

COLİN İMBER'İN KLASİK OSMANLI CEZA HUKUKU HAKKINDAKİ YAKLAŞIMLARINA DAİR ELEŞTİREL NOTLAR

CRITICAL NOTES ON COLIN İMBER'S APPROACHES TO CLASSICAL OTTOMAN CRIMINAL LAW

Muharrem Midilli*

ÖZ

Bu çalışmada Colin Imber'in klasik Osmanlı ceza hukukuna ilişkin yaklaşımları eleştirel bir tarzda ele alınmaktadır. Amaç, birçok oryantalist çalışmada görülen benzer sorunlara Imber örneğinde dikkat çekmektir. Müellif, Hanefi geleneğinde ceza hukuku fikrine karşılık gelen çok az şey bulunduğunu iddia eder. Ona göre hadler genellikle katı muhakeme şartları nedeniyle uygulanamaz, kısas cezadan ziyade özel kişiler arası bir telafidir, tazir bütünüyle kamu otoritesine bırakılmış hukuk dışı bir alandır. Oysa Hanefi hukuk geleneğinde hadler gerçek hukuk hayatının dışında kalacak kadar katı muhakeme şartları taşımaz, kısas salt ceza özelliği de içerir ve tazir prensip olarak hukukun dışında görülmez. Imber, Osmanlı ceza hukukunun gelişiminde Hanefi hukuk geleneğinin çok az etkili olduğunu söyler ve klasik ceza kanunlarının önemli bir kısmını şeriata aykırı bulur. Aynı yaklaşımla başta Ebussuud Efendi olmak üzere Osmanlı müftülerinin ceza hukukuna ilişkin birçok fetvasını Hanefi geleneğine karşıt yeni çözümlemeler olarak takdim eder. Ne var ki ilgili kanun ve fetvaların Hanefi hukuk geleneğinde tazir kapsamında meşru görülebilen kadim şeyler olduğuna dikkat etmez. Çalışma Imber'in bu ve benzeri sorunlu yaklaşımlarını analiz etmekte ve yorumlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Colin Imber, Osmanlı, Ceza Hukuku, Hanefi Mezhebi, Kanun.

* Dr. Öğr. Üyesi, Trabzon Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, muharrem_midilli@trabzon.edu.tr. Bu makale 5-6 Kasım 2018 tarihinde İstanbul Üniversitesi Sadri Maksudi Arsal Hukuk Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin (HTAM) tertip ettiği III. Türk Hukuk Tarihi Kongresi'nde sözlü olarak sunulan ve sadece özet olarak basılan, "Colin Imber'in İslam/Osmanlı Ceza Hukuku Hakkındaki Görüşlerine Dair Bir Değerlendirme" başlıklı tebliğin geliştirilmesiyle meydana gelmiştir.

ABSTRACT

In this study, Colin Imber's approaches to classical Ottoman criminal law are critically discussed. The aim is to draw attention to the similar problems seen in many orientalist works in the example of Imber. The author claims that there is very little in the *Hanafi* legal tradition corresponding to the idea of criminal law. According to him, the fixed penalties (*hadd*) are generally not applicable due to strict trial procedure, the retaliation (*qisas*) is a compensation between private persons rather than punishment, and discretionary punishment (*tazir*) is an area outside the law entirely left to the public authority. In *Hanafi* legal tradition, however, the fixed penalties do not have strict trial procedure to be outside the real life of law, the retaliation also includes a purely criminal feature and the discretionary punishment is not seen outside the law in principle. Imber suggests that the *Hanafi* tradition had little effect on the development of the Ottoman criminal law, and he finds an important part of the classical criminal laws against the *sharia*. With the same approach, he introduces many *fatwas* of the Ottoman *muftis*, especially Ebussuud Efendi, as new solutions against the *Hanafi* legal tradition. Nevertheless, he does not pay attention to the fact that the relevant laws and fatwas are ancient things that can be seen legitimate as part of discretionary punishment in the *Hanafi* legal tradition. The study analyzes and interprets these and similar problematic approaches of Imber.

Keywords: Colin Imber, Ottoman, Criminal law, *Hanafi* Law, *Qanun*.

*

Giriş

Klasik Osmanlı ceza hukukuna ilişkin oryantalist çalışmalarda Uriel Heyd'in 1973 yılında yayımlanan *Studies in Old Ottoman Criminal Law* isimli eseri bir dönüm noktası teşkil eder. Klasik Osmanlı ceza kanunlarına odaklanan bu abidevi eser kendi alanında yapılan çalışmalar üzerinde belirleyici bir tesir göstermiştir. Heyd'in klasik Osmanlı ceza hukukunu ele alırken genellikle ihmal ettiği Hanefi hukuk geleneği kendisinden sonraki bazı Batılı araştırmacılar tarafından Osmanlı ceza kanunlarıyla birlikte mukayeseli olarak ele alınmaya çalışılmıştır. Çağdaş İngiliz tarihçi Colin Imber bu araştırmacılar arasında yer almaktadır.¹ Manchester Üniversitesi'nde uzun yıllar Türkçe okutmanlığı yapmış olan Imber, 1981'de yayımlanan, "Zina in Ottoman Law" isimli makalesinde,

¹ Doktora tezini klasik dönem Osmanlı donanması üzerinde yapmış olan Imber genelde kuruluş ve klasik dönem Osmanlı tarihiyle ilgilenmiş, Osmanlı hukukuna özel bir önem vermiştir. 1996 yılında İstanbul'da The Isis Press tarafından basılan ve müellifin makalelerini derleyen *Studies in Ottoman History and Law* isimli kitabın içindekiler kısmına bakmak müellifin Osmanlı tarihi ve hukuku alanında ilgi gösterdiği konuları görmek için yeterlidir.

Heyd'in neşrettiği 1540 tarihli Osmanlı ceza kanunnamesinin cinsel suçlara dair ilk kısmını Hanefi fıkının birtakım temel metinlerindeki mukabil kısımlarla kıyaslar. Amacı şeriatın “seküler” kanunun gelişimine olan etkisini saptamaktır. Makalede ayrıca aynı konu hakkında genellikle Ebussuud Efendi'ye ait pek çok fetvayı inceler.² Müellif, Osmanlı ceza hukukuna ilişkin 1994 yılında yayımlanan, “Why You Should Poison Your Husband: A Note on Liability in Hanafi Law in the Ottoman Period” isimli makalesinde Hanefi hukuk doktrininde öldürme emri vermekle zehirlemek arasında hukuki sorumluluk yönünden örtülü bir benzerlik bulunduğunu öne sürer ve boşanmaya hukuki yol bulamayan kadınlara, bazı durumlarda kocalarını zehirlenmelerini tavsiye eden kimi fetvaları bu benzerlikle ilişkilendirir.³ Imber, Osmanlı hukuk tarihinde şariat ile kanunu birbiriyle uyumlu hale getiren kişinin Ebussuud Efendi olduğu tezini hukukun muhtelif alanları üzerinden temellendirmeye çalıştığı *Ebu's-su'ud: The Islamic Legal Tradition* isimli eserinin üçüncü bölümünde Hanefi hukuk teorisi, klasik Osmanlı kanunları ve Ebussuud Efendi'nin fetvaları eşliğinde toprak, vergi, vakıf ve aile hukukuna ilişkin konuların yanında bir takım ceza hukuku konularına da yer verir.⁴ Imber'in Osmanlı ceza hukukuna ilişkin bu çalışmalarında eleştiriye açık bazı tespit ve düşünceler bulunmaktadır. Şimdiye kadar bu tespit ve düşüncelerin kapsamlı bir değerlendirmesi yapılmamıştır. Yalnız *Ebu's-su'ud* isimli eser yayımlandıktan üç yıl sonra Mehmet Akif Aydın tarafından neşredilmiş bir kitap tanıtım yazısında müellifin bazı yaklaşımları eleştirilmiştir.⁵ Tanıtım yazısının sonunda Imber'in hatalı görüşlerinin sadece bir kısmına değindiğini belirten Aydın, Osmanlı ceza hukuku bağlamındaki eleştirilerinde müellifin itlaf ve gasp terimlerini yanlış değerlendirmesi, hukuki-cezai sorumluluk ayırımına dikkat etmemesi, medeni davalardaki şahitlik nisabını ceza davalarına teşmil etmesi ve İslam ceza hukukunda suçları had-cinayet-gasp-tazir şeklinde dörde ayırması gibi hususlarla yetinir.⁶ Aşağıda bu eleştirilerin ayrıntılarına yer verilecektir.

² Colin Imber, “Zina in Ottoman Law”, *Contribution à l'histoire économique et sociale de l'Empire ottoman, Collection Turcica*, sy. 3, s. 59-92. Makale daha sonra *Studies in Ottoman History and Law* isimli kitapta yeniden neşredilmiştir (İstanbul: The Isis Press, 1996, 175-206). Makalenin çevirisi için bkz. “Osmanlı Hukukunda Zina”, çev. Muharrem Midilli, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 29, 2017, 505-538.

³ Colin Imber, “Why You Should Poison Your Husband: A Note on Liability in Hanafi Law in the Ottoman Period”, *Islamic Law and Society*, 1/2, s. 206-216.

⁴ Colin Imber, *Ebu's-su'ud: The Islamic Legal Tradition*, Edinburg: Edinburg University, 1997. Eserin tercümesi için bkz. *Şeriattan Kanuna Ebussuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk*, çev. Mürteza Bedir, İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2004.

⁵ Mehmet Akif Aydın, *Osmanlı Araştırmaları*, 2000, sy. 20, s. 412-418.

⁶ Aydın, s. 414-417.

Bu çalışma Imber'in klasik Osmanlı ceza hukukuna ilişkin eleştiriye açık tespit ve düşüncelerini kapsamlı bir şekilde ele almaya çalışmaktadır. Amaç Imber örneğinde klasik Osmanlı ceza hukukuna ilişkin oryantalist yaklaşımlardaki hata ve noksanlıklara dikkat çekmek ve bu vesileyle klasik Osmanlı ceza hukukunun bazı temel meselelerini yeniden düşündürmektir. Müellifin klasik Osmanlı ceza hukukuna ilişkin isabetli tespit ve düşünceleri de vardır.⁷ Ancak bunları çalışmaya dâhil etmek belirtilen amacın dışına çıkmak olurdu ve şüphesiz makale hacmini aşardı. Bununla birlikte yeri geldiğinde bu tespit ve düşüncelerden bazılarını işaret edilecektir. Çalışmanın başlığındaki, 'klasik Osmanlı ceza hukuku' ifadesi klasik dönemde ceza hukukunu yöneten şeriat ve kanun sistemlerinin her ikisini de içermek üzere kullanılmıştır. Bu sistemlerden şeriat, çalışma bağlamında genellikle Hanefi ceza hukukuna, kanun ise doğrudan Osmanlı hükümdarları tarafından vazedilen cezai hükümlere karşılık gelmektedir.

Imber'in klasik Osmanlı ceza hukukuna ilişkin eleştiriye açık yaklaşımları şu üç başlık altında ele alınabilir: 1. Hanefi ceza hukuk sistematigi ve ceza hukuku fikri, 2. Hanefi hukuku ve klasik Osmanlı ceza kanunları, 3. Ebussuud Efendi'nin Hanefi hukuku ve kanuna karşı tavrı.

1. Hanefi Ceza Hukuk Sistematigi ve Ceza Hukuku Fikri

Bilindiği üzere Hanefi ceza hukukunda suçlar genellikle had, kısas ve tazir şeklinde üç kısımda ele alınmaktadır. İlk iki kısım Şari' tarafından ayrıntılı bir şekilde tayin edilmiş sınırlı sayıdaki suçlarla ilgilidir ve her bir suçun sabit bir cezası vardır. Bunların dışında kalan geniş suç/kabahat alanı tazirden ibarettir ve kamu otoritesinin takdirine bırakılmıştır. Hanefi fakihler bu durumu belirtmek için karşılığında belirlenmiş bir ceza bulunmayan her *kebire* ya da *cinayetin* tazir kapsamında bulunduğunu⁸ ve tazirin kamu otoritesinin takdirine bira-

⁷ Bu bağlamda şeriat ve kanunun birbirini dışlayan hukuk sistemleri olarak görmenin yanlış olduğu ("Osmanlı Hukukunda Zina", s. 520), şeriatın zina suçunda en şiddetli cezayı *muhsan* için tahsis etmesine benzer şekilde kanunların en ağır para cezasını evli failler için vazettiği ("Osmanlı Hukukunda Zina", s. 512) ve kanunlarda kemiği ortaya çıkaran baş yarma ile kan akıtan baş yarma suçları arasındaki ayrımda Hanefi hukukunun etkili olduğu (*Şeriattan Kanuna*, s. 255) tespitleri zikredilebilir.

⁸ Bkz. Ekmelüddin Muhammed b. Muhammed el-Bâbertî, *el-Înâye*, [Fethü'l-kadîr'le Birlikte], Beyrut: Dârü'l-kütübü'l-ilmîyye, 2003, V, 252; Fahrüddin Osman b. Ali ez-Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik Şerhu Kenzi'd-dekâik*, Bulak: el-Matba'atü'l-kübrâ el-emîriyye, 1313, III, 207.

kılan *mufavvaz* bir yaptırım alanı olduğunu ifade ederler.⁹ İslam ceza hukukunda hadler, Şari' tarafından tam olarak belirlenmiş olmaları, salt suçun karşılığı olarak infaz edilmeleri, infazlarının kamu otoritesinin yetkisinde bulunması ve bütün bir toplum adına uygulanmaları bakımından modern ceza hukuku fikrine benzerler. Ayrıca tazir alanının özellikle salt Allah hakkı olarak uygulanan kısmı, yine bütün bir toplum adına uygulanması, sırf önleme amacı içermesi ve kamu otoritesine salt kamu yararına dayalı olarak düzenlemeler yapma yetkisi vermesi yönünden modern ceza hukuku fikriyle son derece uyumlu özellikler taşır.

Colin Imber, Hanefi geleneğinde tam olarak ceza hukukuna karşılık gelecek bir şey bulunmadığını iddia eder.¹⁰ Bu iddiasını temellendirmek için müellif önce hukukçuların diğer sistemlerin ceza gerektiren suçlar adı altında sınıflandırdıkları şeyleri hadler, cinayetler, gasp ve tazir şeklinde dört başlık altında ele aldıklarını belirtir,¹¹ daha sonra her bir başlığın neden ceza hukuku fikri içermediğini izah etmeye çalışır. Mehmet Akif Aydın, Imber'in bu taksimini eleştirmekte ve onun İslam hukukçularına nispet ettiği bu taksim için kaynak göstermediğini ifade etmektedir.¹² Gerçekten de bu dörtlü taksimde müstakil bir kısım olarak zikredilen gaspın gerektirdiği cezai sorumluluk had ve kısas dışında kaldığı için tazir kapsamındadır ve had-kisas-tazir üçlüsünün dışında ayrı bir kısım olarak ele alınmasına gerek yoktur. Hanefi fakihlere göre gasp mala yönelik bir *cinayettir*¹³ ve karşılığında belirlenmiş bir ceza bulunmayan her *cinayetin* tazir türünden bir cezai sorumluluğu bulunur. Müellif cezai sorumlu-

⁹ Mevlânâ Alâüddîn Ali el-Arabî (Molla Arab), *Fetâvâ-ı Mevlânâ Arab*, Süleymaniye Kütüphanesi, Bağdatlı Vehbi, nr. 585, vr. 21b; Çivizâde Muhyiddîn Mehmed Efendi, *Risâle Mûteallika bi't-te'âzir*, [Abdullah Özer, "İslâm Hukuk Literatüründe Tazir Risaleleri ve Şeyhülislâm Muhyiddin b. İlyas Çivizâde'nin Risâle Mûteallika bi't-te'âzir Adlı Eseri", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2000, tahkik kısmı], s. 4; Mahmûd b. Pir Muhammed el-Fenârî, *Mesâilü't-ta'zîr ve Hudûdi'l-cinâyât*, Süleymaniye Kütüphanesi, Şehit Ali Paşa, nr. 949, vr. 6b.

¹⁰ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 219. Müellif bu iddiasını dile getirdikten sonra Joseph Schacht'a atıf yapmaktadır. Schacht had ve kısas cezalarını, başka bir ifadeyle ceza hukukunun özel kısmını anlattıktan sonra İslâm'da *genel ceza hukuku kavramı* (*no general concept of penal law*) bulunmadığını ifade etmektedir. Franz Joseph Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş*, [Çev. M. Dağ, A. Şener], Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1986, s. 192. Bağlam dikkate alındığında Schacht aslında özel cezanın mukabili olarak genel cezayı kast ediyor gibi görünmektedir. Bu nedenle Imber'in yaptığı atıf kendi teziyle tam olarak uyumlu değildir.

¹¹ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 219.

¹² Aydın, s. 417.

¹³ Bkz. Mehmed b. Ferâmurz (Molla Hüsrev), *Dürrü'l-hükkâm fî Şerh-i Gurur-i'l-ahkâm*, İstanbul: Matba'a-i ve Kitabhâne-i Mehmed Esad, 1300, II, 112.

luğu bulunan bir haksız fiil olarak gaspı, had, kısas ve tazirin yanında dördüncü bir kısım olarak zikrederken bu duruma dikkat etmemektedir.

