

Ta'zîr Suç ve Cezalarının Kanunilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi

Suat ERDOĞAN

Doç. Dr., Düzce Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Fıkıh Anabilim Dalı
Assoc. Prof. Dr., Düzce University Faculty of Theology Department of Fiqh
Düzce /TÜRKİYE

suaterdogan@duzce.edu.tr | orcid.org/0000-0002-0051-1244

Özet

Kanunilik, ceza hukukunun esaslarından ve hukukun evrensel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir. “Kanunsuz suç ve ceza olmaz” şeklinde formüle edilen ve kişilerin suç işlemeyen önce karşılaştıkları ceza hakkında bilgi sahibi olmaları anlamına gelen ilke, adalet ve tabii hukuk anlayışının bir sonucudur. Tarihi derinliği konusunda görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte, kanunilik ilkesi Orta Çağ ceza uygulamalarındaki keyfiliğe bir tepki olarak gündeme gelmiş ve uluslararası birçok sözleşme ile ülkelerin anayasa ve kanunlarında yer almıştır. Başlangıçta daha katı bir biçimde uygulama bulan ilke, zamanla daha esnek bir yapıya dönüşmüş ve kanunlarda yer almasa da bazı suçların cezalandırılabilmesi anlayışı ortaya çıkmıştır.

İslâm hukuk düşüncesinde suç ve cezalar üç ana başlıkta ele alınmaktadır. Kur'an ve sünnette açıklanan suç ve cezalar kısas ve had kapsamında değerlendirilirken, açıklanmayanlar ta'zîr olarak adlandırılmaktadır. Ta'zîr kapsamındaki suçların cezasını belirleme yetkisi devlet başkanı ve hâkimlere bırakılmıştır. Kur'an ve sünnette açıklanan suç ve cezaların belli sayı ile sınırlı olması, ta'zîr konusuna geniş bir alanın bırakılması anlamına gelmektedir. Ayrıca suçun unsur ve şartlarındaki eksiklikler sebebiyle uygulanmayan kısas ve had suçları için de ta'zîr cezasının söz konusu olması ve tarihi süreç içerisinde ortaya çıkan yeni suç türleri hesaba katıldığında, ta'zîrin kapsam alanının

Geliş/Received: 28.03.2023 | **Kabul/Accepted:** 29.10.2023 | **Yayın/Published:** 30.12.2023

Atıf/Citation: Erdoğan, Suat. “Ta'zîr Suç ve Cezalarının Kanunilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 42 (Aralık 2023), 1-38./Erdoğan, Suat. “Evaluation of Tazîr Crimes and Penalties in Terms of Legality”. *Journal of Islamic Law Studies* 42 (December 2023), 1-38.

<https://doi.org/10.59777/ihad.1272463>

İntihal/Plagiarism: Bu makale en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi./This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

© Suat ERDOĞAN | CC BY-NC-ND 4.0 International

oldukça geniş olduğu anlaşılmaktadır. Ta'zîr suç ve cezaları bu derece geniş bir alana sahip olmasına rağmen, klasik fıkıh kitaplarında konuya sınırlı oranda yer verilmektedir. En kapsamlı kaynaklarda dahi kısas ve had konuları oldukça detaylı olarak ele alınırken, ta'zîre ayrılan yer birkaç sayfayı geçmemektedir. Kanaatimize göre ta'zîr suç ve cezalarını belirleme yetkisinin siyasi otoriteye bırakılması, klasik fıkıh kaynakları açısından içtihadı dayalı hukuki birikimin oluşmasını engellemiştir. Ancak Osmanlı döneminde ta'zîr suç ve cezaları kapsamında fıkhi bir zenginlik ortaya çıkmıştır.

Genel olarak kısas ve had cezaları hakkında kanunilik ilkesi açısından herhangi bir tartışma söz konusu edilmezken, ta'zîr cezalarında kanunilik ilkesinin gözetilmediği konusunda genel bir kanaat bulunmaktadır. Bu konudaki eleştiriler ta'zîr ile sınırlı olsa da ta'zîr suç ve cezalarının kapsam alanının genişliği hesaba katıldığında, söz konusu eleştiriler önem kazanmakta ve bir anlamda İslâm ceza hukukunun bütününe yönelik hâle gelmektedir.

Klasik kaynaklarda doğrudan kanunilik ilkesi hakkında bilgiye rastlanmaması doğaldır. Ancak İslâm hukukunun temel kaynaklarından Kur'an ve sünnette söz konusu ilke ile paralellik gösteren ifadeler bulunmaktadır. Bu bağlamda, Kur'an'da peygamber göndermeden cezalandırmanın söz konusu olamayacağını ilkesel olarak ortaya koyan ayetlerin yanında bazı suçlar için ceza öngörüsünde bulunmaktadır. Ayrıca kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan kanunların geçmişe yürümemesi ilkesini doğrulayan birden çok örnek de Kur'an'da yer almaktadır. Peygamber'in (s.a.s.) uygulamaları da Kur'an'ın bu konudaki prensipleri ile paralellik göstermektedir.

Klasik İslâm hukuku kaynaklarındaki öğretilerden farklı olarak Osmanlı uygulamasında ta'zîr kapsamındaki bir kısım suç ve cezaların kanunnameler yoluyla belirlenmesi, kanunilik ilkesi açısından olumlu bir gelişme olarak kabul edilmektedir. Osmanlı ceza hukuku uygulamalarındaki söz konusu tecrübeden hareketle, ta'zîr kapsamındaki suçların cezalarının önceden belirlenmesi, İslâm ceza hukukuna kanunilik ilkesi açısından yöneltilecek eleştirileri ortadan kaldıracaktır. Kur'an ve sünnetin prensipleri ile de paralellik gösteren bu anlayış, günümüz hukuk düşüncesi açısından tercih olmanın ötesinde zorunluluk hâlini almıştır. Tüm suçların belirlenmesinin imkânsızlığı sebebiyle kanunda belirlenmeyen, ancak suç kapsamında değerlendirilmesi gereken fiillerin klasik ta'zîr anlayışı içerisinde cezalandırılması, ta'zîr düşüncesinin kanunda yer almayan fiillerin cezasız kalmaması konusunda önemli bir görev üstlenebileceği anlamına gelecektir.

Anahtar Kelimeler: İslâm Hukuku, Suç, Ceza, Ta'zîr, Kanunilik.

Evaluation of Tazîr Crimes and Penalties in Terms of Legality

Summary

Legality is accepted as one of the principles of criminal law and universal principles of law. The principle formulated as “no crime and punishment without law” which means that people should be informed about the punishment they will face before committing a crime, is a result of the understanding of justice and natural law. Although there are differences of opinion on its historical depth, the principle of legality has come to the fore as a reaction to the arbitrariness of medieval penal practices and has been included in the constitutions and laws of many international conventions. The principle, which was applied more strictly in the beginning, has turned into a more flexible structure over time, and the understanding that some crimes can be punished even though it is not included in the laws has emerged.

In Islamic legal thought, crimes and punishments are discussed under three main headings. While the crimes and punishments prescribed in the Qur'an and the Sunnah are evaluated within the scope of qisas and hadd, those that are not specified are called tazir. The authority to determine the punishment for crimes within the scope of tazir is left to the head of the state and the judges. The fact that crimes and punishments described in the Qur'an and the Sunnah are limited to a certain number means a wide area is left to the subject of tazir. In addition, when the tazir punishments are taken into consideration for qisas and hadd crimes that cannot be applied due to deficiencies in the elements and conditions of the crime, and the new types of crimes that have emerged in the historical process, it is understood that the scope of tazir is quite wide. Although tazir crimes and punishments have such a wide scope, the subject is given a limited place in classical fiqh books. Even in the most comprehensive sources, the subjects of qisas and hadd are discussed in detail, but the place reserved for tazir does not exceed a few pages. Leaving the authority to determine tazir crimes and punishments to the political authority prevented the formation of legal accumulation based on ijti-had in the classical fiqh sources. However, in the Ottoman Period, a richness in jurisprudence emerged within the scope of tazir crimes and punishments.

While there is no discussion in terms of the principle of legality about qisas and hadd punishments in general, there is a general opinion that the principle of legality is not observed in tazir punishments. Although the criticisms on this subject are limited to tazir, when the scope of tazir crimes and punishments is considered, these criticisms gain importance and, in a sense, become aimed at the whole of Islamic criminal law.

Naturally, there is no direct information about the principle of legality in classical sources. However, in the Qur'an and Sunnah, the main sources of Islamic law, some expressions show parallelism with the principle in question. In this context, in addition

to the verses in the Qur'an that reveal in principle that it is not possible to punish without sending a prophet, punishment is foreseen for some crimes. In addition, multiple examples in the Qur'an confirm the principle that laws do not go into the past, which is a natural consequence of the principle of legality. The practices of the Prophet (pbuh) also show parallelism with the principles of the Qur'an in this matter.

Unlike the doctrine in classical Islamic law sources, the determination of some crimes and penalties within the scope of tazir in Ottoman practice through statutes is considered a positive development in terms of the principle of legality. Based on the experience in Ottoman criminal law practices, predetermining the penalties for crimes within the scope of tazir will eliminate the criticisms directed at Islamic criminal law in terms of the principle of legality. This understanding, which is parallel to the principles of the Qur'an and the Sunnah, has become a necessity beyond being a choice in terms of today's legal thought. Due to the impossibility of determining all crimes, the punishment of the actions that are not determined in the law but should be considered within the scope of the crime within the classical understanding of tazir will mean that the idea of tazir can play an important role in ensuring that the acts that are not included in the law remain unpunished.

Keywords: Islamic Law, Crime, Punishment, Tazir, Legality.

Giriş

Kur'an'ın diğer alanlarda olduğu gibi hukuka dair konularda da kendine özgü bir açıklama metodu bulunmaktadır. Bu metodun en belirgin özelliği konulara, ayrıntıya girmeden genel ilkeler çerçevesinde yer vermesidir. Bununla birlikte Kur'an, önemine binaen hukukun diğer alanlarına göre aile ve ceza hukukuna daha detaylı olarak yer vermektedir. Kur'an'ın bütün suç ve cezalara yer vermesini beklemek doğru değildir. Zira süreç içerisinde yeni suç türlerinin ortaya çıktığı tarihi bir vakıdır. Kur'an suç ve cezalarla ilgili genel ilkelerin yanında örnek kabilinden İslâm hukuk literatüründe hadler olarak adlandırılan bazı suç ve cezalara da yer vermektedir. İslâm hukukunun ikinci kaynağı olan sünnet, Kur'an'da belirlenen suç ve cezaların şart ve uygulama esasları gibi konularda açıklama getirmektedir. Ayrıca sarhoşluğun cezasında olduğu gibi Kur'an'da yasaklanmakla birlikte cezası belirtilmeyen bir kısım suçların cezasının belirlenmesinde de görev üstlenmektedir.

İslâm hukukunda suç ve cezalar klasik kaynaklarda "ukûbât" adı altında üç başlıkta ele alınmaktadır. Bunlardan ilki kasten adam öldürme ve yaralama suçlarının cezası olan kısıstır. İkincisi, had olarak isimlendirilen Kur'an ve sünnette açıklanan suç ve cezalar. Kur'an ve sünnette açıklanmayan ve ta'zîr olarak isimlendirilen suç ve cezalar ise üçüncü grubu oluşturmaktadır. Son grupta yer alan suçların cezalarını belirleme

yetkisi siyasi otorite ve hâkimlerin takdirine bırakılmıştır. Bu kapsamdaki suçlar için hâkimler suç, suçlu ve toplumun yararı çerçevesinde ceza tayininde bulunmaktadır. İslâm hukukunda kisas ve had kapsamındaki suçların belli sayı ile sınırlanmış olması, ta'zîre oldukça geniş bir alan bırakmıştır. Kisas ve had suçlarının suçun unsur ve şartlarında eksiklik olması durumunda bu suçların da ta'zîr suçuna dönüştüğü hesaba katıldığında bu alanın ne derece geniş olduğu daha iyi anlaşılır.¹ Ancak klasik kaynaklarda ta'zîr grubuna giren suç ve cezaları açıklamak yerine, bu kapsamdaki suç ve cezalarla ilgili genel ilkeler düzeyinde ve oldukça sınırlı ölçüde bilgi verilmekle yetinilmektedir. En kapsamlı klasik eserlerde ta'zîr konusuna ayrılan bölüm birkaç sayfayı geçmemektedir. İslâm kamu hukukuna dair eserlerden Mâverdî (öl. 450/1058) ve Kâdî Ebû Ya'lâ el-Ferrâ'nın (öl. 458/1066) aynı isimdeki *el-Ahkâmü's-sultâniyye* isimli eserleri ile İbn Teymiyye'nin (öl. 728/1328) *es-Siyâsetü's-şer'iyye fi'İslâhi'r-râ'î ve'r-ra'iyye* isimli eserinde konu diğerlerine nazaran daha kapsamlı olarak ele alınmaktadır. Ta'zîr konusunda çağdaş dönemde yapılan en kapsamlı çalışma Abdülaziz Âmir'in *et-Ta'zîr fi'ş-şer'ati'l-İslâmiyye* isimli doktora tezidir. Ancak bu çalışmada suç ve ceza genel ilkelerine yer verilmemiştir. Konu hakkında yapılan diğer bir çalışma Bayram Demir'in *İslâm Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi* isimli doktora tezidir. Ta'zîr suç ve cezalarının kanunilik ilkesi açısından değerlendirilmesine çağdaş hukukçulardan Abdulkadir Udeh (öl. 1954)'in *et-Teşrî'u'l-cinâiyyi'l-İslâmî* ve Ebû Zehre'nin (öl. 1974) *el-Cerîme ve'l-ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî: el-Cerîme* isimli eserlerinde rastlanmaktadır. Münir Muhammed, Uluslararası İslâm Ceza Hukuku Konferansı'nda *İslâm Ceza Hukuku Sisteminde Kanunilik Prensibi* başlıklı bir tebliğ sunmuştur. Son dönemde ta'zîr suç ve cezaları çok sayıda makale ve tez çalışmasına konu olmuştur. Ancak müstakil olarak ta'zîr konusunu kanunilik ilkesi açısından ele alan bir çalışma tespit edemedik. Yukarıda adı geçen çağdaş son üç çalışma, ta'zîr suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin gözetildiği düşüncesinde birleşmektedir. Diğer çalışmalarda ise ta'zîr suç ve cezaları kanunilik ilkesi açısından yeterince değerlendirilmemektedir. Bu çalışma ta'zîr suç ve cezalarını özellikle kanunilik ilkesi açısından ele almakta, bu kapsamdaki suç ve ceza normlarının açık bir şekilde belirlenmesinin gerekliliğini ortaya koymakla birlikte, kanunlarda yer almayan suçlar için klasik ta'zîr anlayışı çerçevesinde hâkimlere ceza tayin ve takdir yetkisi tanınmasını önermektedir.

Klasik fıkıh kaynakları özgün yapısı gereği suç-ceza genel ilkelerine müstakil bir başlıkta yer vermez. Ancak farklı konular içerisinde kanunilik ilkesi kapsamında değerlendirilebilecek bilgilere rastlanmaktadır. Bu sebeple çalışmamızda ilk olarak İslâm hukukunun temel kaynakları olan Kur'an ve sünnette kanunilik ilkesinin varlığı üzerinde durulmakta, daha sonra klasik ve çağdaş eserler üzerinden ta'zîr anlayışı kanunilik

¹ Mehmet Akif Aydın, "Ceza", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları,1993), 7/479.

ilkesi açısından eleştirel bir yöntemle ele alınmaktadır. Ayrıca Osmanlı ceza hukukunda ta'zîr suç ve cezaları üzerinden değerlendirmeler yapılmaktadır.

