

ANASAY

3 Aylık Ulusal Hakemli - Süreli Dergi -Yıl:4 – Sayı:11- Şubat 2020

koynunda büyüdük



ÖZGECAN ASLAN VAK'ASININ İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRMESİ VE TARTIŞMALI BİR ÖNERİ: TEDBİREN HAPİS

AN EVALUATION OF OZGECAN ASLAN MURDER FROM THE EYE OF HUMAN RIGHTS AND A CONTROVERSIAL PROPOSAL: INJUNCTIONAL ARREST

DOI: 10.33404/anasay.678191

Çalışma Türü: Araştırma Makalesi / Research Article¹

Murat ERTEN*

ÖZ

Dede Cöngî Efendi vali ile kâdının yetkileri arasındaki farkları sıralarken, bir *tedbiren hapis cezâsından* söz eder ve bunun adâlet arayışı sürecinde suçu önleyici uygulamalardan biri olduğunu vurgular. Buna göre henüz suç işlememiş veya bir suçu işlemeyi alışkanlık edinmiş bir kimse, yeni bir suçu işleyip yeni mağdurlar yaratmadan evvel devlet gözetimine alınır, kişisel masrafları devlet tarafından karşılanır ve gözetim altında tutulduğu süre içerisinde ahlâken düzelmesi beklenir. Fakat suç fiili henüz işlenmemiştir ve işlenmemiş bir suç için öngörülecek bu hükmün ortaya çıkaracağı insan hakları problemleri bir yana, toplu taşıma aracındayken kaçırılan, saldırıya uğrayan, öldürülen ve öldükten sonra yakılarak ortadan kaldırılmaya çalışılan Özgecan Aslan ve benzeri şiddet vak'aları ortaya çıktıkça, toplum güvenliği açısından bu türden tedbir mekanizmalarına ne denli ihtiyaç olduğu görülmektedir. İnsan hakları

1- Makale Geliş Tarihi: 21. 01. 2020 Makale Kabul Tarihi: 03. 02. 2020

* Dr. Öğr. Üyesi, Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Felsefe Bölümü, merten@mu.edu.tr **ORCID ID** 
<https://orcid.org/0000-0002-9933-4793>

açısından bakıldığında, şüpheli şahısların yargı ve cezâ sürecinde sahip olduğu haklar kadar, mağdurların da yaşama, güvende olma, serbestçe seyahat etme ve toplumunsa genel anlamda huzurlu yaşam hakları vardır. Özellikle psikolojik problemleri ve madde bağımlılığı olan kimselerin çeşitli kanallardan takip edilmesi ve isimleri, onurları ve diğer kişilik hakları zedelenmeden gözetim altında tutulmaları, toplum huzuru açısından önem arz etmektedir. Dolayısıyla Dede Cöngî Efendi'nin bu tedbir önerisi *tartışmalı* olduğu kadar *tartışılmaya* değerlidir.

Anahtar Kelimeler: Dede Cöngî Efendi, Tedbiren Hapis, İnsan Hakları, Şiddet, Suç-Cezâ Denkliği

ABSTRACT

While Dede Congi Efendi sorting the differences of authority between *vali* (governor) and *kâdı* (judge) in the process of justice quest mentions *tedbiren hapis* (injunctonal arrest) as an enforcement of crime prevention. According to this principle, one who does not commit a crime yet or who habits to commit crimes can arrest temporarily before have a new one, his/her personel costs bornes by the state and justice hopes him/her amends morally during the process of injunctonal arrest. However the crime does not committed yet. Therefore on the one hand there will be human rights problems that emerge from an uncommitted crime and on the other hand like murder of Ozgecan Aslan who was kidnapped while she was at a public transport, offended, homicided and burnt after killed. These kinds of violence acts need some injunctions in term of community security. From the point of view of human rights suspects have fair judgement and punishment rights, aggrieveds have rights to live, to be safe, to travel freely by themselves and society has a right to have a peacefull life. Especially persons who are addicted and have mental diseases should be followed legally and they might arrest for the peace of society by not outraged their names, honors and personel rights.

Keywords: Dede Congi Efendi, Injunctonal Arrest, Human Rights, Violence, Crime-Punishment Balance

GİRİŞ

Günümüzde toplumlar, suçu ve şiddeti giderek gündelikleştirilen bir yapıya evrilmektedir. Suçun ve şiddetin her türünü uygulayanlar, buna maruz kalanlar hatta bu türden fiillere şahit olanlar, beklenenin aksine suçu ve şiddeti

kanıksamakta ve yoğun şiddet içeren bu toplum ve yaşam rutinine alışmaktadır. Böylece öldürme ve yaralama gibi bedene, taciz ve tecavüz gibi ırza, hırsızlık gibi mala, hakaret ve mobing gibi manevî şahsiyete ve gasp gibi bunların birden fazlasına yönelik suçların yaygınlığı, toplumsal unsurların aralarında doğal olarak bulunması beklenen güven ortamını yok etmektedir. Fakat bu türden bir toplumsal ilişki ağının sağlıklı biçimde yürümesi imkânsız görüldüğünden, bu durumu düzeltmek üzere farklı, etkin ve sürekli çözüm önerilerine ihtiyaç olduğu da şüphesizdir. Böylesi çetin ve radikal toplumsal problemlerin bir aranda ve bugünden yarına çözümlenmesi elbette mümkün değildir. Bu yüzden, toplumda yaygın ve yoğun şiddetin suça dönüşmeden evvel önlenmesine yönelik bir çözümün ahlâk, hukuk, siyaset ve eğitim gibi birbirinden farklı düşünce alanlarının birikimlerinden aynı anda yararlanmak suretiyle üretilmesi daha makul görünmektedir.

Bu çalışma meselenin yalnız hukukî yönüne temas edecek, buna bağlı olarak iki hususu tespit ederek bir öneride bulunacaktır.

Başlıkta kullanılan isimden hareketle çalışmanın genel anlamda şiddete, özel olarak kadına karşı şiddete hasredildiği de düşünülmemelidir. Çünkü Dede Cöngî Efendi'nin *tedbiren hapis* olarak adlandırdığı, bizimse *zorunlu misafirlik* olarak anladığımız hukukî tedbir, yalnız Özgecan Aslan ve Ayşe Paşalı gibi kimselerin maruz kaldıkları ağır şiddete ve melun ve menfur fiillere yönelik bir uygulama önerisi değildir. Ona göre bu tedbir, iki gruba yöneliktir: Bunların ilki, bir suçu işlemeyi alışkanlık haline getirmiş ve uygulanan cezâlardan ders alıp düzelmemiş kimselerdir ve yeni bir suçu daha işlemelerinin önüne geçmek hedeflenir. İkinci grup ise, henüz suça bulaşmamış fakat suç olgusunun ağırlıklı biçimde yer aldığı çevrelerde bulunan, zamanını suçla ilişkili şeylerle ve suçlularla geçiren, dolayısıyla suça bulaşma ihtimali çok yüksek olan kimselerdir. Bu kimselerin de suça bulaşmasına engel olmak amaçlanır. Bu anlamda çalışmada –maktül ve ailesinin kişisel ve toplumsal haklarını ihlal etme kaygısı ve tereddüdü taşıyarak da olsa– Özgecan Aslan Olayı rehber örnek olarak seçilmiş, toplum belleğinde yer etmiş bu ve benzeri durumların vahametini gözler önüne sermek ve ortaya çıkacak yoğun ve çok yönlü bir tartışmanın bir tarafında yer almanın ne kadar güç olduğunu göstermek amacıyla kullanılmıştır.

Kavramsal Altyapı

İslâm cezâ hukukunda ibâdât, muamelât, ukûbât, münâkehât, müfârekât ve ferâiz gibi bölümler bulunur. Modern anlamda bir sistematiğe sahip olmasa

da günümüz cezâ hukukuna karşılık gelen alan ukûbâtır. Hukuk kaynaklarında bu başlık altında suç kavramı, suçun unsurları, mahiyeti, suça teşebbüs, iştirak ve cezâyâ müessir sebepler, had, diyet/kefâret ve ta'zîr gibi farklı türden cezâlar fakat özellikle had cezâlarını gerektiren suç fiillerinin tanımları ve sınırları ele alınır. *Kur'ân-ı Kerîm*'de had cezâsı gerektiren suçlar, öldürme/*katl* ve organ kesme/*cerh* için öngörülen kısas (Ansay 2002: .318 vd; Zehra 1973: 129)² da dâhil edilirse altı adettir ve nikâhsız birliktelik/*zina*, namuslu kimseye zina iftirası/*kazf*, hırsızlık/*sirkat*, şarap içme/*şirb-i hamr*, yol kesme/*kat-ı tarîk* ve kısas olarak sıralanır (Erten 2017: 345 vd).³ Hanefî fakihlerin had sınırına dâhil etmediği fakat Şâfiî ve Mâlikî fakihlere göre had cezâsı gerektiren diğer iki suç ise dinden dönme/*irtidad* ve yönetime karşı haksız isyandır (Şekerci 1996: 17). Bunlar dışında kalan ve karşılığında had veya kefâret gerektirmeyen suçlar için *ta'zîr cezâsı* öngörülür.

Müeyyideleşmemiş süreçleri kapsayan *ta'zîr cezâsı* siyasî bir tür tedbirdir ve 'terbiye etme, düzeltme, önleme (İng. correction)' anlamında *te'dîb* olarak da adlandırılır. Başka deyişle, hadlerin dışında kalan suçlarda, toplum yararı gözetilerek başvurulmuş *alternatif* bir yargı usulü ve cezâ yöntemidir. İslâm hukukunda emanete hıyanet, sövme, faiz, rüşvet gibi fiiller de suç sayıldığı halde haklarında had belirlenmemiştir. Böylece yasama kuvvetine, İslâm'ın temel hükümlerini aşmamak üzere bu türden fiiller için toplum yararına bir cezâ belirlemede serbestlik tanınmıştır. Ta'zîr ve had cezâları arasında kamu yararını gözetmek kaydıyla iki temel fark bulunur. İlkine göre hadlerin sınırları kesindir ve aza veya çoğa doğru esnetilemez (Ansay 2002: 328; Zehra 1973: 65; Erten

2- Kısas 'karşılık' demektir ve Kantyan bir bakışla, kasten yaralama veya öldürme suçlarında, suçlunun devlet eliyle yaralanması veya öldürülmesidir. Katilde suçlu öldürülür, cerhte hangi organ ne oranda zarara uğratılmış ise aynı organ aynı oranda zarara uğratılır. Kısasın uygulanabilmesi için, kan sahiplerinin başka deyişle mağdurun birinci derece yakınlarının tümünün kısas istemesi gerekir. Birinin dahî bundan vazgeçmesi kısası ortadan kaldırır ve kefâret veya diyetle hükmedilir. Kan sahibi/*veliyyu'd-dem*, kısası kendisi uygulayabileceği gibi bir başkasına vekâlet vererek de uygulanmasını sağlayabilir.

3- Aralarında nikâh bağı olmayan iki kişinin cinsel beraberliği *zina*, namuslu kimseye zina iftirası ise *kazf* olarak adlandırılır. Zina için yüz, kazf için seksen sopa cezâsı belirlenmiştir. Sopa cezâsı yalnızca sırta ve bacaklara uygulanır. Zina cezâsı zanilerin sosyal konumları düşünülerek kapalı bir yerde de infaz edilebilirken, kazf cezâsı topluma ibret olması amacıyla alenen infaz edilir. Yol kesme suçu anarşizm veya terörizm anlamında, ülke sınırları içerisinde güvenli yolculuk etmeye engel olma olarak anlaşılabilir. Hırsızlık için öngörülen el kesme cezâsı yol kesme için de tanımlanır ancak suçun tekrarında hırsızlıkta diğer el kesilirken, yol kesmede çaprazlama ayak kesilir, şahıs sürgün edilir veya ömür boyu hapsedilir. Şirb-i hamr tüm alkollü içkiler ve uyuşturucu-uyarıcı maddelerin kullanılmasına teşmil edilir. Hz. Peygamber tarafından sınırları kesin biçimde belirlenmemiş olan cezâî had ilk dönemler kırk, ardından seksen değnek olarak uygulanmış, suç yoğunluğuna bağlı olarak ilerleyen dönemlerde yüz değneğe yükseltilmiştir. Bu cezâlar, bağlayıcıdır ve had olarak tanımlanır.

2011: 59). Buna karşın *ta'zîr cezâsı* usulen had cezâsından bir seviye aşağıda kabul edilir ve cezâ aralığı bulunur. İkinci fark ise devlet başkanı, hadleri af yetkisi olmadığı halde *ta'zîr suçlarını* affedebilir (Şekerci 1996: 21 vd).

Ta'zîr suçları, İslâm'da kesin biçimde yasaklanmış fiiller, kamu yararına olmayan fiiller ve aslen yasak olmadığı halde sonradan devletçe yasaklanmış fiiller olarak sınıflanabilir. Bu fiillerin cezâları ise, topluma yönelik bir ibret teşkil edeceğinden, suçluyu yeniden suça yönelmekten, başkalarını ise suça bulaştırmaktan uzaklaştırmayı ve yurttaşlar için ahlâkî bir yaşamı amaçlar. Bu cezâlarda kesin sınır belirlenmiş olmadığından ve takdir hakkı tümüyle mahkemenin olduğundan, cezâ, nasihatten tutuklamaya hatta sürgüne kadar uzayabilir. Bu noktada etkili olan unsur suçlunun psikolojik durumu, suçu tekrar sayısı ve evelden uygulanmış cezâlardan aldığı derstir. Cezânın türü ve ağırlığı bu unsurları göz önünde bulunduran hâkimin uhdesindedir. Cezânın ağırlığına göre hadle birlikte *ta'zîr* de uygulanabilir (Şekerci 1996: 27 vd).

Ta'zîr cezâlarının en çok bilineni ve belki en yararlı olanı hapis cezâsıdır. Hapis cezâsının temel faydası, özgürlüğü kısıtlamak suretiyle kişiye *cezâlandırıldığı duygusunu* yaşatması fakat bununla birlikte suçlunun şerefini de teminat altına alıp korumasıdır. Dolayısıyla hapis cezâsı, hadler dışında kalan suçlara yönelik caydırıcı bir cezâ biçimidir (Alî 2018: 41-58; Korkmaz- Kurban 2017: 583). Ancak hâkim, hapis cezâsı, sopa ve uyarı cezâları arasında tercihte bulunmak bakımından serbesttir (Şekerci 1996: 109). Modern Batı hukukunun bir uzantısı olan *cârî* hukuk sistemimizde de, aralarında fark gözetmeksizin tüm suçlara yönelik olarak hapis cezâsı uygulanmaktadır.

