

Allah Hakkı ve Kul Hakkı Arasında Hanefi Ceza Hukukunun Kamusalılığı

Muharrem Midilli**

Öz

Modern ceza hukuku öncelikle umumi menfaatleri korumayı hedeflemesi ve kamu kurumları ile birey arasında baskın dikey ilişkiler içermesi nedeniyle genellikle kamusal bir alan olarak kabul edilmektedir. Bu anlayış Hanefi ceza hukukunda belli ölçüde karşılık bulmaktadır. Hanefi hukukçulara göre zina, hırsızlık ve şarap içme/sarhoş olma hadleri sırf Allah hakkı olarak bütün insanların yararına uygulanmaktadır. Kazf haddi ve kısas gibi cezalar tek tek fertlerin yararının yanında bütün insanların menfaatini korumaktadır. Kamu otoritesi umumi menfaatleri korumayı amaçlayan tazir ve siyaset yaptırımları vaze-debilmektedir. Suçların soruşturulması, zanlıların yargılanması ve cezaların uygulanması onun sorumluluğundadır. Bu aşamalarda kamu otoritesi ile fail arasında dikey ilişkiler meydana gelmektedir. Öte yandan Hanefi ceza hukukunun, umumi menfaatlerin Şari' tarafından belirlenmesi ve doğrudan fertler adına uygulanan cezalar içermesi gibi kendine has özellikleri bulunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hanefi hukuku, Allah hakkı, kul hakkı, kamusalılık, ceza.

Abstract

Publicity of the Hanafi Criminal Law between the Rights of God and the Rights of Man

Modern criminal law is generally regarded as a public domain because it primarily aims at protecting general interests and has dominant vertical relationships between public institutions and the individual. This understanding corresponds to a certain extent in the Hanafi criminal law. According to Hanafi jurists, the fixed penalties such as adultery, theft, and drinking wine/getting drunk are applied only to the benefit of all people. The fixed penalty for the false accusation of adultery and the retaliation (kisas) protect the benefit of all people, as well as the the interests of individuals. The public authority is able to impose discretionary chastisements (ta'zîr) and administrative punishments (siyâsa) for the benefit of the society. It is his responsibility to investigate crimes, to prosecute suspects and to impose punishments. In all these steps, vertical relations are formed between

* İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslam Hukuku Doktora Öğrencisi.

Muharrem Midilli

the public authority and the perpetrator. On the other hand, the Hanafi criminal law has unique features such as the determination of public interests by the Lawgiver and the penalties imposed directly on behalf of individuals.

Key Words: *Hanafi law, rights of God, rights of man, publicity, punishment.*

Atıf: Muharrem Midilli, "Allah Hakkı ve Kul Hakkı Arasında Hanefi Ceza Hukukunun Kamusalığı", *KTÜİFD* 4, sy. 1 (Bahar 2017): 65-87.

Giriş

Ceza hukuku kamu düzenini sağlamanın en temel enstrümanlarından biridir. Bu nedenle tarih boyunca siyasi iktidarlar tarafından ayrı bir ilgiye mazhar olmuştur. Önceleri oç alma, onuru koruma vb. saiklerle kişiler tarafından kendi adlarına uygulanan cezalar devlet fikrinin gelişmesiyle birlikte kamu otoritesi tarafından toplum adına infaz edilmeye başlanmıştır. Başka bir ifade ile özel adalet yerini kamusal adaletle bırakmıştır. Faillerin soruşturulması ve yargılanması daima kamusal organlar tarafından yerine getirilir olmuştur. Ceza alanındaki benzer bir tekamül İslam hukuku tarafından gerçekleştirilmiştir. Fakihler cezaların münhasıran kamu otoritesi ya da naibi tarafından suçların mahiyetine göre bütün bir toplum, tek tek kişiler ya da her ikisi adına uygulanacağı esasını getirmişlerdir. Bu esas toplumda düzen kuran ve kişisel hesaplaşmalara engel olan bir kamusal otorite fikrine göndermede bulunmakta; sadece umumi menfaatleri ifade eden Allah hakkının değil, tek tek fertlerin menfaatleri anlamına gelen kul hakkının gözetilmesini de bu kamusal otorite ile ilişkilendirmektedir. Bu çalışma Hanefi ceza hukukunun bu iki hak arasında tezahür eden kendine has kamusalılığı yer yer modern hukuk anlayışındaki kamusallıkla karşılaştırarak ele almayı hedeflemektedir.

Modern Ceza Hukukunda Kamusalılığın Anlamı

Ceza alanı Kıta Avrupası hukuk sisteminde genellikle kamu hukuku kapsamında ele alınmaktadır.¹ Kamu hukuku bireyler ile hükümet arasındaki ilişkileri, bireyler arasında gerçekleşmekle birlikte doğrudan toplumu ve/veya “politik amaçlar için organize olmuş bir toplum”² olan devleti ilgilendiren münasebetleri düzenleyen hukuk alanıdır. Hükümet otoritelerinin dâhilî davranışlarını, özel bireylere karşı hak ve sorumluluklarını tanzim eden bu hukuk alanında normların vazedilmesi ve uygulanması inhisarcı ya da resmi müesseselerin uhdesindedir.³ Yatay ilişkilerin hâ-

1 Bazı ülkelerde ceza hukukunun kamu hukuku olarak düşünülmediği görülmektedir. Bunlardan Kıta Avrupası hukukuna sahip olan Fransa’da ceza hukuku özel hukukun bir dalı olarak kabul edilmektedir. Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011, 68. Alman hukuk ilminde ceza hukuku bir tür kamu hukuku kabul edilmekle birlikte kamu hukukundan ayrı görülmektedir. Markus D. Dubber, “Criminal Law between Public and Private,” *The Boundaries of the Criminal Law*, Ed. by. R.A. Duff, Lindsay Farmer v.d. (Oxford: Oxford University Press, 2010), 204.

2 Howard L. Bevis, *Public Law* (New York: 1939), 1.

3 Bk. Randy E. Barnett, “Foreword: Four Senses of the Public Law-Private Law Distinc-

kim olduğu özel hukukun aksine kamu hukukunda itaat ve baskın dikey ilişkiler söz konusudur.⁴ Kamu hukuku, “kendi çıkarlarının peşinde koşan kişilerin özerk etkinliklerinin çerçevesini çizen”⁵ özel hukuktan farklı olarak öncelikle toplumun/devletin menfaatlerini gözetmektedir.

Ceza alanının kamu hukuku kapsamında görülmesinin sebebi onun her şeyden önce umumi menfaatleri korumayı hedeflemesidir. Ancak bazı cürümlerin şahıs haklarıyla ilgili olması nedeniyle bu açıklamaya itiraz edilmektedir.⁶ Bu itirazın haklılığı Roma ve İslam hukuku söz konusu olduğunda daha iyi anlaşılmaktadır. Özel suçlar-kamu suçları (*delicta privata-delicta publica*) ayrımı⁷ yapan Romalılar birtakım suçları mağdurların yararına cezalandırmıştır. İslam hukukunda da adam öldürme, yaralama ve zina iftirası gibi suçlar için belirlenmiş olan cezalar ağırlıklı olarak ya da kısmen şahısların haklarını korumak için uygulanmaktadır.

Bir yaklaşıma göre ceza hukukunun kamusalılığı öncelikle kamu menfaatlerini korumasından ziyade toplumun ceza hukukunu hukuk olarak tanıması ile ilgilidir. Böylece ceza hukuku özel meseleleri kamusal olana dönüştürmekte ve suç kamusalı dolaylı olarak etkilemektedir.⁸ Bunun sebebi toplumun ya da onun adına hareket eden hükümetin işlenen her türlü suçtan bir biçimde mağdur olduğunun kabul edilmesidir. Özel bir şahsa karşı işlenmiş olsa da suçun ihlal ettiği şey özel hakkın yanında aynı zamanda bu hakkı vazedenden hukuktur. Bu hukuk özgürlüklerinin sınırlanması pahasına bir araya gelen insanların teşkil ettiği toplum tarafından birlikte yaşamanın temel kuralları olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle her hangi bir ihlal, vazgeçilen özgürlüklerden müteşekkil kamusal bir karşı koyuşla neticelenir. Bu kamusal karşı koyuş ceza hukukunda formüle edilmiştir.

Thomas Hobbes’un (ö. 1679) kamu hukukunun temellendirmesinde dile getirdiği bireyleri kontrol dışı kişisel tutkuların neden olduğu

tion,” *Harvard Journal of Law & Public Policy* IX, sy. 2 (1986): 270-271.

