunlardır: Had cezalarında temel hedef maddi gerçeğe ulaşmak suretiyle suçluyu bulup cezalandırmak değil, suçu kesin olarak ispat edilmiş suçluyu ağır şekilde cezalandırıp cezanın caydırıcı yüzünü göstermektir. Bu açıdan kovuşturma mecburiyeti ikinci planda kaldığından takdiri delil sistemine fazla ihtiyaç duyulmamaktadır. Cezaların zecri olması ve belli şahısları ilgilendiren yönünün bulunmaması açısından mümkün olduğu kadar kanuni delillere dayanmak, bu suçlar için tayin edilmiş suç politikasına daha uygundur.⁷²

Kul hakları ile ilgili suçlara gelince; bu suçlar hem toplumu direkt huzursuz etmekte, hem de suç mağduru gerçek kişiler olmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu tür suçlarda gerçek kişiler birinci derecede mağdur olarak kabul edilmektedir. Ancak gerçek kişilere karşı işlenen suçlardan toplumun da dolaylı olarak zarar gördüğü göz ardı edilmemelidir; dolayısı

⁶⁶ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmül'l-Muvakkûn an Rabbi'l-Alemîn*, I, Kahire 1955, s. 101 vd.; Akt.: Erbay, a.g.e., s. 51-52.

⁶⁷ Beroje, a.g.t., s. 100 vd.

⁶⁸ İbn Kayyim, a.g.e., s. 103; Akt.: Erbay, a.g.e., s. 52.

⁶⁹ Beroje, a.g.t., s.102; ayrıca bkz.: Röportaj; Erbay, a.g.e., s. 53 vd.

⁷⁰ Bayındır, a.g.e., s. 142; ayrıntılı bilgi için bkz.: Beroje, a.g.t., s. 102 vd.

⁷¹ Ali Bardakoğlu, "Ceza", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, VII, İstanbul, 1993, s. 473.

⁷² Beroje, a.g.t., s. 107-108.

ile toplum da suçun ikinci derecede mağduru olarak kabul edilmektedir. Hem suç mağduru hem de toplum, failin bulunup cezalandırılması beklentisi içerisinde. Bu tür suçlarda ceza muhakemesinin hedefi suçluyu bulup hak ettiği cezaya çarptırılmasını sağlamaktır. Burada mahkemenin maddi gerçeğe ulaşmasını kolaylaştırmak için muhakeme hukukunu ağırlıklı olarak takdiri delil sistemi esasına göre yapılandırmak, İslam'ın suç politikasının tabii bir gereğidir. Ancak burada da ikrar, iki adil şahit, kesin bilirkişi raporları, kesin karine-ler gibi Kur'an ve Sünnetin ispat aracı olarak kabul ettiği bazı kuvvetli delilleri kanuni delil kapsamına alıp hâkimin bu delillerle ilgili takdir hakkını sınırlandırma veya somut nedenlere bağlamanın; hem nasların amir hükmünü yerine getirmek hem de hukukî emniyet ve muhakeme işlemlerinin fazla uzamaması açısından daha adil olacağı aşikârdır. Takdiri delil sisteminin mahzurlarını azaltmanın bir yolu da nasların gösterdiği doğrultuda objektif kanuni deliller bulabilmektir. Bununla beraber, bu tür suçlarda hâkim kanuni deliller bulamazsa İbnü'l-Kayyim ve bu ekole mensup fakihlerin de üzerinde durduğu gibi maddi gerçeğe ulaşmalarını kolaylaştırmak için hâkimlere her türlü veriyi delil olarak dikkate alma ve değerlendirme hakkı verilmelidir. Bu suçlar açısından Kur'an ve Sünnet'te delillere bir sınırlandırma getirilmemiş olması, Hulâfa-i Raşidin ve sonraki meşhur kadıların bu suçların araştırılmasında Kur'an ve Sünnette zikredilmeyen birçok delili ispat aracı olarak kullanmaları bu suçlarda hâkime geniş bir takdir yetkisinin verildiğini göstermektedir.⁷³

Delillerin sınırlandırılmamasını öngören sistem içerisinde hem ceza muhakemesi hukukunun esas gayesi olan maddi hakikate ulaşmak kolaylaşmakta hem de delil takdirinde en ufak bir şüphe bulunması durumunda "şüpheden sanık yararlanır" ilkesinden hareketle hiçbir sanığın haksız yere cezalandırılmaması azami ölçüde sağlanabilmektedir.⁷⁴

Kabul edilen delil sisteminin, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat hukukundaki değeri meselesine etkisi nedir?

⁷³ A.g.t., s. 108-109.

⁷⁴ A.g.t., s. 106. Benzer görüş için bkz.: Erbay, a.g.e., s. 53-54.

Bahsi geçen mesele ile delil sistemleri arasında kuvvetli bir bağ bulunmaktadır; zira vicdani delil sisteminin kabul edilmesi hâlinde, bu sistemin ikinci önemli sonucu gereğince hiçbir biçimde delillere sınırlama getirilemeyecek, hâkim bütün delilleri değerlendirerek hükmüne esas yapabilecektir. Kanuni delil sisteminde ise delillere sınırlama getirilebilir.

İslam Hukuku'nda kabul edilen delil sistemi meselesinde ise günümüzdeki araştırmacıların büyük çoğunluğunun, İbnü'l-Kayyim ve bu ekole mensup diğer fakihlerin görüşlerine dayanarak vardıkları netice, İslam Hukuku'nun hakikate ve adalete bakış açısını daha iyi yansıtmaktadır. Şu hâlde, had suçlarında kanuni delil sistemi mevcutken; kısas suçlarında ağırlıklı olarak, tazir suçlarında ise tamamen vicdani delil sistemi geçerlidir.⁷⁵ Takdiri delil sisteminin geçerli olduğu hâllerde hukuka aykırı delillerin kabulü bakımından bir tartışma yapılmayacaktır; zira daha önce bahsedildiği gibi takdiri delil sisteminin geçerli olduğu bir sistemde delillere hiçbir biçimde sınırlama getirilemeyecektir, hâkim bütün delilleri hükmüne esas alabilecektir, bu gayri-meşru şekilde elde edilen bir delil dahi olsa. Kanunî delil sisteminin kabul edildiği had cezasını gerektiren suçlarda ise bu meseleye ilişkin bir tartışmanın yapılması icap etmektedir.

Umumi Kaide

İslam Hukuku'nda umumi bir kaide mevcuttur. Bu kaideye göre, hükme esas olacak bir delilin nasıl elde edildiği değil, sahih olması mühimdir. Eğer söz konusu delil, sıhhatliyse, maddi gerçeği yansıtıyor ise nasıl elde edildiğine bakılmaksızın hükme esas alınabilecektir. Şöyle ki; bir adamın hırsızlığı evine baskın yapılarak tespit edilmişse, tecessüsün⁷⁶ haram olması sebebiyle⁷⁷ takip edilen

⁷⁵ Beroje, a.g.t., s. 109; ayrıca bkz.: Röportaj; Eserleri incelendiğinde İbnü'l-Kayyim'in da had suçları hariç diğer suçlar açısından delil serbestisi ilkesiyle hareket ettiğinin görülmesi hakkında bkz.: Beroje, a.g.t., s. 100 vd.

⁷⁶ Tecessüs fiili, İslam Hukuku'na göre yasaklanmış bir fiildir. Nitekim yüce Allah bu konuda; "Ey iman edenler, zannın çoğundan kaçın çünkü zannın bir kısmı günahtır. Birbirinizin kusurunu araştırmayın, biriniz

usul, hukuka aykırı olur. Bundan dolayı bunu yapanlara ceza verilir; fakat elde edilen delil yok sayılmaz, yani hırsızlık tahakkuk etmişse, o adam hırsızdır.⁷⁸

Konumuz açısından bu umumi kaide ile vardığımız netice ise şudur: Vicdani delil sisteminin ağırlıklı olarak geçerli olduğu kısas ve tamamen geçerli olduğu tazir suçlarında, kabul edilen delil sistemiyle değerlendirilmesine müsaade edilen hukuka aykırı deliller, umumi kaide dolayısıyla da değerlendirmeye açık olacaktır.⁷⁹ Her iki yönden de bu suçlarda hukuka aykırı şekilde edilen delillerin ispat kuvveti mevcuttur.

Belirtelim ki, had cezasını gerektiren suçlarda da bahsedilen umumi kaidenin uygulanması mümkündür; bununla birlikte kanuni delil sisteminin kabul edildiği had cezasını gerektiren suçlarda, bahsettiğimiz umumi kaideye istisna teşkil edebilecek nitelikte hususi bir hâl mevcuttur. İslam Hukuku'nda suçlar, yukarıda da belirttiğimiz gibi, ihlal ettikleri haklara göre ikiye ayrılırlar: Allah'ın haklarını ihlal eden suçlar [hukukullah] ve kulların haklarını ihlal eden suçlar [hukuk-u ibâd]. Yine daha önce de bahsedildiği üzere, hukukullah'ı ihlal eden fiiller, ancak fiilin aleniyete intikal etmesi hâlinde suç teşkil ederler; aleniyete intikal etmemesi hâlinde ise farklı bir değerlendirmeye tâbi tutulacaklardır. Bir fiilin günah ve suç boyutu olmak üzere iki boyutu vardır. Hukukullah'ı ihlal eden bir fiilin işlenmesiyle, fiilin günah boyutu cereyan eder; ancak fiil aleniyet kesp etmemişse, aynı fiilin suç boyu-

tu cereyan etmez. Artık burada suçtan değil, dinî bir kavram olan günahtan bahsedilir. Allah haklarını ihlal eden tazir suçlarında da durum böyledir.⁸⁰

Aleni olarak işlenmeyen bu tür fiillerden elde edilen hukuka aykırı deliller ise, aleni olarak işlenmeyen Allah hakkını ihlal eden fiilin suç teşkil etmemesi dolayısıyla, delil olarak kullanılamayacaktır; çünkü suç olmayan bir fiilin, gayrimeşru yollarla öğrenilerek suç hâline getirilmesi kabul edilemez. Ancak suç, aleni olarak işlenmişse ve ispat vasıtalarının öğrenilmesi için gayrimeşru yollara tevessül edilmişse ve bu yollarla delil elde edilmişse, İslam Hukuku'nda bu deliller hükme esas alınabilecektir.⁸¹

Meselenin bu noktasında önem arz eden şu hususa da dikkat etmek gerekir: Hukukullah'ı ihlal eden ve aleniyete intikal etmemiş bir fiile dair elde edilen delil, tesadüfen elde edilen bir delilse, fiilin aleniyete intikal ettiği kabul edilir ve söz konusu fiil suç teşkil eder. Bu durum, elde edilen delilin de değerlendirilebileceği sonucunu doğurur.⁸²

Bu konu, Hukukullah'ı ihlal eden suçlarda bu şekildedir; yoksa hukuk-u ibâd'ı ihlal eden suçlarda umumi kaide geçerli olup, delilin sahih olması yeterlidir. İslam Hukuku'nda suçlarda yapılan bu ikili ayırım, geçtiğimiz bölümde de bahsettiğimiz gibi, şahitlikte⁸³ dahi kendisini göstermektedir.

diğerinizi arkasından çekiştirmesin, biriniz ölmüş kardeşinin etini yemekten hoşlanır mı? (Hucurat, 49/12) buyurmaktadır. Bu konuda Rasulullah (s.) da şöyle buyurur; *"Kötü zanda bulunmaktan kaçınınız. Çünkü zan, sözlerin en yalanıdır. Birbirinizin gizliliklerini araştırmayınız. Birbirinizi teccüss etmeyiniz, ey Allah'ın kulları birbirinizle kardeş olunuz."* (Buhari; Nikah 45, Feraiz 2) buyurmaktadır.

