

KANUNİ BEYYİNE USULU

Ord. Prof. Vasfi Raşit SEVİĞ

Muhakemelerini, engizisyon muhakeme usulüne nümune olarak verdiğim dâvanın mahkûmlarını Parlâmen huzurunda takip etmeden ve akibetlerini arz eylemeden evvel XVIII. ci asır yargıçlarının nasıl düşündüklerini ve sanığın mesuliyetini ve çarpılacağı cezayı tâyin için riayet eyliecekleri kaideleri anlatmak lâzımdır. Bu iki hususta zamanımızla XVIII. ci asır arasında uçurumlar vardır. Zamanımızda yargıç kendi samimi ve vicdani kanaatına göre hüküm veriyor. XVIII. ci asırda yargıca kararını kanuni beyyine adı verilen dar kaidelerin hey'eti mecmuası dikta ederdi.

1670 emirnemesi ile kemaline ulaşmış veya büyük Esmen'in ifadesi ile gerginliğin en son haddine varmış olan engesizyon muhakeme usulüne nüfuz peyda etmek için adı geçen muhakeme usulü ile birlikte vücade gelmiş, gelişmiş olan kanuni beyyine usulünü bilmek ve anlamak lâzımdır. Orta çağın muhakeme usulündeki en büyük prensibi «SECUNDUM ALLEGATA ET PROPATA» diye ifade edilen prensipti : Yani yargıç dermeyan edilmiş, ileri sürülmüş, iddia edilmiş (ALLEGATA) ve sabit olmuş, ispat edilmiş (Pobata) vakalara göre (Sekuntum) hüküm verecektir. Yalnız bir vakıanın sabit olup olmadığını hâkimin vicdanı, onun olayları serbestçe takdiri tâyin edemezdi. Hâkim hüküm edebilmesi için kanunen evvelden tâyin ettiği bağzı delillerin elde edilmiş olması lâzımdır. Hâkim kıymetlerini kanunun evvelden tâyin etmiş olduğu bu delillerin karşısında sanığı mutlaka mahkûm edecektir. Samimi kanaatına rağmen mahkûm edecektir.

Resen yani davacısız takibi kabul eden ve ismini bu tarz takipten alan engizisyon muhakeme usulü tamamiyle gizli olarak cereyan eylesmesinden kanunî beyyine usulü onun haksızlığa varmasını önliyecek bir usul olarak kabul edildi. Bu günkü ifade ile mü-

dafaanın lehine olarak kabul edildi. Beyyinelerin değerini takdir etmediği hâkimin keyfine bırakmayıp kanuna bırakınca iş çok aydınlanmış farz ediliyordu. Kanunî beyyineler «Öğle üstü parlıyan güneşten daha parlak görünüyordu». Fakat kanunî deliller sanığın suçluluğunun delillerini elde etmediği fazlasıyla güçleştirdiğinden suçluların bu deliller ağı arasından sıyrılıp kaçmalarına imkân vermemek için ceza muhakemeleri ağının gözleri gittikçe daha küçültüldü, gittikçe daha darlaştırıldı. Müdafaa lehine konan bir usul gittikçe müdafaayı güçleştirdi. Usul ve beyyine aynı hedefe iki yönden giden iki hareket teşkil eyledi.

Kanunî beyyine usulünün ilk unsurları (Elemanları) Bailliler ve Prevolar tarafından Roma hukukundan bulunup çıkartıldı. Fakat beyyine muhakeme edici adamları adı altında tanıtılan ve jürinin ilk şekli olan adamlar yani sanığın akranlarından mürekkep yargıçlar (1) feodalite divanlarından çekilip yerlerini meslekten hâkimlere bıraktıkları zaman kanunî beyyine, bilfiil değilse de bilmek var olmağa, başlamıştı denebilir. Meslekten yetişmiş yargıçlar heyeti olup daimi surette yargı işlerinde jürisiz çalışanlardan tereküp ederse kanunî beyyine usulünün yavaş yavaş teşekkül etmesinin önüne geçilemez.

1670 emirnamesi bu mürekkep beyyine usulünün kaidelerini ihtiva etmiyordu. Fakat varlığını kabul ediyordu. Kanunî beyyineye hâkim kaidelerin bir kanunda yeri yoktur. Onun yeri ilmi kitaplarda, yani ilmi içtihadlarda ve mahkeme kararlarındadır. Bununla beraber o kaideler kanun ayar ve karakterindedir. (2),

(1) (Askerî mahkemelerimizde subaylardan mürekkep hukukçu olmayan üyelere benziyen yargıçlar)

(2) Kanunî beyyine kaideleri Mecellede de yer almıştır. Mecelle madde 1685 «Mal davalarında şahadetin Nisabı (Sayısı) iki erkek veyahut bir erkek ile iki kadındır. Fakat erkeklerin öğrenmeleri mümkün olmayan yerlerde yalnız kadınların mal hakkındaki şahadetleri kabul olunur»

Mecelle 1679 maddesinden 1783 cü maddesine kadar devam eden 10 (Maddesinde hangi beyyinenin hangisine, kimin beyyinesinin kiminin beyyinesine tercih edileceğine, şahadetin nasıl yapılacağına dair bir çok hususları tanzim eder. Bir adamın asılması için iki erkeğin şahadeti lâzımdır. Fakat iki erkek te şahadet ederse adam mutlaka asılır. Hâkim şahadeti kanaatine göre serbestçe takdir edemez yani tartamaz. Sadece sayar, sayı eksik ise mahkûm etmez sayı tamamsa mutlaka mahkûm eder.

Feodalite muhakeme usulünde deliller gerçekten çok kaba idi, çok kere de makül değildi. Fakat buna karşılık takdirleri çok kolaydı. Müşahit kalmaktan başka bir şey yapmıyan yargıç çok kere maddi bir fiili müşahede eylemekten başka bir şey yapmazdı. İkrar en mükemmel en tamam bir beyyine idi. Bu itibarla artık ikrardan sonra her türlü usulde devam edilmesine lüzum da kalmıyordu. Yalnız ikrar istekle yapılmalı ve ne cebir (İkrah) ne de hile ile alınmamalıdır. İkrarın hile ve ikrah ile alınmamış olması bu gün de cari bir usuldür. (3) Bizde hemen hemen bütün sanıkların ikrarlarını polis veya jandarmanın zorla dayakla işkence ile almış olduklarını iddia etmeleri adet olmuştur.

Feodalite devrinde sanık suçunu inkâr edince ya adli düelloya veya şehadete müracaat olunurdu. Şahitler de aleyhine şahadet ettikleri kimseler tarafından adli düelloya davet edilebilirlerdi. Adli düello itham eden ile itham edilen arasında yapılan ve beyyine yerine geçen bir düellodur.

Nasafet hakkında berrak bir kavrama malik olmıyan milletler dâvalarını çizmek için adli düelloya baş vururlardı. Biraz medeniyet ilerleyince insanlar düellonun neticesini ALLAHIN iradesinin tecellisi gibi kabul ettiler. «Allah, zaferi haklı olana verir ve zülmü mahkûm kılar» derlerdi. Böylece düello neticesi Allahın bir hükmü oluyordu. Daha sonra düello sağlam kaidelere bağlandı ve bir delil olarak muhakeme usullerine sokuldu. Düello orta çağda muhakemeler önünde kullanılan bir delil kılındı. Jermenlerde dâva daima bir düello ile bitirdi. Her iki taraf düelloya başlamadan evvel dâvacı haklı olduğuna Dâvalı yalan yere itham edildiğine yemin eder ve Allah ta zaferi yemininde doğru olana nasip eyler.

Keşişler kadınlar çocuklar ihtiyarlar ve hastalar düelloya mecbur edilmezler; bunların yerine Şampiyon (Champion) adını alan kimse karşı çıkar; şampiyonun lûgat manası kapalı saha demektir. Cirit için, düello için etrafı manialarla çevrilmiş sahayı ifade eder. Düello'yo anlatabilmek için onu mukavele ile mukayese edeceğim. Kanun umumî bir mukaveledir; Bütün millet fertleri arasında yapılmış bir mukaveledir. Mukavele ise iki kişi arasında bir kanundur. Sözleşenlerin özel kanunudur. Savaş milletler arasında bir

(3) Mecelle Madde 1575 «İkrarda ikrar edenin rızası şarttır. Bi-naenaleyh cebir ve ikrah ile vaki olan ikrar sahih değildir».

kavgadır; Savaşın neticesi galip milletle mağlûp millet arasında ne neticeler hasıl ederse iki kişi arasında özel bir savaş olan düello'da aynı neticeleri hasıl eder. Şampiyon kapalı sahada kendi veya gayrın dâvası için harp eden adamdır. Düello, sözleşme gibi bir akit tir. Hâkim düello yapılmasını emretmez taraflar üdello'yu sözleşirler; âmme kudreti buna müdahale etmez. Şahitler da davet ederler birbirini ve hangisini doğru şahadette bulunmuş olduğunu düellonun neticesi tâyin ederdi. Şahitler arasındaki düello şahadetin kontrolünü teşkil ederdi.

X. cu asırdan XII. ci asra kadar düello yargı sahasında tam yürürlüğe girdi. Hâkim (ceza olsun, hukuk olsun) her çeşit dâvada düello'yu teklif edebilirdi ve eder idi de. Kanunu bilmemekte düello'yu artırıyordu. Çünkü dâvayı hukuk kaideleriyle çözebilecek kudrette bilgili yargıç bulunamıyordu.

Zaten dikkat edilirse bizim tarihlerimizde bile harbin neticesi bir ilâhî hükmün, bir ilâhî takdirin neticesi olarak ifade edilir : «Ordumuz Allahın takdiri ile mağlup oldu» denir.

Alpaslanın «Malazkirt» teki galibiyeti savaşa başlamadan evvel dini duygularındaki temizliğine ve ölümü kibrinin cezası olduğuna bağlanır. Melikşah kardeşiyle harbe tutuşmadan evvel «Zaferrin, kardeşiyle kendisinden millete en hayırlı olacağına nasibedilmesini» dua eder.

Savaş ister milletler arasında geçsin ister fertler arasında geçsin neticesi daima allahın takdiri yani bir hükmüdür.

Hıristiyanlığın itikatta en büyük şefi Saint - Augustin yazdığı bir mektupta şu fikir ve reyi beyan etmiştir. «Savaş esnasında allah, gökler açılmış olarak bekler ve haklı gördüğü tarafı korur.»

Adli düello evvelâ hukuk dâvalarından kaldırıldı. Çok daha sonra ceza dâvalarından da kaldırıldı. Yargıçlar taraflara düello tevcih edemediler.

XVI. ci asır adli düello'nun tarihinde mühim bir konak teşkil eder. XVI. ci asıra kadar bizim tâbirimizle «mübarizler» (Cenk ve kavga eden kimseler) harp kılığı ile yani başlarında miğfer sırtlarında zırh ile cenk ederlerdi. Bundan böyle mübarezenin, zırhsız ve göğüs hemen hemen açık bir tarzda yapılması ve muvaffakiyetin kılıncı kullanma tarzına bağlı bırakılması kabul edildi. 1546 da

İtalyanın «Trente» şehrinde toplanan Konsil (dini kurultay) «Şeytanın, ruhlarımızı ebedî azablara atmak için kullandığı hile yüzünden yayılmış olan Düello âdetini vücudda zalimce bir ölüm getirmesinden hıristiyanlar arasında kaldırılmasına karar verdi.»

Düello büsbütün kaldırılmadı fakat mahkemelerden delil olarak kaldırıldı ve yerini kanunî deliller aldı.

Sanığın inkârı karşısında suç nasıl ispat edilmeli idi ?

Bu büyük soruya verilecek cevabı bulmak insanlık için çözümlenmesi oldukça güç bir mesele teşkil etmiştir. İkrar ve şehadetin yanında karine delil olarak kabul edildi (4). Karineler de basit, kaba ve şekle bağlı idi. Hapsedilmiş bir sanığın kaçması aleyhine karine olarak kabul edilirdi.

Muhakemeye davet edildiği halde firarda kalıp gelmeyen kayıbın, kanun dışına atılan kayıbın bu hareketi dahi aleyhine ağır ve kesin bir karine teşkil ederdi.

Fıkıhın tevatur adımı verdiği ve yalanda ittifak etmelerini aklın kabul edemeyeceği sayı ve çoklukta olan bir cemaatin verdiği habere benzeyen özel bir delil de «memleketin tahkiki» adı verilen haber idi; yalnız batıda sanık bu tarz haber almağı kabul etmiş bulunmalıdır. Çok çabuk zail olan bu usul terk edilmişti. Bizde tevatur beyyinesi Cumhuriyete kadar devam eyledi.

Şekle bağlı beyyine sistemi 1260 emrnamesile sarsıldıktan sonra dahi sanığı mahkûm etmek için, vakayı gözleriyle görmüş ve sözleri arasında ayrılık olmıyan iki şahit lazımdı. Mecellede şahit ile tevatur habercileri arasındaki fark şahitin mutlaka «böyle şahadet eylerim» demesi icap eder «filân hususu böyle bilirim yahut haber veririm» demesi asla şahadet olmaz, mücerret ihbar olur. Tekrar ediyorum şahit haberini mutlaka «şahadet ederim» diye haber verecektir. Şahitlerin meşhutünbihi yani hakkında şahadet eylediği şeyi bizzat muayene etmiş olupta olvechile şahadet eylemesi lazım-

(4) Mecelle Mad. 1740. Hükmün gerekçelerinden biri de kesin karinedir. Mad. 1741 Kesin karine hakikata varan ve kanaati hasıl eden bir emaredir. Meselâ : Bir kimse elinde kana bulaşmış bıçak olduğu halde korku ve telaşla bir evden çıktığı gibi hemen o eve girilip henüz boğazlanmış bir şahıs görülse o kimşenin bu şahsın katili olduğunda şüphe kalmaz.

dır. İşte frenkler bunu şahit, şahadet edeceği şeyi gözü ile görmüş olmalıdır sözü ile ifade ederler. İki şahit meşhutünbihte ihtilaf eyeseler şahadetleri makbul olmaz (Mecelle Mad. 1712). Bu gün bu hali şahitlerin beyanlarında mübayenet (ayrılık, başkalık) tabirile ifade ediyoruz. Hülâsa edelim şahitler gördükleri şeye şahadet edeceklerdir, ve her birinin sözleri diğerinin sözlerine uygun olacaktır. Yukarıdaki bahislerde arzeylediğim gibi XIII. cü asırda resen takip, yani lâik yargının dâva açılmamış olduğu halde resen takibe geçmesine «aprise» denirdi. Apriş'in kanunî beyyine sisteminin gelişmesinde büyük rolü olmuştur. Başlangıçtan itibaren beyyine hususunda çok müşkülpesent oldular. Buna rağmen mahkeme kararları emarelerin kombinezonunda maharet göstermeye başladı; halbuki o zamana kadar böyle bir kombinezon düşünülmemiştii ve bilhassa karineler incelendi.

Eski delillerden ve eski karinelerden bazıları kuvvetlerini kaybettiler. Bu kıymet ve kuvvet kaybı çok geçmeden ikrarın da başına gelecekti. İkrar artık rıza ile yapılmadığından yani cebir ve ikrah olmaksızın, serbest olarak yapılmaması kurnazca sorularla tahrik edilmiş olmıyarak, sanığın kendiliğinden yapmaması yüzünden başlıbaşına yani bizatihi ve mücerret ve münferit halde tam bir delil olmak kıymetini kayıp eyledi. İkrarın sanık hakkında delil teşkil edebilmesi ancak rıza ile yapılmış olmasına bağlı kılınmış bulunması hukuk tarihinde değişmez ve istisna kabul etmez bir kaide olarak kalmıştır. Hattâ bir metine göre bir zamanlar ikrarın muteber olması için şahadetle kuvvetlenmesi istenmiştir. Bu metin ikrarın delil olarak kuvvetinin gittikçe za'fa uğramış olduğunu gösterir. Gıyabî muhakemede tutuklunun kaçması kaçak hakkında suçluluğun kesin bir karinesi olarak kabul edilmekten vaz geçildi ve yargıç gaibi mutlaka mahkûm kılmağa mecbur tutulmadı.