4 Bk. Ralf Michaels, Nils Jansen, “Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization,” *The American Journal of Comparative Law*, LIV (2006): 849.

5 Giafranco Poggi, *Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım*, çev. Şule Kut, Binaz Toprak (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014), 124.

6 Bk. Dubber, “Criminal Law between Public and Private,” 208.

7 Bk. Dubber, “Criminal Law between Public and Private,” 197-198.

8 Bk. Dubber, “Criminal Law between Public and Private,” 211-213.

kaostan koruma kaygısı ceza hukukunda açık bir biçimde görülmektedir. Devlet başkalarına zarar veren bireyleri cezalandırmak için sorumluluk almaktadır. Amaç özel intikamı önlemektir. Savcı genel olarak mağdur ve toplum adına dava açmaktadır.⁹ Herkesin kendi hakkını bizzat kendi aradığı ve mağduriyetini kendi imkânları ile gidermeye çalıştığı bir toplum kaos içindedir. Benzer bir açıklamaya göre ceza hukukunun kamusalılığı suçun özünün sadece kamuyu değil kamu barışını da tehdit etmesinden ileri gelmektedir. Bu kapsamdaki suçlar bütünüyle kamusaldır. Zira suçun mağduru kamu veya daha ziyade devlettir.¹⁰ O halde her bir suç kamu barışını tehdit ettiği ölçüde kamusal bir nitelik taşımaktadır.

Devlet merkezli ceza hukuku anlayışında devlet her bir suçun nihai mağduru kabul edilmektedir. Bu anlayışa göre en ciddi suçlar doğrudan devlete karşı işlenir. Diğer bütün cürümler devlet otoritesine müdahale eden nihai cürmün hafifletilmiş olanlarıdır. Bu alt cürümler dolaylı devlet suçlarıdır. Zira insan ya da başka türlü bir kaynaktan mahrum bırakmak veya emrine itaatsizlik etmek suretiyle devleti, yönetme kabiliyeti açısından riske atmaktadırlar.¹¹ Ceza hukukunun kamusalığının suçlunun daima devletle karşı karşıya gelmesinden ileri geldiği de ifade edilmektedir.¹² Failin soruşturulması, yargılanması, hakkında cezaya hükmedilmesi, beraati veya cezasının infazı daima devletin adli kurumları marifetiyle icra edilmektedir. Bu süreçte birey zorunlu olarak devletle karşılaşmakta ve baskın dikey ilişkilerin hâkim olduğu bir tür birey-devlet ilişkisi cereyan etmektedir.

İngiliz Hukukçu William Blackstone'un (ö. 1780) teorisine göre yapılan hata (*wrong*) her hangi bir bireysel mağdurdan ayrı olarak kamuya; bir bütün olarak devlete/siyasal topluluğa zarar vermişse kamusaldır. Şu halde temelde paylaşılan şeylere ya da kamu yararına zarar veren hatalar vardır.¹³ Bu türden kamusal bir hata yapan kişi gereği üzere kovuşturulmalıdır. Mağdurun zararında payımız vardır. Saldırı ona olduğu için o

9 G. Appleby, A. Reilly, L. Grenfell, *Australian Public Law* (South Melbourne Vic.: Oxford University Press, 2014), 20.

10 Bk. Dubber, "Criminal Law between Public and Private," 208-211.

11 Dubber, "Criminal Law between Public and Private," 201.

12 Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2007), 144.

13 R.A. Duff, S.E. Marshall, "Public and Private Wrongs," *Essays in Criminal Law in Honor of Sir Gerald Gordon* (Edinburg: Oxford University Press, 2010), 72.

zarar görmüştür. Fakat onun bizden biri olması sebebiyle aynı zamanda bizim de zararımız söz konusudur. Bu nedenle onu kolektif olarak kovuşturmamız gerekir. Bu görevi en uygun biçimde devlet yerine getirebilir.¹⁴ Bu teoriye göre karısını döven bir kocanın yaptığı yanlış, evin içinde meydana gelmesi ve daha geniş sosyal dünyaya yönelik maddi bir tesirinin bulunmaması manasında özel olabilir. Fakat onun herkesi ilgilendirmesi gereken bir şey olması ve çifte kendilerinin çözmeleri gereken aile içi bir mesele olarak bırakılmaması gerektiği anlamında kamusaldir.¹⁵

Çağdaş Amerikalı hukukçu Randy E. Barnett kamusal zarara neden olan suçların özel zarara neden olanlardan farklı olarak kamu hukuku kapsamında ele alınabileceğini ifade etmektedir. Mesela cinselliğin görünürlüğü kamusal zarara neden olduğu ya da kamusal iffet ölçüsünü ihlal ettiği gerekçesiyle hukuki düzenlenmeyi gerektirebilir. Hırsızlık gibi eylemler ise özel zarara neden olduğu için düzenlenir. Toplumla karşılaşılan suçlar tabiatı gereği kamusal; özel zarar ika eden kişisel ve mali cürümler -suçun yanında- haksız fiil olarak tasnif edilebilir.¹⁶

Kısaca modern ceza hukuku bazen bireylere karşı işlenmiş olsa da toplum ve devlete ait umumi menfaatlere zarar veren suçları düzenlemesi ve zanlılarla devlet organları arasında tarafların eşit olmadığı dikey münasebetler içermesi nedeniyle genellikle kamusal bir alan olarak kabul edilmektedir. Modern ceza hukukunun kamusalılığı belli ölçüde ve kendine has özellikleri iyi ayırt edilmek kaydıyla Hanefi ceza hukuku için de söz konusu edilebilir. Bu noktada öncelikle iki kavramın incelenmesi gerekmektedir. Bunlar Allah hakkı ve kul hakkıdır.

Allah Hakkı ve Kul Hakkı Kavramları

Usulcüler hak kavramını şer'i hüküm konusunu incelerken ele almakta ve onunla Şari'in hitabını, bu hitabın sonucu anlamında şer'i hükmü veya şer'i hükmün taalluk ettiği fiilleri kastetmektedirler.¹⁷ Hanefilerden Ebü'l-Usr Pezdevî (ö. 482/1089) ve Şemsüleimme Serahsî (ö. 483/1090) şer'i hükümlerin halis Allah hakkı, halis kul hakkı, bu iki hakta da içermekle birlikte Allah hakkının ya da kul hakkının hâkim olduğu

14 Duff ve Marshall, "Public and Private Wrongs," 73-74.

15 Duff ve Marshall, "Public and Private Wrongs," 73.

16 Barnett, "Foreword: Four Senses of the Public Law-Private Law Distinction," 268.

17 Ali Bardakoğlu, "Hak", *DİA*, XV (1997), 40.

haklara ayrıldığını belirtmektedir.¹⁸ Hanefi müellifler Allah hakkını şu şekilde açıklamaktadırlar:

Allah hakkı kendisine bütün insanların (*el-âmm*) umumi yararı (*en-nef'u'l-âmm*) taalluk eden şeydir. Ona hiç kimsenin ihtisası yoktur. Allah Taâlâ'ya nispet edilmesi tazim ya da hiçbir zorbanın ona ihtisası olmaması içindir. [...] Ona ancak tazim için nispet edilir. Çünkü Yüce [Allah] bir şeyden faydalanmaktan mütealdir. Bu açıdan bir şeyin onun hakkı olması caiz değildir. Yaratma açısından bir hakkın onun olması da caiz olmaz. Çünkü bu konuda her şey [onun tarafından yaratılmış olmak açısından] eşittir. Aksine [hakkın] ona zıfede edilmesi bütün insanların faydalanması yönüyle önemi büyük, faydası yüksek ve fazileti yaygın olan şeyi yüceltmek içindir.¹⁹

Buna göre bütün insanlara ait olan hakları ifade ederken kullanılan Allah hakkı tabiri iki sebeple tercih edilmektedir. Bunlar umumi menfaatlerin önemini göstermek ve bu tür menfaatlerin kullanımında tek tek kişilere her hangi bir yetki verilmediğini belirtmektir. Hanefi usulcüler Kâbe'nin kutsallığını ve zinanın haramlığını Allah hakkına örnek olarak zikretmektedirler. Onlara göre birinci hüküm, Kâbe'nin namaz için kible ve günahlar için özür makamı edinilmesi açısından âlemin *maslahatına* taalluk etmektedir. Zinanın yasaklanmasında da insanın selameti, soyu koruma ve zina sebebiyle meydana gelecek silahlı mücadelelere mani olma açısından umumi fayda (*umûmu'n-nef'*) vardır.²⁰