Ta'zîr gerektiren suçların hangileri olduğunun, bunların açık tanımlarının, sınırlarının ve diğer suçlardan farkının seçik biçimde belirlenmiş olmaması ve hükmün ve takdir hakkının tümüyle ulü'l-emre terk edilmiş olması, kavramsal bir muğlâklık yaratabilir ancak bu muğlâklığın hâkim veya kâdı için yetki kullanmada bir genişlik ve içtihat imkânı olduğuna da şüphe yoktur. Bu imkân aynı zamanda, devlet yönetiminde zamana ve şartların farklılığına göre siyaseten irade kullanmak ve hukukî düzenleme yapmak isteyen yöneticiler için de geçerlidir. Dede Cöngî Efendinin *Siyâsetnâme'sini* özgün kılan taraflardan biri, işte bu yargı pratiğine getirdiği yeni ve farklı bakış açısıdır. Bazı düşünürlere göre *ta'zîr* olarak anlaşılan siyâset uygulaması, Dede Cöngî Efendi için farklı ve hadle uyumlu alternatif bir hukuk metodudur. Adâletin hakkıyla tesis edilebilmesi için başvurulabilecek bu yöntem hukukta bir genişlik ifade eder ve valinin

sahip olduğu üstün yetki ve kuvvetlerin aynıyla kâdıya da tanınmasını öngörür. Onun için ta'zîr, kamu haklarını ilgilendiren fakat şahıs haklarını doğrudan ilgilendirmeyen suçlarda ulü'l-emrin dilerse bağışlayıcı olmasının, başka deyişle sertlik değil yumuşaklık göstermesinin bir yolu olarak da kullanılabilir. Bu yetkiler esas olarak hadlerle sınırlı olsa da, bazı noktalarda sınırları zorlayacak bir biçim de kazanabilir. Fatih Kânunnâmeleri'nin ilk üç faslı da ta'zîre ayrılmış ve haklarında had bulunan içki içme ve hırsızlık gibi suçlar için iki sopa başına bir akçe ödenmesi hükme bağlanmıştır. İşte Osmanlı hukukunda sopa cezâlarının yerine para cezâsının getirilmesi, bu türden bir genişliğin zamanın gerekleri yönünde kullanılmasının bir örneğidir (Şekerci 1996: 110).

Başka bir örnekle zinanın; hemcinsler arasında, çocukla, ölüyle, deliyle ve maddî karşılıkla yapılanları gibi farklı ve had dışında cezâî düzenleme gerektiren türleri vardır. Namuslu bir kimseye zina dışında bir konuda iftirada bulunmanın, zina suçlamasını açıktan değil ima yoluyla yapmanın veya öldürme suçunun planlı ve kasten olmadığı hallerin cezâsının ne ve nasıl olacağına yönelik yeni düzenlemelere de ihtiyaç vardır. Ancak suç olduğuna şüphe olmayan bu fiillere had uygulamak, suçu aşan bir cezâ vermek ve adâlet perdesinin dışına çıkmak olacaktır. Böylece ta'zîr cezâsı, yukarıda sıralanan kısas ve had gerektiren suçların dışında kalan kamu düzenini bozmaya yönelik, görevi kötüye kullanma, sahtekârlık, rüşvet, kusurlu veya fahiş fiyattan mal satma, karaborsacılık gibi fiiller ve sayısız suç türü için, siyasal şartların belirlediği sınırlar içerisinde çağa ve değişen koşullara göre İslâm hukukunda çok önemli bir rol üstlenmiştir. Bu fiiller için hapis süreleri öncelikle hükümlü pişman oluncaya dek, bu gerçekleşmez ise birkaç aydan birkaç yıla kadar belirlenmiştir (Şekerci 1996: 93; Alî 2018: 48 vd).

Dede Cöngî Efendi (ö.H.975/M.1567-68) (hakkında bilgi için Nev'izâde 1989: 119; Akgündüz 1994: 76; Brockelman 1937: 498) de ünlü eseri *Risâle-i Siyâsetu's-Şer'iyye* veya yaygın adıyla *Siyâsetnâme*'de ta'zîr konusunda ilginç, çağını aşan ve tartışmaya açık değerlendirmelerde bulunur. Dede Cöngî'nin hukuk yaklaşımı hukuk-siyaset ilişkisi bağlamında yer alır ve esas itibariyle dönemde hukukta var olan çift başlılığı ortadan kaldırmak arzusundadır. Ona göre yargı usulünde Sultanın yerel temsilcisi olan *vali* ile şer'î hukukun yürütücüsü ve temel taşı olan *kâdının* varlığı, bu çift başlılığın kaynağını oluşturur. Sıradan hukuk problemlerine ve halkın kendi arasında meydana gelen anlaşmazlıklara usulen kâdı bakarken, yöneticileri, vergi tahsildarlarını ve nüfuzlu kimseleri ilgilendiren davalara, valinin başkanlık ettiği *mezâlim divanı* bakar (Uzunçarşılı

1941: 9). Mezâlim divanına başlangıçta halife veya sultan başkanlık ederken, bu görev giderek valinin ve başkâdının/*kâdu*'l-*kudât* görevi olagelmıştır.

Osmanlı hukuk düzeni içinde söz konusu çift başlılık dengeli bir hâl arz etmez ve vali lehine yetki artırımını içerir. Buna göre vali davayı, yalnızca davalı taraflar arasındaki nizayı çözmek için değil, toplumun geneline yönelik bir kuvvet gösterisi olarak da yürütür. Bu türden bir yaklaşımı modern hukuk teorilerinden Pozitivist ve Postmodern Cezâ Hukuklarıyla Toplumsal Korunma Doktrini'nde de görmek mümkündür (Erten 2011: 343 vd). Vali, davalının hâl ve davranışlarından suçu işlediği kanaatine varırsa, onu itiraf etmek üzere zorlayabilir, korkutabilir hatta tehdit edebilir. Oysa kâdı için bu türden bir uygulama söz konusu olamaz. Benzer şekilde vali, resmi bir başvuru ve şikâyet olmaksızın yalnızca duyuma dayalı olarak kamu davası açabilir ve arzu ederse tarafların bilgi ve ifadesine başvurabilir. Fakat kâdı için dava yolu ancak resmi başvuru hâlinde açıktır. Vali, hükmü açıklamayı erteleyebilir fakat taraflardan birinin talebi olursa, kâdı hükmü açıklamayı erteleyemez. Hükmün açıklanmasının tehir edilmesi, bugün sulh cezâ hâkimlerinin uhdesindedir. Davanın çıkmaza girdiği noktalarda vali, iki tarafı uzlaştırmak üzere aracı kimselere başvurabilir fakat kâdı, hele de taraflardan biri itiraz ederse, bu türden bir yetki kullanamaz. Bu yetkinin de günümüzde hâkimlerce özellikle aile ve ticaret davalarında bilirkişiye başvurma biçiminde kullanıldığını hatırlamak gerekir. Son olarak valinin, toplumda güvenilir olmayan veya şahitliği geçerli sayılmayan kimselerin şahitliğine dayanarak hüküm bağlaması mümkünken, kâdı için bu mümkün değildir (*Tercüme-i Siyâsetnâme* H.1275: 31 vd; Erten 2015: 165-189).

Dede Cöngî Efendi içinse mesele valinin geniş yetkilere sahip olması değil benzer genişlikte yetkilere kâdının da sahip olabilmesidir. Kâdı, adâlet iş ve işlemlerini yürütmekle yükümlü olduğundan görev ve yetkileri kânunlarla sınırlanmıştır. Kaldı ki Şâfiî, Mâlikî ve Hanbelî fıkıhlarında, valinin yetkilerinin genişletilmesi ve neredeyse kânun dairesinden çıkmasına cevaz verilirken kâdının yetki aşımı uygun bulunmamaktadır. Aynı şekilde Hanefî fikhında da, kâdının kânunlara uygun davranması uygun bulunmuş, valinin geniş ve serbest yargı üslubu, kâdı söz konusu olduğunda zulümle eşdeğerde görülmüştür. Buna karşın diğer mezheplerin tersine Hanefî fikhında, zorunlu durumlarda kâdının da yetkilerini aşacak düzeyde mahkemeye hâkim bulunmasına onay verilmektedir.

Bunlardan olarak Dede Cöngî Efendi, mezhepler arasında var olan bu ihtilafi toplum faydasına çözmeye çalışır ve toplumun korunması ve hukuka

saygının köklü biçimde temin edilebilmesi için geniş yargı yetkilerinin valiler gibi kâdılara da tanınmasını önerir. Ona göre yargıda mevcut olan bu iki başlı yapı içinde ortaya çıkan yetki farkları, pratik anlamda da bir karmaşaya yol açmaktadır. Kendisinden önce konuyu ele alan araştırmacılar valinin lehine ve kâdının aleyhine sonuçlar çıkarmışlardır. Ona göre ise, bu yetki karmaşasını çözmek, İslâm hukukunun temel kaynakları üzerinden yetki farklarını vali ve kâdı açısından ayrı ayrı ele almak ve hukuk ve toplum yararına farkları ortadan kaldırarak dengeli ve âdil bir yönetime ulaşmak mümkündür (*Tercüme-i Siyâset-nâme* H.1275: 33 vd; Trablûsî 1300: 161 -170).

Söz konusu yetki farkları siyaseten karar almak bakımından dokuz başlık altında toplanabilir. 1) Vali, hakkında bir suçlama bulunan şahsı, araştırma-soruşturma tamamlanıncaya dek hapiste tutabilir. Kaçma ve delil karartma şüphesi ile günümüzde de uygulanan bu tedbir, burada kazf gibi suçlar için öngörülmektedir. 2) Bu hapis süresi bir ayla sınırlanır. Kâdı bu türden bir yola kesinlikle başvuramaz. 3) Hakkında kesin delil bulunmayan bir kimsenin, o suça ilişkin bir takım izleri üzerinde taşınması, valinin kararını etkileyebilir. Örneğin daha önceden hırsızlık yapmış ve eli bilekten kesilmiş bir şahıs hakkında yine hırsızlık iddiası bulunursa, vali, suçu evvelden de işlemiş olduğuna bakarak kuvvetli bir kanaat edinebilir. Bu yaklaşımın kânunen ve kâdı açısından bir geçerliliği olmadığı açıktır ancak valinin kanaati bağlayıcıdır. 4) Vali, hakkında derin şüphe sahibi olduğu zanlının suçunu itiraf etmesi için hafif şekilde dövülmesine hükmedebilir. Kaba dayağa bağlı olarak alınan itirafinsa sıhhati sonradan değerlendirilir. Kâdı için bu uygulamalar tümüyle kânun dışıdır. 5) Zanlıdan yemin istenmesi de böyledir. Vali, zanlının değerli gördüğü şeyler veya kimseler üzerine yemin etmesini isteyebilirken kâdı yalnızca Allâh üzerine yemin ister. Hadisle sabitlenmiş olan bu ilkenin vali lehine genişletilmesi ilginç bir husustur (*Buhârî*, Eymân, 4; *Müslim*, Eymân, 1-6; *Nesâî*, Eymân, 1-12; *Ebû Dâvûd*, Eymân, 3-5, Belgesay 1963: 336 vd.). Henüz suça bulaşmamış ancak hâl ve gidişatından suça bulaşması kuvvetle muhtemel kimseler vali tarafından sözle veya hafif bir cezâ ile uyarılabilir. Hatta şahsın ders alıp almadığı kanaati gelişinceye kadar bu uyarılar devam edebilir. Fakat kâdı bu türden bir uygulamaya hükmedemez. Uyarıya dayalı bu uygulama, aşağıda mücerret i'lâmle ilgili olarak ele alınacağı üzere ta'zîrin bir formudur ve sonraları kâdılarca da uygulanmıştır. 7) Vali, şahitliği kabul edilmeyen kimselerin şahitliğini zorunlu hâllerde kabul edebilir fakat kâdı hâl ve şart ne olursa olsun şahitlikten men

edilmiş kimselerin şahadetlerini kabul edemez. 8) Müessir fiil suçlarında vali, daha ağır yara almış olan veya kendisine diğerinden daha önce başvurmuş olan tarafı önce dinler. Bu, bir anlamda mahkeme öncesinde erken bir kanaat sahibi olmak/*ihsas-ı rey* olarak değerlendirilebilir. Kâdı ise bu türden önceliklere iltifat etmez ve mahkemenin seyri olması gerektiği biçimde devam eder (*Tercüme-i Siyâsetnâme* H.1275: 38 vd).

Tedbiren Hapis

Ta‘zîr cezâları yalnız suçluyu cezâlandırmayı değil aynı zamanda suçü önlemeyi de amaçladığından, kânunî bir takım uyarılar içerir. Bunlardan biri olan *mücerret i‘lâm*da hâkim, bir şahsı, hakkında olumsuz dedikodular bulunduğu ve bir suçü bulaşmak üzere olduğu duyumlarına dayanarak yazılı veya sözlü biçimde uyarır. Zanlının psikolojisi de dikkate alınarak uyarılması veya kendisine *nasihat edilmesi* bazen etkili de olabilir. Bunu dikkate almayan şahsa, uyarı bizzat *mahkemeye çağrılarak* resmî yoldan tekrarlanır. Hiçbir biçimde öğüt almayan kimselerin sertçe uyarılması ve *cezâ ile tehdit edilmesi*, bu yöntemin diğer aşamalarıdır. Tüm bu uyarılara karşın suçtan uzak kalmayı başaramayan şahsın cezâlandırılması ve topluma *teşhir edilmesi*, en ağır yaptırımdır. Suçlunun teşhiri genellikle –hırsızlık, rüşvet ve ayıplı mal satma gibi– toplumsal konularda olur (Şekerci 1996: 109). Ta‘zîrin kısımları olan bu cezâlar da birer tedbir olduğu halde, tedbiren hapis bunlardan farklıdır.