⁷⁷ Muhammed Ebu Zehra'ya göre, işlenmiş bir suçun delillerini araştırmak, teccüss kavramına girmemektedir. Aksi takdirde, insanların kanının boşa akacağını, mallarının ve hukukunun zayı olup ortadan kalkacağını ve İslam'ın öngörmüş olduğu hisbe görevinin ihmal edilmiş olacağını ifade etmektedir. (Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*, Çev.: İbrahim Tüfekçi, Kitabevi, İstanbul, 1994.)

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.

⁷⁹ Allah haklarını ihlal eden tazir suçlarına ilişkin istisnai durumdan ileride bahsedilecektir.

⁸⁰ Daha geniş bilgi için bkz.: Akman, a.g.e., s. 20; ayrıca bkz.: Röportaj.

⁸¹ Bkz.: Röportaj.

⁸² Bkz.: Röportaj.

⁸³ İslam Hukuku'nda, bir ispat vasıtası olarak Kur'an, Sünnet ve icmâ ile sabit olan şahitlik, bir kamu görevidir. Şahidin, uyuşmazlık konusu olayla ilgili olarak bildiklerini gizlememesi; aksine mahkeme önünde açıkça beyanda bulunması gerekir. Nitekim Kur'an-ı Kerim'de, *"...Şahadetini Allah için yapın..."* (Talâk 65/2), yine *"...kendiniz, ana-babanız ve akrabanız aleyhinde de olsa Allah için şahitlik eden kimseler olun..."* (Nisa 4/135) şeklindeki beyanlarında yer alan "Allah için" tarzındaki tasrih ve tasvirleriyle şahitlik müessesesinin bir kamu hukuku müessesesi olduğunu ve kamu nizamını yakından alâkadar ettiğini, aynı zamanda kamu görevi niteliği taşıdığını ilân etmiştir. Yine İslam Hukuku'nun ikinci teşri kaynağı, en iyi şahidi, huzur ve celbi için davet beklemeden bildiklerini mahkemeye resen arz eden kişi olarak tanımlamıştır. Ancak genel kaide bu olmakla beraber, had cezasını

Netice itibariyle şuna dikkat etmek gerekir ki; suçların ihlal ettiği haklara göre ayrımı sonucunda, tâbi olduğu delil sistemi ve umumi kaide uyarınca hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kullanılabilmesi tazir suçlarında da bu mesele bakımından bir istisna mevcut olmaktadır. Kul haklarını ihlal eden suçların ispatında hukuka aykırı yoldan elde edilen deliller kullanılabilirken; tazir suçlarının kapsamına girebilecek nitelikteki Allah haklarını ihlal eden fiilin aleniyete intikal etmemesi hâlinde, söz konusu fiilin suç teşkil etmemesi sebebiyle, bu fiile ilişkin elde edilen hukuka aykırı delil değerlendirilemeyecektir.⁸⁴

İşkence ile Elde Edilen Deliller

İşkence ile elde edilen deliller konusunu işkence ile elde edilen sübjektif delil [ikrar] ve işkence ile elde edilen objektif deliller olmak üzere ikiye ayırarak incelemekte fayda vardır.

1. İşkence ile Elde Edilen Sübjektif Delil (İkrar)

Suçunu ikrar eden sanık [mukır] üzerinde her türlü baskı, işkence ve kötü muamele ikrarın geçerliliğini bozar. İkraha sonucu ikrarın ceza yargılamasında delil olarak kullanılmasının kaynağı Hz. Muhammed'in "*Benim ümmetimden yanılma, unutma ve ikrah olundukları hususların sorumluluğu kaldırılmıştır.*"⁸⁵ hadisidir. Mecelle, medeni yargılama hukukunda da aynı ilkeyi yasalaştırmıştır: "İkrarda mukırın rızası şarttır. Binâenaleyh cebr ve ikrah ile vâki olan ikrar sahih olmaz." (madde 1575).

İslam Hukuku'nda, yargılamada, ne sorgu ne duruşma ne de infaz sırasında işkence yoktur. Uygulamalarıyla da bunu gösteren Hz. Ömer (r.), "İşkence, tehdit, hapis yoluyla

kendi aleyhine ikrarda bulunan adamın bu aleyhine itirafına güvenilmez." demiştir.

Hâkimin huzurunda muhakeme sırasında, ne sanık ne de şahitlere suçu ispat için baskı, tehdit yapılmaz. Aksine hâkim Hz. Peygamber (s.)'in "*Elinizden geldiği kadar cezaları kaldırın.*" emrine uyar. Sanığa işkence ile zorlamayla suçunu itiraf ettirmek yerine meselâ, ikrar etmişse, ikrarının sıhhatini tahkike çalışır. Kadı sanığı ikrara zorlamamalıdır. Kadının ikrarı ve zorlaması sonucu elde edilen ikrara binaen hüküm tesis edilmiş ve bedeni bir ceza infaz edilmişse, kadı, sonu kısasa kadar gidebilecek ağır bir sorumluluk altına girer.⁸⁶

İslam Hukuku'nda yer alan umumi kaide gereği hükme esas alınacak delilin sıhhatli olması aranır. İşkence ile elde edilen delilin sübjektif bir delil, ikrar, olması durumunda söz konusu delil gerçeği yansıtamayacağından, sıhhatinden; yani sahih bir delilden bahsedilemez. Şu hâlde işkence ile elde edilen ikrarın geçerli olmayacağı sonucuna umumi kaidenin aradığı sıhhat şartı ile de ulaşılabilmektedir. Bununla birlikte, İslam Hukuku'nda delil tanımı ile de aynı sonuca varmak mümkündür. Buna göre delil, maddi hakikati açık şekilde ortaya koyan ispat vasıtalarına denir. İşkence ile elde edilen ikrarın ise maddi hakikati yansıtabilme kabiliyetini haiz olmadığı açıktır.

2. İşkence ile Elde Edilen Objektif Deliller

İşkence ile elde edilen objektif delillerin sıhhatinin, işkence ile bozulması mümkün olmayacağından, bu tür deliller işkence ile elde edilmesi hâlinde de ispat kuvvetlerini korurlar. Yani işkence ile elde edilen silah, senet gibi objektif deliller, muhakemede delil olarak kullanılabilir.⁸⁷

Bahsettiğimiz bu genel tutuma rağmen özellikle hırsızlık suçunda çalınan malın bulunması ve suç ortaklarını söyletmek için sanığa işkence yapılabileceğine dair bazı hukukçuların görüşleri mevcuttur. Son dönem fukahasından İbn Âbidin bunlardan biridir. Dede

gerektiren suçlarda şahitlik yapmamak efdaldır. (Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj).

⁸⁴ İslam Hukuku'nda mevcut olan umumî kaide hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.

⁸⁵ Buhari, "Hudûd", 22; Ebû Dâvûd, "Hudûd", 17; Dârimî, "Hudûd", 1; ayrıntılı bilgi için bkz.: Erbay, a.g.e., s. 199.

⁸⁶ Akman, a.g.e., s. 64, 81.

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.

Cöngî Efendi'nin ünlü eserini tercüme eden Osmanlı Devleti'nin 106. şeyhülislâmı Mehmed Arif Efendi (1791-1858) müteahhirîn Hanefî ulemasının hırsıza işkence ve kötü muamele yapılabileceği yönündeki içtihatlarına açıklık getirmiştir: "Mütercim-i fakir der ki, gaflet olunmaya ki sârıkın mükrehen sıhhat-i ikrarıyla bazı müteahhirîn fetvâları ancak tazmin-i mal hususundadır. Amma kat-ı yed hususunda ikrar-ı mükrehin adem-i sıhhati müt-tefekunaleyh-i cumhurdur."⁸⁸

Yukarıda bahsi geçen ihtilaflı meselede, müteahhirîn Hanefî ulemasının hırsıza işkence ve kötü muamele yapılabileceği hususundaki içtihatlarının, sadece çalınan malın tazminine ilişkin olduğu belirtilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken iki önemli nokta şudur: *Birincisi*, işkence ve kötü muamelenin şüpheli ya da sanığa değil hırsıza yapıldığı; *ikincisi* ise bu meselenin ihtilaflı olduğu hususudur.⁸⁹

Osmanlı kanunnamelerinde de işkenceyle ilgili çok sayıda hüküm mevcuttur. Bunların tetkikinden özellikle hırsızlık yaptıklarından şüphelenilen sabıkalı ve "kendi hâlinde olmayan" zanlılara karşı suç ortaklarını ya da çalınan malın yerini söyletme için işkence yapıldığı anlaşılmaktadır.⁹⁰

Kanunname maddelerinde işkence ile elde edilen itirafın yeterli olmadığı, karinelerin de bunu desteklemesi gerektiğinin belirtilmesi önemlidir:⁹¹

"Ve hırsız tâifesi işkencede ikrar etse ikrarından gayri alâim dahi delalet ederse ol ikrar muteber ola."

"Ve bir kimsenin elinde veya evinde uğurluk nesne bulunsa satun aldı ise satanı buldular ve bulmazsa müttehem ise işkence edeler; meğer ki bulacak kadıya getürüb teslim edeler veyahut yabanda bulduğun isbât ede. Ammâ işkencede ihtiyât edeler ki, kable's-sübût telef-i nefis olmaya. Ve eğer işkencede ölürse davası sorulmaya."

"Ve eğer bir hırsız dutulub sâbit olsa ve bir kimesne için şerikidir dese ve ol kimesne

eğer levend ve müttehem kimesne ise işkence edeler. Eğer müttehem değil ise mücerred hırsız söziyle işkence etmeyeler. Bu kazıyye bu veçhile olmağışün Padişah hazretleri zıllullâh sene tis'a-miete Zilkade'sinin on dokuzunda emr ettiler."