Allah hakkının dokunulmazlığını temin etmek ve otonomisini sürdürmek için onu kulların inisiyatifinden ayırmak ve uzak tutmak icap etmiştir. Aksi durumda kaçınılmaz olarak bütün bir âlemin menfaati belli kişilerin arzusuna tabi olacaktır. Bu nedenle Baber Johansen'in ifadesiyle kamu yararı Allah hakları yani kamunun devlet ve din tarafından temsil edilen mutlak ve karşılıksız hakları ile temsil edilmelidir. Kişiyeye verilecek her hangi bir karşılıksız hak kul hakkının düzenleyici prensibi olan mübadeleyi tehlikeye atacaktır. Bu noktada tarafsız bir merciye duyulan ihtiyaç

18 Bk. Ebü'l-Usr Fahrü'l-İslam Ali b. Muhammed Pezdevî, *Kenzü'l-vüsûl ila Ma'rifeti'l-usûl*, Karaçi, Mir Muhammed Kütüphanesi, t.y., 305; Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, thk. Ebü'l-Vefâ el-Efgânî (Kahire: Dârü'l-Kitâbi'l-Arabî), II, 289; Bardakoğlu, "Hak", 40.

19 Alaüddîn Abdülazîz b. Muhammed el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî IV* (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997), 195; Ayrıca bk. Ebu Abdullah Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed İbn Emîru Hac, *et-Takrîr ve't-tahbîr II* (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1983), 104.

20 Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 195; İbn Emîr, *et-Takrîr II*, 104.

Allah hakkı konsepti tarafından karşılanmıştır.²¹

Hanefi hukukçular Allah haklarının yerine getirilmesini kamu otoritesine (*imam*) havale etmişlerdir. Bu konuda *imam* Allah'ın/şer'in nabi olarak görülmüştür.²² Hanefiler bu bağlamda özellikle dört görevin²³ yöneticilere havale edildiğini ifade etmektedirler. Bunlar hadleri yerine getirmek, sadakaları gözetmek, Cuma namazına nezaret etmek ve fey gelirlerini (gayri müslimlerden harac, cizye ve ticaret malı vergisini) toplamaktır.²⁴ Ancak bütün bir âlemin menfaati bulunan ve bu nedenle kamu otoritesinin sorumluluğunda olan hususların listesi çok daha uzundur.²⁵ Weiss'e göre bu nedenle Müslüman hukukçular için genelde arka planda bir tür İslami siyasi otorite ve hükümet tasavvur etmeden İslam hukuku

21 Bk. Baber Johansen, "Secular and Religious Elements in Hanefite Law. Function and Limits of the Absolute Character of Government Authority," *Contingency in a Sacred Law: Legal and Ethical Norms in the Muslim fiqh* (Leiden, E.J.: Brill, 1999), 211-212.

22 Bk. Ebü'l-Hasan Burhâneddîn Ali b. Ebî Bekr Merginânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*, thk. Muhammed Muhammed Tamir, Hâfız Aşur Hâfız II (Kahire: Darü's-selâm, 2000), 744; İbn Emîr, *et-Takrîr* II, 108, 111; Hüsrev Mehmed Efendi, *Dürerü'l-hükkâm fî şerh-i Gureri'l-ahkâm* II (İstanbul: Matba'a-i ve Kitabhâne-i Mehmed Esad, 1300), 81.

23 Weiss, Johansen'in Allah hakkı ve kul hakkının birbiri ile ilişkisine dair Müslüman hukuk düşüncesinin çarpıcı bir özelliğine dikkat çektiğini belirtmektedir. Bu düşüncenin kaygısı özel kişilerin haklarını hükümet otoritesinin gerekçesiz el uzatmalarına karşı korumak ve hükümeti böyle el uzatmalar için kullanacağı bahaneden yoksun bırakmak için Allah haklarını dikkatli bir şekilde sınırlamaktır. Müellif bu noktada Müslüman hukukçuların genellikle özel hukuk ve menfaatlerle meşgul olmasına dikkat çekmektedir. Böylece onlar Allah haklarını kendi yerinde tutmayı amaçlamışlardır. Bernard G. Weiss, *The Spirit of Islamic Law* (Athens: The University of Georgia Press, 1998), 182.

24 Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed Serahsî, *el-Mebsût* IX (Beyrut: Darü'l-ma'rife, 1989), 81.

25 Hoexter, Pezdevî'nin listesinin daha detaylı olduğunu belirtmektedir. Pezdevî ibadetleri de içine alan Allah haklarını, hadleri ve cezayı, kefareti, Ramazan bayramında verilen sadakaları, öşür ve haracı, ganimetin ve madenlerin beşte birini de bu kapsamda görmektedir. Müellif, Johansen'in bu listeyi de fazla detaylı bulmadığını ve onun bireylerin kendi özel haklarını gerçekleştirme amacı ile ilgili olmayan her şeyi Allah hakkı kapsamında gördüğünü belirtmektedir. Hoexter bu yorumu Allah haklarını İslam toplumunun genel menfaatleri ile tanımlayan geleneksel yorumdan esas itibarıyla farklı görmemekte ve tek tek bireylerin hakkı olmayan fakat İslam toplumunun olan her ne varsa Allah hakkı olduğu sonucu varmaktadır. Miriam Hoexter, "Huquq Allah and Huquq al-'İbâd as Reflected in the Waqf Institution," *Jerusalem Studies in Arabic and Islam* 19 (1995): 134.

hakkında düşünmek ve yazmak imkânsızdır.²⁶ Bu sadece İslam hükümetinin Allah haklarının gözetilmesinde söz sahibi olmasından kaynaklanmamaktadır. Ayrıca o kul haklarının kendi otonomisi içinde işleyişini güvence altına alması açısından da gereklidir. Johansen Hanefi hukukçuların fertlerin hükümet karşısındaki göreceli bağımsızlığını güvenceye alma ve onların haklarını muhafaza etmenin sadece Müslüman bir devlet tarafından sağlanabileceğinde hemfikir olduklarını belirtmektedir.²⁷ Ona göre Hanefi hukukçular Allah haklarını kul haklarının hayatta kalması için gerekli bir yapı kabul etmişlerdir. Allah haklarını ihlal eden ve mübadele prensibini tehlikeye atabilecek bir şekilde kul haklarına müdahale eden bir hükümet Allah hakları konusunda şer'in vekili sıfatıyla sahip olduğu mutlak konumu riske atar. Hükümet mutlak yetkilerini sadece fertlerin mübadele alanını korumak için kullanabilir.²⁸

Allah hakkının bütün insanlara ait menfaatleri ifade etmesi ve bu menfaatlerin gözetilmesinin esas itibariyle kamu otoritesinin yetki ve sorumluluğuna havale edilmesi modern hukuktaki anlaşılış biçimiyle kamusalılığı akla getirmektedir. Bununla birlikte modern hukukta kamusal olan şeyin modern devletin alanı içinde ve seküler esaslara göre tayin edildiğine dikkat edilmelidir. Umumi menfaatin ne olduğu, hangi merci tarafından ve nasıl ifa edileceği XVI ve XVII. yüzyıllardan itibaren Kıta Avrupası'nda mutlak merkezi kralların sırf kendi otorite ve iradeleri ile belirlenirken zamanla mutlak halk egemenliğine dayanan parlamentolar tarafından kararlaştırılmaya başlanmıştır. Allah hakkı bu açıdan farklılık göstermektedir. Hanefi hukukçular hakları şer'i hükümlerin müteallakı kabul ettikleri için Allah hakkı ile ifade ettikleri umumi menfaatlerin Şari tarafından belirlendiğini düşünmektedirler. Ayrıca herkesin menfaatine olan şey ve onun nasıl icra edileceği devletin kendi alanında ilgili kamusal kurumların faaliyeti ile değil, esas itibariyle hukukçuların özel çalışmaları neticesince tayin edilmektedir.