Dolayısıyla bu çalışmayı esasen ilgilendiren kısım, yukarıda sıralanan maddelerin dokuzuncusunda içerilmektedir ve *tedbiren hapis* olarak adlandırılır. Dede Cöngî Efendi’ye göre, vali önceden suç işlediği bilinen bir kimseyi, hakkında bir şikâyet olmasa da, toplumda uyandırması muhtemel huzursuzluğu gidermek veya işlemesi muhtemel suçlardan uzak tutmak amacıyla, şahsî ve ailevî tüm giderleri devlet tarafından karşılanmak suretiyle tedbiren hapsedebilir. Böylece şahıs, henüz bir suç işlemeden evvel, suç işleyebileceği şüphesi ve kolluk marifetiyle zorunlu bir gözetime veya tutukluluğa tâbi tutulur. Ancak şahsın, evvelden suçü bulaşmış olması, yeni bir suçü daha bulaşacağını zorunlu kılmadığından ve ortada reel bir suç olmadığından, kâdının bu türden bir uygulamaya hükmetmesi mümkün değildir. Bu türden bir hüküm imkânı yalnızca toplum yararını gözetmekle yükümlü olan valiye tanınmıştır.

Bu hüküm yukarıda sıralanan diğer sekiz maddeden farklı olarak, öncelikle hakkında suçü şüphesi bulunan şahsın, evvelce verilen cezâlardan ders al-

mamış olmasını içerir. İkinci olarak şüpheli şahıs henüz bir suça bulaşmamış olduğu halde, suçla ilişkili durumlarda bulunmuş, suçlularla yakınlık kurmuş, bu yönde davranış ve alışkanlıklar edinmiş ise, suçla arasındaki mesafe kısalmış demektir. Böyle bir durumda şahsın suça bulaşmasının önlenmesi amacıyla – yukarıda sıralanan uyarılardan da sonuç alınmadığı bir durumda– vali tedbiren hapsine hükmedebilir (*Tercüme-i Siyâsetnâme* H.1275: 39-40).

Genel kabule göre İslâm hukukunda hapis cezâsının alt sınırı yirmi dört saattir (Alî 2018: 50). Tedbiren hapis hükmünün içerdiği tutukluluk süresi ise önceden belirlenmiş değildir. Hapis süresinin belirli olması, uygulamanın esas amacı olan şahsın düzelmesini ve toplumla uyumlu bir yaşama geçmesini engelleyebilir. Belirsiz ve ucu açık bir hapis süresi ise, şüpheli şahsın alışkanlık edindiği suç fiillerinden tümüyle arınıp temizlenmesini veya valide bu kanaati uyandırmasını sağlayabilir. Önemli bir husus olarak, İslâm hukukunda hapis cezâsının ikincil bir yapıda ve hadlerden aşağı suçlara yönelik bir cezâ türü olduğu da vurgulanmalıdır. Dolayısıyla bir suçu işlemeyi âdet edinmiş bir kim- senin, evvelden uygulanan cezâlardan ders almamış olması durumunda süre be- lirtilmeksizin hapsine hükmedilir. Sürenin belirli olmaması, psikolojik bir etkiyle şüpheliyi durumdan ders çıkarmaya itecektir. Şahsın denetim görevi valiye verilmiştir ve göstereceği iyileşmeye bağlı olarak süre müebbeten muvakkafa çevrilebilir (Şekerci 1996: 118 vd). Bu gözetim veya hapis uygulaması Dede Cöngî'ye göre, olumsuz anlamda kânunsuz bir cezâ olarak değil, olumlu bir yaklaşımla toplum yararını tesis etmek üzere kurgulanmış bir tedbirdir. Böyle bir tedbire hükmetme yetkisi hâl-i hazırda valiye tanınmış durumdadır (*Tercüme-i Siyâsetnâme* H.1275: 40).

Had gerektirmeyen suçlarda başvurulmuş bu ve benzeri tedbir hükümlerine *siyaset uygulamak* denir. Siyaset kavramı burada 'politik tavır takınmak' anlamında değil 'hukuk düzenini geniş yetkilerle işletmek' anlamında kullanılmakta, daha geniş anlamda 'toplumu yönetmek ve toplum yararına olacak biçimde yetki kullanmak' anlamına gelmektedir (*Tercüme-i Siyâsetnâme* H.1275: 2 vd; Erten 2011: 176). Siyaset uygulamak, İslâm'ın temel kaynaklarında da yer almakta ve uygun bulunmaktadır (*Kur'ân-ı Kerîm*; Bakara (2/250-1), Sâd (38/21-30); *Buhârî*, Enbiyâ, 50, *Müslim*, İmâre, 44; Şirvânî 1965: 33-38). Peygamberlerin insanların ve toplumların hem dinî hem dünyevî yaşamlarını düzenlemesine karşılık, âlimler insanların içsel/dinî yönlerini, sultanlar ise fertlerin ve toplumların yalnız dışsal/dünyevî yaşamlarını düzene sokmakla yükümlüdürler.

Dolayısıyla sultanların ve yerel temsilcileri olan valilerin toplum yararına/*siyaseten* yönetim sürdürmesine cevaz verilmiştir (*Tercüme-i Siyâsetnâme* H.1275: 4, Lewis 1993: 10 vd). Anlaşıldığı üzere Dede Cöngî Efendi, tedbiren hapsi alternatif bir cezâ olarak değil, var olan cezâları tamamlayıcı nitelikte bir tedbir olarak düşünmektedir. Ancak tedbiren hapse hükmetme yetkisi yalnızca valiye tanınmış, yetkileri kânunla belirlenmiş/sınırlanmış olan kâdı için bu türden bir yetki artırımına diğer üç mezhep imamı onay vermemiştir. Buna karşın Hanefî düşünürler kâdının da bu türden bir yetkiye kavuşması gerektiğini düşünmektedirler çünkü toplumun huzurunun korunması, ortaya çıkacak olayların âdilane çözümü ve doğru ilkeyi uygulamak hususlarında kâdı da vali kadar sorumludur (*Tercüme-i Siyâsetnâme* H.1275: 31 vd, Erten 2011: 268).

Bu noktada ortaya iki önemli husus çıkmaktadır. Birincisi Dede Cöngî'ye göre kâdı geniş yetkileri 'zorunlu hallerde bir hükme varmak için' kullanır. Vali için bu türden bir kayıt düşülmediği halde, kâdı için zorunlu haller kaydının düşülmesinin sebebi, kâdının kânunen sınırlanmış yetkilerini kullanırken bu sınırları fazlaca ve gereksiz biçimde zorlamasının uygun olmayacağı düşüncesi olmalıdır. Aksi takdirde serbest yargı usulü karşısında hukukî/şer'î düzen kökten zarar görecektir. İkinci husus ise kâdı lehine olacak bu düzenlemeyi Dede Cöngî açıktan önermek yerine, kaynak olarak kullandığı *Mu'înu'l-Hükkâm* üzerinden dillendirir. *Mu'înu'l-Hükkâm*'da söz konusu yetki farkları açıkça dile getirilmekte ve valinin yetkilerinin kâdıya da tanınması önerilmektedir. Bu anlamda kendisinden önce saygın hukukçular tarafından dile getirilmiş olan bu düşünceye karşı Dede Cöngî Efendi'nin hâlâ tereddütle yaklaşmasının sebebi, insan hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendiren ve hak ihlallerine kapı açan çetrefil bir öneriyi dile getirirken düşüncesinin kesinliğinden emin olmaması olabilir (*Tercüme-i Siyâsetnâme* H.1275: 33, *Mu'înu'l-Hükkâm* 1300: 161, Erten 2011: 269).

Mu'înu'l-Hükkâm'da da mahkemenin otorite kuvveti ve toplum nezdindeki etkinliği açısından ele alınan ve yetki ve uygulama kuvvetinden yoksun olduğu vurgulanan kâdının, tâbi olduğu kânunlarla sınırlandığı ve bir anlamda yetkisiz kılınarak vali karşısında kadük bırakıldığına dikkat çekilir. Dolayısıyla kâdıya; toplumun huzursuz olduğu, suç işlemeden korkulan ve hâl ve davranışları bakımından güven vermeyen bir şahıs hakkında tedbiren hapse hükmetme yetkisi tanınmalı, vali gibi siyaseten karar alabilmesi sağlanmalıdır (*Mu'înu'l-Hükkâm* 1300: 32 vd).

Tedbiren hapsin, hukuk düzeninde yer alma gerekliliği bu çalışmanın da hedeflediği birinci tespittir. Bu gereklilik, gündelik yaşamda hemen her gün rastladığımız şiddet olaylarıyla ve toplumun, yerleşik hukuk düzeni içerisinde bulamadığı adâlet arayışında kendisini tekrar ve tekrar hissettirmektedir. Ancak Dede Cöngi'nin kendi yüzyılında dahî savunmakta güçlük çektiği bu öneriyi günümüzde savunmak kolay değildir. Karşılaşılabilecek ilk ve en önemli problem insan hak ve özgürlükleri problemidir. Buna mukabil konunun yalnızca zanlı tarafından değil muhtemel mağdurlar ve toplum açısından da ele alınıp değerlendirilmesi zorunludur.

Konunun detaylandırılması açısından, bir tedbir hükmünün 19. yüzyıldan itibaren ortaya çıkan modern hukuk teorilerinde yer alıp almadığına kısaca bakmak yararlı olacaktır.

Modern Hukuk Teoremleri Üzerinden Kısa Bir Özet

Suçun, yalnızca cezâ ile ortadan kalkacağına inanan klasik cezâ hukuku, 18. Yüzyılda İtalyan Beccaria (1738-1794) ile başlayıp 19. Yüzyılda Kant'la (1724-1804) karakterini bulan ve J. Bentham'a (1748-1832) kadar uzanan, birbirinden farklı ve reformist görüşlerin zengin bir toplamı kabul edilebilir. 1789 Fransız İhtilâli'nden hemen sonra 1791'de Fransız Cezâ Yasası'nın yazılmasıyla klasik cezâ hukuku da ilk şeklini almıştır. Buna göre dinsel hukukta yer aldığı şekliyle, hâkimin mutlak takdirine bağlı keyfi hüküm ve cezânın gayri şahsî ele alınarak suçlunun yakınlarına da uygulanabilmesi hükmü kaldırılmıştır. Aynı şekilde işkence ve eziyet de reddedilerek, cezâ hakkaniyet sınırları içinde kânuna dayandırılmıştır. Esas itibariyle Aydınlanma'nın bir ürünü olan klasik cezâ anlayışına göre 1) cezâ kânunîdir, yalnızca kânunların çizdiği sınırlar içinde ve kânunlar uyarınca uygulanır ve buna bağlı olarak suç fiili ortaya çıkmadan evvel, önceden ve yine kânunlarla saptanıp sabitlenir, 2) cezâ, suçun toplumda yarattığı düzensizlikle orantılı ve şahsîdir. Dolayısıyla ancak, suçu işleyen kimseye uygulanabilir, miktarı kânunların belirlediği sınırlar içinde ve suçun ağırlığı ile doğru orantılı olarak belirlenir ve 3) cezâ korkutucu, genel ve özel bir önleyici etkiyi haizdir, böylece suça eğilimi olan kimseyi, suçu işlemekten vazgeçirmek yoluyla suçu önlemeyi amaç edinir (Ancel 1974: 895). İslâm hukukunda kânunların yazılı olması problemi olmadığından, başka deyişle İslâm'ın temel kaynakları olan *Kur'ân-ı Kerîm* ve hadîs külliyyâtı yazılı olduğundan, klasik cezâ kuramına benzer bir gelişme ortaya çıkmamıştır. Ancak Dede Cöngî Efendi, idârî bir konu olarak vali ve kâdı için tanımlanacak yetkilerin yazılı ve

sabit hâle getirilmesini yeni bir hukuk yöntemi olarak önermektedir. Bu öneri klasik hukukun yukarıdaki önerisini anımsatmaktadır.

Beccaria'ya göre suç, akli başında kimsenin iradî fiilidir. Toplum sözleşmesini kabul etmiş bireyin, cezâ alacağını bilerek işlediği suçun cezâsı da suçun mantikî bir sonucudur ve suçlunun kendi kendine verdiği bir hükümdür. Başka tâbirle madalyonun bir yüzü özgürlük veya özgür eylem, diğer yüzü cezâdır. Ölüm cezâsı ise yalnızca cinâyete karşılık verilebilir (Beccaria 2016: 26). Buna bağlı olarak özellikle Kant, ardından Hegel ve Carrara tarafından ortaya atılan ve cezâların ağırlaştırılmasını savunan *maximalist/maximal retributivism* düşüncesine göre, kânunlar emredici temellerini yerleşik ahlâkî kurallardan alırlar, dolayısıyla cezâlar ağırlaştırılarak suçun ağırlığına göre tam bir karşılık ifade etmelidir. Ödetmeci de denen bu cezâ sistemi hem suçlunun kefaretinin ödeyen suçlunun hem de toplumun vicdanını sükûna kavuşturmayı hedefler (Kant 1965: 102; Golding 1975: 90 vd.). Buna karşın, 19. Yüzyılın sert esen felsefî rüzgârları, klasik cezâ hukuku içinden ikinci bir yorumun daha çıkmasına imkân vermiştir. Beccaria ve Bentham'ın düşüncelerinden hareketle ortaya atılan ve toplumsal denge ve düzenin korunması amacıyla gereken cezânın en az miktarına hükmetmeyi savunan fayda kuramına/*minimal retributivisme* göreysel, suça yönelik zorunlu ve faydalı olanın ötesinde bir cezâ vermek insanî değildir (Golding 1975: 100; Ancel 1974: 896).

Klasik cezâ felsefesinin ardından, belki buna bir tepki olarak hukukî pozitivizm veya pozitivist cezâ felsefesi doğmuştur. Pozitivist felsefenin temel ilkelere beslenen hukukî pozitivizm, deney ve gözlemden elde edilen sonuçlar dışında her türlü kabul veya önkabulü reddeder. Akıl yoluyla bulunan doğal hukuk kânunlarını, hukuk dışı elemanlar olarak kabul eder ve yazılı kânunlar devrini başlatır. Buna göre hukuk emirdir, cezâ ise emre itaatsizliğin karşılığı olarak zor kullanmadır. Fransız Tefsirci/Egzejetik Okul, Code Napoléon ve Alman Medenî Kânunu bu akımla ortaya çıkan ilk birkaç çalışmadır. John Austin (1790-1859) ve Hans Kelsen (1881-1973) ise Pozitivist hukuku zaman içinde farklı tarzlarda ele alıp inceleyen ve analitik ve normatif pozitivizm olarak değerlendiren düşünürler kabul edilir (Özlem - Engin: 156 vd.). Bu düşüncenin Platon'dan esinlendiği temel ilke, suçla ortaya çıkan mağduriyetin bir daha asla geri alınamayacağıdır. Hiçbir cezânın gideremediği mağduriyeti ortaya çıkaran suçun cezâsı, sadece suçluyu ıslah etmenin bir aracıdır. Bu anlamda suçlu, o suçu işlediği için değil bu türden bir suçu bir daha işlemek üzere cezâlandı-

rılır. Böylece cezâ, gerekli en az miktar olarak uygulanır. Bu türden bir bakış açısı, yararçı-önleyici veya ıslah edici olarak değerlendirilebilir ve bu noktada toplumsal korunma doktriniyle de bağdaşır. Ancak konumuz olan tedbiren hapisle yakından ilgili bir yaklaşım değildir (Güriz 1992: 228 vd.).