İmber zikrettiği dörtlü suç taksimindeki her bir kısmın neden ceza hukuku fikriyle uyumlu olmadığını ayrı ayrı izah etmeye çalışır. Ona göre hadlerin ceza hukuku fikriyle çok az ilişkisi vardır. Zina, zina iftirası, içki içme, hırsızlık ve yol kesme gibi suçlar için belirlenmiş olan hadler, infaz edilmeleri kamu otoritesinin yetkisinde olması yönünden ceza hukuku fikrine benzerler fakat benzerlik burada sona erer. Çünkü ceza hukukunun işlevi cezalandırmak ve caydırmaştır. Bu işlev için cezaların uygulanabilir olması gerekir. Fakat Hanefi hukukçular, Hz. Peygamber'in hadlerin elden geldiğince savuşturulması tavsiyesinden hareketle bu suçlardan mahkumiyeti son derece zorlaştıran, zina ve hırsızlıkta neredeyse imkânsız hale getiren aşırı katı muhakeme kuralları getirmişlerdir.¹⁴ Zina suçunda şeriat bilinçli olarak ve açık bir şekilde mahkumiyeti imkânsız hale getirmiş, bunu gerçekçi olmayan aşırı katı ispat kuralları ve *mülkiyet* şüphesi kavramını kullanarak yapmıştır. Ona göre fıkıh kitapları zina ve onunla ilgili meseleleri ele alırken ceza kanunundan daha çok bir etik sunarlar ve zina için yaptıkları had tarifleri gerçekten ziyade kötülüğün sembolik bir ifadesi gibi görünür.¹⁵ Yine katı muhakeme kuralları pratikte hırsızlık haddini tatbik etmeyi imkânsız hale getirmiştir. Fakihler cezaya tabi bir suç olarak hırsızlığı pratik hukuk hayatından kaldırmışlardır.¹⁶ Şarap içme/sarhoşluk suçunda da onlar açıkça cezaların hiçbir biçimde uygulanmamasını isterler.¹⁷ Muhakeme şartlarının çok katı olmadığı bu suçta failin kendi isteğiyle içtiği ispat edilmelidir. Kazf ve yol kesme suçlarını ispatlamak daha kolaydır. Ancak bunlardan zina iftirasının cezalandırılma amacı sadece zina davasının getirilmesini önlemektir. Sonuçta hadlerden ceza hukuku fikrine sadece yol kesme haddi uymaktadır.¹⁸

Görüldüğü üzere İmber hadlerle ceza hukuku fikri arasındaki benzerlikleri anlamsız hale getiren şeyin genellikle katı muhakeme şartları olduğunu iddia etmektedir. Ancak bu iddia abartılıdır¹⁹ ve birçok zayıf nokta içerir. Nitekim

¹⁴ İmber, *Şeriat Kanuna*, s. 220.

¹⁵ İmber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 506-507, 519.

¹⁶ İmber, *Şeriat Kanuna*, s. 101, 233.

¹⁷ İmber, *Şeriat Kanuna*, s. 102-103.

¹⁸ İmber, *Şeriat Kanuna*, s. 220.

¹⁹ Norman Calder, Hanefi hukukunun hadlerden kaçma prensibine sistematik öncelik veren bir tarzda yazıldığını ifade etmekle birlikte İmber'in Hanefi hukukunun zina suçunda mahkumiyeti bilinçli olarak ve açık bir şekilde imkânsız hale getirdiği iddiasını abartılı bulur. Ona göre belli bir dereceye

müellif kazf ve yol kesmeyi ispat etmenin daha kolay olduğunu kabul eder. Bunlardan kazf suçunu zinaya katarak görünür olmaktan çıkarmaya çalışması onun salt zina davasını önlemek için değil, daha çok kişilerin haysiyet ve şerefini muhafaza etmek için vazedildiği,²⁰ bu nedenle zinanın aksine kul hakkı da içerdiği,²¹ kendine has cezası bulunan müstakil bir suç olduğu ve fıkıh kitaplarında daima ayrı bir bahis altında incelendiği gerçeğiyle uyumsuz. Yine hırsızlık haddi için aranan şartlar gerçekten ayrıntılı olmasına rağmen onu bütünüyle gerçek hukuk hayatının dışına itecek kadar katı değildir.²² Bu durum İslam hukuk tarihinde Hz. Peygamber'den itibaren hırsızlık haddinin uygulandığını gösteren pek çok kayıt bulunmasından da anlaşılabilir.²³ İçki içme/sarhoşluk haddi de hukuki hayatın dışında kalacak kadar ağır teşekkül ve ispat şartları taşımaz.²⁴ Nitekim müellif bu suçta delilin standardını çok yüksek bulmaz. İçki içme/sarhoşluk haddinin İslam hukuk tarihinde uygulandığına dair birçok

kadar yorumsal becerinin hadleri daima uygulama dışı bırakacağını iddia etmek mantıklıdır. Norman Calder, *Islamic Jurisprudence in the Classical Area*, [ed. Colin Imber], New York: Cambridge University Press, 2010, s. 63-64.

²⁰ Ebû'l-Hasan Burhanüddîn Ali b. Ebî Bekr el-Mergînânî, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-mübeddî*, [thk. Muhammed Muhammed Tamir, Hâfız Aşûr Hâfız], Dârü's-Selâm, Kahire, 2000, II, 770-771; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm*, II, 91; Ahmed Fethi el-Behnesî, *el-Husûme fi'l-fikhi'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, Beyrut: Dârü's-şurûk, 1987, s. 41.

²¹ Mergînânî, *el-Hidâye*, II, 770-771; Abdülazîz Âmir, *et-Ta'zîr fi's-şer'iati'l-İslâmiyye*, Kahire: Dârü'l-fikr el-Arabî, 1969, s. 24.

²² Hanefilere göre el kesmeyi gerektiren hırsızlık, akıllı ve baliğ olup mal sahibi ile eş ya da mahrem ilişkisi bulunmayan bir kimsenin basılı tam ayar on dirhem para veya bu kıymette *mütekavvim*, çabuk bozulmayan ve ortak kullanıma açık (*mübah*) olmayan bir malı, giriş izni bulunmayan muhafaza (*hırz*) altındaki tek bir yerden veya kişiden ortaklık ya da sahiplik şüphesi bulunmayacak şekilde gizlice ve bizzat alıp götürmektir. Bu şekilde teşekkül eden suç failin ikrarı ya da iki şahitle ispat edilmelidir. Mergînânî, *el-Hidâye*, II, 780, 785; Muhammed b. Muhammed İbnü'l-Bezzâz el-Kerderî, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye*, [el-Fetâvâ'l-Hindiyye'nin kenarında], Bulak: *el-Matba'atü'l-emîriyye*, 1310, VI, 432; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm*, II, 99; Âmir, *et-Ta'zîr*, s. 212-215. Haddi gerektiren hırsızlık suçunun teşekkül ve ispat şartlarını toplu olarak görmek için bkz. Ali Bardakoğlu, "Hırsızlık", *DİA*, XVII, 1998, s. 386-390.

²³ Bardakoğlu, "Hırsızlık", s. 392-395; Ömer Menekşe, "XVII ve XVIII. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nde Hırsızlık Suçu ve Cezası", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 1998, s. 51-54; Menekşe'nin incelemesine göre XVII. asra ait 38 defterde 98 hırsızlık davası yer almış olup bunların beşi için had cezasına hükmedilmiştir (A.e., s. 75, 113).

²⁴ Molla Hüsrev'in bu şartları bir araya getiren formülüne göre bir damla da olsa şarap içen ve kokusuyla yakalanan ya da şarap dışında nebiz gibi sarhoş edici bir içeceklerle sarhoş olup erkekle kadını birbirinden ayıramayacak derecede akli giden kişi şarap içtiğini ya da başka sarhoş edici bir şeyle sarhoş olduğunu bir kez ikrar ederse veya iki erkek bu duruma şahitlik ederse ve fail isteyerek içmişse kendisine seksen sopa had cezası verilir. Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm*, II, 88.

kayıt vardır.²⁵ Imber'i iddiasında kısmen haklı çıkaracak tek ceza zina haddidir. Haddi gerektiren zina suçunun özellikle şahitlerle ispatlanması, çok ayrıntılı ispat şartları gerektirdiği için oldukça zordur.²⁶ Nitekim eldeki veriler İslam hukuk tarihinde zina haddinin nispeten daha az uygulanmış olduğunu göstermektedir. Ancak nadiren de olsa uygulanmış olması²⁷ zina haddinin tatbikinin imkânsız olduğu iddiasını geçersiz kılmak için yeterlidir.

Imber'e göre zina haddinin tatbiki devlet için değil, özel şahıslar için önemlidir. Zina suçunda mahkumiyetin imkânsızlığı cezanın kamusal alandan özel alana geçmesine neden olmuştur.²⁸ Klasik sonrası Hanefi öğretisinde ortaya çıkan bu uygulamanın gerçek kaynağı İslam toplumlarındaki örfi hukuktur. Hukukçular popüler "namus yasası"nı resmi hukuka dâhil etmişlerdir.²⁹ Müellif bu yaklaşımında Hanefi hukukçuların, karısını/mahremine ve suç ortağını zina sırasında öldüren erkeklere kisası gerekli görmeyen hükmünden esinlenmiş görülmektedir.³⁰ Oysa katile kisasın gerekli görülmemesi kendi başına cezanın kamusal alandan özel alana geçtiğini göstermez. Hanefi geleneği belirtilen durumda öldürmeyi asli ve sürekli bir hukuki yol olarak değil, sadece kötülüğün işlenme anına mahsus *emr-i bi'l-ma'rûf* niteliğinde bir önleme ve engelleme

²⁵ İçki içme/sarhoşluk nedeniyle klasik Osmanlı uygulamasında had cezası verilen bazı kayıtlar için bkz. Muharrem Midilli, *Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda Şeriat-Kanun Ayrımı*, İstanbul: Klasik Yayınları, 2019, s. 216.

²⁶ Zina suçu, "Dinen sorumlu bir kimsenin cinsel istek uyandıran bir kadınla önden, sahip olma ve sahip olma şüphesi bulunmadan isteyerek cinsel ilişki kurması" şeklindeki tanımla (Merginânî, *el-Hidâye*, II, 748; Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm*, II, 78) gerçekleşse bile ikrar ya da dört şahitle ispatlanması gerekir. Failler ikrar etmedikçe suçu en ince ayrıntısına kadar gören dört tanık bulmak hiç de kolay değildir. Ayrıca recmi gerektiren zina *muhsan* tarafından işlenmiş olmalıdır. Mükellef bir Müslümanın *muhsan* sayılması için sahih bir nikâhla evlenmiş olmasının yanında eşiyle her ikisi de ihsan sıfatı üzere iken ilişkiye girmiş olması gerekir. Ebû'l-mehâsin Fahrüddîn Hasan b. Mansûr el-Özkendî (Kâdîhan), *el-Fetâvâ'l-Hâniyye*, [Fetava'l-Hindiyye'nin kenarında], Bulak: *el-Matba'atü'l-emîriyye*, 1310, III, 473; Merginânî, *el-Hidâye*, II, 744.

²⁷ Osmanlı tarihinde zina haddinin uygulandığını gösteren bazı kayıtlar için bkz. Midilli, *Şeriat-Kanun Ayrımı*, s. 198.

²⁸ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 510, 519.

²⁹ Imber, *Şeriatın Kanuna*, s. 263-264.

³⁰ Hanefi fakihler bu durumda ikrah varsa erkeğin, gönüllü birliktelik varsa her iki tarafın da öldürülmesini meşru gören fetvaları bir kimsenin muhtesip olmasa da tazir uygulayabileceğine delil olarak görür. Bkz. Kemalüddîn Muhammed b. Abdülvâhid İbnü'l-Hümâm, *Şerhü Fethü'l-kadîr*, Beyrut: *Dârü'l-kütübü'l-ilmiyye*, 2003, V, 330; Çivizâde, *Risâle*, s. 7; Kemalüddîn İbrahim b. Bahşî (Dede Cöngî), *es-Siyâsetü's-şer'iyye*, [thk. Fuad Abdülmün'im], İskenderiyye: Müessesetü's şebâbi'l-câmi'a, t.y., s. 139, 142.

olarak takdim eder.³¹ Nitekim suç/kötülük işlendikten sonra tazir ancak hâkim kararıyla uygulanabilir.³² Ayrıca sadece mahrem için değil, suça şahitlik eden her hangi bir Müslüman için de aynı yetki söz konusudur.³³ Yine sadece zina değil, diğer suçların işlenme anına tanık olan Müslümanlara da önleme yetkisi verilmiştir. Bu önleme öldürmeyle sonuçlansa bile had değil, tazir olarak kabul edilir. Hanefi hukukçular bütün insanların yararına taalluk eden zina gibi fiillerin önlenmesi hususunda Şari' ile naiplik ilişkisi bulunan herkesin tazir yetkisi (*velâyet*) bulunduğunu belirtir.³⁴ Bu nedenle yetkiyi kullanan kişi mahrem olsa bile Şari'in ve onun naibi olarak görülen kamu otoritesinin (*imam*) cezaları uygulama konusundaki velâyetini³⁵ kullanan kamusal kişi konumundadır. Gerçekte kamusaldan özele geçen her hangi bir şey bulunmadığı için "namus yasası"nın resmi hukuka dâhil edildiği argümanı geçersizdir.

Imber fukahânın bir yandan hadlerin sadece yöneticilerin yetki alanına girdiğini ve Müslüman toplumun esenliği için elzem olduğunu söylerken diğer yandan onları pratik hukuk hayatından kaldırmalarını paradoks olarak görür.³⁶ Yine hırsızlık suçunda hukukçuların bir yandan cezanın ağırlığını caydırma (*zecr*) amaçlı olmasına bağlarken diğer yandan cezayı pratik hukuk hayatının dışına iten katı kurallar getirmelerini paradoks olarak niteler.³⁷ Ona göre bu kurallar el kesme cezasının aslında gerçek bir ceza olmadığını ve caydırma vazifesi göremeyeceğini gösterir.³⁸ Bu nedenle hırsızlık suçunun cezalandırılması şeriâtın alanından çıkmış ve sultani adalet alanına dâhil olmuştur.³⁹ Ne var ki bütün bu iddialar sadece fakihlerin hadleri pratik hukuk hayatından bütünüyle

³¹ Çivizâde Muhyiddîn Mehmed Efendi, *Mecmû'atü'l-fetâvâ*, Süleymaniye Kütüphanesi, Kılıç Ali Paşa, nr. 496, vr. 120b; Muhammed Emîn b. Ömer İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr şerh-i Tenvîri'l-ebsâr*, [dirâse, tahkik ve talik: Adil Ahmed Abdül-mevcûd, Ali Muhammed Mu'avvez], Riyad: Darü âlemi'l-kütüb, 2003, VI, 109.

³² İbnü'l-Bezzâz, *Fetâvâ*, VI, 430; Dede Cöngî, *es-Siyâsetü's-şer'iyye*, s. 142.

³³ Bu durum müellif tarafından bilinmektedir. Bkz. Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 262.

³⁴ İbnü'l-Bezzâz'ın nakline göre Harezm imamları kötülük (*fâhişe*) işlenirken tazir uygulamanın her bir kimse için caiz olduğu görüşündedir. İbnü'l-Bezzâz, *Fetâvâ*, VI, 430; Çivizâde, *Mecmû'atü'l-fetâvâ*, vr. 120b; Dede Cöngî, *es-Siyâsetü's-şer'iyye*, s. 144.

³⁵ Mergînânî, *el-Hidâye*, II, 743-744; Ebû Abdullah Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed İbn Emîr, *et-Takrîr ve't-tahbîr*, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 1983, II, 108, 111; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, II, 80-81.

³⁶ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 101.

³⁷ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 224.

³⁸ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 225.

³⁹ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 220.

kaldırmış olduğu durumlarda dikkate alınabilir. Fıkıh kitaplarındaki açıklamalar ve İslam hukuk tarihindeki uygulamalar hadlerin pratik hukuk hayatından bütünüyle kaldırılmadığını gösterir. Ancak yine de hadlerin toplumun salâhı için muhafaza edilmeleri ve ağırlıklarının caydırıcı olmayı amaçlamasıyla elden geldiğince düşürülmeleri arasındaki gerilim gözden kaçırılmamalıdır. Öyle anlaşılmaktadır ki hadlerin muhafaza edilmesiyle kastedilen şey ilişkili oldukları suçların hiçbir zaman göz ardı edilmemesi ve kendileri için tayin edilen cezalardan başlamak üzere mutlaka niteliklerine uygun yaptırımlara tabi tutulmalarıdır. Caydırıcı oluşları hadlerin her zaman kolaylıkla uygulanabilen değil, muhtemel bir ceza olarak sistemde bulunmalarıyla da sağlanabilir. Hadlerin elden geldiğince düşürülmesi tavsiyesi ise bilindiği üzere şüpheli durumların sanık lehine değerlendirilmesiyle ilgilidir. Bu tavsiyenin öncelikli olarak ve belki de münhasıran ölüm veya uzuv kesme gibi ağır cezalara yönelik olduğu açıktır. Hadlerin elden geldiğince düşürülmesi prensibinin daha genel anlamda İslam toplumunda hadleri gerektiren suçları azaltan önlemler alma tavsiyesini de içkin olduğu söylenebilir.

İmber, Hanefî hukukçuların sözüm ona hırsızlık haddini pratik hukuk hayatından kaldırmalarını biri açık öteki zımni iki amaçla ilişkilendirir. Bunlardan açık olanı Hz. Peygamber'in hadleri savuşturma yönündeki tavsiyesine uymaktır. Zımni olanı ise mala kanun dışı el koyma durumlarını -kişiler arası dengeyi vurgulaması yönünden Hanefî hukukunun entelektüel yapısıyla daha uyumlu olan- gasp kategorisine dâhil etmektir.⁴⁰ Ancak müellifin yaklaşımı dikkate alındığında bu amaçlardan açık olanının Hz. Peygamber'in tavsiyesine uymaktan ziyade onu aşırı ve yanlış bir şekilde yorumlamakla ilgili olduğu görülür. Zımni amaca gelince, mutlaka gizli bir şekilde icra edilmesi gereken hırsızlık, suç tipi olarak açıkça ve zorla gerçekleştirilen bir haksız fiil olan gasp kategorisine dâhil edilemez. Hırsızlık daima hırsızlık olarak kalır ve haddi gerektirmediği durumlarda uygun bir tazir cezasıyla yaptırım altına alınır. Had cezası maddi sorumluluğu ortadan kaldırmakla birlikte çalınan şey hala failin elindeyse sahibine iade edilir. Haddi gerektirmeyen hırsızlık suçunda failin aldığı mal tüketilmiş veya telef edilmiş olsa bile tazmini gerekir.⁴¹ Hırsızlık,

⁴⁰ İmber, Şeriattan Kanuna, s. 225. Schacht hırsızlık suçunda had cezasının uygulanmadığı durumların büyük bir kısmının tazirle cezalandırılmayıp gasp hükümlerine tabi olduğunu belirtmektedir (*İslam Hukukuna Giriş*, s. 186).