Allah hakkı bütün insanların umumi menfaatlerini ifade ederken kul hakkı tek tek kişilerin ihtisasında olan özel menfaat ve yetki anlamına gelmektedir.²⁹

26 Weiss, *The Spirit of Islamic Law*, 180.

27 Johansen, "Secular and Religious Elements in Hanefite Law," 210-211.

28 Bk. Johansen, "Secular and Religious Elements in Hanefite Law," 215.

29 Allah hakkı ile kul hakkının bir mukayesesi için bk. Hasan Hacak, "The Basis and Effe-

Kul hakkı kendisine özel maslahat (*el-maslahatü'l- hâsse*) taalluk eden şeydir. Başkasının malının haram olması gibi. Bu [hüküm] kul hakkıdır, zira [kişinin] malının korunması ona taalluk etmektedir. Bu nedenle başkasının malı sahibinin ruhsat vermesi ile mübah olur. Zina ise onun (kadın) ya da ailesinin ruhsat vermesi ile mübah olmaz.³⁰

Başkasının malının haram olması hükmü, kişilerin doğrudan özel menfaati ile ilişkili olan mülkiyet hakkını korumaktadır. Bu hakkın kullanımını konusunda tek tek kişilere verilmiş bir yetki vardır. Allah haklarında kişiler dinin ve toplum adına “devlet”in kendisi üzerindeki haklarını yerine getirmekle yükümlüdür. Kul haklarında ise kişilerin birbirine karşı talepleri ön plana çıkmaktadır. Hacak’ın açıklamalarına göre, “Allah haklarında bir emrin yerine getirilmesi ya da bir yasağa uyulması şeklinde dolaylı olarak oluşan kamu menfaati söz konusudur.” Kul haklarında ise menfaat doğrudan ve bir yetki biçiminde tezahür etmektedir.³¹

Kuruluş dönemi Osmanlı âlimi Molla Fenârî (ö. 834/1431) fıkıhın ibadât ve ukubât dışında kalan bütün bir muamelât alanının kul hakkı olduğunu belirtmektedir. Ona göre insanlar arasında olan şeyleri islah etmek için teşri kılınmış olan bu alan alışveriş, evlenme, boşanma ve yarılama (*kaza*) gibi muamelelerin tamamını içermektedir. Bütün bu muameleler fertlerin özel faydasına (*en-nef’ü'l-hâss*) ilişkindir.³² Muamelelerin her biri şer’i hükümlere ve ilahi teklife dayandığı için ibadet ve itaat manası içermektedir. Fenârî bu bağlamda Allah’ın *teklif*inin hükümlerine boyun eğmeyi gerektirdiğini belirtmektedir. Bu açıdan her fiil genel olarak ibadet ve boyun eğmedir.³³ Yani sırf kul hakkı ile ilgili olanlar da dâhil

cts of the Division between Private and Public Law in Classical Islamic Law,” *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 45 (2013): 56-57.

30 Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr* IV, 195. Ayrıca bk. İbn Emîr, *et-Takrîr* II, 104.

31 Bk. Hasan Hacak, “İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi,” Yayınlanmamış Doktora Tezi (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000), 57-59.

32 Şemsüddîn Muhammed b. Hamza Molla Fenârî, *Füsûlü'l-bedâyi' fi Usûli's-şerayi'* I (İstanbul: Şeyh Yahya Efendi Matbaası, 1872), 272, 273. Ancak bu ifadeler zorunlu olarak bütün bir muamelât alanının her yönüyle kul hakkından ibaret olduğu anlamına gelmez. Nitekim Hoexter’in vakıf örneğinde gösterdiği gibi muamelât alanında açıkça Allah hakkı içeren işlemler bulunmaktadır. Müellife göre vakıf kul hakları kısmında sınıflandırılrsa da her iki hakkı da içermektedir. Bk. Hoexter, “Huquq Allah and Huquq al-'İbâd,” 136-145.

33 Bk. Fenârî, *Füsulu'l-bedâyi'*, I, 272.

olmak üzere her bir hüküm Allah hakkı ihtiva etmektedir. Bazı müellifler her bir hükmün içerdiği bu hakkı Allah'ın o fiille mükellef kılması ve o fiilin içerdiği kul hakkını sahibine erdirmeyi emretmesi olarak açıklamaktadırlar. Mesela bir alışveriş işlemi Allah hakkı tarafların bu hükme uyması; malı/bedeli karşı tarafa vermesidir.³⁴ Taraflar bu kapsamdaki sorumluluklarını yerine getirmediğinde özel hakla birlikte Allah hakkı da ihlal edilmiş olmaktadır. Bu yaklaşıma göre fertler arasında özel menfaatlere gereği meydana gelen muamelelerin de umumi fayda/kamusal yarar yönü bulunmaktadır.

Hanefi Hukuk Geleneğinde Cezaların Kamusal Yönleri

İslam ceza hukukunda cezalar temelde had, kısas ve tazir/siyaset şeklinde üç grupta ele alınmaktadır. Hadler ve kısas Şari' tarafından belirlenmiş cezalardır. Tazir/siyaset ise kamu otoritesinin kendi takdirini kullanarak vazettiği yaptırımları ifade etmektedir. Bu cezaların kamusalılığı onların hangi ölçüce Allah hakkı ve kul hakkı içerdikleri ile yakından ilgilidir. Hanefi hukukçulara göre Şari' tarafından belirlenmiş olan zina, hırsızlık ve şarap içme/sarhoş olma hadleri sırf Allah hakkı olarak bütün insanların yararına uygulanmaktadır. Bu hadler ilişkili oldukları suçların işlenmesini önlemek ve böylece soyu, malı ve akli korumak için halis Allah hakkı olarak teşri kılınmışlardır. Suçların tamlığı sebebiyle cezalar da tam ve eksiksiz olarak tayin edilmiştir.³⁵ Şari' soy, mal ve akli korumayı tek tek fertlerin ötesinde bütün bir âlemin menfaat ve maslahatı için gerekli görmüştür. Hanefi fakihler bu cezalar bağlamında Allah hakkının âlemin *fesattan* arındırılması anlamına geldiğini belirtmektedirler. Sırf Allah hakkı olan cezalarda doğrudan fertlere taalluk eden bir hak bulunmamaktadır. Dolayısıyla fertler tarafından ıskat edilememektedirler. Cezaları yerine getirmek şer'in *naibi* olarak *imamın*/kamu otoritesinin ya da onun vekilinin sorumluluğundadır.³⁶

Salt Allah hakkı olan hadlerin yerine getirilmesi kamu otoritesinin yetki alanında bulunmakla birlikte bu yetkinin kullanımı fukahanın getirdiği detaylı şartlar sebebiyle pek çok yönden sınırlanmıştır. Bunun nedeni İslam ceza hukukundaki genel prensibin gereği olarak hadlerin

34 Bk. Hacak, "Hak Kavramının Analizi," 106.

35 Bk. Serahsî, *Usûl* II, 294; Fenârî, *Füsûlü'l-bedâyi'* I, 274; İbn Emîr, *et-Takrîr* II, 109.

36 Merginânî, *el-Hidâye*, II, 743-744; İbn Emîr, *et-Takrîr* II, 108, 111; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm* II, 80-81.

uygulanma alanını daraltmak ve kamu otoritesince istismar edilmelerini önlemektir. Colin Imber fakihlerin bir yandan suçların sadece yöneticilerin yetki alanına girdiğini ve hadlerin Müslüman toplumun esenliği için elzem olduğunu söylerken diğer yandan onları pratik hukuk hayatından kaldırmalarını çelişkili bulmaktadır.³⁷ Yazara göre Hanefi geleneğinde modern ceza hukuk konseptine tam olarak tekabül eden bir şey bulunmamaktadır. İnfaz yetkisinin kamu otoritesinde bulunması açısından hadler modern ceza fikrine benzese de hukuk hayatında pratik olmadıkları için bu benzerlik –yol kesme haddi hariç- ortadan kalkmaktadır.³⁸ Ancak fukahanın zikrettiği teşekkül ve ispat şartları hadleri pratik hukuk hayatından tamamen kaldırmamaktadır. Nitekim yazarın kendisi yol kesme haddini dışarda bırakmaktadır. Hırsızlık haddinin uygulanması nispeten zor olsa da daima mümkündür.³⁹ Zina iftirası ve şarap içme/sarhoş olma suçlarının teşekkül ve ispat şartları ilgili hadleri hukuk hayatının dışına itecek kadar ağır değildir.⁴⁰

XII. yüzyıl Hanefi fakihî Alâüddîn Kâsânî (ö. 587/1191) Allah haklarında ilişkilerin kul haklarında olduğu gibi karşılıklı denklik esasına göre yürümediğini belirtmektedir.⁴¹ Allah hakkı din ya da devletin bireye karşı haklarından oluştuğu için kul hakkının eşitlikçi anlayışı yerini bir tür alt-üst ilişkisine bırakmaktadır. Burada itaat ve baskın dikey ilişki söz konusudur. Salt Allah hakkı içeren zina, hırsızlık ve şarap içme/sarhoş olma hadlerini icra etmekle görevli kamu otoritesinin bu yaptırımlar bağlamında faillele kurduğu ilişki modern kamu hukukunda tarafların konumuna dair ileri sürülen alt-üst ilişkisi teorisini hatırlatmaktadır. Bu teori taraflar arasındaki güç ilişkisine bakarak kamu hukukunu özel hukuktan ayır-

37 Bk. Colin Imber, *Ebu's-su'ud: The Islamic Legal Tradition* (Edinburg: Edinburg University Press, 1997), 90; a. mlf., *Şeriatten Kanuna: Ebüssuûd ve Osmanlı'da İslami Hukuk*, çev. Murteza Bedir (İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2004), 101.