Dolayısıyla suçun iradî ve özgür fiil olduğunu düşünen klasik cezâ hukukuna karşın, pozitivist hukuka göre suç, tümüyle iradeye dayalı ve özgür bir fiil değildir. İçinde yaşadığı toplumun bir ürünü olarak birey, çeşitli ve öngörülemez etkenlerin bir sonucu olarak suça yönelir. Bu etkenler kültürel, ekonomik veya tarihî kısaca toplumsal olduğundan toplumun suça bizzat iştirak ve bir anlamda bireyi suça teşvik ettiği kabul edilir. Böylece suçluya verilecek cezâ, suçlunun terbiye edilerek topluma kazandırılmasının bir yöntemidir. Cezâ aynı zamanda diğer yurttaşlar için caydırıcı bir uygulama olarak tesis edilir. Böylece suçlu ile birlikte toplumda suça meyilli fakat henüz suç işlememiş bireyin de suç içeren davranışlarının bir kısmını değiştirip ortadan kaldırmayı amaçlar (Golding 1975: 72).

Pozitivist cezâ anlayışı, bu yönü ile ahlâkî bakımdan eleştiriye açıktır. Öncelikle suçlu, kendisi bakımından değil, toplumsal bir araç olarak ele alınmaktadır. Oysa insânî varoluş kendisi bakımından/kendinde bir değerdir. O halde insan suçlu da olsa, toplumun ve diğer bireylerin değiştirilmesi, uyarılması veya faydası için bir araç olarak kullanılamaz. Benzer şekilde, gerçekten suçlu olmayan veya suç salâhiyeti taşımayan kimselerin cezâlandırılabilmesi ve fazladan ve âdil olmaktan uzak biçimde uygulanması ihtimali ile cezâ da araçsallaşmaktadır. Klasik cezâ felsefesinin, suçlunun insan olarak kendinde kabul edilmesi ve cezânın araç olarak değil suçun karşılığı olarak kendinde bir amaç olarak ele alınması, hukukî pozitivistimin bu anlayışından daha kabule şâyandır (Luizzi 2004: 159; Güriz 1992: 229).

Geçmişte ortaya çıkan mağduriyetin bir telafisi olmayan, suçlunun ruhsal değişimini ve gelecekte meydana gelmesi muhtemel suçların önüne geçmesini amaçlayan cezânın, ıslah veya önleme kavramlarına yönelmesiyle, zorunlu yapısal dönüşümü de söz konusu olabilir. Bu bağlamda cezâlar, insanlık onurunu zedelemeyecek, elem veya acı verici olmayacak biçimde kurgulanarak, eğitimi, davranışı ve hatta bağışlamayı içerebilir. Ancak acı içerecek cezâların, suçlu üzerinde belirli oranda etkili olduğu ve hedeflenen değişime yol açtığı da göz ardı edilemez. Benzer şekilde sosyal kınama veya toplumsal olarak ayıplanmanın, suçlu üzerinde ruhsal değişim meydana getirecek türden bir etkiye sahip ol-

duğu da savunulabilir. Suçlu, bu cezâî yöntemlerin biri ile ıslah olmuş, pişmanlığa uğramış ve gelecekte suça bulaşmamak üzere nedamet getirmiş olabilir. Kişinin acı verici bir cezâ ile mi yoksa eğitim ve bağışlama gibi yöntemlerle mi ıslah olacağına ilişkin genel geçer bir kuralın olmaması da hukukî pozitivizme yöneltmiş eleştirilerdendir (Luizzi 2004: 159; Güriz 1992: 229).

19. Yüzyılın dikkat çekici hukuk felsefelerinden bir diğeri, Alman düşünür Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) tarafından kurulan *Tarihçi Okul'* dur. Savigny; Alman Medenî Kânunu'nun yazılması tartışmaları esnasında öne çıkmış ve doğal hukuka karşıt yeni bir hukuk düşüncesi olarak tarihçi bakış açısını önermiştir. Doğal ve pozitif hukuk anlayışlarını tarihçi bakış açısından ele alıp eleştiren düşünüre göre, her halkın gelenek ve yaşama alışkanlıkları/*volksgeist* hukuk hayatında dikkate alınmalıdır ve mekanik biçimde göz önüne alınan kânunların toplumda saygınlık ve güven uyandırması mümkün değildir. Bu türden mekanik bir yaklaşım, tarih bilincinden yoksunluk ifade eder (Güriz 2011: 210 vd.). Savigny'nin hukuk anlayışı esas olarak toplumsal örf ve gelenek kavramına dayanır. Bu anlamda hukuk, oluşturulan değil ortaya çıkan ve sistemleştirilen tarihî ve toplumsal bir yapıdır. Hukukun üç farklı dönemde geliştiğini düşünen Savigny'ye göre hukuk halkın vicdanından doğar ve örf, âdet veya gelenek olarak kendisini gösterir. Böylece toplumsal durumda hukuk, tıpkı dil gibi kendiliğinden ortaya çıkıp belirir. Toplumsal seviyenin yükselmesine bağlı olarak gelişip yükselen hukukun ardında özel ilgileri hukuk olan bir sınıf ortaya çıkar, giderek kendilerine has bir hukuk dili oluşur ve hukuk bilimsel bir biçim kazanır. Bu kimseler, dâhilinde buldukları toplumun şuur ve vicdanından hareketle hukuku anlayan ve onu yorumlayıp düzenleyen kimselerdir. Dolayısıyla hukukun ortaya çıktığı ilk dönemde hukukun dili ve kavramları basit, karakteri politik ve yapısı dinamik ve canlıdır. İkinci dönemde eski basitliğini ve canlılığını yitiren hukuk, teknik bir karaktere bürünüp sun'î ve karmaşık bir yapı kazanır. İkinci dönem itibariyle hukukçuların görevi, yeni hukuk kuralları yaratmak değil, halkın vicdanından doğan kuralları düzenleyip sınıflandırmak ve kavramsallaştırmaktır. Üçüncü dönemdeyse hukuk en yüksek kesinliğe ve belirginliğe ulaştığında, yazılı hukuku oluşturmak devlet iktidarına düşen en temel ödevidir. Kısaca halk ruhunun maddî ifadeleri, birinci dönemde örf ve âdetler, ikinci dönemde hukuk kuramı, üçüncü dönemde ise devlettir. Bu dönem, kânun yazımı/*kodifikasyon* dönemidir (Güriz 2011: 211). Hukukun oluşum sürecinde fertlerin veya grupların çıkarları etkin olamaz. Tarihî süreç içinde gelişen hukukî gelenek, pozitivist bir yaklaşımla objektif bir eleştiriye tâbi de tutulamaz çünkü hukuk

insan iradesinin ürünü değildir. Bundan dolayı hukuk evrensel bir yürürlüğe asla kavuşamaz çünkü dil gibi hukuk da her milletin kendi iç dinamiklerinden hareketle ortaya çıkıp oluşur. Dillerin yalnızca kendi millî sınırları olduğu gibi hukukların da sınırları vardır ve evrensel ilkeleri içermeleri beklenemez. Başka bir toplumun kânunları alınsa bile, kendi toplumu içinde halk ruhuna uygun ve onunla uyumlu olması gerekir (Güriz 2011: 213).

Pozitivist hukuk anlayışına karşı gelişen bir başka cezâ teorisi ise *postmodern cezâ anlayışı*dır ve bir anlamda doğal hukuk anlayışı ile birlikte kavranabilir. Postmodern cezâ anlayışı, esas itibarıyla yerleşik/hiyerarşik düzeni yıkmaya yönelmiştir. Buna göre devlet, hukukun kaynağı veya inşacı olamaz, hukukun kaynağı toplumsal ilişkilerdir. Devlet ancak hukukun başlıca koruyucusu ve güvencesi olabilir. Buna göre hukukî süreç bir akış içindedir, dinamiktir ve objeyi anlama ile ilgili bilgisi değişkendir. Dolayısıyla adâlet de değişken ve dinamik bir yapıdadır. Hukuk düzeninin işlerliğinde can damarı konumunda olan hâkimlerin, içtihat kuvvetleri artırılarak hukuka daha da işlerlik kazandırmak gerekir. Postmodern hukuk kuramı hâkimin, somut durumu değerlendirip kendi vicdanına da danışarak uyuşmazlıkları çözmesi bakımından doğal hukukla, hâkimin takdir yetkisini genişletmesi bakımından hukukî pragmatizm ve sosyolojist hukukla bağdaştırılabilir (Güriz 1992: 257). Postmodern hukuk teorisinde temel odak noktası süje, hukuk sistemi içindeki yeri ve önemidir. Toplumun hukuka bakışı değil ferdin hukuku anlama biçimi önem kazanır. Toplum karşısında bireyin hakları ve değeri önemsenmeli ve yüceltilmelidir. Böylece ortaya çıkan yeni kavramlar *serbest tartışma* ve *eşitlik* vasıtasıyla sosyal realite ile hukuk arasında daha yakın bir ilişki tesis edilmiş olur. Böylece hakların kutsanması ve hukukî düzenin geleneğe dayalı kutsallık vasfının geri alınması ile birlikte, gelecekte hukukun alanının daralması ve asgarî hukuka geçişin yolunun açılması öngörülür. Bu anlamda değişmeye, çoğulculuğa/*pluralizm* ve yerelliğe imkân verilmesi, teoremin temel talepleridir (Güriz 1992: 255).

Postmodern hukuk, esas olarak pozitivist hukuk anlayışına karşı geliştirilmiştir. Hukuk hayatında uyum, birlik ve kararlılığın ancak hukukun yeknesak uygulamaları sayesinde sağlanabileceğini düşünen hukukî pozitivizme karşın, postmodern hukuk anlayışı ilke ve kavramları tümüyle reddeder. Hâkimin somut durumu değerlendirip kendi vicdanına danışarak uyuşmazlığı çözmesi imkânı, doğal hukukla; hâkimin takdir yetkisini genişletmek arzusu ise sosyolojist hukukla postmodern yaklaşımın uyumlu görünen noktalarıdır (Güriz 1992: 257).

Pragmatist hukuk anlayışının yeniden canlandırılması fikrine dayanan *Hukukî pragmatizm* temelde, bireyden bağımsız ve âli kavram ve ilkeleri reddederek hukuku, hukukçuların -dediği değil- yaptığı şey olarak kabul eder. Kuralları, diğer akıllı varlıklardan daha akıllı olduğunu düşünen bir iktidar sahibinin tesis etmesini eleştirmesi bakımından hukukî pozitivizmden, ahlâkçı yaklaşımı dolayısıyla da doğal hukuktan farklıdır ve sosyolojist hukukla yakından ilgilidir. Pragmatist hukuk, Dworkin'in yaklaşımıyla hukuk, 'hâkimlerin, hükmü kendi siyâsî ve ahlâkî zevklerine göre tesis edip ardından rasyonel bir kurala bağlamaları' kadar sert olmasa da, temelde hâkimin iradesi ve kontrolü altında gerçekleşir. Hukuk, kısaca, herhangi bir olay karşısında mahkemenin aldığı tutumdur. Böylece akış halinde yargısal olarak anlam kazanan hukuka genel değil özel bir yaklaşım gerekir. Bu anlamda hukuka kötü adamın gözünden bakılmamlı, kötülük ettiğinde yahut suç işlediğinde başına neyin geleceğini düşünmesi sağlanmalıdır. Çünkü suçluyu ilgilendiren şey ne temel ilkelerdir ne de hukuk felsefeleridir. Onu ilgilendiren şey yalnızca, mahkmeden çıkacak sonuçtur ve hukukçuluk mesleği de işte bu tahmini sonuç üzerine kuruludur. Eğer mesele var olan ilke ve kurallardan mantık yolu ile sonuç çıkarmak olsaydı ya davaya gerek kalmazdı ya da mahkeme sıradan bir mantık yürütme süreci olurdu. Reel açıdan kâğıt üstündeki kurallarla gerçek kurallar birbirinden farklı olduğundan, bu farkları kavrayıp uygulayan hâkim, hukukî pragmatizme göre hukukun esas kaynağı ve temel mercî kabul edilir (Türkbağ 2002: 108 vd.). Hukukî Pragmatizmin bu ilkeleri, Dede Cöngî Efendi'nin cezâyı suçludan hareketle tesis etmeyi ve kâdılarının cezâ yetkilerinin artırılması gerektiğini içeren düşüncelerini hatırlatmaktadır (Erten 2015: 165 vd.).

Son yüzyıl içinde tartışılmaya başlanan Toplumsal Korunma Doktrini/*Social Defence* ise, metafizik ve dogmatik hukuk kurallarını reddeden bir cezâ düşüncesi ve politikasına dayanmaktadır. İtalyan antropoloji ve sosyoloji okuluna dayanan ve çeşitli çevrelerde gelişmeye devam eden bu doktrinde, suçlunun kişisel hakları ve toplum faydası arasında bir denge aranır (Luizzi 2004:163.).