⁴¹ Mergînânî, *el-Hidâye*, II, 800-801; Molla Hüsrev, *Düerü'l-hükkâm*, II, 106; Bardakoğlu, "Hırsızlık", s. 390-391.

özellikle haddin uygulanmadığı durumlarda çalınan malın her surette tazmini gerektirmesi yönünden ağır gasp sorumluluğunu çağrıştırsa da bir suç tipi olarak gaspa dönüşmez.

Imber hırsızlık suçunda uygulamanın teoriden çok farklı olduğunu iddia eder ve İbnü'l-Bezzâz'ın, hırsızlık zanlısının hırsızlarla birlikte veya içki masasında görülmesi halinde yönetici tarafından cezalandırılabilmesine ilişkin naklettiği, önde gelen fakihlerin geneline nispet edilen bir hükme ve aynı bağlamda anlattığı bir anekdota yer verir.⁴² Ona göre bu hüküm ve anekdot kuşkuya dayalı mahkumiyete imkân verir, hırsızlığı sabit ceza kategorisinden çıkarır, suça karşı delilin mağdur tarafından değil kamu otoritesi tarafından sunulması gerektiğini ima eder, hırsızlık davasını yöneticilerin ele almasını anlatır, şer'i muhakeme kurallarının geçersiz kılınmasını ve zanlıyı ikrar ettirmek için işkenceyi onaylar.⁴³ Ne var ki müellif, İbn Bezzâz'ın normal hırsızlık davalarından değil, töhmetli zanlıların muhakeme edildiği olağanüstü davalardan bahsettiğini ve böyle davalarda bilhassa yöneticilere maddi gerçekliği ortaya çıkarmak için *siyaset-i şer'iyye* kapsamında standart dışı bazı tedbirler alma yetkisinin verildiğini dikkate almaz.⁴⁴ Bu kapsamda yöneticilerin uyguladığı hüküm öncesi şiddet, hırsızlığın sabit ceza kategorisinden çıkarıldığı anlamına gelmez. Hanefi geleneğinde bu şiddete belli bir ölçüye kadar müsamaha gösteren ve ikrarın muteber olabilmesi için zanlının rızasının yok edilmemesi gerektiğini ifade eden görüşlere rastlanır.⁴⁵ Son olarak Hanefilerde hırsızlık salt Allah hakkı bir suç kabul edildiğinden dolayı her zaman sadece mağdur

⁴² İbnü'l-Bezzâz, *Fetâvâ*, s. 430. Anekdotla göre Kadı Isam b. Yusuf valinin konağında iken bir hırsız getirilir. Vali zanlıyı yargılamasını isteyince Kadı Isam, beyyine ve yemin gibi standart şer'i delilleri kullanır. Ancak zanlıya nispet edilen suç ispat edilemez. Vali duruma müdahale eder ve hırsızın kırbaçlanmasını emreder. Zanlının daha on kırbaç vurulmadan suçunu itiraf ettiğini gören Isam, Allah'a hamdederek zulmün adalete bu kadar benzediği bir şeye daha önce tanık olmadığını ifade eder.

⁴³ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 227-228.

⁴⁴ Dede Cöngî; Mâverdî ve Karâfî'nin yöneticilerin davayı ele alma konusunda kadılardan dokuz yönden farklılık gösterdiğini zikreder ve yöneticilere has kılınan bu hususların çoğuyla kadıların da amel edebileceğini muhtelif Hanefi kaynaklara dayandırarak temellendirir. Bkz. Dede Cöngî, *es-Siyâsetü's-şer'iyye*, s. 114-120.

⁴⁵ Nitekim Ebû Hanîfe'nin öğrencilerinden biri olan Hasan b. Ziyâd'ın (ö. 204/819) hırsızlık zanlısından -etini kesmedikçe ve kemiğini çıkarmadıkça- dayakla ikrar alınabileceği görüşünde olduğu rivayet edilir. Yine bazı müteahhirin dönemi hukukçuların hırsızlık zanlısını ikrar edene kadar dövmenin meşru olduğuna fetva verdikleri belirtilir. Bkz. Dede Cöngî, *es-Siyâsetü's-şer'iyye*, s. 93-94. Dede Cöngî, ikrarın muteber olabilmesi için zanlının rızasının yok edilmemesi gerektiğine dair görüşler aktarır. A.e., s. 125.

ya da ilgili kişilerin şikâyeti beklenmez; bütün bir topluma karşı işlendiği için gerektiğinde resen kamu otoritesi tarafından da soruşturulabilir. Suça karşı delilin kamu otoritesi tarafından temin edildiği bu durum teoriden her hangi bir farklılık göstermez.⁴⁶

Imber dörtlü suç taksiminin ikinci unsuru olarak cinayetleri zikreder. Hanefi hukukunda öldürme ve yaralamanın (sadece) özel davaya yol verdiğini, faili mahkemeye getirip kısas, diyet veya belli bir miktar üzerine sulh talep etmenin mağdur ya da onun yakın akrabalarının yetkisinde olduğunu ifade eden müellife göre kısas/diyet yönetici ya da toplum adına değil, mağdur taraf adına uygulanır ve hukuk kuramında genellikle taraflar arası eşitliği koruma cezası olarak işlev görür.⁴⁷ Adam öldürme ve yaralama fiilleri suç olmaktan çok haksız fiildir (*tort*) ve takdir edilecek yaptırımlar cezadan ziyade fail ile mağdur arasındaki statükoyu yeniden tesis etmeye yönelik telafilerdir.⁴⁸ Imber bütün bunları söylerken cinayet ve yaralamanın Hanefi geleneğinde sadece kişilerin hakkını ihlal ettiğini düşünmektedir.⁴⁹ Oysa Hanefi hukuk geleneğinde cinayet ve müessir fiiller tek tek kişilerin hakları yanında bütün bir topluma ait olanları da ihlal eder. Bu nedenle kısas sadece can veya uzuvların tazmini olarak kul hakkı değil, öldürme (ve yaralama) fiillerinin cezası olarak Allah hakkı da içerir. Allah hakkı, kısasın âlemin fesattan arındırılması amacıyla uygulandığı anlamına gelir.⁵⁰ Kamu otoritesinin amme adına hareket ederek bu suçu resen kovuşturma, fail ile mağdur mahkemede kendi aralarında anlaşmalar bile tazir kapsamında ceza verme yetkisi vardır. Nitekim bu durumda devlet tüzel kişili-

⁴⁶ Imber'in, İbnü'l-Hümmam'ın istikamet üzere olmayan bir kişinin hukuksuz mal alması (*ahzû'l-mal*) durumunda kendisine tazir cezası verilmesini meşru gören bir takım nakillerinin -yukarıda İbn Bezzâz örneğinde olduğu gibi- hırsızlığı tazir kapsamına soktuğu iddiası (*Şeriattan Kanuna*, s. 228) da aynı şekilde değerlendirilebilir. Müellif, Kâdîhan'ın hırsızlık için müstakil bir bölüm açmayıp yeminler bahsinde "Hırsızlık (serika), alma (ahz) ve gaspa dair meseleler" ismiyle kısa bir alt başlık açmasını (Kâdîhan, *Fetâvâ*, II, 21) ve bunlar arasında -salt yemin yününden- kesin bir ayırım yapmamasını, çok serbest bir tavırla, şer'i hırsızlık kurallarının pratik bir önemi olmadığını ipuçlarını vermek olarak yorumlar (*Şeriattan Kanuna*, s. 228-229).

⁴⁷ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 256.

⁴⁸ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 220.

⁴⁹ Müellif bu yaklaşımında Schacht'tan etkilenmiş olabilir. Schacht kısas 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. Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 183.

⁵⁰ Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed es-Serahsî, *Usûlü's-Serahsî*, [thk. Ebû'l-Vefâ el-Efgânî], Kahire: Dârü'l-kitâbi'l-Arabî, 1954, II, 297; Şemsüddîn Muhammed b. Hamza (Molla Fenârî), *Fusûlü'l-bedâ'iyi' fî Usûli's-şerayi'*, İstanbul: Şeyh Yahya Efendi Matbaası, 1872, I, 278; İbn Emîr, *et-Tahrîr*, II, 111.

ğinin faili serbest bırakamayacağı, kovuşturma ve yargılamanın yine yapılacağı ve faile uygun bir ceza verileceği ifade edilir.⁵¹ Öte yandan Imber cinayette suç sadece kastın bulunduğu duruma hasreder. Ona göre kasıt (cinayette kullanılan aletin silah olması) yoksa suç da yoktur. Nitekim Hanefi hukuku boğmayı, fail silah kullanmadığı için suç olarak kabul etmez. Fakat yetkililer bu fiili birden fazla işleyen katili siyaseten ölüm cezasına çarptırabilir.⁵² Yazarın bu yaklaşımı içinden çıkılması zor bir paradoks meydana getirmektedir. Çünkü hukuk suç olarak görmediği bir fiilin, tekrarlanması halinde siyaseten ağır bir şekilde cezalandırılmasına onay veremez. Suç olarak görülmeyen bir fiil, tekrarlandığında da suç teşkil etmez. Bu paradoksun nedeni yazarın Hanefi ceza geleneğinde suç kavramının had veya kısas gerektiren fiillerden daha kapsamlı olduğunu göz ardı etmesidir. Hanefilerdeki hâkim görüşe göre boğma fiili, kasta delalet eden kesici veya delici bir alet (*âlet-i câriha/harb*) kullanılmadığı için kısas gerektirmez⁵³ fakat daima tazir kapsamında bir suç teşkil eder.⁵⁴

Imber, zikrettiği dörtlü suç taksiminin üçüncü kısmında gaspa yer verir. Ona göre gasp hükümleri, gasıbın amacını dikkate almadığı ya da bir cezai bir müeyyide koymadığı için pratikten kopuktur.⁵⁵ Gaspın gerektirdiği müeyyide, cezadan çok faille mağdur arasında statükonun yeniden kurulmasını sağlayan bir telafidir. Gasp kul hakkı olduğu için dava açanlar özel kişilerdir. Mağdur, faili affedebileceği gibi belli bir tutar karşılığında anlaşarak davadan vazgeçebilir.⁵⁶ Gasp kasıtlı ise hukuk gasıbı günahkâr kabul eder ama bu günahın hukuki sonuçları yoktur. Hukuken kasıtlı ve kasıtsız gasp birbirinden farklı değildir. Her ikisi de aynı derece hukuki sorumluluk meydana getirir.⁵⁷ Bütün bu düşüncelerinde Imber, Hanefi geleneğinde gaspın günah sayılmasının yanında ayrıca tazir kapsamında cezai sorumluluğu bulunan bir haksız fiil kabul edildiğini⁵⁸ göz ardı eder. Müellif, Hanefi geleneğinde yaygın şekilde kabul edilen suç taksiminin bir unsuru olmayan gaspı taksime önce hatalı bir şekilde ekler,

⁵¹ Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, İstanbul: Eren Yayınları, 2004, s. 28.

⁵² Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 246.

⁵³ Merginânî, *el-Hidâye*, IV, 1611-1613.

⁵⁴ Tekerrür etmeyen kasten öldürmeye benzer adam öldürme suçu için tazir kapsamında ölüm cezası verilip verilemeyeceğine dair bir değerlendirme için bkz. Âmir, *et-Ta'zîr*, s. 165-168.

⁵⁵ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 233.

⁵⁶ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 220-221.

⁵⁷ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 225.

⁵⁸ Mehmed Akif Aydın, "Gasp", *DİA*, XIII, 1996, 389.

sonra oradan yine hatalı bir şekilde çıkarır. Öyle anlaşılmaktadır ki Imber birinci durumda Osmanlı müftülerinin ve kanun koyucuların tavrını, ikinci durumda ise doktrini tasvir etmeye çalışmaktadır. Onun gaspı suç taksimine eklemesi, görüşüne göre Osmanlı müftülerinin ve kanun koyucularının meydana getirdikleri -sözde- fiili duruma dikkat çekmek istemesinden ileri gelir. Ancak ortada fiili bir durum yoktur. Çünkü Hanefi doktrininde gasp tazir kapsamında cezaya tabidir. Aynı okuma biçimi bazen müellifi zor durumda bırakan sonuçlar verir. Nitekim Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un gaspı mala yönelik bir haksız fiil olarak anlaması ve taşınmazlarda muteber görmemesinden hareket eden Imber, taşınmazlara haksız bir şekilde el koymanın suç ve hatta günah olmadığı yorumunu yapar.⁵⁹ Oysa Aydın'ın da ifade ettiği gibi taşınmazlara haksız yere el koymak ağır gasp sorumluluğu kapsamında bulunmasa bile itlaf sorumluluğu taşır. Haksız bir şekilde el konulan taşınmaz her durumda sahibine iade edilir ve fail suç işleme kastına ve diğer unsurlara bağlı olarak yetkili merciin takdir ettiği tazir cezasına çarptırılır. Öte yandan İslam'ın en temel prensipleri başkasının malına haksız yere el koymanın günah olduğunu ifade eder.⁶⁰

Haddi, kisası ve gaspı büyük ölçüde ceza hukuku fikrinin dışına iten Imber suç taksiminin dördüncü kısmı olarak zikrettiği tazir alanında hukukçuların bir ceza hukuk fikrine yaklaşmış olabileceklerini ifade eder. Çünkü tazir telafiden ziyade cezalandırma ve caydırmayı amaçlar ve kamu otoritesi (imam veya kadı) tarafından uygulanır.⁶¹ Ona göre başka hukuk sistemlerinde ceza hukukunu teşkil eden alanın büyük bir kısmında İslam hukuku uygulanamaz ya da yetersiz olduğundan Müslüman yetkililer tabii olarak hukuku büyük ölçüde görmezden gelmişler ve ceza gerektiren suçları kendi takdir yetkilerinde görmüşlerdir.⁶² Neticede suç davalarında onlar kendi istedikleri gibi davranmak noktasında neredeyse sınırsız bir güce sahip olmuşlar ve kendilerini hukuki kurallara bağlı kalmak zorunda hissetmemişlerdir.⁶³ Hukukçuların tazir alanında ceza hukuku fikrine yaklaşmış olabileceğini söyleyen müellifin daha sonra hukukla tazir alanı arasında neredeyse kategorik bir ayırım yapması

⁵⁹ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 226.

⁶⁰ Aydın, s. 414. Mecelle'nin 97. maddesi şöyledir: "Bilâ sebeb-i meşru birinin malını bir kimsenin ahzeylemesi caiz olmaz."

⁶¹ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 221.

⁶² Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 221.

⁶³ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 222.

tutarlı değildir. Başka hukuk sistemlerinde ceza hukukunu oluşturan alanın İslam ceza hukukunda çoğunlukla tazir alanına karşılık geldiği doğrudur fakat prensip olarak bu durum Müslüman yetkililerin hukuku görmezden geldikleri anlamına gelmez; aksine hukukun tazir kapsamında kendilerine tanıdığı yetkiyi kullandıklarını söylemeyi mümkün kılar. Tazir alanında kamu otoritesine sınırsız yetkiler verilmemiştir. Nitekim Hanefi hukukçular kural olarak tazir cezalarının had cezalarına ulaşamayacağı ilkesini benimserler⁶⁴ ve had olmadığı halde hadde ulaşan cezaları -muhtemelen ilkeyi korumak adına- bazen siyaset terimiyle ifade ederler.⁶⁵ Başka bir ifadeyle yaptırımın niteliği, niceliği ve/veya uygulandığı suç açısından hukukçular tarafından yapılan belirlemeler kapsamında vazedilen cezalar tazir, bu belirlemelerin dışında kamu otoritesinin doğrudan yetki kullandığı cezai tasarruflar özellikle siyaset olarak anılır.⁶⁶

Imber, hukuk ilminde siyasetin genel olarak, “şeriatın kapsamı dışında kalan ve meşru hükümdarın iyi bir toplum düzeni adına kullandığı cezai eylem” anlamına gelen bir terim olduğunu belirtir.⁶⁷ Onun bu tarifte siyasetin, “şeriatın kapsamı dışında” kalan yönünü vurgulaması dikkat çekicidir.⁶⁸ Bu bağlamda kullanılan şeriatın dışında kalma ifadesi ancak şeriatla Hanefi mezhebindeki hâkim ve olağan hükümler kastedildiğinde doğru olabilir. Hanefi ceza hukuk geleneğinde siyaset yaptırımları prensip olarak meşru görülmekle birlikte kamu otoritesinin salt kendi takdirine dayandığı gerekçesiyle standart mezhep hukukunun dışında tutulur ve standart hukuki çözümlemelerde dikkate alınmaz.⁶⁹ Siyaset doğrudan kamu otoritesinin takdirine dayandığı için vazedildiği meselede sadece fakihlerin özel çabalarıyla geliştirilebilen hukuka karşı

⁶⁴ Bâbertî, *el-İnâye*, VII, 444; Mergînânî, *el-Hidâye*, II, 776; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, II, 95.

⁶⁵ Nitekim tazirin üst sınırı hususunda Hanefi mezhebinde hâkim olan Ebû Hanîfe'nin otuz dokuz sopa görüşünün ötesine giden yaptırım bazı fakihler tarafından *siyaset* olarak isimlendirilmiştir. Bkz. Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 1121; Zeylâi, *Tebyîn*, IV, 242.

⁶⁶ Tazir ve siyaset terimleri arasındaki bu farklılık için bkz. Midilli, *Şeriat-Kanun Ayrımı*, s. 107-125.

⁶⁷ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 108. Benzer bir tarife göre siyaset, “Genel olarak kamu düzenini korumak adına hükûmetin baskıcı eylemi”dir (*A.e.*, s. 221).

⁶⁸ Bu durum bazı Batılı müellifler tarafından da vurgulanmıştır. Nitekim Schacht bu bağlamda şeriatın ideal sistemine aykırı tasarruftan, Baber Johansen hukukta bulunmayan önlemler alma yetkisinden bahseder. Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş*, s. 63-64; 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, s. 216.