Fakat buna mukabil yeni karineler, eskilerinden daha ince karineler kabul edildi. Bu yeni karinelerden bazıları bir mahkûmiyete esas olabilirdi. Meselâ : Adam öldürme olayında, mecellenin vermiş olduğu misalde gözüktüğü gibi şahitlerin yani iki şahidin sanığı elinde yalın ve kanlı bir bıçak ile kaçmakta olmasını görmüş olmaları sanığın mahkûm edilmesini icap ettirirdi. Bu görgüye öldürülenin ölmeden evvel kaçanı işaret ederek «beni öldürdü» demesi de eklenebilirdi. Verilmiş bir hükümden misal :

«Gerçi iki şahitten hiç biri kaatilin bıçağını maktule sapladığını görmemiştir. Fakat kaatili elinde yalın ve kanlı bıçakla kaçar-

ken gözlerle görmüşler ve maktulün de beni vuran odur dediğini işitmişlerdir», sanığın mahkûm edilmesi için bu kâfi gelmiştir.

Buna karşılık diğer bazı emareler kuvvetlerinden kayıbeylemişlerdir; bu zayıflayan emarelerden biri cinayetten evvel yapılmış tehditlerdir. Eskiden tehdidi yapmış kimse yaptığı tehdidi inkâr eder ise inkâr cinayeti işlediğinin kesin karinesi sayılırdı. Bundan böyle sadece yakın bir karine sayıldı. Bir insanın mahkûmiyetine esas alınacak karineler pek mahdut idi. Emarelerin de sayısı ne kadar çok olursa olsun mahkûmiyete kâfi görülemezdi.

Mahkûmiyete engel olmaktan başka bir netice vermiyen bu titiz beyyine usulü yargıcı engeli aşmak çarelerini aramaya sürükledi ve çare olarak işkenceyi buldu. Hâdisenin tek bir şahidi olunca sanık mahkûm edilemezdi, binaenaleyh yargıç da delili tamamlamak için işkenceye başvururdu. Emareler kuvvetli olupta kanun tarafından kesin olarak kabul edilmemiş ise veya kanunun ifadesi mucibince o emareler «mağlup olmayınca» yani yenilebilir oldukça yine yargıç o emareyi yenilemez kılmak için işkenceye başvururdu.

Kanunî beyyine usulü, yargıcı, ya suçlu olduğuna kanaat getirdiği sanığı beraat ettirmek veya delili her ne bahasına olursa olsun tamamlamak şıklarından birine sürüklüyordu.

Hukukçular bu yeni prensiplerin çoğunu «Digesta» ve «Code» de bulduklarını sanıyorlardı. Romada bir nevi ceza muhakemeleri usulü olan «Quaestiones perpetuae» (4) adını bir Magistra'nın sevk ve idare eylemesinden alır. Bu mahkemeler bir Magistra'nın başkanlığında bulunduğu jürilerden teşekkül ederdi. Romada Quaestiones perpetuae'lerin yargıçlığında jüriler bulundukça kâfi derecede açık hiç bir beyyine nazariyesi vücut bulmadı. Yalnız belâgat hocaları hatibin muvaffakiyetini sağlayacak pledoye'nin (müdafanın) kompozisyonunu (terkibini) kolaylaştıracak bir kaç prensip bulup çıkartmışlardı. Fakat Quaestiones perpetuae'lerde yargı-

(5) Quaestiones'in lügât manası sorgudur (İsticvab). Quaestiones Romada sanığın veya şahitlerin işkence ile sorguya çekilmelelerine istilah olmuştu (Digesta 48. ci kitap XVIII bab) Dâvalar hususi ve umumi olmak üzere ikiye ayrılırdı. Umumi veya Amme dâvaları «Quaestiones» adını taşıyan komisyon veya jürilerin yetkisine giren bazı ceza dâvalarını ifade ederdi.

lama erki daimi yargıçlar eline geçince keyfi ceza sistemi ve appel yolu ile birlikte kanunî beyyine usulü de vücude geldi. Klâsik devir hukuk bilginleri de seleflerinin eseri olan kanunî beyyine sisteminin teşekkülüne katıldılar, fakat tam bir gelişmesini elde edemediler. Roma hukukunda yani hakem ile görülen dâvada kesin hükmün neticelerini veren ikrarın cezada tam bir beyyine teşkil edebilmesi için uygun olaylara dayanması lüzumu çabuk kabul edildi (5). Bir şahadeti makbul tutturmayacak sebepler tâyin olun-

(6) Sebki dâvaya bağlı muhakeme usulünde dâvanın takip edeceği kaideler özel hukuk dâvalarının usulüne tabidir. Bu hususta Anlu - Gelle eserinde şunları yazıyor: «Özel hukuka dair dâvalar hakkında, pretör tarafından yargıç tâyin edildiğim zaman yargıçların ödevlerinden bahseden lâtince ve yunanca kitapları topladım. Geçidim, şairlerin mecazlarını ve belâğat hocalarının hatime numunelerini öğrenmeği yeni bitirmiş bulunuyorum; şimdi hükümler verecektim. Binaenaleyh hâkimlik mesleğimi, adet haline gelmiş bir ifade ile dilsiz hocalardan öğrenecektim. Çünkü canlı sözler yoksulluğu vardı. Usule ait muameleleri kanuni dava usulünü kaldırıp yerine formüler muhakeme usulünü koyan Juliae kanunlarından, onların Massurius Sabinus tarafından yapılmış şerhlerinden ve diğer hukuk bilginlerinin eserlerinden öğreniyorum. Fakat bu kitaplar işlerin çok kere gözüktüğü üzere karışmış bir halde olan vaziyetlerine ve hâkimi saran karşılıklı iddia ve defilere girebilme yardım edemiyordu. Yargıcın kanaatını dâvanın içinde mündemiç şartlara dayanarak hasıl etmesi lâzımdır. Bununla beraber ilerde karşılaşacağı bu güçlükleri yenebilmeğe hazırlanmak için yargıcın, evvelden bazı kaideleri kabul etmesi de iktiza eder. Bir gün hüküm, vereceğim sırada karşılaşmış olduğum içinden çıkılmaz güçlüğü misal olarak vereyim.

Adamın biri önümde diğer bir adamdan, Ödünç verdiğini iddia eylediği bir paranın iadesini istiyordu. Davasını ispat için ne yazılı bir kâğıt ne de bir şahit ibraz ediyor, son derece zayıf delillere dayanıyordu. Davacı yüksek ahlâklı bir kimse idi, tanınmış ve tecrübe edilmiş bir doğruluğu vardı. Hususi hayatında kendisine taanedilebilecek (dil uzatılabilecek) bir hali yoktu. Hakkında iffetini ve doğruluğunu sabit kılacak bir çok menkıbeler anlatılıyordu. (Romada avukatlar sözlerini dava konusuna hasretmezlerdi; mahkemeyi aydınlatmak bahanesiyle müvekillerinin karakterleri üzerinde uzun uzadıya konuşurlardı.) Kendisinden para talep ettiği kimse (davalı) ise servetsiz, şerefsiz, alçak, yalancılığı çok kere sabit ettiği kimse hile ve fisika dalmış yani doğruluktan ayrılmış birisi idi. Kalabalık müdafilerine dayanarak davacının alacağını olağan şekillerle is-

du ve böylece hâkimlerin delilleri serbestçe takdir eylemeleri bertaraf kılındı. Hattâ karinelerin tasnif edilmeğe başlanmış olduğunun ve yazılı beyyineye aid iptidai bir nazariye izlerine bile rastlanır. İşkencenin yapılma tarzı sabit kaidelere bağlandı; bu kaideler işkencenin yalnız ve yalnız başka bir çare bulunmadığı takdirde baş vurulacak bir çare olduğunu ve bundan başka ağır karinelerin vücudu lazım geldiğini tesbit eyliyordu.

pat eylemesini; sarraf hesapları, davalı tarafından imzalanmış mazbuk, şahit ve sair göstermesi lâzım olduğunu bağıarak söylüyordu. Zikredilen delillerin hiç biri borcun sübutuna elvermez ise kendisinin muarazadan menine ve hasmının müfteri olarak mahkûmiyetine karar istiyordu. Her iki tarafın hayat tarzları ve ahlâklarını ileri sürmek boştu. Çünkü özel bir yargıç önünde sadece bir alacak iddia ediliyordu, yoksa sansörler önünde bir ahlak iddiasında bulunulmuyordu. Reylerine müracaat ettiğim ve kendileriyle istişare eylediğim tecrübe sahibi veya forumun meşhur avukatı olan dostlarım kendilerini bekliyen işlerin baskısı altında uzun sözler söylemeğe vakitleri olmadığını bana kısaca fazla meşgul olmağa lüzum olmadığını ve iddiası olağan delillerden hiç birile sabit olmıyan davacının davasını reddetmek lâzım bulunduğunu söylediler. Fakat ben biri doğruluk numunesi diğeri fisk ve fesad erbabından olan iki tarafın hallerini nazara aldığımdan davacının davasını reddedemiyordum. Davayı talik ettim ve sonra mahkemeden çıkarak filozof Favorinus'u aramağa gittim. O zamanlar Favorinus'un derslerini muntazaman takip ederdim. Bana mahkemede dâva ve iki tarafın ahlâkı hakkında söylenmiş olan şeyleri Favorinus'a anlattım. Kendisinden dâva hakkında ve bir yargıcın ödevleri hususunda beni aydınlatmasını istedim. Favorinus endişelerimi ve vicdani tereddütlerimi tasvip eyledi ve dedi ki: «Senin endişelerine konu olan şey az ilgenç (ilgi çekici) gözükebilir. Yargıcın bütün ödevlerini öğrenmek hususundaki arzunun yerine getirilmesine ise burası müsait değildir ve zamanım da yoktur. Çünkü bu bir mürekkep ve ivicacı (ekrilik) ve büyük bir dikkat isteyen iştir. Bazı esaslı noktalarına dokunmakla iktifa edeceğim. Yargıçların ödevlerine dair varit olan ilk mesele şudur: Farzedelim ki yargıç önüne getirilen davanın esasını ve hakikatini tamam olarak tesadüfen ve davadan evvel öğrenmiş bulunsun. Ve yine farz edelimki duruşma esnasında delilide gösterilememiş bulunsun. Şimdi yargıç hükmünü davadan evvel tesadüfen öğrenmiş olduğu hususlara dayanarak mı verecektir veya duruşmanın sonucuna göre mi verecektir?

XV. ve XVI. cı asır müelliflerinin açıklık vererek genişlettikleri prensipler Roma Hukukunda tohum halinde ifade halinde bulunuyordu. Bilhassa İtalyan Cezacılarının genişlettikleri bu nazariyeler Engizisyon muhakeme usulünün girdiği her memlekete girdi. 1498 tarihli emirname şu garip hükmü ihtiva ediyordu : Olağan üstü dâva ile (İşkence ile) bir netice alınmadığı takdirde taraflar olağan usule sevk edilmelidir; yani dâva İşkenceye başvurulmanın

[Buna, bugünkü ilm - i hâkimin (özel bilgisi) hükme esas kılınamaz, veya ilm - i hâkim hükme esas olmaz, şeklinde cevap vermektedir.] Başka bir soru : Bir yargıç duruşma esnasında tarafların uzlaştırılması imkânını görmesi üzerine yargıçlığını unutup tarafların müşterek dostu gibi hareket etmesi caiz midir ? Tartışmalı olan ve kesin bir tarzda çözülemiyen diğer bir mesele : Yargıç duruşmada söylemekte veya sordurmakta menfaati olan tarafın söylemediği veya sordurmadığı şeyi söylemeğe ve sormağa hakkı var mıdır ? Bu tarzda hareket etmek yargıçlık vazifesini bırakıp avukatlık vazifesi yapmaktır. [Bu meseleyi bu günkü Hukuk m. usulleri Kanunumuz 75. ci madesinin son cümlesi ile çözmüştür]. Şu noktada da itilaf edilememiştir : Bir yargıcın müdahale tarzları ile hükmüne arzedilen dâvalı hakkında ihsası rey etmesi mesleki ödevine uygun düşer mi ?

Hükümden evvel karma karışık bir surette önüne atılan çeşitli meselelerin yargıçta, ruhunun his ve hareketlerini ifşa eden işaretler vücutta getirmesi ihsası rey olur. Faal, ateşli olmakla tanınan yargıç dâvayı anlamak ve derinleştirmek için bir çok sorular sormaktan ve lüzumu kadar müdahale etmekten başka bir çaresi olmadığını düşünür. Gerçi bu tarz hareketi ile yargıç duygularını belirtir, fakat dâvacılarında duygularını yakalar. Sakin ve ağır başlı olmakla şöhret yapmış yargıç aksini düşünür, duruşmalar devam ettikçe kendisini müteessir eden olaylar önünde bile samimi duygularını belirtmez. Yargıçların iç hareket ve duyguları arzedilen olay ve delillere göre değişecektir ve düşünceli vaziyetler alacaklardır; aynı zamanda aynı dâvada bazen şu tarzda bazen de bu tarzda müdahale edeceklerdir. Zaten bir yargıcın yargıç ödevlerini bu ve diğer noktalarda ifade tarzını daha sonra vaktim olunca bildireceğim ve Elius Tuberon'un yeni okumuş olduğum eserindeki fikirlerini birer birer gözden geçireceğim. Önünde istenen bu ödünç para işinde Caton'dan bu büyük filozoftan öğüt almanı tavsiye ederim. Gellius'a karşı Turtus için söylediği nutukta şu kaideye atalar devrinden beri gelenek halinde riayet edildiğini söyler : Münazaalı olan bir iş yazı veya şa-

ifadesi olan dâvanın olağan usulle görülmesinin normal gayesi idam veya buna yakın ağırlıkta cezaların verilebilmesine imkân bulmaktır. Görülüyorki bunun içinde tamamilen özel deliller lâzım gelirdi.

XVI ve XVII. ci asırlarda kanunî beyyine sistemi tamamilen durmuş hale gelmişti; 1670 emirnamesi devam ettiği müddetçe yani (1789) a kadar devam etmiştir.

1670 emirnamesi, her kanunda yer almış olan dört çeşit beyyineyi kabul etmişti: Şahadet; İkrar veya sesli beyyine; yazı veya alet beyyine; karine veya ihtimali beyyine.

Bu dört çeşit beyyine sistemin icabı olarak bir çok kombinezonlara vücut verebilir.

Yargıcın aradığı ağır bir cezanın oturtulabileceği tam bir beyyinedir. Tam beyyineye fıkıh âdil beyyine der.