Burada dikkat edilmesi gereken hususlar şunlar: Öncelikle, işkence neticesinde elde edilen ikrarın geçerli olması, diğer delillerin de buna delalet etmesi şartına bağlanmıştır. İkinci olarak, işkence yapılan kişinin müttehem; yani hakkında itham bulunan, suçu diğer delillerle sabit olan ya da suçlu olduğuna dair kuvvetli deliller olan kişi olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca yapılan işkencede ihtiyatlı davranılması gerektiği belirtilerek (kan akıtılmayacak şekilde dövülecek), bu şekilde ihtiyatlı davranıldığı hâlde ölen müttehem in heder olduğu belirtilmiştir. Çünkü belirtilen şekilde yapılan işkence, kanuna uygun olması sebebiyle, meşru kabul edilmektedir. Nasıl ki usulüne uygun şekilde adam öldüren cellada ceza verilmiyorsa, mütteheme ihtiyatlı şekilde işkence eden görevliye de ceza verilmeyecektir. Üçüncü durumda da, işkence edilecek kişinin müttehem olması gerektiği, sadece hırsızın sözü ile birine işkence edilemeyeceği hususlarına dikkat çekilmiştir.⁹²

Şu hâlde İslam Hukuku'nda işkence ile elde edilen deliller mevzuunda kısaca şunlar söylenebilecektir:⁹³

İkrar elde edilmek için yapılmış ve ikrar elde edilmişse; ikrar geçersizdir, işkence suçtur.

İkrar dışında başka bir delil elde etmek için yapılmışsa, ikili bir ayırım yapılmaktadır: Fail suçu sabit olan ve müttehem ise delil elde edilsin ya da edilmesin işkence suç değildir. Ancak fail hakkında bir töhmet yoksa suçu da sabit olmamışsa, sırf zan üzerine işkence yapıp da delil elde edilirse, bu suçtur; ama delil hükme esas alınacaktır. Burada fail müttehem olmadığı için işkence yapana ise tazir cezası verilir.

İslam Hukuku'nda hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin ispat kuvveti meselesine getirdiğimiz çözümün ardından, konumuz ile

⁸⁸ Akman, a.g.e., s. 83.

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.

⁹⁰ Akman, a.g.e., s. 86.

⁹¹ A.g.e., s. 86-87.

⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.

⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.

İlgisi bulunması sebebiyle sorulabilecek iki soruyu da değerlendirelim:

İslam Hukuku'nda hukuka aykırı delil sebebiyle ortaya çıkan ikinci suçta haksız tahrik gibi nedenlerle ceza sorumluluğunu azaltan ya da kaldıran sebeplerin uygulanması mümkün müdür?

Mesela, Hz. Ömer kıtlık senesinde hırsızlık haddini uygulamamıştır; daha hafif cezalar tatbik etmiştir. Bu durum, hukuka aykırı yoldan delil elde eden şahıs için de geçerli olabilecek midir? Buradaki kriter, şiddetli ihtiyaç ise eğer, aklanmak için delille ihtiyacı olan kişi için de aynı nitelikte bir ihtiyacın mevcut olduğu söyleyebilir, bu ihtiyaç dolayısıyla bu durumu söz konusu olaya kıyas edebilir miyiz?

Fıkıh kitaplarında açıkça böyle bir hükme rastlanılmamakla beraber, şiddetli ihtiyaç dolayısı ile hukuka aykırı delil elde edilmesinin söz konusu vakıya kıyas edilerek cezayı indirmek ya da tamamen ortadan kaldırmak mümkün görünmektedir.⁹⁴

Dünyevî Ceza ve Uhrevî Ceza Arasındaki İlişki Nedir?

Suçların ihlal ettiği çeşitli unsurlar vardır: Allah, toplum ve mağdur. Örneğin, adam öldürme suçunda, adamı kasten öldüren kimse işlediği suç dolayısıyla; ölenin hakkını, ölenin yakınlarının hakkını, toplumun hakkını ve Allah'ın hakkını ihlal etmiş olur. Ölenin hakkı (ölmeden helalleşmemişse) ahirete kalır, ölenin yakınlarının hakkı kısasla ödenir, toplumun hakkı kısas yapılmışsa kısasla; yapılmışsa devlet, toplum için ceza verebilir ve bu şekilde ödenir; Allah'ın hakkı ise ancak tövbe ile ödenir.

Zinada ise ihlal edilen iki hak vardır: toplumun hakkı ve Allah'ın hakkı. Toplumun hakkı had cezasıyla ödenir, Allah'ın hakkı bâki kalır, tövbe etmesi gerekir.

Hırsızın elinin kesilmesiyle toplumun hakkı ödenir. Malı tazmin etmesiyle mağdurun hakkı ödenir, tövbe etmesiyle de Allah'ın hakkı ödenir.

Bütün suçlarda tövbe aranmaktadır. Bu, tartışma konusu olmuştur; fakat ulemanın ekseriyeti, had cezası uygulanan kimsenin, ayrıca tövbe etmesi gerektiğini kabul etmiştir. Tövbe etmezse affolunmayacaktır; çünkü Allah'ın affetmesi, kalben samimi, pişman olunmasına bağlıdır.⁹⁵

Kaynakça

- Akbaş, Mehmet; "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Çerçevesinde Müdafaa Makamının Görev ve Yetkileri Yönünden Hukuki Statüsü", Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Diyarbakır, 2006.
- Akman, Mehmet; *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, İstanbul, 2004.
- Akşit, Cevat; *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, İstanbul, 1976.
- Arslan, Adem; "İlk Devir İslam Ceza Hukukunda Hadd Cezalarının İnfazı", Harran Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Şanlıurfa, 2005.
- Atar, Fahreddin; *İslâm Adliye Teşkilâtı*, Ankara, 1979.
- Atar, Fahreddin; *İslâm Yargılama Hukukunun Esasları* (Yayımlanmamış Eseri).
- Aydın, M. Âkif; *Türk Hukuk Tarihi*, 7. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.
- Bardakoğlu, Ali; "Ceza", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, VII, İstanbul, 1993.
- Bayındır, Abdülaziz; *İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1986.
- Beroje, Sahip; "İslâm Ceza Muhakemesi Hukukunda Beyyine Külfeti ve İspata Hâkim Esaslar", Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 1999.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2011.
- Cin, Halil-Akgündüz, Ahmet; *Türk Hukuk Tarihi (Kamu Hukuku)*, Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya, 1989.
- Çınar, Muammer-Baş Halime; "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı ve Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti", *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları-Birikimler I*, İstanbul, 2003.

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Röportaj.

- Dağcı, Şamil ; *İslam Hukuku'nda Suçlar ve Cezalar ile İlgili Özel Hükümler*, Ankara, 1996.
- Erbay, Celâl; *İslâm Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat Vasıtaları*, İstanbul 1999.
- Gür, Refik ; *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, İstanbul, 1993.
- Karaman, Hayreddin; *Mukayeseli İslam Hukuku I*, İstanbul, 1991.
- Kaymaz, Seydi; *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı (Yasak) Deliller*, Ankara, 1977.
- Kılıçoğlu, Evren; "Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması", Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.
- Koca, Mahmut; "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı", AÜEHFD, C. IV, S. 1-2 (2000).
- Kunter, Nurullah; *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1986.
- Kunter, Nurullah-Yenisey, Feridun; *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Bası, İstanbul, 1998.
- Öztunç, Özgün; "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Şahin, Cumhuri; *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Ankara, 1994.
- Toroslu, Nevzat; *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 1994.
- Ünalın, Abdülkerim; *İslam Ceza Hukukunda Kısas*, Diyarbakır, 2000.
- Üstündağ, Saim; *Medeni Yargılama Hukuku*, İstanbul, 1984.
- Yazır, Elmalılı Hamdi; *Hak Dini Kur'an Dili*, 2. Bası, VI, İstanbul, 1960.
- Yıldırım, M. Kamil; *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul, 1990.
- Zehra, Muhammed Ebu; *İslam Hukuku'nda Suç ve Ceza*, Çev.: İbrahim Tüfekçi, Kitabevi, İstanbul, 1994.
- Prof. Dr. Ekrem Buğra Ekinci ile 27.10.2011 tarihinde yapmış olduğum röportajdan (Kısaltma: Röportaj).

OKUMA PARÇASI

MÜLAKAT

İSLAM HUKUKU'NDA HUKUKA AYKIRI YOLLARDAN ELDE EDİLMİŞ DELİLLERİN İSPAT KUVVETİ

Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ

Esra ÇETİNKAYA: Sayın hocam; öncelikle genel itibariyle İslam Hukuku'nda hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin ispat kuvvetini değerlendirmenizi istiyorum. Mesela, bu konuda, İslam Hukuku'nda kabul edilen ispat sistemi nedir? Bu konuda bildiğiniz gibi farklı görüşler var. Kanuni ispat sistemi mi; yoksa delillerin serbestçe değerlendirilmesi mi?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Her ikisi de. Bazıları, yanlış olarak, İslam Hukuku'nda kanuni delil sistemi vardır, modern sistemden ayrılır diyorlar. Bu yanlıştır. İslam ceza hukukunda hem kanuni hem vicdani delil sistemi vardır. Had suçlarında kanuni delil sistemi vardır, cinayet ve tazir suçlarında vicdani delil sistemi vardır. Bu çok açıktır, bütün kitaplar da bunu yazar. İslam Hukuku'nda kanuni delil sistemi vardır demek, yanlıştır. Hâkimin kendi ilmiyle karar vermesi meselesi var mesela, hadde bunu yapamazsın.

Esra ÇETİNKAYA: Mesela hocam, deniyor ki, şahitlik için birçok şart var, bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini hâkim değerlendirirken, buradaki kanuni delil sistemi bile biraz vicdani delil sistemine dönüyor...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Şahitlerin tezkiyesinde zaten iş vicdanileşiyor. Şahidin elverişli olup olmaması ve onun tezkiyesi, Hâkime kalmış bir keyfiyet. Burada ayrıca en az iki, bazen dört kişi daha var hâkimle beraber, şahidi tezkiye ederler, müzekkiler; beş kişi var. Bunların şahidi tezkiyesi vicdanidir; yani sübjektiftir. Ama şeriatın aradığı şartlar var: dört erkek, hür, adil, Müslüman şahit olmadıkça zina haddi tatbik edilmiyor. Bu, kanuni. Bu şahitlerin tespiti, vicdani. Hele cinayetlerde ve tazirde tamamen vicdani delil sistemi vardır.

Esra ÇETİNKAYA: Bunu şunun için soruyorum, vicdani delil sisteminde delilleri sınırlandıramazsınız...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Aynen öyledir.