38 Bk. Imber, *The Islamic Legal Tradition*, 210; a. mlf., *Şeriatten Kanuna*, 219-220.

39 Menekşe'nin incelemesine göre Osmanlı döneminde XVII. asra ait 38 kası sicil defterinde 98 hırsızlık davası yer almış olup bunların beşi için had cezasına hükmedilmiştir. Bk. Ömer Menekşe "XVII ve XVIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu" (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 1998), 75, 113.

40 Bu iki cezasının teşekkül ve ispat şartları için bk. Mergînânî, *el-Hidâye* II, 768; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm* II, 88.

41 Ebu Bekr Alâüddîn Ebu Bekr b. Mes'ûd el-Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi' fî Tertîbi's-şerâi'*, VII (Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1986), 56; Johansen, "Secular and Religious Elements in Hanefite Law," 211.

maktadır; kamu hukuku eşit olmayanlar arasındaki ilişkileri, özel hukuk eşitler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir.⁴² Bu noktada özel şahıslar arasındaki ilişkilerde özel hukukun, egemen rolünde devleti içeren ilişkilerde kamu hukukunun söz konusu olduğunu öne süren özne teorisi de akla gelebilir.⁴³ Ayrımın egemen tarafını Şari'in Allah haklarını gözetme hususunda vekili (*nâibü's-şer'*)⁴⁴ olan kamu otoritesi temsil etmektedir. Ayrımın diğer tarafında ise kul vardır. Bu nedenle salt Allah hakkı olan hadleri yerine getirirken kamu otoritesinin fertlerle kurduğu ilişkide Johansen'in deyimiyle bir ferdin diğer her hangi bir ferde karşı sahip olduğu statü ortadan kalkmaktadır.⁴⁵ Bu ilişkide hükümet yerine getirilmesinden sorumlu olduğu Allah hakkının gerçek sahibi değildir. O sadece hakkı vazededen *şer'*in *naibidir*. Hakkın gerçek sahibi toplum da değildir. Toplum sadece hakkın ilişkili kılındığı entitedir. Fert kamu otoritesi ya da toplumdan ziyade Şari'e karşı sorumludur.⁴⁶

Allah hakkının tek tek kişilerin ötesinde bütün insanların maslahatına ilişkin olması zina, hırsızlık ve şarap içme/sarhoşluk suçlarında tek tek kişilerin değil kamunun dava açmasını gerektirmektedir. Hırsızlık hariç⁴⁷ bu suçlarda kovuşturmanın kamusalılığı ilkesi uygulama alanı bulmaktadır.⁴⁸ Dava kamu adına ilgili merci tarafından açılmaktadır. Hak tek tek kişilerden bağımsız olduğu için ıskat edilmesi de tek tek kişilerin kudretinin dışındadır. Aynı nedenle bu suçlara ilişkin cezalarda af, ibaha

42 Bk. Dubber, "Criminal Law between Public and Private," 204.

43 Bk. Michaels-Jansen, "Private Law Beyond the State?," 849.

44 Bk. Merginânî, *el-Hidâye* II, 743-744; İbn Emîr, *et-Takrîr* II, 108, 111; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm* II, 80-81.

45 Johansen, "Secular and Religious Elements in Hanefite Law," 211.

46 Weiss'in açıklamalarına göre Müslüman hukuk düşüncesi tüzel kişi konseptini tanımadığı için devleti ya da insanları bir hukuk entitesi olarak kabul etmez. Hakları ve yükümlülükleri sadece bireyler taşıyabilir. Bu bireyler içinde hakları sadece Şari' taşır. Sadece o bir dereceye kadar hakların taşıyıcısı olarak devletin ya da siyasi yapının yerini alır. Devlet devlet olarak bir tartışmaya asla taraf olamaz ya da bir tarafa karşı dava açamaz. Bu nedenle bir kişi vergi öder ya da orduda hizmet ederken topluma karşı değil Allah'a karşı görevini yerine getirmektedir. Weiss, *The Spirit of Islamic Law*, 181.

47 Bunun sebebi başkasında olan malın mağdura ait olduğunu ispat etmek ve malı geri almak için dava açmanın gerekli olmasıdır. Bk. Merginânî, *el-Hidâye* II, 757-758; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm* II, 85.

48 Mehmet Akman, *Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması* (İstanbul: Eren Yayınları, 2004), 26.

ya da sulh geçerli değildir. Hak sahibinin Şari' olması şüphe bulunduğu hadlerin failden savuşturulmasını mümkün kılmaktadır. Serahsî'nin açıklamasına göre bunun sebebi kul haklarında onarma; Allah haklarında ise engellenmenin esas olmasıdır. Allah kullardan farklı olarak her hangi bir bozulmaya uğrama ve zarar görmeden uzaktır.⁴⁹ Suçlamayı inkâr eden davalıya yemin verdirilmemesi, ikrardan dönmenin kabul edilmesi, zaman aşımının etkili olması, hâkimin kendi bilgisi ile hüküm verememesi, kadının zanlıyı ikrardan döndürmek için telkinde bulunması, şahitliğin zorunlu olmaması, birden fazla suç için faile tek bir ceza verilebilmesi gibi kural ve uygulamalar⁵⁰ aynı bakış açısından hareketle daima Allah hakkı olan belirlenmiş yaptırımını savuşturmak içindir. Burada savuşturulan şey Allah hakkı değildir. Bu nedenle zina, hırsızlık ya da şarap içme haddi gibi yaptırımlar düştüğünde gerekli durumlarda Allah hakkı olarak tazir türünden bir yaptırım devreye girmektedir. Bu durumlarda tazir aynı kamusal menfaatleri (nesil, mal, akıl) korumak için Allah hakkı meşru bir yaptırım olarak tezahür etmektedir. Şu halde belli durumlarda düşen ve düşürülmesi tavsiye edilen şey Allah hakkının bizzat kendisi değil onun belli formlarıdır.⁵¹

Hanefi hukukçular umumi ve hususi menfaatleri müştereken içeren ayrı bir yaptırım kategorisinden bahsetmektedirler. Bu kategorinin tipik örnekleri kazf haddi ve kısastır. Bu iki ceza, suç ve haksız fiilin müştereken bulunduğu davranışlar için uygulanmaktadır. Kazf haddi Hanefilerdeki hâkim görüşe göre ağırlıklı olarak umumi menfaat, kısmen hususi menfaat içermektedir. Umumi menfaatin hâkim olduğu bu cezada fertlerin tasarruf imkânı daha dardır. Mesela kazf başlangıçta takibi şikâyete bağlı bir suç görünümünde iken suç sabit olduktan sonra mağdur şikâyetten vazgeçememekte, suçluyu affedememekte ve sulh yoluna gidememektedir.⁵² Kazf haddinin teşri kılınmasında öncelikli amaç zina iftirasını önlemek olduğu için Allah hakkı ön plandadır. Allah hakkı âlemi *fesaddan*

49 Serahsî, *el-Mebcut* IX, 36, 69; Johansen, "Secular and Religious Elements in Hanefite Law," 214. Benzer bir izah için bk. Weiss, *The Spirit of Islamic Law*, 184.

50 Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'* VII, 56; Fenârî, *Füsûlü'l-bedâiyi'* I, 278; Hacak, "Hak Kavramının Analizi," 102-105.

51 Hacak İslam hukukçularının bu konularda hakların sahibinin toplum olduğunu unutarak Allah haklarının toplum menfaatıyla olan ilişkisini göz ardı ettiğini iddia etmektedir. Hacak, "Hak Kavramının Analizi," 105.