Eski cezacılar göre ceza kanununun esası ağır suçlardır ve bu ağır suçları ispat için tam bir beyyine istenir ve sıkı bir surette istenirdi; daha hafif suçlar için beyyineye ait prensiplere sıkı bir tarzda bağlanılmazdı: «Bir masumun cezalandırılmasını emreden bir kanun bulunmadığından her hangi bir cinayet dolayısıyla ölüm

hitte ispat edilemez ise iki taraftan hangisinin daha ziyade ahlâki olduğu yargıç önünde araştırılmalıdır. Eğer her iki tarafta aynı derecede namuslu veya namussuz iseler o zaman dâvalıya inanmak ve hükmü lehine olarak vermek lâzımdır. Tereddütlerine sebep olan dâvada Davacı adil dâvalı fasıktır. Delil de yoktur. Sende dâvacıya inan ve dâvalıyı mahkûm et. Çünkü dediğin gibi aralarında ahlâk yönünden eşitlik yoktur. Dâvacı daha iyidir. Favorinus'un bana verdiği nasihatlar bundan ibaretti, bunlarda bir filozofun nasihatleri idi. Bana gelince çok asil, çok yüksek olan bu hareket tarzı benim için yarıya ve mütevazi mevkiime uygun değildi. Dâvayı delil olmaktan tarafların ahlâki durumlarına göre çözmüş gözükmekten korkuyordum. Bununla beraber dâvalıyı haklı çıkarmaktan çekiniyordum. İmdi yeminle dâvanın benim nazarımda vazih olmadığını beyan ettim ve işin içinden böylece sıyrıldım.

Şimdi size Caton'un nutkunun metnini vereceğim: (Bana aşağıda yazılı prensibin atalardan gelmekte olduğunu söylettiler: İki adam birbirinden bir şey talep ettikleri takdirde ve her ikisi iyilikte veya fenalıkta bir birine eşit iseler ve hâdisede şahitte olmadığı farz olunduktan dâvalıya inanmak terci-

gibi ağır bir ceza hüküm edebilmek için tam bir delilin bulunması icap eder; iktiza eden beyyine de ancak kanunun emrettiği şekilde gösterilebilir... aksi takdirde sanık hakikatta suçlu dahi olsa bütün mahkûmiyet kararları fazla cüretkâr ve haksız olur.»

Eski müellifler sanığın cürmü işlemiş olduğunun kabul edilebilmesi için evvel emirde iki noktanın teayyün etmiş (belirmiş) olması lâzım gelir 1 — Bir cinayetin işlenmiş olması; 2 — Sanığın işlenmiş olan cinayetin faili olduğu.

1 — Birinci yönün tesbitine «Cismi cürm» ün müşahedesi denir. Evveleminde bu müşahadenin yapılması eski örf kanunlarında bile mevcut idi; yalnız bu müşahade yargıca cesedi veya yarayı fiilen göstermek suretile yaptırılırdı. Bu müşahade yaptırılmadan taraflar allahın hükmüne müracaat edemezlerdi, yani mübareze dediğimiz düello'ya tutuşamazlardı. Lüzumu halinde yargıçlar «cismi cürüm» ü müşahade etmek için cürüm yerine keşfe de giderler ve onu hafızalarına yerleştirirlerdi. Saint Louis devrinde kullanılmış cebir ve şiddetin «cismi cürüm» ü, yaranın kanını muayene ve müşahadesi ile yapılırdı. Fakat daha sonraları bu kaba usul terkedilerek cismi cürüm fen ve ihtisas erbabı kimselere müşahade ettirildi.

Cismi cürümü müşahade yönünden suçlar ikiye ayrılırdı :

he şayandır; Gellius ve Tertus'un dāvaya tutuştuklarını farzedelim Gellius Tertus'tan daha iyi olmadığı takdirde Gellius'un Tertus'tan iyi olduğuna hükmedecek kadar akılsız kimsesi yoktur. İmdi Gellius Tertus'tan iyi değilse Tertus'a inanamak tercihe şayandır.) (Aulu - Gelle XIV. cü kitap 2. ci bahis)

Hüküm vermeye davet edilmiş kimselerin pasif bir vaziyet muhafaza etmeleri lâzımdır. Mecellede 1799 cu maddesinde aynen böyle söyler: Yargıç taraflar arasında adl ile memurdur. Binaenaleyh dāvaya ait işlerde taraflar arasında onlara hitap etmek ve gözetmekte eşitliğe riayet eylemelidir. Mad. 1798 - Hâkim taraflardan birie el veya göz veya baş ile işaret eylemek gibi töhmet ve suizanna sebep olabilecek hal ve harekette bulunmamalıdır. Aulu - Gelle'nin anlattıkları âmme dāvasına, hukuk dāvasındaki tahkim usulünün geçirilmiş olduğunu gösterir. Cumhuriyet devrinde yargıç âmme dāvasında müdahalede bulunmaz ve şahitlere sual sormaz. Prensib devrinde yargıcın vazifesi artmış şahitlere sual sormağa başlamıştır? Jüriler de duruşmada sessiz dururlar şahitlere sual sormak gibi veya şahsen malik oldukları malûmatı bildirmek gibi hallerle beyyineler üzerinde tesir icra edemezler.

1 a) Birincisi adam öldürmek, yangın çıkartmak kapalı bir yere kapı ve pencereyi kırarak, duvarı delerek girmek gibi maddî iz bırakan suçlar ki suçu bütün maddiliği ile görmeğe ve bıraktığı izleri müşahadeye imkân verir; bu müşahadeyi yapmak yargıcın ilk ödevini teşkil eder. Bu takdirde müşahade yargıcın tanzim eylediği bir zabıt vasıtası ile yapılmış olurdu; tetkiki özel bir fer'i bilgiyi icap ettiren olaylarda ise meselâ doktor, cerrah ve diğer bilirkişiler raporları ile yapılmış olurdu. Cismi cürmün bu tarz ispatı o kadar önemli idi ki yerine şahadet, karine ve hattâ suçlunun ikrarı beyineleri konamaz ve geçirilemezdi. Bu sebepten 1670 emirnamesi zabıtlar ve bilirkişi raporlarını ihtimamla tanzim eylemişti. Emirname, bilirkişilerin tetkiklerine karşı mukabil bir tetkik yapılmasını istemek hakkını sanığa tanımıştı : «Sanık masrafı kendisine ait olmak üzere başka cerrahlar tarafından mukabil bir expertiz yapılmasını isteyebilir. Bu talep ilk keşiften kısa bir zaman zarfında yapılmak şartıyla kabul olunur.

Yargıçların cismi cürmü müşahade edebilmelerine imkân bulunmadığı takdirde netice olarak cürmün cezasız kalması kabul olunmuyordu. Yalnız yargıçların daha büyük bir ihtiyatla hareket eylemeleri ve hüküm vermeleri lâzımdır; Çünkü cismi cürüm müşahade edilmiş olmadıkça cürmün pek çok misali görüldüğü üzere hayali olması ve kalması mümkündür. Cismi cürüm bulunmadıkça cürmün işlenmemiş olduğunu kabul etmenin imkânı olmayacağı gibi bedihi ve kuvvetli deliller de lâzım gelir.

b) İkincisi devamlı izler bırakmayan cürümlerdir. Söz ile yapılan hakaretler de cismi cürüm suçluluk (mesuliyet) delilinden ayırt edilemez. Bu gibi suçlar hakkında büyük müellif «Jousse» «Cismi cürüm ispat edilemez» demiştir. İçlerinde «Muyart ve Vouglans» gibi büyük cezacılar bulunan diğer müellifler «cismi cürmün» ispatı, ancak sanığın karinelere bağlı ikrar ve itrafı ile mümkün olur.» Bu iki iddia ve ifade çeşitli şekil almış olmakla beraber esasta aynıdır; tek ve aynı olan fikir iki ayrı cümlelerde ifade olunmuştur.

II — Cürmü sanığın işlemiş olduğunu yani sanığın mesuliyetini ispat için kanunî beyyine bütün derinlik ve genişliği ile söz konusu oluyordu.

Bütün deliller kuvvetlerine göre üç sınıfa ayrılmıştı : 1) Tam

deliller; 2) Yakın karineler; 3) Uzak karineler. Her sınıf çok çeşitli haller alıyordu.

İdamı icabettiren bir suçun cezasına mahkûmiyet ancak tam delile dayandırılabilir : «Kanunun işaret eylediği bütün şartlar yerine getirilmiş olunca delil tamam ve hukuki olur. Sanığı idama mahkûm edebilmek için de bu lâzımdır» tam delil şahadet ile, yazı ibrazı ile veya karinelerle elde edilir. İkrarın tam delil teşkil eylediği umumiyetle kabul edilmemişti.

a — Cezada şahit en iyi delil idi : «Suçların çoğu başka türlü ispat edilemez» fakat şahadetin tam bir delil olabilmesi için bir çok şartları haiz olması şarttır.

Evvelâ :

1 — Aynı vakaya şahadet edecek iki şahit lâzımdır. «Tek şahit hiç şahittir.» Veya «bir kişinin sesi hiç kişinin sesidir.» denmiş olmasına rağmen münferit bir şahit büsbütün de kıymetsiz değildi. Yalnız sanığın idama çarpılmasına müsait değildi.

2 — İki şahitin ifadesi arasında mübâyenet olmamalıdır yani iki şahitten her biri başka başka vakalara şahadet eylememelidir. Mecelle bu hali 'Şahitler meşhutünbihte (şahadetin konusunda) ihtilâf etseler şahadetleri makbul olmaz' yani şahadetler delil sayılmaz şeklinde ifade ederdi (mad. 1712) (6).

b — İki şahidin her biri fiili gözleri ile görmüş olmaları şarttır. Sanığı suçu işler iken görmüş olmalıydılar. Halktan işitme ile şahadet şahitlerin sayısı ne kadar çok olursa olsun makbul değildir. Mecelle : 1688. ci maddesinde bu hali «Şahitlerin meşhutünbihi bizzat muayene etmiş (yani görmüş) olup o surette (yani gördüm diyerek) şahadet eylemesi lâzımdır. İnsanlardan işittim diye şahadet eylemesi caiz olmaz» şeklinde ifade eylemiş ve (Mad. 1686) körün şahadetinin makbul olamayacağını bildirmiştir.

c — Şahit «sanığın tehditlerini ve bir can çekişenin bağırışlarını» işittim diye şahadet etse yine makbul olmaz.

(6) Şahitler meşhutünbihle ilgili bir şeyde ihtilâf etseler bakılır : Bu ihtilâf meşhutünbihte ihtilâfı mucip oluyorsa şahadet makbul olmaz meşhutünbih fiil ise o fiil ile ilgili ihtilâf meşhutünbihte ihtilâftır. Meşhutünbih söz ise sözün sarf edildiği zaman ve mekânda ihtilâf meşhutünbihin kendisinde ihtilâfı mucip olmaz.

d — Sanık maktûlü öldürdüğünü bana itiraf etti, diye yapılan şahadette makbul sayılmazdı.

Bundan başka şahit mülzem bir tarzda beyan eylemeye ve sebebini bildirmeye mecburdur. «Sanırım... zannederim... aldanmıyorsam... hatırlayabiliyorsam... olabilir...» gibi müphem sözlerle beyanda bulunan şahitin şahadeti makbul değildir. Beyanlar mülzem olmalıdır, yani sanığı susturucu bir tarzda yapılmalıdır.

Şahidin muhtelif safhalardaki beyanları daima aynı olmalıdır. Şahit 1) hazırlıkta 2) rekolömanda ve 3) sanıkla yüzleştirmede olmak üzere üç kerre dinlenir, şahidin bu üç beyanı arasında tam bir uygunluk bulunmalıdır. Emirname şahidin hiç olmaz ise sanıkla yüzleştirme safhasındaki bir beyanında değişiklik olmaması için tedbirler almıştı.

Nihayet şahitlerin adil olması şarttı; mecelle, âdili, iyilikleri kötülüklerine üstün gelen kimsedir diye tarif eylerdi (Mad. 1705). Bi-naenaleyh oyuncu, maskara, namus ve insanlığa muhalif hareketleri âdet edinmiş kimselerle yalancılığı ile tanınmış kimselerin şahadetleri makbul olmaz derdi. Emirname şahitlerde, şahadetlerinin mucip bir hal bulunmamalı gibi umumî bir tabir kullanır. Şahidin şahadetinin reddini mucip hali dilimizde «ta'n» tâbirile ifade ederiz. «Ta'n etmek» dil uzatmak demektir. İmdi şahadetin makbul olması için şahit ne ta'n edilebilir ne de ta'n edilmiş olmalıdır. Emirname şahite ta'n etmek hakkını fazla takyit eylemiş olmasına rağmen mahkeme kararları ta'n sebeplerini artırmıştı. Fransada

a) Bağlılık, dostluk taan sebebi idi; mecelle 1701. ci maddesinde «dostun dosta şahadeti makbuldur. Fakat aralarındaki dostluk birbirinin malından tasarruf etme derecesine varırsa o halde birbirinin lehine şahadetleri makbul olmaz» diyor.

b) Korku; mecelle bu hali mazarreti def etmek arzu ve düşüncesi tâbiri ile ifade eder (Madde 1700). Bunun için şahidin kendisini besleyen veya hizmetinde bulunduğu kimse lehine şahadeti makbul değildir.

c) Esaslı düşmanlık : «Şahit ile aleyhinde şahadet eylediği kimse arasında dünya düşmanlığı bulunmamak şarttır.» (mad. 1702)

d) Yaş ve zihin zaafı

e) Fisk yani ahlâk bozukluğu (mecellenin adil kelimesile ifade eylediği ?

f) Şahsi menfaat. Mecelle madde 1700 de bu hâli «şahadetle menfaat çekmek düşünce ve arzusu olmamalıdır» şeklinde ifade eder.

g) Hısımlık; mecelle hısımlığı menfaat celbi tabirine sokar fer'in asla, aslın fer'e; karı kocadan birinin diğeri aleyhine şahadetlerini makbul tutmaz (Ceza Muhakemeleri U. K. mad. 47 bakınız). Mecelle bu günkü Ceza M. Usulü Kanunundan daha dardır «usul ve fûrulardan başka hısımların birbiri leyhine şahadetleri makbul olur» diyor. Bu liste çok uzundur bitmez : burada keselim.

İki tam şahit birleştikleri takdirde sanık için mahkûmiyet mukadder olur.

2 — Yazılı delil misali aşağıda Brinvilliers'nin hâdisesi anlatılırken görülmektedir.

Şahadet delilinden sonra yazılı delil geliyordu. Yazılı delil ceza işlerinde pek nadir müracaat edilen bir delildir; hele XVII. ci asırda Ceza âlimlerine, cezada yazılı bir delilin bulunabilmesinin imkânsız olduğunu iddia ettirtecek kadar nadir idi. Gerçi bu iddia yanlıştı fakat makûl idi; çünkü kanunî beyyine sisteminde delil suçun işlendiğini doğrudan doğruya müşahade eylemiş olmalıdır. Küfür ve söğmede, Tanrıya hakaret etmede, zinada, kız kaçırmada, kalpazanlıkta şahadet yani insanın gözü ile görmesi ve kulağı ile işitmesi lazım gelen yerlerde yazı suçun işlendiğini müşahade edemez amma zihinde vücuda gelen suçları da insanın beş hissi idrak edemez, bundan başka şahadet delili ile yazılı delilin birleştikleri suçlar da vardır. Meselâ Tanrıyı inkâr, hükümdara suikast, mürebaha, şahitleri yalan şahadete sevk etmek, evrakta sahte gibi suçlar. Yazı, kabulü caiz olan yerlerde tam bir delil teşkil edebilmek için suç teşkil eden olay hakkında vazih (açık, aşikâr) olmalıdır. Yani meselâ hakaret olayında, şahitleri yalan şahadete sevk, suikast gibi suçlarda olaylar sanığa karşı ibraz edilecek yazıda vazih bir tarzda geçirilmiş ve senet o olayın delili olmuş bulunmalıdır. Eğer yazıdan sadece suç ve suçlu çıkartılabilecek ise o zaman vesika yazılı bir delil olmaktan çıkar ve ihtimalî karineler arasına girer.