Esra ÇETİNKAYA: Her türlü delil kabul edilir. Kanuni delil sisteminde ise sınırlandırmalar vardır; ancak yine hukuka aykırı deliller konusunda bir tartışma mevcut olur.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Evet, şimdi şöyle; kanuni delil sisteminde o deliller tahakkuk etmeden o netice hâsıl olmaz; o deliller tahakkuk etmişse de sizin yapacak bir şeyiniz yoktur. Ama vicdani delil sisteminde öyle değil, vicdani delil sisteminde azdır, çoktur, birbirini destekler, o ayrı mesele, o hâkimin kararına tesir eder, o kadar.

Esra ÇETİNKAYA: Mesela Celal Erbay'ın kitabında, İbni Kayyim'in görüşüne yer verilmiş. İbni Kayyim, delillerin takyid edilemeyeceğini, hakikatin ortaya çıkarılabilmesi ve adalete ulaşılabilmesi için hâkime delilleri serbestçe değerlendirebilme yetkisi verilmesi gerektiğini söylüyor.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Evet, *İlamu'l-Muvakkin* kitabında...

Esra ÇETİNKAYA: İbni Kayyim, açık açık hâkimin her türlü delili kabul edebileceğini söylüyor.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Evet.

Esra ÇETİNKAYA: İbni Kayyim'a göre aslında hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin de değerlendirilmesi gerekir.

Ekrem Buğra EKİNCİ: İbni Kayyim'ın *İlamu'l-Muvakkin* kitabı, her ne kadar kendisi Hanbeli olsa bile, usul hukukunda yazılmış en mükemmel kitaplardan bir tanesidir. İbni Kayyim'in kendisi münakaşalı bir şahsiyet olmakla beraber, *İlam* kitabı usul hukuku bakımından kıymetlidir. İtikadî görüşlerinden ziyade fikhî görüşleri oraya aksediyor.

Esra ÇETİNKAYA: İbni Ferhun ve Trablusî de yine...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Onun da tabii, *Muîn-ül-Hükkâm* birisi, *Tabsiratü'l Hükkâm* (İbni Ferhun) diğeri, bunların her ikisi de; ama *İlamu'l-Muvakkin* biraz daha farklıdır. *Mu'î-ül-Hükkâm* ile *Tabsiratü'l Hükkâm* birbirine

benzer; *İlamu'l-Muvakkin* biraz daha farklı ama aynı konsepti anlatıyor, aynı muhtevadır, muhakeme usulü.

Esra ÇETİNKAYA: Biraz İbni Teymiyye'nin görüşü, talebesi zaten...

Ekrem Buğra EKİNCİ: İbni Kayyim, İbni Teymiyye'nin talebesidir. Gerek itikadî mevzularda, gerek ameli mevzularda hocasını takip etmiş, bazı hususlarda ileri gitmiş, bazı hususlarda daha temkinli davranmıştır, diğer talebeleri gibi değil. Onu bunun için Hanbeli mezhebi içinde saymazlar, İbni Teymiyye'nin takipçisi olarak sayarlar. Fakat nasıl ki İbni Teymiyye'nin *es-Siyasetu's-Şer'iyye* kitabı, o itikadî benimseyen benimsemeyen, herkes tarafından makbul tutuluyorsa, *İlamu'l-Muvakkin* de öyledir. Şimdi, İslam Hukuku'nda umumi bir kaide var: "Delil elde edildikten sonra, bunun nasıl elde edildiği mühim değildir. Delilin sahilliği mühimdir."

Şimdi şöyle anlatalım: bir adamın hırsız olduğu işkenceyle veya evine baskın yaparak, —tecessüs haramdır biliyorsunuz—, bu şekilde tespit edilmişse burada takip edilen usul hukuka aykırı olabilir. Bundan dolayı, bunu yapanlara ceza verilebilir; ama elde edilen delil yok sayılamaz. Yani hırsızlık tahakkuk etmişse, o adam hırsızdır. Aynı şey cinayet için de geçerlidir. Fakat ikrar böyle değil, ikrar sübjektif bir delildir. Gayrimeşru yollardan bir kimseyi ikrar ettirdiğiniz zaman, bu ikrar delil olmaz...

Esra ÇETİNKAYA: Çünkü burada zaten delilin sihatinden bahsedilemez...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Delil yok çünkü delil sahil değil çünkü...

Esra ÇETİNKAYA: Evet.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Diğerinde metot sahil delil; ama neticeye ulaşmışsınız. İkrarda neticeye ulaşmamışsınız. İkrarın gayrimeşru yollardan elde edilmesinin makbul olmadığı bütün kitaplarda yazar. Hz. Ali'ye böyle bir dava gelmiş, ikrar zorla alınmış, reddetmiş. Ebu Musa el-Eş'ari'ye gelmiş, reddetmiş. Hz. Ömer reddetmiş, Abdullah bin Ömer'in böyle rivayetleri var; yani Asrı Saadet'te ve selef zamanında işkenceyle, zorlanarak elde edilen ikrar, hiçbir şey aranmadan, öyle mi değil mi diye ispatlama aranmadan reddedilebiliyor.

Çünkü bir kişi ikrarını sonradan reddedebiliyor. Kişi ikrarında ceza hukukuyla bağlı değildir, Borçlar Hukuku'nda bağlıdır. Onda da zorlamayı ispat edersen, onda da ikrarından kurtulur. İkrar zaten sahil olmadığı için bunun kullanılmaması gayet normal; çünkü ikrar sahil değil zaten. Yani bu gerçeği gösteremez, adam korkudan demiş öyle. Biz gerçeği bulmaya çalışıyoruz, o zaman ikrar gerçeği bulduramaz, o zaman ikrar kabul edilmemiş. Ama bunun dışında, bütün fıkıh kitaplarında yazar, İbni Abidin'de de yazar, hırsız yakalamışsınız, hırsız olduğunu biliyorsunuz, malları nereye gömdü, bir ortağı var bu ortağı kim, bunun için diyorsunuz işkence yapmak caizdir.

Esra ÇETİNKAYA: Tam da ona değinecektim hocam, Mehmet Akman'ın kitabında, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması'nda, İbni Abidin'in bu görüşüne yer veriliyor ve daha sonradan Dede Cöngü Efendi'nin ünlü eserini tercüme eden Osmanlı Devleti'nin 106. Şeyhülislamı Mehmed Arif Efendi'nin müteahhirin Hanefi ulemasının hırsız işkence ve kötü muamele yapılabileceği yönündeki içtihatlarına getirdiği açıklıktan bahsediliyor: "Mütercim-i fakir der ki, gaflet olunmaya ki sârikın mükrehen sıhhat-i ikrarıyla bazı müteahhirin fetvaları ancak tazmin-i mal hususunda. Amma kat-ı yed hususunda ikrâr-ı mükrehin adem-i sıhhati müttfekunaleyh-i cumhurdur."

Ekrem Buğra EKİNCİ: Şimdi şöyle; bu ikrar ile eli kesilmez, diyor. Buradaki ikrarda şüphe var, şüphe olduğunda hadler düşer. O mal tazmin edilir, bu hususi bir durumdur. Burada kastedilen şu; yani bu delili elde etmek caiz mi, değil mi? Burada hırsız hırsızlığından dolayı işkence yapılmıyor. Yani hırsız olduğunu itiraf et diye işkence yapılmıyor, adamın hırsız olduğu belli.

Esra ÇETİNKAYA: Belli derken, diğer delillerle bu sabit olmuş...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Sabit olmuş; fakat şeyi söylemek istiyor; mal ortağını, malı nereye sakladığını. Bunun için işkence yapılıyor işte, bu dediği o. İtiraf için değil bu, yanlış anlaşılıyor orada. Yani hırsız olduğu anlaşılan birine işkence yapmak caizdir demek bu, hırsızlığı ortaya çıksın diye değil...

Esra ÇETİNKAYA: Yani şüpheli ya da sanığa değil, hırsız...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Evet, şüpheliye işkence yapılamaz. Bu bütün kitaplarda yazıyor, adam öldürmüş mesela, suç ortağı var, belli biri tutmuş biri bıçaklamış. Tutan kimdir, onu söyletiyorsun mesela. Bu adamın katil olduğu belli, peki ortak kim? Ortağı söyletmek için işkence yapmaya izin veriyor. Bu tamamen ayrı bir durum. Bu şekilde eğer bir işkence varit olmuşsa, bu zaten meşrudur. Bundan dolayı ceza vermiyor. Bunun dışında bir suç ortaya çıkarmak için hukuka aykırı bir şey yapılırsa, işkence gibi, bu ayrı bir suçtur. Yani ikrar elde etmek ayrı bir suçtur, bundan elde edilen ikrar da makbul değildir. Buna makbul diyen hiç yok. Hırsız söyletmesi bile ihtilaflıdır, İbni Abidin ihtilaflı bir mesele zikrediyor. Bazıları yapılırdı diyor; bazıları yapılmaz diyor. Müteahhirin âlimleri yapılırdı diyor; çünkü fitne yayılmıştır diyor, yapmazsanız bunu öğrenemezsiniz, yapılırdı diyor. O ayrı bir durum, birbirine karıştırmamak lazım. İkrar elde etmek ayrı bir şey, olmuş bir şeyin neticelerini anlamak başka bir şey.

Esra ÇETİNKAYA: Peki hocam, İslam Hukuku'nda delil elde etmenin sınırlarından bahsedebilir miyiz?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Hayır, sınır yoktur; çünkü maksat, mutlak hakikatin ortaya çıkmasıdır.

Esra ÇETİNKAYA: Mesela, ulemanın üzerinde ittifak ettiği İslam Hukuku'nda özel hayatın gizliliğini sınırlayan durumlar var...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Doğru, Velâ tecessü...

Esra ÇETİNKAYA: Burada delil elde etme noktasında bir sınırlama yazmıyor.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Şimdi şöyle; bir adamın evine girip delil elde ediyorsunuz. Mesken masuniyetini ihlal etmek, suçtur. Mesela, Hz. Ömer'in camdan bakarak içerdekini ikaz etmesi üzerine içerdekiler, onu ikaz ettiler: Sen "velâ tecessü" ayet-i kerimesine bakmadın. Burada şu var: eğer suç olmayan bir şey, gayrimeşru yollarla öğrenilerek suç hâline getirilmişse bu makbul değildir. Mesela, adam zina ediyordur, evine girdiniz zinaya muttali oldunuz. Bu, bir delil değildir; çünkü gayri

meşru yollarla elde ettiniz. Ama suç dışarda işlendi, siz suçun vasıtalarını elde etmek için evine girdiniz, adamın eşyalarını karıştırdınız ve delili elde ettiniz, bu delili makbul tutuyor İslam.

Esra ÇETİNKAYA: Bir saniye hocam, ilk söylediğiniz hâlde...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Birincide ortada suç yok, adam evinde içki içiyor, adam evinde zina ediyor...