⁶⁹ Bu durum için bkz. Muharrem Midilli, “Hanefi Ceza Hukuk İlminde Sistematik Mezhep Görüşüne Aykırı Rivayetlerin Tevil Yolu Olarak Siyaset”, *Trabzon İlahiyat Dergisi*, 2018, V, 2, 343-366.

oluşturulmuş fiili durum görünümündedir. Nitekim Imber, İbn Nüceym'in *el-hükm bi's-siyâse* ifadesini "idari makamın *de facto* hükmü" olarak yorumlar.⁷⁰ Ancak siyasetin meşruiyetinin hukukçular tarafından en azından prensip olarak benimsenmiş olması onu *de facto* ile *de jure* arasında bir yerde konumlandırmayı gerektirir. Bu gereklilik müellifin siyaseti, şeriati ihlal eden fiili bir durum olarak takdim ederken zikrettiği meseleden de anlaşılabilir. Fahrüddîn ez-Zeylaî'nin (ö. 743/1343), Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed'in oğlancı için hükmettikleri zina haddini, mezhepteki hâkim görüşü takip ederek siyaset olarak nitelediği⁷¹ bu meselede sözü edilen siyaset Hanefi geleneğinde prensip olarak meşru bir ceza olarak görülür. Nitekim Şemsüleimme es-Serahsî (ö. 483/1090 [?]) *imamın* uygun görmesi halinde oğlancı için *şer'an siyaset* vazedebileceğini belirtir⁷² ve ondan asırlar sonra Ebussuud Efendi (ö. 982/1574) bu konuda sahabeden nakledilen ölüm cezalarından biriyle hükmetmenin *meşrû'* olduğunu ifade eder.⁷³ Yani Imber'in şeriata aykırı bulduğu siyaset aslında *şer'an* vazedilebilir *meşrû'* bir yaptırımdır. Siyaset hükümlerinin şeriata aykırılığı genel anlamıyla hukukun içindeki istisnai, cüzi ve geçici hükümlerle oradaki asli, külli ve devamlı hükümler arasındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır.

Özetlemek gerekirse Imber'in İslam ceza hukukunda suçları hadler, cinayetler, gasp ve tazir şeklinde dörde ayırması kadar her bir kısmı ceza hukuku fikrinin dışına iterken kullandığı argümanlar da problemlidir. Onun suç taksiminde müstakil bir kısım olarak zikrettiği gasp tazir kapsamında cezalandırılabilen bir haksız fiildir ve tazirden ayrı olarak zikredilmesi gereksizdir. Müellife göre hadler genellikle katı muhakeme şartları yüzünden uygulanamaz, cinayetler salt kul hakkı ve tazir hukukun dışında olduğu için Hanefi geleneğinde ceza hukuku fikrine karşılık gelen önemli bir şey yoktur. Ancak bu iddialar müellifin suçların sübut ve muhakeme şartlarını dikkatli okumaması, İslam hukuk tarihindeki uygulamaları göz ardı etmesi, cinayetlerin kamu otoritesine müdahale yetkisi veren umumi haklar da içerdiğini ve tazirin prensip olarak hukukun dışında görülme-yen bir ceza kategorisi sayıldığını fark etmemesi gibi neden-

⁷⁰ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", 509.

⁷¹ Bkz. Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 1120-1121; Zeylaî, *Tebyîn*, IV, 241-242; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-kadîr*, VII, 443-444.

⁷² Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed es-Serahsî, *el-Mebsût*, Beyrut: Dârü'l-ma'rîfe, 1989, IX, 79.

⁷³ Veli (Yegân) b. Yûsuf el-İskilibî, *Mecmû'atü'l-fetâvâ*, D.İ.B. İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi, nr. 178, vr. 69a.

lerle son derece zayıftır. Aynı nedenler Imber'in Osmanlı ceza kanunlarını ve Ebussuud Efendi'nin fetvalarını değerlendirirken hatalı sonuçlara ulaşmasına neden olmuştur.

2. Hanefi Hukuk Geleneği ve Klasik Osmanlı Ceza Kanunları

Hanefi yorumu Osmanlı devletinin kuruluşundan itibaren hukukun yönetiminde etkili olmuş ve özellikle XVI. asırdan itibaren resmi mezhep halini almıştır. Osmanlı kanun yapıcıları ve sahadaki uygulayıcılar genellikle Hanefi mezhebine mensuptur. Bu durum kanunların yapılışı ve uygulanışında daha çok bu hukuk yorumunun tesirli olduğu anlamına gelir ve dahası Osmanlı bağlamında şeriatın kanunla ilişkisini incelerken esas olarak Hanefi hukukuna odaklanmayı gerektirir. Fıkıh kitaplarının ukubat kısmı ile klasik Osmanlı ceza kanunları arasında yapılacak hızlı bir mukayese kanun maddelerinin yazılışı, sistematigi ve kullandığı terimler yönünden çarpıcı benzerlikleri kolayca fark etmeyi sağlar. Imber kendi tezinin altını oyan bu benzerlikleri muhtelif söylemlerle önemsizleştirmeyi deneyecektir.

Imber'e göre Osmanlı ceza kanunlarının muhtelif alanlardaki gelişimi Hanefi hukukuna çok az şey borçludur.⁷⁴ Kimi ayrıntılarda ve kullandığı kavramlarda Osmanlı kanunları Hanefi hukukunu yansıtsa da genelde kanun çok farklıdır.⁷⁵ Ceza kanunları genellikle kamu otoritesinin takdirine bırakılan alanlarda düzenleme yaptığı için Hanefi hukukunun doktrin anlamında sınırlı etkiye sahip olması ve etkinin sadece bazı ayrıntılarda ve kavramlarda gözlemlenebilmesi tabiidir. Ancak kamu otoritesinin hangi alanlarda ve hangi sınırlar içinde düzenleme yapacağını tayin eden başat otoritenin Hanefi hukuku olduğu dikkate alındığında etkinin kapsamlı ve belirleyici olduğu fark edilecektir. Prensip olarak kanuni düzenlemelerin şeriatın hüküm beyan ettiği alanın dışında ve şeriata muvafık olarak yapılabilmesi zorunluluğu etkinin önemszenmesini gerektirir. Imber kimi ayrıntılarda ve kavramlarda etkiyi kabul etmesine rağmen onun muhtelif formlarını her zaman doğru okumaz. Ona göre Osmanlı kanunnamelerinde yer alan kavga etme, yolda birine kılıç çekme, *yan* kesme, bıçaklama gibi fiillerin para cezası, kırbaç, faili kulağına ok veya koluna bıçak

⁷⁴ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 231.

⁷⁵ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 222.

saplayıp teşhir etme ve el kesme gibi cezai yaptırımlarını ele alan birçok hüküm Hanefi hukukuyla bir ilişkisi yoktur.⁷⁶ Ancak bu iddia sadece söz konusu hükümlerin birebir ve doğrudan Hanefi fıkıh kitaplarından aktarılmadığı anlamında doğru olabilir. Söz konusu hükümler doğrudan kamu otoritesinin iradesine dayanmaları yönünden Hanefi hukuk geleneğindeki tazir ve onunla bağlantılı olarak işlerlik kazanan siyaset anlayışlarında karşılık bulur. Nitekim bu gibi cezalar için kanun yapıcılar fıkıh kitaplarından tazir ve siyaset terimlerini ödünç alırlar.

İmber'e göre mala karşı işlenen suçlarda ceza kanunu ile şeriat arasındaki benzerlikler bütünüyle yüzeyseldir.⁷⁷ Bazı kanun hükümlerinde para cezasının hırsızın elinin kesilmediği durumda uygulanacağını gösteren kayıtlar bir sözcükler dizesi olmanın ötesinde anlamlı değildir ve kanun derleyenlerin şeriata bir jestidir.⁷⁸ Mülkiyete karşı işlenen suçlar İslam hukukunun pratiğe en uzak kaldığı ve ondan fazla kopuk olduğu alandır.⁷⁹ Osmanlı ceza kanunları mali suçları ele alırken bu olguyu örnekendirir.⁸⁰ Ceza kanunlarından anlaşılan şey hırsızlığın normal cezasının kırbaç olduğudur, kanun para cezası da koyar.⁸¹ Bütün bu okumalarında müellif Osmanlı ceza kanunlarının genellikle hadler uygulanmadığında gerekli olacak tazir cezalarını ele aldığını; hırsızlık suçu nedeniyle siyaseten gerekli olacak ağır cezaların dışındaki hükümlerin büyük ölçüde para cezalarını düzenlemek üzere vazedildiğini göz ardı eder. Bu okuma biçimi onun kanun hükümlerinde para cezasının el kesme cezası verilmediğinde uygulanacağını gösteren ifadeleri bir sözcükler dizesi ve kanun derleyenlerin şeriata bir jesti olarak görmesiyle sonuçlanır. Ancak Osmanlı bürokrasisinde kullanılan muhtelif resmi evrakta meselelerin şer'e ve kanuna riayet edilerek ele alınmasını emreden sayısız hüküm bulunması⁸² söz konusu ifadelerin kanun koyucuların tavrında ve hukuk hayatında gerçek bir karşılığı olduğunu gösterir. Ayrıca kanun derleyicilerin amacının esas itibarıyla tazir kapsamında işlenen suçlardan alınması gereken para cezalarını ve muhtelif siyaset cezaları-

⁷⁶ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 254-255.

⁷⁷ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 232.

⁷⁸ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 231.

⁷⁹ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 222, 233.

⁸⁰ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 231.

⁸¹ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 235.

⁸² Bu durumu görmek için her hangi bir mühimme defterindeki hükümleri kabaca gözden geçirmek yeterlidir.

nı göstermek olduğu dikkate alındığında fıkıh kitaplarındaki ayrıntılarla kanun arasındaki benzerliklerin “yüzeysel” olmasına şaşırmamak gerekir.

Imber hukukçuları etkileyenin pratik olduğu, tersinin geçerli olmadığı düşüncesindedir.⁸³ Bu düşünce onun cinsel suçlarla ilgili çoğu kanuni düzenlemeyi şeriatın ziyade Müslümanların örf ve adetleriyle ilişkilendirirken somut hale gelir. Ona göre şeriatın cinsel konularla ilgili ahlaki ilkeleri Müslüman toplumlarda örf ve adet hukuku kuvveti kazanmış ve Osmanlı kanun koyucuları pek çok prensibi şeriatın ziyade bu örf ve adet hukukundan alarak benimsemişlerdir.⁸⁴ İslam toplumlarında cinsel suçlarla ilgili pek çok hükmün ahlaki kuralları da etkilediği, birçoğunun örf ve adetlere tesir ettiği doğrudur. Ancak en ağır cezanın mümkün ve daha hafif olanlarını muhtemel kılan hükümler ahlaktan ziyade hukukun konusudur. Osmanlı kanunlarının en tipik özelliklerinden biri toplumların örf ve adetleriyle olan uyumlarıdır. Kanunnameler adeta örf ve adetlerin kanun olarak formüle edilmesiyle meydana gelmiştir. Ancak bu uyum daha çok vergi ve toprak hukukunda idarenin devamlılığının sağlayacağı kolaylık sebebiyle gerekli görülmüştür.⁸⁵ Kanun yapıcılar bazı cezai düzenlemelerde şeklen örf ve adetlerden etkilenmiş olsalar da esas olarak şer'i hukuku takip etmiş görünmektedirler. Başka bir ifadeyle Osmanlı kanun koyucuları şer'i hukukun ve onun başat yargılama süjesi olan kadıların kuruluşu ve hatta daha öncesinden itibaren ele alıp hükme bağladığı suçlara bazı durumlarda kanuni müeyyideler getirmiştir.

Imber şeriatın cinsel davranışlara ilişkin hükümlerin ihlal edilmesinden doğacak mahkumiyeti uygulamada imkânsız hale getirerek yaptırımını kamusalardan özele havale ettiğini, Osmanlı kanunlarının da benzer yöntemle aynı şeyi yaptığını iddia eder.⁸⁶ Ona göre şeriatın cinsel ahlaka ilişkin talimatlarını özü itibarıyla kabul eden Osmanlı kanunları bu ahlakın ihlalleri sebebiyle söz konusu olan cezanın kamusal değil, özel bir konu olduğunu ima ederken şeriat açık bir şekilde zinayı mahkemede had cezası gerektirebilen cezai bir fiil olarak ele alır. Kanun da aynı şeyi yapar fakat şeriatın sabit cezalarını para cezalarıyla değiştirir. Bu kutsal hukukun açık bir ihlalidir.⁸⁷ Aslında müellif bu savını dile

⁸³ Imber, *Şeriatın Kanuna*, s. 231.

⁸⁴ Imber, “Osmanlı Hukukunda Zina”, s. 519.

⁸⁵ Bkz. Midilli, *Şeriat-Kanun Ayrımı*, s. 51-56.

⁸⁶ Imber, “Osmanlı Hukukunda Zina”, s. 510.

⁸⁷ Imber, “Osmanlı Hukukunda Zina”, s. 511-512.

getirdikten hemen sonra düştüğü dipnotta, bazı nüshalarda para cezasının ancak fail siyaset/recm olunmadığı takdirde söz konusu olacağını gösteren kayıtlara değinmektedir.⁸⁸ Fakat görünüşe göre bu kayıtlar, benzerlerini jest olarak değerlendiren müellif üzerinde yeterince etkili değildir. Oysa bu kayıtlar sadece şeriatın değil, kanunun da zinayı mahkemede had cezası gerektirebilen cezai bir fiil olarak ele aldığını, başka bir ifadeyle kanun koyucuların salt kamusal hakları temin etmek için vazedilen bu cezayı tanıdığını ve para cezasının faile ağır ceza verilmeyen durumlarda devreye girdiğini gösterir.⁸⁹ Aynı kayıtlar kanunun zinayı kamusaldan özel adalete havale etmiş olduğu yargısıyla da uyumlu değildir. Tıpkı recm/siyaset gibi gerektiğinde onun yerine tatbik edilen para cezası da teorik olarak salt kamusal hakları temin etmenin bir yoludur. Öte yandan Imber kanunun cinsel ahlakın ihlali sebebiyle söz konusu olan cezaları kamusal değil, özel bir konu olarak gördüğü iddiasında karısını ve suç ortağını zina sırasında öldüren kişiyi belli durumlarda hukuki yönden sorumlu tutmayan ve doğrudan Hanefi fetva kitaplarından iktibas edilen kanun hükmünden esinlenmiş görünmektedir.⁹⁰ Oysa daha önce izah edildiği üzere bu hüküm istisnai ve sadece suçun işlendiği anla sınırlı olup zina suçunun kamusaldan özele nakledildiğini göstermez. Son olarak kanun koyucuların zina suçuyla esas itibarıyla para cezası yönünden ilgilendiklerini, para cezasını zina suçunun şer'i sonuçlarıyla irtibatlandırdıklarını ve para cezası dışındaki hukuki sonuçları şer'i hukuka bıraktıklarını fark etmek önemlidir. Aksi halde sadece şeriatın cinsel suçlar için tayin ettiği en ağır ceza olan zina haddinin değil, diğer hadlerin de Osmanlı yönetim pratiğinde sembolik bir rol oynamış olduğu zannedilebilir.⁹¹

Klasik Osmanlı ceza kanunlarında zina suçu için faillerin ekonomik durumlarına göre para cezaları takdir edildiği bilinmektedir. Imber'e göre bu

⁸⁸ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 513.

⁸⁹ Calder, Heyd'in ve bir dereceye kadar Imber'in Osmanlı ceza kanunlarının şeriatla az çok çatıştığı fikrinde olduğunu yazar ve kanunname nüshalarında yer alan kayıtların gösterdiği üzere kanunların sadece hadler uygulanmadığında etkili olan hükümler olarak okunması gerektiğini belirtir. Ona göre para cezaları bir tür tazir olarak kabul edilirse Osmanlı ceza kanunlarının şeriatla uyumlu olduğu savunulabilir (*Islamic Jurisprudence*, s. 68, 69).

⁹⁰ "Ve bir kimesne kendi avradın bir kimesne ile zina iderken görse ve bir yirde bulsa ikisin bile katl itse hemân evi içine cema'at getirüb işhad etse ol maktullerin varislerinin da'vaları istima' olunmaya. Veya bir kimesne kendü evinde bir ecnebî bulub alet-i harb ile çalub mecrûh itse ol mecrûh olanı işhad etse onun dahi siyaseti sorulmaya." *Kanunnâme-i Sultânî*, Manisa İl Halk Kütüphanesi, nr. 5819, vr. 35a.

⁹¹ Imber aynı cümlede bu zannına içki içme haddini de ilave etmektedir (*Şeriatın Kanunu*, s. 102-103).

durum fıkıhın prensiplerinden köklü bir sapmadan ziyade onun rasyonel hale getirilmesidir. Şeriat, zinanın ispat kuralları aşırı katı olduğu için etkisizdir ve had cezaları “mantıklı” bir hâkimin normal şartlarda uygulamak istemeyeceği kadar ağırdır. Kanun ispat kurallarını değiştirerek mahkumiyeti artık imkânsız olmayan bir hale getirir ve kadının tereddütsüz bir şekilde uygulayabileceği bir ceza tarifesi öngörür.⁹² Aslında şer’i hukuk da zina haddinin uygulanmadığı durumlarda suçun niteliğine ve failin önlenme durumuna uygun tazir cezaları takdir eder. Kanunun zina suçunun cezasındaki “rasyonel” tavrını kabaca şer’i hukuktaki anlayışın bir yansıması olarak görmek mümkündür. Zina haddinin ağır olduğu ve katı ispat vasıtaları nedeniyle nadiren uygulanabileceği kısmen -dayakla infaz edilen had o kadar ağır değildir- doğru olsa da “mantıklı” bir hâkimin normal şartlarda haddi uygulamaktan kaçınmak yerine şeriat ve kanun gereğince onları uygulamak isteyeceği açıktır. Nihayet müellifin iddia ettiğinin aksine Osmanlı kanun koyucuları zina suçuna ilişkin kanıt kurallarını değiştirmiş değildir. Onlar zina suçundan para cezası alınabilmesi için suçun mahkemede sabit olmasını gerekli görmektedirler. Suçun hangi durumlarda haddi, hangi durumlarda taziri gerektireceği kadının muhakemesi neticesinde tayin edilir. Şer’i hukuk zina suçunda katı ispat kurallarını koruyarak faili her zaman tazir kapsamında muhtelif cezalara mahkum edebilir. Bu nedenle kanun yapımcıların zina suçundan mahkumiyeti mümkün kılmak için kanıt kurallarını değiştirmeye ihtiyacı yoktur.