Klasik ve pozitivist hukuk anlayışlarının karşıtı olarak doğan ve suçlunun topluma faydalı bir bireye dönüşmesi zeminine ve sübjektif sorumluluk anlayışına dayalı toplumsal korunma doktrini, oldukça yeni bir hukuk anlayışı olarak cezâ konusuna yoğunlaşır ve temelde eleştirel ve yapıcı olmak üzere iki ana kısımda ele alınabilir. Buna göre suçla bozulan müesses toplum ve hukuk düzeninin, cezâ sistemiyle yeniden düzenlenmesi ve eski hâline döndürülmesi büyük

bir varsayımdan öteye geçmez. Toplumsal korunma doktrini, klasik cezâ doktrinine üç temel noktada karşı çıkar. 1) Klasik hukukun dayandığı özgür ve bilinçli insan, gerçekte var kabul edilemez. Bu noktaya pozitivist hukuk doktrininde de vurgu yapılmış ve suç fiilinin toplumsal pek çok sâikin etkisi altında gerçekleştiği ileri sürülmüştür. Günümüzde bir bilim dalı hâline gelmiş olan kriminolojide de, mutlak bir indeterminizmden ve fiillerini toplumsal dürtülerin etkisi altında gerçekleştiren bireyden söz edilmektedir. Benzer şekilde cezânın genel ve engelleyici bir etkiye sahip olduğu düşüncesi de bir varsayımdır. Kriminolojik araştırmalar, suça meyilli kimseler için cezâların önleyici ve caydırıcı olmaktan uzak olduğunu hatta trafik cezâlarının, suçlular üzerinde idam cezâsından daha etkili olduğunu göstermektedir. 2) Klasik hukuk anlayışının suçların ve cezâların kânunîliği ilkesi, dolaylı olarak suçu cezâ ile eşitler ve cezâ suça sıkı sıkıya bağlanır. Oysa suç fiili, suçludan ayrılamaz ve suç, suçu işleyen insandan ve onun duygu, düşünce ve toplumsal şartlarından bağımsız değerlendirilemez. Bu anlamda suç, işlenme biçimi veya türüne göre değil, suçlunun kişisel niteliklerine göre saptanmalıdır; bu bir zorunluluktur. Toplumsal korunma doktrininin cezâların şahsîleştirilmesi düşüncesi, bu hakîkâten hareket eder. 3) Klasik hukukta cezâ, dogmatik bir anlayışla yasada öngörülen biçimiyle ve objektif ölçüler içinde uygulanır. Toplumsal korunma doktrininde ise, cezâ yalnızca adlî ve kuramsal bir kavram olarak ele alınmaz. Bu gerçekçi değildir çünkü yasada kaydedilen cezâ ile hâkimin hükmettiği cezâ arasında büyük farklar mevcuttur. Toplumsal korunma doktrininin, pragmatist hukukla bağdaştırılabilecek bu ilkesinde, asıl cezânın uygulanan cezâ ve cezânın suçluda yaratacağı maddi ve psikolojik azap olduğu vurgulanır. Kânunî olarak öngörülen hatta hâkim tarafından hükmedilen cezâ değil, hükme konu cezânın uygulanış biçimi etkindir. Bu anlamda toplumsal korunma doktrini bakımından infaz, cezâdan daha önemli bir konuma sahiptir (Ancel 1974: 896).

Dede Cöngî için de infazın *gerçekliği*, yasada kayıtlı olan miktardan daha önemlidir. İmam Muhammed'den rivayetle, hapsin belirli bir süresinin olmadığı, zanlının üzüntü ve pişmanlığının ortaya çıkmasının asıl amaç olduğunu vurgulayan yazar, şeref ve alçaklıkları bakımından farklı olan insanlara farklı miktarlarda cezânın tesis edilmesini önerir. Şerefli kimse bir gün belki bir saatlik alıkonma ile pişmanlık duyarken, buna karşın alçak kimse uzun yıllar sonra bile işlediği suçtan ve çektiği cezâdan üzüntü ve pişmanlık duymayabilir. Dolayısıyla hapis müddeti, kâdının içtihadına terk edilmelidir. Hâkimin bu yüksek yetkisi, çağdaş suç-cezâ realitesini hatırlatmakta ve hukukî pragmatizm

ve toplumsal korunma doktrininde öngörülen türden bir yetki genişliğiyle bağdaşmaktadır (*Tercüme-i Siyâsetnâme*, H.1275: 53).

Klasik ve pozitivist hukukta kânuna saygılı olmayan kişiler, toplum için tehlike arz eden suçları dolayısıyla toplum tarafından dışlanırlar, böylece cezâ; klasik hukukta suçun –onur kırıcı, eziyet içeren bir– kefaretiyken pozitivist hukukta suçluyu terbiye etmenin ve topluma yararlı bir kimseye dönüştürmenin bir yolu olarak yalnızca hürriyeti tahdit içeren yararlı/önleyici bir kimlik kazanır. Toplumsal korunma doktrinindeyse, onur kırıcı ve eziyet içermeyen alternatif uygulamalarla birlikte hapis cezâsı da benimsenir. Burada hapis cezâsı hürriyeti tahdit mânâsında değil, hükümlünün toplumsal yaşamın ilke ve kavramlarını elde ettiği ve toplumsal yaşama uyum sağlama süreci olarak uygulanan bir cezâdır. Dolayısıyla hürriyeti tahdit, suçlunun kendisi ve yaşadıkları hakkında derin bir biçimde düşünmesi ve bu süreçten olumlu dersler çıkarması için bir fırsata dönüştürülmesi anlamında Dede Cöngî'nin düşünceleriyle paraleldir. Bu anlamda hapis cezâlarının sürelerinin azaltılması, kademeli olarak ortadan kaldırılması, cezânın ertelenmesi, denetimli erteleme ve denetimli serbestlik gibi yöntemlerin denenmesi tartışmaya açılmıştır ve bu, pozitivist hukuk kuramının toplumsal korunma doktrini üzerindeki etkisinin bir göstergesidir (Ancel 1974: 899). Hukukun değişmesine paralel olarak toplumsal korunma doktrini de zaman içinde kısmen değişime uğramıştır. Bir bakış açısına göre toplumsal korunma doktrini esas olarak akıl dışı, yararsız ve tehlikeli kabul ettiği cezâyı değil, önleyici, koruyucu ve ıslah edici tedbirlerin konulmasını ve bunların suçlunun kişiliğine göre uygulanmasını savunmaktadır. Burada asıl mesele suçlunun damgalanmadan veya onuru kırılmadan ıslah edilmesidir. Tehlikelilik hâli veya anti-sosyallik denebilecek hâller ise, cezâ yasasının dışında ele alınmalıdır. Diğer bakış açısına göre ise, cezâ tümünden reddedilmediği hâlde suçla savaşta tek ve zorunlu bir silah olarak da kullanılmamalıdır. Cezâ, suçluyu topluma kazandırmanın bir yolu ve bireysel kollektif tedbirler bütünüdür bir parçasıdır. Aralarındaki farklara rağmen her iki bakış açısı da cezâların insânleştirilmesini ve insan onurunun korunmasını savunmakta ve cezâ uygulama alanının sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir.

Görüldüğü üzere modern hukuk kuramlarının hiçbirinde tedbiren hapsi hatırlatacak bir uygulama öngörülmemektedir. Dede Cöngî Efendi'nin bu özgün önerisi, Özgecan Aslan vak'asının detayları düşünüldüğünde daha yüksek bir önem arz eder.

Özgecan Aslan Olayı

Değerlendirmenin daha sağlıklı yapılabilmesi için önce kamuoyunda in-fiale neden olan olayı hatırlatmak yerinde olacaktır. Mersin Çağ Üniversitesi Psikoloji Bölümü öğrencisi Özgecan Aslan (20), 11 Şubat 2015 günü Tarsus'ta kaybolmuş, 13 Şubat günü cesedi yanmış biçimde bulunmuştur. Kısa süre içinde yakalanan zanlı minibüs şoförü *Ahmet Suphi Altındöken* (26), Tarsus Sulh Cezâ Hâkimliği'nde verdiği ifadesine göre Tarsus'ta bir AVM'nin önünden aldığı genç kız ve arkadaşını Mersin'e doğru götürmeye başlamıştır. Arkadaşı yolda inen genç kız, kendisinden daha hızlı gitmesini isteyince yüz lira istemiş, bu teklifi kabul eden fakat ters istikâmete girdiğini fark edince bağırmağa başlayan genç kıza, aracı yol kenarına çekerek tecavüz etmek istemiştir. İkinci ifadesinde ise bu sözlerini değiştirmiş ve genç kızın bağırması ve kendisine arkadan iki kez vurması dolayısıyla kavşaktan dönerek yeniden normal güzergâhına girdiğini fakat genç kız bağırmağa devam ettiği için konuşmak amacıyla aracı durduğunu ve arka tarafa geçtiğini söylemiştir. Boğuşma esnasında genç kız kendisine biber gazı sıkmış ve tırnakları ile yüzünü yaralamış, bu sebeple kendisi de birkaç kez tekmelediği maktulü önce bıçaklamış, ardından levye ile başından yaralayarak öldürmüştür.

Failin kız kardeşi A. olayı duyduğunda ağabeyinin o durumda, genç kızını nasıl öldüresiye dövdüğünü hayal edebildiğini çünkü bu duruma kendisi ve annesinin de birkaç kez maruz kaldığını söylemiştir.

Minibüsün arka koltuğunda genç kızın cesedi olduğu halde Tarsus'a dönen zanlı, babası ve arkadaşını arayarak yardım istemiş, birlikte gittikleri Alman Mezarlığı Bölgesi'nde Cin Deresi kenarında onların yardımıyla cesedi indirmiş, DNA testinde kendisinden bir parçaya ulaşamaması için maktulün ellerini bileklerinden kesmiş ve cesedi yakmıştır. Daha sonra değiştirdiği ifadesinde cesedi yakma fikrini kendisine arkadaşı *Fatih Gökçe* vermiş, benzini de yine onun bir arkadaşı temin etmiştir. O saatten sonra üçünün birlikte hareket ettiğini belirten katil, genç kızını ne yapması gerektiğini sorduğunda, babası *Necmettin Altındöken* geç olmadan hastaneye götürmesini, arkadaşı *Fatih Gökçe* ise başlarının belâya girmesi korkusuyla öldürmesini tavsiye etmiştir. Maktulü kontrol ettiğinde henüz yaşadığını, hızlı hızlı nefes aldığını görmüş, öldürmek için yeniden birkaç kez bıçaklamış, delil bıraktığı hususunda arkadaşının uyarısıyla ellerini kesmiş ve cesedi yakmıştır.

Dönüş yolunda Jandarma kontrolüne takılan zanlı ve yanındakiler, durumu normalleştirmek amacıyla Jandarma erine yol sorduklarını fakat tarif edilenden farklı bir yöne gitmeleri dolayısıyla şüphe çektiklerini, bu sebeple yeniden durdurulup araçta yapılan muayenede kan izlerine rastlanması dolayısıyla gözaltına alındıklarını söylemişlerdir. İfadesinin alınmasından sonra sabaha karşı serbest bırakılan zanlı, aracını babasına bırakıp onlardan ayrılmış, öğle saatlerinde internete girdiğinde babasının ifadesiyle genç kızın cesedine ulaşıldığını öğrenmiş, şehirde panik içinde bir süre gezindikten sonra akşam saatlerinde yakalanmıştır (*Haber 7*, 19.02.2015).

Fatih Gökçe (25)'ye göre olay günü Suphi Altındöken kendisini aramış, bir miktar benzin bulmasını çünkü bir kadınla tartıştığını, kadının kendisine saldırıp biber gazı sıktığını ve boğuşma sırasında kadını öldürdüğünü söylemiştir. Kendisi ise cesedi yakmasını değil hastaneye götürüp bırakıp kaçmasını tavsiye etmiş, sarhoş olduğu için de kendisi durumu polise ihbar etmemiştir. Baba *Necmettin Altındöken* (50) ise ifadesinde hiçbir şeyden haberi olmadığını söylemiştir (*Sabah*, 15.02.2015).

Tarsus 1. Ağır Cezâ Mahkemesi 3 Aralık 2015 günü yapılan duruşmada, sanık *Ahmet Suphi Altındöken*'i 'canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme, bir suçu gizlemek veya başka bir suçun delillerini gizlemek ya da yakalanmamak amacıyla öldürme, başka bir suçu işleyememekten doğan infialle öldürme, nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs ve cinsel saikle kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma' suçlarından ağırlaştırılmış müebbet ve çeşitli suçlardan 27 yıl; baba *Necmettin Altındöken*'i 'canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme, bir suçu gizlemek veya başka bir suçun delillerini gizlemek ya da yakalanmamak amacıyla öldürme, başka bir suçu işleyememekten doğan infialle öldürme' suçlarından ağırlaştırılmış müebbet hapis; arkadaşı *Fatih Gökçe*'yi ise 'canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme, bir suçu gizlemek veya başka bir suçun delillerini gizlemek ya da yakalanmamak amacıyla öldürme, başka bir suçu işleyememekten doğan infialle öldürme ve nitelikli cinsel saldırı'⁴ suçlarından ağırlaştırılmış müebbet ve çeşitli suçlardan 24 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.

Suphi Altındöken, 11 Nisan 2016'da Adana Kürkçüler F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Cezaevi'nde babasıyla uğradıkları silahlı saldırıda ölmüş babası ağır yaralanmıştır. Beş gün boyunca Mersin Tarsus'ta belediye ve köy mezarlık-

4- Evli ve bir çocuk babası Fatih Gökçe hakkında bu olaydan evvel, eski sevgilisine yönelik alıkoyma, hürriyeti tahdit, tehdit ve tecavüz suçlaması bulunmaktadır.

ları tarafından kabul edilmeyen cenazesi daha sonra Mersin Belediyesi'nin izni ve yer göstermesiyle gömülebilmiştir. Defnedildiği yer güvenliği ve ailesinin isteğiyle gizli tutulmuştur (TGRT, 15.02.2018).

Suphi Altındöken'in kendisinin ve aile üyelerinin hikâyeleri ise özellikle ilgiye değer ve tedbiren hapis açısından değerlendirmeye imkân verir yapıdadır. Tarsus'un zengin ailelerinden birine mensup olan Suphi Altındöken'in babası Necmettin Altındöken, kaçakçılıktan sabıkalı eski bir kuyumcu iken işlerinin kötüleşmesi sonucunda bir otobüs almış ve oğluyla birlikte işletmeye başlamıştır.