Esra ÇETİNKAYA: Evet, Hz. Ömer'in olayını nasıl değerlendirirsiniz diye soracaktım zaten...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Zaten had suçları umumi yapılırsa, dışarda yapılırsa cezalandırılır. Dinin iki boyutu var: bir günah boyutu var, bir de suç boyutu var, aynı fiilin. Günah boyutu zaten cereyan eder, içki içmiş adam. Eğer içki içtikten sonra bunun hayatiyetini dışarda devam ettiriyorsa, o zaman bu cezayı yer. İçki içmiş, evinde yatmışsa, buna kimse ceza veremez. Evine girip de sen, bir adamın sarhoşluğunu takip edemezsin. Ben şunun evine saklanayım, içsin, cezalandırayım, bu mümkün değil.

Esra ÇETİNKAYA: Yani tek başına içki içmek, suç değil mi demek istiyorsunuz?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Hayır, suç değildir. İşte, bunun için evine girmişse bu suç değildir veya zina etmişler, zina için evine girmişse bu suç değildir.

Esra ÇETİNKAYA: Peki, tesadüfen elde edilen bir delilse bu?

Ekrem Buğra EKİNCİ: O zaman, olur. Çünkü artık suç, aleniyete intikal etmiştir. Amme nizamını koruyor. Suçları cezalandırma sebebi, amme nizamını korumaktır.

Esra ÇETİNKAYA: Hocam çağdaş hukuktan farklı bir yön burası. Eğer kamuya intikal etmemişse, aleniyet kazanmamışsa, bir fiilin suç olmayacağından bahsediyorsunuz.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Ama bu ammeyi ihlal eden, Hakkullah'ı ihlal eden suçlarda böyle; yoksa hukuk-u ibâd'ı ihlal eden suçlarda böyle değil. Bir adam gizli kapaklı, bir adamı öldürmüşse, bu nerede öldürse öldürsün, suçtur. Suçlar ikiye ayrılıyor: Hukukullahı ihlal eden —hukuk-u ibâd'ı ihlal eden. Hukukullah

demek, had suçlarıdır; yani ammeyi ihlal ediyor. Bunlardan gayrimeşru delil elde edemezsiniz. Ama hukuk-u ibâd'a aitse, kul hakkına aitse, o müstesnadır. Hatta şahitlikte bile farklılık var: had suçlarında şahitlik yapmamak efdaldır; hususi hukuka dair suçlarda şahitlik yapmak, vecibedir. Yani birisi bir alacak verecek veya başka bir ceza davasında sizi de şahit yazarsa, şahitlik yapmak mecburiyetindediniz dinen, kanunen de böyledir. Ama had suçlarında yapmamak efdaldır. Zina edeni gördünüz, sarhoş olanı gördünüz, söylemiyorsunuz.

Esra ÇETİNKAYA: Kur'an-ı Kerim'de şahitlik yapılması yönünde teşvik var, had suçlarında yapılmaması gerektiğini nereden çıkartıyoruz?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Hadis-i şerif bunu tahsis ediyor. Ayet-i kerime umumi hükmü bildiriyor, hadis-i şerif onu tahsis ediyor. Had suçlarında yapılmaması; kul haklarına dair suçlarda yapılması yönünde anlaşılıyor.

Esra ÇETİNKAYA: İslam Hukuku'nda, hukuka aykırı delil sebebiyle ortaya çıkan ikinci suçta haksız tahrik gibi, ceza sorumluluğunu azaltan veya tamamen ortadan kaldıran sebeplerin uygulanması mümkün mü? Mesela, Hz. Ömer zamanında kıtlıkta hırsızlığın cezası azaltılarak...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Şüphe var. Had suçlarında en ufak bir şüphe, haddi ortadan kaldırır. Bu bahsettiğiniz, şüpheye zaten haddi düşürür. Bunun dışındakiler zaten vicdani delil sistemine girdiği için, zaten tahrik varsa ceza indirilir, daha az ceza verilir veya hiç verilmez...

Esra ÇETİNKAYA: Ki hukuka aykırı deliller mevzuunda tahrik olması mümkün, buna bağlanabilir mi yani?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Haksız tahrik demek, mesela, bir kişiyi kendisini dövmesi, öldürmesi, malını çalması veya kendisine hakaret etmesi için tahrik etmek demektir. Burada tahrik, karşı tarafın alacağı cezayı azaltır. Eğer bu had ise, tamamen ortadan kaldırır, şüphe var çünkü ama tahrikten ne anladığınıza bakar, kadın açık saçık gezdi, karşı tarafı tahrik etti, böyle bir tahrik değil. Tahrikin hukuktaki tabiri, karşı tarafı suç işlemeye teşvik etmek, demektir.

Esra ÇETİNKAYA: İşte, hukuka aykırı delili elde etmeye teşvik etmek, bu tahrik kavramı içerisine girer mi?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Hayır, girmez. Niçin girsin? Adama hakaret ediyorsunuz, adam sizi öldürüyor veya dövüyor. Burada haksız tahrik var. Gayrikanuni delil etmek buna girmez ki.

Esra ÇETİNKAYA: Mesela hocam, arada yapılan bir akdi saklıyor; yani ona ulaşılmasını engelleyen bir suçlu düşünün. Daha sonra o kişi, sırf bu hakkı ispatlamak için evine girse, alsa, burada haksız tahrikten bahsedemez miyiz?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Evet, ben buna dair bir nas görmedim fıkıh kitaplarında. Yani senedi var adamın, senet onda, senedi saklamış, senede ulaşılmasını engelliyor. Şimdi burada, kitapları tahkik etmek lazım, acaba beyine kısmında mı olabilir, bilemiyorum. Ben böyle bir nassa rastlamadım. Fakat umumi kaide şudur, yani bu senet ele geçtiği zaman, borçlar hukuku açısından söylüyorum, karşı tarafın bu senedi nasıl ele geçirdiğine bakılmaz. Şimdi, ben sizden borç para almışım, senedi de saklamışım, siz evime giriyorsunuz veya benim çocuğumu söyletiyorsunuz veya beni içiriyorsunuz, bir şey yapıp o senedi elde ediyorsunuz, mahkemeye ibraz ediyorsunuz. Mahkeme senede bakar. Ben diyemem ki, "o senet bendeydi, evime girmiş, çalmış", bunu mahkeme dinlemez. Senet elde borcu öde, der.

Esra ÇETİNKAYA: Peki, bana ceza verir mi?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Ayrıca bir ceza davası açmanız lazım?

Esra ÇETİNKAYA: Kime?

Ekrem Buğra EKİNCİ: İşte, evime girdi, beni içirdi...

Esra ÇETİNKAYA: Sizin bana açmanız lazım?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Tabi, o ayrı bir mesele. Mahkeme ona bakmaz.

Esra ÇETİNKAYA: Peki, ben nasıl bir değerlendirmeye tâbi tutulurum o hukuka aykırı delili elde etmem dolayısıyla?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Benim senedim vardı, senedimi almak için girdim, dersiniz. Belki

beraat edersiniz, belki az bir cezayla kurtulursunuz. İşte bu, haksız tahrike girer.

Esra ÇETİNKAYA: İşte, onu soruyorum hocam.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Tamam, şimdi anlaşıldı. Bu haksız tahrike girer, delil elde etmek için suç işlemek. Ceza hukukunda vicdani delil ne demek? Hadiseye bakarsınız, çeşitli ihtimallere göre bu hadiseyi bir yere koyarsınız. Şimdi, tutmuş adam sırf senedini almak için evine girmiş, öbür adam da sırf bir şey çalmak için girmiş, aynı değil tabii ki. Mahkeme, bunu ya beraat ettirir duruma göre veya cüz'ü bir ceza verir; öbürüne daha çok verir. Vicdani delil bu demektir.

Esra ÇETİNKAYA: Bir de hocam, hırsızlık meselesine geldiğimizde, Hz. Ömer kıtlık senesinde hırsızlık karşısında had cezasını uygulamamış...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Şüphe var.

Esra ÇETİNKAYA: Daha hafif cezaları tatbik etmiş bu durumda. Bu durum, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerde...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Kıyas olmaz. Çünkü "Ala hilafî'l-kıyas sabit olan şey saire makîs'un-aleyh olmaz." Yani kıyas dışında bir şey sabit olmuşsa fıkıhta, o başkasına kıyas edilemez. Mesela, vasiyet kıyasa aykırıdır. Çünkü neden? Ölüyorsunuz, öldükten sonra sizin mallarınızla ilişkiniz kesilir. Ama Kur'an-ı Kerim diyor ki, vasiyet etmek izinli. Kıyasa aykırı olarak Kur'an-ı Kerim buna izin verdi. Peki, o zaman ben evimi ölümünden sonrası için satayım, kiralayayım, bu mümkün değil. Ama niye? Vasiyet oluyor da, bu niye olmasın? O, ala hilafî'l-kıyas sabit olmuş bir şey, kıyasa aykırı. Burada da, Hz. Ömer'in kıtlık zamanında el kesme cezasını tatbik etmemesi, kıyasa aykırı bir durumdur, şüphe vardır, şüphe hadleri düşürür.

Esra ÇETİNKAYA: Sadece şüphe midir peki hocam? Şiddetli ihtiyaçtan dolayı değil midir?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Şiddetli ihtiyaçtan dolayı şüphe var...

Esra ÇETİNKAYA: Burada da hukuka aykırı delile ihtiyacı yok mu bu kişinin? Mesela, aklanmak istiyor ya da haklı çıkmak istiyor.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Ha, bu ona kıyas edilebilir mi?

Esra ÇETİNKAYA: Evet.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Anladım, mümkün; çünkü bu konuda zaten açık bir bilgi yok.

Esra ÇETİNKAYA: Yani daha az ceza tatbik edilebilir?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Mümkün, mümkün, tabii. Belki de hiç verilmeyebilir. Bunu mahkeme nazara alır. Yani fıkıh kitaplarında açıkça ben böyle bir şey görmedim, belki de vardır, ben rastlamadım.

Esra ÇETİNKAYA: Ben de aradım; ama rastlamadım.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Belki de vardır; çünkü fıkıh kitaplarında bilgiler sizin aradığınız yerde olmaz, çok farklı bir yerde olabilir. Bir de fetva mecmualarına bakmak lazım, böyle şeyler umumiyetle fetva mecmualarında olur. Senet çalmak için veya adam, kendisini be- raat ettirecek delil onun malvarlığında, camını kırıp girdi mesela. Cam kırmak suçtur, evine girmek suçtur, gözledi, dinledi, seslerini kayda aldı, görüntüye aldı ki kendi hakkında konuşsun ki kendisine delil olsun, bunlar acaba caiz mi değil mi?

Esra ÇETİNKAYA: Burada şüphe de girer için içine.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Tabii, şimdi şöyle: tabii her şeyin de bir limiti var, mahkeme bunu müşahhas hadisede tespit eder. Bu, sadece delili elde etmekle kalmış mı, kalmamış mı? Sadece senedi almış çıkmış mı, başka şey de almış mı, almış dökmüş mü? Bunlara bakar. Bu meseleye dair çok araştırmak lazım. Yani delil elde etmek için hukuka aykırı bir fiil işlenirse ne olur, ona bakmak lazım. Ama açık olan nedir? İşkenceyle ikrar elde edilemez; çünkü ikrar orada sahih olmaz. Burada sahih oluyor.