Klasik Osmanlı ceza kanunları bir kadının *adı çekilen* bir adamla تنها bir yerde görüldüğüne şahitlik edilmesi halinde failleri tazire ve ayrıca zina için konulmuş para cezasına (*zina kınlığı*) mahkum eder.⁹³ Imber bu hükmü kanunun -şeriatın zina tanımını kabul etmesine rağmen- bazı durumlarda cinsel ilişki kanıtına gerek duymadan birlikteliği gayrimeşru saydığı şeklinde okur. Ona göre kanun mahrem olmayanlar arasındaki ilişkiyi yasadışı hale getirir ve zina teşkil eden şeyin mefhumunu genişletir. Bu şeriatın belki genel ruhunu yansıtan fakat kesinlikle lafzını aksettirmeyen bir örf ve adet kuralıdır.⁹⁴ Ne var ki müellif şer’i hukukun mahrem olmayanlar arasındaki ilişkiyi gayrimeşru

⁹² Imber, “Osmanlı Hukukunda Zina”, s. 513-514.

⁹³ “Eğer avradın bir er ile adı çekilse ikisinin bir halvet yerde görüb şehadet eyleseler kadı tazir ide. Zina kınlığın kemâ kâne alalar.” Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, [ed. V. L. Menage], Oxford: Oxford University, 1973, s. 61.

⁹⁴ Imber, “Osmanlı Hukukunda Zina”, s. 514.

saymak için her zaman cinsel münasebet aramadığına dikkat etmemektedir.⁹⁵ Şer'i hukuk birbirine mahrem olmayan erkek ve kadının تنها bir yerde baş başa kalmalarını (*halvet*) caiz görmez.⁹⁶ Hakkında belirlenmiş bir ceza bulunmayan her bir *kebire* ya da *cinayet*in tazir kapsamında cezai yaptırıma tabi olduğu daha önce ifade edilmişti. Kanun koyucular örf ve adetlerden ziyade Hanefi hukukundaki bu anlayışı takip ederek söz konusu durumda cezalandırma yapabiliirdi. Daha doğrusu kadıların bu gibi durumlarda verdikleri tazir cezalarına kanuni sonuçlar bağlayabiliirdi. Görünüşe göre onlar tenhada görülen namahremler arasında gayrimeşru aşk ilişkisinin bulunmasını, zina suçunun karinesi olarak değerlendirdiler ve onları para cezası yönünden zina etmiş gibi kabul ettiler. Kanun, müellifin iddia ettiği üzere zina teşkil eden şeyin mefhumunu genişletmişse bunu para cezası yönünden yapmıştır.

Imber şeriatta suçun cezayı gerektirmesi için bilfiil işlenmesi gerektiğini, kanunda ise bazı durumlarda maksadın yeterli olduğunu iddia eder. Müellif bu iddiası için zina kastıyla bir kimsenin evine girmeyi tıpkı zina suçu gibi cezalandıran kanunu⁹⁷ örnek gösterir.⁹⁸ Şeriatta zina suçunun cezayı gerektirmesi için bilfiil işlenmiş olması gerektiği doğrudur fakat bu gereklilik zina haddi için aranır. Şeriat da zina suçu bilfiil işlenmediği halde bağlantılı kasıt ve davranışları tazir kapsamında cezalandırabilir. Denilebilir ki kanun koyucuların yaptığı şey bu anlayışı ruhen kanun maddelerinde yansıtmak olmuştur. Zina işlemek kastıyla bir kimsenin evine zorla ya da rızayla girmenin bizzat kendisi, zina gerçekleşmedikçe tazirlik bir suçtur. Kanun koyucular bu davranışı sadece para cezası yönünden zina işlemek gibi değerlendirmişlerdir. Çünkü özellikle karşı tarafın da rızasının bulunduğu durumlarda zina suçunun işlendiğine dair güçlü bir karine vardır.

Klasik Osmanlı ceza kanunlarında zina eden evli kadının para cezasını kocasının ödemesi emredilmiştir.⁹⁹ Imber bu hükmü kadınların kendi şehvet-

⁹⁵ Nitekim Imber cinsel ilişki bulunmadan aşk arkadaşlığının, kınanmaya değer gayri ahlaki bir durum olsa da yasaklanmamış olduğunu iddia etmektedir ("Osmanlı Hukukunda Zina", s. 514). Müellif söz konusu durum karşılığında belli bir ceza konulmamış olmasından -genel yaklaşımına uygun olarak- fiilin yasaklanmadığı yorumunu çıkarmaktadır. Oysa Hanefi geleneğinde bir fiilin yasaklanmış olması, hakkında sabit bir ceza bulunmasından daha genel bir durumdur.

⁹⁶ Bkz. Salim Öğüt, "Mahrem", *DİA*, XXVII, 2003, s. 389.

⁹⁷ "Eğer bir kişi zina kasdına bir kişinin evine girse evli olursa evli cürmin vire ve ergen olursa ergen cürmin vire." *Kanunname-i Sultanî*, vr. 35a; Heyd, *Criminal Law*, s. 58.

⁹⁸ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 514.

⁹⁹ "Eğer zinayı erli avrat itse eri cürm vire." *Kanunnâme-i Sultanî*, vr. 35a; Heyd, *Criminal Law*, s. 57.

leri üzerinde hiçbir kontrolleri bulunmadığı ve kocaların ya da erkek kanuni temsilcilerinin onları gözlerden uzak tutma sorumluluğu bulunduğu şeklindeki -sözde- yaygın Müslüman erkeği anlayışıyla ilişkilendirir. Müellife göre şeriat kadını kendi cinsel davranışından mesul kılmakta ve kişisel olarak cezalandırmakta iken kanun karının cezai davranışından kocayı sorumlu tutar.¹⁰⁰ Kocanın, eşinin davranışı sebebiyle sorumlu tutulması şeriatın erkeklerle verdiği eşlerini eve kapatma ve dairelerine girişi sınırlama hakkının mantıksal bir sonucudur.¹⁰¹ Ancak kanun koyucuların, yazarın “yaygın” müslüman erkeği anlayışı olarak takdim ettiği subjektif unsura dayanarak suçun şahsiliği gibi temel bir hukuk ilkesine aykırı mali sorumluluk getirmiş olmaları uzak bir ihtimaldir. Hanefi geleneğinde karı, aile konutunda ikamet etmek ve karı-koca hukukuna riayet etmek suretiyle evlilik nafakasını hak eder ancak bu nafaka hukuken, para cezası bir yana, tedavi masraflarını bile içermez. Müellif kanun koyucuları bu şekilde davranmaya iten esas nedeni gözden kaçırmış görünmektedir: Para cezası Osmanlı mali sisteminde örfi resimler arasında sayılan önemli bir gelir kaynağıdır. Kanun koyucuların para cezası yönünden kocayı sorumlu tutmaları bu önemli gelir kaynağını sağlama alma düşüncesinden ileri gelmiş olmalıdır. Doğrudan evli kadınların muhatap alınması para cezalarının toplanmasını riske atabilirdi. Para cezasını koca ödeyecek ve daha sonra ödediği miktarla eşine rücu edebilecektir. Eşler belki de *müeccel* mehrin bir kısmı karşılığında mahsuplaşacaklardır. Karının işlediği zina suçundan kocanın sorumlu tutulması, sadece suçta kocanın ihmal veya kusuru bulunduğu durumlarda hukuki bir temele sahip olabilir. Imber'in geleneksel erkek onurunu yansıtan bir hüküm olarak değerlendirdiği¹⁰² *köftehorluk cürmü*; yani karısının iffetsizliğine göz yuman kocadan alınan para cezası bu son durumla ilgilidir.¹⁰³

Imber kavga eden kadınları cezalandıran kanunlarla ilgili olarak da benzer bir yaklaşım sergiler. Kanunlara göre kavga eden kadınlar eğer *muhaddere* (çarşı pazar işlerini kendi görmeyen ve çok gerekli olmadıkça yabancılarla muhatap olmayan) iseler para cezalarını kocaları ödemelidir. Aksi halde para cezaları

¹⁰⁰ Imber, “Osmanlı Hukukunda Zina”, s. 515.

¹⁰¹ Imber, “Osmanlı Hukukunda Zina”, s. 519-520.

¹⁰² Imber, “Osmanlı Hukukunda Zina”, s. 515.

¹⁰³ “Eğer zinayı erli avrat etse eri cürm vire. Ganî olursa ve kabûl iderse köftehorluk vire.” vr. 35a; Heyd, *Criminal Law*, s. 57-58.

kendilerinden alınmalıdır.¹⁰⁴ Müellife göre bu ayırım şer'î hukukun kadına nafa-ka ödemeyi aile konutunda ikamet etmesi şartına bağlayan ve genel olarak evli olmayan kadınları erkek velinin vesayetine veren popüler yorumuyla ilgilidir. Ceza kanunlarını yapanlar dindarlık ve sosyal statüdeki bu farklılığı hukuki bir ayrıma dönüştürmüşlerdir.¹⁰⁵ Ancak burada da kanun koyucuların amacı daha çok para cezalarının toplanmasını emniyete almak gibi görünmektedir. Hiçbir vergi uzmanı zorunlu olmadıkça yabancılarla iş görmeyen bu kadınların para cezasından bizzat sorumlu tutulmasını tavsiye etmezdi. Para cezası kocadan alınacak ve koca daha sonra ödediği miktarla eşine rücu edebilecektir.

Osmanlı kanun koyucuları evli bir kadının *adı çekilen* kişiyle nikahlanmasını yasaklamış ve eğer nikahlanmışsa hâkimin tarafları derhal tefrik etmesini emretmiştir.¹⁰⁶ Imber'e göre bu kanun boşanmaya hukuki yol bulamayan kadınların iffetsizlik yaparak ya da yapmış gibi görünerek kocalarını normal boşamaya zorlamalarını önlemek için vazedilmiş olabilir. Bir kadın kocasının rızasını ve kendisinin maddi fedakarlık yapmasını gerektiren *muhalaa*dan kaçınmak için bu hileli yola başvurursa kanun bu yasakla kocanın bedel alma hakkını koruyacaktır.¹⁰⁷ Bazı nüshalarda "adı çekilse" ifadesinden sonra zikredilen "onu eri boşasa"¹⁰⁸ kaydı kocanın boşama nedeninin gerçekten de iffetsizlik olduğunu göstermektedir. Ancak kocanın bedel alma hakkının korunmasıyla evlenme yasağı arasında her hangi bir ilişki yoktur. Çünkü kocanın bedel alma hakkının korunması yani karısını *muhalaa* yoluyla boşaması halinde de evlenme yasağı devam edecektir. Kadın başkasıyla adının çekilmesi gibi tam kusurlu görüldüğü bir durumda kocasını mehir ve iddet nafakası ödeyeceği normal boşamaya zorlayamaz. Bu nedenle ayrılığın tek makul yolu *muhalaa* olacaktır. Nitekim kimi kanunnamelerde zikredilen, "erinden boşansa" ve "erinden boşandı ise" ifadeleriyle boşamanın kadına nispet edilmesi *muhalaa*ya işaret etmektedir.¹⁰⁹

¹⁰⁴ "Eğer avratlar birbiriyle savaş idüb birbirinün saçın yolub ve muhkem döğüşseler muhadderâtan değil ise erlerine ta'zîr idüb yirmi akçe cürm alına." *Kanunnâme-i Sultan Selim Han*, (Tıpkıbasım: Anna Tveritinova, *Knika Zakonov Sultana Selima I*, Akademiya Nauk SSSR, Moskova, 1968), vr. 3b; Hüseyin Özdeğer, "I. Sultan Selim Han Kanunnamesi ve Tahlili", *Türk İktisat Tarihi Yıllığı*, 1987, sy. 1, 143.

¹⁰⁵ Imber, *Şeriatın Kanuna*, s. 255-256.

¹⁰⁶ "Eğer avradın biregü ile adı çekilse ol adı çekilen avradı ol ere nikâh itmeyeler. Eğer akd-i nikâh olmuş ise fi'l-hal kadı tefrik ide cebren ve kahren." *Kanunnâme-i Sultanî*, vr. 35a; Heyd, *Criminal Law*, s. 61.

¹⁰⁷ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 515-516.

¹⁰⁸ Heyd, *Criminal Law*, s. 60.

¹⁰⁹ Kanun metinleri için bkz. Heyd, *Criminal Law*, s. 60, 16/2 no'lu dipnot.

Imber kadının bir kişiyle adının çekilmesini normal boşama elde etmenin daha önce planlanmış bir aracı olarak görür. Ona göre kadının esas amacı adı çekilen kişiyle evlenmek değil, kocasından normal bir boşanma elde etmektir. Ancak müellifin bu yaklaşımı kadının adı çekilen kişiyle evlenmek için boşandığını ve halkın durumdan haberdar olduğunu ifade eden kayıtlarla¹¹⁰ uyumlu değildir. Kadının amacı, müellifin iddia ettiğinin aksine kocasını normal boşamaya zorlamak değil, adı çekilen kişiyle evlenmektir. Kanun koyucular medeni bir yaptırım olarak vazettikleri evlenme yasağıyla onun bu amaca ulaşmasını engellemek istemişlerdir. Diğer yandan Imber evlenme yasağı getiren kanunun şeriatın lafzını ihlal ettiği kanısındadır.¹¹¹ Gerçekten Hanefi hukukunda bir kimsenin zina ettiği kişiyle evlenmesi haram değildir. Fakat kadının gayrimeşru bir şekilde kocasını boşamaya mecbur bırakması ve kanuna konu olduğuna göre muhtemelen yaygın bir uygulama haline gelmesi kamu otoritesini böyle ağır bir medeni yaptırıma sevk etmiş görünmektedir.¹¹² *Muhala* yoluyla boşandığı için mehrini alamayan ve belki de ilave maddi külfet altına giren kadın ekonomik zorluklarla yüzleşmenin yanında adı çekilen kişiyle evlenemeyecek ve ahalî olan bitenden haberdar olduğu için başka eş bulmakta da zorlanacaktır.

Imber fıkıh kitaplarının cinsel tacizi ayrı ve özel bir suç olarak zikretmediğini fakat mahrem olmayanlara bakma ve dokunmayı içerdiğinden dolayı, yasaklamasa bile zımnen kınanmaya değer bulduğunu iddia eder. Onun yaklaşımına göre kanun koyucuların cinsel tacizi sopa ve para cezasıyla yaptırım altına alarak cezai bir suç haline getirmesi¹¹³ şeriat ile kanun arasında bir farklılık ve yeni bir durumdur.¹¹⁴ Müellifin ısrarla gözden kaçırdığı husus Hanefi

¹¹⁰ Kayıtlar için bkz. Heyd, *Criminal Law*, s. 60, 16/2 no'lu dipnot.

¹¹¹ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 516.

¹¹² Osmanlı kanun koyucuları bu yasak konusunda Hz. Ömer'den esinlenmiş olabilir. Onun, haram olmamasına rağmen belli nedenlerle Müslümanlara gayrimüslim kadınlarla evlenme yasağı getirdiği bilinmektedir.

¹¹³ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 517. İlgili hükümler bir kanunnameye şu şekilde ifade edilir: "Eğer bir kişi bir gayrın avradın veya kızın öpse veya dilese veya yoluna varub söylese ve yapışsa kadı muhkem ta'zîr idüb ağaç başına bir akçe cürm alına. (...) Eğer bir kişi bir kişinin câriyesine söylese veya öpse muhkem ta'zîr olunub iki ağaca bir akçe cürm alına. Eğer bir kişinin oğlun öpse veya yoluna varub söylese muhkem ta'zîr idüb ağaç başına bir akçe cürm alına. Eğer habs dahi itseler kadı maslahat gördüğü yerde ide." *Kanunnâme-i Sultanî*, vr. 35a, 36b; Heyd, *Criminal Law*, s. 61.

¹¹⁴ Müellifin aynı yaklaşımı, şeriatın suç olarak ele almadığını düşündüğü cinsel amaçlarla kadın veya çocuk kaçırma davranışı (Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 516) hakkında da sergileyeceği tahmin edilebilir. Çünkü bu davranışların had kapsamında cezası bulunmamasına rağmen kanunnamelerde

geleneğinde suç ve cezanın hadlerin ötesinde anlamı bulunduğudur. Şari' kanun koyucunun cezalandırdığı cinsel tacizi özel olarak düzenlememiş olsa da tazir kapsamında cezaya tabi kılmıştır. Yani gerekli cezalar zamanın icabına ve maslahata göre kamu otoritesi tarafından takdir edilmelidir. Osmanlı kanun koyucusunun yaptığı şey Şari'in, tazir kapsamında kendi takdirine bıraktığı cezalandırmayı nitelik ve nicelik yönünden belirlemektir.

Imber şeriatın muhtemelen hiçbir biçimde ele almadığı en önemli konunun kadına ya da çocuklara yönelik cinsel saldırı olduğunu öne sürer. Ona göre tecavüz suçu mantıksal olarak zina kategorisine girdiği için şeriat daima suç ortaklığına hükmedip iki tarafa da suçlu olarak muamele eder ve tecavüz mağdurunu da tecavüzcü gibi suçlu görür.¹¹⁵ Klasik Hanefi ceza hukukunda tecavüzün zina olarak görüldüğü ve ondan ayrı bir suç olarak ele alınmadığı doğrudur. Ancak şeriat zinada her zaman müşterek suç ortaklığına hükmedip iki tarafı da suçlu kabul etmez. Nitekim tecavüze uğrayan kişiye, başka bir ifadeyle ikrah altında zina yapana had cezası gerekmez.¹¹⁶ Müellif zina haddinin uygulanmasını mümkün görmediği ve had uygulanmadığında suçun tazir kapsamında cezaya tabi olduğunu dikkate almadığı için hukukun, faili sadece verdiği fiziksel zararlar için diyet ve gayrimeşru ilişki için *mehr-i misil* ödemeye mahkum edebileceğini iddia eder.¹¹⁷ Ancak bu medeni yaptırımlardan birincisi konu dışıdır, diğeri sadece gayrimeşru ilişkinin -batıl da olsa- bir nikah akdi içinde gerçekleştiği ya da *şüphe* içerdiği kimi durumlarda söz konusu olabilir.¹¹⁸ Cinsel saldırının ilişkili olduğu temel suçta yani zinada cezai yaptırım had ya da tazir kapsamında daima muhtemeldir. Imber zinayı razı olan taraflar arasındaki gayrimeşru cinsel ilişkiye indirgediği için tecavüzün zinadan farklı bir suç tipi olduğunu düşünmektedir.¹¹⁹ Oysa zinada iki tarafın da ilişkiye razı olması şart

yaptırımı vardır: "Ve dahi kız oğlan çeken veya (...) avrat ve kız çekmeğe bile varan kimesnenin siyaseti için zekeri kesile." *Kanunnâme-i Sultanî*, vr. 35a; Heyd, *Criminal Law*, s. 58.