Katilin eski eşi *Neslihan Altındöken* (26), kocasının uyguladığı şiddete dayanamaz hale geldiğini, boşanmak istediğini, üç yaşında olan çocuğunu alarak evden ayrıldığını ve olaydan birkaç ay önce boşanma davası açtığını söylemiştir. Fakat tehdit edilmesi sonucu davayı geri çekmiştir. Olay gecesi kocası telaşlı bir şekilde eve girmiş, hemen banyoya gitmiş ve ellerini ve yüzünü yıkamıştır. Yüzünde tırnak izleri ve yaralar olan eski eşi kavga ettiğini söyleyip elbiselerini değiştirerek evden ayrılmıştır. Yakalanıncaya dek bir daha eşini görmeyen ve o gece Jandarma tarafından ifadeye götürüldüğünde olaydan haberdar olan genç kadın, olaydan sonra estetik ameliyatla görünüşünü değiştirmiş, eşinden boşanıp çocuğunun velayetini almış ve yeni bir hayat kurmak amacıyla kendisinin ve çocuğunun soyadı değişikliği için girişimlere başlamıştır (*Milliyet*, 15.04.2018). Boşanma hâkimi, 'çocuğun korunması ilkesi' ve içinde bulunduğu psikolojik durumu göz önüne alarak babası ile kişisel ilişkilerine ilişkin düzenlemeyi sonraya ertelemiş, bir anlamda babanın çocuğu görmesini engellemiştir (*Hürriyet*, 30.09.2015). Olay günü beş-altı yaşında olan çocuk, henüz anasının yanında olduğu halde iki kez psikolojik tedavi görmüştür. Anne Neslihan Altındöken, olup bitenlerin farkında olmasa da bilinçaltında iz bırakan bu olayların etkisiyle siyah balonlar çizmeye başlayan çocuğunun ruh sağlığından endişe etmektedir. Eski eşinin bir süre gömülememiş olmasını ise onaylamamaktadır (*T24*, 11.11.2015).

Suphi Altındöken'in annesi *Naciye Tan* tüm olanların, oğlunun problemlerinin ve bu hunharca fiili işlemiş olmasının sebebi olarak babasını görmekte, oğlunun babasının yanında büyümesine ve sağlığının bozulmasına bağlamaktadır. Kocasının uyguladığı baskı ve şiddeti hatırlamak istememektedir fakat tüm olanların çocukların gözleri önünde cereyan ettiğini ve kendisi kocasından şiddet görürken oğlunun titreyerek seyrettiğini belirtmiştir. Yine de

ona göre oğlunun dengesiz ve şiddet içerikli davranışlarının sebebi, on yedi yaşındayken geçirdiği kazadır. Çocuklarının yanında kavga etmekse, durumu daha da kötüye götüren kendisinin bir hatasıdır. Eski eşinden yıllarca şiddet gören kadın 2009 yılında boşanmış, üniversite sınavına hazırlanan kızını alarak evden ayrılmış, oğlu ise evli ve maddi sıkıntılar içinde olduğundan babasıyla birlikte kalmıştır. Yaşadıklarıyla hayatı altüst olan Naciye Tan, oğlunun öldürülmesi sonrasında bir süre gömülememesi ve morga geri getirilmesi dolayısıyla ‘ne yapayım, oğlumu çöpe mi atayım?’ sözleriyle de haberlerde yer almıştır. Böylesi bir caninin cenazesine neden sahip çıktığı sorulduğunda, ‘kalbimle beynim arasında kaldım fakat nihayet içimden söküp atamadım onu, anneyim’ demiştir (Par 2016).

Çocukluğunda şiddete eğilimli olmayan oğlunun ona göre tek problemi kısa boylu ve okul yıllarında bundan dolayı arkadaşlarıncı taciz edilmiş ve utandırılmış olmasıdır. Çeşitli nedenlerle lise birinci sınıftan ayrılmış, aldıkları otobüste babasının yanında muavin olarak çalışmaya başlamıştır. On yedi yaşındayken geçirdiği motosiklet kazasında kafasından ağır bir yara almış, günlerce yoğun bakımda kalmış, kafatasının bir kısmına platin takılmıştır. Ayrıca ağızdan da iki ameliyat geçirmiştir. Kazadan sonra davranışları değişen, uyuşturucu kullanmaya ve annesi ve kız kardeşine şiddet uygulamaya başlayan Suphi Altındöken, üzerlerine su sıkmaya, geceleri yüzlerine ışıldak tutmaya ve şiddet uyguladıktan sonra ‘oh be rahatladım’ demeye başlamıştır. Bir defasında sigarası olmadığı için annesini ağır şekilde dövmüş, savcılıktan yardım istediğinde yapılabilecek tek şeyin polis marifetiyle doktor gözetimine alınması olduğu söylenmiştir. Yirmi yaşında düğününden bir gün önce babasının çenesini kırmış, ilk günden eşine şiddet uygulamaya başlamıştır. Tüm bu davranışlarına karşın psikolojik destek ve tedavi almayı reddetmiştir. Acılı annenin bu yaklaşımını Pozitivist bir bakış açısından anlamak mümkündür. Buna göre suçun ortaya çıkmasında yalnızca failin aklının ve iradesinin etkin olmadığını düşünen hukukî pozitivizme göre, suçlu, içinde bulunduğu toplumun bir ürünü olarak çeşitli ve öngörülemez etkenlerin bir sonucu olarak suça bulaşır (Güriz, 1992: 228 vd). Dolayısıyla Suphi Altındöken’in bozuk ruhsal yapısının ve suça meyilli doğasının üzerinde ailevi/toplumsal hadiselerin etkisi yadsınamayacak denli büyüktür.

Acılı anne, olaydan iki gün sonra oğlunun cinayeti işlediğini duyduğunda önce ne düşüneceğini bilememiş, kendisini ifade edememiştir. Yine de çalıştığı işe devam etmek zorunda kalmış, akşam yalnız başına kaldığında içinin yan-

diğini hissetmiş ve yaşamına tümüyle yabancılaşmıştır. İşe gidip gelirken bir süre kendisini öldürmeyi düşünmüş ve etrafındakilerin kendisinden 'o kadın' diye söz etmesinden rahatsız olmuştur. Oğlunun gömülememesini 'ölmüş bir kimseyle kavgaya ve cesedin üzerinden arabayla defalarca geçmeye' benzeten anne, 'asıl eziyeti bana ettiler' diye tanımlamıştır (Par 2016).

Kız kardeşi *A. Altındöken* de ağabeyinden yıllarca şiddet ve işkence görmüştür. Buna karşın yine de cezâevinde ziyarete gitmesinin sebebini, 'aile olmak garip bir duyguymuş, insan sadece mantığıyla hareket edemiyor' diye açıklamıştır. Evli olduğu halde genetik ve psikolojik kaygılarla çocuk yapmayı düşünmemekte çünkü çocuklarına şiddet uygulamamak konusunda kendisine güvenememektedir. Ağabeyinin kaza sonrası durumunun kötüleştiğini kabul etmekte fakat içinde doğuştan bir şiddet eğilimi olduğunu da düşünmektedir. Ağabeyi babasının şiddetine daha fazla maruz kalmıştır. Geçirdiği kazanın büyüülmesi ise ağabeyini daha da şımartmış ve arkadaşı Fatih'in etkisini artırmıştır. Ağabeyi ona göre delirmiş değil sadece dengesizdir. Siren sesiyle uyanırlamak, bir oyunu kazandığında öldüresiye dövülmek veya dayak yedikten sonra karşısına geçip 'oh be rahatladım' denilmesi bu dengesizliğin bir ifadesi ve dayanılmaz bir eziyettir. Kendisi bir defasında annesiyle tartışmış, seslerine gelen ağabeyi önce onu, sonra durdurmaya çalışan annesini dövmeye başlamıştır. Bu ağır bir şiddettir ve güçlkle elinden kurtulup evden kaçmış ve polise sığınmışlardır. Çünkü duydukları şey ölüm *korkusudur*. *A. Altındöken*'in içinde ağabeyine ilişkin âdeta bir savaş süregitmektedir. Bu anlamda ağabeyinin aklî dengesinin yerinde ve suçun tüm sorumluluğunun kendisinde olduğunu düşündüğü sonucuna varılabilir. Klasik hukuk teorisyeni Beccaria'nın vardığı sonuç da budur (Beccaria 2016: 26). Bu anlamda klasik hukukçular suçun tek failinin suçlu olduğunu düşünür ve Pozitivist hukuk kuramının çıkarımına katılmazlar (Erten 2017: 341).

Olayı duyduğunda failin ağabeyi olduğundan şüphe etmemiş, gördükleri şiddetten kendilerinin ölmemelerini şiddete alışmalarına ve ona karşılık vermemelerine bağlamıştır. Dolayısıyla maktul genç kızın karşılık verip direnmesi onu iyice delirtmiş olmalıdır. Ağabeyinin öldüğünü duyduğunda ilk olarak 'keşke babam da ölse' diye düşünmüştür. Cenazesini âdeta tanıdıkları bir kişinin değil başka bir insanın cenazesi olarak teslim almışlardır. *A. Altındöken*, kendi babasını düşündüğünde maktulün babasına ve verdiği tepkiye imrendiğini, kendileriyle görüşmeyi çok istediklerini fakat buna imkân bulamadıklarını dile getirmiştir (Par 2016).

Maktulün babası *Mehmet Aslan*, menfur olay sonrasında herkese ibret olacak sağduyulu, metin ve sabırlı bir yaklaşım sergilemiş, katillere zulmedilmemesini istemiş, anne-babalarına Allâh'ın yardım etmesini dilemiştir. Acı olay sonrasında kendisine gelen röportaj tekliflerini kabul etmediğini fakat aslında konu hakkında konuşmak gerektiğini çünkü tüm dünyayla birlikte toplumumuzda da eksik olan şeyin sevgi ve barış olduğunu ifade etmiştir. Kendi sözleriyle ifade edersek: ‘Sevmekten başka çıkar yolumuz yoktur! Barışta iken teslim olmak gerekir. Şimdi teslim olursak içimizdeki bütün güzellikler ortaya çıkacaktır. Savaşırsak sonunda nefsimiz kazanacak ve analar babalar ağlayacak, meleklerin kanatları koparılacak, meleklerin çığılığını kimse duymayacaktır.’

Herkes gibi o ya da bu yanda yer almak yerine şanı yüce Türk milletinin bir ferdi olduğunu dile getiren Aslan, olay karşısında ‘Allâh devletimize zeval vermesin, milletimizden razı olsun’ demiştir. Mehmet Aslan'ın, milletimizin bu olaylar sonrasında *Ma'un* ve *Asr Sûreleri*'yle Âl-i İmran Sûresi 103. âyet-i kerimesini⁵ okumasını önermesi, barış ve sevgi çağrısının bir delili niteliğindedir. Kaldı ki ona göre doğru yolu bulmak, seçmek ve doğrudan kalmak çok zordur. Dünya telaşıyla insanın gözü körleşip kulağı sağırlaşabilir. Kalbin sesini dinlemek en doğrusudur.

Maktulün annesi *Songül Aslan* ise, kızını, dürüstlüğü överek ve dürüst birisi olması için yetiştirdiklerini, ‘eline, beline, diline sahip ol’ ilkesiyle büyüttüklerini, onun da bu mücadele uğrunda hayatını kaybettiğini söylemiştir. Kızına karşı bu menfur fiili gerçekleştiren canilerin vicdansızlığı ise yüreğini dağlamaktadır (Par 2016).

Olayın seyri, ilgili şahısların ifadeleri ve toplumun genelini sarsan etkisi ile bu hâdise, hukuk sisteminde köklü ve şedid tedbirlere ihtiyaç olduğu düşüncesini uyandırmıştır ki bu husus da bu çalışmanın hedeflediği ikinci tespittir.

5- ‘Dini yalanlayanları görmedin mi?’ diye başlayan Ma'un Sûresi'nde, bu kimselerin ‘yetimi itip kakıtları ve fakirlerin doyurulmasına karşı çıktıkları’ vurgulanır. Böyle kimselerin ‘kıldıkları namazlara yazık olmaktadır’. ‘Onlar kıldıkları namazdan bihaberdirler, yalnızca riyakârlık etmektedirler ve en ufak yardıma/zekâta engel olmaktadır’.

‘Asra veya zamana yemin’ edilerek başlanan Asr Sûresi'nde, ‘insanın hüsranda olduğu belirtilerek iman edip güzel işler işleyen müminlere hakkı ve sabrı tavsiye etmeleri’ emrolunmaktadır.

Âl-i İmran Sûresi 103. âyette ise, ‘Hep birlikte Allâh'ın ipine sınımsız sarılın, bölünmeyin/firkalara ayrılmayın ve Allâh'ın üzerinizdeki nimetlerini hatırlayın. Siz birbirinize düşman olmuştunuz, kalplerinizin arasını birleştirdi ve O'nun nimetiyle kardeş oldunuz. Ateşten bir çukurun kenarında iken sizi ondan kurtardı. İşte Allâh âyetlerini size böyle açıklıyor, umulur ki hidayete erersiniz.’ denilmektedir.

İnsan Hakları Bağlamında Bir Değerlendirme

Bu menfur olayın tedbiren hapis bağlamında değerlendirilmesi, esas itibarıyla günümüz hukuk/adâlet problemlerinin bir kısmına yönelik bir çözüm önerisi olabilir. O kadar ki hukuk sistemimizde tedbiren hapis uygulaması olsaydı, zannedirim A. Suphi Altındöken bunun ilk ve en belirgin örneği olurdu. Çünkü öncelikle bir suçlu, yakın aile üyelerine karşı şiddet suçunu, işlemeyi –hakkında şikâyet olmasa da– alışkanlık edindiği açıktır. Ayrıca âilevî geçmişi ve özellikle babasıyla olan sorunlu ilişkisi suçlu kimliğinin inşasında belirgin etkilere sahiptir. Genç yaşta geçirdiği trafik kazası ise doğurduğu ağır sonuçlarla, ruhsal ve akılsal dengesini tedavi kabul etmez derecede bozmuş görünmektedir. Bu hususlar adlî ve hukukî bir gözle değerlendirildiğinde, öncelikle aile üyeleri ardından toplumun geneli için ciddi ve yakın bir tehlike oluşturduğu görülür. Bu anlamda annesi ve kız kardeşinin şikâyetiyle alınacak bir tedbir kararı, öncelikle onların can güvenliğini korumayı ve garanti altına almayı amaçlayacaktır. Buna karşın Özgecan Aslan olayı, bu kimselerden farklı ve kestirilmesi çok güç bir yerden patlak vermiş ve masum bir genç kızın yaşamına mâl olmuştur. Buna karşın, ortaya çıkan insana özgü temel haklar bağlamındaki tereddütleri ortadan kaldırmak üzere, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve ilişkili diğer uluslararası anlaşmalara bakmak gerekir.

1948 yılında ilan edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (1996, ss.10-26), baskı ve zorlamaya karşı insanın ayaklanmaya –bir anlamda adâleti kendi eliyle tesis etmeye– mecbur bırakılmaması ve bu beyannamede içerilen ilkelerin devlet eliyle ve hukuk düzeniyle korunması ilkesinden hareketle ortaya çıkmıştır. Böylece insan hak ve özgürlükleri devlet karşısında yurttaş lehine garanti altına alınır. Bu anlamda evrensel ilkeler suçlu, mağdur ve toplum/devlet bağlamında değerlendirilmelidir.