52 Bardakoğlu, "Hak," 143.

arındırmak suretiyle genel olarak herkes için tahakkuk etmektedir. Bu nedenle kazf haddi, hadleri yerine getirme hususunda Allah'ın vekili kabul edilen *imam* tarafından ele alınmaktadır. Cezanın ikame edilmesi mağdura bırakılmamakta ve taraflara borç yükleyen alacak verecek ilişkisi oluşmamaktadır. Kazf haddinin içerdiği bu özellikler onun kamusal yönünü göstermektedir. Diğer yandan kazf haddi ırzı korumak ve utancı defetmek amacıyla teşri kılındığı için kul hakkı yani özel menfaat de içermektedir. Bu nedenle dava şarttır.⁵³ Dolayısıyla yargıya intikal etmeyen kazf suçları kamusal dava haline gelmemektedir.

Bu kategorinin diğer tipik yaptırımı olan kısas Hanefilere göre ağırlıklı olarak hususi menfaat, kısmen umumi menfaat içermektedir. Kısas, Şari' tarafından tayin edilmiş olması yönünden had olarak da isimlendirilmektedir.⁵⁴ Allah'ın kulun bedeninde ibadet hakkı, kulun ise istifade hakkı vardır. Kısasla her iki hak da korunmuş olmaktadır.⁵⁵ Hacak'ın açıklamalarına göre Hanefiler bu cezada kul hakkının hâkim olduğunu göstermek için kısas cezasını talep etme ve uygulama yetkisini *milku'l-kisas* ismiyle mağdura ya da velisine vermişlerdir. Milk özel hukuk alanının en önemli terimlerinden biri olan aynı haklarla ilgilidir. Bu durum kısastaki kul hakkının –Hanefilere göre– mülkiyet kadar güçlü olduğunu göstermesi açısından önemlidir.⁵⁶ Kısasın ağırlıklı olarak kul hakkı içermesi karşılıklı benzerlik ve mahalde (mağdurun canı veya uzuvları) mukabele ilkesi üzere vacip olmasından kaynaklanmaktadır. Onun bu özelliği zararı onarma anlamıyla ilişkilidir. Fertlere taalluk eden hak nedeniyle kısasta tevarüs, af, mal karşılığında sulh geçerli olmakta; zina ve kazf hadlerinin aksine *imam* kısas cezasına çarptırılabilir. Diğer taraftan kısas, mahallin tazmini değil öldürme fiilinin cezası olduğu için kamuya ilişkin menfaat de içermektedir. Bu nedenle kısas âlemin *fesattan* arındırılması manası ihtiva etmektedir. Bu özelliğin sonucu olarak kısas cezası şüphe bulunduğu düşmektedir.⁵⁷ Faile kısas cezası uygulandığında Allah hakkı ve kul hakkı karşılanmakta; başka bir ifadeyle cezai ve hukuki sorumluluk

53 Bk. Fenârî, *Füsûlu'l-bedâyi'* I, 278; İbn Emîr, *et-Takrîr* II, 110-111; Behnesi, *el-Husûme fi'l-fikhi'l-cinâiyyi'l-İslâmi* (Beyrut: Dârü's-şurûk, 1987), 41.

54 Bk. Abdülazîz Amir, *et-Ta'zîr fi's-şer'ati'l-İslâmiyye* (Kahire: Dârü'l-fikr el-Arabî, 1969), 78-79.

55 Fenârî, *Füsûlu'l-bedâyi'* I, 278; İbn Emîr, *et-Takrîr* II, 111.

56 Hacak, "Hak Kavramının Analizi", 113.

57 Bk. Serahsî, *Usûl* II, 297; Fenârî, *Füsûlu'l-bedâyi'* I, 278; İbn Emîr, *et-Takrîr* II, 111.

yerine getirilmiş olmaktadır.

Kıyas yaptırımında kul hakkının hâkim olması onda eşitlikçi tavrın geçerli olduğunu göstermektedir. Serahsî'ye göre kıyas karşılıklı denklik prensibine göre uygulandığı için kendisinde kul hakkı hâkimdir.⁵⁸ Johansen sadece Hanefi hukukunun benimsediği esasa göre kıyasta bütün tebaanın kanun önünde eşit olduğunu belirtmektedir. Burada Müslüman hükümete tabi olmak şeklindeki siyasi statü tek eşitlik kriteridir.⁵⁹ Hanefiler bu tavrı insan hayatını korumanın sadece özel bir menfaat değil aynı zamanda toplumun bir menfaati olduğuna dikkat çekerek temellendirmektedirler. Bu kamusal menfaat nedeniyle cinayet için verilen ölüm cezası sadece kul hakkı değildir. Aynı zamanda bir Allah hakkıdır.⁶⁰

Kıyas cezasının kısmen de olsa içerdiği umumi menfaat bazı araştırmacılar tarafından ihmal edilmiştir. F. J. Schacht kıyas ve müessir fiillerden doğan bütün sorumlulukların kul hakkının konusu olduğunu ve adam öldürme suçunda bile resmi bir takibat ve icraatın söz konusu olmadığını öne sürmüştür.⁶¹ Uriel Heyd Osmanlı uygulamasında taraflar diyet üzerinde anlaşsa bile kanunların ek olarak suçluyu para cezasına çarptırdığını belirtmekte ve bu durumun kıyasta dolaylı olarak kamusal bir nitelik tesis ettiğini iddia etmektedir. O bu niteliğin Allah hakkı ve/veya kul hakkının yanında üçüncü bir hak kategorisi olarak gördüğü *hakk-ı saltanat* tabiri ile açıklanabileceğini ifade etmektedir. Heyd'e göre bu bir tür devlet hakkına tekabül etmektedir.⁶² Imber adam öldürme ve yaralama fiillerinin suç olmaktan ziyade haksız fiil (*tort*) olduğunu ve takdir edilecek

58 Serahsî, *Usûl* II, 297.

59 Bu genel yargının bazı istisnaları vardır. Mesela çocuk baba, anne ve daha yukarısı için kıyasen ölüm cezasına çarptırılmakla birlikte tersi geçerli değildir. Yine efendi kölesi karşılığında kıyasen öldürülmemektedir. Bk. Hâfızüddîn Muhammed b. Muhammed İbnü'l-Bezzâz el-Kerderî, *el-Fetâvâ'l-bezzâziyye* VI, el-Fetâvâ'l-Hindiyye'nin hamisinde (Bulak: el-Matba'atü'l-emriyye, 1310), 381; Çivizâde Muhyiddin Mehmed Efendi, *Mecmû'atü'l-fetâvâ*, Süleymaniye Ktp., Kılıç Ali Paşa, nr: 496, vr. 325b; Veli b. Yusuf Veli Yegân, *Mecmû'atü'l-fetâvâ*, Süleymaniye Kütüphanesi, Çelebi Abdullah, nr: 151, vr. 200a-201b.

60 Bk. Johansen, "Secular and Religious Elements in Hanefite Law", 208-209.

61 Franz Joseph Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. M. Dağ, A. Şener (Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1986), 183.

62 Bk. Uriel Heyd, *Studies in Old Criminal Law*, Ed. V. L. Menage (Oxford: Oxford University Press, 1973), 205; a. mlf., "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", çev. Selahaddin Eroğlu, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16, 1 (1983), 648.

yaptırımların cezadan ziyade fail ile mağdur taraf arasındaki statükoyu yeniden tesis etmeye yönelik bir telafi olduğunu iddia etmektedir.⁶³ Oysa Hanefilere göre kısas ve diğer müessir fiillerde kul hakkı hâkim olmakla birlikte Allah hakkı da bulunmaktadır. Hanefi ceza hukukunda Allah hakkı *fesad-ı âlemi izale* etmeyi ifade etmektedir. Kısastaki bu kamusal mana nedeniyle cinayet ve ağır yaralama suçlarında mağdurun şikâyetine bakılmaksızın suçun kamu otoritesi tarafından resen kovuşturulma hak ve sorumluluğu bulunmaktadır. Mağdur mahkemede faili affetse ya da onunla belli bir bedel üzerinde sulh olsa bile kamu nizamını temin etmekle görevli olan kamu otoritesi suçun ihlal ettiği kamusal menfaatin karşılığı olarak yine tazir cezası verme hak ve sorumluluğuna sahiptir. Akman'ın ifadesiyle bu durumda devlet tüzel kişiliğinin faili serbest bırakması düşünülemez. Kovuşturma ve yargılama yine yapılacak ve faile uygun bir ceza verilecektir.⁶⁴