Yazılı delil mecellenin tabiri ile «hile ve tezvirden (güzelleştirilmiş yalandan) temiz olmalıdır» yani resmî olmalıdır (8).

Eğer adi bir yazı ile sanık imza kendisinin olduğunu kabul eylemelidir. İmzanın inkârı halinde tahkiki ile elde edilecek sonuç asla tam bir delil olarak kabul edilemezdi. Çünkü zamanın meşhur cezacılarından Muyart de Vuglans bilirkişilerin müphem ve «Sanıyoruz... Kanaatımızca» gibi kesin olmıyan sözlerle konuşmalarından başka sanatları olmadığından bizatihi sonsuz hatalara maruzdur, diyor. Yine de Vouglans «eğer vesika adi bir hüccet olup sanık aleyhine delil olmak için adliyece tahkik edilmeğe muhtaç ise o zaman hüccet yazılı bir hüccet olmaktan çıkar; çünkü hâdiseyi ispat eden bizzat yazılı hüccet değildir... adi bir ihtimal ve şahitle ispat olur.» Yazılı beyyine hakkında bu ihtirazî (sakındırıcı) kayıtlar pek makuldür; bu gün dahi makuldür. Hattâ 1670 emirnamesinde «Sadece bilirkişilerin beyanı üzerine ve başkaca bir yardımcı (8) veya karine halinde bir delil bulunmaksızın ceza verilemez» diyen bir hüküm vardır. Bu madde TALON'un «yargıçlar bu hususta zaten pek çekingendirler daha ziyade ellerini bağlamağa lüzum yoktur» demesi üzerine emirnameden çıkartılmıştır, fakat nazariye ve prensip olduğu gibi kalmıştır.

Kanunî beyyine usulünde sanığın aile ile ilgili kâğıtları sanık aleyhine tam bir delil teşkil edemez; hattâ sanık o mektuplarda yazılı olanları kabul etse dahi aleyhine delil teşkil edemez. Çünkü mahkeme dışında bir ikrar teşkil eder, halbuki mahkemede yapılan ikrarın bile, cezada beyyine kuvveti yoktur. Netekim aşağıda arz edilecektir.

3 — Tam bir delil karine ile de elde edilebilirdi; şu şartla ki netice çıkartılacak hâdisenin kendisi kâfi bir kuvvetle teessüs et-

-
- (8) «Yalnız yazı ve mühür ile amel olunmaz, fakat tezvîr ve uydurulmuş olmaktan salim ise onunla amel olunur, yani hükme esas olur ve başka suretle ispata hacet kalmaz». (mecelle mad. 1736) Mecelle yazılı delile «hücceci hattiyeye» der. Hüccec : hüccetler, deliller demektir. Bunların başlı başına muteber olanları var, tapu kayıtları, mahkeme ilâmları gibi ki bunlar tam delildir. Başlı başına muteber olmıyanların içindekiler şahitle ispat olunmalıdır.
- (9) Yardımcı diye ifade eylediğim delilin bizde bir ifade tarzı yoktur, fakat misali vardır : Mukaddeme - i beyyine (delil başlangıcı).

miş olsun : yani iki şahit veya yazı ile sabit olsun. Mahkeme kararları bu kesin karinelere bazılarını muhafaza eylemişti. Bizim kesin karine dediğimiz hilafı ispat edilemeyen ve bu itibarla frenklerin 'yenilmez' dedikleri karineye eskiler cezada aşikâr ve zarurî karine hukukta «de juris et de jure» (kanunî karine) derlerdi.

Karine Justinianus'un bu hukukunda «bir olayın hudusuna (sonra olmasına) hududu sabit diğer bir olaya dayanarak inanmaktır; şu şartla ki hudusu sabit olayla varlığı, hudusundan şüphe edilen olayın varlığını iktiza ettirecek derecede bir münasebet bulunsun; karine bu münasebete dayanır. Hudusu şüphe edilen fiile inanış ciddi izlerin delaletine veya kanun tarafından tâyin edilmiş bulunmasına dayanır. Misal : «adam öldürme fiilinde kendilerine dil uzatılmıyacak olan iki şahit sanığı ölünün cesedinin bir kılıç vuruşu ile yaralanmış olarak bulunduğu yerden az evvel elinde yalın ve kanlı bir kılıç ile çıkmış olduğuna şahadet eylemeleri» sanığın maktulü öldürmüş olmasının kuvvetli delilidir.

Cezadaki kesin karine hilafına delil gösterilebilir. Meselâ meşru müdafaa delili yani özürü ifade eden (Justificatif fiiller) gösterilebilir; fakat de Jürise de Jure karinelerin hilafına beyyine kabul edilmez.

Sanığın mahkemede ki ikrarına gelince - ki buna sesli delil dahi denirdi - müellifler delil olarak kıymeti üzerinde ittifak edemişlerdi. O müelliflerin en meşhurlarından olan Jousse eski düşünceye sadık kalarak en iyi bir delil olarak kabul ediyordu : «Cezada elde edilebilecek delillerin en kuvvetlisi ve en kesini sanığın ikrarıdır. Binaenaleyh bu delil cezada kafidir... böyle bir itiraf arzu edilebilecek delillerin en tamamıdır.» Jousse bu fikri müdafaa ederken 'Bartol' un, 'Pol Castro' nun, 'Julius Clarus' un otoritelerine dayanıyordu ve diyordu ki : «tabiatın bütün kanunlarını alt üst etmedikçe bir insanın faili olmadığı bir cinayetle kendini suçlanıklıkla itham etmesi kabul edilemez (10).

(10) Fıkıh aynen Jousse gibi ifade eder ve bir insanın kendi aleyhinde beyanda bulunmasının yalan olamayacağına inanır; ikrarı bu sebepten tam bir delil olarak kabul eyler. Fıkıh yalnız cezası çok ağır olan zina suçunda suçlunun peşi peşine dört defa ikrar etmesini ister.

Hukuk M. Usulü K. mad. 236 Hukukta mahkeme dışında vaki bir ikrarın ikrarı yapan aleyhine tam bir delil teşkil ede-

Engizisyon muhakeme usulündeki sorgulara ait formaliteler ik-
rara, tabii kuvvetini vermeğe mani oluyordu, bu sebepten Jousse'un
içtihadı tek olarak kalıyordu. İkrar hakkında kabul edilen düşünce
şu idi : Ağır cezaları icap ettiren ağır suçlarda ikrar bu kadar ağır
bir cezanın verilebilmesi için kâfi bir delil olarak kabul edilemiyor-
du; bu ademi kabulü şu kaide ile ifade ediyorlardı : «Nemo auditor
(dinlenmez, mesmu olmaz) perire (ölmek) volens (isteyen)» (Ölü-
mü isteyeninin isteği mesmu olamaz). Bu sebepten ikrarın iyi bir şa-
hidin şahadeti ile veya kuvvetli emarelerle kuvvetlenmiş olması
aranırdı. Fakat bu hususta Jousse'da ikrarın tam bir delil olabil-
mesi için «cismi cürmün müstakir (sakin ve sabit) durulmuş ve
oturmuş olmasının ve bir keşif ve muayene ile veya zabıtla yahut
şahadetle tahkik edilmiş bulunmasının lâzım olduğunu» söyler. Yi-
ne Jousse der ki : «Suç içte kalmış dışarıya vurulamamış bir suç,
dinden ayrılma gibi yalnız iradenin irtikab edileceği bir suç ise o
cismi cürüm sabit olamayacağından ikrar sanığı mahkum etmeğe
kâfi gelmez». Jousse'nin bu ifade tarzı delil ve emarelerle veya şa-
hadetle kuvvetlenmemiş bir ikrarın hükme esas olamayacağını söy-
leyen Domat'ın ifade tarzından daha kuvvetlidir : «Sanık suçu ka-
bul ediyor ve suçta idamı mucip bir suç ise delilleri toplamaktan
vazgeçilmez; çünkü bir masumu doğru olmayan bir ikrar ile mah-
kum etmek adalete aykırı düşer». Jousse'nin özelliği hafif cezayı
mucip suçlarda ikrarı tam delil olarak kabul etmesidir, ikrarları su-
çun çarpılacağı cezalara göre tam olan veya tam olmayan ikrar
olarak ayırmasındadır.

Voisin dâvası diye meşhur olan ve zehirlemek suretile adam öl-
düren kişizade bir kadının dâvası hakkında Duplessis'n nazır Col-
bert'e yazdığı mektupta demiştir ki : «Bir suçlunun suçu hakkında
yaptığı ikrar tamamiyle çıplak ise suçlunun mahkûmiyetine esas
olamaz; fakat bu ikrardan başka bir de şahit varsa mahkûmiyetine
kâfi gelir. Yine ikrardan başka tek bir şahidin şahadetinden çıkan
veya maddî bazı emareler varsa yine mahkûmiyetine kâfi gelir.»
Hülâsa mücerret ikrar çıplak ikrar hükme esas olamaz; ancak şa-
hadetle veya emarelerle iksa edilmiş (gyidirilmiş) ikrar mahkûmi-
yete esas olabilir.

bilmesi ancak o ikrarı teyid edecek delil ve emarelerin vücuduna bağlı kılabilir. Cezada mahkemede vaki ikrar dahi onu teyid edecek deliller ve emarelerin vücuduna bağlıdır.

XVIII. ci asır müelliflerinin fikri de bu hususta kesindir. Muyart de Vouglans eserinde : «İkrar mahiyeti itibariyle idama veya onun kadar ağır cezalara mahkûmiyete esas olamaz. Mahkûmiyete esas olabilmesi için diğer bir çok şartların gelip ik-rara eklenmesi lâzımdır... ya bir kaç kuvvetli emârenin veya bir şahidin şahadetinin katılması lâzımdır.» diyor. 'Ruso de la Combe' da ölümünü isteyen kimsenin isteğine itibar olunmaz diyen ve yukarıda zikredilen kaideye dayanarak : «Sanığın hür ve gönül rızası ile yaptığı olduğu ikrar aleyhine tam bir delil teşkil edemez.» der. Serpillon, Jousse'u red ve cerh ederek der ki : «Ceza hafif olacak ise muhakeme esnasında yapılmış olan ikrar mahkûmiyete esas kılınabilecektir; elverir ki cismi cürüm kesin bir surette müşahede edilmiş olsun. Gerçi sanığın ikrarı üzerine verilmiş mahkumiyet kararları vardır; fakat suçun icap ettirdiği cezadan çok aşağı bir cezaya hükmedilmiştir.»

Nazariye 1670 emirnamesinin hükümlerine de uygun idi. Emirname şahadetten sarfı nazar edilmesi için sanığın ikrarını kâfi görmez; ik-rara yazılı bir beyyine veya karine eklenmesini icap ettirir. Emirnamenin sorguların, lüzumlu mütalâaları yapabilmesi için derhal müddeiumumlere tebliğ edilmesini emreden 17. ci maddesini müellifler, savecılık mütalâalarının, ik-rara dayandırılarak derhal mahkûmiyete yöneltilmesine mani olarak görmüşler ve anlamışlardır. Serpillon bu 17. ci maddeyi tefsir ederken der ki : «müddeiumumi hâdiseyi ağır bulursa olagan usulle, rekolöman ve yüzleştirilmeye müracaat edilmesi mütalâasında bulunmalıdır. Çünkü sanık kendisine isnat edilen hususların hepsini ikrar etmiş bulunsa dahi yinede olagan üstü usulde tamam bir tahkikat icap eder», çok ağır suçlarda ikrar kâfi gelmiş, cezasında çok ağır olmaması lâzım gelir aksi takdirde tahkikatı ik-rara rağmen sonuna kadar devam ettirmek lâzım gelir.

Bununla beraber ikrar hiçte kıymetsiz değildir hattâ ikrarın kıymeti çok önemli idi; yakın denilen bir karineye eklendiği zaman gerçek ve kâfi bir delil teşkil ederdi. Yakın yani fiile doğrudan doğruya delalet eden emâreler de tam delillerden daha kolayca elde edilebiliyordu.

II — Yakın emârelere yarım delil dahi denirdi. Ceza muhakemeleri usulünün değişmelerinde önemli rolü olmuş bulunan Volter (Voltaire) yarım delil tabirini şiddetle reddeylemiştir : «ya-

rım hakikat yoktur» diye reddeylemişti. Buna rağmen tam hakikate karşılık tam delil, yarı hakikata karşılık yarı delil vardı. Bunlardan başka karineler ve emâraler de deliller arasına tamamlayıcı olarak katılmıştı. Emâreler yakın ve uzak olarak ayrılırdı. Uzak emâraye «adminicule» de denirdi. Şahit dinlenmesine imkân veren bu günkü mukaddemei beyyineler birer adminiküldür. Binaenaleyh uzak emâreleri beyyine başlangıcı tabiri ile de ifade edebiliriz.

Fıkıh ta hakikatı ve delili kısımlara ayırırdı :

I — Doğruluğunda asla şüphe edilmeyen hakikata ilmen yakın veya aynen yakın (insanın kendi gözleri ile görerek mahiyetini sıhhatle bilmek) hayut hak - el yakîn (bir şeyin mahiyetini bütün duyuğu hisleri ile doğru olarak bilmek) derdi; burada ki «yakîn» kelimesi hem okunuş hem yazılış ve hem de mana itibariyle Türkçemizde uzak karşılığı olarak kullandığımız yakın kelimesinden tamamiyle ayrıdır. Arapçada yakîn bir şeyi şüphesiz olarak bilmek demektir : «Kesbi yakîne adem için yoktur ihtimal - Her hakikat akla göre gaibanedir». Yakîn şüphe ile ortadan kalkmaz, türkçemizde yakîn daha ziyade yakînen bilirim tâbirinde kullanılır; şüphesiz surette biliyorum manasına gelir.

II — Zan (sanmak) : dört kısma ayrılır :

A — Üstün zan (zannı galip) hakikatın aynıdır denilebilir. % yüzden % 75 e varan zandır. Zan yüzde yüzden aşağıya düştüğü nisbette kuvvetini zayıflatır Frenkler buna yakîn karine derler.

b) Zanin % 75 den % 50 ye kadar olan derecesidir;

B — c - Yukarı ve aşağı derecelerin müsavi oldukları noktadır. % 50 ihtimalden yukarısı racih zan (rüçhanlı, üstün) zan adını alır; meselâ yüzde 50 zana «Şek» (Şüphe) denir. İki ayrı fikirden hangisi tercih edilirse ona «racih kavil (söz)» denir.

d) Zannın % elliden aşağısına vehim denir. Vehim zannın mercuh kısmıdır. Mercuh yenilmiş, mağlup olmuş demektir.

Hülâsa fıkıh delilleri 1 — Yakîn; 2 — Zan olmak üzere evvelâ ikiye ayırır; sonra 3 — Galip, racih zan ve 4 — Mercuh zan olmak üzere dörde çıkartır. Isı (hararet) derecelerindeki sifıra eşit olan şek in yukarısı yani sıfırın üstü zannı racih veya zannı galip adını alır; sıfırın altı da zannı mercuh veya vehim ismini alır.