Evrensel beyannamenin doğal haklar manzumesinden daha geniş kapsamlı ve hukukî bir çerçeveye sahip olduğu söylenebilir. İnsan haklarından daha eski olan doğal haklar ontolojik bir yaklaşımla insanın yaşama, özgürlük, eşitlik, çalışma ve mülkiyet gibi haklarını; insan haklarınınsa bunların yanında yurttaşların devlet karşısında hukukî haklarını garanti altına aldığı görülür (Gündoğan-Günay 2004: 18). Başka deyişle gücünü; devletten daha üstün bir konumda olan doğal hukuktan alan insan hakları, devleti sınırlayan bir kuvvete sahiptir (Troper 2011: 98). 1998'de yürürlüğe giren İnsan Haklarının ve

Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme/Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1996, ss.28-73) bir takım sıra dışı detaylara yer vererek yurttaş karşısında kamu yararını gözetir ve hukuk sistemi ve devlet düzenini güçlendirir. Evrensel Beyanname'ye eklenen İşkence ve Başka Zalimce, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Davranış ya da *Cezâyâ Karşı Sözleşme* (1996, ss.77-114) ise bu çalışmayı ilgilendirdiği kısmıyla, 1. maddesiyle '... kişinin kendisini ya da üçüncü bir kişiyi, işlediği ya da işlediğinden kuşku duyulan bir eylemden ötürü cezâlandırmayı, ağır acı vermeyi ve eziyeti ...' işkence olarak tanımlar. Yüksek sözleşen devletlerin görevi, bu üç sözleşme uyarınca hukuk düzenini kurmak ve işletmektir.

Evrensel Beyanname'nin şüpheli, *zanlı* veya *suçlu açısından* değerlendirilmesi sonucunda öncelikle 6. ve 7. madde kapsamında hukuk düzeni içinde yargılanıp cezâlandırılması gerektiği anlaşılır. Hukukî bir yargı içinse öncelikle suçun sübut etmesi gerekir, oysa tedbiren hapiste ortada bir suç yoktur. 3. madde cezâ güvenliğini içerir, örnek olaydaysa mahkûm cezâsını çekerken öldürülmüş ve bu ilke açıktan ihlal edilmiştir. Mahkûmun hukukun öngördüğünün dışında bir cezâyâ, eziyete veya işkenceye maruz kalmaması 5. madde ile güvence altına alınır. Eziyet veya işkence, Temel Özgürlüklerin Korunması'nın 3. maddesiyle de yasaklanmıştır. 12. maddeye göre ise herkesin kişisel yaşam alışkanlıklarını sürdürme ve haberleşme özgürlüğü vardır ve ismi ve onuru koruma altındadır. Tedbiren hapis uygulamasında Dede Cöngî Efendi, şüphelinin, insanlık veya hukuk dışı bir cezâyâ maruz bırakılmamasını, kişisel masraflarının karşılanmasını ve kendi başına düşünüp düzelmesini önermektedir. Ancak bu konuda devletin ciddi tedbirler alması ve şüpheli veya zanlının güvenliğini sağlamak hususunda sosyal, hukukî ve adlî altyapıyı eksiksiz düzenlemesi gerekir. 6/2. maddede suçlanan herkesin, suçu kânuna uygun olarak kanıtlanıncaya dek suçsuz kabul edilmesi ilkesi ortadan kalkar çünkü tedbiren hapiste kanıtlanmış bir suç değil yalnızca bir şüphe ve kanaat vardır. Bu madde zanlı lehine bir durum doğurur. 9. madde ile *hiç kimse keyfi olarak yakalanamaz, tutuklanamaz*, 11/2. madde ile kimse hukuken suç sayılamayan bir eylemi gerçekleştirmekten suçlanamaz. kişi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi açısından, tedbiren hapiste öngörüldüğü şekliyle, suç olmayan fakat suça imkân verebilecek türden fiillerle suçlanamaz, tutuklanamaz ve özgürlüğü sınırlanamaz.

Buna karşın engel olunamamış bir suç, zanlıyla aynı bireysel ve toplumsal haklara sahip mağdurlar yaratmaktadır. *Mağdur açısından* Evrensel Beyanname-

me'nin öncelikle özgürlüklerle ilgili 1. maddesini vurgulayan 3. maddesi 'hukuk düzenine tâbi olan herkesin, ayırım gözetilmeksizin yaşama, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını' garanti altına alır ki öldürme, yaralama, tecavüz veya hırsızlık gibi bir suça maruz bırakılmakla, kişinin yaşama, özgürlük ve güvenlik hakları iptal edilmiş olur. Bu fiiller 5. madde kapsamında kimseye zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışta bulunulamaz ilkesini de ihlal etmektedir. Bu anlamda mağdur taraf, 8. maddeye göre anayasa ve yasalarla güvence altına alınmış haklarının ihlali durumunda etkin bir yargı yoluna başvurabilir. Ancak yaşama hakkının ortadan kaldırılması durumunda bu mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde Temel Özgürlüklerin Korunması'nda da 2/1. madde ile insan yaşamı kânunla garanti altına alınmış ve öldürme hakkı yasal süreçlerin bir sonucu olarak yalnızca devlete hasredilmiştir. Bu hak hem mağdur hem suçlu lehine işletilebilir. Buna karşın 2/2. maddenin a bendine göre *kişi kânun* dışı şiddete karşı korunma amacıyla öldürmeye başvurabilir. Dolayısıyla canını, ırzını, malını ve yakınlarını korumak ve savunmak amacıyla saldırganı öldürmek, öldürülen açısından yaşama hakkı kapsamında değerlendirilemez.

Aşağı yukarı birbirine denk görünen mağdur ve suçlu haklarının tedbiren hapis lehine çözülmesi, aynı hakların *toplum yaşamı açısından* ele alınması sonucunda ortaya çıkacaktır. Buna göre 29/1'de içerildiği üzere herkesin, kişiliğinin özgürce ve tam gelişmesine olanak sağlayan toplumuna karşı görevleri vardır. Rehber olayda suçlunun, toplumuna karşı görevlerini yerine getirmediği açıktır. Herkesin 22. madde ile toplumsal güvenliği teminat altına alınmıştır. Bu anlamda *toplumun her bir üyesinin onurunun ve kişiliğinin özgürce gelişebilmesi için devlet toplumsal, ekonomik ve kültürel tedbirler alma hakkına sahiptir*. Aslında hukuk düzeni, tüm yasal tedbirleriyle bu görevin îfasından başka bir şey değildir ve bu çerçevede tedbiren hapis uygulamasına evrensel hukuk ilkeleri bağlamında hükmedebilir. 29/2. madde ile *her yurttaş hak ve özgürlüklerini kullanırken başkalarının hak ve özgürlüklerini tanımak, bunlara saygı göstermek ve ahlâkî ve hukukî gereklerle tesis edilmiş toplum düzenine uymakla yükümlüdür*. Hukukî düzen, bu ilkeyle uyumsuz kimselere karşı tedbir alabilir. Temel Özgürlüklerin Korunması'nda 4. madde ile angarya yasaklanmıştır ancak 4/3. maddenin c bendiyle toplumun hayat ve refahını tehdit eden kriz ve afet gibi hallerde devlet yurttaşa iş veya hizmet yükleyebilir. Toplumumuzda genel olarak şiddet içerikli eylemlerin, özelden kadına yönelik şiddetin son haddine vardığı ve bu durumun bir anlamda *ahlâkî çöküntü, afet, toplumsal yıkım ve kriz*

olduğu düşünülduğünde, devlet eliyle etkin ve etkili düzenlemeler yapılabilir ve tedbiren hapis gibi uygulamalar hukukî çerçeve içerisine alınabilir. Özgürlük ve kişi güvenliği garanti altında olduğu halde aynı sözleşmenin 5/1. madde c bendiyle, *suç işlediği şüphesi altında olan veya suç işlemesine engel olmak zorunluluğu inancı doğuran makul sebeplerin bulunması dolayısıyla, bir kimsenin adli merci önüne çıkarılmak üzere gözaltına alınması veya tutuklanması söz konusu olabilir*. Bu maddeye dayanarak şüpheli şahıs gözaltına alınabilir ancak bu, tedbiren haptisten farklıdır. Buna karşın gözaltının dayanağı olan *makul sebep* ve *rasyonel şüphe* kavramları, tedbiren hapsin de temel kavramları olabilecek derinliğe sahiptir. Aynı maddenin e bendi bu makul sebepleri bulaşıcı hastalık, *alkoliklik, uyuşturucu madde bağımlılığı ve akıl hastalığı* gibi rahatsızlıklar olarak sıralamakta ve bunları taşıyan kimselerin kânunla gözaltına alınmasını imkân dâhiline almaktadır. Rehber olayda şahsın hem alkol hem uyuşturucu bağımlılığı hem de zihinsel ve psikolojik rahatsızlığının olduğu bilindiğine göre, kendisi hakkında hukukî bir tedbir hükmü rahatlıkla verilebilir. Evrensel Beyanname'nin garanti altına aldığı konut, iletişim ve özel hayat haklarına; Temel Özgürlükler'in 8/2. maddesinde içerilen *kamu güvenliği, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması* amacıyla, *gereken ölçüde ve kânunla öngörülmüş olmak şartıyla* müdahale edilebilir. 17. madde ise, sınır madde olarak, iki evrensel sözleşme ve bunlara bağlı olarak geliştirilmiş kânunlarla öngörülmüş hak ve sorumlulukları daha ötede sınırlamayı veya ihlali imkân dâhilinden çıkarır.

Böylece rehber olayın bu maddelerce işaret edilen hak ve sorumlulukları üç farklı açıdan da ilgilendirdiği görülmektedir. Dede Cöngî Efendi'nin şüphelinin gözetimi esnasında bir mağduriyetin ortaya çıkmaması için özen göstermesi, geniş ve iyimser bir yorumla yukarıda şüpheli/zanlı lehine sıralanan hak maddelerinin tümünü sağlamaktadır. Buna karşın toplu taşıma aracındayken kaçırılan, saldırıya uğrayan, öldürülen ve öldükten sonra yakılarak ortadan kaldırılmaya çalışılan maktulün ağır mağduriyeti, bu türden hukukî tedbir mekanizmalarına ne denli ihtiyaç olduğunu göstermektedir. Bu anlamda genel hukukî süreçlerde gözden kaçan veya ihmal edilen mağdur haklarının sıralanan maddeler ışığında ele alınıp işletilmesini de zorunlu kılmaktadır. Başka deyişle insan hakları evrensel manzumesi *tüm taraflar için birlikte* işletilmelidir, aksi takdirde tüm tek taraflı yaklaşımlar kaçınılmaz olarak taraflardan birinin mağduriyetine sebep olacaktır. Şüpheli şahısların yargı ve cezâ sürecinde sahip

olduğu haklar kadar, mağdurların yaşama, güvende olma ve serbestçe seyahat etme hakkı, toplumunsa genel anlamda huzurlu yaşam hakkı vardır. Dolayısıyla bu çetrefil durum, ancak toplum güvenliği temelinde ele alınarak çözülebilir. Özellikle psikolojik problemleri ve madde bağımlılığı olan kimselerin çeşitli kanallardan devlet eliyle takip edilmesi ve isimleri, onurları ve diğer kişilik hakları zedelenmeksizin gözetim altında tutulmaları, toplum huzuru açısından büyük bir önem arz etmektedir.

Sosyal anlamda hukuk ve ahlâk eğitimi ile aile terbiyesinin devlet eliyle, etkin ve sürekli uygulanması öncelikli yöntemdir. Buna karşın bir kısım yurttaşın, gerek içsel yönelimleri gerekse aile yapıları ve eğitim sisteminin zaafı dolayısıyla yine de suça bulaşabileceği öngörüsüyle, hukuk düzeni içerisinde bir takım tedbirlerin alınması zorunludur. Hele hele Suphi Altındöken gibi psikolojik rahatsızlıkları, anatomik deformasyonları ve sosyal davranış bozuklukları bulunan kimselerin, ailesinden birine veya sıradan bir yurttaşına karşı elim ve şiddet içerikli bir suç işleminin an meselesi olduğu rahatlıkla anlaşılabilir. Bu anlamda tedbiren hapisle hem bu türden bir suçun ortaya çıkması engellenmiş olacak, hem de esas anlamda *cezâ olmayan* ve asıl cezâdan daha kısa süreli ve daha hafif bir uygulamayla şüpheli şahıs düzelmek imkânı bulacaktır.

SONUÇ

Modern dönemde hukukî yaklaşım temel iki görüşün tartışması üzerinde yükselir: Klasik Cezâ Hukuku ve Hukukî Pozitivizm. Klasik cezâ hukukunun fikir babası Immanuel Kant'tır ve ona göre insan, kendinde bir değere sahip olmakla otonomdur, aklî ve iradî tercihlerine saygı duyulmalıdır ve tercihlerinin sonuçlarından tümüyle kendisi sorumludur. Devlet, hukukun kaynağıdır, hukuksa esas itibarıyla zorlayıcıdır. Bu anlamda cezâ, suç işlemiş olanlara uygulanan ağır bir yaptırımdır. Cezâ, Kant'ta suçun tam ve ödetmeci karşılığıdır (Güriz 2011: 206). Dolayısıyla Suphi Altındöken, kız kardeşinin belirlemesiyle *delirmiş değil sadece dengesiz* başka deyişle akli başında bir birey kabul edilirse, menfur fiilinin sonuçlarına tümüyle katlanmalıdır. Buna karşın Pozitivist hukuk kuramında, işlenen bir suçun etkileri hiçbir zaman tümüyle silinemez ve sosyal ve psikolojik durum suçun işlenmesinden önceki hâle döndürülemez. Dolayısıyla cezâ suçun telafisi değildir, o ancak suçun tekrar işlenmesine karşı bir tedbir ve topluma yönelik bir ibret mesajıdır. Bu haklı yaklaşımdan hareketle etkin bir cezâ arayışının ötesine geçerek suçun ortaya çıkmasını engelleyen ted-

birlerin aranması ve kurgulanması daha önemlidir. Klasik cezâ şedid, positivist cezâ müsamahakârdır (Güriz 2011: 275 vd). Bu durumdaysa zanlı, tüm geçmiş göz önünde bulundurularak değerlendirilmeli ve fiili bu değerlendirmenin ışığı altında davaya konu edilmelidir. Böyle bir durumda açıktır zanlı, toplumsal dinamiklerin, eğitimsizliğinin, sorunlu aile yapısının ve geçirdiği trafik kazasının topyekûn bir ürünüdür ve bunların sonucunda bir suç işlemiştir. Dolayısıyla acar bir avukat tarafından kendisinin aklî melekelerinin yerinde olmadığı raporlanabilir ve ceza yerine geçecek bir rehabilitasyona hükmettirilebilirdi. Cârî hukuk sistemimizin temelleri bu ilkeye dayansa da, toplum vicdanında adâletin her zaman yerini bulmadığı da bir hakikattir.