Ta'zîr suç ve cezaları sonuç itibarıyla İslâm ceza hukukunun en kapsamlı alanıdır. Bu sebeple kanunilik ilkesi açısından yapılan eleştiri doğrudan İslâm ceza hukukuna yönelik olarak değerlendirilecektir. Ta'zîr suç ve cezalarının önceden belirli olmaması evrensel bir hukuk ilkesi olarak benimsenen kanunilik açısından tartışma konusu yapılmaktadır.² Modern hukuk anlayışının kanunilik ilkesini vazgeçilmez evrensel bir ilke olarak takdim etmesi, ta'zîr cezası hakkında hukukçular arasında iki farklı düşüncenin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bir kısım hukukçular ta'zîr cezalarının kanunilik ilkesi ile uyumlu olmadığı düşüncesini kabul ederken, diğer grup çeşitli gerekçeler üzerinden ta'zîr cezalarının kanunilik ilkesi açısından bir sorun oluşturmadığı kanaatindeyler.³

Ta'zîr suç ve cezaları biçimsel kanunilik anlayışı açısından eleştiri konusu yapılabilir. Zira öğretilerde biçimsel kanunilik olarak nitelendirilen bu anlayış, Orta Çağ uygulamalarına tepki olarak, ilkenin daha katı olarak uygulanması anlamındadır. Süreç içerisinde söz konusu katı anlayışa karşılık, kanunda açıkça yer almasa da toplum aleyhine olan fiillerin suç kapsamında cezalandırılabileceğini savunan yeni bir anlayış ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda ta'zîr düşüncesinin yeni kanunilik anlayışı çerçevesinde önem arz ettiği görülmektedir. Bu durum, ta'zîr kapsamındaki suç ve cezaların önceden belirlenmesi temel ilke olmak koşuluyla, kanunlarda belirlenmeyen suçların ta'zîr düşüncesi kapsamında cezalandırılması ve hiçbir suçun cezasız kalmaması anlamına gelmektedir. Ta'zîr kapsamındaki suç ve cezaların belirlenmesi, mağduriyet ve hak kayıplarının önüne geçilmesi açısından önemlidir. Osmanlı'da klasik anlayıştan farklı ta'zîr kapsamındaki düzenleme ve uygulamaların önemli bir açılım olduğu değerlendirilmektedir.⁴

1. Kanunilik ilkesi (Genel Olarak)

Ceza hukuku, bir kısım hak mahrumiyetlerinin yanında ızdırap verici yaptırımlar öngörmesi sebebiyle hukukun diğer alanlarına göre daha çok özen gösterilmesi gereken bir alandır. Ancak özen gösterilmesi bir tarafa, ceza hukukunun bu yönünün toplumları kontrol etme ve bir nevi sindirme aracı olarak kullanıldığı da tarihi bir gerçektir. Hukuk devleti anlayışının bir gereği olarak, hukukun kötüye kullanılmasının

² Bkz. Kayıhan İçel - Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım* (İstanbul: Beta, 2006), 51.

³ Muhammed Munir, "İslâm Ceza Hukuku Sisteminde Kanunilik Prensipleri", çev. Burak Çağ, *İslâm Ceza Hukuku Tebliğler Kitabı I-II* (b.y.: Lale Yayıncılık, 2017), 1/676; İçel - Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, 52.

⁴ İçel - Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, 52; Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1995), 1/300.

engellenmesi, suç olarak kabul edilen fiillerin ve cezalarının kanunlar yoluyla açıklanması ile mümkündür.⁵ Bu bağlamda kişilerin yasak fiilleri ve cezalarını önceden bilmeleri düşüncesine dayanan, suç ve cezada kanunilik ilkesi gündeme gelmiştir.

“*Kanunsuz suç ve ceza olmaz*” şeklinde formüle edilen kanunilik ilkesi, ceza hukukunun evrensel ilkelerinden birisi olarak kabul edilmektedir. İlkenin tarihi geçmişi konusunda farklı değerlendirmeler bulunmakla birlikte,⁶ Batı Aydınlanma döneminde hukukçu ve filozofların etkin faaliyetleriyle gündeme geldiği, insan hakları ve hümanizma düşüncesi çerçevesinde hukukun diğer ilkeleri ile öne çıktığı görülmektedir. Kanunilik ilkesi yazılı kaynaklarda ilk olarak 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nde yer almış, daha sonra Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Bildirisi'nde ifade edilmiştir. Süreç içerisinde Kıta Avrupası yasalarında kanunilik ilkesine yer verilmiştir.

Cumhuriyet öncesinde Fatih Sultan Mehmet, II. Bayezid, Yavuz Sultan Selim, Kanuni Sultan Süleyman ve IV. Mehmet Kanunnamelerinde, örfi hukuk kapsamında çeşitli suç ve cezalarının belirlenmesi, kanunilik ilkesi açısından, ta'zîr suç ve cezaları adına bir ilerleme olarak kabul edilmektedir.⁷ İlk olarak 1876 Anayasası'nda yer verilen kanunilik ilkesinin 1924 Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu'ndaki varlığı tartışmalıdır. 1961 Anayasası'nda ise ilkeye açık bir kural olarak yer verilmiştir.⁸

Kanunilik ilkesi Kıta Avrupası Hukuku'nun dışında kalan hukuk sistemlerinde de benzer bir süreç izlemiştir. Eski Sovyetler Birliği'nde önceden kanun tarafından belirlenmemiş suçlar için, kıyas yoluyla benzer suçların cezalarının verilmesi öngörülmekte iken, 1960 yılında çıkarılan bir yasa ile suç ve cezada kanunilik ilkesi benimsenmiştir. Aynı şekilde Doğu Almanya'da kanunilik ilkesine tam anlamıyla zıt olan “*cezасız suç olmaz*” kuralı, sonraki dönemde değiştirilmiş ve kanunilik ilkesi getirilmiştir.⁹

İlkeyle ilgili bir diğer tartışma, Anglosakson hukuku üzerinden yapılmakta ve bazı yazarlar söz konusu hukuk sisteminde kanunilik ilkesinin bulunmadığını

⁵ İçel - Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, 81.

⁶ Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku* (İstanbul: Der Yayınları, 2016), 1/21; İçel - Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, 81.

⁷ İçel - Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, 52; Gülşah Bostancı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007), 33; Yılmaz Yurtseven, “Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi Çerçevesi İslâm Ceza Hukukunda Örfi Hukukun Yeri ve Osmanlı Uygulaması”, *İslâm Ceza Hukuku Tebliğler Kitabı I-II* (b.y.: Lale Yayıncılık, 2017), 1/340.

⁸ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/27, 37, 38; İçel - Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, 86, 87.

⁹ İçel - Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, 83, 84; Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/29, 30.

savunmaktadırlar. Bu görüşe itiraz edenler, Amerika Birleşik Devletleri'nde söz konusu suçların kabahatlerle sınırlı olduğu, diğer suçların kanunlara dayandığı, İngiltere'de ise "common law" sistemi içerisinde mahkeme kararları ile geçen yüzyıllar boyunca hâkimlerin geniş takdiri ile suç teşkil eden fiillerin tespit edildiğini söylemektedirler.¹⁰

Kanunilik ilkesi, Roma'da imparatorluk dönemi ve genel olarak Orta Çağ'da kıyasa başvurarak cezalar verilmesi sonucunda, cezalarda meydana gelen keyfiliğe bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Başlangıçta öğretide "biçimsel kanunilik" olarak nitelendirilen ve katı bir şekilde uygulanan ilkeye karşı itirazlar, bu konudaki tartışmaları beraberinde getirmiştir.¹¹ Zira ilkeye göre ancak kanunun suç olarak belirlediği fiillerin cezalandırılabilir olması, ayrıca kanun ile tüm suçların öngörülmesinin imkân dahilinde olmaması dolayısıyla, suç ile mücadelenin tam anlamıyla sağlanamaması gibi sebeplerle ilkenin kuralları zamanla esnetilmiştir.¹²

Biçimsel kanunilik olarak kabul edilen düşünceye göre, sadece kanun tarafından öngörülen fiiller suç kabul edilir. Buna göre, toplum aleyhinde olsa da kanunun açık bir şekilde suç saymadığı fiiller cezalandırılmazken, sosyal yönden tehlikeli olmasalar bile, kanunun suç saydığı fiiller cezalandırılır. Buna karşılık öğretide "öze ilişkin (maddi) kanunilik ilkesi" olarak nitelenen anlayışa göre ise, kanunda açıkça suç olarak yer almasa da toplum aleyhine olan fiillerin suç sayılmaları ve bu fiillere amaca uygun olan cezalar verilmesi savunulmaktadır.¹³

Kanunilik ilkesinde önemli bir sapma Danimarka Ceza Kanunu'nda görülmektedir. Bu kanuna göre kanunun açık bir şekilde gösterdiği fiillere, tamamen benzetilebilen fiiller cezalandırılabilir" hükmü ile örnekseme (kıyas) yoluyla cezalandırmanın yolu açılmıştır. Benzer şekilde Fransa'da yürütme ve uygulayıcılara daha fazla hareket alanı sağlama adına, ceza kanunlarının suçları tanımlamada kesin ve açık ifadeler kullanma konusuna yeterince dikkat edilmemesi, ilkeyi zayıflatan bir uygulama olarak görülmektedir.¹⁴

Kanunilik ilkesi genel kabul gören, evrensel bir ilke konumunda olmakla birlikte, yürütme gücünün suç ihdas etme konusundaki yetkisi gittikçe artmaktadır. Bu yeni

¹⁰ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/33; İçel - Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, 84.

¹¹ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2012), 38-41; Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/26.

¹² İçel - Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, 82.

¹³ Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 39.

¹⁴ İçel - Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, 83; Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/28, 29, 35.

durum bazılarınca kanunilik ilkesinden bir sapma yerine yenilenmiş bir kanunilik ilkesi olarak görülmektedir.¹⁵

Suçlu haklarını koruma adına hukuk devleti ve kanunilik ilkesi öne çıkarılmakta ise de biçimsel kanunilik ilkesinin birçok failin cezasız kalmasına sebebiyet vermesi, son yıllarda mağdur haklarını gündeme getirmiştir.¹⁶ Aydınlanma Dönemi'nde suçlu haklarının öne çıkması mağdur haklarının adeta yok sayılması ve göz ardı edilmesi ile sonuçlanmıştır. Kanaatimizce bunun en önemli nedeni, suçlular aleyhine önceki dönemde yaşanan aşırılıklardır. Kanunilik ilkesi keyfi uygulamaların önüne geçme adına önemli bir görev üstlenmekle birlikte, adaletin gerçekleşmesi ve hukuksuzlukların önlenmesi için yeterli değildir. Bu bağlamda kanunilik ilkesi konusunda son dönemde yeni kanunilik olarak adlandırılan esnekliğin sebebi, mağdur hakları düşüncesinin baskın bir şekilde suçla mücadele amacını öne çıkarmasıdır.

2. İslâm Düşüncesinde Kanunilik İlkesi

2.1. Kur'an'da Kanunilik İlkesi

Fıkıh literatürünün kendine özgü sistematığının sonucu olarak klasik kaynaklarda doğrudan suç-ceza genel ilkelerine yönelik yeterli bilgi mevcut değildir. Ancak Kıta Avrupası hukuk sistematığına göre hazırlanan çağdaş kaynaklarda söz konusu ilkeler Kur'an ve sünnet üzerinden ele alınıp incelenmektedir. Kur'an ve sünnette suç-ceza genel ilkeleri kapsamında değerlendirilebilecek çok sayıda örnek bulmak mümkündür. Mesela Peygamber'in (s.a.s.) bir hırsızlık suçunda imtiyaz taleplerine karşılık, "Kızım Fâtıma da olsa aynı cezayı verirdim."¹⁷ şeklindeki tavrı cezaların genelliği konusunda önemli bir örnektir. Kur'an'da dört kere tekrarlanan "...hiçbir günahkâr başkasının günahını yüklenmez."¹⁸ ifadeleri ve Yusuf'un (a.s.) asıl suçlu yerine kendisinin cezalandırılmasını isteyen kişiye, "... malımızı yanında bulduğumuz kişiden başkasını alıkoymaktan Allah'a sığınırız. O takdirde biz zulmetmiş oluruz."¹⁹ şeklinde cevap vermesi, cezanın şahsiliği ilkesinin tarihi derinliği hakkında bir fikir vermesinin yanında, dini metinlerin doğruları göstermede bilim ve fitrat ile ortak noktada buluştuğunun da bir göstergesidir.

¹⁵ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/34.

¹⁶ Adem Yıldırım, "Mağdur Haklarına Yönelik Kurumsal Yapılar (Sulh ve Uzlaştırma)", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 23 (2014), 261.

¹⁷ Muhammed b. İsmail el-Buhârî, *el-Câmiu's-sahîh*, nşr. Muhammed Fuad Abdalbaki (Kahire: el-Matbaatu's-Selefiyye, 1400), "Hudûd, 12; Ebû'l-Hüseyn Müslim, b. Haccâc Müslim, *el-Câmiu's-sahîh*, nşr. Muhammed Fuad Abdalbâkî (Kahire: Dârü't-Tayyibe, 1375/1956), "Hudûd", 8, 9.

¹⁸ el-En'âm 6/164; el-İsrâ 17/15; Fâtır 35/18; ez-Zümer 39/7.

¹⁹ Yûsuf 12/79.

Kur'an'da insan davranışları ile ilgili emir ve yasak kapsamında çok sayıda ayetin varlığı bilinmektedir. Bu bağlamda emredilen davranışların yapılmaması veya yasaklanan davranışların yapılması durumunda, uhrevi cezaların yanında dünyevi bir kısım yaptırımlar da söz konusu edilmektedir.

Kanunilik ilkesine göre herhangi bir fiilin ceza kapsamında değerlendirilebilmesi için, söz konusu fiilin yasak kapsamında olduğunun önceden belirlenmesi gerekir. Kur'an'da mahiyeti ve sonuç itibarıyla bu anlama gelen ve genel prensip olarak nitelenebileceğimiz birden çok ayet bulunmaktadır. Bu ayetler şunlardır:

“Biz Peygamber göndermeden azap edecek değiliz.”²⁰

“Allah, sizlere haram kıldığı şeyleri tek tek açıklamıştır.”²¹

“Rabbin, ülkenin merkezi yerlerine ayetlerini okuyan bir peygamber göndermedikçe oraları helak edecek değildir.”²²

Kur'an'da ilahi uyarı gelmeden cezalandırmanın söz konusu olmadığını prensip olarak belirleyen yukarıdaki ayetlerin yanında, kanunilik ilkesinin tabii bir sonucu olan kanunların geçmişe yürümemesi kapsamında da çok sayıda uygulama bulunmaktadır. İçki²³ ve faizin²⁴ haram kılınmasından önceki davranışların sorumluluk gerektirmediği, aynı şekilde nikâh-ı makt²⁵ (üvey anne ile evlilik) ve iki kız kardeşin aynı nikâhta cemedilmesi yasağından²⁶ önceki uygulamaların bağışlandığı konuyla ilgili dikkat çeken örneklerdir. Yeni uygulamaların açıklanmasının hemen arkasından gelen *الا ما قد سلف* “önceki geçenler müstesna” ifadesi, önceki davranışların sorumluluk gerektirmediğini ilkesel olarak ortaya koymaktadır.

Genel prensip anlamında olan yukarıdaki ayetlerin yanında, bir kısım suç ve cezaların açıklanması kanunilik ilkesi açısından önemlidir. Kur'an'da kasten adam öldürme, zina, zina isnadı (kazif), hırsızlık ve terör (hırâbe) suçlarına yer verilmekte ve bu suçların her birisi için farklı olmak üzere kısas, sopa, el ve ayak kesme gibi çeşitli cezalar öngörülmektedir.²⁷

²⁰ el-İsrâ 17/15.

²¹ el-En'âm 6/119.

²² el-Kasas 28/59.

²³ el-Mâide 5/93.

²⁴ el-Bakara 2/275.

²⁵ en-Nisâ 4/22.

²⁶ en-Nisâ 4/23.

²⁷ Suat Erdoğan, “Kur'an ve Sünnetteki Konuyla İlgili Nasların Kanunilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”, *Düze Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 4/1 (2020), 11-18.

Tüm bunlarla birlikte, Kur'an'da prensip olarak kanunilik ilkesi kapsamında değerlendirilebilecek tarzda ayetlerin varlığı ve bazı suç ve cezalarının açıklanmış olması Kur'an'ı bir kanun ya da öğreti anlamında hukuk kitabı olarak değerlendirmeyi gerektirmez. Zira Kur'an hukuka dair konularla birlikte, hemen her konuya kendine özgü bir üslupla, çoğu zaman genel bir üslup içerisinde yer veren ilahi bir metindir.