Mecelle arzedilen delillerin kıymetlerini şu genel kaidelerle ifade eylemektedir. Madde - 4. «Şek ile yakîn zail olmaz» Yani sonradan gelmiş bir şüphe sebebinden evvelden var olan yakîn hükmü zail olmaz (ortadan kalkmaz). Şekke (şüpheyeye) itibar olunmaz. Şüpheli şeylerden hepsi kaldırılır. Sonradan vücut bulduğu şüpheli olan şey hakkında yakîn hasıl olmayınca hüküm verilemez, bunun neticesi olarak hukukta «bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır (prensiptir)». Dün sağ olarak görülmüş kimse bu gün de sağdır. Meğer ki aksi yakînen sabit olsun. Dün kendisine ait olduğu yakînen bilinen bir elbise bu gün de onundur; satmış olabilmesi bir vehimdir «vehime ise itibar yoktur» Mecelle mad. 74 Hukukta beyyine görünüşün aksini kabul ettirmek içindir; yemin prensibi asli devam ettirmek (ibka) için lâzımdır (mad. 77). Beyyine teaddi eden (tecavüz eden, başkasına geçen) bir hüccettir. İkrarın hükmü ise yalnız ikrar edene kesilmiş olarak kalır (mad. 78); (delil ve hüccetten daha kuvvetli olarak itibar edilen ve orta/çağın tam delil ve bizim adil beyyine tabiri ile ifade eylediği) «bürhan ile sâbit olan şey iyânen sabit gibidir» mad. 75. İyan ve muayene kelimeleri aynı kökten gelir, şüphesiz ve açıktan görmek demektir. Riyaziye kaideleri gibi kuvvetli bir hüccet olan bürhan ile sabit olan şey gözle görülmüş gibi sabit olur. Şahitin şahadet eylediği hususu gözü ile görmüş olması ona aynel yakîn vakıf bulunması lâzımdır.

Yarım deliller hakkında izahata girişmeden evvel çok kısa ve genel tarzda bunların ne olduğunu 1789 ihtilâlinden evvel zamanın felsefesini kabul etmiş bir avukat tarafından yazılmış bir makaleden bir iki cümle arzedelim. Yarım deliller adı geçen yazıda şöyle tarif ve tasnif edilmiştir :

Karineler ya hafif veya cüretli olur, muhtemel ve şiddetli olur:

1 — Hafif karineler veya adı şüpheler (şekler) bir yarım delil bile teşkil edemez; demekki hafif karine fıkıhın vehim dediği haldir.

2 — Muhtemel karineler bazı muhik sebeplere dayanır; yalnız mülzem değildir; diğer bir yarım delille, birleşince tam bir delil teşkil eder, fıkıhın % 50 nin üzerinde % 50 kadar olan zannı ayarındadır.

3 — Kuvvetli ve şiddetli karineler, mukaddem sebepleri olan karineler Meselâ, uzun bir gaybubetten (gözden irak, uzak bulun-

muş olmaktan) sonra dönüşte karısını gebe bulursa bu hal zina iş-
lemiş olduğuna karinedir. Hazreti Süleyman'ın hükmünde, hakiki
ananın evladı için göstermiş olduğu şefkat kâfi bir delil olarak gö-
rülmüştür.» (11).

Artık bu sözleri tefsire lüzum kalmaz. Yalnız insanın bu ağır
başlı hukukçuların uzun bir seyahattan dönen kocanın karısını ge-
be bulmuş olması halinde başına gelenlerden tam emin mi olacak
yoksa yarım emin mi olacağı hususunda tartışmalara gitmeleri ve
Hz. Süleyman devrine kadar çıkmalarına gülmemesi mümkün mü-
dür?

Yakın karineler - Yakın karineler başlı başına sanığın ölüme-
çarptılmasını mucip olamaz : yalnız bu yakın karinelerden bazıları
o kadar kuvvetli idiler ki sanığı cezaya çarptırmamak çok güç
olurdu; bu kuvvetli karineleri fıkhn «galip zan» ma benzetmek ha-
ta olmaz. Eğer sanığın rıza ve ihtiyariyle yapılmış bir ikrarı elde
edilmiş olsa ölüm cezasına çarptırılması mümkün olurdu. Sanık bu
«zannı galip» «kuvvetli karine» önünde rızasıyla ikrarda bulun-
maz ise o ikrarı sanıktan zorla almak yani işkence yardımıyla al-
mak lazım geliyordu. Yakın karinelerin esaslı sonucu sanığın iş-
kenceye konulmasına imkân vermesidir; bu husus ihtilâle takaddüm
eden her üç asırda yani XVI, XVII, XVIII. ci asırlarda açıkça bil-
dirilmiştir. Bu hususta zamanın Muyart de Vouglans gibi önemli
müelliflerin eserlerinden veya Duplessis'in Colbert'e yazmış oldu-
ğu mektuptan iki fıkra arz edelim :

«Sanığa karşı tam bir delil bulunmayıp ancak yarım delil bu-
lunduğu yerlerde yani muteber olan ve avamdan bulunmayan, taan
edilecek bir hali olmayan tek bir şahit ve şiddetli karineler ve hiç
olmazsa adı geçen yarım delile muadil emâreler bulunupta sanığın
lehine resen toplanacak deliller ile bertaraf edilmiş veya kıymeti
düşürülmüş olmadıkça yargıç işkence kararını verir...»

(11) İki kadın Hazreti Süleymanın önüne çıkarak her biri ellerin-
den tuttıkları çocuğun kendisine ait olduğunu iddia etmişti.
Hz. Süleyman cellâda çocuğun ikiye bölünmek suretiyle her
bir kadına bir parçasının verilmesini emretmiştir. Cellât ço-
cuğu bacağından tutup ikiye böleceği esnada hakiki anne he-
yecan ve korku ile «tek çocuğu kesmeyin de varın öbür kadı-
na verin» diye yalvarması üzerine Hz. Süleyman «Hakiki ana
sensin çocuğu sana veriyorum» demiştir; Bu olay Süleymanın
hükmü adı altında meşhur olmuştur.

«Her karinenin yarım delil teşkil edip sanığın işkenceye konmasına kâfi olduğunu söylemek doğrudur.»

«Cinayetler arasında cezası ölüm olanları vardır. Bu gibi cinayetlerde emâreler sanığın işkenceye konmasına mesnet olur.» Görünüşte sanığa pek müsait olduğu sanılan kanunî beyyine nazariyesi muhakeme usulünü işkenceye kaçınılmaz bir netice olarak sürüklemiş ve işkenceyi beyyine usulünü tamamlayıcı bir hale getirmiştir.

a) Hülâsa mahkemenin tam bir delil - elde edebilmek için ilk çaresi sanığa işkence yapmak ve rızası ile yapmadığı ikranı ona zorla yaptırmaktır. Hangi cürümlerin tahkikinde işkenceye müracaat edilebileceği ve bunu içinde elde bulunması lâzım gelen yarım delilin mahiyeti tâyin edilmişti (12).

b) Ağır suçların suçlusu sanığı ölüm cezası ve eşit cezalara çarptırabilmek için başvuru olan çarelerden biri de emareleri birbirine eklemek, birbirleriyle bir toplama yapmak idi; hukukçular bu işlemi kabul ediyorlardı : «Her biri iki şahit tarafından ispat edilmiş iki mülzem (bağlayan, ilzam eden) emâre beraberce işkenceye müracaat edilmeden tam bir delil teşkil edebilir... Eğer bu emâreler birbirleriyle tabii bir surette murtabit ve mütenakız (birbirini nakzeden, çürüten şeyler) değilseler ve yakın ve mülzem neviden iseler denebilir ki bu iki emâre birbirile ispat edilmiş olur ve böylece her mesele hakkındaki eksik (nakıs) deliller tam bir delil teşkil etmek üzere birleşir ve sanığı mahkûm etmeğe kâfi gelir.» (Duplesis, Colbert'e mektup). Müellif Denisart ise «yarım delil» hakkında yukarıda arz edilen kombinezonların umumiyetle kabul edilmeyip reddedildiğini yazar : «Yarım delil yarım hakikattan daha mülzem değildir. Bu sebepten iki şüphe (şek) bir yakîn hasıl etmez. İki yarım delil de tam bir delil teşkil edemez.»

(12) Engizisyon muhakeme usulünde bir suçlunun beraat etmesinden korkulurdu. Ve bunu önlemek için işkenceye müracaat edilirdi. Bir mücrimin cezasız kalmasından ise bir masumun işkenceye uğratılması kabul olunurdu. Bu günkü muhameke usulünde ise bir masumun haksız yere mahkum olmasından ise bin mücrimin cezasız kalması tercih ediliyor. Herkesin suç işleyip işlememesi elindedir, fakat suç işlemiş zannı ile muhakemeye sevk edilmemesi elinde değildir.

Ölüm cezasına hüküm edilebilmesine müsait olmıyan yakın emârelere daha hafif cezalar hüküm ettirecek kuvvette bulunursa yargıç o yakın emârelere dayanarak aşağı derecede ki cezalara hüküm edebilirdi.

Muyart de Goulans'ın eserinde bunun sebebi şöyle izah ediliyor: «İşkenceye konmak hükmü müebbet kürek cezasından çok daha ağırdır. Ölüm cezası için kâfi görülmeyen deliller ile sanığın işkenceye konmasına hüküm verildiğine göre o önemli deliller ile müebbet kürek cezasına da hükmedilebileceği neticesi kendiliğinden zaruri bir tarzda ortaya çıkmaktadır. Nasıl ki deliller daha hafif olduğu zaman yargıç cezayı değiştirebiliyor.» Yalnız yargıç delillerin ölüm hükmüne mesnet olmaması sebebiyle suçun mahiyetinin icap ettirdiği cezadan daha aşağısına hükmetmeden evvel emirnamenin beyineler ve suçun derinleştirilmesi hakkındaki bütün çarelerini tüketmiş olması lazım geleceği kabul edilmişti.

Çok vahşice yapılmış cinayetlerde câninin ölüme mahkûm edilmesi için tam delilin asla lazım gelmediği hususunda bazen iddia edilirdi. Müellif «Poullain du Parc» Bu barbar ve mantıksız teklif asla Fransada kabul edilmemiştir. Bu teklif baskının, ezmenin ve zalim bir istibdadın karakterini taşır. Cürüm ağır olduğu nisbette ceza şiddetli olmalıdır; ve bunun neticesi olarak sanığa isnat edilen cürmün delili de vahşetine mütenasip olacak derecede aşikâr olmalıdır.» diyor.

Yakın emâreleri teşkil edecek fiillere gelince, bu fiiller de emirnamede açıklanmamıştır. Emirname sadece işkence yapılabilmesi için isnat edilen suçun cezasının ölüm olmasının lâzım geldiğini ve delilinin de önemli bununla beraber kâfi gelmemiş olmasını belirtmiştir. Bu da yargıçlara geniş bir hareket sahası bırakıyordu. Muyart de Vouglans bu hususu şöyle izah ediyordu: «Hâdiseyi gözleriyle görmediklerini beyan eden şahitler ise yalnız birbirlerinden ağır basan daha mülzem emâreler bildirirler iş yargıçların hakemliğine kalır.»

Emirnamenin tâyin etmediği kaideleri mahkeme kararları tâyin etmişti. Yarım deliller arasında baş yeri eksik şahadet veya tamam - olmayan yazı alır. Sonra tek bir görgü şahidinin ifadesi; birlikşiler tarafından tahkik edilmiş aile kâğıtları. Sanığın mahkeme dışında yapıpta inkâr etmesi üzerine iki şahitle veya aile kâğıtları

ile sabit olan ikrarı. Saydığımız yakın emâreler arasına bir sürü karineler gelip katılıyordu.

Muyart de Vouglans bu emâreleri genel ve bağzı suçlara özel emâreler olmak üzere ikiye ayırır. Aralarına çok gariplerini sokuşturduğu genel karinelere on altısını zikreyleyir. Çok garip olanları arasında «İtham edenin sıfatını katar» İtham edenin önemli bir şahsiyet olmasına, veya hizmetçileri tarafından işlenmiş suçlar hakkında efendilerin bulunmasına yahut bunun aksi olarak serseri olmasına veya ikametgâhları bulunmamasına genel karineler arasında yer verir. Bağzı suçlara özel olan karineleri ihtimamla zikr ederken yine gülünç olanlara rastlanır. İnsan bunlara gülemez ise sebebi işkenceye esas kılınmış olmalarındandır. Meselâ büyücülük suçuna özel olarak saydığımız karineler arasında 1 — Suçlunun evinde büyüye dair eser bulunması, insan uzuvları, toplu iğne ile delinmiş balmumundan yapılmış resimler, ağaç kabukları kemikler, çiviler, saçlar, toplu iğneler, kömürler, çocukların yataklarının baş uçlarında bulunmuş kömür paketleri... 2 — Suçlunun bir ağıla bir şeyler koyduğu görüldükten az zaman sonra hayvanların ölmüş olması 3 — Şeytan ile yapılmış bir sözleşmeyi havi yazı bulunması... 4 — Sanık tutulduktan sonra onunla temasta bulunmuş olanların hemen ikametgâh değiştirmeleri. 5 — Ağzına mütemediyen şeytanın adını alması ve kendi veya başkalarının çocuklarını şeytan diye çağırması... bu özel karineleri sıralayan Muyart de Vouglans «bu karineler bazı müelliflere göre sanığı işkenceye sevk eder. Büyü bahsinde zikredeceğim üzere yargıç bu nazik meselede çok ihtiyatlı hareket etmelidir; halkın çok büyük olan safdilliği onları tehlikeli olacak bir batıl itikada sürükleyebilir.» diyor.

Prensip itibariyle bütün yakın emâreler işkencenin tatbikine yer verirdi. Yalnız işkenceyi haklı göstermek için yakın karinelerin varlığı mutlaka ispat edilmiş olmalıdır, bunun için de bir şahit yeterdi. Bununla beraber yarım delillerden bir çoğuna hiç olmazsa bir uzak karinenin eklenmesi lâzımdı. Bu da üçüncü sınıf bir karineye vücut verirdi; bu üçüncü sınıf karineye «adminicules» denirdi ki manası yardımcı demektir, kıymeti yakın karineyi desteklemektir. İşkencenin tatbiki için yakın karineye eklenmesi lâzım bu yardımcı emâre suçlu için pek zayıf bir teminat idi. Muyart de Vouglans yardımcı emârelere misal olarak şunları zikretmektedir: «sanığın beyanlarındaki kararsızlıklar; sesinin titremesi, şaşkınlığı, sükütüliği... sanığın evinin suç yerine yakın olması... sanığın sa-

ğır olarak gözükmeğe çalışması; sorguda hatırlıyamadığını, hafızasını kayıp eylemiş olduğunu söylemesi... suçlunun görünüşünün çirkin olması veya isminin çirkin olması».

Yakın delillerin ispatı tek bir şahitle mümkün iken uzak delillerin iki şahitle veya yargıcın tutmuş olduğu zabıtla istenirdi. Bununla beraber bazı müellifler daha müşkül pesent davranırlar ve çok büyük ve kuvvetli bir delil elde edebilmek için bir çok emârelerin birleşmesi lâzım gelir derlerdi ve emirnamenin sanığın işkenceye konması hakkında bir karar verilebilmesi lâzım olan şartları sayan maddesine dayanırlardı.

Bu müelliflere göre karineler aşikâr ve uzak karinelere ayrılırlardı : Aşikâr karineler muhakkak olan bir fiilin zaruri neticelerini verirler : Meselâ sanığı cinayetin işlenmiş olduğu yerden elinde yalın ve kanlı bir kılıçla çıkmış olduğunu gördüklerine iki adil şahidin şahadet etmiş olması hali aşikâr bir karinedir. Aşikâr karineye fıkıh Karine -i katia (mad. 1740) der ve karine -i katiaya aynen yukarıda zikrelediğimiz misali verir. Katı'a kesici demektir (13). Bu itibarla fıkıhta ağır ve aşikâr karine yakine en yakın bir kanaati yaratan emâredir. Fakat batıda sanığı işkenceye koymak hükmüne ancak sanığın serseri veya «mazanna -i sun» erbabından olması lâzımdır. Aksi takdirde uzak denilen mukaddem bir tehdit veya sabit olmuş husumetin bulunması gibi başka karinelerin de bulunması lâzımdır.