¹¹⁵ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 508; Şeriat Kanuna, s. 261. Müellif bu anlayıştan hareketle Ebussuud Efendi'nin tecavüz mağduru hakkında bir ceza tayin etmemesini ona sempati gösterdiği şeklinde değerlendirir ("Osmanlı Hukukunda Zina", s. 524-525).

¹¹⁶ Zinaya zorlanan kadına ittifakla, zinaya zorlanan erkeğe Ebû Hanîfe'nin son görüşüne ve diğer iki imama göre had cezası gerekmemektedir. Kâdîhan, *Fetâvâ*, III, 468-469.

¹¹⁷ Imber, *Şeriat Kanuna*, s. 261.

¹¹⁸ Imber bir çiftin zina edip ceza almaması durumunda erkeğin kadına, hürse *mehr-i misil*, cariyeyse sahibine ukr ödemesini Hanefi hukukunda genel bir kural olarak zikreder ("Osmanlı Hukukunda Zina", s. 506).

¹¹⁹ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 531.

değildir, bir tarafın zor kullanarak gerçekleştirdiği gayrimeşru cinsel ilişki de zina olarak isimlendirilir.¹²⁰ Müellif daha da ileri giderek kanunun tıpkı şeriat gibi konuyu bütünüyle göz ardı ettiğini iddia eder. Ona göre kanun bir gencin isteyerek ya da istemeyerek oğlanciya boyun eğmesini suç kabul ettiği için tecavüzcüye ram olan kadının zina suçlusu olduğu sonucunu çıkarmakta, bu hususta şeriatı takip etmektedir.¹²¹ Ne var ki kanun ne bir gencin istemeyerek oğlanciya boyun eğmesini suç kabul eder ne de tecavüze uğrayan kadını zina suçlusu olarak görür. Kanun koyucuların tecavüze uğrayan kadını suçlu saydıklarına dair hiçbir veri yoktur. Müellifin işaret ettiği kanun oğlanciya kolaylık gösteren genci cezalandırdığı¹²² için tecavüze uğrayan kadının suçlu sayılmasına asıl teşkil etmez. Kanunnamelerde özel olarak tecavüz suçu için bir madde düzenlenmiş değildir fakat zina suçu için para cezasının recm/ siyaset uygulanmadığında söz konusu olacağını ifade eden hükümler bir tür zina sayılan tecavüz hakkında da aynı ağır cezayı onaylar. Bu durum birçok tekil hükümde tecavüz suçunun ölüm cezası anlamına gelen siyasetle cezalandırılmış olmasından da anlaşılabilir.¹²³

Imber'in temel bakış açısı fuhuş hakkında da benzer sonuçlar verir. Hanefi mezhebindeki hâkim görüş ücret karşılığı gayrimeşru cinsel ilişkiyi (fuhuş) zina kabul etmekle birlikte ödenen ücretin sahiplik şüphesi içermesi nedeniyle had cezasına tabi görmez. Faile kamu otoritesinin takdir edeceği uygun bir tazir cezası verilmelidir. Bu Ebû Hanîfe'nin görüşüdür. Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed fuhşun haddi gerektirdiğine hükmetmişlerdir.¹²⁴ Imber bütün hukuk otoritelerinin fuhşun zina olduğunda ittifak ettiklerini fakat onun had cezasını gerektirip gerektirmeyeceği konusunda ihtilaf ettiklerini söylerken bu bilgileri hatırlatmak ister.¹²⁵ Daha sonra şaşırtıcı bir şekilde, XVI. yüzyıl iti-

¹²⁰ Fakihler bu bağlamda *zina'l-mükreh* ifadesini kullanırlar. Bkz. Molla Hüsrev, *Dürrü'l-hükkâm*, II, 78. Çivizâde mükrehin dâhil olduğu ilişkinin haddi gerektirmemekle birlikte *şer'i zina* olduğunu belirtmektedir. (*Mecmû'atü'l-fetâvâ*, vr. 112b). Ebussuud Efendi zor kullanarak zina eden kişiye muhsan ise recm gerektiğini ifade eder. Veli b. Yûsuf, *Mecmû'atü'l-fetâvâ*, vr. 68a, 80b.

¹²¹ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 518.

¹²² "Ve dahi bir kişinin oğlu genezlik eylese bâliğ ise oğlanı muhkem ta'zîr idüb ağaç başına bir akçe cürm alına. Dahi bâliğ olmadıysa babası hıfz etmediğiçün babasını ta'zîr ideler; lâkin cürm alınmaya." *Kanunnâme-i Sultan Selim Han*, vr. 2a; Özdeğer, "I. Sultan Selim Han Kanunnamesi ve Tahlili", s. 142. *Genezlik* kelimesi kolaylık demektir ve bu kanunda oğlanciya kolaylık göstermek anlamına gelir.

¹²³ Bkz. Midilli, *Şeriat-Kanun Ayrımı*, s. 317-318.

¹²⁴ Kâdîhan, *Fetâvâ*, III, 468.

¹²⁵ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 509.

bariyle hukukçuların çoğunun fuhşu muhtemelen kaçınılmaz olana karşı yasa yapmanın yararsızlığı sebebiyle açıkça meşru (*legal*) kabul ettiğini ve kanunun fuhşun meşru olduğunu kabul etmesine rağmen ona aracı olmayı suç haline getirdiğini iddia eder.¹²⁶ Başka bir ifadeyle Imber'e göre kanunnamelerde gayrimeşru cinsel ilişki için kadın tedariki suç sayılsa da halkın şikâyetine sebep olmadıkça fuhuş bir suç olarak ele alınmaz.¹²⁷ Ne var ki bütün hukuk otoritelerine göre fuhşun zina olduğunu söyleyen müellif, fuhşun zinaya ilişkin kanunlar kapsamında cezaya tabi kılındığını fark etmez. Dahası kanun koyucuların fuhşun meşru olduğunu kabul etmelerine rağmen ona aracı olmayı suç saydıklarını söyleyerek açıkça paradoksa düşer.¹²⁸ Eğer kanun koyucular fuhşu meşru kabul etselerdi o zaman meşru olan şeye aracı olmayı da meşru kabul ederlerdi. Imber'in bu yaklaşımında kanunnamelerde spesifik olarak fuhşu cezalandıran bir kanun maddesi bulunmamasının yanı sıra 937/1530 tarihli Rumeli Çingeneleri kanunnamesinde Çingenelerin, "nâ-meşrû' fî'le mübaşeret eden avratlarından her ayda yüzer akçe"¹²⁹ *kesim* vergisi alınmasını isteyen hükümün de etkisi vardır. Imber *kesimin* teoride devam eden hukuk ihlali için kesilen bir para cezası olmakla birlikte pratikte düzenli ekonomik bir faaliyet için alınan düzenli bir vergi anlamına geldiğini iddia eder.¹³⁰ Aslına bakılırsa Osmanlı kanun yapıcılarının zina suçundan alınan para cezasını da *cürm ü cinâyet resmi* olarak zikretmiş ve tıpkı düzenli bir vergi gibi hesaplayıp mukataaya vermişlerdir. Bu nedenle *kesimin* düzenli bir vergi olması şeriata aykırı faaliyetlerin meşru kabul edildiği anlamına gelmez. *Kesimin* müellifin ifadesiyle hukuk ihlali için kesilen bir para cezası niteliğinde olması şeriata aykırı faaliyetlerin suç olarak ele alındığını gösterir. Ayrıca sözü edilen hükümdeki *nâ-meşrû' fî'le* tabiriyle fuhşun dışındaki gayrimeşru davranışlar da kastedilmiş olabilir. Kısaca fuhuş XVI. yüzyılda ne şer'î hukuk ne de kanun tarafından meşru kabul edilmiş değildir.

Imber'in yukarıdaki yaklaşımları cinayetler ve gasp konusunda da aynı etkiyi yapar. Müellif kısas ve diyetin (sadece) mağdur ya da onun mirasçıları adına uygulandığını, şahsa yönelik yaralamaların ise Osmanlı ceza kanunlarında kamu davasına yol açtığını ifade eder. Ona göre insan öldürme suçunda

¹²⁶ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 518.

¹²⁷ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 529.

¹²⁸ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 518.

¹²⁹ Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, İstanbul: Fey Vakfı, 1993, VI, 512.

¹³⁰ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 519.

Hanefi hukuku hâkimdir, yaralama ve saldırı suçlarında ise Osmanlı ceza kanunları uygulanır.¹³¹ Ancak Osmanlı ceza kanunlarında sadece şahsa yönelik yaralamalar değil, cinayet de kamu davasına yol açar. Bu nedenle cinayet kamu görevlileri tarafından resen takip edilebilir.¹³² Kısas infaz edildiğinde kul hakkının yanında kamunun hakları da temin edilmiş olur. Kısas uygulanmadığında diyetin yanında uygulanabilen dayak ve/veya para cezası aynı kamusal hakları sağlar. Bu durum daha önce ifade edildiği gibi Hanefi geleneğinde cinayetin sadece tek tek kişilerin hakkını değil, ayrıca bütün bir toplumun hakkını ihlal ettiği düşüncesinin bir yansımasıdır. Diğer yandan ceza kanunları sadece adam öldürmede değil, bazı yaralama suçlarında da mağdur veya varislerine söz hakkı verir. Nitekim göz ve diş çıkarma suçlarında para cezası mağdurlar kısas talep etmediğinde devreye girer.¹³³ Bu düzenleme sadece kısasta değil, bazı yaralama suçlarında da Hanefi hukukunun etkin olduğunu gösterir.

Osmanlı kanun koyucuları bir ev ya da dükkan kundaklayan kişiyi, kastı bulunması halinde salb cezasına mahkum etmişlerdir.¹³⁴ Imber hukuki gelenekte malın ateşe verilmesinin cezaya tabi bir eylem değil, gasp olduğunu, bunun da kasıt unsuruna bakılmaksızın sadece zarar sorumluluğu gerektirdiğini iddia eder. Ona göre kanun derleyiciler suç işleme kastını cezanın tespitinde bir unsur olarak zikrederek genel bir hukuki ilke geliştirmişlerdir.¹³⁵ Imber'in bu yaklaşımı Mehmet Akif Aydın tarafından eleştirilmiştir. Aydın'a göre Imber hukuki-cezai sorumluluk ayırımına dikkat etmemekte ve Hanefi hukukunda kusurlu olarak verilen zararın tazmin borcu doğursa da ceza gerektirmediği

¹³¹ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 256-257.

¹³² Imber faili meğhul cinayetlerin soruşturmasına kolluk güçlerinin dâhil edilmesini Osmanlı uygulamasının Hanefi geleneğinden ayrıldığı bir nokta olarak görür. Ona göre Hanefi hukukçular yöneticilerin sürece dâhil olmasını emretmeseler de Ebussuud Efendi onların sürece dâhil olmasını onaylar (*Şeriattan Kanuna*, s. 258). Müellif kamu otoritesinin soruşturmaya kolluk güçlerini dâhil etmesini Hanefi hukuk teorisinden ayrılma değil, ondan hareketle gerçekleştirilen bir pratik olduğunu fark etmediği için Ebussuud Efendi'nin onayını bu istikamette okumayı düşünmez. Ebussuud Efendi, Hanefi geleneğinde kabul edildiği üzere cinayetin bütün bir toplumun hakkını ihlal eden yönünün kamu otoritesine resen müdahale hakkı verdiğini çok iyi bilmekteydi.

¹³³ "Eğer bir kişi kasdile bir kişinin gözün veya dişin çıkarsa kısâs itseler cürm alınmaya; eğer kısâs itmeseler veya kısâs lâzım olmasa [...] cürm alın." *Kanunnâme-i Sultanî*, vr. 36a; Heyd, *Criminal Law*, s. 69.

¹³⁴ "Eğer bir kimse âharın evine ve dükkânına od kosa ol ev ve esbâbı yaksa şer'ile sâbit olsa bir kimesneye töhmet itseler tehdid ile hırsuzı bulduralar. Eğer kasd ile itmiş ola salb ideler." *Kanunnâme-i Sultanî*, vr. 38b; Heyd, *Criminal Law*, s. 81.

¹³⁵ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 232.

sonucuna varmaktadır. Kanunnamede yer alan kundaklama fiili doğrudan itlaf grubunda yer alan bir haksız fiildir, gasp değildir. Hanefi hukukunda doğrudan itlafta hukuki sorumluluk için kusur, daha da özelde kasıt aranmaz; cezai sorumluluk için ise aranır. Bu nedenle Osmanlı kanun koyucularının bir evi ya da dükkanı kundaklayan kişiyi kastı varsa tazir kapsamında ölümle (salb) cezalandırmış olması bir yenilik değildir.¹³⁶

Hanefi geleneğinde ceza hukukuna karşılık gelen fazla bir şey bulunmadığını iddia eden Imber'in klasik dönem Osmanlı ceza adaletini genellikle ceza kanunlarının yönettiği sonucuna varması kaçınılmazdı. Bu sonuç Hanefi geleneğinin klasik ceza kanunlarının gelişimindeki payı ve etkisinin yüzeysel ve sembolik görülmesini gerektiriyordu. Müellif taziri bütünüyle kamu otoritesinin takdirine bırakılan genellikle hukuk dışı bir cezai alan olarak kabul ettiği için Osmanlı kanun koyucularının bu alanda yaptığı düzenlemeleri daima şeriatın bağımsız ve birçok durumda ona aykırı yeni durumlar olarak takdim etmiştir.

3. Ebussuud Efendi'nin Hanefi Geleneği ve Kanuna Karşı Tavrı

Imber ilk iki başlıktaki yaklaşımlarını devam ettirerek başta Ebussuud Efendi olmak üzere bazı Osmanlı müftülerinin fetva verirken genellikle fıkıh kitaplarının lafzi metinlerini hesaba katmadıklarını; karşılıklarına çıkan pek çok meselede şeriatın kendilerine çok az rehberlik ettiğini ya da hiç etmediğini, onların çoğu kez örfe, hakkaniyete veya kendi ön kabullerine göre davrandıklarını iddia eder.¹³⁷ Ne var ki onun bu iddiasını temellendirirken kullandığı örnek fetvalarda müftülerin genellikle Hanefi fıkıh kitaplarını takip ettikleri görülür. Nitekim Ebussuud Efendi bir fetvasında namahrem bir kadının evinde bulunduğu ispat edilen kişiye *ehl-i hükmün* şiddetli bir tazir ve uzun bir hapis cezası verebileceğine hükmetmektedir.¹³⁸ Imber'e göre burada şeriat namahremlerin birlikteliğini (sadece) kınanmaya değer bir fiil olarak ele alırken Ebussuud Efendi onu cezaya tabi bir davranış haline getirir ve şeriatın

¹³⁶ Aydın, s. 414-415.

¹³⁷ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 520, 531.

¹³⁸ Fetva metni için bkz. Ertuğrul Düzdağ, *Ebussuud Efendi Fetvaları*, İstanbul: Kapı Yayınları, 2012, s. 203, nr. 782; Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 532.

lafzını değil, ruhunu takip eden örf ve adet hukukunu esas alır.¹³⁹ Oysa şeriat namahremlerin tenhada baş başa kalmalarını yasaklar ve tazire tabi bir davranış olarak görür. Şeriatın baş mümessili sıfatıyla Ebussuud Efendi'nin hükmettiği cezalar örf ve adet hukukundan ziyade bu açık ve kesin anlayışın ifadesi olarak görülmelidir. Imber, Ebussuud Efendi'nin bir kadının sipahi kocasının izni olmadan Edirne'ye seyahat edip namahrem biriyle geri gelmesini tazirle cezalandıran fetvası¹⁴⁰ hakkında da benzer bir yorum yapar.¹⁴¹ Ancak bu fetvada da tazir olarak verilen ceza fıkıh kitaplarının lafızlarıyla uyumludur. Nitekim müellif kocanın, izinsiz olarak evi terk eden karısını tazir edebileceğini belirten bazı fıkıh kitaplarında atıf yapar.¹⁴² Şer'î hukuk bir kadının namahremle seyahat etmesini de aynı şekilde tazirle cezalandıracaktır. Yine Ebussuud Efendi'nin, *emred* şakirdini babasının izni olmadan başka bir yere götüren kişiyi tazirle cezalandırması¹⁴³ Imber'e göre şeriatın bütünüyle göz ardı ettiği bir davranışı suç olarak kabul etmektir.¹⁴⁴ Gerçekten fıkıh kitapları, cinsel amaçlı olduğu anlaşılan bu eylemi özel olarak cezalandırmazlar fakat hakkında had cezası bulunmayan her büyük günahın ve zarar veren haksız fiilin tazir kapsamında cezaya tabi olduğunu ifade ederler. Bu nedenle ne şeriatın bütünüyle ihmal ettiği bir davranış ne de Ebussuud Efendi'nin böyle bir davranışı suç haline getirmesi söz konusudur.

Imber, Ebussuud Efendi'nin bazı fetvalarını kanuna ve/veya şeriata aykırı bulur. Nitekim sakalsız bir genci (*emred*) adamlarına yakalatıp dağda kendisine cebren fi'l-i şenî eden ve bu minval üzere günlerce dolaştıran bir alaybeyi hakkında ölüm cezasının meşru olduğuna hükmeden fetvasında¹⁴⁵ Ebussuud Efendi, Imber'e göre mağdur için her hangi bir yaptırım zikretmeyerek oğlancığa boyun eğen genci cezalandıran kanunu görmezden gelir.¹⁴⁶ Ne var ki müellifin görmezden geldiğini iddia ettiği kanunda oğlancığa kolaylık (*genezlik*)

¹³⁹ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 521.