Esra ÇETİNKAYA: Bir de şöyle bir şey var: usul kitaplarında işkenceyle alınan ikrarın geçersizliği meselesi değerlendirilirken daima irade sakatlığı hususu vurgulanıyor.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Ama o nikâha mahsus; nikâh, talak ve köle azadına mahsus. Mesela, zorlamayla nikâhi ve talaku ikrar etse bile geçersiz diyen âlimler çoktur. Yani bu üç

meseleyi ayırıyor fıkıh, hadis-i şerif var hakkında.

Esra ÇETİNKAYA: Yani onlarda zorlama bile olsa geçerli midir?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Evet. Hz. Peygamber diyor ki; üç şeyin şakası da ciddidir, ciddisi de ciddidir. Nikâh, talak, itk [köle azadı]. İmam-ı Azam Ebu Hanife, bunun illeti nedir, diyor. İleti şudur: burada şaka yapıyor adam, biliyor boşanacağını; fakat istemiyor. Buna rağmen şeriat buna, sen boşandın, diyor. İkrahta da adam, biliyor; ama istemiyor. Şakaya benziyor, şakayla aynıdır.

Esra ÇETİNKAYA: Peki hocam, burada iman dahi muhafaza edilirken, nikâh neden muhafaza edilemiyor?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Ama hadis-i şerif var: üç şeyin şakası da ciddi, ciddisi de ciddi...

Esra ÇETİNKAYA: Hayır, şakasından bahsetmiyorum; mesela ikrah mevzuunda...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Ama bakın, İmam-ı Azam Hazretleri kıyas yapıyor, kıyas İslamiyet'in delilidir. Kıyas için illet mühimdir. İlet aynıysa, hüküm aynıdır. Burada illet nedir? Bu adam biliyor boşanacağını; fakat istemiyor. Buna rağmen şeriat, sen boşandın diyor. Zorla boşanmada da, biliyor boşanacağını; fakat istemiyor. Şeriat diyor ki; sen boşandın. Kıyas yapıyor, illet aynı çünkü. İmam-ı Azam'ın yapacağı başka bir şey yok. İman Allah ile onun arasında olan bir şey, Allah onun kalbinden geçeni zaten biliyor. Nikâhta ise karşılıklı bir akit var. Mademki, hırsızın suç ortağını, malı elde etmek için işkence yapılıyor, bu işkenceden dolayı işkence yapana ceza öngörülüyor, buna kıyasen delili elde etmek için eve girmenin veya dinlemenin de caiz olması gerekir. Aynıdır çünkü netice. Dövmeli diyor; ama bunda da limit var, kan çıkacak şekilde dövmemeli diye de kayıt var, bu ondan daha hafiftir, evine girmek senedi almak veya teyp koyup da kendi meselesi hakkında konuşmasını dinlemek daha hafiftir. Ona caiz deyip de buna dememekte mantıksızlık olur. Bu, benim yorumum ama bununla alakalı bir şey okumuş değilim.

Esra ÇETİNKAYA: Dedik ki, irade sakatlığı hususu vurgulanıyor o üç şey dışında. Bu delil

neticesinde şüpheli ya da sanığın vücut bütünlüğünün ihlal edildiğinden bahsedilmiyor; yani işin içine delil elde edilirken temel hak ve hürriyetler bağlamında bakılmıyor.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Bakılmıyor, evet. Orada adaletin tecellisi, temel hak ve hürriyetlerin önünde geliyor. Adalet daha mühimdir. Nitekim din, temel hak ve hürriyetleri tahdid ediyor: insanlar her yerini açamazlar, günde beş vakit namaz kılmaları lazım, içki içemezler, domuz yiyemezler, falcılık yapamazlar; bunlar temel hak ve hürriyetleri tahdid eder. Ama din diyor ki; adalet böyle tecelli eder. Demek ki, din nasıl insanların temel hak ve hürriyetlerine kendi koyduğu maslahat çerçevesinde tahdit getiriyorsa, adaletin tecellisi dinin birinci maksadı. Faşistler diyor ki, devlet için insanların temel hak ve hürriyetleri tahdit edilir; İslamiyet, adalet için diyor, devlet için değil. Devlet, kutsal değildir İslamiyet'te.

Esra ÇETİNKAYA: Erbay'ın kitabında delilin tanımı veriliyor ve delilin tanımı içerisinde, "maddi hakikati apaçık bir şekilde ortaya koyacak olan" diyor.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Evet, kelime manası da öyle.

Esra ÇETİNKAYA: Burada mesela hukuka aykırılığından bahsedilmiyor. Mesela bizim Ceza Muhakemesi Kanununda, delilin hukuka aykırı olmamasından bahsedilir. Neticeye buradan da varılabilir aslında...

Ekrem Buğra EKİNCİ: O bizim ceza kanununda öyle, İngiltere'de öyle değil. İngilizler, delillerin zincirleme fonksiyonunu kabul etmiyorlar. Diyorlar ki; delil hukuka aykırı bir şekilde elde edilmişse makbuldür. Bu elde edilme sebebi diyor, müşahhas hadiseye göre Hâkim tarafından cezalandırılır veya cezalandırılmaz. Ben çok iyi Anglo-Amerikan mahkeme külliyatlarının muhtevasına vakıf değilim; ama şunu biliyorum ki, Anglo-Amerikan Hukuku'nda bu böyledir. Ama Kıta Avrupası Hukuku, Fransız tesirinde kaldığı için biraz daha hürriyetçidir. O deliller hukuka aykırı elde edilmişse, bunu makbul tutmuyor. Anglo-Amerikan, bildiğim kadarıyla eskiden öyleydi. Sonradan değiştirdiler.

Esra ÇETİNKAYA: Zaten hocam, şöyle bir bakarsak, Kıta Avrupası Hukuku'nda hukuka

aykırı yoldan elde edilmiş delillere karşı ortak bir tavır yok. Bu nedenle biz, AİHM kararlarına baktığımızda çelişkili kararlardan bile bahsedebiliriz neredeyse.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Var. Bu evrensel bir prensip değil. Ortada bir hakikat var, bu hakikat elde etmek var, sen diyorsun ki hayır kullanmayacaksın bunu. Bir örnek vereyim: Evine girerek adamın suçlu olduğuna dair bir delil buluyorsunuz, sen mesken masuniyetini ihlal ettin, bu delili kullanmayacağız, bu adam serbest gezecek veya adamı biraz okşayarak tabancayı buluyorsunuz, üzerinde bunun parmak izleri var; buna rağmen diyorsunuz ki, hayır biz bu adamdan bunu gayrimeşru şekilde elde ettik, o zaman biz bunu kullanamayız. Bakın, İslam Hukuku evrensel prensibi kabul ediyor: Zorla elde edilen ikrar, geçersizdir. Bunda şüphe yok, bunda ittifak var. Çok enteresan yani bakın, nikâh talakta bu kadar şeyken, bunda diyor ki zorla elde edilmiş ikrar mahkemede makbul değildir. Adam dese ki ben bu ikrarı zorla verdim, hemen düşüyor dava; ama onun dışındaki gayrimeşru delili elde etme yollarında aynı şekilde düşünmüyor; yani Kıta Avrupası gibi bakmıyoruz biz. Neden? Maksat, adaletin tahakkukudur. Ama tabii bu çok riskli, suiistimale çok elverişli bir husustur. Yani siz hırsız söyletmek için okşanır dediğiniz zaman, adamlar hırsızdan ikrar elde etmek için de okşarlar.

Esra ÇETİNKAYA: Ama hocam, bu her suç için...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Ama bu her suç için böyledir; yani suiistimaller yapılırsa diye biz, hakikati değiştiremeyiz.

Esra ÇETİNKAYA: Zaten bütün normlar bu tehdit altında.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Evet. Mesela, İslam Hukuku'nda dayak, cezadır ve bu, hem suçluya verilir hem mütteheme [itham altında olana] verilir. Mütteheme niçin verilir? Adamın suçunun belli bir kısmı sabit olmuştur, geriye kalan kısmının anlaşılması için verilir. Buna izin veriyor. İşte, delillerin zincirleme fonksiyonu buna benziyor. İşte, hırsıza çaldığı malın yerini söyletmek için gibi. Farklı şeyler, ikisi birbirinin aynısı değil.

Esra ÇETİNKAYA: Yani delilin tanımından da aslında bu neticeye varabiliyoruz.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Delil, beyyine, burhan hepsi aynı şeydir; apaçık hakikati ortaya çıkarmak demektir. Sizin deliliniz var elinizde, hakikat ortaya çıkmaya bir adım kalmış; fakat siz, bu delil gayrimeşru elde edildi... Niçin yapıyorsunuz bunu? İnsanlar gayrimeşru delil elde etmesin diye. Tamam; ama o zaman siz, hakkı yenmiş insanların hakkını yiyorsunuz. Mevhum bir tehlike için mevcut tehlikeyi gidermekten kaçınıyorsunuz. Bu, doğru bir şey değil. Bunlar bir anlayış meselesi. Ama neticede bir de şu var: zaten işkence altında alınan ikrar makbul değilken, bir daha niçin siz bunu kabul ediyorsunuz? Deyin ki, işkence altında alınan ikrar kabul edilmez; ama onun dışındaki delillerin zincirleme fonksiyonunu niçin kabul etmiyorsunuz? Aynı şey değil ki bu; yani Kıta Avrupası'nın bu ikisini bir arada tutması yanlış.

Esra ÇETİNKAYA: Evet. Ben şöyle bakıyorum hocam: Avrupa bir sorunu tespit etti, kolluğun... (temel hak ve hürriyetleri ihlal edeceği tehlikesi).

Ekrem Buğra EKİNCİ: Evet, var böyle bir tehlike.

Esra ÇETİNKAYA: Buna kendi kafasında bir çözüm buldu; yalnız bu çözümü tekrar sorun hâline getirdi. Yani aslında çözüm, asıl sorun hâline geldi.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Aynen öyle, şunun gibi: idam cezasını kaldırması meselesine bakalım. İdam cezası kaldırıldı malum, idam cezasının aleyhine şeyleri okuduğunuz zaman, tamam, telafisi olmayan bir cezadır, doğru. O zaman, bunun çaresi şudur: cezayı çok istisnai, spesifik hâllere ve çok ciddi şeye bağlarsınız. İslamiyet'te böyledir, çok az suça idam cezası uygulanır İslamiyet'te ve çok ciddi, sabit olmadıkça da asılmaz. Amerika'da bir vehm, bir şahit üzerine adam asılıyor, bu doğru değil; ama şimdi böyle diye de tutup idamı kaldırmanın da manası yok. Yani katil suçlarında; onun dışındaki çok basit suçlarda hükümetler idam cezası getiriyor. Tarihte çok oldu, bizde de öyle.