Duplessis de buna benzer reyde bulunuyor : Umumiyetle Üç türlü karine vardır :

1 — Genel ve uzak karineler; Misal Sanığın sabıkalı olması Bu karineler yargıca yalnız şüphe verir.

2 — Daha yakın olmakla beraber fiile bağlı olmayan (mürtabit bulunmayan) emâreler; Misal Sanığın maktulün can düşmanı bulunmuş veya sanığın maktulü öldüreceğini söylüyerek öğünmüş olması, maktulü tehdit etmiş bulunması. Bu sonuncu emâreler genel ve uzak karinelere az çok daha kuvvetli olmakla beraber mülzem değildir yani, cinayetin sanık tarafından işlenmiş olduğunu mantığa kabul ettirecek derecede kuvvetli bir sonuç teş-

(13) Fıkıhta Karine - 1 Katia başlı başına yakın sınırına varan emâredir.

kil etmez : A, B. nin can düşmanıdır; B. öldürüldü. Bu iki kadiye-
nin neticesi mutlaka binaenaleyh A, B. yi öldürdü hakikatı olamaz.
Bu itibarla daha yakın emâreler yarım delil bile teşkil edemezler.

3 — Fiile murtabıt olan yakın emâreler. Misal bir adam bir ev-
de veya bir ormanda öldürülmüş olupta vakıa esnasında bir kimse-
nin evden veya ormandan yalın ve kanlı bir kılıçla çıkıp kaçtığını
görmüş olmak... bu hal cinayetin sanık tarafından işlenmiş olduğu
hususunda mülzem bir karinedir. Bu karineye tam emâre veya ya-
rı beyyine derlerdi.

Bütün bu izahlar, işkence hükmünün istinat edeceği beyyine-
leri kâfi bir açıklıkla söylemeğe imkân olmadığını gösterir. Güçlük
hangi delillerin çok büyük ve kuvvetli olduğunu tâyin edebilmek-
tedir. Bir serseri veya mazannai su erbabı aleyhine büyük ve kuv-
vetli denebilecek deliller, ikametgâh sahibi ve iyi adlı kimseler
hakkında da büyük ve kuvvetli denemez. Binaenaleyh tesbiti bun-
dan daha güç ve daha keyfi bir şey yoktur. Serpillon delilin kuv-
vetinin zamana, mekâna şahısların sıfatlarına ve diğer bir çok hal
ve şartlara bağlı kalmış bulunduğunu yazar.

Uzak emâreler, yalnız başlarına yargıca para cezaları hükmet-
mesine veya Information'u (tahkikatı) daha genişletmek kararı ver-
mesine müsait idi. Eğer dâvada şahsi taraf ta varsa dâvanın olagan
usulde cereyanını tanzim eylerdi.

Yukarda arzylediğim tereddütler arasında herkes tarafın-
dan kesin olarak tereddütler dışında duran bir nokta vardı ki oda,
tekrar edeyim, kimsenin aleyhine tam delil bulunmadıkça ölümüne
mahkûm edilemeyeceği idi; tam bir delil elde edebilmek de çok güç
idi. Çok nadir olarak bu tam delili bertaraf eyleser kesin karineye
sanığın ikrarını eklemek lâzım geldiğini tekrarlarım. İşte lâzım
olan, bu ikrarı elde edebilmek için iki kuvvetli cendere icadedildi.
Sanığın müdafaasız sanığın içine sıkıştırıldığı bu cenderelerden
biri ona doğruyu söyleyeceğine yemin ettirmek ve gizli bir sorgu-
ya tabi tutmak idi; bu sorgulardan sonra güya ihtiyar ile yapılmış
ikrar elde ediliyordu. Diğer işkence idi ki sanığın ikrarını zorla
sağlama vasıtası olarak kullanılıyordu. İşte kanuni beyyine usulü-
nün gelişmesinin varabildiği ve verdiği elim netice bu oldu. Şimdi
o zamanın bu husustaki düşüncesini Muyart de Vouglans şu tarz-
da hülâsa ediyor : «İşkenceye müsaade eyleyen sebep bir cinayet
hakkında tam bir kanaat istihsalinin çok kere mümkün olmaması-

dır; gerek şahitlerin beyanı ile gerek vesika ile gerekse mahkûm etmek için birbirile nadir olarak birleşebilen emâreler ile tam bir kanaat elde edilemiyor. Diğer taraftan bir cinayet işlemiş olmak zannı altında bulunan bir kimseyi beraat etmiş olarak göndermek suçu hakkında tamamıyla kanaat elde edilememiş bir kimseyi mahkûm etmekten daha az zulüm olmaz. İnsanlığın selâmeti cinayetlerin cezasız kalmamasını istiyor, bu sebepten Cinayet hakkında tam bir kanaat hasıl ettirebilecek bir çare bulunamadığından sanığın vücuduna işkence yapmak mecburiyeti hasıl oldu.»

Engizisyon muhakeme usulünün daima müdafaacısı olmuş bulunan Muyart de Vouglans'ın kaleminden çıkmış bu soğuk düşünceleri haklı gösteren bir sanık aleyhine çok kuvvetli karinelerin bulunması ve bütün delillerin tükenmiş olması halinde beraete karar veremiyen yargıcın içine düştüğü güçlüklerdir. Bu hakikatı bize Serpillon anlatıyor: «Takriben yirmibeş sene evvel, çoğu büyük kara yollarında işlenmiş on veya oniki cinayetle itham edilmiş fakat hiç biri tamamıyla sabit olmamış Auribaut adlı şahsı hazırlık işkencesine koymağa mecbur kaldık.» Hâkimleri işkenceye konma kararını vermeğe kanunî beyyine usulü mecbur ediyordu.

Suçlu işkenceye katılana bilip ikrar etmez ise tamamıyla kurtulur ve aleyhindeki karinelerin hepsi silinirdi. Fakat ne yazık ki bu ümitte boş idi.

«Beyyine mahfuz tutulmak şartı ile işkence» kararı karineleri silmez ve sanığı ikrar etmediği cürmün cezasından aşağı yani ölüm cezasından başka bir cezaya çarptırır idi. İmbert «beyyine mahfuz tutulmak şartile işkenceyi şöyle anlatır:» Öyle kurnaz caniler vardır ki işkence esnasında cismani bir ceza vermeğe müsait olmayacak fakat para cezası vermeğe elverecek kadar delil bulunduğunu görürse suçlunun işkencede inkâr suretiyle uğraması lâzım gelen para cezasından kurtulamaması ve bu sebepten inkârda inat etmemesi için muhakemeden elde edilen deliller mahfuz kalmak şartıyla yani aleyhindeki emâreler işkençenin neticesine göre silinmemek şartıyla işkenceye konmasına karar verirdi. Çünkü galip karinelerle ölüm veya diğer çok ağır cismani ceza verilemezse, para veya bazı hafif cismani cezalar verilebilir.»

Esmein diyor ki Dante'nin cehennem kapısına yazmış olduğu ihbar ceza mahkemelerinin kapılarına yazılamaz mı? «Buraya giren sizler bütün ümitleri terk ediniz.»

Şimdi bu beyyine sistemini, engizisyon muhakeme usulüne tatbiki bir misal olarak aldığımız dâvada tatbikini görelim :

Thommassin bir koca ve karı taana uğramadıkları için ve gözleri ile gördüklerini anlatmaları dolayısıyla ikisi birden tam delil teşkil ediyorlar idi. Simare'in elinde çalınmış haçın bulunması suçun yarım delilini teşkil eyliyordu. Gerikalanlar zayıf emârelerden ibaretti. Bu netice karşısında yargıca mahkûm etmekten başka bir şey kalmıyordu. Kanunî beyyine bütün endişeleri silmeğe ve bütün vicdanları tatmine kâfi geliyordu. Çünkü yargıçlar müzakereye çekilince artık mesele bir aritmetik meselesi halini alıyordu. Deliller kanunun metin ve ibaresine uygun düşüyorsa sanık mahkûm edilirdi; delillerin tamamlanması lâzım geliyorsa Justificatif delillerin (fiili caiz ve mazur gösteren fiillerin) ispatına geçilirdi. Justificatif fiillerin ispatı tamam olamıyor yarı kalıyorsa zamanla mukayyet veya daimî olmak üzere «daha geniş tahkik» hükmü verilirdi. «Daha geniş tahkik» bizim tahkikatın genişletilmesine hiç mi âmma hiç benzemez. Bizde tevsii tahkikat ek bir tahkikatın yapılmasını icap ettirir. Engizisyon muhakeme usulünde «daha geniş tahkikat» (plus ample informe) nin manası ciddi emârelerin mevcudiyetine rağmen kanunun istediği şekilde ispat edilmediğini ifade eder; binaenaleyh dâva talik olunur. Ne zamana kadar talik olunur? Ya mahkemenin tâyin eylediği müddete kadar veya müebbet olarak talik edilir. Geçici talikler bir seneliktir, bu müddet zarfında kanunî delilleri tamamlayacak aleyhe yeni bir delil çıkmasa sanık beraat eder. Müebbet talikler ölümü mucip suçların faileri hakkında verilirdi.



Cezanın tâyinine gelince bu hususta kanun yargıcı hiç bir surette takyit eylemezdi; yargıç istediği cezayı istediği miktarda verirdi. Bu hali ifade için eski, yani 1789 ihtilâlinden evvelki hukukta cezalar keyfi idi denir. Kanunî ceza usulü yani suçu ve cezayı tarif altına alan ve her suça tatbik edilecek cezayı tâyin eden bir ceza kanunu usulü eskilerce bilinmiyordu. Yalnız bazı cinaî fiiller, özel suç olarak göz önüne alınmış ve âmir hükümlerle tenkil edilmişti : Düello, adalete açıkça kuvvetle isyan, kız kaçırma, zehirleme, hizmetçiler tarafından yapılan hırsızlık suçlarında, suç kanunî delille sabit olunca yargıç ölüm cezasını mutlaka verecekti. Diğer suçların cezası yargıcın takdirine bırakılmıştı. Suçların ve ce-

zalarının mahiyetleri ilhamlarını bazan örfden bazen Roma Hukukundan alan ceza âlimlerinin reyî ve mahkemelerin içtihadı ile belirirdi.

Örfün tâyin eylediği bu suçlara verilen cezalar hakikaten keyfi idi. Yargıçlara cezaları, suçun şartlarına ve suçlunun sıfatına göre hafifletmek veya ağırlaştırmak yetkisi kabul edilmişti. Mahkemeler bu çok faydeli prensipten büyük faydalar elde etmiş ve örfü düzeltmeye imkân bulmuştu. Yargıçların cezayı suçun binbir çeşitliğine mütenasip kılabilmeleri için onlara takdir hakkı verilmişti. Bu sistemin bir taraftan ipek gibi inceliği diğer taraftan balmumu gibi intibak kabiliyeti vardı. Bu sisteme mümeyyiz bir sıfat veriyordu; diğer taraftan yargıca tamnan o büyük kudret pek sarîh ve vazîh değildi ki bu da sistemin kusurunu teşkil ediyordu.

Engizisyon muhakeme usulünün tatbikine ait aldığımız nümune suç konusu olan hırsızlığa gelince bu suç iki çeşide ayrılmıştı :

I — Münhasıran hırsızın sıfatına bağlı birinci çeşidinde :

a) Hizmetçiler ve

b) Serseriler tarafından hattâ kapı pencere kırmadan, duvar delmeden, şiddet kullanılmadan yapılırsa dahi hırsızların hal ve sıfatı nazara alınır.

a) Hizmetçilerin hizmet ettikleri evde yaptıkları hırsızlığın cezası darağacı idi. Bu ceza «Sen - Lui tarafından 1270 emirnamesi ile konmuştu; 1724 te ceza tazelenildi. Hizmetçinin çalıştığı evden bir şey çalması sahibine ve efendisine karşı «bir çeşit hiyanet» olarak görülüyor ve ölümle cezalandırılıyordu. (14) Adet ve muaşeretin, hassasiyetin umumî surette gelişmesinden ilhamını alan mahkeme kararları suçlunun genç ve çaldığının pek fazla önemli olmaması halinde hayatını bağışlamağa başladılar.

b) Serseriler tarafından yapılan hırsızlıkların cezası müebbet kürekti.

(14) T. C. K. mad. 491 - 3 «Hırsızla malı çalınan arasında hizmet yapmaktan... ileri gelen itimadı suiistimal neticesi olarak hırsızın siyanetine terk ve tevdi olunmuş olan eşya hakkında işlenirse... failin göreceği ceza bir seneden beş seneye kadar haptistir...» adı hırsızlığın cezası ise altı aydan üç seneye kadardır.

II — İkinci çeşit hırsızlık kapalı bir yere kırarak girilmiş veya, Şiddetle yapılmış olan hırsızlıktır ki, buna suçlunun hal ve sıfatı nazara alınmazdı.

Hırsızlığa şiddetin katılması darağacına çıkmak için kâfi gelirdi. Kapalı yeri kırmak şiddet kullanmak sayılırdı ve bu ince sebep suçun cezasını darağacı kılıyordu. Şehirleri ve köyleri yol kesenler ve yağmacılardan korumak zarureti yeni bir işkence tarzının kurulmasına sebep oldu.

Suçluya asılma yerine diri diri bütün kemik ve organlarının kırılması ve koparılması cezası geçirildi. Organı kırılmış suçlu yine diri diri bir tekerin üzerine yatırılarak halka teşhir olunurdu. Bu zalim işkence Almanyadan alınmış ve Fransaya 1534 emirnamesi ile sokulmuştu; Sokan da Sultan Süleymanın müttefiki Fransa kralı Birinci Fransuva idi.

Emirnamede şöyle yazılmıştı : «Pusu kurarak veya tecavüz ederek gece vakti şehirde yol kesenler veya evlere, kapılarını aletle veya zorlayarak açıp girenler ve böylece girdikleri evlerde eşyaları ve servetleri tamamen veya büyük bir parçasını kısmen götürülenler suçları adalet huzurunda usulü dairesinde ispat edildikte aşağıda yazılı şekilde cezalandırılır :

Kolları her biri yukarı ve aşağı kısımlarda olmak üzere iki yerden, belleri ayakları ve kalçaları kırılmış olarak yüksek bir yere yerleştirilmiş bir teker üzerine konulur. Orada henüz sağ iseler Efendimiz Tanrı'nın müsaade eylediği müddetçe günahlarının kefarecini vermek üzere kalırlar, ölü iseler, adaletin emrettiği müddetçe bırakılırlar.»

Siyaset yerine götürülen mahkûm çarpma işareti şeklinde bir haçın üstüne uzun ve gergin olarak yatırılır, haçın dört koluna iki kolundan ve iki bacağından bağlanır. Bundan sonra cellat elindeki kalınca ve uzunca bir demir çubukla onbir defa vururdu. Ondan sonra ceza gördüğü yerden çözülerek «Plate - forme» un (siyaset yeri olarak yerden yüksekçe yapılmış bir balkon, taraça gibi geniş bir yer) bir köşesinde kalın ve büyük bir direk üzerine konmuş bir teker üzerine kırık kollar ve bacaklar sarkık olarak konurdu.

Bu korkunç manzarayı mahkemeler cezaların keyfi olduğundan istifade ederek vahşeti biraz hafifletti. «Retentum» adını taşıyan

bir formül ile cellada organlarını kırar kırmaz mahkûmu boğarak işini bitirmesine ve hattâ evvelâ boğup sonra darbelerini bir cesede indirmesine müsaade eyledi. Lâtince bir kelime olan «Retentum» ilâmda gizli - tutulan cümleye denirdi. Kâtip bu cümleyi okumadan geçer veya hiç işitilmeyecek kadar yavaş okurdu.