Geçmiş kavimlerin işledikleri suçlar sebebiyle karşılaştıkları bir kısım cezalar da kanunilik ilkesi açısından dikkate değer örneklerdir. Mesela Lût (a.s.) kavminin işlediği suçtan dolayı taş yağmuruna tutulması,²⁸ Nuh (a.s.) kavminin şirkte ısrar etmeleri sebebiyle büyük bir tufanla helak edilmesi, Salih (a.s.) kavminin yasaklanmasına rağmen deveyi kesmeleri sonucunda karşılaştıkları cezalar²⁹ gibi. Önceki kavimlerle ilgili cezalandırmada genel olarak suçlar belli olsa da cezalar konusunda önceden kesin bir bilginin bulunmaması dikkat çekmektedir. Nitekim peygamberler, suçta ısrar etmeleri durumunda büyük bir ceza ile karşılaşacakları konusunda kavimlerini uyarmakla birlikte, cezanın mahiyeti konusunda açık bir bilgi vermemektedirler. Genel durum bu olmakla birlikte bunun istisnası da bulunmaktadır. Bu bağlamda Âdem ve Havva (a.s.) kıssasında yasağın ihlâli durumunda, içinde buldukları nimetten mahrum kalacakları ve cennetten çıkarılacakları konusunda genel anlamda bir bilgi verilmektedir.³⁰

2.2. Sünnette Kanunilik İlkesi

Sünnette de kanunilik ilkesine referans olabilecek uygulamalar bulunmaktadır. Kur'an'ın yasalarını insanlara tebliğ görevinin yanında, bunları toplumsal hayatta uygulaması yönüyle, insanlar için örnek bir kişilik olan Peygamber'in (s.a.s.) herhangi bir konuda hüküm verirken, çoğu zaman yeni bir ayetin nâzil olmasını beklemesini, kanunsuz hüküm tesis edilemeyeceği anlamında değerlendirmek mümkündür. Yukarıdaki örneklerde ifade edildiği gibi, kişilerin yeni bir hüküm gelmeden önceki davranışlardan dolayı sorumlu tutulamayacağı bunun açık bir delilidir.

Kur'an'da yasaklanmakla birlikte cezası açıklanmayan sarhoşluğun cezasının Peygamber (a.s.) tarafından belirlenmesi³¹ kanunilik ilkesi açısından dikkate değer bir uygulamadır. Sonraki dönemlerde sayı konusunda farklı uygulamalar gündeme gelmiş olsa da cezanın cinsi değişmemiştir. Kaynaklarda sarhoşluğun cezası bağlamında Hz. Ali'ye (öl. 40/661) atfedilen sarhoşluğun cezasının iffete iftira (kazif) suçuna kıyas edilerek belirlenmesini içeren rivayetin kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığını belirtmek

²⁸ el-A'râf 7/84; eş-Şuarâ 26/173; en-Neml 27/58.

²⁹ el-A'râf 7/77, 78.

³⁰ Tâhâ 20/117.

³¹ Buhârî, "Hudûd", 4; Ebû Dâvûd Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistânî, *es-Sünen* (Beyrut: Dâr-ı İbn Hazm, 1418/1997), "Hudûd", 35, 36.

gerekir. Zira kanunilik ilkesi kıyas yoluyla suç ihdas edilmesine onay vermemektedir. Söz konusu rivayet şu şekildedir: “*Bize göre sarhoşluğun cezası seksen sopa olmalıdır. Zira bir kişi içki içtiğinde sarhoş olur, sarhoş olan saçmalar ve iftira eder.*”³² İbn Hacer, (öl. 852/1448), rivayetin mu‘dal³³ olduğunu belirtmekte,³⁴ Şevkânî (öl. 1250/1834) ise rivayetdeki “*iftira eder*” ifadesinin mutlak olmasının iffete iftiranın dışındaki iftira suçlarını da kapsayacağı şeklinde metin tenkidinde bulunmaktadır.³⁵ Bu durum, kazif suçu dışında kalan iftira suçları için de aynı cezanın söz konusu olması, dolayısıyla ta‘zîr cezalarının had cezalarına ulaşamayacağı genel kabulüne de aykırı bir sonucu doğurmaktadır. Ayrıca bu mantıkla hareket edildiğinde, öldürmek dahil sarhoşun işleyebileceği muhtemel bir başka suçtan dolayı cezalandırılması mümkün olur. Konu hakkında Hz. Ali’ye atfedilen ve Peygamber’in (s.a.s.) sarhoşluk suçu için kırk sopa cezası uyguladığına dair başka bir rivayetin³⁶ bulunduğunu da belirtmeliyiz.

Suçun oluşması için yeterli şartları taşımayan hırsızlık suçu kapsamında Peygamber’den (a.s.) rivayet edilen misli ile ödetme şeklindeki ceza öngörüsü kanunilik ilkesinin yanında suça göre değişen ceza belirleme prensibi açısından da önemli bir örnektir. Başkasına ait ağaçtaki meyveyi izinsiz yemekle ilgili bir soru üzerine Peygamber (a.s.) şöyle buyurmuştur:

“*İhtiyacı olanın eteğine koymadan yemesinde bir sakınca yoktur. Ancak alıp götürürse onun iki katı ve ukubet (ceza) vardır.*”³⁷

Konu hakkındaki bir diğer rivayet de şu şekildedir:

“*Kaybolan deveyi saklamanın cezası o deve ile bir de onun benzerini ödemektir.*”³⁸

Her iki örnekte de mal varlığına yönelik suça karşılık ceza açık bir şekilde belirlenmektedir. Suça göre ceza belirleme prensibinin bir sonucu olarak, ekonomik suça karşılık ekonomik ceza olarak ifade edebileceğimiz uygulamanın fıkıh literatüründe

³² Mâlik b. Enes Ebû Abdillâh el-Asbahî, *el-Muvaṭṭaʿ* (Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1997), “Eşribe”, 1.

³³ Senedinin herhangi bir yerinden arka arkaya iki ya da daha fazla râvisi düşen hadis. Bkz. Mehmet Efendioğlu, “Mu‘dal”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2022), 30/354.

³⁴ İbn Hacer el-Askalânî, *Fethu'l-Bârî bi şerhi Sahîhi'l-Buhârî* (Riyâd: Dâru't-Tayyibe, 1426/2005), 15/535.

³⁵ Ebû Abdullah Muhammed b. Ali Şevkânî, *Neylû'l-evtâr şerh-i münteka'l-ahbâr* (Mısır: Mektebet-i Mustafa el-Halebî ts.), 7/165.

³⁶ Müslim, “Hudûd”, 8; Ebû Dâvûd, “Hudûd”, 36.

³⁷ Ebû Dâvûd, “Hudûd”, 12, “Lukata”, 1; Ebû Abdirrahmân Ahmed b. Şuayb b. Alî en-Nesâî, *es-Sünen* (Riyâd: Dâru'l-Hadâra, 1436/2015), “Sârık”, 11, 12.

³⁸ Ebû Dâvûd, “Lukata”, 1.

yeterince karşılık bulduğunu söylemek zordur. Nitekim kaynaklarda ekonomik suçlar için mali ceza öngörüsü yanında³⁹ ta'zîr kapsamında sopa cezasından da söz edilmektedir.⁴⁰

Peygamber'in (s.a.s.) kasten adam öldürme ve vücut bütünlüğüne yönelik müesir fiillerde göz, kulak, burun dış, parmak, gibi organların her biri için diyet miktarını ayrıntılı olarak belirlemesi⁴¹ diğer örneklerle birlikte değerlendirildiğinde, sünnette de suç ve cezaların belirlenmesinin temel esas olduğu anlaşılmaktadır.

Kanunilik, kanundan önce suç kapsamında olmayan fiillerden kişilerin sorumlu tutulamayacağını ancak lehte olan değişikliklerden failin yararlanacağını ilkesel olarak ortaya koymaktadır. Konuyla ilgili sünnette var olan şu uygulama bu anlamda dikkate değerdir:

Peygamber, (s.a.s.) eşi hakkında zina isnadında bulunan Hilal b. Ümeyye'ye iddiasını ispat etmediği takdirde kendisine kazif cezası uygulayacağını ifade etmiştir.⁴² Zira Kur'an'da söz konusu suçun cezası hakkında açıklama bulunmaktadır.⁴³ Sahâbînin kendisini cezadan kurtaracak bir ayetin ineceğiyle ilgili beklentisi sonunda konu hakkında yeni bir ayet inmiş ve failin lehine olan düzenleme esas alınmıştır. Yeni düzenleme, isnatta bulunan kişinin eş olmasını genel hükümden istisna ederek, ceza hukukundan ziyade aile hukuku kapsamında, belli bir prosedür ile (liân)⁴⁴ ayrılık şeklinde gerçekleşmiştir.

2.3. İslâm Hukukunda Kanunilik İlkesi

İslâm hukukuna dair klasik kaynaklarda suç ve ceza genel ilkeleri ayrı başlıklar halinde yer almaz. Ancak çeşitli konular içerisinde ilkelerin varlığına dair emareler bulmak mümkündür. Bu durum, İslâm hukukunun kendine has sistematiğinin bir sonucudur. Meseleci (kazuistik) olarak nitelenen sistem içerisinde konular genel ilkelerle birlikte ele alınmakta, hatta bazen bir ilkeye farklı konular içerisinde tekrar tekrar yer verilmektedir. Çağdaş İslâm ceza hukukuna dair kaynaklarda kanunilik ilkesi genellikle

³⁹ Kâdî Ebû Ya'lâ Muhammed b. Huseyn el-Ferrâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, thk. Muhammed Hâmid el Feykî (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2000), 281.

⁴⁰ Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el- Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye* thk. Ahmed Mübârek el-Bağdâdî (Kuveyt: Mektebet-i Dâr-i İbn Kuteybe, 1409/1989), 311.

⁴¹ Ebû Dâvûd, "Diyât", 18, 1, 20; Muvatta', "Ukûl", 1, 2, 3, 4, 8, 9.

⁴² Buharî, "Şehâdât" ,21, "Tefsîr-i Sûre", 24; Ebû Dâvûd, "Talâk", 27; Ebû Abdullah Muhammed b. Yezîd İbn Mâce, *es-Sünen*, nşr. Muhammed Nâsirüddîn el-Elbânî (Riyad: Mektebetü'l-meârif, 1417/1997), "Talâk", 27.

⁴³ en-Nûr 24/4.

⁴⁴ en-Nûr 24/6, 7.

Kur'an ve sünnet üzerinden ele alınmaktadır. Zira, klasik kaynaklarda doğrudan kanunilik ilkesine yönelik yeterli bilgi olmadığı için konu hakkında daha çok genel ilkeler üzerinden değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu bağlamda Bayram Demir, İstishab delilinin alt prensiplerinden birisi olan ve açıklanmayan fiillerden dolayı kişilerin sorumlu tutulamayacağı anlamına gelen “eşyada asıl olan mübahlıktır” ilkesini, “kanunsuz suç olmaz” ifadesi ile bağdaştırmaktadır.⁴⁵ Kanaatimize göre bu tespit doğru olmakla birlikte, “beraâet-i zimmet asıldır” prensibi hakkında aynı şeyleri söylemek doğru değildir.⁴⁶ Zira, bu prensip suç olarak kabul edilen fiillerin açıklanması anlamında olmayıp, ispat hukuku ile ilgilidir. Sonuçta kişinin suçlu olduğu ispat edilse bile ta'zîr kapsamında bir fiilinden dolayı verilecek ceza hâkimin takdirine bağlı olup, belirli değildir.

Kanunilik ilkesi ile ilgili bir diğer değerlendirme kelim ve fıkıh usulünde önemli bir tartışma konusu olan hüsün ve kubuh üzerinden yapılmaktadır. İslâmî literatürde hüsün ve kubuh, aklın iyilik ve kötülüğü kavrama yetkisi ve iyilik ile kötülüğün kaynağı açısından tartışılmıştır. Eş'arîlerin ve usulcülerin çoğunluğuna göre şer'î açıklama olmadan hiçbir fiil hukuki olarak iyi ya da kötü olarak nitelendirilemez ve hiç kimse bundan dolayı sorumlu tutulamaz, açıklanmayan fiillerden dolayı cezalandırılmaz.⁴⁷ Hüsun kubuh hakkındaki değerlendirmeler, İslâm düşüncesinde kanunilik ilkesinin erken dönemlerden itibaren farklı kavramlar üzerinden tartışıldığını göstermektedir.

2.3.1. Kısas Suçları

İslâm hukukunda kısas suçları kasten adam öldürme ve vücut bütünlüğüne yönelik müessir fiiller olmak üzere iki grupta ele alınmaktadır. İslâm hukukçuları arasında kasten adam öldürme suçunda maktul yakınlarının talebi ile faile ölüm cezasının verileceği konusunda görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Vücut bütünlüğüne yönelik kasten yaralama suçlarında prensip olarak kısas cezası öngörülmektedir. Ancak bu tür suçlarda sınırın aşılması ve kısas yapılacak organa daha fazla zararın söz konusu olduğunda diyet cezası öngörülmektedir ki, kaynaklarda genel olarak her bir organ için diyet miktarları belirtilmektedir. Diyet miktarı belirlenmeyenler için ise diyeti belirleme konusunda,

⁴⁵ Bayram Demir, *İslâm Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi* (İstanbul: Hiperyayın, 2018), 103.

⁴⁶ Demir, *İslâm Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*, 103, 104.

⁴⁷ İlyas Çelebi, “Hüsün ve Kubuh”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1999), 19/60; Zekiyüddin Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkıh)*, çev. İbrahim Kâfi Dönmez (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2018), 496; Demir, *İslâm Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*, 88-91; Mehmet Selim Aslan, “Mütekellimîn Metodunu Takip Eden Usûlcülerin Hüsün-Kubuh Anlayışının Ceza Hukukunun Kanunilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 36 (Ekim 2020), 145-146.

yaralamanın durumuna göre hâkimlere takdir yetkisi verilmektedir.⁴⁸ Ceza ve diyet miktarının belirli olması, kasten adam öldürme ve yaralama suçlarında kanunilik ilkesi açısından eleştirilerin önüne geçmiştir.

2.3.2. Had Suç ve Cezaları

Sınırları kanun koyucu tarafından belirlenen ve hiç kimseye herhangi bir değişiklikte bulunma yetkisi tanınmayan suç ve cezalara had denilmektedir. Bu kapsamda zina, kazif, (zina isnadı) hırsızlık, hırâbe (terör) suçlarının had kapsamında değerlendirilmesi konusunda görüş birliği olmakla birlikte, sarhoşluk, bağı, (isyan) ve irtidad (dinden dönme) suçlarında görüş ayrılığı bulunmaktadır.⁴⁹ Ayrıca sözü edilen suçların cezaları genel olarak belirlenmiş olmakla birlikte, fıkıh ekolleri arasında söz konusu suçlar ve cezaları konusunda fikir ayrılıkları da bulunmaktadır. Mesela zina suçuna diğer fıkıh ekollerinden farklı bir tarif⁵⁰ getiren Hanefîler, eşcinselliği zina kapsamında değerlendirmez ve bu suç için ta'zîr cezası öngörürler.⁵¹ Nebbâş (kefen soyucu) ve tarrârın (yan kesici) hırsız olarak kabul edilip edilmeyeceği, konusundaki tartışma da⁵² aynı şekilde hırsızlık suçunun kapsam alanı ile ilgilidir.

Sonuç olarak fıkıh ekolleri arasında had suç ve cezalarının detayında farklı yaklaşımlar olsa da her bir ekol söz konusu suçlar için belirli bir ceza öngörmektedir. Öğretilde var olan bu tartışmalar had kapsamındaki suç ve cezalar hakkında kanunilik ilkesi açısından eleştiri konusu yapılamamaktadır. İslâm ceza hukukuna kanunilik ilkesi açısından yapılan eleştiriler ise daha çok ta'zîr cezaları üzerinden olmaktadır.

⁴⁸ Burhânüddîn Ebû'l-Hasen el-Mergînânî, *el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti'l-mübtedî*, thk. Ahmed Câd (Kahire: Dâru'l-Hadîs, ts.), 4/640; Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid* (b.y.: Dâru'l-Mârife, ts), 2/411, 412; Ali Bardakoğlu, "Âkile", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları,1989), 2/474.

⁴⁹ Ali Bardakoğlu, "Had", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları,1996), 14/548, 549.

⁵⁰ Hanefîlerin dışında kalan fıkıh ekolleri eşcinsel ilişkileri de zina kapsamında değerlendirmektedirler. Bkz. Ebû İshak İbrahim b. Ali, b. Yusuf el-Firûzabâdî Şîrâzî, *el-Mühezzeb, fî fikhî'l-imâm eş-Şafi* (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1416/1995), 3/339; Abdullah Ahmed. b. Muhammed İbn Kudâme, *el-Muğnî* (Riyad: Dâru'l-Âlemi'l-Kütüb, ts.), 12/348; Takıyyüddin İbn Teymiyye, *Siyâsetü's-şer'iyye fî islâhu'r-râ'î ve'r-raiyye* (Beyrut: Dâru'l-Âfâki'l-Cedîde, 1983), 90.