Esra ÇETİNKAYA: Yani tasavvur edilen çözümler, sorun hâline getiriliyor...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Evet, problemi başka türlü çözmek mümkünken... Peki, idam cezası kaldırıldı, haksız yere ölenlerin hakkı ne ol-

du? Diyeceksiniz, bu bunun karşılığı değil, senin görüşün. Can, canın karşılığıdır. Bir canı haksız yere ortadan kaldıran kimsenin canı ortadan kaldırılmalıdır. Hadiseye bu açıdan bakarsanız, o zaman onların idam cezası aleyhtarlığının getirdiği şeylerin hepsi çürüyor. Ya haksız yere asılanlar? O ayrı mesele, her şey için aynı. Müebbet hapis daha kötü; adam ölüyor gidiyor, haksız yere öldürülmüşse şehit olur belki, öbür türlü adamın ömrü hapisnede çürüyor. Sonra, her getirdikleri ceza insani mi? Hapis cezası insani mi? Adamı hapse atıyorsunuz, orada suçlu değilse suç öğreniyor, daha yeni suçlar öğreniyor, bedavadan yatıp kalkıyor, üretici olmaktan çıkıyor, çoluk çocuğu perişan oluyor.

Esra ÇETİNKAYA: En ilkel ceza olarak bakılıyor zaten hocam hapis cezasına...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Hapis cezası çok iptidaidir. İslamiyet'te hiç yoktur. İslamiyet'te sadece ihtilattan men edilecek kimseler hapsedilir; yani falcı gibi, sahte doktor gibi. Yani insan içine girmemeli, başka bir ceza da veremiyorsun, onu hapsedersin. Bir de tazyik için hapsedilir. Borçlu; yani bir malı saklayan kimse, hırsız gibi. Ama tazyik de nasıl bir tazyik, karanlık, yatacak yer yok, ölmeyecek kadar yeme-içme verilir ki, tazyik etsin de borcunu ödesin veya malı... Kimse bunları tartışmıyor, herkes hapis cezasının insani, evrensel, çağdaş buluyor; idam cezasını aykırı buluyor. Ben de prensip itibarıyla idam cezasına karşıyım; çünkü idam cezası çok suiistimal edilen bir cezadır, bilhassa totaliter rejimlerde... Ama suiistimal ediliyor diye siz onun... O asli, idam cezası, kasten adam öldürmenin cezası olmalı sadece, İslamiyet'teki gibi. Bunun dışında hiçbir suça verilmemeli böyle bir ceza. Ona da İslamiyet, başka yollar getirmiş; af, diyet; yani illa mutlak idam da değil. Bençe çok çağdaş bir sistem bu; ama ne çare ki, ortaçağda kalmış, kimseye kabul ettiremiyorsunuz.

Esra ÇETİNKAYA: Aslında bir de, bulabilir miyim bilmiyorum ama şimdi, işkenceden ölen olursa sormayalar diye kanun var Osmanlı'da.

Ekrem Buğra EKİNCİ: O kitaplarda gördüğünüz işkence resimleri hayalîdir. Çengele asılan adamlar falan, seyyahların yaptığı resimlerdir. Onların gerçekle alakası yoktur. Sui-

istimal her zaman mümkündür. Papalığın bile işkencesi malumdur. İşkence mesela Çin'de aslı cezaydı. Konfüçyüs'e göre, bir insanın ikrar etmesi lazım, suçunu anlaması lazım; yoksa ikrar etmeden ceza veremezsiniz, ikrar da işkenceyle ediliyor. Onun için de işkence çok yaygındır. Kilise hukukunda öyle, kilise biliyorsunuz dinî bir yer. Adam suç işledi; ama adam suç işlediğini anlamalı, bunun için işkenceyle ikrar ettirirler. En namlı işkenceler, biliyorsunuz, engizisyonda vardır. Bundan dolayı, hainliklerinden, sadistliklerinden değil, anlatalım bu adama suçlu olduğunu diye... Adam yapmadım diyor. Peki, kabul etti, bu Tanrı'nın iradesi diyor.

Esra ÇETİNKAYA: Hocam bir de şu deniyor; eğer ikrar etmezse suçunu daha sonradan, zaten suçlu bulunmaya yönelik bir ceza muhakemesi sistemi uygulanıyor...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Tabii, aynen öyle...

Esra ÇETİNKAYA: İkrar etmezse daha fazla ceza verileceği.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Engizisyonda ikrar eden, ikrar ettiği için öldürülüyor, yakılıyor... İkrar etmeyen, beraat etmiyor, yine cezası devam ediyor. İsveç'te olmuştu, kadın dine karşı bir suç işledi diye, zina etti diye, suya atılıyor, batarsa diyorlar suçludur, Tanrı'nın iradesi; batmazsa suçsuzdur. Kadın batmıyor, bu sefer de büyücü diye yakıyorlar kadını. Bu, 200-300 sene önce olmuş bir hadise.

Esra ÇETİNKAYA: Evet, çok ilginç, buna benzer hadiseler duymuştum hocam... Bahsettiğim şey şu: "Osmanlı kanunnamelerinde de işkenceyle ilgili çok sayıda hüküm mevcuttur. Bunların tetkikinden özellikle hırsızlık yaptıklarından şüphelenilen sabıkalı ve 'kendi hâlinde olmayan' zanlılara karşı suç ortaklarını ya da çalınan malın yerini söyletmek için işkence uygulandığı anlaşılmaktadır.

Kanunname maddelerinde işkenceyle edilen itirafların yeterli olmadığı karinelerin de bunu desteklemesi gerektiğinin belirtilmesi önemlidir. "Ve bir kimsenin elinde veya evinde uğurluk nesne bulursa satın aldın ise satanı buldurular ve bulmazsa müttehem ise işkence edeler; meğerki bulacak kadıya götürüb teslim edeler veyahut yabanda bulduğun isbât ede. Ammâ işkencede ihtiyât edeler ki, kable's-

sübût telef-i nefis olmaya. Ve eğer işkencede ölürse davası sorulmaya."

Ekrem Buğra EKİNCİ: Adamın evinde hırsızlık malı bulunuyor; ama adama sadece bunun için işkence yapmıyorlar. Bu adam, hırsızlıkla müttehem; yani hırsız olarak bilinen birisiyse, o zaman bunu çaldığı anlaşılıyor. İşkencede, biraz evvel söyledim size, kan çıkmayacak şekilde dövülecek, eğer kan çıkmayacak şekilde dövülür ve ölürse, hederdir. Niçin? Çünkü bu şekilde işkence yapmak meşrudur. Cellada ceza var mı? Yok, vazifesini yapıyor.

Esra ÇETİNKAYA: Hocam, şunu biliyoruz ki işkence yasaktır; ancak Osmanlı Hukukunda...

Ekrem Buğra EKİNCİ: İşkence yasak değil...

Esra ÇETİNKAYA: Ha, işkenceyle elde edilen delil...

Ekrem Buğra EKİNCİ: İşte onu ikiye ayırmak lazım. İşkenceyle elde ettiğiniz ikrarsa, bu zaten baştan beri geçersiz. İkrarla elde ettiğiniz delil eğer ikrar değil de başka bir delilse, bu geçerli, fıkıh kitapları buna izin veriyor. Bunlardan bir tanesi işkencedir.

Esra ÇETİNKAYA: Yani işkence yasak değildir mi diyorsunuz?

Ekrem Buğra EKİNCİ: İşkence normal şartlarda yasaktır. Bir adama sebepsiz yere işkence yapmak yasaktır.

Esra ÇETİNKAYA: Evet, Osmanlı'da yapılmıştır yani.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Yapılmamıştır. İşkence suçtur. Kırbaç kullanılmaz işkence olduğu için mesela, değnek vardır, kırbaç yoktur İslamiyet'te. Osmanlı'da da yoktur. İşkence ile hırsız söyletmek caizdir, ikisi aynı şey değil. Durup dururken işkence yapmak caiz değil, güçlü hayvana bile caiz değil.

Esra ÇETİNKAYA: İşkence yapılmasın diye mesela, kanunlar çıkarılmıştır.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Var, evet, tamam.

Esra ÇETİNKAYA: Var olmayan bir şey için neden kanunlar çıkarılsın denir bu durumda.

Ekrem Buğra EKİNCİ: O zaman niye bu kadar Kur'an-ı Kerim indi, hadis-i şerifler varit oldu? Zina etmeyiniz...

Esra ÇETİNKAYA: O zaman yapılan işken-ceyi mesela, engellemek için...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Tabii ki, var olmaz mı işken-ce? Bütün gayrimeşru fiiller vardır, işken-ce bir sadistlik numunesidir. İşken-ceyi siz hemen şimdiki manada düşünmeyin, işken-ce delil elde etmek için yapılır diye düşünmeyin, işken-ce bir cezadır, işken-ce bir sadistlik vasıtasıdır, işken-ce bir intikam vasıtasıdır; bu yasaktır. Çünkü İslamiyet'te bir adam suçlu-yu öldürürken bile güzel öldürün diyor Hz. Pey-gamber, acı çektirerek öldürmeyin. "İşken-ce İslamiyet'te yasaktır." sözü yanlıştır. İşken-ce İslamiyet'te anlattığım şekilde yasaktır. Mut-lak manada kullandığımız zaman, genel olarak işken-ce yasaktır. Ama bir delil vasıtası olarak işken-ceye izin veriliyor, fıkıh kitaplarında var.

Esra ÇETİNKAYA: İşken-ce eğer delilin sıh-hatini engelleyebilecek nitelikte değilse, el-bette orada delili etkilemez. Ama yine işken-cenin cezası verilir.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Verilmiyor işte. Sorulmuyor, diyoruz. Fıkıh kitaplarında da, kan çıkana kadar dövülsün, diyor. Bu ne demek-tir?

Esra ÇETİNKAYA: Ama hocam sabıkalı bi-rinden bahsediyoruz özellikle ve kuvvetli bir delil var.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Sabıkalı veya mütte-hem, evet, tamam.

Esra ÇETİNKAYA: Kuvvetli de bir delilden bahsediyoruz. Mesela, biz burada şüpheli ya da sanık...

Ekrem Buğra EKİNCİ: O zaman işken-ce yok, diyemezsiniz. İslamiyet'te işken-ce var.

Esra ÇETİNKAYA: O zaman ikiye mi ayıra-cağız? Mesela, kuvvetli karineler bulunan...

Ekrem Buğra EKİNCİ: İşken-cenin iki mana-sı var: mutlak olarak işken-ce, bir insana, hay-vana eziyet vermek demek, bunun bir sürü yolu var. Bu, yasaktır İslamiyet'te.