Kapalı yere kırarak yapılan suçun cezası mutlaka tekere konmak cezası değildir. Yargıç 1534 tarihli emirname hükmüne rağmen daha aşağı derece cezaya yani mahkûmun kolunu - kanadını kırmadan tekere konmadan doğrudan doğruya asılmasına veya müebbeden küreğe konmasına hüküm verebilirdi. Bunun için şiddetin tamam olmamış bulunması kâfi idi, meselâ kırma evin dışından vaki olmamış ise şiddet eksik şiddet olurdu. Hırsızlığın ve kırmanın önemsiz olduğu yerlerde yine yargıç teker yerine ondan daha hafif - bir ceza verebilirdi. Paris Parlömanı'nın 1722 tarihli iki içtihadı ile kabul edilmiş olan bu insani usul yayılmış ve taammüm eylemişti.

Nümune olarak verdiğimiz hâdisede Chaumont bailliliği sanıklar için müebbet kürek cezasını münasip görmek için çalınan şeyleri az önemli bulmuş ve uzun zaman tutuklu kalmış olmalarını nazara almıştı.

Şimdi nümunesini de arzettiğimiz Engizisyon mahkemesi hakkında toplu bir görüş arzetmek karakter ve kusurlarını göstermek lâzımdır.

1670 emirnamesi yargının hata işlemez olduğunu ve binaenaleyh ona suçların tenkilinde mutlak bir kudretin verilmesi lüzumuna inanmış kimseler tarafından hazırlanmıştı. Emirnamenin ilham kaynağı olan Şansölye «Pussort» Emirnameye konmuş kılı kırk yaran kaidelerin ve bu kaidelere ihtimamla riayetin yanılma ihtimalini bertaraf eyleyeceğine ve böylece müdafaa hakkını kâfi derecede teminat altına almış bulunduğuna inanıyordu. Koyduğu kaidelerin dikkatli ve ihtimamlı yargıçlar elinde masumiyeti tehlikeye koyamayacağına kanaat getirmişti. Binaenaleyh «Pussort» un kanaatinca sorguya ve duruşmaya aleniyet vermeğe lüzum yoktu.

Bu kanaat bu inanış avukatların istihkar yani hor görülerek mahkemelerden kovulmalarına sebep oluyordu. Çünkü esas gaye cinayetlerin tenkilini avukatların yapmasını adet edindikleri ince beyanlardan müteessir olmadan sağlamak lâzımdı. Avukatların be-

yanları yargıcı hataya düşürebilir ve suçluyu adaletin kılıcından kurtarabilirdi. Her şeyi sağlayan, her şeyi dikkatı altında tutan ve ihtirassız ve kinsiz olan aynı zamanda tezat ve tenakuza düşmeyen yargıç kontrol dışı kalan vicdanında canilerin maskelerini veya şark tabirile nikabını (örtüsünü) yüzlerinden alır, suçluları veya iftiraya uğramış masumları ayırt eder.

Eğer yargıçlar insanlara mahsus zaaflardan ve kusurlardan münezze olsalar bu düşünüş belki doğru olabilirdi. Yargıçlarda insandır ve her insan gibi kusurludur. Hangi insan aynı zamanda ihtiyatlı, us sahibi, bir işi yapmadan evvel neticesini düşünür, ileriye görür, kalplerde gizli olanları sezer ve meydana çıkartır, yalnız hakikat için ihtiras taşır ve kusursuzdur, peşin hükümü yoktur. Yukarıda saydığımız hasletler ve iyi huylar geçmiş asırların çoğu hattâ hemen hem hepsi cahil, hafif ve *ihmalci* yargıçlarında bulunmuyor ve hattâ bizzat Pussort'un kendisinde bulunmuyordu. Halbuki müessese yargıçlarda varlığı kabul edilerek kurulmuştu. Kanuni beyyineler ile kendilerini bağlayanlar ve yalnız kanun beyyinelere bağlanmakla kalanların adli hataya düşmeleri mukadderdir. Adli hata mutlak sistemlerin çarpacağı kayaları ve düşeceği uçurumları teşkil eder.

Fakat şunu da kabul etmek lâzımdır ki hiç bir müessese tamamıyla ve büsbütün kötü olamaz; olsa bile nadirin nadiri olur, nadire ise itibar edilemez; itibar galip, yaygın olan haledir. O galip hal ise müesseselerin iyi adamlar tarafından yanılmasıdır. Bu iyi niyetli adamlar faideli bir eser yaptıklarına inanırlar ve binaenaleyh eserleri mevcuda nazaran hayli ileri bir terakki ifade eder. 1670 emirnamesi onu hazırlayanların fikrinde hissedilir bir iyiliği gerçekleştiriyordu; takdirleri de bazı noktalarda doğru idi. Zamana hâkim olan düşünce 1789 ihtilâlinin çıkmasına sebep olan düşünce devletin mutlak kudretine ve adaletin eğemenliğine inanmaktı. Emirname bu düşüncenin aynası olmak zorunda idi ve zamanın siyasi teşkilâtına uygun olması zaruri idi. Bu sebeple kusurları kimseyi incitmiyordu. Zaten İngiltere'den başka bütün devletlerin ceza muhakemeleri usulü de aynı ruhu taşıyordu. Emirnamenin iyi olması her kanun gibi tatbik edenlerin iyi olmasına bağlı idi. Kanunlar tatbik edenlerin kıymetlerini taşırlar. Nitekim emirnamenin bir kısmı bu gün bile yürürlükte ve sorgu safhasına tamamiyle hâkim bulunmaktadır.

Kötülük her eyâletin gelenek olmaktan çıkmış, eyaletin bir çeşit mülkü olmuş bir örfü ve her parlömanın bir «üslubu» vardı. Eyaletler arazilerine bağlı oldukları kadar o arazinin mütemmin cüzü haline getirilmiş örflerine de bağlı idiler. Yargıçların imtiyazları, âdetleri, zihniyetleri ne onları vazifelerinde adaletle telif edilemeyecek bir anlayışa sürüklüyordu.

Yargıçlık vazifesinin devletten satın alınır olması ve aidatlı bulunması yargıçların vicdanlarını bozuyordu. Zamanın eserlerinde, yargıçların düşüncelerinin, dükkândan farklı olmayan yerlerinin ilham eylediği dükkâna ait düşünceler olduğu görülür. Yargıçlar dâvacılardan aldıkları aidat ile veya bizim evkaf tabirimizle vazife (15) ile geçindiklerinden onu artırmaktan ve o aidatı sağlayan imtiyazlarını korumaktan başka bir endişeleri yoktu. Beceriksiz yargıçların ilerleme ümitleri ve binaenaleyh aidatlarının artması ümitleri olmadığından tembelleştiler. Fakat gururlarını kayıp etmediler. Boş ve gayesiz bir hayat ile uyuştular. Ceza dâvalarında ki sürüncemeler buradan doğuyordu. Üzerlerine konacak kontrolü bu sebepten kendilerine hakaret telakki ediyorlardı. Hastalık ağır idi ve şiddetli bir tedaviye ihtiyaç görülüyordu. Bunu 1771 de Şansölye Maupeau anlaşıyordu. 1788 de adliye nazırı La Moignon anlaşıyordu. Fakat kanunları düzeltmek için hâkimliği parçalamak lazım geliyordu. Bunu ise ancak 1789 da patlayacak ihtilâl, eskimiş yıpranmış bir cemiyetin yerine yeni bir alem geçirecek olan ihtilâl becerecekti.

Şimdi Chaumont bailliliğince müebbet küreğe mahkûm edilmişlerin hükümlerin resen appele tabi olmasından Parlömanda geçmiş olayları gözden geçirelim.

Hüküm 11 Ağustos 1785 te verilmişti. Hüküm sanıklara tefhim edilmemiş ve mahkûmlardan gizli tutulmuştu. Savcı Parlömanca dâvanın tamamının tetkikini sağlamak için «minima» ya yani kanunun tâyin eylediği cezadan aşağısının verilmiş olmasına itiraz eylemişti.

‘Mahkûmlar Paris’e götürüldüler.’ Jandarmalara, mahkûmlarla dâva dosyası da birlikte teslim edilmişti. Dosya mahkûmlar ile bir-

(15) Vazife diye vakfın gelirinden verilen maaş ve tâyine denir. Bu aidat alana vazife ehli ve gelirden rızıklanan «mürtazaka» denir.

likte teslim edilmediği takdirde mahkeme başkatibi 500 altın para cezasına çarptırılırdı. Eylül ayı başında Parise getirilen mahkumlar yani «Lardoise», «Simare» ve «Bradier» Conciergerie denilen hapis-haneye tıkıldılar. Dosya da «Tournelle» in kalemine verildi. Tournelle Paris Parlömantosunun bir ceza dairesi idi. Yargıçları yarıyarıya büyük bir daire ve istida dairesinden sıra ile alınan heyet oturumlarını, başlangıçta küçük bir kulede yapmış olmalarından daire bu ismi almış ve muhafaza eylemişti. Kuleye'de orada cinayet dâvalarına bakıldığından, cinayet dairesi tâbiri yerine «cinayet kulesi» denirdi. Hizmette olan başkan evvelâ dâvaya bir raportör tâyin ederdi. Baş müddeiumumi de tebliğnamenin yazılmasına muavinlerinden birini tâyin eyledi. Dosya parlömanda tetkik edilirken tebliğname dosyada bulunmalıdır.

Fakat mahkûmlar Parise getirildiği zaman adli tatil başlamış bulunuyordu. Adli tatil 7 Eylülde başlar (12 dahil) 12 Kasımda sona ererdi. Tatil mahkemesi olan Tournelle pazar ve pazartesi günlerinden başka 9 eylûlden 27 ekime kadar toplanırdı; 28 ekimden itibaren 13 kasıma kadar oturum yapmazdı. Tatil mahkemesi olan Tournelle hemen işe koyuldu. Yaz Tournelle'i işi, kış Tournelle'inden daha çabuk çıkartır ve daha şiddetli davranırdı. 20 ekim de dâva sabah oturuma çağırıldı. İdamlık işlerin açkarmına hüküm verilmesi adetti, en sıkı bir gizlilik içinde dosyanın tetkikine geçildi. Dosyanın okunması tamamlandıktan sonra mahkumlar : «Lardoise» «Simare» ve

«Bradier» (selette) denilen ve üzerine mahkûmların oturduğu üç ayaklı tahda iskemleye oturdular. Oturuma Başkan Gilgert des Voisins başkanlık ediyordu, yanında onbir üye vardı. Sorgunun son derece kısa olduğu duruşmada tutulan zabıttan anlaşılıyor. Her üç mahkûm da masum olduklarını iddia ettiler ve sanıldığına göre justificatif fiiller ileri sürmediler.

Paris parlömanında selef üzerinde yapılan sorgunun zaptının tutulması adet idi. İleride Engizisyon muhakeme usulünü şiddetle müdafaa edecek olan Savcı Segquier bu zabıtların en müşkülpesenti (beğenmekte çok titiz olanları) bile memnun edecek bir vesika olduğunu iddia edecekti. Nümune olarak verdiğimiz dâvanın parlömanda tutulan sorgu zabıtı yayınlanmıştır; biz de o zabıtı bir örnek olarak aynen buraya geçireceğiz ve kıymetini okuyucuların takdirine bırakacağız. Zabıt üç sütuna üç haneye ayrılmıştır : Birinci sütuna yargıçların adı yazılmıştır.

İkinci sütuna sorgu kayıt edilmiştir, mahkumların cevabı inkâr veya ikrara taallük etmek üzere kısaca «evet» veya «hayır» ile ifade edilmiştir.

Üçüncü sütunun baş tarafına itiraz edilen hüküm, aşağı taraflarına parlömanın kararı geçirilmiştir.

ÜÇ SANIĞIN SELET ÜZERİNDE YAPILAN SORGULARININ ZABTI
PERŞEMBE 20 EKİM 1785

| | | |
|----------------|---|--|
| BAY BAŞKAN : | NICOLAS LARDOISE, Yemin ettirilerek, 33 yaşında, amele. | CHAUMONT -en - |
| GILBERT | 30 Ocak 1783 Thomassin'in evine girmemiş midir? (Hayır). | BASSING |
| BAY ÜYE : | kapalı bir yeri kırmamış mıdır? (Hayır) | Müebbet kürek. |
| DUPORT | Bradier ile Simard beraber değilmi idi? (Hayır). | |
| FREDY | Karıdan 9 L. ile anahtarlarını almamış mıdır? (Hayır). | K A R A R : |
| FRETEAU | JEAN -BAPTISTE SIMARD, Yeminden sonra | Bozulan hüküm. |
| C. de VERNEUIL | 44 yaşında, canbaz | SİMARD : Canlı olarak üç darbede uzvu kırılacak. |
| LAMBERT | Lardoise ve Bradier ile Thomassin'in evine girmemiş, karıdan bir gümüş haç, 9 L. ve anahtarlarını almamış mıdır? (Hayır). | BRADIER : Keza. |
| ROBERT | Thomassin'e bir bıçak darbesi vurmamış mıdır? (Hayır). | LARDOISE : Keza. |
| CHUPIN | Bir odadan elli ekü almamış mıdır? (Hayır). | |
| | CHARLES BRADIER, Yeminden sonra, 42 yaşında, canbaz. | |
| | Lardoise ve Simard ile Thomassin'in evine girmemiş midir? (Hayır). | |
| | Thomassin ve karısına fena muamelede bulunmamış ve onları çalmamış mıdır? (Hayır). | |
| | M. Lambert | |

Zabıtta yemin, hüküm, karar gibi kelimeler kısaltılarak yazılmıştı «canlı üç darbe» cümlesi teker, mahkûmun vücuduna demir çubukla mahkûmun uzvunu kırarak şekilde vuruş yapılmasını iktiza ettirdiği halde mahkeme 11 vuruşu 3 e indirmiş olduğu gözüküyor.

Müzakere kısa oldu. Parlöman üyelerinin vermiş oldukları oylar sonradan öğrenildi. Üyelerin dokuzu mahkûmların müddeiumminin talebi dairesinde tekere konmak cezasının hükmedilmesi reyinde bulunmuştur. İkisi müebbet kürek reyinde bulunmuştur. Ölüm cezası aleyhinde bulunan bu iki üyeden biri, ileride uzun uzadıya ismi geçecek olan ve bu dâvayı muhakeme usulünün değişmesi mücadelesine mesnet kılan Dupaty'nin kayın biraderi

Freteau'dur. Tek bir üye «kayıtlara işaret edilerek bir sene müddetle daha geniş bir (informasyon)» kararında bulunulması reyinde bulunmuştur. Yani bir sene zarfında ölüm cezasının verilebilmesine müsait olacak «kanuni beyyine yeni bir tahkikat ile tamamlanamadığı takdirde mahkûmların hayatları müddetince hapiste kalması reyinde bulunmuştur. Dâva görülüp bittikten sonra katip keyfi geldiği zaman kararı yazdı. Kararda maddi ve hukuki meselelerin hiç birisi münakaşa edilmemişti. Yalnız uzun uzadıya mahkûmlardan her birine isnat edilen suç anlatılmış ve ilâm şöyle bitirilmişti: «Her şey nazara alındıktan sonra (16) daire en aşağı dereceye» vaki itiraz (appel) (17) üzerine ve adları geçen Nicolas Lardose, Malborough denilen Claude Bradie ve Pierrotot denilen Jean - Baptiste Simare tarafından hüküm hakkında yapılan appelin umumu üzerinde icrayı adalet eyleyerek itirazları ve ve itiraz edilen hükmü iptal ve dâvadan çıkan haller dolayısıyla hükmü düzelterek mahkûmları... Chaumont en Bassihny kasabasının umumi meydanında cezanın infazı için inşa edilecek bir kerevitin üzerinde cellat tarafından diri diri kollarının, bacaklarının, kalçalarının, bellerinin kırılmasına, bu yapıldıktan sonra her birinin yüzleri göğe dönük olarak birer teker üzerine konmasına ve allahın onları yaşatmağı takdir edeceği müddetçe tekerde kalmalarına mahkûm eder bütün mallarının kral veya buna hakkı olan lehine müsaderesine ve müsadere kral lehine yapılmadığı takdirde müsadere edilen malların her birine ait olandan adı geçen efendimiz Kral namına 200 altın para cezasının evvel emirde istifasına karar verir.