⁵¹ Bkz. Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i' fî tertîbi's-şerâ'i'* (Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1424/2003), 9/185; Mergînânî, *el-Hidâye*, 2/512.

⁵² Alâüddîn Abdulaziz Buhari, *Keşfu'l-esrâr fî Şerh-i Usûlü'l-Pezdevî* (Dersaâdet: Sahhâfye-i Osmaniyye Şirketi, 1308), 1/52; Şâban, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, 496; Ayrıca söz konusu tartışmalar için bkz. Ömer Menekşe, *İslâm Hukukunda Hırsızlık Suçu ve Cezası* (Ankara: İlâhiyat Yayınları, 2021), 56-57, 81-82.

2.3.3. Ta'zîr Suç ve Cezaları

İslâm hukukunun iki temel kaynağı Kur'an ve Peygamber'in (s.a.s.) uygulamalarının tüm suç ve cezaları kapsamı elbette mümkün değildir. Bunun doğal bir sonucu olarak, Kur'an ve sünnette açıklanmayan suç ve cezaların belirlenmesi devlet otoritesinin yetkisine bırakılmıştır. Lügatte sakındırmak, terbiye etmek, destek vermek anlamlarına gelen⁵³ ta'zîr kelimesi, süreç içerisinde Kur'an ve sünnette yer verilmeyen suç ve cezaları ifade eden bir terim anlamı kazanmıştır. Mâverdî'nin ta'zîr tarifi şu şekildedir: “Hadlerin dışında kalan günahlar/suçlar için failin ve suçun durumuna göre değişen uslandırma amaçlı yaptırım.”⁵⁴

Tarifte geçen ذنوب kelimesi suçları ve her tür günahı da içine alan geniş bir anlama sahiptir. Yapılması farz olan ibadetlerin terki ve haramların işlenmesi suç olarak kabul edildiği gibi, “emr-i bi'l-ma'rûf ve nehy-i ani'l-münker” çerçevesinde zorunlu olmayan mendûbun terki ve mekruhların irtikabı da ta'zîr kapsamında değerlendirilmiştir.⁵⁵ Bu yönüyle İslâm ceza hukukunda suç ve ceza kavramının kapsam alanının seküler hukuktan daha geniş olduğunu söyleyebiliriz.

Mâverdî'nin bu tarifi sonraki kaynaklarda çok küçük ayrıntılar dışında değişmeksizin devam ettirilmiştir. Bu anlayışa göre Kur'an ve sünnette açıklanmayan suçların cezası, siyasi otorite ve hâkimler tarafından fail ve suçun durumuna göre, toplum yararı kapsamında belirlenmektedir. Cezaların neler olacağı da yine kaynaklarda ölüm, sopa, hapis, teşhir, sürgün, görevden uzaklaştırma, mali cezalar, uyarı ve kınama olarak açıklanmıştır.⁵⁶

Peygamber (s.a.s.) ve Hulefâ-yi Râşidîn döneminde yasama, yürütme ve yargı ayrılığından söz etmek mümkün olmadığı için, bu dönemde Kur'an ve sünnette açıklanmayan suçların cezasının tayin ve takdir yetkisinin devlet başkanı sıfatıyla Peygamber, (s.a.s.) onun râşid halifeleri ya da onların tayin ettiği valilere tanınmasını yadırgamak gerekir. Dolayısıyla bugünün hâkim anlayışı olan yargının bağımsızlığı üzerinden o günkü uygulamaları mahkûm etmek doğru değildir. Zira yazılı hukukun olmadığı bir ortamda elbette yetkili makam belli esaslar dahilinde bir uygulama yapacaktır. Yemen'e vali olarak tayin edilen Muâz b. Cebel'in (öl. 17/638) kendisine gelen davaları nasıl

⁵³ Bkz. Muhammed b. Mükerrrem İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab* (Beyrut: Dâru's-Sâdır, 1410/1990), 'a-z-r, md.

⁵⁴ Mâverdî, *Ahkâmu's-sultaniyye*, 285.

⁵⁵ Muhammed Ebû Zehre, *el-Cerîme ve'l-ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî: el-Cerîme* (Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1998), 146-154; Abdulazîz Musa Âmir, *et-Ta'zîr fi's-şer'i'ati'l-İslâmiyye* (Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1969), 84-86.

⁵⁶ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i*, 9/271; İbn Teymiyye, *es-Siyâsetü's-şeriyye*, 96, 97; Abdülaziz Âmir, *et-Ta'zîr fi's-şer'i'ati'l-İslâmiyye*, 83; Ebû Zehre *el-Cerîme ve'l-ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî: el-Cerîme*, 95; Tuncay Başoğlu, “Ta'zîr”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2011), 40/200, 201.

çözeceğine dair Peygamber (s.a.s.) tarafından da onaylanan ifadelerinde⁵⁷ bunun izlerini görmek mümkündür. Ancak bu uygulamayı değişmez bir kural gibi benimseyerek, günümüz hukuk anlayışı içerisinde yürütmeye ceza tayini yetkisi tanımak, hukukun siyasallaşması anlamına gelecektir.

Ta'zîr ve Kanunilik İlkesi

Yukarıda belirtildiği üzere İslâm ceza hukukunda ta'zîr oldukça geniş bir alanı kapsamaktadır. Zira kısas ve had olarak adlandırılan suçlar belli bir sayı ile sınırlıdır. Ayrıca gerekli şartları taşıyamaması ya da herhangi bir sebeple uygulanmadığı durumlarda kısas ve had suçları için de ta'zîrin söz konusu olması,⁵⁸ bu alanın daha geniş kapsamlı olması ile sonuçlanmaktadır. Mâlikî ve Şâfiî fıkıh ekollerince kasten adam öldürme suçunda maktulün vârislerinin suçluyu affetmesi durumunda, failin kamu oiritesi tarafından ta'zîr türünden bir ceza ile tecziye edilmesinin gerekli görülmesi⁵⁹ gibi ilaveler de hesaba katıldığında, ta'zîr cezalarının muhtevasının oldukça geniş olduğu görülecektir. Bununla birlikte klasik kaynaklarda had, kısas suç ve cezaları oldukça hacimli bir yer işgal etmesine karşılık, ta'zîr konusu en kapsamlı kaynaklarda bile ancak birkaç sayfa yer bulabilmektedir. Mesela Hanefî fıkıh ekolünün en mufassal kaynaklarından birisi olan Serahsî'nin (öl. 483/1091) *el-Mebsût* isimli otuz ciltlik eserinde ta'zîr konusuna iki sayfadan daha az yer verilmektedir.⁶⁰ Diğer kaynaklarda da durum bundan farklı değildir. Elbette bunun bir kısım sebepleri olabilir. Ancak suç ve cezalar konusu dâhil, genel anlamda İslâm kamu hukukunun yeterince gelişmemiş olmasında hukuk siyaset ilişkisinin önemli bir payı olduğunu belirtmek gerekir.⁶¹ Ancak Osmanlı Dönemi'nde ta'zîr kapsamındaki suç ve cezalar konusunda ferman yasaknâme, kanunnâme ve ceza kanunları gibi düzenlemeler ve fetva mecmuaları ile, bu alanda klasik fıkıh kaynaklarında yer almayan bir kısım yaptırımların da bulunduğu geniş bir fikhi birikim oluşmuştur.

⁵⁷ Ebû Dâvûd, "Akziye", 11; Tirmizî, "Ahkâm", 3. Konu hakkında ayrıca bkz. M. Yaşar Kandemir, "Muâz b. Cebel", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (Ankara: TDV Yayınları, 2020), 30/336.

⁵⁸ Mergînânî, *el-Hidâye*, 2/534, 535; M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta, 2020), 172.

⁵⁹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/404; Ahmed b. İdris Şehâddîn Karafî, *ez-Zahîra*, thk Muhammed Huccî (Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1994), 12/417, 421; Ebû Zekerriyya Muhyiddîn b Şeref Nevevî, *el-Mecmû şerhu'l-Mühezzeb*, thk. Muhammed Necib el-Mûtiî (Kahire: Dârü'l-İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1415/1995), 20/245; Ahmed Fethi Behnesî, *el-Kıyas fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, (Beyrut: Dâru'ş-Şurûk, 1989), 9; Ali Bardakoğlu, "Hapis", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları,1997), 26/59.

⁶⁰ Şemsü'l-Eimme Muhammed Ahmed b. Ebû Sehl Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Marife, ts.), 24/35.

⁶¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Yaman, *İslâm Hukukunun Oluşum Süreçlerinde Hukuk Siyaset İlişkisi* (İstanbul: Yediveren Kitap, 2004); Adnan Koşum, *İslâm Kamu Hukuku Alanına İlişkin Klasik Literatürün Azlığı Üzerine Mülâhazalar*, *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 18 (2008), 123-131.

Klasik kaynaklarda genellikle ta'zîr başlığı altında sadece bir kısım suçlar sayılırken, hangi suç için hangi cezanın verileceği önceden belirtilmemiştir. Önceden belirtilmemiş veya belirtilmiş olup cezası açıklanmayan suçlara verilecek cezayı ülü'l-emr ya da hâkim takdir edecektir. Bu kapsamdaki suçlar için ölüm dâhil, uyarı, kınama, sopa, hapis, sürgün, para cezası gibi yaptırımlardan herhangi birisi tayin edilecektir.⁶² Örnek olarak belirtmek gerekirse rüşvet alan ya da ticaretle hile yapan bir kişinin cezasının sopa, hapis, sürgün ya da para cezası mı olduğu suçtan önce belli değildir.

Ta'zîr suç ve cezaları konusunda en kapsamlı bilgiye İbn Teymiyye'nin İslâm kamu hukukunun önemli klasiklerinden birisi olan eserinde rastlamaktayız. Müellif konu başlığı için "Ta'zîr" yerine المعاصى التى ليس فيها حد مقدر "Hakkında belirli had bulunmayan suçlar" başlığını tercih eder ve gerekli şartları taşımaması sebebiyle ta'zîr cezası uygulanacak bir kısım suçlardan sonra toplumsal şartlara göre zararlı olarak görülen ve belirlenmeleri yetkili yasama organının takdirine bırakılan devlet hazinesi, yetim malı, ortaklık ve vekalet konusunda hainlik etmek, gıda maddeleri, giyecek ve benzeri konularda hile yapmak, eksik ölçüp tartmak, yalancı şahitlik yapmak ve rüşvet almak gibi suçlardan söz etmektedir. Adı geçen suçlara yönelik suçların toplumdaki az ya da çokluğu ve suçun ağırlığına göre kamu otoritesince cezaları artırma ve eksiltme yetkisinin olduğu belirtilmektedir.⁶³ İbn Teymiyye, ta'zîr suçları için nasihat ve uyarıdan başlayan sözlü ve fiili kınama, i'lâm, (mahkemeye celp) kamu görevinden uzaklaştırma, hapis, sopa cezası ve yüzüne kara çalma, hayvana ters bindirme gibi teşhir cezalarından söz etmektedir.⁶⁴

Konuyla ilgili çağdaş dönemde yapılan en önemli çalışma Abdülaziz Âmir'in *et-Ta'zîr fi's-şerî'ati'l-İslâmiyye* isimli doktora tezidir. Çalışma, suçlar ve cezalar şeklinde iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde kamu yararı kapsamında devlet ve hükümete karşı işlenen suçlar, rüşvet, kamu görevini lâıyıkıyla yapmamak ve vatandaşlara kötü muamelede bulunmak, evcil hayvanlara zarar vermek, hapisten kaçmak, fâhiş fiyatla mal satmak, yasak olan malları satmak, ölçü ve tartıda hile yapmak gibi suçlara yer verilmiştir.⁶⁵ İkinci bölümde ise bedeni cezalar, mali cezalar, görevden uzaklaştırma ve teşhir, uyarı, kınama, mahkemeye celp gibi klasik kaynaklarda var olan cezalar sayılmıştır.⁶⁶ Ancak klasik kaynaklarda olduğu gibi herhangi bir suç için hangi cezanın verileceği konusunda bilgi verilmediği gibi suçtan önce cezaların belirlenmesine dair

⁶² Coşkun Üçok vd., *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2002), 81.

⁶³ İbn Teymiyye, *es-Siyâsetü's-şer'iyye*, 96, 97.

⁶⁴ İbn Teymiyye, *Siyâsetü's-şer'iyye*, 97, 98.

⁶⁵ Abdülaziz Âmir, *et-Ta'zîr fi's-şerî'ati'l-İslâmiyye*, 254-287.

⁶⁶ Abdülaziz Âmir, *et-Ta'zîr fi's-şerî'ati'l-İslâmiyye*, 304-457.

açıklamada da bulunulmamıştır. Mesela kamu yararına zarar verme, devlet aleyhine faaliyetlerde bulunma, casusluk, rüşvet alma gibi dinen yasaklanan ve suç kapsamında olan eylemler için belirli bir cezanın olmadığından bahisle, söz konusu suçlar için ta'zîrden söz edilmiştir.⁶⁷

Mâverdî, suçu تعزير عنها بحد او تعزير الله تعالى محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد او تعزير الله تعالى الجرائم محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحد او تعزير الله تعالى Allah'ın caydırma amacıyla had ya da ta'zîr türünden bir ceza ile sakındırdığı şer'î mahzurlar şeklinde tanımlamaktadır.⁶⁸ Mâverdî, mezhebinin görüşünü esas alarak kisası da had grubuna dahil eden bir tarif yapmıştır. Tarifte ta'zîr cezalarının da Allah tarafından belirlendiği gibi bir anlam çıkmaktadır ki bu doğru değildir. Zira İslâm ceza hukukunda kisas ve had suçlarının cezası Kur'an ve sünnetle açıklanırken, bunların dışında kalan ve ta'zîr suçlarının cezasının tayin ve takdir yetkisi Şâri' tarafından ülü'l-emre verilmiştir. Müellifin kastının bu şekilde olmadığı aynı eserin ilerleyen bölümündeki ta'zîr tanımlamasından anlaşılmaktadır.⁶⁹ Ülü'l-emr elbette şer'î esaslar çerçevesinde ta'zîr suçları için ceza tayininde bulunacaktır. Ceza tayini suçun işlenmesinden sonra olduğundan klasik kaynaklarda ta'zîr başlığı altında bu kapsamdaki suç ve cezalar genellikle açıklanmaz. Sadece had kapsamında olmakla birlikte suçun unsur ve şartlarındaki eksiklikler sebebiyle had cezalarının uygulanmadığı, çoğunlukla zina ya da zina isnadı suçuna ilişkin cezalar belirlendiği görülmektedir. Bu bağlamda yabancı bir kadına dokunma, öpme, zinaya teşebbüs, köle, çocuk ya da gayrimüslime yapılan zina isnadı gibi suçlar için had cezasının altında on ile doksan dokuz arasında değişen farklı sayılarda sopa cezası öngörülmektedir. Sopa sayısındaki farklılık had cezasının alt sınırı konusundaki görüş ayrılığından kaynaklanmaktadır.⁷⁰

Kâsânî, (öl. 587/1191) kendi cinsinden had cezası bulunan ve bulunmayan ta'zîr suçları şeklinde ikili bir sınıflandırmaya gitmekte, had grubunda yer almakla birlikte suçun unsur ve şartlarındaki eksiklik sebebiyle had cezası uygulanmayan suçları, kendi cinsinden had cezası bulunan suçlar olarak değerlendirmektedir. Kendi cinsinden had cezası bulunan suçlar bağlamında çocuk, zimmî veya köleye zina isnadında bulunan kişi için suçun unsur ve şartlarındaki eksiklik sebebiyle had cezası uygulanamayacağından, kazif suçunun cezası olan seksen sopanın altında, mezhep içerisindeki görüş ayrılığından kaynaklanan, farklı sayıda sopa cezasından söz etmektedir. Zina isnadının dışında, bir kişiye hırsız, günahkâr ya da kötü adam gibi sıfatlarla isnatta bulunulmasını ise

⁶⁷ Abdülaziz Âmir, *et-Ta'zîr fi'ş-şer'ati'l-İslâmiyye*, 262-265.