Zina, hırsızlık, sarhoşluk/şarap içme ve kazf hadleri ile kısas cezası Şari' tarafından belirlenmiş yaptırımlardır. Ancak bütün bir âlemin maslahat ve menfaatine ilişkin yaptırımlar sadece Şari' tarafından belirlenmiş belli formlardan ibaret değildir. Johansen'in deyişiyle hükümete ve yargıya kişiler arasında eşit ilişkilere dayanan sahayı ve kamusal alanı korumak için tazir ve siyaset gibi ek kategoriler verilmiştir.⁶⁵

Bu kategorilerden tazir Hanefi fakihlerin ıstılahında faili had uygulamadan tedip etmek anlamına gelmektedir.⁶⁶ Başka bir ifadeyle tazir kendisine had ve kefarete bulunmayan her bir *masiyette* Allah ya da kul hakkı olarak vacip olan takdir edilmemiş *ukubettir*.⁶⁷ Tazirin aksine hadlerin mahiyeti, müeyyidelerin nerede, nasıl, hangi ölçüde uygulanacağı Şari' ta-

63 Bk. Imber, *The Islamic Legal Tradition*, 211; a. mlf., *Şeriattan Kanuna*, 220.

64 Akman, *Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması*, 28.

65 Johansen, "Secular and Religious Elements in Hanefite Law", 216.

66 Bk. Mevlânâ Alâüddîn Ali el-Arabî el-Halebî Molla Arab, *Fetâvâ-ı Mevlânâ Arab*, Süleymaniye Ktp., Bağdatlı Vehbi, nr: 585, vr. 21b; İbn Kemal Ahmed Şemseddîn Kemalpaşazâde, *el-İzâh fî şerhi'l-İslâh* II, thk. Abdullah Davud Halef el-Muhammedi, Mahmûd Şemseddîn Emir el-Huzâî (Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2007), 26; Çivizâde Muhyiddin b. İlyas, *Risâle müte'allika bi't-teazir* 4 (Abdullah Özer "İslam Hukuk Literatüründe Tazir Risaleleri ve Şeyhülislam Muhyiddin b. İlyas Çivizâde'nin Risâle Müteallika bi't-teazir Adlı Eseri" İçinde, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2000), 4); Mahmûd b. Pir Muhammed el-Fenârî, *Mesâilü't-ta'zîr ve Hudûdi'l-Cinayât*, Süleymaniye Ktp., Şehit Ali Paşa, nr: 949, vr. 2b.

67 Amir, *et-Ta'zîr*, 52.

rafından bağlayıcı bir şekilde tam olarak belirlenmiştir. Müellifler bu durumu, “Had *mukadderdir*; tazir ise *imamın reyine mufavvazdır*.” şeklinde ifade etmektedirler.⁶⁸ Tazir kapsamında vazedilen yaptırımlar hususi ve/veya umumi menfaatlerin gereği olarak uygulanabilmektedir. Hanefi ceza literatüründe mutlak olarak kullanıldığında tazir terimi ile kastedilen suç esas itibariyle hususi menfaatleri ihlal eden sövme ve hakarettir.⁶⁹ Tazirin kul hakkı olduğu, onda af, ibra, kadınların erkeklerle birlikte şahitliği ve yemin gibi durumların geçerli olduğu söylenirken özel olarak bu suç kastedilmektedir.⁷⁰ Ancak tazirin kapsamı çok daha geniştir. Mesela zina suçu işleyen bir kimse bütün bir âlemin maslahatını ihlal ettiği için had cezasına müstahak olmaktadır. Şer’i bir ıskat edici sebebiyle zina haddinin uygulanmadığı durumlarda kamu otoritesi yine ihlal edilen umumi menfaat gereği uygun bir tazir cezası takdir edebilmektedir. Bazı suçlarda tazir hem hususi ve hem de umumi menfaat gereği uygulanmaktadır. Mesela kazf suçu işleyen bir kimseye şer’i bir nedenle had cezası uygulanmadığında her iki hakkı yerine getirmek üzere tazir cezası verilebilmektedir.

Hanefi ceza hukuk ilminde siyaset had-kıyas dışı alanda doğrudan kamu otoritesinin vazettiği sırf Allah hakkı olan yaptırımları ifade etmektedir. İbn Nüceym’e göre siyaset, “*Hâkim* tarafından gördüğü bir *maslahat* üzerine bir şeyin, hakkında *cüzi bir delil* varit olmasa bile yapılmasıdır.”⁷¹ Başka bir ifadeyle, “*Siyaset hâkimin şer’den varit olmaksızın amme maslahatı için yaptığı şeydir.*”⁷² Buna göre siyaset doğrudan *hâkimin* yani kamu otoritesinin ya da naibinin tek tek fertlerin ötesinde amme maslahatı icabı vazettiği yaptırımdır. Siyaset yaptırımını Allah hakkı gereği vazedilen hadler gibi öncelikli olarak âlemi fesattan arındırmayı yani ceza hukuku bağlamında ifade edilecek olursa suçların tehdit ettiği umumi menfaatleri korumayı ve bu menfaatlerin toplumda tesis ettiği salâhi muhafaza

68 Molla Arab, *Fetâvâ*, vr. 21b; Çivizâde, *Risâle*, 4; Mahmûd el-Fenârî, *Mesâilü't-ta'zîr*, vr. 6b.

69 Bk. Ekmelüddîn Muhammed b. Muhammed el-Bâbertî, *el-Înâye, Fethü'l-kadîr*'le Birlikte V (Beyrut: Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2003), 329.

70 Bk. Çivizâde, *Risâle*, 21-22-23-25.

71 Zeynüddîn Zeyn b. İbrahim İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik* V (Kahire: el-Matba'atü'l-İlmiyye, 1311), 11.

72 İbn Nüceym, “Beyânü'r-rüşve ve aksâmuha”, *Resailü İbn Nüceym*, thk. Halil Meyyis (Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1980), 117.

etmeyi hedeflemektedir.⁷³ Hem doğrudan kamu otoritesi tarafından resen vazedilmesi hem de tek tek fertlerin menfaatlerinin ötesinde münhasıran bütün bir âlemin maslahatını temin etmeyi amaçlaması açısından siyaset Hanefi geleneğinde modern anlamda kamusalılık fikri içeren en yakın ceza kategorisi gibi görünmektedir.

Sonuç

Modern ceza hukuku umumi menfaatleri önceleme, bireyler arasında gerçekleşse bile topluma ve devlete zarar veren fiilleri ele alma, faili toplum adına devlet organları aracılığıyla cezalandırma ve zanlılar ile devlet organları arasındaki eşit olmayan dikey ilişkileri ihtiva etme gibi özellikler sebebiyle genellikle kamusal bir alan olarak görülmektedir. Modern ceza hukukunu kamusal yapan bu özelliklerin benzerlerine Hanefi ceza hukukunda da rastlanmaktadır. Hanefi ceza hukukunun kamusalılığı esas itibariyle Allah hakkı kavramı üzerinden tesis edilmektedir. Bu kavram tek tek kişilerin inhisarında olmayan fakat bütün insanların ortaklaşa sahip olduğu umumi maslahatları ifade etmektedir. Kişilerin kendi özel menfaatleri hakkında kul hakkı kavramı kullanılmaktadır. Hanefi hukukçulara göre zina, hırsızlık ve şarap içme/sarhoş olma suçları için konulan hadler bütün insanların menfaati için uygulanmaktadır. Davalar resen kamu otoritesi tarafından açılmakta, cezalar münhasıran onun sorumluluğunda infaz edilmektedir. Bu aşamalarda fail ile kamu otoritesi arasında tarafların eşit olmadığı ilişkiler meydana gelmektedir. Kazf hadi ve kısas gibi cezalar hem bütün bir toplumun maslahatına hem de tek tek kulların menfaatine uygulanmaktadır. Her iki ceza da içerdiği umumi menfaat nedeniyle kamu otoritesi tarafından kamusal bir dava olarak ele alınabilmektedir.