Tatil parlömanında 1785 senesinin Yirmi Ekiminde verilmiştir. Emir: Adları geçen... her biri canlı olarak üç darbeyi yedikten hemen sonra Andre haçı (çarpma işareti şeklinde haç) üzerinde gizlice boğulacaktır.

Görüldüğü üzere hüküm imzalarından sonra yazılmış haşiyede cellada işkenceyi kısaltmak emrini veriyordu. Bu emre zabıt kâtibi tarafından okunmamasından ötürü retentum denmiş olduğunu arz etmiştim.

Muyart de Vouglans mahkemeler için yazdığı formüller kitabında üç türlü retentum olduğunu yazıyor :

- (16) Biz bu ifadeyi icabı tetkik edildikten sonra manasına gelen «icabı letet tetkik» diye ifade ederdik.
- (17) Yukarıda arz ettiğim gibi appelin cezanın hafif olduğundan dolayı yapılmış olduğunu ifade eder.

1 — Mahkûm... hiç bir darbeyi canlı olarak hissetmiyeceği, fakat gizlice boğulmasına emir edilir.

2 — Mahkûm... canlı olarak üç darbeyi yedikten sonra gizlice boğulmasına emir.

3 — Mahkûm... bütün darbeleri canlı olarak yedikten sonra akşam basarken gizlice boğulmasına emir.

Üç mahkûm yeniden hapisanelerini terk ederek Paris'e gelmek için kestikleri yolu ters yüzüne ve yine jandarmaların daha sıklaştırılmış refakatlerinde olarak başladılar. Onları bekleyen akibet kendilerinden sıkı bir surette gizlenmişti. Hüküm kendilerine yalnız Chaumont'ta ve infaz günü tebliğ edilecekti. Mahkemenin salonunda, bu sefer selet üzerine oturmaksızın, fakat kilisede olduğu gibi diz çökmüş ve başı açık olarak hükmü dinleyecekler ve hemen akabinde siyaset meydanına doğru yürüyeceklerdi. aleyhlerine verilen hüküm tekrar okunacak ve kendileri son bir sorguya çekileceklerdi (18).

(18) Kızına yazdığı mektuplarıyla edebiyat tarihine geçmiş olan Madam «dö Sevigne» kurbanlarını zehirliyerek öldüren ve bu sebepten evvelâ başının kesilmesine ve sonra vücudunun yakılarak küllerinin savrulmasına mahkûm edilen Markiz «dö Brinville ers» nin idam tarzını yazdığı bir mektupta şöyle anlatır: Dün mahkûm edildi. Bu sabah ona ilâmını okudular. Notr Dama giderek mahkûmiyetine esas olan bütün cürümlerini alenen itiraf etmesine, başının kesilmesine, vücudunun yakılmasına, küllerinin havaya savrulmasına mahkûm edilmişti. Onu işkenceye (son sorgusuna) arz ettiler. İşkenceye lüzum olmadığını ve her şeyi söyleyeceğini bildirdi. Akşamın saat beşine (saat 17 ye) kadar hayatını anlattı. Babasını ardı ardına (muvaffak olmaksızın) zehirlediğini, kardeşlerini ve daha bir çok kimseleri zehirlediğini söyledi. Ve daima aşk her şeye karışmıştı. Penautier'nin aleyhinde bir şey söylemedi. Bu itiraftan sonra sabahın erken saatında onu olağan ve olağan üstü işkenceli) sorguya çekmeden bırakmadılar. Fazla bir şey söylemedi. Savcı ile konuşmak istedi. Bir saat beraber kaldı, henüz bu konuşmanın konusu bilinmiyor. Saat 6 da çıplak bir gömlek ile ve boynunda ip Notr Dama (Hazreti Meryem namıyla yapılmış meşhur kiliseye) götürdüler. Cinayetlerini alenen itiraf etti. Bundan sonra onu aynı iki tekerlekli tahta arabaya bindirdiler; ben onu o arabada gördüm. Başında basık bir sabahlık ev serpuşu ve sırtında bir gömlek olduğu halde arkaya doğru samanlar üzerine itildi. Bir yanında bir doktor ve

Anlattıklarımızdan belirlediği gibi eski muhakeme usulünde ne temyiz ve ne de idamın müebbet küreğe çevrilmesini hükümdardan bir dilekçe ile istemek vardı. Bugün batıda idam mahkûmları da-ima devlet reisinden bir dilekçe ile cezalarının (müebbet küreğe çevrilme suretiyle) aflarını istemek adettir. Adliye Vekâleti kanalıyla müracaata hususi «af için müracaat» adı verilir, bu müracaat ya kabul edilir veya reddolunur. Bizde af müracaatı yapılması adet olmamıştır. İdam hükmünü tasdik eden B. M. M. isterse bu affi kendiliğinden resen yapar.

diğer yanında cellat vardı. Hakikatte bu haller beni titretti. İnfazı görenler, Markizin siyaset yerine cesaretle çıktığını söylediler. Bana gelince Notr Dam köprüsü üzerinde Aziz Escars'la beraberdim. Ne bu kadar kalabalık ne de Paris bu kadar müteessir ve ne de bu kadar dikkatli görülmüştü. Bana ne gör-düklerimi sorarsanız ben yalnız başındaki sabahlık serpuşunu gördüm gün bu tragediye hasredilmişti. Yarın daha fazla öğ-reneceğim; öğreneceklerim görülmüş sana varacaktır.

Madam de Sevigne mektubuna, daha iyi anlaşılabilmesi için sona bıraktığım şu cümle ile başlar :

Nihayet icra edildi, Brinvilliers havadadır. Zavallı küçük vücut, başı kesildikten sonra çok büyük bir ateşin içine atıldı, külleri de rüzgâra; öyleki onu teneffüs ediyoruz ve küçük cin-lerin birleşmesiyle bizde, bizi teaccübe düşürecek olan zehir-leyici bir mizaç hasıl olacak. Dünden mahkûm edilmiş... «Brin-villiers çok zengin bir ailenin kızı idi. Güzel ve çekici bir ka-dındı. Ömrünü sefahet içinde geçiren kocası Marki, Godin adında bir aventürye ile karısını tanıştırmıştı. Godin suvari subayı idi. Kadın bu aventüryeye karşı derin bir aşk duydu; daha serbest kalmak için kocasına karşı mal ayrılığı dâvası açtı, çünkü sefih koca ortaklık mallarının mühim bir kısmını israf etmişti. Markiz ile Godin'in münasebetleri büyük bir skandal halini almıştı. Koca kraldan aldığı bir emirname ile Godin'i Bastil'e (hapsane) attırdı. Godin hapsanede meşhur zehirciVoisin ile tanıştı. Ve zehir yapmasını öğrendi. Bir sene sonra hapisten çıkınca yeni bilgisinden faydelenmek istedi. Aşıkların paraları kalmamıştı. Arabaları haciz edilmişti. Karı-nın tek mirasçı kalması için bütün ailenin zehirlenmesi ka-rarlaştırıldı. «Bütün bu cinayetlerin kaynağı aşk ve sonrada biz lâtinlerin = auri sacra fames = dediğimiz haldir.» Auri altın, fames açlığı demektir, sacra bizim haram kelime-miz gi-bi hem aynı manada olan muhterem manasına gelir netekim Kâbeye beytül haram (haram evi) denir; hem de nefret edi-len şey manasına gelir. Burada ise domuz eti yemek, kan iç-mek, ölü eti yemek gibi nefret edilen şey manasına gelir. De-

Eski devirlerde kralın adli sahada mutlak yetkileri olduğu halde kendisine af hususunda müracaat edilmemesi yargının mutlak kudretini gösterir. Halbuki idam cezalarında, bizde olduğu gibi, acele bir infaz ile tamiri mümkün olmayan bir hataya düşülmüş olmamak için hükümdarın evvel emirde hükmü tetkik etmesi ve bütün kanunî merasimin yapılmış olduğuna kanaat getirdikten sonra hükmü tasdik etmesi lâzımdır.

Fakat hayret! mahkûmlarımızın arkalarında dörtmala bir suvarı geliyordu. Kafileyeye yetişen suvari mahkûmlara ve muhafızlara

mekki anlatılan bütün cinayetlerin kaynağı «aşk ve o melun altın açlığı» imiş. Markiz babasını elleriyle nihayet zehirleyebilmiş. Biraz sonra Markiz iki kardeşini yanlarına uşak olarak koyduğu ve Godin'in bulduğu adam vasıtasıyla zehirletmişti. Geri kalan kız kardeşide aynı akibete uğrayacağı sırada Godin ani olarak ölmüştür. Mirasçıları bilinemediğinden evini mühür altına aldılar. Adliye malları tesbit ederken Markizin adresine hazırlanmış bir çekmece buldular; içi zehir dolu idi. Bir de kardeşlerinin ölümünden pek az sonra Markiz tarafından imzalanmış 30.000 altın borç senedi bulundu. Cinayetler meydana çıktı. Markiz kaçtı; kardeşinin yanına koyduğu uşak her şeyi itiraf etti ve Markiz de gıyaben başının kesilmesine mahkûm edildiler. Colbert İngiltereye kaçmış olan Markizin iadesini istedi. İngiltere Markizin iadesinde güçlükler çıkardı. Markiz de Hollandaya geçmeye fırsat buldu. Nihayet peşine saldıranlar tarafından tutuldu ve yüz atının muhafazası altında Parise getirildi, Conciergerie'ye atıldı. İki erkek ve bir kadın tarafından daimi göz altında tutuldu. Tutulduğu zaman toplu iğne ve cam parçaları yutmak suretiyle intihara teşebbüs etti. Hapishanede tekrar intihar teşebbüsünde bulundu. Askerleri aldatmağa ve sapıtmağa çalıştı. madam «de Sevigne» nin mektubunda adını zikrettiği Penautier adlı bir muhasebeci üzerine şüphe getirtti ve onun tevkifine sebep oldu. Her şeyi şiddetle inkar etti, fakat Liege de yazmış ve elile imzalamış bulunduğu bir mektubu ele geçti, orada kendisine isnat edilen zehirlenme ve daha bir çok suçlarını kocasını beş defa zehirlediğini ve sefiş hayatını anlatıyordu. Mektup tam delildi, mahkûmiyetine esas kılındı. İnfazdan evvel yapılması adet olan son soruşturmasında Penautier'yi tebrie eyliyor, Başkan Larc'hery'yi Hukuk Profesörü Bocager'yi ve parlömanın bir çok üyesini suç ortağı olarak itham ediyordu. Halk tuhaftır, kendisini siyaset meydanına gelirken hakaret etmiş olan o halk sonra müteessir olarak onu bir azize gibi ve bir şehit gibi görmüş ve savrulan küllerini kapışmıştır.

Markizin yediği cezalar arasında Notr - Dam kilisesinde ya-

tekrar yüz geri ettirerek Paris yolunu tutturdu. Ve mahkûmlar tekrar Conciegerie'ye tıkıldı. Korku ve kararsızlığın işkencesi içinde titreyerek meçhulün aydınlanmasını beklediler. Günler geçti, haftalar geçti, üç ay geçti ve bir gün nihayet hücrelerine bir yabancı geldi; vakur ve resmî bir hali vardı. Yabancı, mahkûmlarla şefkat ve ihtiyatla konuştu. Onlara uzun sürmüş felaketlerini anlattırdı. Aşikâr bir teessürle dinledi. Bu şefkat karşısında şaşırın mahkûmlara halleriyle ilgilendiğini ve müdafaalarını üstüne aldığıını bildirdi.

Bu mülakattan muhakame usulü hakkındaki düşünceler felsefe sahasından çıkıp bir dâva dosyasının içinde filizlenecekti.

Yalnız XVIII ci asır felsefesinin isteği temyiz müessesesi kurulacak ve ondan sonra da mahkûmların af taleplerinde bulunabilmelerine imkân verilecekti. Yani mahkeme kendisinin veya müda-

pacağı «Amende honorable» idi. Amende burada para cezası demek değildir, düzeltmek iyileştirmek demektir; honorable saygı değer, sayın diye ifade eylediğimiz haldir. Kabahatlerin bu aleni itirafında yerleşmiş iyileşme edebiyatımızda «Esim - i mu'terife merhamet mürüvettir» sözü ile ifade edilmiştir. Esim günahkâr demektir, misra günahını itiraf eden günahlıyı esirgemek insanlıktır manasına gelir. İşte bu itirafın aleni surette yapılmasını batı, ceza kanununa sokmuştu. Mahkûma mahkûmiyetine sebep olan cürmü itiraf ettirilirdi. Birine basit taraf usulü denirdi ki mahkûm mahkeme salonunda diz üstü ve başı açık olarak bu itirafı hakaret görmüş tarafa yapardı. Yalnızda ne cellat bulunur ne de hor kılacak bir merasim içinde yapılırdı. Buna birinci tarza kuru itiraf dahi denirdi. İkincisine şekle bağlı, bir resmî merasime bağlı olan aleni itiraf denirdi ki, bu itiraf çok kere ölüm cezasını icap ettirmiş suçlar için yaptırılırdı. Evvelâ resmî itiraf ya kralın sarayının kapısı önünde krala veya mahallin en başta gelen kilisesinin kapısı önünde allaha ve adalete yapılırdı. Mahkûm bu itirafı sırtında yalnız bir gömlek ve bazende boynunda ip elinde bir meşale olarak ve diz üstü gelerek yapardı. Markizin işlediği suç krala karşı değildi, onun için itirafını sarayın kapısı önünde yapmıyordu. Babasını zehirlemişti kilisenin kapısı önünde allaha ve adalete yapıyordu. Resmî aleni itiraf ile infaz arasında bir fasıla olmazdı itiraf yapılır ve akabinde idam hükmü infaz edilir. Bizde idam mahkûmları eskisi gibi boğulmadan bugünkü şekliyle asılmadan evvel iki rekât namaz kılmaları ve Allahtan af ve gufran dilemeleri uzaktan da olsa is-

filerin af müracaatında bulunmak için muhtaç buldukları vakit verilecek ve bu sebepten idam hükmü hemen verilir verilmez infaz edilmeyecekti.

Mahkûmları ziyarete gelen ve müdafaalarını üzerine alan yabancı Freteau'nun eniştesi parlöman azasından Dupatyı idi.

tekle yapılmış bir itiraftır. Her ikisinde de mahkûmun mağfi-
reti ve günahının kefareti allahın önünde küçülmek küçül-
mek suretile diler ve yapardı. Küçülmenin arapçası olan ve
Kuran'da dağların allahın hitabı ile korkudan parçalanıp da-
ğılacağını ve küçüleceğini söyleyen ayette ki kelimeyi kullana-
rak «huşû» vardır diyelim. Kendini allahın önünde hor gör-
mek vardır. Son namazda da alenî itirafta da mahkûmun ya-
nında cellât durur. Adaletin hakaret görmüş kimseye karşı
hükmün ilân ettirmek gibi yaptırdığı âmirin alenî itirafla
uzaktan ve yakından hiç bir ilgisi yoktur.