⁶⁸ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultânîyye*, 285.

⁶⁹ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultânîyye*, 310.

⁷⁰ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultânîyye*, 311; Ferrâ, *el-Ahkâmü's-sultânîyye*, 280; Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'i*, 9/271, 272; Mergînânî, *el-Hidâye*, 2/584, 585; İbn Teymiyye, *es-Siyâsetü'ş-şerîyye*, 98.

kendi cinsinden had cezası bulunmayan suçlar kapsamında değerlendirmekte ve bu durumda ülü'l-emrin sopa, hapis, sözlü uyarı kınama cezalarından herhangi birisini tercih yetkisinin bulunduğundan söz etmektedir.⁷¹

Ta'zîr suçlarında sopa cezasının diğer yaptırım türlerine göre öne çıkması, kanaatimize göre bölünebilirlik özelliğinden kaynaklanmaktadır. Zira had grubuna dahil diğer suçlar için kendi cinsinden bir ceza öngörüsüne rastlanmamaktadır. Mesela had grubuna dahil olmakla birlikte, çalınan malın nisaba ulaşmaması ya da koruma altında olmaması gerekçesiyle had kapsamında değerlendirilmeyen hırsızlık suçu için de kendi cinsinden olmayan sopa cezası öngörülmektedir.⁷² Aynı suç kapsamında malın iki katını ödetme şeklinde farklı bir ceza öngörüsüne de rastlanmaktadır.⁷³ Suçun unsur ve şartlarını taşımayan zina ve kazif suçlarında had cezası olan seksen sopenın altında bir ceza öngörülürken, aynı mantıkla hareket edildiğinde, suçun unsur ve şartlarındaki eksiklik sebebiyle had cezası uygulanamayan hırsızlık suçunda elin daha azı veya parmağın kesilmesi ya da bu kapsamdaki basit suçlar için elin çizilmesi gibi yaptırımlar gündeme gelmesi gerekirdi. Günümüz mevzu hukukunda hemen her suç için öngörülen hapis cezasında olduğu gibi, uygulamadaki kolaylık ve bölünebilir özelliği sebebiyle ta'zîr cezaları kapsamında sopa cezasının öne çıktığı görülmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi suçun unsur ve şartlarındaki eksiklikler sebebiyle had cezasının uygulanmadığı zina ve kazif suçlarının dışında kalan ve ta'zîr kapsamında değerlendirilen yer alan suçlar için suçun yapısı, kamu yararı ve failin sosyal statüsüne göre değişen uyarı, kınama, sopa, hapis, sürgün, gibi farklı cezalar öngörülmektedir.⁷⁴ İbn Teymiyye, suçun unsur ve şartlarını taşınamaması sebebiyle had cezası uygulanamayan suçları da dahil ederek, ta'zîr kapsamındaki tüm suçlar için uyarı, kınama, sopa, hapis, görevden uzaklaştırma gibi cezalardan herhangi birisinin takdirini siyasi otoriteye bırakan bir yaklaşım sergilemektedir. İbn Teymiyye sopa cezasını بیان الجلد الشرعى "yasal sopenın açıklaması" adıyla müstakil bir başlık altında ele alır ve yetkili makama ta'zîr kapsamındaki tüm suçlar için suça göre değişen sayıda sopa cezası belirleme yetkisi tanır.⁷⁵

Bu yaklaşımda cezalardaki belirsizliğin daha ileri boyutta olduğu görülmektedir. Bu anlayışa göre siyasi otorite, herhangi bir suç için, suçun işlenmesinden sonra yukarıda sayılan cezalardan herhangi birisini tercih etme yetkisine sahiptir. Cezalardan

⁷¹ Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 9/271.

⁷² Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 311.

⁷³ Ferrâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 281.

⁷⁴ Mâverdî, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 310; Ferrâ, *el-Ahkâmü's-sultâniyye*, 279; Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'i'*, 9/271.

⁷⁵ İbn Teymiyye, *es-Siyâsetü's-şeriyye*, 98.

birisini tercih ile hâkimin bu cezalardan herhangi birisinin alt ve üst sınırı arasındaki takdir yetkisi farklıdır. Örneğin ta'zîr kapsamındaki herhangi bir suç için, suç işlendikten sonra sopa veya hapis cezasının belirlenmesi ile sopa ya da hapis cezasının sayı veya süresinin hâkim tarafından takdir edilmesi aynı değildir. Sonuç olarak ta'zîr cezalarının belirlenmesi konusundaki yöntemin Kur'an ve sünnetin prensiplerinden ayrıştığını belirtmek gerekir. Zira Kur'an ve sünnette herhangi bir suçun cezası henüz suç işlenmeden belli iken, ta'zîr kapsamında değerlendirilen suçlar için hangi cezanın belirleneceği kesin değildir. Mesela Kur'an'da zina ve zina isnadı (kazif) suçlarının cezası yüz ve seksen olmak üzere tereddüde meydan bırakmayacak netlikte açıklanırken, ta'zîr kapsamında yer alan bir suçun cezasının türü ve ağırlığı hakkında çoğunlukla net bir açıklamaya yer verilmemektedir. Aynı şekilde sünnette -rivayetler arasında farklılıklar bulunmakla birlikte- sarhoşluğun cezasının dayak olduğu kesindir. Bu söylediklerimiz klasik fıkıh kaynakları üzerinden yapılan bir değerlendirme olduğunu belirtmeliyiz. Özellikle Osmanlı Dönemi'nde ta'zîr cezaları ile ilgili uygulamalara ileride yer verilecektir.

Her ne kadar ta'zîr suçlarının cezasının hadleri aşamayacağı ilke olarak benimsense de Müslümanlar aleyhine casusluk, Kur'an ve sünnete aykırı çağrı, zındıklık, namazı terk, sihirbazlık, Peygamber'e (s.a.s.) hakaret, başka türlü şerrine mani olunamayan bozgunculuk, dördüncü defa tekerrür eden sarhoşluk suçu,⁷⁶ inkâr olmasa da namazın terki gibi bir kısım suçlar için ölüm cezası öngörülmektedir.⁷⁷ Ta'zîr cezalarında genel olarak belirsizlik hâkim iken bu kapsamda yer alan bir kısım suçlar için öngörülen ölüm cezasını bundan ayrı tutmak gerekir.

Siyasi otorite ve hâkimlerin ceza belirlemede naslara bağlılık, adaleti gözetme, suçları misliyle cezalandırma ve suç-ceza dengesini gözetme gibi sorumlulukları olduğu ifade edilse de⁷⁸ hukuki olarak bağlayıcı olmayan bu durumun her zaman için gözetilmediği ve bir kısım Müslüman idareciler tarafından hukukun ihlâl edildiği tarihi bir vakıdır.⁷⁹ İdarecilerin bireysel tasarruflarının yanında İslâm ceza hukukunda siyasi

⁷⁶ İbn Teymiyye, *es-Siyâsetü'ş-şer'iyye*, 98, 99; Takıyyüddin Ahmed b. Abdülhalim İbn Teymiyye, *es-Sârimü'l-meslûl alâ şâtimi'r-Rasûl*, thk. Muhammed b. Abdullah b. Ömer el-Halvânî - Muhammed Kebîr Ahmed Şüderî (b.y.: y.y., 1417/1997), 13-16.

⁷⁷ İbn Kudâme, *el-Muğni*, 3/351-358.

⁷⁸ Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr İbn Kayyım el-Cevziyye, *et-Turuku'l-hukmiyye fis-siyâseti'ş-şer'iyye*, thk. Nâyif b. Ahmed el-Hamed (Mekke: Daru'l-âlemi'l-fevâid, 1428), 7; Muhammed Ebû Zehre, *el-Cerîme ve'l-ukûbe fi'l-fıkhi'l-İslâmî: el-Ukûbe* (Kahire: Dâru'l-fikri'l-arabî, ts.), 70, 71; Muhammed Selim Avvâ, *fi-Usûlu'n-nizâmi'l-cinâi'l-İslâmî* (Kahire: Nehdatü Mısır, 2006), 339; Adnan Koşum, "İslâm Hukuk Doktrininde Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü", *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 16 (2002), 251; Demir, *İslâm Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*, 250.

⁷⁹ Mustafa Ertürk, "Şiddet İçerikli Bazı Rivayetlerin Tahlili ve Tenkidi", *Gazi Üniversitesi Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1/2 (2002), 71, 72.

otorite ve hâkimlere geniş yetkiler tanıyan ta'zîr ve siyaset cezaları anlayışı buna ilkesel olarak zemin hazırlamış ve meşruiyet kazandırmıştır.

Özellikle, Kur'an ve sünnete muhalefet, bid'atçılık, zındıklık, bozgunculuk gibi suçların tarifi tam olarak yapılmadığı ve yoruma açık bırakıldığı için, siyasi kararlar ile hukukun çiğnendiği tarihi bir gerçektir. İnsanlık tarihi boyunca toplumda fesat çırkarma, bozgunculuk yapma gibi tarifi tam olarak yapılmayan, yoruma açık suçlar vesilesiyle ceza hukuku, siyasi gücü elinde bulunduranlar tarafından muhaliflerini sindirme adına adeta bir sopa gibi kullanılmıştır. Yoruma açık suçların cezasının genellikle ölüm olması, siyasi otoritenin bu konudaki düşüncesi hakkında bir fikir vermektedir. Bozgunculuk yapanların kendilerini ıslahçı olarak göstermeleri⁸⁰ ve peygamberlerin bozguncu olarak suçlanıp ölümle tehdit edilmesi⁸¹ kavramın ne denli istismara açık olduğunu göstermek için yeterlidir. Son dönemde yaşanan kimi ülkelerdeki toplumsal olaylarda protestocuların en basit eylemleri sebebiyle idam ile yargılanmaları ve bozguncu olarak suçlanmaları, tarihi süreçte yaşananlar ile günümüz arasında bir fark olmadığını ortaya koymaktadır. İslâm ceza hukukunda zındıklık, bozgunculuk, bid'atçılık gibi suçların geçmişte olduğu gibi gelecekte de muhalif gruplar tarafından istismar edilebilecek bir potansiyel barındırdığını belirtmek gerekir.

Klasik kaynaklarda ta'zîr kapsamına giren suçların bir kısmına yer verilse de çoğu zaman tariflerinin tam olarak yapılmaması, yoruma açık bırakılması ve ceza tayin ve takdirinin hâkimlere bırakılması, bir kısım mağduriyetlere yol açmasının yanında kanunilik ilkesi açısından da eleştiri konusudur. Eleştirilere bu kapsamdaki bilgilerin kanun olmayıp bağlayıcılığı bulunmayan doktrin düzeyinde bilgiler olduğu şeklinde cevap verilebilir, ancak İslâm tarihinde kanunlaştırmalar öncesinde klasik kaynakların hâkimlerin ilk başvuru kaynağı olduğunu da unutmamak gerekir. Mesela Halebî'nin (öl. 956/1549) *Mülteka'l-ebhur* isimli Hanefî fihhına dair eseri Osmanlı'nın yarı resmi kanun kitabı olarak bilinmektedir. Ayrıca hâkimlerinin çoğu zaman fetva makamından görüş talep ederek buna göre kararlar verdiklerine dair Osmanlı şer'iyce sicillerinde örnekler bulunmaktadır.⁸²

⁸⁰ el-Bakara 2/11.

⁸¹ el-Mü'min 40/26.

⁸² Ahmet Akgündüz, *Şer'iyce Sicilleri* (İstanbul: Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1998), 1/66; Nâsi Aslan, "Osmanlı Hukuku'nun Oluşumunda Fetva Kazâ Münasebeti", *Dini Araştırmalar* (Mayıs-Ağustos 1999), 85-100; Mehmet Koç, "Yürürlük (Mahkeme Kararları) Örneklerinden Hareketle Osmanlı Ceza Hukukundaki Fetva-Kazâ İlişisine Bakış", *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 30 (2017), 117-138.

Bazı çağdaş İslâm hukukçuları hadler ve kısasta olduğu şekliyle belirli olmasa da sonuç itibariyle ta'zîr kapsamında olan cezaların belli olmasını kanunilik ilkesi açısından yeterli görmekteyirler.⁸³ Nitekim Udeh, bu konuda şöyle demektedir:

“İslâm hukuku ta'zîr konusunda da nas olmadan suç ve cezanın olamayacağı prensibine uygun hareket etmiştir. Zira, bu prensip ihmali mümkün olmayan temel bir esastır. Bununla birlikte, ta'zîr konusunda prensibin varlığı kısas, had ve diyetlerden farklı olarak daha geniş kapsamlıdır. Bu durum, kamu yararının ta'zîrin yapısından kaynaklı olarak toplumda suçun az ya da çokluğuna göre değişen cezalar verilmesini gerekli kılmasından kaynaklanmaktadır.”⁸⁴

Ebû Zehre, Batı hukukunda Fransız ihtilâli'nden itibaren yerleşik bir prensip olarak ortaya çıkan kanunilik ilkesinin, başlangıçta daha katı bir biçimde uygulanırken, süreç içerisinde hâkimlere tanınan takdir yetkisi ile daha esnek bir yapıya evrildiğini ve suça göre değişen ceza belirleme konusunda hâkimlere tanınan geniş takdir yetkisinin adalete katkı sağladığını belirtmektedir. Ebû Zehre, Batı hukukunun bu konuda ulaştığı sonucun İslâm hukukunda ta'zîr anlayışı çerçevesinde çok önceden var olduğundan söz etmektedir.⁸⁵ Udeh, İslâm hukukunda ta'zîr kapsamında belirlenen cezalardan herhangi birisinin hâkim tarafından farklı suçlar için takdir edilmesini kanunilik ilkesi açısından sakıncalı görmezken,⁸⁶ Ebû Zehre ta'zîr anlayışının kanunilik ilkesinin ulaştığı son durum ile paralel olduğu düşüncesindedir. Ancak ta'zîr kapsamında takdir yetkisi ile günümüz modern hukuk öğretisindeki hâkimlere tanınan takdiri indirim nedenleri birbirinden farklıdır. Üstelik takdiri indirim nedenlerinin cezalarda keyfiliğe yol açtığı gerekçesiyle tarihi süreç içerisinde hâkimlerin hangi hallerde cezayı indirebileceği kanunlarda gösterilme yoluna gidilmiştir.⁸⁷ Modern hukuktaki takdir yetkisi, hâkimin cezanın alt ya da üst sınırından ceza tayini anlamında iken, ta'zîrde hâkimin herhangi bir suç için, ta'zîr cezaları olarak belirlenen cezalardan herhangi birisini belirlemesi konusunda yetkisi anlamındadır. Ta'zîr kapsamında olan hangi suç için hangi cezanın verileceği belli olmadığı için, kamu yararı adına bu denli geniş kapsamlı bir ceza öngörüsünü kanunilik ilkesi açısından yeterli görmek ya da bunu yeni kanunilik anlayışı ile özdeşleştirmek kanaatimize göre doğru değildir. Zira klasik fıkıh kaynaklarında ta'zîr suçu kapsamında uyarı ve kınamadan ölüme kadar uzanan oldukça geniş bağlamda cezalardan söz edilmektedir. Ayrıca söz konusu belirsizlik cezalarla sınırlı

⁸³ Abdulkadir Udeh, *et-Teşrî'u'l-cinâiyyi'l-İslâmî* (Beyrut: Dâru'l-Kâtibi'l-İslâmî, ts.), 1/126; Munir, “İslâm Ceza Hukuku Sisteminde Kanunilik Prensibi”, 1/676, 677.

⁸⁴ Udeh, *et-Teşrî'u'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, 1/126, 127.

⁸⁵ Ebû Zehre *el-Cerîme ve'l-ukûbe fi'l-fikhi'l-İslâmî: el-Cerîme*, 135.

⁸⁶ Udeh, *et-Teşrî'u'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, 1/127.

⁸⁷ Dönmezer - Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, 2/623-625.

olmayıp suçlar için de geçerlidir. Klasik kaynaklarda ta'zîr kapsamındaki suçların bir kısmı ismen sayılsa da çoğunun tarifi tam olarak yapılmamaktadır. İsmen sayılan suçların cezaları da genellikle ölüm cezasıdır.