Esra ÇETİNKAYA: Delil elde etmek için ya-pılırsa?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Delil elde etmek için yapılırsa, bu serbesttir. Ama elverir ki, bunu yaptığınız kimse suçlu olsun. İkrar elde etmek için işken-ce yapmak yasaktır ve suçtur. Bir adam birini döverek ikrar elde etse, bu ikrar geçersizdir, bu şekilde işken-ceden de ceza-landırılır. İkrar dışında delil elde etmek için yapılan işken-ceye fıkıh izin veriyor.

Esra ÇETİNKAYA: Yalnız hocam, burada da yine mağdurlar açısından ayrı bir tehlike...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Var zaten.

Esra ÇETİNKAYA: Bunu nasıl engelliyor İsl-am Hukuku?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Ama İslam buna bir kaide koymuş, diyor ki; örnekler vermiş: adamın hırsız olduğu anlaşılmış...

Esra ÇETİNKAYA: Anlaşılmamışsa?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Anlaşılmamışsa, ol-maz.

Esra ÇETİNKAYA: İşken-ce yasak mıdır bu durumda?

Ekrem Buğra EKİNCİ: Yasak tabii.

Esra ÇETİNKAYA: İşte onu söylüyorum ho-cam...

Ekrem Buğra EKİNCİ: O zaman siz, hırsız-lık ikrarı elde etmek için yapıyorsunuz bunu. O zaman suç.

Esra ÇETİNKAYA: Hayır, hocam siz ikrar bâbında düşünüyorsunuz ama mesela burada tesadüfen elde edilen deliller mevzuunda ko-nuşalım. Burada şüpheli ya da sanık, sabıkası yok, işken-ce yapılıyor ve silahı mesela evinde olduğunu... Silah sıhhatli bir delil...

Ekrem Buğra EKİNCİ: İşte, burada fail müt-tehem olmadığı için işken-ce yapana tazir ce-zası verilir. Fakat delil değerlendirilir.

Esra ÇETİNKAYA: Delil zaten sıhhatli oldu-ğu için delile göz yumulmaz...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Evet, çok güzel, doğru söylediniz. Burada işken-ce yapana tazir cezası verilir. Ama delil değerlendirilir. Doğru, hadisenin çeşitli boyutları var. Eğer ikrar elde edilmek için yapılmışsa, ikrar elde edilmişse, ikrar geçersizdir, işken-ce suçtur. İki, delil elde etmek için yapılmışsa, o zaman ikiye ayrılıyor: fail suçlu sabit olan ve müttehemse, o zaman

işkence suç değildir, netice elde edilsin ya da edilmesin, bu suç değildir. Ama eğer fail, suçsuz ise; yani hakkında bir töhmet yoksa suçu da sabit olmamışsa, sırf zan üzerine işkence yapıp da elde edilirse, bu suçtur; ama delil tatbik edilir, delil kullanılır.

Esra ÇETİNKAYA: Teşekkür ederim, bir de son bir soru sorayım, kapatalım.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Buyurun...

Esra ÇETİNKAYA: İslam Hukuku'nun hakikat meselesine bakış açısından genel itibariyle bahsedebilir misiniz? Mesela, gözlerini yummaz, dedik. Avrupa Hukukuyla bir kıyaslama da yapmak suretiyle... Gerçi konuşma içeriğinde çok yapıldı bu ama...

Ekrem Buğra EKİNCİ: İslamiyet, belli bir takım maksatları gerçekleştirmek için gelmiş, canın muhafazası, malın muhafazası... Beş tane maslahat var. Bu maslahatları gözetir her zaman ve bunun için bazı fiilleri günah saymıştır, bu günahların bazısını da suç saymıştır. Bunlara ceza tertip etmiştir. Diğerlerine ceza tertip etmemiştir. Buna ceza tertip edip etmemeyi hükümetlere bırakmıştır. Mesela kalpazanlık günahdır; ama buna ceza öngörmemiştir. Hükümet isterse ceza verir, isterse vermez. Bunun dışında, suçların ifşasını, yayılmasını istememiş. Suçlar, mümkün mertebe kapatılsın örtbas edilsin istemiş. Fertle Allah arasında kalsın; çünkü örnek olur insanlara. Gıybet yasaklanmış, gıybet nedir? Bir adamın işlediği günahın bir başkasına anlatılmasıdır. Yalan, iftira değil, var olan bir günahı anlatıyor. Bu, niçin yasaklanmış? O kişi duyduğunda üzüleceği için, bu birinci sebep. İkincisi, cemiyeti ifsat edeceği için, bunun için gıybet kanser gibidir. İşte, bir şey yayıldığı zaman, zararı çok olur.

Günahı sağda solda anlatmak da ayrı bir günahdır, günahları saklayacaksınız. İnkâr etmek, tövbedir; çünkü yayılsın istenmiyor. Emr-i maruf niçin farz kılınmıştır? İnsanlara iyiliği emreder, kötülüğü yasaklarsınız... yayılmasın bu iş, hemen mani olsun Müslüman. Sonra, en düşüğü de kalben buğz etmektir. Yuşa Peygamber zamanında bir kavim helak edilmesi üzerine melekler gönderildiğinde, gittiler geldiler: "Yarabbi, yanlış mı duyduk acaba? Şu anda o şehirde gece ibadet edenler var. Siz, tamamını helak et buyurdunuz."

Cenab-ı Hak onlara dedi ki, "Doğru söyledim, siz onları helak edin; çünkü öbürleri o günahları işlerken, onlar yüzlerini bile buruşturmadılar." Niçin bu yüz buruşturma? Yani normal kabul ediyor; bunu da istemiyor. Yani mümkün mertebe günahların örtbas edilmesini... yok etmek mümkün değildir, Peygamber bile yok edememiş. Kim bir mümin kardeşinin günahlarını örterse, Allah da yevmi'l-kıyamette onun günahını örter, hadis-i şerif bu. Eyüp Sultan Hazretleri tâ Mısır'a gitmiş yürüyerek, Utbe bin Mesud'a demiş ki: "Sen de böyle bir hadis var mı?", "Var.", "Söyle", söylemiş. Buyur seni misafir edeyim, demiş. "Yok, ihlasıma zarar verir, ben bu hadisi dinlemek için geldim" demiş.

İşte İslamiyet, suçların kapatılmasını istiyor; ama suç cemiyete intikal etmişse ve bundan birisi zarar görmüşse, buna gözünü kapatmıyor. Çünkü onun telafi edilmesi lazım.

Ceza hukukunun üç tane maksadı var: Birincisi, suçun önlenmesi; onun için ağır cezalar getirmiş. İkincisi, suçlunun ıslahı maksadını gütmüş. Üçüncüsü, mağduru da telafi etme... Yani telafi edilmeli ki cemiyette yara açılmasın. İnsanların devlete, cemiyete, insanlığa, Allah'a, İslamiyet'e karşı olan hüsn-ü zanni yıkılmasın, intikam olmasın. Bu üç maksada matuftur. İslamiyet, kötülüklerin, fenalıkların yayılmasını istemez, şüyu vukuundan beter, derler. Ama yayıldığı zaman da, ağır ve şiddetli tedbirlerle bunun ortadan kaldırılmasını ister; yani bu bir kangren olmuş uzundur, bu kanserli bir urdur, bunun kesilip atılmasından başka çare yoktur İslamiyet'in nazarında. Bu, acı olabilir; ama cemiyeti ayakta tutmanın başka çaresi yok.

Esra ÇETİNKAYA: Yani İslam Hukuku'nun genel olarak bakış açısı: Ahirette gerçek adalet sağlanacaktır. Burada toplum huzurunu sağlamak bâbında hakikatler dahi gizlenmeye çalışılır; ancak aleniyet kazanmışsa...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Mutlak hakikat ortaya çıkarılır, göz yumulmaz; çünkü dünya ahiretin tarlasıdır. "es sultanu zillullahi fi l arz yeva ileyhi küllü mazlum", sultan yeryüzünde Allah'ın gölgesidir. Allah'ın gölgesi olur mu, Allah cisim değil ki, mecaz. Sultan Allah'ın yeryüzündeki gölgesidir. Nasıl ki Allah, birtakım emir ve yasaklar getirmiş ve ahirette bu emir ve yasaklara uymayanları mahkemede

yargılayıp, cezalandıracak veya mükâfatlandırarak ise onun gölgesi olan sultan da dünyada bunun küçüğünü yapacak. Oraya mahkeme-i kübra diyorlar, buraya da mahkeme-i sugra. Burada aynı emir ve yasaklara göre mahkeme edecek Allah'ın adaletine uyararak, onun indirdikleriyle hüküm vererek, yasaklarını ve emirlerini nazara alarak cezalandıracak veya mükâfatlandırarak. Usul bu, halife demek bu demektir.

Esra ÇETİNKAYA: Peki hocam, bu mahkeme verilen cezalar ahirette...

Ekrem Buğra EKİNCİ: Hayır, suçun çeşitli ihlal ettiği unsurlar var: bir mağdur, bir cemiyet, bir de Allah. Bazen birkaç kişi. Burada, mesela adam öldürme suçunu ele alalım. Bir adamı kasten öldüren kimse... Bir; ölenin hakkı ahirete kalır, ama ölmeden önce helalleşmişse ne âlâ. İki; ölenin yakınlarının hakkı, bu kısasla ödenir. Üç; cemiyetin hakkı, kısas yapılmışsa ödenir, kısas yapılmamışsa devlet cemiyet için ceza verebilir, Osmanlılarda var bu. Mesela adam affediyor veya diyete razı oluyor, adam öldürmüş serbest gezmeyecek ya, gel bakalım sen iki sene hapisteye yat kürekte diyor. Bu da cemiyetin hakkını ödüyor. Dördüncüsü; Allah'ın hakkı, tövbeyle olur ancak, tövbe etmesi lazım. Dört tane hak var. Zinada iki tane hak var: biri cemiyetin hakkı, biri Allah'ın hakkı. Cemiyetin hakkı, had cezasıyla ödenir, Allah'ın hakkı bâki kalır, tövbe etmesi lazım. Hırsızın elinin kesilmesiyle cemiyetin hakkı ödenir. Malı tazmin etmesiyle mağdurun hakkı ödenir, tövbe etmesiyle de Allah'ın hakkı ödenir. Bütün suçlarda tövbe aranıyor. Bu, münakaşa mevzuu olmuş; fakat ulemanın ekserisi diyor ki; had cezası işlenen kimse, ayrıca tövbe etmelidir. Tövbe etmese affolunmaz; çünkü kalben samimi pişman olmadıkça Allah affetmez.

Esra ÇETİNKAYA: Peki hocam, çok teşekkür ederim.

Ekrem Buğra EKİNCİ: Estağfurullah...