Allah hakkının gözetilmesinden sorumlu olan kamu otoritesi Şari' tarafından belirlenmiş olan had-kisas tipi cezaların yanında/yerine/dışında bütün insanların menfaatlerini gözeten tazir ve siyaset türü yaptırımlar vazedebilmektedir. Tazir ve siyaset alanı kamu otoritesinin Allah hakkı konseptini kullanarak sırf kendi iradesiyle bir tür "devlet" hukuku şeklinde suç ve cezalar vazedmesine imkân vermektedir. Burası Hanefi

73 Peters siyasetin toplumu hukuka ve düzene tehdit (*fitne*) oluşturan kişilerden korumak üzere kamu yararı (*public interest*) için tatbik edildiğini belirtmektedir. Rudolph Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law* (New York: Cambridge University Press, 2005), 68.

ceza geleneğinin modern anlamda kamusalığa en yakın olduğu noktadır. Ancak bu noktada bile modern anlamıyla tam bir kamusalıktan bahsetmek mümkün değildir. Zira suç ve cezalar bütün insanların menfaatinin gözetme hususunda Şari'in vekili olarak görülen kamu otoritesi tarafından vazedilmektedir. Oysa modern ceza hukukunda kamusal menfaatleri muhafaza etmeyi amaçlayan cezai formlar mutlak halk egemenliğine dayanan seküler dinamikler tarafından tayin edilmektedir.

Hanefi hukukçular fertlerin hususi haklarını ihlal eden yönler içerenler de dâhil olmak üzere işlenen her suçun bir yönüyle Allah hakkını; umumi menfaatleri ihlal ettiğini düşünmektedirler. Hatta bütünüyle kişilerin özel menfaatlerini ihlal eden haksız fiiller bile ilgili şer'i hükmü çiğnedikleri için aynı zamanda umumi menfaatlere halel getiren yönler içermektedir. Şari'in vekili sıfatıyla umumi menfaatlerin gözetilmesinde hak ve sorumluluğu bulunan kamu otoritesinin bu fikri takip ederek toplumda meydana gelen her bir suçu ve haksız fiili kamusal dava olarak ele alma imkânı bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında Hanefi ceza hukukunun bütünüyle kamusal bir nitelik taşıdığını söylemek mümkün olmaktadır.

Kaynakça

Akman, Mehmet. *Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması*. İstanbul: Eren Yayınları, 2004.

Âmir, Abdülazîz. *et-Ta'zîr fi's-şer'ati'l-İslâmiyye*. Kahire: Dârü'l-fikr el-Arabî, 1969.

Appleby, G., Reilly, A., Grenfell, L. *Australian Public Law*. South Melbourne: Vic. Oxford University Press, 2014.

Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Muhammed. *el-Înâye, Fet-hü'l-kadîr* le Birlikte. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003.

Bardakoğlu, Ali. "Hak". *DİA*. XV (1997): 139-151.

Barnett, Randy E. "Foreword: Four Senses of the Public Law-Private Law Distinction". *Harvard Journal of Law & Public Policy*. c. IX. sy. 2. (1986): 267-276.

Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.

Buhârî, Alaüddîn Abdülazîz b. Muhammed. *Keşfü'l-esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.

Çivizâde, Muhyiddin Mehmed b. İlyas. *Mecmû'atü'l-fetâvâ*. Kılıç Ali Paşa: Süleymaniye Ktp., nr. 496.

Dubber, Markus D. "Criminal Law between Public and Private," *The Boundaries of the Criminal law*. Ed. by. R.A. Duff, Lindsay Farmer v.d. Oxford: Oxford University Press (2010): 191-213.

Duff, R.A., Marshall, S.E. "Public and Private Wrongs," *Essays in Criminal law in Honor of Sir Gerald Gordon*. Edinburg: Oxford University Press (2010): 71-87.

Ebüssuûd, Muhammed. *Mecmû'atü'l-fetâvâ*. der. Veli b. Yusuf Veli Yegân. Süleymaniye Ktp., Çelebi Abdullah, nr: 151.

Fenârî, Mahmûd b. Pir Muhammed. *Mesâilü't-ta'zîr ve Hudûdi'l-Cinâyât*. Süleymaniye Ktp., Şehit Ali Paşa. nr: 949.

Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2011.

Hacak, Hasan. "İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi". Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: MÜSBE, 2000.

Hacak, Hasan. "The Basis and Effects of the Division Between Private and Public Law in Classical Islamic Law". *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. sy. 45 (2013): 51-66.

Heyd, Uriel. *Studies in Old Criminal Law*. Ed. V. L. Menage. Oxford: Oxford University, 1973.

Heyd, Uriel. "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat". çev. Selahaddin Eroğlu, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi XXVI*, sy. 1 (1983): 633-652.

Hoexter, Miriam. "Huquq Allah and Huquq al-'İbâd as Reflected in the Waqf Institution". *Jerusalem Studies in Arabic and Islam* 19 (1995): 133-156.

İbn Emîru Hac, Ebu Abdullah Şemseddîn Muhammed b. Muhammed. *et-Takrîr ve't-tahbîr*. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1983.

İbn Nuceym, Zeynüddîn Zeyn b. İbrahim. *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik*. Kahire: el-Matba'atü'l-ilmiyye, 1311.

İbn Nüceym. "Beyânü'r-rüşve ve aksâmüha". *Resailü İbn Nüceym*. thk. Halil Meyyis. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye (1980): 110-122.

İbnü'l-Bezzâz, Hâfızüddîn Muhammed b. Muhammed el-Kerderî. *el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye*. el-Fetâvâ'l-Hindiyye'nin hamışinde. Bulak: el-Matba'atü'l-emîriyye, 1310.

Imber, Colin. *Ebu's-su'ud: The Islamic Legal Tradition*. Edinburg: Edinburg University Press, 1997.

....., Colin. Şeriatten Kanuna: *Ebüssuûd ve Osmanlı'da İslami Hukuk*. çev. Murteza Bedir. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2004.

Johansen, Baber. "Secular and Religious Elements in Hanefite Law. Function and Limits of the Absolute Character of Government Authority". *Contingency in a Sacred Law: Legal and Ethical Norms in the Muslim fiqh*. Leiden, E.J. Brill (1999): 189-218.

Kemalpaşazâde, Ahmed Şemseddîn İbn Kemâl. *el-İzâh fî şerhi'l-İslâh*, thk. Abdullah Davud Halef el-Muhammedi, Mahmûd Şemseddîn Emir el-Huzaî. Beyrut: Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2007.

Kâsânî, Ebu Bekr Alâüddîn Ebu Bekr b. Mes'ûd. *Bedâi'u's-sanâi' fî Tertîbi's-şerâi'*. Beyrut: Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1986.

Merginânî, Ebü'l-Hasan Burhâneddîn Ali b. Ebî Bekr. *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedi'*. thk. Muhammed Muhammed Tamir, Hâfız Aşur Hâfiz. Kahire: Darü's-selâm, 2000.

Michaels, Ralf; Jansen, Nils. "Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization". *The American Journal of Comparative Law*. LIV (2006): 843-890.

Molla Arab, Mevlânâ Alâüddîn Ali el-Arabî el-Halebî. *Fetâvâ-ı Mevlânâ Arab*. Süleymaniye Kütüphanesi. Bağdatlı Vehbi. nr. 585.

Molla Fenârî, Şemseddîn Muhammed b. Hamza. *Füsûlü'l-bedâyi' fî Usûli's-şerayi'*. İstanbul: Şeyh Yahya Efendi Matbaası, 1872.

Molla Hüsrev, Hüsrev Mehmed Efendi. *Dürerü'l-hükkâm fî şerh-i Gureri'l-ahkâm*. İstanbul: Matba'a-i ve Kitabhâne-i Mehmed Esad, 1300.

Özer, Abdullah. "İslam Hukuk Literatüründe Tazir Risaleleri ve Şeyhülislam Muhyiddin b. İlyas Çivizâde'nin Risâle Mûteallika bi't-teazir Adlı

Eseri". Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2000.

Peters, Rudolph. *Crime and Punishment in Islamic Law*. New York: Cambridge University Press, 2005.

Pezdevî, Ebü'l-Usr Fahrü'l-İslam Ali b. Muhammed. *Kenzü'l-vüsûl ila Ma'rifeti'l-usûl*. Karaçi: Mîr Muhammed Ktp., t.y.

Poggi, Giafranco. *Modern Devletin Gelişimi: Sosyolojik Bir Yaklaşım*. çev. Şule Kut, Binnaz Toprak. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014.

Schacht, Franz Joseph. *İslam Hukukuna Giriş*. çev. M. Dağ, A. Şener. Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1986.

Serahsî, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed. *el-Mebsût*, Beyrut: Dârü'l-ma'rife, 1989.

Serahsî, Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed. *Usûlü's-Serahsî*. thk. Ebü'l-Vefâ el-Efgânî. Kahire: Dârü'l-Kitâbi'l-Arabî, t.y.

Weiss, Bernard G. *The Spirit of Islamic Law*. Athens: The University of Georgia Press, 1998.