2.3.4. Osmanlı Ceza Hukukunda Ta'zîr Suç ve Cezaları

Osmanlı Devleti'nde hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, ceza hukuku alanında da İslâm hukukunun esasları geçerli olmuştur. Çeşitli dönemlerdeki padişah iradesi ile hazırlanan kanunnâmeler bu kapsamda değerlendirilmektedir. İslâm ceza hukukunun siyasi otoriteye tanıdığı geniş takdir yetkisinin bir sonucu olarak gerçekleşen bu durum, fıkıh kitaplarındaki ceza esaslarının yanında örfî hukuk olarak adlandırılan hukuk normlarını ortaya çıkarmıştır. Osmanlı'da ta'zîr konusunda hâkimlerin takdirine daha dar bir alan bırakılırken, bu konudaki düzenlemelerin çoğu kanunnâmeler yoluyla yapılmıştır. Osmanlı ceza hukuku denildiğinde şer'î veya örfî hukukun bütünü anlaşılmalıdır. Nitekim uygulamada kadılar suçun türü ve ispat durumuna göre her iki hukuktan birisine göre hüküm vermekte idiler.⁸⁸ Ceza hukukundaki söz konusu ikili hukuk sisteminin ortaya çıkması, Osmanlı hukukunun şer'îliği tartışmalarını da beraberinde getirmiştir.⁸⁹

Osmanlı hukukunun şer'îliği lehinde görüş açıklayanlar, örfî hukuku İslâm hukukunun siyasi otoriteye tanıdığı yetkinin sonucuna bağlamaktadırlar. Ancak bu görüş sahipleri, örfî hukuk kuralları ortaya konulurken dönemin hukuki, askeri ve siyasi şartlarının etkisiyle şer'î hukukun prensiplerinin zorlandığı, bazı durumlarda ihlal edildiği bir vakıa olsa da, örfî hukuku İslâm hukukuna zıt ve ona rağmen gelişen bir hukuk olarak değerlendirmemek gerektiğini belirtmektedirler.⁹⁰ Osmanlı hukukunun şer'îliği konusunda aleyhte görüş açıklayanlar ise, kanunnâmelerde çeşitli suçlar için öngörülen mali cezaların, zarar görenin zararının tazmin edilmesi anlamına gelen diyetin dışında, mali ceza öngörmeyen İslâm ceza hukukunun prensiplerine aykırı hükümler içerdiğini belirtmektedirler.⁹¹ Kanunnamelerde zina, hırsızlık gibi bir çok suç için para cezası öngörülmesi şer'î hukuka aykırı bulunmasının yanında, bağı (isyan) suçu kapsamında,

⁸⁸ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 202, 203; Aydın, "Ceza", 7/478; İçel - Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*, 52.

⁸⁹ Osmanlı hukukunun şer'îliği konusundaki tartışmalar için bkz. Coşkun Üçok, "Osmanlı Kanunnâmelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (1947); Ali Bardakoğlu, "Osmanlı Hukukunun Şer'îliği Üzerine", *Osmanlı: Teşkilât*, Ed: Kemal Çiçek, Cem Oğuz, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 6 (1999), 412-417; Ahmet Yaman, "Osmanlı Pozitif Hukukunun Şer'îliği Tartışmaların Eleştirel Bir Katkı", *İslâmiyât* 8/1 (2005), 113-125.

⁹⁰ Aydın, "Ceza", 7/478; Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 1/331; Yaman, "Osmanlı Pozitif Hukukunun Şer'îliği Tartışmaların Eleştirel Bir Katkı", 115, 117, 118.

⁹¹ Üçok, "Osmanlı Kanunnâmelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", 60, 61.

suçun unsur ve şartlarını dikkate almadan ceviz verilen kardeş katli, Osmanlı hukukunun şer'îliği konusundaki eleştirilerin başında gelmektedir.⁹²

Çalışmada Osmanlı örfi hukukunu, İslâm ceza hukukunun devlet başkanına tanıdığı yetki çerçevesinde gerçekleşen uygulamalar ön kabulü ile değerlendirmeler yapılmaktadır. Zira örfi hukukun şer'î hukuka aykırı olarak kabul edilmesi durumunda, bu kapsamdaki uygulamaların İslâm ceza hukuku ve ta'zîr ile bir ilgisi kalmayacaktır.

Osmanlıda kısas ve had grubundaki suçlar için İslâm hukukunda öngörülen cezaların uygulandığı, suçun unsur ve şartlarında eksiklikler olması durumunda ise kanunnâmelerde yer alan ta'zîr cezalarının uygulandığı görülmektedir. Ta'zîr suçlarına verilecek cezalar İslâm hukukunda hâkimin takdirine bırakılmış olmasına rağmen, Osmanlı'da sınırlı sayıdaki suçlar için bu şekilde bir uygulama yapılmış, ta'zîr suçlarının önemli bir kısmının cezaları kanunnâmeler tarafından düzenlenmiştir.⁹³

Kanunnâme ve kanunların yanında fetva mecmuaları Osmanlı ceza hukukunun önemli kaynaklarıdır. Fetva mecmualarında da ta'zîr kapsamındaki suçlar hakkında verilen çok sayıda ceza öngörüsü bulunmaktadır. Cezanın sopa cinsinden ağırlığını belirtmek için ta'zîr, ta'zîr-i şedîd, eşedd-i ta'zîr gibi ifadelerle yer verilmekte, bu kapsamdaki suçların çoğunun cezası sopa olmak üzere bir kısım suçlar için sopa cezası ile hapis cezasına da yer verilmektedir.⁹⁴ Fetva mecmualarındaki fetvalar, istişârî anlamda belli bir konu hakkında ve çoğunlukla olaydan sonra verilen cevaplar niteliğinde olduğundan, kanunilik ilkesinin sağlanması açısından yeterli olmasa da daha sonra vuku bulacak ta'zîr kapsamındaki suçlara örnek teşkil etmesi açısından önemli kayıtlardır.

Osmanlı'da Tanzimat öncesi suç ve cezalara dair hükümleri içeren kanunlara ilk olarak Fatih Sultan Mehmet zamanında rastlanmaktadır. Fatih'in, ceza hukukuna dair sadece kardeş katlini ihtiva eden Teşkilat Kanunu ve mülkî, askerî, ceza hükümlerini içeren kanunnâme olmak üzere, Kanun-ı Osmanî adıyla anılan iki büyük kanunu bulunmaktadır. Fatih'in kanunnâmesi bu türde tektir. Sonraki padişahların devlet teşkilatıyla ilgili düzenlemeleri bu derecede kapsamlı değildir. Söz konusu kanunnâme zina, dövüşme, sövüşme, katil, şarap içme, hırsızlık ve iftira suçlarına ayrılmıştır. Fatih devrinde, sultan iradesi ile sakalın kesilmesi şeklinde tahkir cezalarının yanında,

⁹² Yaman, "Osmanlı Pozitif Hukukunun Şer'îliği Tartışmaların Eleştirel Bir Katkı", 117.

⁹³ Aydın, "Ceza", 7/478-480.

⁹⁴ Abdullah Demir – Ramazan Günay, *Şeyhülislam Ebüssuûd Efendi'nin Fetvaları Fetavay-ı Ebüssuûd* (İstanbul: SD Yayınevi, 2020), 330-354.

kalpazanlık suçu için kadı hükmü ile idam ve mallarının müsaderesi gibi birtakım örfi cezalar da konulmuştur.⁹⁵

II. Bayezid Kanunnâmesi üç bâb ve on dokuz fasıldan meydana gelmekte olup, fasıllar halinde zina, dövüşme sövüşme, katil, şarap içme, hırsızlık, gasp ve tecavüze ait suçların cezalarını düzenlemektedir. Yavuz Sultan Selim zamanında hazırlanan kanunnâme önceki iki kanunnâmeden çok farklı bir içeriğe sahip değildir. Bu kanunnâmeleri Kanunî Sultan Süleyman Kanunnâmesi takip etmiştir. Bu kanunnâme de zina, dövüşme, katil, şarap içmek ve hırsızlık cezalarını düzenlemektedir. Kanunnâmenin birinci bâbının dördüncü faslında (mücerred siyasetin beyan eder) kısmında önceki kanunnâmelerde bulunmayan kadın, kız kaçırmak, esir çalmak, cinsel ilişkiler için aracılık etmek, suçtan elde edilen malı satın almak ve yangın çıkarmak gibi suçlara yer verilmektedir.⁹⁶

Osmanlıda Tanzimat fermanı ile kanunlaştırma faaliyetleri de başlamıştır. Kanunlaştırma hareketlerinin ilki örfi hukukta önemli bir yeri olan ceza hukuku alanında gerçekleşmiş ve 1840 tarihli Ceza Kanunnâme-i Hümâyün yürürlüğe girmiştir.⁹⁷ Bu kanun, kanuna muhalefet, padişah ve devlete karşı işlenen suçlar, isyan, anarşi, dövme, sövme, hakaret, gasp, rüşvet ve benzeri cezaları düzenlemektedir. Kanunda kısas cezalarına atıflar yapılmakta olup, had cezalarında kadılar hüküm verdiği için kanunda yer almamıştır. Kanunda siyaseten katil, kürek, hapis, sürgün, uyarı ve memuriyetten çıkarma cezaları zikredilmiştir.⁹⁸

1851 tarihinde önceki kanununun eksikliklerini tamamlamak için Kanun-ı Cedîd adıyla bir kanun yürürlüğe girmiştir. Daha sonra 1810 Fransız Ceza Kanunu'nu esas alan 1858 tarihli Ceza Kanunnâme-i Humâyün yürürlüğe girmiştir. İslâm hukuku ile batı hukukunu bünyesinde birlikte barındıran bu kanun, 1926 da ceza hukuku alanında gerçekleştirilen yeni dönemin şartlarını hazırlayan ara dönem olarak değerlendirilmektedir.⁹⁹

Osmanlı'da suçla mücadele kapsamında özellikle ta'zîr suçlarında klasik fıkıh kaynaklarından farklı olarak geniş bir fikhî birikim ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda önleyici basit yaptırımların yanında, suçla mücadele kapsamında ölüm cezası dahil, zaman

⁹⁵ Halil İnalçık, "Kanunnâme" *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 24/335; Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/159, 160; Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 1/331, 332;

⁹⁶ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/161; Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 1/332, 333.

⁹⁷ Üçok vd., *Türk Hukuk Tarihi*, 281, 282.

⁹⁸ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/162, 163; Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 1/336.

⁹⁹ Dönmezer - Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, 1/164-166; Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 1/337-339.

zaman ağır cezaların verildiği görülmektedir. Bu noktada Osmanlı ceza hukuku kapsamında bazı suçlar hakkında bilgi verilecektir.

Kalpazanlık, halkın temel gıda maddesi olan ekmeği eksik gramajlı ekmek satma suçunun cezası kanunnâme ve fermanlarda siyaseten katil olarak belirlenmiştir. Bu kapsamdaki uygulamaların varlığı mahkeme kayıtlarından anlaşılmaktadır.¹⁰⁰ Ayrıca kalpazanlık ve sahte belge düzenlemeyi alışkanlık haline getirenler için el kesme cezası, eksik gramajlı ekmek satan fırıncılara kulağından duvara çivileme gibi cezalar verildiği kayıtlarda yer almaktadır. Hileli mal satanlar, ekmek üretiminde hile yapan fırıncılar hakkında sopa ve hapis cezası, ayrıca ticari faaliyetlerdeki çeşitli hile ve aldatma suçları için sopa, hapis, teşhir, kürek, pranga, kalebentlik, görevden uzaklaştırma ve para cezası gibi farklı uygulamalara rastlanmaktadır. Bazı kayıtlarda ta'zîr cezası kapsamında sopa cezasının yanında para cezası da verildiği görülmektedir. Fetva mecmualarında kesik para kullananlar hakkında "ta'zîr-i şedîd ve habs-i medîd" şeklinde daha farklı bir ceza önerisi de bulunmaktadır.¹⁰¹ Kılıç, kesik para kullanmanın yasak olduğunun padişah fermanı ile belirtilmesi ve cezasının kürek olarak açıklanmasını kanunilik ilkesi ile uyumlu olarak değerlendirmektedir.¹⁰²

Tecavüz suçu hakkında fetva mecmualarından kanunnâme ve kanunlara kadar farklı değerlendirmeler ve uygulama örnekleri bulunmaktadır. Klasik kaynaklarda tecavüz zina suçu kapsamında değerlendirilmektedir. Aşağıdaki fetva da tecavüz suçunun zina kapsamında değerlendirildiğini göstermektedir:

"Zeyd Hind'i nikâh olunmadan cebr ile tasarruf eylese Zeyd'e şer'an ne lâzım olur."

el-Cevap: *"Muhsan ise katil olunur."*¹⁰³

Tecavüz suçu hakkında Fatih Kanunnâmesi'nde bir hüküm bulunmazken, II. Bâyezid, Yavuz Sultan Selim ve Kanuni Sultan Süleyman kanunnâmelerinde tecavüz suçu hakkında tenasül uzvunun kesilmesi cezası öngörülmektedir. Yavuz Sultan Selim Kanunnâmesi'nde sarkıntılık suçu için sopa cezasının yanında ayrıca para cezası da öngörülmektedir.¹⁰⁴ Tanzimat öncesi dönemde tecavüz suçları için kalebentlik ve nefy

¹⁰⁰ Mehmet Koç, "Osmanlı Ceza Hukukunda Hile (Aldatma-Dolandırıcılık) Suçları ve Cezaları", *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 19/1 (2019), 123, 124.

¹⁰¹ Koç, "Osmanlı Ceza Hukukunda Hile (Aldatma-Dolandırıcılık) Suçları ve Cezaları", 125-132.

¹⁰² Ahmet Kılıç, "Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde Uygulanan Kürek Cezasının Hukuki Tahlili", *Belleten* 79/ 285 (Ağustos 2015), 541, 531-558.

¹⁰³ M. Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhulislâm Ebussuûd Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı* (b.y.: Enderun Kitabevi, 1983), 157.

¹⁰⁴ Belkis Konan, "Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu", *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (Mart 2011), 157-163; Adem Yıldırım, "İslâm Hukukunda Cinsel Dokunulmazlığa

cezaları verildiğine dair Osmanlı arşiv vesikalarında kayıtlar bulunmaktadır.¹⁰⁵ Tanzimattan sonraki 1840 ve 1851 tarihli ceza kanunlarında tecavüz suçu yer almazken, 1858 tarihli ceza kanunu “Hetk-i Irz Edenlerin Mücâzâtı Beyanındadır” başlığı altında tecavüz suçu hakkında muvakkaten kürek cezası öngörülmüştür.¹⁰⁶ Avcı, tecavüz suçu kapsamında kanunnâmelerde öngörülen tenasül uzvunun kesilmesiyle ilgili uygulama örneğinin olmadığı tespitinde bulunmaktadır.¹⁰⁷

Osmanlı ceza hukukunda tecavüz suçunun klasik anlayıştan farklı olarak, zina suçunun dışında değerlendirilip bu bağlamda cezai yaptırım öngörüsü ve uygulamalar tecavüz suçuyla ilgili önemli bir açılandır. Ancak kanunnâmelerde organ kesme cezası öngörülürken, bunun yerine nefiy (sürgün), kalebent ve hapis cezaları uygulanması, kanunilik ilkesi açısından tartışma ve eleştiriye açıktır. Ayrıca Osmanlı ceza hukukunda daha basit suçlar “sâî bi'l-fesâd” kapsamında değerlendirilip ölüm cezası uygulanırken, ağır hak ihlallerine yol açan tecavüz suçu için hapis, nefiy ve muvakkaten kürek gibi daha hafif cezaların uygulanmasının sebepleri ayrı bir çalışma konusudur.

Fuhşa aracılık suçu kapsamında pezevenkliği adet hâline getirenler hakkında kanunnâmelerde burun ve kulak kesme cezaları öngörülürken, fuhşa aracılık edenler hakkında ta'zîr kapsamında dayak, hapis, mahalleden ihraç, kürek, alınının dağlanması şeklinde teşhir ve para cezası gibi farklı cezaların uygulandığı görülmektedir.¹⁰⁸

Had suçu yanında ta'zîr kapsamında da değerlendirilen sarhoşluk veren maddeleri kullanma suçu hakkında Osmanlıda her iki anlayışa göre de uygulama örneklerine rastlanmaktadır. Bu bağlamda söz konusu suç hakkında sopa, teşhir, hapis, sürgün, kürek cezası gibi ta'zîr cezalarının uygulandığı mühimme defterleri ve mahkeme kayıtlarından anlaşılmaktadır.¹⁰⁹ Bazı kayıtlarda had cezası ile birlikte ta'zîr cezalarının da

Karşı İşlenen Hetk-İ Irz (Tecavüz) Suçunun Cezası ve Kur'an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 47 (Ağustos 2018), 240-243.