¹⁴⁰ Fetva metni için bkz. Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 532.

¹⁴¹ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 520-521.

¹⁴² Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 520.

¹⁴³ "el-Fetva: Zeyd-i Müslim şakirdi Amr-ı emredi baba izinsiz alub âhar vilayete gitse şer'an Zeyd'e ne lâzım olur? el-Cevab: Ta'zîr olunur." Veli b. Yûsuf, *Mecmû'atü'l-fetâvâ*, vr. 69a.

¹⁴⁴ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 521.

¹⁴⁵ Veli b. Yûsuf, *Mecmû'atü'l-fetâvâ*, vr. 69b.

¹⁴⁶ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 525.

gösteren gençten bahsedilmektedir.¹⁴⁷ Yukarıdaki fetvada ise bir cinsel saldırı mağduru söz konusudur. Müellif iki durum arasındaki açık farkı gözden kaçırmış görünmektedir.

Imber'e göre, Ebussuud Efendi'nin, "Bir tâife karye be-karye gezip avratlarına ve kızlarına ve cariyelerine -hâşâ- zina ettirmeyi âdet edinseler ne lâzım olur?" sorusuna, "Cumhûru ile fevka'l-had darb-ı şedidden sonra salâhları zahir oluncaya değin zindandan çıkarılmayıp zinası sabit olan avratlar cemî'an recm olunmak lâzımdır."¹⁴⁸ şeklinde cevap vermesi şeriata ve kanuna aykırıdır. Çünkü recm sadece muhsan olanların cezasıdır. Kızların ve cariyelerin şer'î hukuktaki cezası dayaktır. Ayrıca şariat gayri meşru cinsel ilişki için kadın tedarikini bir suç olarak ele almaz. Yine kanun halkın şikâyetine sebep olmadıkça fuhşu bir suç olarak düzenlemez. Müellif, Ebussuud Efendi'nin bu ağır cezaları, faillerin mütekerri suçlular olmaları nedeniyle *sa'y bi'l-fesad* anlayışı bağlamında vazetmiş olabileceğini ve bu anlayışın şeriatın belirlediklerinin ötesine giden cezaları temellendirmek için kullanıldığını ifade etmektedir.¹⁴⁹ Ancak Ebussuud Efendi recm cezasını kızlar ve cariyeler için değil, suçları sabit olduğu takdirde evli kadınlar anlamına gelen *avratlar* için gerekli görür. Muhsan olmayan kızlar ve cariyeler *avrat* kelimesinin kapsamına girmez. Ayrıca şeriatın gayrimeşru cinsel ilişki için kadın tedarikini bir suç olarak ele almadığı tespiti isabetli değildir. Hakkında had bulunmayan her kötü ve yanlış fiil gibi gayrimeşru cinsel ilişki için kadın tedarik etmek de tazir kapsamında cezaya tabidir. Yine kanunun fuhşu, halkın şikâyetine sebep olmadıkça bir suç olarak düzenlemediği savı hatalıdır. Daha önce ifade edildiği gibi kanunnamelerde zinayı düzenleyen hükümler bir tür zina sayılan fuhşu da kapsar. Son olarak fetvada gayrimeşru cinsel ilişki için kadın tedarik edenlerin haddin ötesinde dayak cezasına çarptırılması *sa'y bi'l-fesad* anlayışını akla getirse de zinası sabit olan *avratlara* recm cezası öngörülmesi bu anlayışla doğrudan ilgili değildir. Çünkü ölüm cezası dikkatli bir şekilde *recm* terimiyle ifade edilmiş ve recme tabi olan kadınlar *avratlar* olarak beyan edilmiştir.¹⁵⁰ Bu anlatım siyasetten ziyade şer'î hukukun zinaya ilişkin standart formülünü yansıtmaktadır.

¹⁴⁷ Bkz. yukarıda 122 numaralı dipnot.

¹⁴⁸ Veli b. Yûsuf, *Mecmû'atü'l-fetâvâ*, vr. 68b; Düzdağ, *Ebussuud Efendi Fetvaları*, nr. 785.

¹⁴⁹ Imber, "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 529-530.

¹⁵⁰ Imber'in, Ebussuud Efendi'nin şeriata ve kanuna aykırı gördüğü başka bir fetvası için bkz. "Osmanlı Hukukunda Zina", s. 525.

Imber, Ebussuud Efendi'nin hukukçuların koyduğu kurallardan en açık ayrılığı olarak kasıt-benzeri ve hataen öldürme ya da yaralamalarda gerekli olan diyeti ödemekle yükümlü olan kişiler topluluğunu ifade eden âkileyi kaldırmasını örnek gösterir ve "Bu topraklarda âkile yoktur."¹⁵¹ şeklindeki fetvasına işaret eder. Müellife göre XVI. yüzyılda âkile hukukçuların eserleri dışında bir varlığa sahip değildir ve Ebussuud Efendi yukarıdaki fetvasıyla bu durumu ifade etmeye çok yaklaşmıştır.¹⁵² Aslında âkilenin Arap toplumları dışında bir varlığı olmadığı görüşü Ebussuud Efendi'den daha önce bazı Hanefi hukukçular tarafından ifade edilmiştir. Fahrüddin Kâdîhan'ın (ö. 592/1196) yazdıklarına göre Şemsüleimme Halvânî (ö. 452/1060[?]) âkile meselesinde sonraki hukukçuların ihtilaf ettiğini belirtmiştir. Bazı hukukçular Arapların dışındakiler (*acem*) için âkile bulunmadığını öne sürmüştür. Ebû Bekir el-Belhî (4/10. asrın ilk yarısı) ve Ebû Ca'fer el-Hinduvânî (ö. 362/973) bu görüştedir. Bu iki hukukçuya göre Arap olmayanlar neseplerini muhafaza etmez ve onlar gibi yardımlaşmazlar. Bir *dîvân*ları da yoktur. Cinayeti başkasına yüklemek, kıyasın aksine Araplar hakkında örfdür. Onlar neseplerini korur ve yardımlaşırlar. *Acem* bu konuda onlara dâhil edilmez.¹⁵³ Ebussuud Efendi'nin bu yaklaşımdan esinlendiği anlaşılmaktadır. Ayrıca fetvadaki "bu topraklarda" ifadesi *acemi*; daha da özelde Rumeli ve Anadolu coğrafyalarını işaret etmektedir. Müellifin XVI. yüzyılda âkilenin hukukçuların eserleri dışında bir varlığa sahip olmadığını söylemesi Arapların yaşadığı geniş coğrafyaları göz ardı eden mübalağalı bir yaklaşımdır.

Imber, Ebussuud Efendi'nin bazı fetvalarında onun, ikrar ve beyyine gibi standart şer'î muhakeme delillerinin hırsızlık davalarında geçerli olmadığını açıkça ifade ettiği izlenimine kapılır. Şeyhülislam'ın bir fetvasında anlatıldığına göre Kadı Şureyh önüne gelen bir kayıp çocuk davasında standart muhakeme kurallarıyla sonuca ulaşamayınca Hz. Ali davaya müdâhil olur, zanlıların her birini ayrı odalarda tek tek sorguya çeker ve ifadelerindeki çelişkileri kullanarak maddi gerçekliğe ulaşır.¹⁵⁴ Imber'e göre bu fetva ceza davalarının şeriat mahkemelerinin kapsamı dışına çıkarılmasını ve idari görevlilere devredilmesini meş-

¹⁵¹ Fetvanın metni için bkz. Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 258.

¹⁵² Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 258. Imber'in muhtemel kaynağı olan Schacht kabile ilişkileriyle yakından ilgili olan âkilenin, *dîvân*ın ihdas edilmesiyle İslamlaştırıldığını fakat müessesenin şehir hayatına uyum sağlayamaması yüzünden bütünüyle işlemez hale geldiğini iddia eder. Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, s. 191.

¹⁵³ Kâdîhan, *Fetâvâ*, III, 448.

¹⁵⁴ Veli b. Yûsuf, *Mecmû'atü'l-fetâva*, vr. 72b.

rulaştırmaktadır.¹⁵⁵ Ancak bu fetvada standart muhakeme delillerini geçersiz kılan en küçük bir ima bile yoktur. Sadece hâkimlerin davaları ince anlayış ve sezgiyle ele alması istenmektedir.¹⁵⁶ Hırsızlık ya da diğer suçlara ilişkin davaların gerektiğinde doğrudan yöneticiler tarafından ele alınabileceği bilinen bir husustur. İslam adliye tarihinde Hz. Peygamber'den itibaren Müslüman yöneticiler doğrudan kendilerine başvuran şikâyetçilerin davalarını ilk ya da son merci olarak dinlemişlerdir.¹⁵⁷ Imber bu gibi örnekleri bütün bir adli sisteme teşmil ederek hırsızlığın soruşturulması ve cezalandırılmasının salt idari bir görev olduğu, yetkililerin diledikleri yöntemleri kullanabilecekleri ve delil ölçütünün davaya özel olduğu neticesine varır.¹⁵⁸ Oysa sadece töhmetli zanlıların yargılanmasında ve bazı olağanüstü davalarda standart kuralların dışına çıkılabilir. Bu gibi durumlarda -daha önce ifade edildiği gibi- kadınlara ve hassaten idarecilere *siyaset-i şer'iyye* anlayışı kapsamında bir kısım olağanüstü tedbirler alma yetkisi vardır. Normal hırsızlık davaları genellikle kadının yargı otonomisinde ele alınırken siyasi yönü bulunan davalar çoğu kez doğrudan yöneticiler tarafından görülmüştür. Müellife göre Ebussuud Efendi, töhmetli hırsızlık zanlısının yönetici tarafından cezalandırılabilmesi, hırsızın siyaseten ölüm cezasına çarptırılabilmesi ve para cezasının meşruiyetine ilişkin fetvalarıyla hırsızlık suçunu tamamen kutsal hukuk dairesinin dışına çıkarır.¹⁵⁹ Ne var ki müellif sözü edilen fetvaların genellikle olağandışı durumlara işaret ettiğini ve daima Hanefi geleneğine dayandığını göz ardı eder. Nitekim Ebussuud Efendi bu fetvalarında sırasıyla *Tebyînü'l-hakâik*, *Dürerü'l-hükkâm*, *Hülâsatü'l-fetâvâ* ve *Fetâvâ'l-Bezzâziyye* gibi Hanefi kaynaklara atıf yapar. Imber'in de haberdar olduğu bu atıflar söz konusu hukuki çözümlerin bizzat Ebussuud Efendi tarafından geliştirilmediğini, aksine Hanefi geleneğinden aktarıldığını göstermektedir.

Imber, Ebussuud Efendi'nin öldürmeyi emretme ve zehirleyerek öldürme durumlarına ilişkin hukuki sorumlulukları ele aldığı fetvalarını değerlendirirken de benzer bir yaklaşım sergiler. Ona göre Hanefi hukukunda öldürme emri veren kişinin -emrini uygulatabilecek gücü yoksa- cinayete ilişkin hiçbir

¹⁵⁵ Imber, *Şeriatın Kanuna*, s. 234.

¹⁵⁶ Nitekim Ebussuud Efendi bu fetvada, "Bu mekûle firâsetler kuzâta lâzımdır." der. *Mecmû'atü'l-fetâvâ*, vr. 72b.

¹⁵⁷ Bkz. Fahrettin Atar, "Kaza", *DİA*, XXV, 2002, s. 113-117.

¹⁵⁸ Imber, *Şeriatın Kanuna*, s. 234.

¹⁵⁹ Imber, *Şeriatın Kanuna*, s. 234-236.

hukuki sorumluluğu bulunmazken emri uygulayan kişinin kısasla cezalandırılması adaletsizliğe neden olur. Ebussuud Efendi bir fetvasında emri veren kişi hakkında tazir cezasına hükmederek adaletsizliği telafi etmeye çalışır.¹⁶⁰ Ancak Hanefi geleneğinde öldürme emri veren kişinin emrini uygulatacak gücü yoksa bile tazir kapsamında cezai sorumluluğu vardır. Imber, Hanefi geleneğinde bir kimsenin cinayetin doğrudan nedeni olmaması halinde (kısastan) muaf sayılmasını bütün cezai sorumluluklardan muafiyet olarak anladığı¹⁶¹ için Ebussuud Efendi'nin tazir cezasına hükmetmesini yeni bir durum olarak görür. Ona göre bir kimsenin yiyeceğine veya içeceğine zehir katmak suretiyle gerçekleştirilen zehirlenmede failin hiçbir hukuki sorumluluğu bulunmaz. Ancak Alâüddîn el-Kâsânî'den (ö. 587/1191) itibaren çoğu hukukçu tarafından fail kurbanını aldattığı için tazir cezasına çarptırılmaya başlanmıştır. Müellif, Ebussuud Efendi'nin de böyle bir zehirlenme vakasında faili tazir kapsamında ağır bir dayak ve uzun bir hapis cezasına çarptırarak bu görüşü benimsediğini ifade eder.¹⁶² Fakat belirtilen fiil Hanefi ceza hukukunun temel ilkelerine göre kısas ve diyet gerektirmese bile büyük bir günah olduğu için tazir kapsamında cezai sorumluluk icap ettirir. Bu nedenle Ebussuud Efendi'nin, Kâsânî'nin görüşünü benimsediğini söylemek yerine her ikisinin de Hanefi ilkelerini takip ettiğini söylemek daha doğru olur.

Imber, Hanefi hukuk doktrinde öldürme emri vermekle zehirlenmek arasında hukuki sorumluluk yönünden örtülü bir benzerlik bulunduğunu iddia eder. Ona göre öldürme emri verenle zehirleyen, emri uygulayanla zehirlenen arasında benzerlik vardır. Emri uygulayan kişinin emre uymama seçeneği olduğu gibi zehirlenen kişinin de zehri içmeme seçeneği vardır. Emir veren kişi sadece emri tutulmadığında ciddi zarar verebilecek konumdaysa kısasla cezalandırılır. Benzer şekilde zehirleyen kişi kurbanını zehri yutmaya zorladığında

¹⁶⁰ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 266. Müellif benzer şekilde Hanefi ilkelerini uygulamanın kölesini öldüren efendiye ve kiralık katil tutan kişiyi hukuki sorumluluktan muaf tuttuğu durumlarda Ebussuud Efendi'nin tazir cezasına hükmettiğini, onun Hanefi geleneğinin hiçbir hukuki sonuç gerektirmediği ve sadece günah olarak değerlendirdiği fiilleri ceza gerektiren suçlar olarak sınıflandırdığını iddia eder. Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 276. Oysa Hanefi ilkeleri kölesini öldüren efendiye ve kiralık katil tutan kişiye tazir kapsamında cezai sorumluluk yüklemektedir ve Ebussuud Efendi'nin yaptığı şey bu ilkeleri pratik hale getirmekten fazlası değildir. Nitekim Ebussuud Efendi kölesini öldüren kişiye kısas ya da diyet gerekmesek bile tazir gerekeceğini Kâdihân'dan nakletmektedir. Veli b. Yûsuf, *Mecmû'atü'l-fetâvâ*, vr. 205b.

¹⁶¹ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 266.

¹⁶² Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 269-270; "Why You Should Poison Your Husband", s. 212-213.

diyete maruz kalır. Aksi durumlarda faillere kısas veya diyet gerekmez. Müellif kısas veya diyet gerekmediği durumlarda -yukarıda görüldüğü üzere- faillere tazir takdir edilmek suretiyle her iki kuralın da zamanla aynı değişime uğradığı görüşündedir.¹⁶³ Oysa belirtilen durumlarda failler kısas ve diyete maruz kalmasalar bile günah işlemiş sayılmaktadır. Müellif şeriatın günah saydığı bir failin tazire tabi olabileceğinden haberdardır.¹⁶⁴ Ayrıca emir alan kişinin emri uygulamama seçeneği, yemeğine zehir katılan kişinin o yemeği yememe seçeneğine benzemez. Emir alan kişi emri uygulamama seçeneği olduğunu bilir fakat yemeğinde zehir olduğunu bilmeyen kişinin aslında yememek gibi bir seçeneği yoktur. Zaten müellifin kendisi de Hanefi hukukçuların asla açık bir şekilde böyle bir benzetme yapmadıklarını ifade etmektedir.¹⁶⁵

İmber bu benzetmeyi, bazı müftülerin boşanmaya hukuki yol bulamayan kadınlara verdikleri, eşlerinin yemeğine zehir katma tavsiyesiyle ilişkilendirmektedir. Kocasının kendisini üç talakla boşadığını bildiği halde bunu ispat edemeyen bir kadının, kocasının ilişkiye devam etmesi halinde günahkâr olup olmadığını sorduğu bir fetvada Ebüssuud Efendi ilişkiyi zina olarak niteler, kadına *muhalaayı* tavsiye eder ve başka bir kaçış yolu yoksa kocasının yemeğine zehir katmasının şeriatta günah sayılmayacağını ve diyet de gerekmeyeceğini ifade eder.¹⁶⁶ Ancak bu fetvadaki zehirlemeyle yukarıdaki zehirleme meseleleri aynı hukuki sonuçları doğurmaz. Hanefi geleneğinde bir kimseyi, yemeğine zehir katmak suretiyle öldürmek kısas ve diyet gerektirmese bile günahtır. Failin tazir kapsamında ceza sorumluluğu vardır. Buradaki meselede ise zina gibi büyük bir suçu önleme bağlamında gerçekleştirilen bir zehirleme eylemi vardır. Hanefi ilkelerine göre bu durumda kısas ve diyet gerekmez. Fetvanın

¹⁶³ Imber, “Why You Should Poison Your Husband”, s. 214. Imber XVI. yüzyıl ve XVII. yüzyılın ilk yarısına ait fetvaların öldürmeyi emreden ya da bir kimsenin ölümüne sebep olan kişiye, emri tutulmadığında ciddi zarar verecek gücü yoksa bile tazir cezası vererek Hanefi kurallarında değişim meydana getirdiğini fakat XVII. yüzyılın ikinci yarısı ve XVIII. yüzyıllara ait şeyhülislam fetvalarında öldürmeyi emreden kişinin, emri tutulmadığında ciddi zarar verecek gücü yoksa cinayette hukuki sorumluluğu bulunmadığı yönündeki Hanefi kuralına sıkı bir bağlılık bulunduğunu iddia etmektedir (“Why You Should Poison Your Husband”, s. 208-211). Bu iddiasında müellif genel yaklaşımının bir yansıması olarak hukuki sorumluluğu salt kısas ve diyet olarak anlamaktadır.