Dworkin'e göreyse –farklı bir bağlamla vurguladığı şekliyle– çetin davalarda hukuki akıl ve analiz yorumlayıcıdır, çünkü hukuk hakları ciddiye alınmalıdır ve hukuksal pratiklerden toplum yararına mümkün en iyi ahlakî yaklaşım ancak böyle çıkarılır (Wacks 2015: 43 vd). Kelsen için toplumsal düzen, fiillerin yasal veya yasal olmadığını belirleyen yöneticiler tarafından tesis edilir. Bu anlamda hukuk düzeni temelde devlet zoruna dayanır. Silsilevî bir biçimde meşruluğu bir üst norma dayanan hukukî normlar, nihayetinde bir temel norma dayanır, bu temel normun geçerliliği ise etkinliğinde gizlidir. Böylece başka deyişle yasama kuvveti haklar-sorumluluklar yol ayrımında toplum huzur ve refahı faydasına yorum yapma hak ve salahiyetine sahiptir (Wacks 2015: 33 vd). H.L.A. Hart'a göre de çetin bir davanın sonucu, hâkimin görüş, sezgi ve güçlü takdiriyle bireysel hakların kısmen askıya alınması ve toplum yararına olacak biçimde hüküm bağlaması ile belirlenebilir. Çünkü resmi sistemin sahip olabileceği otorite ne denli muazzam olursa olsun, onun taleplerinin sonuçta ahlakî denetime sunulması gerekir (Wacks 2015: 19-44). Dede Cöngî Efendi'nin bu düşüncelerden hangisine yakın durduğu türünden anakronik bir soru sorulabilir ve klasik hukukun bir temsilcisi olduğu düşünülürse hata edilir. Çünkü o, suçun işlenmesini önlemek ve suç ortaya çıkmadan evvel tedbir almak bakımından hukukî pozitivizme daha yakın görünmektedir. Toplum suç süreçlerine dâhil etmesi de bu düşünceyi destekleyen bir ögedir. Bu yaklaşımı, erken dönem hukukî pozitivistlerden kısmen Bentham'ı fakat daha çok Austin'in *egemen hukuk veya hukuku belirleyen egemen* anlayışını hatırlatmaktadır (Wacks 2015: 24 vd). Suç ortaya çıktıktan sonra ağır cezâ vermeyi değil, öncesinde daha hafif bir cezâ ile suçu önlemeyi önermesi de cezâda maximalist değil minimalist olduğunu gösterir.

Benzer şekilde hukukta içtihadın ve hâkimin reyinin yeri yoğun tartışmalara konu olmuş ve iki farklı görüşe ulaşılmıştır. Bunlardan ilki, mahkemenin yasa koyamayacağı çünkü onun vaz' edilmiş yasaların uygulanma yeri olduğudur. Kurallar ve cezâî karşılıkları, yurttaşlar tarafından önceden bilindiğine göre yargı gücü yalnızca kuralı uygulamakla yükümlüdür. Buna karşın yasanın tamamlanmamış olduğunu savunan düşünceye göreyse, kendisini soyut biçimde ifade eden yasama kuvveti yargı aşamasında ortaya çıkabilecek eksiklikleri önceden tespit etmek gücüne sahip değildir ve uygulamada yaşanabilecek aksaklıklar içtihatla tamamlanır/giderilir (Troper 2011: 94). Dede Cöngî bu iki görüşü de destekleyecek bir yaklaşıma sahiptir.

Sonuç olarak günümüz hukuk düşüncesinde, *ortaya çıkmamış bir suçtan* ötürü tedbir uygulanması doğal olarak tereddüde imkân verir bir yapıdadır. Bu tereddütlerin odak noktasını ise insan hakları oluşturmaktadır. Bu, aşılması kolay bir engel değildir fakat yukarıda görüldüğü üzere insan hakları bağlamında tedbiren hapis uygulamasına bir zemin bulmak yine de mümkündür. Ancak takibatın boyutları, sınırları, yurttaşların kişilik hakları, hangi yurttaşın ne türden davranışları dolayısıyla bu tedbire konu edileceği, takdir süresinin ve uygulamanın genel hatlarının mahiyeti ve en önemlisi yargı erki içerisinde bir standardın nasıl sağlanacağı sorularının cevaplarını bulmak yine de kolay olmayacaktır. Tüm bu engellere rağmen Dede Cöngî Efendi'nin tedbiren hapis önerisi üzerinde, düşünmeye ve tartışılmaya değerdir.

KAYNAKÇA

AKGÜNDÜZ, Ahmet (1994), ‘Dede Cöngî’, *TDV İslâm Ansiklopedisi*; C.9. İstanbul.

ALÎ, Omar el- (2018), “et-Ta‘zîr bi’s-Sicn”, *Türkiye İlahiyat Araştırmaları Dergisi*; C.2, S.1.

ANCEL, Marc (1974), “Klasik Hukukta ve Toplumsal Korunma Doktrininde Cezâ Anlayışı”; <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1974-5/5.pdf> Erişim Tarihi: 18.02.2017.

ANSAY, Sabri Şakir (2002), *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*; 4.b. Ankara: Turhan Kitabevi.

BECCARIA, Cesare (2016), *Suçlar ve Cezâlar Hakkında*; çev. Sami Selçuk. 6.bs. Ankara: İmge Kitabevi.

BELGESAY, Mustafa Reşit (1963), *Kur‘ân Hükümleri ve Modern Hukuk, Mevzuat, İçtihatlar, Tatbikat*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.

BROCKELMANN, Carl (1937), *Geschichte der Arabischen Litteratur-Erster Supplementband*; C.1. Leiden: E.J.Brill.

ERTEN, Murat (2011), *Tercüme-i Siyâsetnâme'nin Tahlili ve Değerlendirmesi*; (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

ERTEN, Murat (2015), “Dede Cöngî Siyâsetnâme’sinde Kâdının ve Valinin Siyasal Görevleri: Hukuk-Siyaset İlişkisi Üzerine Bir Karşılaştırma”, S.4. Gümüşhane: *Mavi Atlas Gümüşhane Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi*. ss. 165-189.

ERTEN, Murat (2017), “Siyâsetnâme’yi Modern Hukuk Teorileriyle Yeniden Okumak”, Uluslararası Amasya Âlimleri Sempozyumu (21-23 Nisan 2017, Amasya), C.2, ed. Şuayip Özdemir ve Ayşegül Gün, *Uluslararası Amasya Âlimleri Sempozyumu Bildiriler Kitabı*. Ankara: Kitabek Yayınları.

GOLDING, Martin P. (1975), *Philosophy of Law*; New Jersey: Prentice-Hall Pub.

GÜNAY, Mustafa-GÜNDOĞAN Gülsun (2004), *İnsan Hakları ve Eğitimi*. İzmir: İlya Yayınevi.

GÜRİZ, Adnan (1992), *Hukuk Başlangıcı*, 3.bs. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları.

GÜRİZ, Adnan (2011), *Hukuk Felsefesi*; 9. b. Ankara: Siyasal Kitabevi.

Haber 7 Haber Sitesi; 19.02.2015. <http://www.haber7.com/guncel/haber/1298415-ozgecan-aslan-katili-suphi-altindoken-kimdir>; erişim tarihi 06.11.2018.

Hürriyet Gazetesi; 30.09.2015. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/ozgecanin-katili-suphi-altindokeni-esi-bosadi-30197031>; erişim tarihi 06.11.2018.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (10 Aralık 1948) (1996); ss.10-26. İstanbul: Say Yayınları.

İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (4 Kasım 1950) (1996); ss.28-73. İstanbul: Say Yayınları.

İşkence ve Başka Zalimce, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Davranış ya da *Cezâyâ Karşı Sözleşme* (9 Aralık 1975) (1996); ss.77-114. İstanbul: Say Yayınları.

KANT, Immanuel (1965), *The Methaphysical Elements of Justice*; tran. John Ladd. Indianapolis: Bobbs-Merrill Pub.

KORKMAZ, Fahrettin ve KURBAN Yasin (2017), “İslâm Cezâ Felsefesi Açısından Hapis Cezâsı Üzerine Düşünceler”, Uluslararası İslâm Cezâ Hukuku Sempozyumu (30 Nisan-03 Mayıs 2015, Antalya), *İslâm Cezâ Hukuku Tebliğler Kitabı*; C.1, Haz. Ahmet Akcan. İstanbul: Lale Yayıncılık.

LEWIS, Bernard (1993), *İslâm'ın Siyasal Söylemi*; çev. Ünsal Oskay. İstanbul: Cep Kitapları.

LUIZZI, Vincent (2004), “Cezâlandırmaya ve Cezâlandırmanın Faydacı ve Ödetmeci Rakiplerine İlişkin Yeni Denge Yaklaşımı”, çev. Gülriz Uygur. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*; C.10: İstanbul Barosu Yayınları.

Milliyet gazetesi; 15.04.2018. <http://www.milliyet.com.tr/suphi-altindoken-in-eski-karisi-gundem-2227675/>; erişim tarihi 06.11.2018.

NEV'İZÂDE Atâî (1989), *Şakâik-i Nûmâniyye ve Zeyilleri-Hadâiku'l-Hakâik fi Tekmileti'*ş-Şakâik; haz. Abdülkadir Özcan. İstanbul: Çağrı Yayınları.

ÖZLEM, Zeynep, Engin Üskül (2004), “Olan Hukuk, Olmayan Hukuk”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, C.23: İstanbul Barosu Yayınları.

PAR, Kübra (2016); Habertürk gazetesi; 24.04.2016. <https://www.Haberturk.com/gundem/haber/1229581-suphi-altindokenin-annesi-gazete-haberturke-konustu/43> Kübra Par/Gazete Habertürk erişim tarihi 06.11.2018'dir.

Sabah gazetesi; 15.02.2015. <https://www.sabah.com.tr/ya-sam/2015/02/15/ozgecanin-katili-o-vahseti-en-ince-detaylarina-kadar-boy-le-anlatti>; erişim tarihi 06.11.2018.

ŞEKERCI, Osman (1996), *İslâm Cezâ Hukukunda Ta'zîr Suçları ve Cezâları*. İstanbul: Yeni Ufuklar Neşriyat.

ŞİRVÂNÎ, Harun Han (1965), *İslâm'da Siyâsî Düşünce ve İdâre*; çev. Kemal Kuşçu. Ankara: Nur Yayınları.

T24 haber sitesi; 11.11.2015. <https://t24.com.tr/haber/ozgecan-aslanin-katil-zanlisinin-eski-esi-ben-de-olebilirdim-ama-maalesef-olmedigime-sevinemedim,316115>; Erişim tarihi 06.11.2018.

Tercüme-i Siyâsetnâme (1275); çev. Şeyhulislâm Meşrepzâde Ârif Efendi. (Süleymaniye Kütüphanesi, Hacı Selim Ağa Kütüphanesi, Hüdâyi Efendi Koleksiyonu, No: 858) İstanbul: Maarif Matbaası.

TGRT haber sitesi; 11.02.2015. <http://www.tgrthaber.com.tr/gundem/ozgecan-aslan-olumunun-3-yili-ozgecan-nasil-olduruldu-ozgecan-aslan-kim-dir-225863>; erişim tarihi 06.11.2018.

TRABLÛSÎ, Alau'd-Dîn Ebu'l-Hasan Alî b. Halîl et- (1300), *Mu'înu'l-Hükkâm fî Mâ Yetereddedu beyne'l-Hasmeyn mine'l-Ahkâm*. Bûlâk, Mısır: Matbaatı'l-Mîriyye.

TROPER, Michel (2011), *Hukuk Felsefesi*; çev. Işık Ergüden. Ankara: Dost Yayınevi.

TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi (2002), "Amerikan Hukukî Realizm Akımı", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, C.4: İstanbul Barosu Yayınları.

UZUNÇARŞILI, İsmail Hakkı (1941), *Osmanlı Devleti Teşkilâtına Medhâl*. İstanbul: Türk Tarih Kurumu Yayınları, Maarif Matbaası.

WACKS, Raymond (2015), *Hukuk Felsefesine Kısa Bir Giriş*; çev. Engin Arıkan. İstanbul: Tekin Yayınevi.

ZEHRA, Muhammed Ebû (1973), *İslâm Hukuk Metodolojisi-Fıkıh Usûlü*; çev. Abdülkadir Şener. Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları.

Murat ERTEN

ÖZGEÇAN ASLAN VAK'ASININ İNSAN HAKLARI BAĞLAMINDA BİR DEĞERLENDİRMESİ VE TARTIŞMALI BİR ÖNERİ: TEDBİREN HAPİS

Yahya ALGÜL

ÇİN'İN KUŞAK VE YOL PROJESİNİN TÜRKİYE ENERJİ SEKTÖRÜNE YANSIMALARI

Zarıfa NAZIRLI

BİRİNCİ DÜNYA SAVAŞI DÖNEMİNDE ORTADOĞU' DA RUS – İNGİLİZ – OSMANLI ÇATIŞMASI: MUSUL HAREKATI

Erol KILIÇ – Esra SAYIN

INDIVIDUALITY IN ANTIQUE ART

Mehmet KUTLU

KAYALIK: BİR KARLUK YABGU DEVLETİ BAŞKENTİ

Şükrü ÜNAR

ATATÜRK DÖNEMİ'NDE TÜRK ARKEOLOJİSİ

Melike SARAÇAYDIN

KİŞİSEL İMAJ YÖNETİMİ BAĞLAMINDA SOSYAL MEDYANIN KULLANIMI

Murat Kaya

PROTESTAN REFORMUNUN ALMANYA'DA ORTAYA ÇIKIŞ SÜRECİ

Yahya ALGÜL

PIERO SRAFFA ON INCOME DISTRIBUTION

Selva ÇELİK

GEORGE ORWELL'İN "HAYVAN ÇİFTLİĞİ" ADLI ESERİNİN SATİRİK ÇERÇEVDE İNCELENMESİ

ANASAY

anasaydergisi@hotmail.com