¹⁰⁵ Ahmet Aksın – Emrah Maral, “Osmanlı Devleti’nde Irza ve Namusa Yönelik İşlenen Suçlar ve Uygulanan Cezalar (1789-1850)”, *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi*, ed. Fethi Gedikli (İstanbul: Onikilevha, 2016), 1/821-823.

¹⁰⁶ Said Nuri Akgündüz, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması* (İstanbul: Rağbet Yayınları, 2017), 176; Konan, “Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu”, 162,163.

¹⁰⁷ Mustafa Avcı, “Osmanlı Hukukunda Cezaların Tasnifi”, *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi*, ed. Fethi Gedikli (İstanbul: Onikilevha, 2016), 1/655.

¹⁰⁸ Mehmet Koç, “Fuhuş ve Fuhşa Aracılık Suçlarının Osmanlı Hukukundaki Cezaları”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 47 (Kasım 2019), 115-144. 132-135.

¹⁰⁹ Mehmet Koç, “Osmanlı Ceza Hukukunda Sarhoşluk Veren İçecekleri İçme Suçu ve Cezaları”, *Marife* 19/2 (2019), 744-752.

uygulandığı görülmektedir. Aynı şekilde had ya da ta'zîr cezasından sonra para ve kürek cezası şeklinde farklı uygulamalara rastlanmaktadır.¹¹⁰

Yukarıda verilen bir kısım örneklerde görüldüğü gibi, Osmanlı ceza hukukunda döneme göre değişen farklı ceza uygulamalarını normal karşılamak gerekir. Ancak bu farklı uygulamalarda Osmanlı'daki ikili hukuk sistemi ve hâkimlerin takdir yetkisinin varlığını da göz ardı etmemek gerekir. Hâkimlerin takdir yetkisinden kastımız cezanın ağırlığı ile ilgili olmayıp, herhangi bir suç için farklı ceza tercihleridir. Hâkimlerin ceza tayininde önlerinde klasik fıkıh kitapları, fetva mecmuaları ve kanunnameler gibi kaynaklar bulunmaktadır. Bu kaynaklara göre zaman ve şartlara göre değişen karar ve uygulamalar gündeme gelmektedir. Aydın, Osmanlı'da özellikle sosyal ve siyasi çalkantıların olduğu dönemlerde asayişin temin ve merkezîyetçi yönetimi yerleştirme düşüncesiyle, belli dönemlerde İslâm ceza hukukunun zorlandığını belirtmekte ve bu bağlamda beytü'l-mâldan hırsızlık teşebbüsünde bulunan kişiye fetva ve padişahın onayı ile "gayre ibret için" siyaseten katil cezası verilmesini örnek göstermektedir. Söz konusu olayda suç, teşebbüs aşamasında olmasının yanında gerçekleşmiş olsa bile beytü'l-mâldan hırsızlık suçunda el kesilmesi cezası verilmesi tartışmalıdır. Üstelik burada verilen ceza el kesme olmayıp, ölüm cezasıdır.¹¹¹ Aydın, konu hakkında şu tespittedir:

"Cezaların ağırlaştırılmasında İslâm hukukunda mevcut "sa'y bi'l-fesâd" (bozgunculuk kavramından da çokça faydalanılmış ve zaman zaman bu kavram zorlanmıştır. Dolayısıyla zannedildiğinin aksine, Osmanlı örfi ceza hukukunun İslâm hukukunun getirmiş olduğu cezaları hafifletmediği, hatta önemli ölçüde ağırlaştırdığı söylenebilir."¹¹²

Osmanlı'da "sâî bi'l-fesâd" suçlaması ile çok farklı suçlar için siyaseten katil cezası verilmesi¹¹³ suç tanımının yoruma açık olmasından kaynaklanmaktadır. Bu uygulama Hanefîlerden çok Mâlikîlerin bozgunculuk suçu kapsamında can ve mala karşı bir hak ihlâli olmasa da devlet başkanına failer için ölüm dâhil, cezalar arasında tercih yetkisi tanıyan¹¹⁴ görüşlerine daha yakındır. Hanefî hukukçu Kâsânî Mâlikîlerin bu görüşünü Kur'an'ın suç-ceza prensiplerine aykırı bularak eleştirmekte ve Hanefîlere göre bozgunculuk suçu kapsamında ölüm cezasının öldürenler için verilebileceğini, öldürmeyen ve mala yönelik bir hak ihlâlinde bulunmayanların cezasının sürgün olduğunu

¹¹⁰ Koç, "Osmanlı Ceza Hukukunda Sarhoşluk Veren İçecekleri İçme Suçu ve Cezaları", 752-754.

¹¹¹ Aydın, "Ceza", 7/480.

¹¹² Aydın, "Ceza", 7/480.

¹¹³ Mehmet Koç, *Osmanlı Hukukunda Ta'zîr Suç ve Cezaları* (Konya: Aybil Yayınları, 2017), 97, 125, 127, 152.

¹¹⁴ Sahnûn b Saîd et-Tenûhî, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ* (Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmiyye, 1994), 4/552; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, 2/455.

belirtmektedir.¹¹⁵ Mâlikîlerin bozgunculuk suçu kapsamında devlet başkanına cezalar arsında tercih yetkisi vermesi kanunilik ilkesi açısından eleştiriyeye açıktır.

Osmanlı ceza hukukunun kanuniliği ile ilgili önemli bir eleştiri, kapsam alanı içerisinde birden fazla eylemi barındıran bağı (isyan) suçu kapsamında uygulanan siyaset cezaları hakkındadır. Suçun tanımının tam olarak yapılmaması, diğere bir ifadeyle suçta kanunilik ilkesinin göz ardı edilmesi keyfi uygulamaları beraberinde getirmiştir. Aslında öğretilerde birçok hukukçu tarafından hırâbe suçu kapsamında değerlendirilen bozgunculuk ve isyan suçunun hangi aşamasında ne tür cezanın verileceği konusunda kesin bir ayırımın bulunmaması, bu sonucun ortaya çıkmasında en büyük etkidir. İslâm hukukundaki bu durum, Osmanlı hukukunda uygulamada aynı şekilde devam etmiştir. Bu bağlamda suçun unsur ve şartları dikkate alınmadan cevaz verilen kardeş katli, Osmanlı hukukunun şer'iliği konusunda eleştirilmekle birlikte¹¹⁶ uygulamanın Fatih'in Teşkilat Kanunnâmesi'nde yasal dayanağı olduğu gerekçesiyle kanunilik ilkesi ile uyumlu olduğu değerlendirilmektedir.¹¹⁷

Benzer yoruma açık bir tanımlama da zındıklık suçunda görülmektedir. Osmanlı müderrislerinden Molla Lutfi (öl. 900/1495) namazla ilgili bir ifadesi sebebiyle zındıklık ile suçlaması ile yargılanmış ve idam edilmiştir. İrtidat suçundan farklı olarak zındıklık suçunda faile istitâbe hakkının tanınması konusunda maslahat gereği, Hanefî yerine Mâlikî mezhebinin görüşünün esas alınması sebebiyle,¹¹⁸ Molla Lutfi'nin idam sehpa-sına giderken kelime-i şehâdet getirmesi sonucu değıştirmemiştir.¹¹⁹

Bu kapsamdaki cezaların şer'iliği ayrı bir tartışma konusu olup, çalışmada değerlendirmeler suç ve cezaların kanuniliği üzerinden yapılmaktadır. Kanunilik ilkesi suç ve ceza normlarının açık, seçik belirli olmasını gerektirmektedir. Tanımı tam olarak yapılmayan, yoruma açık ifadeler, suç ve cezaların kanuniliği ve hukuk güvencesi açısından eleştiri konusu yapılmaktadır. Osmanlı'da "sâî bi'l-fesâd" suçlaması ile çok farklı suçlar

¹¹⁵ Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'i*, 9/367, 368.

¹¹⁶ Yaman, "Osmanlı Pozitif Hukukunun Şer'iliği Tartışmalarının Eleştirel Bir Katkı", 117.

¹¹⁷ Yurtseven, "Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi Çerçevesi İslâm Ceza Hukukunda Örfi Hukukun Yeri ve Osmanlı Uygulaması", 342, 343.

¹¹⁸ Ahmet Yaşar Ocak, *Osmanlı Toplumunda Zındıklık ve Mülhidler (15.-17. Yüzyıllar)* (İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1998), 325.

¹¹⁹ Şükrü Özen, "İslâm Hukukuna Göre Zındıklık Suçu ve Molla Lutfi'nin İdamının Fikhiliği", *İslâm Araştırmaları Dergisi* 9 (2001), 46-48; Konu hakkında diğere örnekler ve ayrıntılı bilgi için bkz. Ocak, *Osmanlı Toplumunda Zındıklık ve Mülhidler (15.-17. Yüzyıllar)*, 212, 277, 320, 325; Ömer Menekşe, *Osmanlı Toplumunda Zındıklık: -Patpurunzade Örneğinde Bir İnceleme* (İstanbul: Bilge Kültür Sanat, 2019), 99-141.

için siyaseten katl cezası verilmesi¹²⁰ konu açısından tipik bir örnektir. Zira, yoruma açık bu tür bir suçlama ile tüm suçlar bozgunculuk kapsamına dâhil edilebilir ve tüm suçlular her kim olursa olsun haklarında ölüm cezası verilebilir.

Sonuç olarak cezalarda ölümden sopa cezasına kadar uzanan büyük farklılıklar bulunmakla birlikte söz konusu cezaların kanunnâme ve fetva mecmulara ile belirlenmiş olmasını kanunilik ilkesi açısından ilerleme olarak değerlendirmek gerekir. Ayrıca kanunilik ilkesi açısından cezaların uygulanmasından daha önemlisi bu cezaların kanunnâme, yasaknâme ve kanunlarda daha önceden belirlenmiş olmasıdır. Osmanlı ceza hukukunda birçok suç ve cezanın kanun ve kanunnameler ile düzenlenmiş olması, klasik ta'zîr anlayışı ile çelişkili bir durum değildir. Zira, klasik kaynaklarda bu kapsamdaki cezaların önceden belirlenmesini öngören bir anlayış olmasa da ta'zîr suç ve cezalarının önceden düzenlenmesinin önünde bağlayıcı bir engel bulunmamaktadır. Aslında değişen şartlar bunu zorunlu kılmaktadır. Günümüzde suç ve ceza kanunları ile belirlenmiş olmasına rağmen, yargının iş yükünün ağırlığı hesaba katıldığında konunun önemini daha iyi anlaşılacaktır. Ayrıca genel manada İslâm hukuk düşüncesince de benimsenen kanunilik ilkesine göre hareket etmek, eski tabirle ulü'l-emrin bir görevidir.¹²¹ Osmanlı'da ta'zîr grubuna giren suç ve cezaların kanunname ve kanunlar yoluyla belirlenmesini bu bağlamda değerlendirmek gerekir.

İslâm ceza hukukunda bulunmayan suç ve cezaların kanunnamelerde yer almasını şer'î hukuka aykırı olarak değerlendirmek mümkün değildir. Zira ta'zîr kapsamındaki suç ve cezaları klasik kaynaklar ile sınırlayan bir delil olmadığı gibi, siyasî, sosyal, ekonomik, hatta teknolojik gelişmeler nedeniyle ortaya çıkan yeni suç türleri hakkında yeni cezalar ihdas edilmesi, İslâm hukuk düşüncesine aykırı değildir.¹²² Bu bağlamda Osmanlı ceza hukukunun şer'îliği konusunda ileri sürülen para cezaları, suç-ceza uygunluğu gözetilmeksizin çok sayıda suç için öngörülmesi açısından eleştirilse de¹²³ mutlak olarak para cezasını İslâm ceza hukukuna aykırı bir yaptırım olarak değerlendirmek mümkün değildir. Zira, günümüzde ekonomik suça ekonomik ceza yaklaşımının ilk

¹²⁰ Koç, *Osmanlı Hukukunda Ta'zîr Suç ve Cezaları*, 99, 127, 129, 154; İsmail Katgı, "Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl (Hukuki Mahiyeti, Sebepleri, Usulü, İnfazı ve Sonuçları)", *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 6/24 (2013), 190-192.

¹²¹ Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, 1/331.

¹²² Yurtseven, "Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi Çerçevesi İslâm Ceza Hukukunda Örfî Hukukun Yeri ve Osmanlı Uygulaması", 339.

¹²³ Suat Erdoğan, *Kur'an ve Sünnet Işığında Suç-Ceza Uygunluğu* (İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2014), 92; Osmanlı'da para cezaları hakkında bkz. Nesli Aslıhan, "15'inci ve 17'nci Yüzyıllar Arası Osmanlı Ceza Hukukunda Para Cezaları Bakımından Kanunilik İlkesinin Geçerliliği", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26/2 (2018), 291-320.

örneklerini Peygamber'in (s.a.s.) uygulamalarında rastlamaktayız.¹²⁴ Osmanlı ceza hukukunda zamanın ihtiyaçlarından kaynaklanan kalebentlik, kürek cezası gibi başka farklı yaptırımlar da bulunmaktadır.¹²⁵ Bu bağlamda klasik fıkıh kaynaklarında bulunmayan bir kısım suç ve cezalar Osmanlı ceza hukukunun şer'îliği açısından sorgulansa da¹²⁶ söz konusu suç ve cezaların kanunname ve kanunlarla belirlenmiş olması kanunilik ilkesi açısından önemli bir adımdır.

Osmanlı hukukunda kısas ve had suçlarında kanunilik ilkesi genel olarak sağlanmışır. Ta'zîr suç ve cezalarında ise zaman zaman istisnâ olarak ilkeye aykırı davranıldığı bir gerçektir. Ta'zîr suçlarının uygulamasında iki usul belirlenmiştir. Birincisi suç kapsamındaki fiil siyasi otorite ve mahkeme tarafından değerlendirilmiş ve yaptırımı belirlenmiştir. İkinci usul ise suç ve cezaların ayrıntılı olarak düzenlendiği kanunname ve kanunlara göre uygulama yapılmıştır. Osmanlı uygulamasında genellikle ikinci usulün benimsenmesi, suç ve cezalarda kanunilik ilkesine çoğunlukla uyulduğu anlamına gelmektedir. Bu yönüyle Osmanlı ceza hukukunda genel olarak kanunilik ilkesi anlayışının varlığından söz etmek mümkündür.¹²⁷

Sonuç

Kur'an ve sünnette genel anlamda kanunilik ilkesine referans olarak gösterilebilecek örnekler bulunmaktadır. Ayrıca kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan hükümlerin geçmişe yürümeğe ilkesinin, Kur'an ve sünnetin önemli prensiplerinden birisi olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, konuyla ilgili ayet ve hadisleri kanunilik ilkesini esas alan bir bakış açısından değerlendirmek ve onunla eşleştirmek doğru değildir. Zira mahiyeti üzerinde tam anlamıyla fikir birliği olmadığı gibi, başlangıçta daha katı bir şekilde uygulama alanı bulan kanunilik anlayışının süreç içerisinde daha esnek bir yapıya evrilmesi, söz konusu ilkenin her hâlükârda mutlak doğruyu temsil etmediğini göstermektedir.

Kisas ve had suç ve cezaları genel olarak ayrıntılı bir şekilde açıklandığı için, İslâm ceza hukukuna yönelik kanunilik eleştirisi çoğunlukla ta'zîr suç ve cezaları üzerinden yapılmaktadır. Ta'zîr suç ve cezalarındaki belirsizlik, evrensel bir ilke olarak genel kabul gören kanunilik açısından tenkit edilmiştir. Klasik kaynaklarda yer alan şekliyle, o günün şartları içerisinde gelişen ta'zîr anlayışını kanunilik ilkesi ile

¹²⁴ Konu hakkında bkz. Ebû Davud, "Hudûd", 12, "Lukata", 1; Nesâî, "Sârık", 11, 12.

¹²⁵ Esra Yakut, "Tanzimat Dönemine Kadar Osmanlı Hukukunda Ta'zîri Gerektiren Suçlar ve Cezaları", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları 2* (Güz 2006), 40.

¹²⁶ Koç, *Osmanlı Hukukunda Ta'zîr Suç ve Cezaları*, 90.