¹⁶⁴ Imber bir fetvada failin günahkâr sayılmamasından hareket ederek kendisine tazir gerekmeyeceği sonucunu çıkarır. “Why You Should Poison Your Husband”, s. 215.

¹⁶⁵ Imber, “Why You Should Poison Your Husband”, s. 211.

¹⁶⁶ Imber, “Why You Should Poison Your Husband”, s. 214.

gösterdiği üzere fail günahkâr sayılmadığı için tazir cezasına da çarptırılmaz.¹⁶⁷

Imber, Ebussuud Efendi'nin gaspla ilgili fetvalarını değerlendirirken de farklı bir tavır takınmaz. Bir çayıri ateşe verip yakan kimse için tazir cezasına hükmeden Şeyhülislam, Imber'e göre Hanefi tazminat ilkesini tamamen göz ardı eder, Hanefi geleneğinde gasp olarak nitelenen kundaklamayı doğrudan cürüm olarak görür ve bu hususta ceza kanununu izler. Ebussuud Efendi zararın kasıtlı olduğu durumda Hanefi geleneğini bırakır ve zarar veren fiili cürüm olarak değerlendirir.¹⁶⁸ Ne var ki çayıri ateşe verme gasptan ziyade doğrudan itlaf grubunda yer alan bir haksız fiildir. Hanefi hukukunda doğrudan itlaf kasıt unsuruna bağlı olarak tazmin edilmesinin yanında taziri de gerektirebilir. Ayrıca Hanefi geleneğinde gaspın hukuki sorumluluk yanında cezai sorumluluğu da bulunmaktadır. Müellif aynı yaklaşımla Ebussuud Efendi'nin bir kalenin taşıını alıp evinde kullanan kişi hakkında, taşı iade etmesi yanında sopa cezasına hükmetmesini¹⁶⁹ katı Hanefi emirlere aykırı bulur ve onun hukukçuların haksız fiil olarak tanımladıkları gaspı ceza hukuku kapsamına soktuğunu iddia eder.¹⁷⁰ Ona göre Hanefi hukuku kötü niyetli zararı sadece gasp olarak kabul edip kaybın giderilmesinden başka bir cezayı gerekli görmezken Ebussuud Efendi bu hükmünde kanunu takip ederek onu suç saymıştır.¹⁷¹ Oysa hem kanun ve hem de Ebussuud Efendi kötü niyetli zararın tazir kapsamında cezai sorumluluğu bulunduğunu belirten Hanefi hukukunu takip etmektedir.

Ebussuud Efendi fetvalarında kocasının atını sakın bir yere bağlamak için alan fakat kontrol edemediği için kaybolmasına neden olan kadına tazmini gerekli görmez ve hayvanların nöbetleşe korunduğu bir köyde nöbet sırasında bir hayvanın kaybolması halinde nöbetçiyi -ihmali yoksa- tazminle sorumlu tutmaz.¹⁷² Imber bu örneklerden hareketle Ebussuud Efendi'nin Hanefi gasp hukukunu iki şekilde değiştirdiğini iddia eder. Bunlardan biri onun kasıt veya ihmali, bir hareketin hukuki sonucunda (tazmin) belirleyici görmesi, diğeri kötü niyetli zararı sadece tazmine değil, cezaya da tabi kılmasıdır.¹⁷³ Mehmet

¹⁶⁷ Bu hüküm cinsel saldırıyı saldıran sırasında öldüren kadın ya da zina sırasında mahremine öldüren kişinin günahkâr sayılmaması meseleleriyle ilişkilendirilebilir.

¹⁶⁸ Bkz. Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 236-237.

¹⁶⁹ Düzdag, *Ebussuud Efendi Fetvaları*, s. 191, nr. 727.

¹⁷⁰ Bkz. Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 233.

¹⁷¹ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 236.

¹⁷² Fetva metinleri için bkz. Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 237-238.

¹⁷³ Imber, *Şeriattan Kanuna*, s. 237-238.

Akif Aydın'a göre bu gibi örneklerde Imber doğrudan (mübaşeret) - dolaylı (mütesebbib) itlaf ayırımına ve yine gasp ile emanet sorumluluğu arasındaki farka dikkat etmediği için Ebussuud Efendi'nin önemli bir yorum yaptığını zannetmektedir. Yukarıdaki iki fetvada dolaylı itlaf vardır ve fail ancak kusuru bulunduğu anda sorumlu tutulabilir.¹⁷⁴

Imber'in bütün bu hatalı değerlendirmelerinde ilk iki başlıktaki iddialarının etkili olduğu görülmektedir. Hanefi geleneğinin gerçekte uygulanamaz bir ceza hukukuna sahip olduğunu iddia eden müellif, Ebussuud Efendi'yi elden geldiğince bu gelenekten uzak tutmak zorundaydı. Bunu başarmak için Ebussuud Efendi'nin fetvalarını, Hanefi geleneğinden ziyade örf ve adet, hakkaniyet ve kendi ön kabulleriyle ilişkilendirmeyi dener. Kimi zaman fetva-kanun metinlerini yanlış anlaması, Ebussuud Efendi ile kanunu karşı karşıya getirmesine neden olur. Cezai sorumluluğu had-kıyas alanına hasretmesi ve hukuki-cezai sorumluluk ayırımına dikkat etmemesi, Ebussuud Efendi'yi şeria-ta aykırı fetvalar veren bir müftü olarak takdim etmesiyle neticelenir.

Sonuç

Colin Imber'in klasik Osmanlı ceza hukukuna ilişkin yaklaşımları muhtelif alt konularda kendini tekrar birçok hata içermektedir. Bu hatalar çoğu kez müellifin sorunlu bazı varsayımlarını doğrulama ısrarından kaynaklanır. Müellif, Hanefi geleneğinde ceza hukukuna karşılık gelen çok az şey bulunduğu varsayımını, hadlerin genellikle uygulanamaz olduğu, kısasın cezadan ziyade kul hakkından ibaret bir telafi niteliği taşıdığı ve had-kıyas dışı alanın bütünüyle yöneticiler tarafından keyfi bir şekilde düzenlenen hukuk/şariat dışı çözümlerden oluştuğu argümanlarıyla doğrulamaya çalışır. Ancak varsayımını doğrulamak adına hadlerin teşekkül ve ispat şartlarına ilişkin ayrıntıları olduğundan daha katı değerlendirerek amaçlarının dışına çıkarır, İslam hukuk tarihindeki uygulamaları fark etmez, Hanefi geleneğinde kısasın kamusal haklar da içerdiğini, suç ve ceza fikrinin had ve kıyas kategorilerinden daha kapsamlı olduğunu, had-kıyas dışı alanda takdir edilecek cezaların belli yönlerden sınırlandırıldığını ve bu cezaların prensip olarak hukukun dışında görülmediğini dikkate almaz. Hanefi geleneğinde ceza hukuku fikrini had-

¹⁷⁴ Aydın, 415-416.

kıyas alanına hasreden ve bu alanı da muhtelif söylemlerle etkisiz hale getirmeyi deneyen Imber, Hanefi geleneğinin klasik ceza kanunlarının gelişiminde çok az etkiye sahip olduğu ve Osmanlı ceza adaletinin Hanefi geleneğinden ziyade örf ve adetlerden mülhem kanunlar tarafından yönetildiği sonucuna ulaşır.

Hanefi ceza hukukunu ve klasik Osmanlı ceza kanunlarını yorumlarken modern ceza hukukunda yaygın şekilde kabul gören, suçta ve cezada kanunilik ilkesini sığ bir değerlendirme ölçütü olarak kullanması Imber'in hatalı sonuçlar elde etmesine neden olur. Bu durum onun sadece İslam hukukunda Şari' tarafından belirlenmiş olan suç ve cezaları dikkate almasına, tayini kamu otoritesine bırakılmış tazir kapsamındaki suç ve cezaları göz ardı etmesine sebebiyet verir. Hanefi geleneğinde had ve kıyas dışındaki kötü ve zararlı fiillerin tazir kapsamında cezaya tabi olduğu prensibine dikkat etmemesi Imber'i fuhuş, tecavüz, boğarak adam öldürme, haksız bir şekilde taşınmazlara el koyma, kasıtlı gasp ve itlaf gibi fiillerin suç sayılmadığını söyleme noktasına getirecektir. Müellif aynı ilkeden hareketle klasik Osmanlı ceza kanunnamelerinde zikredilmeyen kötü ve zararlı davranışların kanunen suç sayılmadığını düşünür. Oysa kanunnameler temelde örfi yetkililerle reaya arasındaki ilişkilere itidal ve istikrar kazandırmayı amaçlayan düzenlemelerden ibaret olup suç ve ceza konusunda tüketici değildir. Bu durum kanunnamelerde özel olarak ele alınmayan bazı suçların tekil hükümlerle cezalandırılmış olmasından da anlaşılabilir. Asıl önemlisi kanunnamelerin değinmediği kimi suç ve cezaların şer'i hukuk kapsamında ele alındığıdır. Klasik Osmanlı ceza adaletinde esas ve daimi olanın şeriat olduğu, kanunun cüzi konularda geçici düzenlemelerden oluştuğu gerçeği Batılı araştırmacılar tarafından her zaman yeterince anlaşılamamıştır.

Hanefi ceza hukukunun genellikle uygulanamaz olduğunu iddia eden Imber, bu hukukun başta Ebussuud Efendi olmak üzere Osmanlı müftülerine hiç rehberlik etmediğini ya da çok az rehberlik ettiğini söylemek zorundaydı. Hukuk doktrininin tazir olarak tasnif ettiği cezai hükümleri fiili durum teşkil eden yenilikler olarak görmesi ve bu hükümlerin esin kaynağını Hanefi geleneğinin dışında araması, müftülerin şeriat ve kanun karşısındaki tavırlarını değerlendirirken de menfi bir tesir icra eder. Onun kanun, örf ve adet, hakkaniyet vb. kaynaklı fiili durum ve yenilik olarak gördüğü fetvaların çoğu Hanefi geleneğinde tazir kapsamında meşru görülen kadim şeylerdir. Ebussuud Efendi'nin kanunu izlediğini iddia ettiği bazı fetvalarında aslında hem kanun hem de fetva Hanefi geleneğini izler. Ebussuud Efendi'nin kanuna aykırı fetva

verdiğini söylediği birçok meselede Imber'in fetva ve/veya kanun metnini yanlış anladığı görülür. Cezai sorumluluğu had-kisas alanına hasretmesi ve hukuki-cezai sorumluluk ayırımına dikkat etmemesi, Ebussuud Efendi gibi uzun yıllar şeyhülislamlık yapmış olan büyük hukukçuyu şeriata aykırı fetvalar veren bir müftü olarak resmetmesiyle sonuçlanır.

Kaynakça

- Akgündüz, Ahmed, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, c. VI, İstanbul: Fey Vakfı, 1993.
- Akman, Mehmet, *Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması*, İstanbul: Eren Yayınları, 2004.
- Âmir, Abdülazîz, *et-Ta'zîr fi's-şer'i'ati'l-İslâmiyye*, Kahire: Dârü'l-fıkr el-Arabî, 1969.
- Atar, Fahrettin, "Kaza", *DİA*, XXV, 2002, s. 113-117.
- Mehmet Akif Aydın, "Gasp", *DİA*, XIII, 1996, 387-392.
- Aydın, Mehmet Akif, *Osmanlı Araştırmaları*, 2000, sy. 20, s. 412-418.
- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Muhammed, *el-Înâye*, [Fethü'l-kadîr'le Birlikte], Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmîyye, 2003.
- Bardakoğlu, Ali, "Hırsızlık", *DİA*, XVII, 1998, s. 384-396.
- Behnesî, Ahmed Fethi, *el-Husûme fi'l-fikhi'l-cinâiyyi'l-İslâmî*, Beyrut: Dârü's-şurûk, 1987.
- Calder, Norman, *Islamic Jurisprudence in the Classical Area*, [ed. Colin Imber], New York: Cambridge University Press, 2010.
- Çivizâde, Muhyiddîn Mehmed Efendi, *Mecmû'atü'l-fetâvâ*, Süleymaniye Kütüphanesi, Kılıç Ali Paşa, nr. 496.
- Dede Cöngî, Kemalüddîn İbrahim b. Bahşî, *es-Siyâsetü's-şer'iyye*, [thk. Fuad Abdülmün'im], İskenderiyye: Müessesetü şebâbi'l-câmi'a, t.y.
- Düzdağ, Ertuğrul, *Ebussuud Efendi Fetvaları*, İstanbul: Kapı Yayınları, 2012.
- Ebussuud Efendi, Muhammed b. Muhammed el-İmâd, *Mecmû'atü'l-fetâvâ*, der. Veli (Yegân) b. Yûsuf el-İskilîbî, D.İ.B. İstanbul Müftülüğü Kütüphanesi, nr. 178.
- Fenârî, Mahmûd b. Pir Muhammed, *Mesâilü't-ta'zîr ve hudûdi'l-cinâyât*, Süleymaniye Kütüphanesi, Şehit Ali Paşa, nr. 949.
- Heyd, Uriel, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, [ed. V. L. Menage], Oxford: Oxford University, 1973.
- Imber, Colin, "Zina in Ottoman Law", *Contribution à l'histoire économique et sociale de l'Empire ottoman, Collection Turcica*, 1981, sy. 3, s. 59-92.
- Imber, Colin, "Osmanlı Hukukunda Zina", çev. Muharrem Midilli, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 29, 2017, 505-538.
- Imber, Colin, "Why You Should Poison Your Husband: A Note on Liability in Hanafi Law in the Ottoman Period", *Islamic Law and Society*, 1994, c. I, sy. 2, s. 206-216.
- Imber, Colin, *Studies in Ottoman History and Law*, İstanbul: The Isis Press, 1996.

- Imber, Colin, *Ebu's-su'ud: The Islamic Legal Tradition*, Edinburg: Edinburg University, 1997.
- Imber, Colin, *Şeriattan Kanuna Ebussuud ve Osmanlı'da İslami Hukuk*, çev. Mürteza Bedir, İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2004.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer, *Reddül-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr Şerh-i Tenvîri'l-ebşâr*, [dirâse, tahkik ve talik: Adil Ahmed Abdül-mevcûd, Ali Muhammed Mu'avvez], Riyad: Darü âlemi'l-kütüb, 2003.
- İbn Emîr, Ebû Abdullah Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed, *et-Takrîr ve't-tahbîr*, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmiyye, 1983.
- İbnü'l-Bezzâz, Muhammed b. Muhammed el-Kerderî, *el-Fetâvâ'l-Bezzâziyye*, [el-Fetâvâ'l-Hindiyî'nin kenarında], Bulak: el-Matba'atü'l-emîriyye, 1310.
- İbnü'l-Hümâm, Kemalüddîn Muhammed b. Abdülvâhid, *Şerhü Fethü'l-kadîr*, Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmiyye, 2003.
- 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, s. 189-218.
- Kâdîhan, Ebü'l-mehâsin Fahrüddîn Hasan b. Mansûr el-Özkendî, *el-Fetâvâ'l-Hâniyye*, [Fetava'l-Hindiyî'nin kenarında], Bulak: el-Matba'atü'l-emîriyye, 1310.
- Kanunnâme-i Sultânî*, Manisa İl Halk Kütüphanesi, nr. 5819.
- Menekşe, Ömer, "XVII ve XVIII. Yüzyılda Osmanlı Devleti'nde Hırsızlık Suçu ve Cezası", Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, 1998.
- Mergînânî, Ebü'l-Hasan Burhanüddîn Ali b. Ebî Bekr, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedî*, [thk. Muhammed Muhammed Tamir, Hâfız Aşûr Hâfız], Dârü's-Selâm, Kahire, 2000.
- Midilli, Muharrem, "Hanefi Ceza Hukuk İlminde Sistematiik Mezhep Görüşüne Aykırı Rivayetlerin Tevil Yolu Olarak Siyaset", *Trabzon İlahiyat Dergisi*, 2018 c. V, sy. 2, s. 343-366.
- Midilli, Muharrem, *Klasik Osmanlı Ceza Hukukunda Şeriat-Kanun Ayrımı*, İstanbul: Klasik Yayınları, 2019.
- Molla Arab, Mevlânâ Alâüddîn Ali el-Arabî, *Fetâvâ-ı Mevlânâ Arab*, Süleymaniye Kütüphanesi, Bağdatlı Vehbi, nr. 585.
- Molla Fenârî, Şemsüddîn Muhammed b. Hamza, *Fusûlü'l-bedâyi' fi usûli's-şerayi'*, İstanbul: Şeyh Yahya Efendi Matbaası, 1872.
- Molla Hüsrev, Mehmed b. Ferâmurz, *Dürerü'l-hükkâm fî şerh-i Gureri'l-ahkâm*, İstanbul: Matba'a-i ve Kitabhâne-i Mehmed Esad, 1300.
- Ögüt, Salim, "Mahrem", *DİA*, XXVII, 2003, s. 388-389.
- Özer, Abdullah, "İslâm Hukuk Literatüründe Tazir Risaleleri ve Şeyhülislâm Muhyiddin b. İlyas Çivizâde'nin Risâle Müteallika bi't-te'azir Adlı Eseri", Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul, 2000.
- Schacht, Franz Joseph, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford: Oxford University Press, 1964.

- Schacht, Franz Joseph, İslâm Hukukuna Giriş, [Çev. M. Dağ, A. Şener], Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1986.
- Serahsî, Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed, *el-Mebsût*, Beyrut: Dârü'l-ma'rife, 1989.
- Tveritinova, Anna, *Knika Zakonov Sultana Selima I*, Akademiya Nauk SSSR, Moskova, 1968.
- Özdeğer, Hüseyin, "I. Sultan Selim Han Kanunnamesi ve Tahlili", *Türk İktisat Tarihi Yıllığı*, 1987, sy. 1, s. 129-175.
- Zeylaî, Fahrüddîn Osman b. Ali, *Tebyînü'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik*, Bulak: el-Matba'atü'l-kübrâ el-emîriyye, 1313.