¹²⁷ Yurtseven, "Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi Çerçevesi İslâm Ceza Hukukunda Örfi Hukukun Yeri ve Osmanlı Uygulaması", 340.

bağdaştırmak mümkün olmamakla birlikte, bunu XVIII. yüzyılda ortaya çıkan kanunilik anlayışı ile mahkûm etmek de doğru değildir.

Ta'zîr kapsamındaki suç ve ceza normlarının kanunilik ilkesi çerçevesinde belirlenmesi, günümüz hukuk düşüncesi açısından bir tercih olmasının ötesinde zorunluluk hâlini almıştır. Üstelik bunun için şer'î bir engel de bulunmamaktadır. Bu durum, Kur'an ve sünnetin prensipleri ile de bağdaşmaktadır. Tarihi süreç içerisinde Osmanlı'da örfi hukuk kapsamındaki uygulamaları, kanunilik ilkesi açısından yeterli olmasa da önemli bir adım ve tecrübe olarak değerlendirmek gerekir. Ta'zîr suç ve cezaları kapsamında klasik anlayışın ötesinde Osmanlı ceza hukukunda teorik ve uygulama olmak üzere oldukça geniş bir birikim ortaya çıkmıştır.

Suç ve cezaların önceden belirlenmesi genel ilke olmak koşuluyla, kanunlarda yer almayan ancak suç kapsamında değerlendirilmesi gereken fiillerin klasik ta'zîr anlayışı ile cezalandırılması mümkündür. Kanunilik ilkesi zaviyesinden klasik ta'zîr anlayışını tamamen terk etme yerine, ona kanunda açıkça yer almasa da toplum aleyhine olan fiillerin suç kapsamında değerlendirilip cezalandırılması konusunda görev verilebilir. Bu durum, yeni kanunilik anlayışı ile uyumlu olduğu gibi, bu şekilde kanunla belirlenmeyen suçların cezasız kalmasının önüne geçmek de mümkündür.

Etik Beyan/Ethical Statement: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunur./It is declared that scientific and ethical principles have been followed while carrying out and writing this study and that all the sources used have been properly cited.

Çıkar Çatışması/Competing Interests: Yazar, çıkar çatışması olmadığını beyan eder./The author declare that have no competing interests.

Finansman/Funding: Yazar, bu araştırmayı desteklemek için herhangi bir dış fon almadığını kabul eder./The author acknowledge that they received no external funding in support of this research.

Kaynakça

- Ahmed b. Hanbel, Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed b. Hanbel eş-Şeybânî. *el-Müsned*. nşr. Şuayb el-Arnaût vd. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 1995.
- Akgündüz, Ahmet. *Şer'îyye Sicilleri*. İstanbul: Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1998.
- Akgündüz, Ahmet. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, 1995.
- Akgündüz, Said Nuri. *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku Uygulaması*. İstanbul: Rağbet Yayınları, 2017.

- Aksın, Ahmet – Maral, Emrah. “Osmanlı Devleti’nde Irza ve Namusa Yönelik İşlenen Suçlar ve Uygulanan Cezalar (1789-1850)”. *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi*. ed. Fethi Gedikli 1/819-829. İstanbul: Onikilevha, 2016.
- Âmir, Abdülazîz Musa. *et-Ta’zîr fi’ş-şer’ati’l-İslâmiyye*. Kahire: Dârü’l-Fikri’l-Arabî, 4. Baskı, 1969.
- Aslan, Nâsi. “Osmanlı Hukuku’nun Oluşumunda Fetva Kazâ Münasebeti”. *Dini Araştırmalar* (Mayıs-Ağustos 1999), 85-100.
- Aslan, Mehmet Selim. “Mütakellimîn Metodunu Takip Eden Usûlcülerin Hüsün-Kubuh Anlayışının Ceza Hukukunun Kanunilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi”. *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 36 (Ekim 2020), 131-150.
- Aslıhan, Nesli. “15’inci ve 17’nci Yüzyıllar Arası Osmanlı Ceza Hukukunda Para Cezaları Bakımından Kanunîlik İlkesinin Geçerliliği”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26/2 (2018), 291-320.
- Avcı, Mustafa. “Osmanlı Hukukunda Cezaların Tasnifi”. *II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi*, ed. Fethi Gedikli 1/639-656. İstanbul: Oikilevha, 2016.
- Avvâ, Muhammed Selim. *fi Usûli’n-nizâmî’l-cinâi’l-İslâmî*. Kahire: Nehdatü Mısır, 2006.
- Aydın, M. Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta, 2020.
- Aydın, Mehmet Akif. “Ceza”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 7/478-482. İstanbul: TDV Yayınları, 1993.
- Bardakoğlu, Ali. “Hapis”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 26/54-64. İstanbul: TDV Yayınları, 1997.
- Bardakoğlu, Ali. “Âkile”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 2/448-449. İstanbul: TDV Yayınları, 1989.
- Bardakoğlu, Ali. “Had”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 14/547-551. İstanbul: TDV Yayınları, 1996.
- Bardakoğlu, Ali. “Osmanlı Hukukunun Şer’îliği Üzerine”. *Osmanlı: Teşkilât*, Ed: Kemal Çiçek, Cem Oğuz. 6/412-417. Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1999.
- Başoğlu, Tuncay. “Ta’zîr”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 40/198-202. İstanbul: TDV Yayınları, 2011.
- Behnesî, Ahmed Fethi. *el-Kısâs fi’l-fikhi’l-İslâmî*. Beyrut: Dâru’ş-Şurûk, 5. Baskı, 1989.
- Bostancı, Gülşah. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007.
- Buhârî, Muhammed b. İsmail. *el-Câmi’u’s-Sahîh*. nşr. Muhammed Fuad Abdulkaki. Kahire: el-Matbaatü’s-Selefiyye, 1400.
- Buhârî, Alâüddîn Abdülaziz. *Keşfü’l-esrâr fi şerhi Usûli’l-Pezdevî*. Dersâdet: Sahnâfe-i Osmanîyye Şirketi, 1308.

- Çelebi, İlyas. "Hüsün ve Kubuh". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 19/59-63. İstanbul: TDV Yayınları, 1999.
- Demir, Abdullah – Günay, Ramazan. *Şeyhülislam Ebüssuûd Efendi'nin Fetvaları Fetâvâ-yı Ebüssuûd*. İstanbul: SD Yayınevi, 2020.
- Demir, Bayram. *İslâm Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*. İstanbul: Hiper Yayın, 2018.
- Dönmezer, Sulhi – Erman, Sahir. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*. İstanbul: Der Yayınları, 2016.
- Düzdağ, M. Ertuğrul. *Şeyhülislam Ebüssuûd Fetvaları Işığında 16. Asır Türk Hayatı*. b.y. Enderun Kitabevi, 1983.
- Ebû Dâvûd, Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistânî. *es-Sünen*. Beyrut: Dâr-ı İbn Hazm, 1418/1997.
- Ebû Zehre, Muhammed. *el-Cerîme ve'l-ukûbe fi'l-fıkhi'l-İslâmî: el-Cerîme*. Kahire: Dâru'l-Fikri'l-Arabî, 1998.
- Efendioğlu, Mehmet. "Mu'dal". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 30/354-355. Ankara: TDV Yayınları, 2022.
- Erdoğan, Suat. *Kur'an ve Sünnet Işığında Suç-Ceza Uygunluğu*. İstanbul: Süleymaniye Vakfı Yayınları, 2014.
- Erdoğan, Suat. "Kur'an ve Sünnetteki Konuyla İlgili Nasların Kanunilik İlkesi Açısından Değerlendirilmesi". *Düzce Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 4/1 (2020), 8-21.
- Ertürk, Mustafa. "Şiddet İçerikli Bazı Rivayetlerin Tahlili ve Tenkidi". *Gazi Üniversitesi Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi* 1/2 (2002), 71-99.
- el-Ferrâ, Kâdî Ebû Ya'lâ Muhammed b. Hüseyin. *el-Ahkâmü's-sultâniyye. thk. Muhammed Hâmid el Feykî*, Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2000.
- Askalânî, İbn Hacer. *Fethu'l-Bârî bi-şerhi Sahîhi'l-Buhârî*. Riyâd: Dâru't-Tayyibe, 1426/2005.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd. *es-Sünen*. nşr. Muhammed Nâsuriddîn el-Elbânî. Riyad: Mektebetü'l-Meârif, 1417/1997.
- İbn Rüşd, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed. *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*. b.y. Dâru'l-Mârife, ts.
- İbn Kayyım, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr. *et-Turuku'l-hukmiyye fi's-siyâseti's-şer'iyye*, thk. Nâyif b. Ahmed el-Hamed Mekke: Daru'l-Âlemi'l-fevâid, 1428.
- İbn Kudâme, Abdullah Ahmed b. Muhammed. *el-Muğnî*. Riyad: Dâru'l-Âlemi'l-Kütüb, ts.
- İbn Manzûr, Muhammed b. Mükerrrem. *Lisânü'l-Arab*. Beyrut: Dâru's-Sâdir, 1410/1990.
- İbn Teymiyye, Takıyyüddin. *Siyâsetü's-şer'iyye fi islâhi'r-râ'î ve'r-ra'iyye*. Beyrut: Dâru'l-Âfâki'l-Cedîde, 1983.
- İbn Teymiyye, Takıyyüddin. *es-Sârimü'l-meslûl alâ şâtimi'r-Rasûl*. thk. Muhammed b. Abdullâh b. Ömer el-Halvânî Muhammed Kebîr Ahmed Şûderî. b.y.: y.y., 1417/1997.

- İçel, Kayıhan - Donay, Süheyl. *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım*. İstanbul: Beta, 5. Baskı, 2006.
- İmam Mâlik, Ebû Abdillâh Mâlik b. Enes el-Asbahî. *el-Muvaţta'*. Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1997.
- İnalcık, Halil. "Kânunnâme". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 24/333-337. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Kandemir, M. Yaşar. "Muâz b. Cebel". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 30/336-338. Ankara: TDV Yayınları, 2020.
- Karafî, Ahmed b İdris, Şehâbeddîn. *ez-Zahîra*. thk Muhammed Huccî. Beyrut: Dâru'l-Garbi'l-İslâmî, 1994.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd. *Bedâ'i'u's-sanâ'i' fi tertîbi's-şerâ'i'*. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1424/2003.
- Katğı, İsmail. "Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl (Hukuki Mahiyeti, Sebepleri, Usulü, İnfazı ve Sonuçları)". *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 6/24 (2013), 181-211.
- Kılınç, Ahmet. "Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde Uygulanan Kürek Cezasının Hukuki Tahlili". *Belleten* 79/285 (Ağustos 2015), 531-558.
- Koç, Mehmet. "Yürürlük (Mahkeme Kararları) Örneklerinden Hareketle Osmanlı Ceza Hukukundaki Fetva-Kazâ İlişkinine Bakış". *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 30 (2017), 117-138.
- Koç, Mehmet. "Osmanlı Ceza Hukukunda Hile (Aldatma-Dolandırıcılık) Suçları ve Cezaları". *Çukurova Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 19/1 (2019), 119-139.
- Koç, Mehmet. "Osmanlı Ceza Hukukunda Sarhoşluk Veren İçecekleri İçme Suçu ve Cezaları". *Marife* 19/2 (2019), 739-757.
- Koç, Mehmet. "Fuhuş ve Fuhşa Aracılık Suçlarının Osmanlı Hukukundaki Cezaları". *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 47 (Kasım 2019), 115-144.
- Koç, Mehmet. *Osmanlı Hukukunda Ta'zir Suç ve Cezaları*. Konya: Aybil Yayınları, 2017.
- Konan, Belkıs. "Osmanlı Hukukunda Tecavüz Suçu". *Ankara Üniversitesi Osmanlı Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi Dergisi* 29 (Mart 2011), 149-172.
- Koşum, Adnan. "İslâm Kamu Hukuku Alanına İlişkin Klasik Literatürün Azlığı Üzerine Mülahazalar". *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 18 (2008), 123-131.
- Koşum, Adnan. "İslâm Hukuk Doktrininde Hukuk Devleti ve Hukukun Üstünlüğü". *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16 (2002), 235-263.
- Mâverdi, Ebû'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb. *el-Ahkâmü's-sultâniyye*. thk. Ahmed Mübârek el-Bağdâdî. Kuveyt: Dâru İbn Kuteybe, 1409/1989.
- Menekşe, Ömer. *Osmanlı Toplumunda Zındıklık: -Patpurunzade Örneğinde Bir İnceleme*. İstanbul: Bilge Kültür Sanat, 2019.
- Menekşe, Ömer. *İslâm Hukukunda Hırsızlık Suçu ve Cezası*. Ankara: İlahiyat Yayınları, 2021.

- Mergînânî, Burhâneddîn Ebü'l-Hasan. *el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti'l-mübtedî*. thk. Ahmed Câd. 4 Cilt. Kahire: Dâru'l-Hadîs, ts.
- Munir, Muhammed. "İslâm Ceza Hukuku Sisteminde Kanunilik Prensibi". çev. Burak Çağ. *İslâm Ceza Hukuku Tebliğler Kitabı*. 668-691. I-II. b.y. Lale Yayıncılık, 2017.
- Müslim, Haccâc el-Kuşeyrî en-Nîsâbü'rî. *el-Câmi'u's-sahîh*. nşr. Muhammed Fuad Abdülbâkî. Kahire: Dâru't-Tayyibe, 1375/1956.
- Nesâî, Ebû Abdîrrahmân Ahmed b. Şuayb b. Alî. *es-Sünen*. Riyâd: Dâru'l-Hadâra, 1436/2015.
- Nevevî, Ebû Zekerîyya Muhyiddîn b Şeref. *el-Mecmû şerhu'l-Mühezzeb*. thk. Muhammed Necib el-Mûtiî. Kahire: Dârü'l-İhyâi Tûrâsî'l-Arabî, 1415/1995.
- Ocak, Ahmet Yaşar. *Osmanlı Toplumunda Zındıklık ve Mülhidler (15.-17. Yüzyıllar)*. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 1998.
- Özen, Şükrü. "İslâm Hukukuna Göre Zındıklık Suçu ve Molla Lütî'nin İdamının Fikhîliği". *İslâm Araştırmaları Dergisi* 9 (2001), 49-85.
- Şâban, Zekiyyüddin. *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fikh)*. çev. İbrahim Kâfi Dönmez. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2018.
- Serâhsî, Şemsü'l-Eimme Muhammed Ahmed b. Ebû Sehl. *el-Mebsût*. Beyrut: Dâru'l-Marîfe, ts.
- Şevkânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Ali. *Neylü'l-evtâr şerhu Münteka'l-ahbâr*. Mısır: Mektebet-i Mustafa el-Halebî, ts.
- Şîrâzî, Ebû İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf el-Firûzabâdî. *el-Mühezzeb*. Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1416/1995.
- et-Tenûhî, Sahnûn b Saîd. *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1994.
- Udeh, Abdulkadir. *et-Teşrî'u'l-cinâiyyi'l-İslâmî*. Beyrut: Dâru'l-Kâtibi'l-İslâmî, ts.
- Üçok, Coşkun vd. *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2002.
- Üçok, Coşkun. "Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4 (1947), 48-73.
- Yakut, Esra. "Tanzimat Dönemine Kadar Osmanlı Hukukunda Ta'zîri Gerektiren Suçlar ve Cezaları". *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları* 2 (Güz 2006), 25-40.
- Yaman, Ahmet. *İslâm Hukukunun Oluşum Süreçlerinde Hukuk Siyaset İlişkisi*. İstanbul: Yediveren Kitap, 2004.
- Yaman, Ahmet. "Osmanlı Pozitif Hukukunun Şer'iliği Tartışmaların Eleştirel Bir Katkı". *İslâmiyât* 8/1 (2005), 113-125.
- Yıldırım, Adem. "Mağdur Haklarına Yönelik Kurumsal Yapılar (Sulh ve Uzlaştırma)". *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi* 23 (2014), 251-270.

- Yıldırım, Adem. “İslâm Hukukunda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Hetk-i Irz (Tercavüz) Suçunun Cezası ve Kur’an Ceza İlkeleri Açısından Değerlendirmesi”. *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 47 (Ağustos 2018), 225-261.
- Yurtseven, Yılmaz. “Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesi Çerçevesi İslâm Ceza Hukukunda Örfi Hukukun Yeri ve Osmanlı Uygulaması”. *İslâm Ceza Hukuku Tebliğler Kitabı I-II* b.y. Lale Yayıncılık, 2017.